

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ROMA HUKUKU'NDA
KİRA SÖZLEŞMESİ
(*LOCATIO CONDUCTIO REI*)**

Doktora Tezi

Mehmet YEŞİLLER

ANKARA – 2012

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**ROMA HUKUKU'NDA
KİRA SÖZLEŞMESİ
(*LOCATIO CONDUCTIO REI*)**

Doktora Tezi

Mehmet YEŞİLLER

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Haluk EMİROĞLU**

ANKARA – 2012

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ROMA HUKUKU BİLİM DALI

ROMA HUKUKU'NDA
KİRA SÖZLEŞMESİ
(LOCATIO CONDUCTIO REI)

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Haluk EMİROĞLU

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Nadi GÜNAL

Doç. Dr. Haluk EMİROĞLU

Doç. Dr. Seldağ GÜNEŞ CEYLAN

Yrd. Doç. Dr. Şeref Kızıltan
Yrd. Doç. Dr. Naci GÖKTEPE

İmza



Tez Sınavı Tarihi: 14/03/2012

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. 14/03/2012

Mehmet YEŞİLLER

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ	1
§ 1. <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> 'NUN ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİ	
İÇİNDEKİ YERİ	13
§ 2. <i>LOCATIO CONDUCTIO REI</i> (KİRA SÖZLEŞMESİ)'NİN TARİHSEL	
KÖKENİ İLE SOSYAL HAYAT İÇİNDEKİ ÖNEMİ.....	24
I. Tarihsel Kökeni	24
II. Sosyal Hayat İçindeki Önemi	28
A. Roma'da Yaşam Koşulları	28
B. Roma'da Kiracıların Karşılaştıkları Sorunlar	31
C. Romalı Hukukçular ve Kira Hukuku.....	34
§ 3. <i>LOCATIO CONDUCTIO REI</i> KAVRAMI VE UNSURLARI	37
I. Kavram	37
II. Unsurları	42
A. Kira Konusu Mal (<i>Res</i>)	42
B. Kira Bedeli (<i>Merces Locationis</i>).....	50
1. Kira Bedelinin Taraflarca Serbestçe Belirlenebilmesi...	62
2. Kira Bedelinin Belirlenmesinin Üçüncü Kişiye	
Bırakılması	64
C. İradelerin Uyuşması (<i>Consensus</i>).....	69
D. <i>Locatio Conductio Rei</i> 'de Süre	70
1. Belirli Süreli Kira Sözleşmeleri.....	71

2. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmeleri	75
3. Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri (<i>Locatio Conductio Longum Tempus</i>).....	77
4. Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Zımni Yenilenmesi (<i>Relocatio Tacita</i>)	84
§ 4. LOCATIO CONDUCTIO REİ'NİN TARAFLARI İLE TARAFLARIN BORÇLARI.....	90
I. <i>Locatio Conductio Rei</i> 'nin Tarafları.....	90
II. Tarafların Borçları	91
A. Kiralayanın Borçları	91
1. Kira Konusu Malı Teslim Borcu.....	92
2. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	98
a. Kira sözleşmesinin konusunu oluşturan kölelerin ayıplı olması	98
b. Kira konusu sızdıran fiçilerin ve üzerinde zehirli otlar bulunan arazilerin durumu	103
3. Zapta Karşı Tekeffül (<i>Evictio</i>) Borcu	108
4. Kira Konusunun Kamulaştırılması (<i>Publicatio</i>) Halinde Kiralayanın Sorumluluğu	114
B. Kiracının Borçları	117
1. Kira Bedelini Ödeme Borcu	117
2. Kira Konusunu Özenle Kullanma Borcu	126
3. Kira Konusu Malı Sözleşmeye Uygun Olarak Kullanıp Kiralayana Geri Verme Borcu	133

§ 5. LOCATIO CONDUCTIO REİ'DE TARAFLARIN	
SORUMLULUKLARI.....	138
§ 6. HASAR MESELESİ.....	142
I. <i>Periculum Locatoris</i>.....	142
II. <i>Remissio Mercedis</i>.....	147
§ 7. LOCATIO CONDUCTIO REİ'DEN DOĞAN DAVALAR.....	151
§ 8. LOCATIO CONDUCTIO REİ'NİN SONA ERMESİ.....	157
I. Kendiliğinden Sona Ermesi.....	157
II. Taraflarca Sona Erdirilmesi.....	159
SONUÇ.....	164
KAYNAKÇA	173
YARDIMCI KAYNAKLAR.....	190
ÖZET	191
SUMMARY.....	196

KISALTMALAR

Absch.	: Abschnitt
ANRW	: Aufstieg und Niedergang der römischen Welt
Aufl.	: Auflage (Bası)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bd.	: Band / Baende
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BIDR	: Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano
Bkz./ bkz.	: bakınız
<i>C. Iust.</i>	: <i>Codex Iustinianus</i>
Çev.	: Çeviren
<i>D.</i>	: <i>Digesta</i>
Diss.	: Dissertation
<i>Gaius, Inst.</i>	: <i>Gaius Institutiones</i>
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Is.	: Issue
<i>Iust., Inst.</i>	: <i>Iustinianus Institutiones</i>
md.	: madde
M. Ö.	: Milattan önce
M. S.	: Milattan sonra
N.	: Nummer (No)
<i>pr.</i>	: <i>Principium</i>
S.	: Sayı
s.	: sayfa

vd. : ve devamı

Vol. : Volume

ZSS : Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte,
romanistische Abteilung

GİRİŞ

Roma Hukuku'ndan günümüz hukuk düzenlerine kadar gelen bir kavram olan borç ilişkisi¹, taraflardan her birinin diğer tarafa karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir davranış biçimini ifade etmektedir. Bu hukuki ilişki, alacaklı olan tarafa borçlusundan bir şeyi ifa etmesini veya belirli bir şekilde davranmasını isteme hakkı veren; borçlu olan tarafın da buna uygun hareket etmekle yükümlü olduğu bir hukuki ilişkidir².

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunları'nda bilindiği varsayılar; kanun koyucuları tarafından tanımlanmayan borç ve borç ilişkisi kavramları, Roma ve Ortak Hukukta geliştirilen tanıma dayanmaktadır. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yapmış olduğu borç ilişkisine ilişkin tanım incelenecek olursa, günümüz hukuk doktrininde yapılan tanımlara çok benzediği görülecektir:

Iust., Inst. 3.13 pr.: "Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iuria"

¹ Schwarz, A. B.: Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1948, s. 1 vd., s. 65 vd.; Di Marzo, S.: Roma Hukuku (Çev.: Umur, Z.), İstanbul 1959, s. 347 vd.; Koschaker, P./ Ayiter, K.: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 185 vd.; Rado, T.: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s. 13; Tahiroğlu, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s. 11.

² Honsell, H./ Mayer – Maly, T./ Selb, W.: Römisches Recht, Salzburg – Wien 1986, s. 213 vd.; Honsell, H.: Römisches Recht, Zürich 1992, s. 71 – 72; Oğuzman, K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 3.

Iust., Inst. 3.13 pr.: “Şimdi borç ilişkilerine geçelim. Borç ilişkisi (*obligatio*) öyle bir hukuki bağıdır ki, onunla devletimizin hukukuna göre bir kimseye bir şeyin ifası konusunda zorunlu olarak bağlarız.”

Paulus’a ait *Digesta*’da yer alan aşağıdaki metinde ise, borç ilişkisinin özünün mülkiyet ve irtifak gibi aynı hak tesislerinde değil; bir kimsenin başka bir kimseye karşı bir şey vermeye, yapmaya ya da bir edayı ifaya mecbur edilişinde görüleceği ifade edilmiştir:

D. 44.7.3 pr. (Paulus 2 inst.): “Paulus libro II. Institutionum. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestantum.”

D. 44.7.3 pr.: “Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil; bir kimseye bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya veya bir edayı ifaya mecbur etmelerinde görülür.”

Romalılar’ın “*causae obligationem*” olarak adlandırdıkları borcun kaynakları, bir borcun doğumuna neden olan olgular şeklinde açıklanabilir. Söz konusu bu hukuki olgular, Roma Hukuk Tarihi içinde gelişme göstererek günümüz borçlar hukuklarındaki borç kaynaklarını oluşturmuşlardır. Roma Hukuku kaynaklarında borç doğuran olguların en eski sınıflandırma Gaius’un *Institutiones*’inde yer almaktadır:

Gaius, Inst. 3.88: “Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.”

Gaius, Inst. 3.88: “Şimdi borçlara geçelim. Borç ilişkileri iki büyük türe ayrılırlar: Bütün borçlar, ya sözleşmeden ya da haksız fiilden doğarlar.”

Klasik Hukuk Dönemi hukukçularından olan *Gaius*’un yukarıdaki metinde yapmış olduğu borcun kaynaklarına ilişkin, sözleşme (*ex contractu*) ve haksız fiil (*ex delicto*) şeklindeki temel ayrım, günümüz Kara Avrupası’nın ve hatta İngiliz – Amerikan Borçlar Hukuku Sistemi’nin temelini oluşturmaktadır³.

Digesta’nın “*De Obligationibus et Actionibus*” (Borçlara ve Davalara ilişkin) başlığı altında yer alan ve “*Res Cottidianae*”den (Gündelik Yaşam Hakkında Kurallar) alınmış bir metinde borçların farklı bir ayrımının yapıldığı görülmektedir:

D. 44.7.1 pr. (Gaius 2 aur.): “Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quadam iure ex variis causarum figuris.”

D. 44.7.1 pr.: “Borçlar ya sözleşmeden ya haksız fiilden ya da diğer çeşitli sebeplerden doğarlar.”

³ Schwarz, s. 33 vd.; Rado, s. 56; Tahiroğlu, s. 3.

Digesta'da yeralan bu metinde görüleceği üzere borç kaynakları, sözleşme, haksız fiil ve diğer çeşitli nedenler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu ayrımın *Gaius*'a ait olup olmadığı doktrinde tartışmalı olmakla beraber, baskın olan bir görüşe göre⁴ bu metin Klasik Sonrası Dönem Hukukçuları'na aittir. Bu görüşü savunanlara göre *Res Cottidianae*, *Gaius*'un yapmış olduğu ayrımın günün koşullarına göre yetersiz kalması nedeniyle, Klasik Sonrası Dönem Hukukçuları tarafından Klasik Hukuk Dönemi'ne ait kaynaklarda *interpolatio* ile değişiklikler yapılmak suretiyle hazırlanmıştır. Bu hukukçulara göre, "*obligationes ex variis causarum figuris*" (diğer çeşitli nedenlerden doğan borçlar) ifadesi yapılan eklemelerden birisidir. Ayrıca *ius civile* Sözleşmeler Sistemi'nin, ayni, sözlü, yazılı ve rızai sözleşmelerden oluşması nedeniyle; vekâletsiz iş görme, müşterek mülkiyet, vesayet ve belirli mal vasiyeti gibi borç *doğuran* hukuki olgular, bu dörtlü sistemin içinde yer alıp sınıflandırılmamaktaydı⁵. İşte bu eksiklikleri gidermek için "*obligationes ex variis causarum figuris*" şeklinde bir üçüncü grup borç kaynağının meydana getirildiği ileri sürülmektedir⁶.

⁴ Fuhrmann, M.: Zur Entstehung des Veroneser *Gaius* – Textes, ZSS, 1956, C. LXXIII, s. 341 vd.; Di Marzo, s. 400 – 401.

⁵ Mayer – Maly, T.: Von solchen Handlungen, die den Kontrakten in ihrer Wirkung gleichkommen (Studien zum Vertrag II), Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965, s. 131; Kaser, M.: Das Römische Privatrecht (die nachklassischen Entwicklungen), 2. Absch., 1. Aufl., München 1975, s. 262.

⁶ Jörs, P./ Kunkel, W./ Wenger, L.: Römisches Recht, 3. Aufl., Heidelberg 1949, s. 192 – 193; Mayer – Maly, Vertrag II, s. 132; Kaser, RPR II, s. 262 – 263.

Iustinianus Dönemi'ne baktığımızda ise, borç kaynaklarının en kapsamlı ayrımı ile karşılaşmaktayız⁷. Bu dönemdeki dördlü ayrımın oluşmasında, “*obligationes ex variis causarum figuris*” ifadesine ilişkin *Iustinianus*'tan önce Doğu Roma Hukuk Okulları'nda açıklık getirilmek istenmesinin etkili olduğu düşünülmektedir. “*Obligatioes ex variis causarum figuris*” ifadesinin söz konusu hukuk okullarınca sistemleştirilmesi⁸ ile *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde borçların kaynaklarının “*obligationes ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto, quasi ex delicto*” (sözleşmeden, sözleşme benzerinden, haksız fiilden ve haksız fiil benzerinden doğan borçlar) şeklinde dörde ayrıldığı görülmektedir:

Iust., Inst. 3.13.2: “Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.”

Iust., Inst. 3.13.2: “Aşağıda borçlar dörde ayrılmak suretiyle bir sınıflandırma yapılmıştır: Borçlar, ya sözleşmeden ya sözleşme benzerinden ya haksız fiilden ya da haksız fiil benzerinden doğmaktadır.”

⁷ Günal, A. N.: Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (*Condictio Indebiti*), Ankara 1996, s. 3; Somer, P.: Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), İstanbul 2008, s. 8.

⁸ Mayer – Maly, Vertrag II, s. 131; Kaser, M.: Das Römische Privatrecht (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht), 1. Absch., 2. Aufl., München 1971, s. 524; Kaser, RPR II, s. 263; Erişgin, Ö. S.: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*), Ankara 2002, s. 10.

Roma Borçlar Hukuku kaynaklarına bakıldığında, Romalılar'ın sözleşme için “*contractus*”⁹ terimini kullandıkları anlaşılmaktadır. Günümüzde birçok hukuk dilinde sözleşme terimini ifade etmek için; Fransızca'da *contrat*, İtalyanca'da *contratto*, İngilizce'de *contract*, Almanca'da *Vertrag*, Türkçe'de kontrat gibi *contractus*'a benzer bir terimlerin bulunduğu görülmektedir¹⁰. Roma Hukuku'nda sözleşmeler, iki taraf arasında belirli bir hukuki neticeyi meydana getirmek amacıyla tarafların irade uyuşması suretiyle meydana getirdikleri anlaşmalardır.

Günümüz hukuklarında kabul edilenin¹¹ aksine; Roma'da sadece *ius civile* tarafından tanınıp borç doğurduğu kabul edilen sözleşme türleri *contractus* olarak kabul edilmekte ve hukuk düzeni tarafından tanınan bir “*actio*” (dava) ile takip edilme imkânı tanınmaktaydı¹².

⁹ Latince bir terim olan *contractus* kelimesi, Roma'da iki ya da daha fazla tarafın aynı amaçla birbirleriyle anlaşmak suretiyle, *ius civile*'nin belirlediği ilkeler doğrultusunda yaptıkları ve taraflar arasında hukuk düzeninin kabul ettiği bir borç ilişkisi doğurmaya yönelik irade beyanları olarak tanımlanmaktaydı: Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 413 – 414; Umur, Z.: *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul 1983, s. 48.

¹⁰ Umur, Z.: *Ders Notları*, İstanbul 1999, s. 293 vd.; Rado, s. 59; Tahiroğlu, s. 106 vd.; Güneş Ceylan, S.: *Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi*, GÜHFD, 2005, C. 9, S. 1 - 2, s. 172; Somer, s. 35.

¹¹ Borçlar Kanunumuza göre sözleşme serbestisi ilkesi bulunup, taraflar yapacakları sözleşmenin konusunu, içeriğini ve amacını kanunun gösterdiği sınır içinde serbestçe tayin edebilirler. Sözleşme serbestisi kural olmakla beraber bunun sınırları Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir.

¹² Kaser, RPR I, s. 524; Watson, A.: *Roman Law and Comparative Law*, London 1991, s. 53; Tamm, D.: *Roman law and European legal history*, Copenhagen 1997, s. 99; Güneş Ceylan, Z.: *Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Hizmet Akdi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Ankara 1998, s. 6; Rado, s. 59 – 60; Karadeniz – Çelebican, Ö.: *Roma*

Roma Hukuku'nda geçerli bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için, ya tarafların anlaşmalarını belli bir şekle bağlı olarak yapmaları ya da borçlunun iade borcu altına girebilmesi için anlaşmadan sonra bir malın geri verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla her sözleşmede taraflar arasında bir *consensus*'un bulunması şarttı, ancak rızai sözleşmeler grubunun dışında kalan sözleşmeler için sadece *consensus* yeterli değildi. Çünkü özellikle *ius civile*'ye göre, sadece karşılıklı rızaların uygunluğu ile borcun meydana gelmesi kabul edilmemektedir. Hatta *Iustinianus* Dönemi'nde bile, günümüz hukuklarında geçerli olan “şekle bağlı olmadan sözleşmenin kurulabileceği”ne ilişkin genel kural kabul edilmemişti¹³.

Ius civile tarafından belirlenen sözleşme türlerinin hiç birine girmeyen, iki ya da daha fazla kişi arasında yapılan tüm anlaşmalara “*pactum*”¹⁴ adı verilmekteydi. *Pactum*'lar önceleri birer dava ile korunamamaktaydı. Ancak

Hukuku (Tarihi Giriş - Kaynaklar - Genel Kavramlar - Şahsın Hukuku - Hakların Korunması), Ankara 2005, s. 267.

¹³ Umur, Ders, s. 335; Rado, s. 59 vd.; Tahiroğlu, s. 107 vd.

¹⁴ XII Levha Kanunundaki *pactum*'ların borç doğurucu nitelikleri olmamasına karşın, zamanla *praetor*'lar bu kanundaki hükümlerden yararlanmak suretiyle aralarında anlaşmazlık çıkan tarafların anlaşmazlıklarının çözümü için yaptıkları anlaşmaları geçerli saymaya başladılar. Daha sonraları da, *praetor*'ların doğrudan doğruya dava tanınmasıyla bazı *pactum*'ların dava ile takip edilebileceği imparator emirnameleriyle kabul edildi: Berger, s. 614 vd.; Kaser, RPR I, s. 527; Umur, Lügat, s. 149 – 150; Umur, Ders, s. 334; Güneş Ceylan, *Pactum*, s. 178; Sayın, B. S.: Roma Hukuku'nda *Pactum*'lar (Anlaşmalar) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2008, s. 7.

bunların bazılarına da zamanla *praetor*¹⁵’lar ve de imparatorlar tarafından hukuki korunma tanınmıştı.

Roma Sözleşmeler Sistemi’nde hem belirli sayıda olmaları (*numerus clausus*), hem de sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların rızalarının tek başına her zaman yeterli olmaması nedeniyle sözleşmelerin, meydana gelmeleri bakımından gruplara ayrıldıkları kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁶. *Gaius* ve *Iustinianus*’un *Institutiones*’lerinde sözleşmelerin kuruluşları bakımından dörde ayrıldıklarını görmekteyiz:

Gaius, Inst. 3.89: “Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.”

Gaius, Inst. 3.89: “Öncelikle sözleşmeden doğanları görelim. Bunların dört türü vardır. Her borç ilişkisi ya bir şeyle (re), ya sözlerle (verbis), ya yazılarla (litteris) ya da rıza ile (consensu) meydana gelir.”

¹⁵ *Praetor*, “*imperium*” yetkisine yani, devlet iktidarını kullanabilme, emrindeki kişilere emir verebilme ve bu emirlerin uygulanması için gerekli tüm önlemleri alabilme yetkisine sahip olan devlet adamıdır. *Praetor*, Romalılar arasındaki hukuki ihtilafları inceleyerek hâkime gönderirdi. M. Ö. 242 yılında, yabancılarla yabancılar ve yabancılarla Romalılar arasındaki hukuki ihtilafları inceleyip çözümlemek üzere ikinci bir *praetor*’luk kurulmuş ve zamanla *praetor*’ların sayısı onaltıya yükselmişti. *Praetor*’lar, özel hukuk alanında izleyecekleri kuralları, hangi durumlarda dava hakkı tanıyacaklarını ya da tanımayacaklarını her yıl yayınladıkları *edictum*’lar ile belirlerlerdi. Bu şekilde *praetor*’lar, *Praetor Hukuku*’nun doğmasına ve gelişmesine neden olmuşlardır: Berger, s. 647; Umur, Lügat, s. 168; Villey, M. (Çev.: Tahiroğlu, B.): Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul 2000, s. 16.

¹⁶ Umur, Ders, s. 336; Tahiroğlu, s. 110.

Iust., Inst. 3.13.2: "... Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus."

Iust., Inst. 3.13.2: "... Öncelikle sözleşmeden doğanlardan bahsedelim. Bunlar dört çeşittirler: Ya şey ile (re), ya sözlerle (verbis), ya yazılarla (litteris), ya da rıza ile (consensu) doğarlar."

Aynı sözleşmelerin (*re contrahitur*) oluşması için sadece taraflarının iradelerinin uyuşması (*consensus*) yetmemekte, borçluya daha sonra geri vereceği bir malın verilmesi de gerekmektedir¹⁷. Bu sözleşmelerin formülü, irade uyuşması (*consensus*) ve mal (*res*) olarak ifade edilmekteydi¹⁸.

Gaius'un *Institutiones*'inde aynı akit olarak sadece karzdan (*mutuum*) söz edilmesi dolayısıyla söz konusu bu hukuki işlemin Roma Hukuku'nda en eski aynı sözleşme olduğu düşünülmektedir¹⁹. Daha sonra ariyet

¹⁷ Kaser, RPR I, s. 525; Umur, Ders, 339; Rado, s. 62; Erdoğan, B.: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 45.

¹⁸ *Modestinus*'a ait *D. 44.7.52.1 (Modestinus 2 reg.)*'de söz konusu durum, "*Re obligamur, cum res ipsa intercedit*", "Aynı olarak, malın kendisi de verildiği zaman borçlanırsınız" şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁹ Zimmermann, R.: The Law of Obligations, New York 1996, s. 153; Güneş Ceylan, Hizmet, s. 9.

(*commadatum*), vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) sözleşmelerinin de bu gruba dahil edildiği kaynaklardan anlaşılmaktadır²⁰.

Sözlü gruba giren sözleşmelerin (*verbis contrahitur*) geçerli olarak meydana gelebilmesi için tarafların iradelerini belirli sözler kullanarak beyan etmeleri gerekmektedir²¹. “*Stipulatio*”²², “*dotis dictio*”²³ ve “*promissio iurata liberti*”²⁴ bu gruba giren sözleşmelerin başlıcalarıydı.

²⁰ Bu sonuca, *Gaius, Inst. 3.90 – 91*'de sadece karz (*mutuum*) sözleşmesinden bahsedildiği halde; *Iust., Inst. 3.14 pr. – 4*'te diğer aynı sözleşmelerin de dile getirildiğinden varılmaktadır.

²¹ Zimmermann, s. 68; Güneş Ceylan, Hizmet, s. 9; Tahiroğlu, s. 113; Erdoğmuş, Borçlar, s. 58.

²² *Stipulatio*, alacaklının belli kelimeler kullanarak sorduğu soruya, borçlunun aynı kelimeleri kullanarak olumlu ve sözlü olarak cevap vermesiyle oluşan Klasik Hukuk Dönemi'nin en önemli ve en çok kullanılan sözlü sözleşmesiydi. *Gaius*'un *Institutiones*'inde *stipulatio*'nun sözlü olarak nasıl yapılacağı şu şekilde yer almaktadır: *Gaius, Inst. 3.92.*: “*Verbis obligatio fit exinterrogatione et responsione, velut dari spondes? Spondeo, dabis? Dabo, promittis? Promitto, fidepromittis? Fidepromitto, fidei vbes? Fidei vbeo, facies? Faciam.*” *Gaius, Inst. 3.92.*: “Sözlü borç ilişkisi, soru ve cevap ile oluşur: Örneğin, verileceğini taahhüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum. Verecek misin? Vereceğim. Vaat ediyor musun? Vaat ediyorum. Şerefim üzerine vaat ediyor musun? Şerefim üzerine vaat ediyorum. Şerefim üzerine temin ediyor musun? Şerefim üzerine temin ediyorum. Yapacak mısın? Yapacağım.”

²³ *Dotis dictio*, evlenen kadını, üstsoyunu veya borçlusunu, müstakbel kocasına karşı cihaz tesis etmek üzere taahhüt altına sokan tek taraflı ve şekle bağlı sözlü bir sözleşmeydi; Berger, s. 435; Umur, Lügat, s. 58; Güneş Ceylan, S.: Roma Hukukunda Evlenme (*Matrimonium*), Ankara 2010, s. 152.

²⁴ *Promissio iurata liberti*, azatlının *patronus*'una bazı hediyeler vereceğine ve onun yararına bazı işler göreceğine dair yemin etmek suretiyle yapmış olduğu, taahhüdü içeren sözleşmeydi. Tek tarafın konuşması ile yapıldığı söylenen bu sözleşme, Roma Hukuku'nda yeminin (*iusiurandum*) borç doğurduğu tek durumdu; Berger, s. 522; Umur, Lügat, s. 172.

Roma'da aile babalarının, ailelerinin giderleri ile alacak ve borçlarına ilişkin bir defter tutma gelenekleri olduğu görülmektedir. *Ius civile* tarafından tanınıp, Klasik Hukuk Dönemi'nde de varlığını sürdüren yazılı sözleşmelerin (*litteris contrahitur*) *Iustinianus* Dönemi'nde artık kullanılmadığını görmekteyiz²⁵. Borç doğurucu etkisi mevcut olan "*nominia transscriptia*", borçlunun rızası ile deftere düşürülen kayıtlardı. *Gaius*'un *Institutiones*'i incelendiğinde, söz konusu defterlere bir kaydın geçirilmesi suretiyle borcun doğduğu anlaşılmaktadır²⁶.

Rızai sözleşmelerin (*consensu contrahitur*) ise, karşı tarafa bir şey vermeden veya şekli bir işlem yapmadan, tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması ile meydana gelen sözleşmeler olduğu anlaşılmaktadır. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de, alım satım, kira, hizmet ve istisna sözleşmelerinde borç doğması için tarafların rızalarının uygun olmasının gerekli ve yeterli olduğu; yazılı, sözlü ve ayni sözleşmelerin aksine meydana gelebilmeleri için şekil şartının söz konusu olmadığı belirtilmektedir:

Iust., Inst. 3.22.1: "Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio

²⁵ Kaser, RPR I, s. 543 – 544; Erdoğan, Borçlar, s. 65.

²⁶ *Gaius*'un *Institutiones*'inde, yazılı sözleşmelerin "*a re in personam*" ve "*a persona in personam*" şeklinde olmak üzere iki şekilde yapılabileceği belirtilmektedir: *Gaius, Inst. 3.128: "Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis. fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam uel a persona in personam."* *Gaius, Inst. 3.128: "Borç ilişkisi yazılarla yani, alacakların kaydı ile meydana gelir. Deftere kayıt (transcriptio), iki şekilde; ya a re in personam, ya da a persona in personam şeklinde olur."*

contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire.”

Iust., Inst. 3.22.1: “Alım satım (*emptio venditio*), kira, hizmet, istisna (*locatio conductio*), şirket (*societas*) ve vekâlet (*mandatum*) sözleşmelerinde borç ilişkileri rıza ile meydana gelir. Borcun doğması için ne yazıya, ne tarafların hazır bulunmasına, ne de bir şeyin verilmesine gerek vardır. İşlemi yapanların sadece rızalarını beyan etmeleri yeterlidir.”

§ 1. *LOCATIO CONDUCTIO*'NUN ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİ İÇİNDEKİ YERİ

Romalılar'ın "*locare*" ve "*conducere*" kelimelerinin anlamlarından yola çıkmak suretiyle görünüşte birbirinden farklı olan kira, hizmet ve istisna sözleşmelerini bir arada düzenledikleri kaynaklardan anlaşılmaktadır. *Locare*'nin kelime anlamı; bir şeyi bir yere koymak, yerleştirmek ya da birinin emrine hazır bulundurmaktır. *Conducere* ise, beraberinde bulundurmak, yanında götürmek anlamlarına gelmektedir²⁷.

Kira sözleşmesinde *locator*, bir şeyi kullanılmak üzere kiracının emrine hazır bulundurur. *Conductor* ise, kira konusu şeyi kullanabilir ve bu şeyin kontrolü kendisinde olur; yani bir anlamda beraberinde bulundurur. Hizmet sözleşmesinde *locator*, çalışmayı vaat eden taraftır. *Conductor* ise, işçiyi yanında çalıştırır, yani hizmeti beraberinde götürür. İstisna sözleşmesinde ise *locator*, yapılmak üzere bir işi başkasına tevdi eden kimsedir. *Conductor* ise, işi yapmayı üstlenen, yani yapacağı şeyi beraberinde götüren müteahhittir²⁸.

Romalı hukukçular, bir şeyin, hizmetin ve de bir işin kiralınması ve kiraya verilmesi hukuki işlemlerini birbirinden farklı üç hukuki işlem olarak görmek yerine, üçünü birden *locatio conductio* adını verdikleri tek bir

²⁷ Mommsen, T.: Die römischen Anfaenge von Kauf und Miethe, ZSS, 1985, C. VI, s. 266; Karlowa, O.: Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Band: Privatrecht und Civilprozess, Leipzig 1901, s. 638; Endemann, F.: Römisches Privatrecht, Berlin 1925, s. 179; Kaufmann, H.: Die altrömische Miete, Köln 1964, s. 297 – 298; Koschaker/ Ayiter, s. 238; Günal, N.: An Example of Consensual Contracts: *Locatio Conductio Rei*, Eastern European Community Law Journal, Vol. II, Is. II, 2005, s. 35.

²⁸ Schulz, F.: Classical Roman Law, Oxford 1951, s. 543; Tamm, s. 136.

sözleşme çerçevesinde ele almışlardır²⁹. Gerçekten de *locatio conductio* terimi, bir malın belirli bir bedel karşılığında kullanılması veya o maldan yararlandırılması (*locatio conductio rei*), belli sürede bir işin görülmesi (*locatio conductio operarum*) ve belirli bir sonucun ortaya çıkarılmasının üstlenilmesi (*locatio conductio operis*) hukuki işlemlerinin hepsinde genel olarak kullanılmaktaydı³⁰. Ancak “ekonomik olarak edimlerin değişimini” içeren bu üç sözleşmenin bölünmesi her ne kadar Romalılar’a yabancı olsa da, bu durum Romalılar’ın aynı kuralları bu sözleşmenin tüm çeşitlerine uyguladıkları anlamına gelmemektedir³¹.

Roma Hukuku’nun içtihat hukuku şeklinde doğup gelişmesinden dolayıdır ki, dönemin hukukçuları her ne kadar soyut ayrımlarla ilgilenmeseler de, *locatio conductio* başlığı altında her üç durumun da (kira, hizmet, istisna

²⁹ Degenkolb, H.: *Platzrecht und Miethe, Beitrage zu ihrer Geschichte und Theorie*, Berlin 1867, s. 130; Jolowicz, H. F./ Nicholas, B.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1972, s. 294 – 295; Borkowski, A./ Plessis, P. du: *Textbook on Roman Law*, Oxford 2005, s. 275.

³⁰ Hunter, W. A.: *Introduction to Roman Law*, London 1900, s. 117; Siber, H.: *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. Band, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, s. 203; Weiss, E.: *Institutionen des römischen Privatrechts*, Stuttgart 1948, s. 374; Beck, A.: *Zur Entstehung des römischen Mietvertrages*, *Festschrift Hans Lewand*, Basel 1953, s. 3; Mayer – Maly, T.: *Locatio Conductio*, Wien 1956, s. 17; Kaser, M. (Çev.: Dannenbring, R.): *Roman Private Law*, Durban 1965, s. 182; Kaser, RPR I, s. 562; Roby, H. J.: *Roman Private Law*, Vol. II, New Jersey 2000, s. 169; Hausmaninger, H.: *Casebook zum römischen Vertragsrecht*, Wien 2002, s. 209.

³¹ Schulz, *Roman Law*, s. 542 – 543; Lewis, A. D. E.: *The Trichotomy in Locatio Conductio*, *The Irish Jurist*, Vol. VIII, 1973, s. 164 vd.

sözleşmeleri) birlikte ele alınamayacağını farkındaydılar³². Zaten *praetor edictum*'larında bu üç sözleşmenin dava *formula*'larının *demonstratio* kısımları, davaların içeriklerine göre farklılıklar göstermekteydi. Diğer taraftan, bu üç sözleşmenin konularının farklı nitelikte olmaları da sözleşmelere değişik özellikler kazandırmaktadır³³.

Locatio conductio'lardaki kira, hizmet ve istisna şeklindeki bu sistematik ayrım *Pandekt*³⁴ Hukukçuları tarafından yapılmıştı. Tabii Hukuk Okulu ve de *usus modernus pandectarum*'un savunucuları ise *locatio conductio*'yu sadece kira ve iş sözleşmesi olarak ikiye ayırmışlardır³⁵.

Roma Hukuku'nda rızai sözleşmeler grubunda bulunan ve günümüz hukuklarında da ayrı ayrı belirlenmiş olan bu üç sözleşmenin en önemli ortak noktası; diğer sözleşme gruplarının aksine sözleşmenin meydana gelebilmesi için ne sözlü ne yazılı herhangi bir şekle gerek olmadan sözleşme taraflarının rızalarının uygunluğunun aranmasıydı. *Gaius* ve *Iustinianus*'un

³² Burckhardt, C. C.: Zur Geschichte der *Locatio Conductio*, Basel 1889, s. 1 vd.; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 236 vd.; Kaser, RPR I, s. 564 vd.; Honsell/ Mayer – Maly/ Selb, s. 322 – 323.

³³ Mayer – Maly, LC, s. 18 vd.; Kaser, Roman, s. 183; Kaser, RPR I, s. 563.

³⁴ Orta Çağ'da Rönesans'tan sonra Batı Avrupa ülkeleri tarafından iktibas edilip kodifikasyon hareketlerine kadar, dolayısıyla XII. yüzyıldan XIX. yüzyıla kadar tamamlayıcı hukuk olarak yürürlükte bulunan Roma Hukuku, Ortak Hukuk ve daha geniş anlamıyla *Pandekt* Hukuku olarak adlandırılır: Küçük, E.: XII. yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı günümüze bağlayan son halka: *Pandekt* Hukuku, AÜHFD, 2007, C. 56, S. 4, s. 111.

³⁵ Jones, S. W.: An Essay on the Law of Bailments, Philadelphia 1836, s. 85 vd.; Coing, H.: Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, s. 456 vd.

Institutiones'lerinde de rızai sözleşmelerde borcun rıza ile meydana geldiği birbirine çok benzer metinlerde şu şekilde ifade edilmiştir:

Gaius, Inst. 3.135: "Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis."

Gaius, Inst. 3.135: "Borç ilişkisinin doğması, alım satımda, locatio conductio (kira, hizmet, istisna)'da, şirket ve vekâlette karşılıklı rıza ile olur."

Iust., Inst. 3.22 pr.: "Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis."

Iust., Inst. 3.22 pr.: "Alım satım (emptio venditio), kira, hizmet, istisna, şirket ve vekâlet sözleşmelerinde borç ilişkileri, sırf rıza ile meydana gelir."

Gaius, locatio conductio'nun sözlü ya da yazılı herhangi bir şekil şartına gerek olmadan, sadece sözleşme taraflarının karşılıklı rızalarını beyan etmeleri ile oluşacağını ifade etmektedir:

Gaius, Inst. 3.136: "Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia"

contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.”

Gaius, Inst. 3.136: “Bu hallerde borç ilişkisinin yalnız rıza ile meydana geldiğini söyleriz; ne sözlere, ne yazıya, ne de mülkiyetin devrine gerek vardır. Sözleşmeyi yapanların anlaşması yeterlidir. Dolayısıyla bu gibi sözleşmeler hazır olmayanlar arasında da, mesela mektupla ya da haberciyle de meydana getirilebilir, hâlbuki sözlü borç ilişkisi hazır olmayanlar arasında teşekkül edemez.”

Iustinianus’un *Institutiones*’inde de *Gaius*’un metnine çok benzer bir metin yer almakta; bu metinde de tarafların birbirine uygun rızalarını beyan etmelerinin *locatio conductio*’nun kurulması için yeterli olduğu ifade edilmektedir³⁶.

Locatio conductio’nun rızai bir sözleşme olduğuna ilişkin olarak, *Digesta*’da *Paulus*’a ait bir metin de bulunmaktadır. Bu metinde *Paulus*’un, sözlü sözleşmelerin aksine *locatio conductio*’nun, tıpkı alım satım

³⁶ *Iust., Inst. 3.22.1, 2:* “*Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. 2. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per nuntium.*” *Iust., Inst. 3.22.1, 2:* “Bu hallerde borç ilişkisi rıza ile oluşur denir. Zaten borcun oluşması için ne yazıya, ne tarafların hazır bulunmasına ve ne de bir şeyin verilmesine gerek vardır. Sözleşmeyi yapanların sadece rızalarını beyan etmeleri yeterlidir. 2. Bu sebepten dolayı bu sözleşmelerin, hazır olmayanlar arasında mektup ya da haberci vasıtasıyla kurulabilmesi mümkündür.”

sözleşmelerinde olduğu gibi tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulacağını ifade ettiğini görmekteyiz:

D. 19.2.1 (Paulus 34 ad ed.): “Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.”

D. 19.2.1: “Locatio conductio’nun doğada bulunması ve tüm insanlar için geçerli olması dolayısıyla; şekle bağlı sözlerle değil, tıpkı alım satım sözleşmesinde olduğu gibi tarafların irade uyuşması ile kurulması söz konusudur.”

Roma Hukuku’nda sözleşmelerin ayni, sözlü, yazılı ve rızai olmak üzere dörde ayrılmasından başka; günümüz hukuklarında da var olan “tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler” (*contractus unilaterales*) ile “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler” (*contractus bilaterales*) ayrımı da yapılmaktaydı. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından sadece bir tanesi borç altına girmekte, diğer taraf ise borç yüklenmemektedir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, sözleşmenin taraflarından her ikisi de borç altına girmektedir³⁷. Edimlerin her zaman karşılıklı olarak değişimi söz konusu olduğundan, *locatio conductio*’lar tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatik*) sözleşmeler içinde yer almaktadır³⁸.

³⁷ Watson, A.: The Evolution of Law, Edinburgh 1985, s. 16; Zimmermann, s. 351; Tahiroğlu, s. 99; Karadeniz – Çelebican, Roma, s. 195; Erdoğan, Borçlar, s. 65.

³⁸ Zyl, D. H.: History and Principles of Roman Private Law, Durban 1983, s. 300; Rado, s. 133; Tahiroğlu, s. 195.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde, Roma'da sözlü sözleşmelerdeki durumun aksine rızai sözleşmelerde, tarafların birbirlerine karşılıklı olarak borçlandıklarının açık bir şekilde ifade edildiği görülmektedir. Bu metinden de yola çıkmak suretiyle, rızai sözleşmeler grubunda yer alan *locatio conductio re*'lerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu anlaşılmaktadır:

Iust., Inst. 3.22.3: "Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat."

Iust., Inst. 3.22.3: "Zaten bu sözleşmelerde taraflar, hakkaniyetin birbirlerine vermelerini gerektirdiği hususlarda borç altına girerler. Aslında sözlerle yapılan sözleşmelerde; bir taraf sadece bir şey talebinde bulunur, diğer taraf ise vaat eder."

Roma Usul Hukuku bakımından, tarafların borçlarını yerine getiremediklerinde açılacak davaların kapsamı bakımından sözleşmeler, "dar hukuk sözleşmeleri" ve "iyiniyet sözleşmeleri" şeklinde ikiye ayrılmaktaydı. Günümüz hukuklarında olduğu gibi Roma Sözleşmeler Hukuku'nda da her borç ilişkisinde borçlunun alacaklısına karşı bir edimi ifa etmekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Bazı hallerde söz konusu borcun konusu olan edim açık ve net bir şekilde belirlendiği halde; diğer bazı hallerde belirsiz, esnek ve dolayısıyla hâkimin takdirine geniş yer bırakacak şekilde ifade edilmekteydi³⁹.

³⁹ Buckland, W. W.: A Text Book of Roman Law from *Augustus* to *Justinian*, Cambridge 1932, s. 411 vd.; Umur, Ders, s. 262; Somer, s. 42.

İşte sözleşmenin ihlali halinde ilk durumda taraflara “dar hukuk davası” (*iudicia stricti iuris*)⁴⁰, ikinci durumda ise Roma’da rızai sözleşmelerde sorumluluğun esasını ve davranışların ölçüsünü belirleyen en temel ilke olan “*bona fides*”⁴¹ (iyiniyet)’in egemen olduğu “iyiniyet davası” (*iudicia bonae fidei*)⁴² açma hakkı tanınmaktaydı⁴³. Dar hukuk davalarında hâkimler *formula*’ya bağlı kalmak zorundayken; iyiniyet sözleşmelerinden doğan davalarda ise, iyiniyetin gerekleri de dikkate alınmak suretiyle geniş bir takdir yetkisine dayanarak karar vermekteydiler⁴⁴. Ayrıca başka bir davaya gerek olmaksızın taraflar, faiz ve semere gibi yan edimleri de sözleşmenin kendi davası içinde “*bona fides*” gereği talep edebilme hakkına sahip olmaktaydılar.

Iustinianus’un *Institutiones*’indeki bir metninde bazı davaların iyiniyet, diğer bazılarının ise dar hukuk davası olarak belirtildiği ve iyiniyet davalarının

⁴⁰ *Iudicia stricti iuris*, *Iustinianus* Dönemi’nde hâkimlerin yetkilerinin sınırlı olduğu davalara verilen isimdi. Bu tür davalarda hâkim, *formula*’larda belirtilmiş olaylara sıkı sıkıya bağlı kalmak durumundaydı. Daha önceleri sayıca çok olan dar hukuk davalarının, *Iustinianus* Dönemi’nde sadece *stipulatio* ve karz sözleşmesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır: Berger, s. 520; Umur, Lügat, s. 97; Karadeniz – Çelebican, Roma, s. 303.

⁴¹ Borçlar Hukuku alanında iyiniyet, iki taraflı bir sözleşmede verilmiş bir sözü ya da yüklenilmiş bir taahhüdü namuslu bir insan gibi, dürüst bir şekilde yerine getirmektir: Berger, s. 374; Umur, Lügat, s. 29.

⁴² *Iudicia bonae fidei*, *formula*’ların *intentio* kısmında (davacının iddiasını belirttiği, davalıya karşı ileri sürdüğü hukuki dayanağı şematik suretle açıklayan *formula*’ların en önemli kısmı) “*ex bona fide*” (iyiniyetin icabına göre) kelimeleri bulunan ve hâkime, hal ve vaziyetin durumuna göre hakkaniyete uygun davranabilmesi için sözleşme ile birlikte yapılan *pactum*’ları da dikkate alarak geniş bir takdir imkânı bırakan şahsi davadır: Mommsen, s. 272 – 273; Berger, s. 520; Umur, Lügat, s. 96.

⁴³ Endemann, s. 179; Jolowicz/ Nicholas, s. 295.

⁴⁴ Tahiroğlu B./ Erdoğan B.: Roma Usul Hukuku, İstanbul 1997, s. 37; Umur, Ders, 262; Gürten, K.: Roma Hukukunda Hakkaniyet (*Aequitas*), Ankara 2008, s. 102 – 103.

tek tek sayıldığı görülmektedir⁴⁵. Metne göre iyiniyet davaları: Alım satım, *locatio conductio*, vekâletsiz iş idaresi, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke taksimi, müşterek mal taksimi, miras nedeniyle istihkak davası ile *aestimatum*⁴⁶’dan ve trampadan doğan *praescriptio verbis* davasıdır.

Digesta’daki *Gaius*’a ait bir metinde de *locatio conductio*’nun alım satım sözleşmesine yakın olduğunun ve aynı hukuk kuralları ile düzenlendiğinin ifade edildiği görülmektedir⁴⁷:

D. 19.2.2 pr. (Gaius 2 rer. cott.): “Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit...”

D. 19.2.2 pr.: “Locatio conductio, alım satıma yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir...”

Bu metinden de yola çıkarak *locatio conductio*’nun bir “*negotium bonae fidei*” olduğu açıktır. Dolayısıyla *locatio conductio*’da sözleşmeye aykırılık halinde taraflara haklarını aramak için iyiniyet davası açma imkânı verildiği kaynaklardan anlaşılmaktadır.

⁴⁵ *Iust., Inst. 4.6.28.*

⁴⁶ *Aestimatum*, taraflardan birisinin diğerine belirli bir sürede satması için kıymeti takdir edilmiş bir mal vermesini gerektiren; diğer tarafa da anlaşma konusu malı sattığı takdirde karşı tarafa malın bedelini ödeme borcunu yükleyen isimsiz bir sözleşmeydi. Genelde kullanılmış malları satan kimselerle yapılan bu tür sözleşmelerde malı satacağını taahhüt eden kimse eğer malı satamazsa sahibine iade etmesi gerekirdi: Berger, s. 355; Umur, Lügat, s. 21.

⁴⁷ Lee, R. W.: *The Elements of Roman Law*, London 1956, s. 320; Watson, *Evolution*, s. 15; Hausmaninger, s. 209; Borkowski/ Plessis, s. 275 – 276; Günal, *Contracts*, s. 38.

Dar hukuk davasında hâkim, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hususların mevcut olup olmadığına bakarak; davacının iddiasını sabit bulursa davalıyı *formula*'da belirtilen miktara mahkum etmekte; aksi halde davalıyı beraat ettirmektedir.

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından başlayarak birçok borç ilişkisinin içeriği *formula*'da⁴⁸ çok daha esnek ve hâkime geniş takdir yetkisi verecek şekilde ifade edilmekteydi⁴⁹. Dolayısıyla iyiniyet davalarında hâkim, önüne gelen davayı objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde gerekli yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine bakarak kararını vermektedir. Ayrıca bu davalarda davacı, başka bir ek davaya gerek olmaksızın sözleşmeye ilişkin faiz ve semere gibi yan edimler ile munzam anlaşmaları (*pacta adiecta*)⁵⁰ da takip edebilmektedir. Yine *bona fides*'in bir sonucu olarak *exceptio* (def'i),

⁴⁸ İyiniyet davasının *formula*'sı "*quidquid N.N. (Numerus Negidius) A.A. (Aulo Agerio) dare facere oportet ex fide bona*" (davalının davacıya iyiniyet icabı vermesi veya yapması lazım gelen her şey) şeklindeydi: Kaser, RPR I, s. 485 vd.; Somer, s. 42.

⁴⁹ Umur, Ders, s. 263; Karadeniz – Çelebican, Roma, s. 303 – 304.

⁵⁰ *Pacta adiecta*'lar, *ius civile* tarafından birer iyiniyet davası tanınan ve iyiniyet davası doğuran akitlere ilave edilen fer'i ek anlaşmalardandı. İyiniyet sözleşmelerine eklenen ek anlaşma niteliğinde olan *pacta adiecta*'lar, Orta Çağ'da borcu ağırlaştırmaya (*pacta ad augendum obligationem*) ve de hafifletmeye yönelik (*pacta ad minuendum obligationem*) olmak üzere ikiye ayrılmaktaydılar. *Pacta ad augendum obligationem*'ler, eğer iyiniyet davası doğuran bir sözleşmeyle birlikte yapılmışlarsa sözleşmenin davası ile korunurlar; daha sonra yapılmışlarsa hüküm ifade etmezlerdi. *Pacta ad minuendum obligationem*'ler ise, ister sözleşme sırasında ona ek olarak yapılmış olsunlar, isterse de daha sonra yapılmış olsunlar bir *exceptio pacti* ile korunurlardı: Umur, Lügat, s. 149; Güneş Ceylan, *Pactum*, s. 181.

formula'ya ilave edilmese bile dikkate alınabilir ve de doğrudan doğruya ileri sürülebilirdi⁵¹.

Bütün bu açıklamalardan sonra sonuç olarak, *Gaius* ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'lerinde ve de *Paulus*'a ait *Digesta*'daki metinde belirtildiği üzere, rızai sözleşmeler grubunda yer alan *locatio conductio rei*, tam iki tarafa borç yükleyen bir iyiniyet sözleşmesidir. Kira sözleşmesinin bir rızai sözleşme olması nedeniyle, Roma Sözleşmeler Sistemi içindeki diğer sözleşme gruplarının aksine, kurulması için herhangi bir sözlü ya da yazılı şekil şartı öngörülmemekteydi⁵². Ayrıca tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından dolayı da, taraflara *ius civile* tarafından sözleşmeye aykırılık halinde karşılıklı iyiniyet davası (*actio locati/ actio conducti*) açma hakkı tanınmaktaydı.

⁵¹ Leage, R. W.: Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Iustinian, 2. Edition, Oxford 1955, s. 291; Karadeniz – Çelebican, Roma, s. 292 vd.; Somer, s. 44.

⁵² Lee, s. 320; Gönenç, F. İ.: Roma Hukukunda Şirket Akti, İstanbul 2004, s. 21; Sevimli, E.: Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007, s. 33.

§ 2. *LOCATIO CONDUCTIO REI* (KİRA SÖZLEŞMESİ)'NİN TARİHSEL KÖKENİ İLE SOSYAL HAYAT İÇİNDEKİ ÖNEMİ

I. Tarihsel Kökeni

Roma'da bir şeyin kiraya verilmesinin ve kiralanmasının tarihine ilişkin yeterli kaynak bulunmamaktadır. Bu nedenle Roma Hukuku kaynaklarında *locatio conductio rei*'nin tarihsel kökenine ilişkin çeşitli görüşlerin ortaya atıldığı görülmektedir⁵³.

*Locatio conductio*ların en eski biçimde bir aynı sözleşme oldukları; dolayısıyla sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin karşı tarafa verilmesiyle hukuki bakımdan geçerlilik kazandıkları savunulmuştur. Bu görüşü savunanlara göre, taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişkinin kurulduğunu söyleyebilmek için sözleşmede kararlaştırılan bedelin peşin olarak verilmesi gerekmekteydi⁵⁴. Daha sonraki dönemlerde ise *locatio conductio* rızai bir sözleşme haline gelmiştir. Ancak ne zaman rızai bir sözleşme halini aldığı konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır. Klasik Hukuk Dönemi'nde ise, söz konusu sözleşmelerin rızai sözleşmeler niteliğinde olduklarına şüphe yoktur. Bu dönemde *locatio conductio* sözleşmeleri, başkaca bir hukuki işlem gerekmezsin, tarafların ifa konusu şey ve ödenecek bedel üzerinde anlaşmaları ile kurulmaktaydılar. *Gaius* ve *Iustinianus* da *Institutiones*'lerinde borç ilişkisinin doğması için tıpkı alım satım, şirket ve vekâlet

⁵³ Kaufmann, s. 26 vd.; Kaser, RPR I, s. 564 – 565.

⁵⁴ Watson, A.: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, s. 100; Koschaker/ Ayiter, s. 238; Sevimli, s. 2.

sözleşmelerinde olduğu gibi *locatio conductio*'da da tarafların karşılıklı rızalarının arandığını ve bunun sözleşmenin kurulması için yeterli olduğunu belirtmektedirler⁵⁵.

Ayrıca Roma Devleti'nin kamu topraklarının (*ager publicus*)⁵⁶ tahsisine ilişkin yaptığı sözleşmelerin *locatio conductio rei* ile benzerliği dikkat çekmektedir. Hem *Censor*⁵⁷'ların kamu arazilerinin tahsisinde öngördükleri beş yıllık sürenin bu toprakların özel kişilere kiralanmasında da uygulanması; hem de söz konusu bu toprakların tahsisi usulünde herhangi bir şekle bağlı olmadan *locatio conductio rei* gibi birer rızai sözleşme olarak yapılması nedeniyle, kamu topraklarının tahsisinde kira sözleşmesinin ilk örneklerinin uygulama alanı bulduğunu düşündürmektedir⁵⁸.

Roma'nın ilk dönemlerinde iş ilişkilerini düzenleyecek hukuki kurallara ihtiyaç duyulmadığı görülmektedir. Bunun nedeninin ailelerdeki işgücünün, her ailenin kendi işlerini görebilecek yeterlilikte olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. Hukuki açıdan şahıs sayılan her aile babası (*pater familias*), ailelerin malvarlığına ilişkin işlerini yürütmekteydi. Aile bireyleri

⁵⁵ *Gaius, Inst. 3.135; Iust., Inst. 3.22.1.*

⁵⁶ *Ager publicus*, düşmandan ganimet olarak alınan ve kamu malı sayılan arazilere denmekteydi. Bu tür arazilerin alım satım sözleşmesi ile özel mülkiyete konu olabilmesi mümkündü. Ayrıca kısa ve uzun süreli kira sözleşmeleri ile de şahısların kullanımına sunulabilirdi: Berger, s. 357; Umur, Lügat, s. 22.

⁵⁷ *Censor*'lar, M. Ö. 443 yılında ihdas olunan bir *magistra* olup; vatandaşları, askeri, iktisadi, siyasi, idari ve ahlaki bakımlardan sınıflandırmakla görevliydi: Berger, s. 386; Umur, Lügat, s. 36.

⁵⁸ Muirhead, J. S.: *An Outline of Roman Law*, London 1947, s. 158; Duncan – Jones, R.: *The Economy of the Roman Empire*, Cambridge 1974, s. 323 vd.

üzerinde mutlak egemenlik hakkına sahip olan aile babaları, bu hakka dayanarak aile içi ilişkileri düzenledikleri gibi aile bireylerinin iş ilişkilerini de düzenlemekteydiler. Daha sonraları özellikle belli mevsimlerde artan tarımsal işler dolayısıyla aile babalarının daha fazla işgücüne ihtiyaç duydukları görülmektedir. Söz konusu zamanlarda aile babaları işgücündeki bu eksikliği başkalarının köle ve hayvanlarını kiralamak yoluyla gidermişlerdir. İlk *locatio conductio rei*’lerin köle ve hayvanlarını kiraya veren malik aile babası ile kiracı arasındaki hukuki ilişkinin düzenlenmesi ihtiyacı sonucu ortaya çıktığı düşünülmektedir⁵⁹.

Roma Hukuku’nda sözlü bir sözleşme türü olan *stipulatio*’ların bir şeyin kiralanmasına ilişkin sözleşmeler için de uygulanabildiği düşünülmektedir. Tarafların iradelerine uygun soru ve cevapları ile meydana gelen bu sözleşmeler Roma’da genel bir sözleşme türü olup, her türlü anlaşma için kullanılabilmekteydi⁶⁰.

Roma’da kölelerin mal (*res*) sayılmalarından dolayıdır ki, kölelerin kiralanmasına ilişkin sözleşmeler “*locatio conductio rei*” kapsamındaydı⁶¹. Bir kölenin kiralanması tıpkı semere veren bir malın kiralanması, yani bir hasılat kirası niteliğinde görülmekteydi. Dolayısıyla bir köleyi kiralayan kimse, söz konusu kölenin hizmetine de sahip olmaktaydı. Çünkü kölenin gördüğü iş,

⁵⁹ Koschaker/ Ayiter, s. 238; De Neeve, P. W.: *Colonus: Private Farm – Tenancy in Roman Italy During the Republic and the Early Principate*, Amsterdam 1984, s. 63; Rainer, J. M.: *Bauen und Arbeit im klassischen römischen Recht*, ZSS, 1990, C. CVII, s. 377.

⁶⁰ Kaufmann, s. 344 vd.; Koschaker/ Ayiter, s. 209; Umur, Ders, s. 349; Rado, s. 90 – 91.

⁶¹ Schulz, *Roman Law*, s. 543; Molnár, I.: *Object of Locatio Conductio*, BIDR, 1982, C. LXXXV, s. 128 – 129; Günel, *Contracts*, s. 37.

köleden ayrı olarak kira sözleşmesinin konusunu oluşturmamaktaydı. Yani semere getiren bir malın semeresinin maldan ayrı olarak kiralanması mümkün değildi. Bu nedenle kaynaklarda yeralan “*locatio conductio servi*” ile “*locatio conductio operarum servi*” kavramlarından, konusunu kölelerin oluşturduğu hasılat kirası sözleşmesi anlaşılmalıdır⁶².

Daha sonraları kölelerden başka özgür kimselerin de iş güçleri dolayısıyla kiralanmaları yoluna gidildiği görülmektedir. Bir özgür kimsenin kendi kendisini kiralamasında “*servum locare*” deyimi yerine; “*locare se*” deyiminin kullanıldığı görülmektedir. Klasik Hukuk Dönemi başlarında böyle bir kira sözleşmesi yapan özgür bir kimsenin, sözleşme yaptığı iş sahibine bağımlı olması düşüncesi ortaya çıkmıştır. Çünkü bu tür kira sözleşmelerinde kira sözleşmesinin konusunu özgür kimsenin hizmetlerinin değil; kendisinin oluşturduğu düşüncesi benimsenmekteydi. Klasik Hukuk Dönemi sonlarına doğru bu düşünceden vazgeçilip, özgür kişinin kendisinin değil; hizmetlerinin sözleşmenin konusunu oluşturduğu anlaşılmaktadır⁶³.

Cumhuriyet Dönemi’nde *praetor*’ların, *formula*’ların *demonstratio*⁶⁴ kısımlarında *locavit* ve *conduxit* kelimelerinin yer aldığı bir dava tanıdıkları

⁶² Karadeniz, Ö.: *Iustinianus* Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara 1976, s. 48 vd.; Zimmermann, s. 351 – 352.

⁶³ Karadeniz, s. 50; Koschaker/ Ayiter, s. 238.

⁶⁴ *Demonstratio*, miktarları kesin olarak belirlenmemiş olan alacak haklarını koruyan *ius civile* şahsi davalarının *formula*’larında bulunan ve hâkime davacının iddia ettiği hakkın neye dayandığını göstermek üzere ihtilaf konusu olayı kısaca açıklayan bölümdür: Berger, s. 430; Umur, Lügat, s. 56.

kaynaklardan anlaşılmaktadır. Yine aynı söz konusu bu davanın *formula*'sında iyi niyet maddesinin (*ex bona fidei*) de yer aldığını görmekteyiz:

“*Quod A.A. (Aulus Agerius) N.N. (Numerio Negidio) fundum quo de agitur locavit, quidquid ob eam rem N.N. (Numerium Negidium) A.A. (Aulo Augeris) dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N.N. (Numerium Negidium) A.A. (Aulo Augeris) condemnato, si non paret, absolvito.*”

Yukarıdaki alıntının kira davasının ilk *formula*'larından olduğu ve de dolayısıyla kiracıya iddiasını savunmak amacıyla *praetor*'lar tarafından bir *actio locati* (kira davası) tanındığı görülmektedir⁶⁵. Söz konusu davada hâkimden “*ex bona fide*”ye göre karar vermesi istendiği ve böylelikle zaman içinde bir kira sözleşmesi sorumluluğu standardının sağlandığı kaynaklardan anlaşılmaktadır.

II. Sosyal Hayat İçindeki Önemi

A. Roma'da Yaşam Koşulları

Tarih boyunca Roma İmparatorluğu'nun nüfusuna ve yüzölçümüne bakıldığında, kiralanabilecek alanların çok kısıtlı olduğu görülmektedir. İmparatorluğa ait şehirlerin büyüklüğünün yaklaşık 20 kilometre kare olduğu bilinmekte ve bu şehirlerin ancak 1.2 milyon kişiyi barındırabildiği tahmin

⁶⁵ Lenel, O.: *Das Edictum perpetuum*, Aalen 1927, s. 229 – 230; Kaufmann, s. 349 vd.

edilmektedir⁶⁶. İş yerlerinin büyük kısmının şehir içinde olduğu Roma'da, düzenli ulaşım koşullarının olmaması nedeniyle şehir dışındaki alanların da yerleşim yeri olarak kullanılmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeplerden dolayı Roma'da sadece çok zengin olan azınlık kesim ev sahibi olabilmekte, nüfusun geriye kalan büyük kısmı ise çok katlı ve bugünkü apartmanlara benzeyen dar dairelerden oluşan *insula*'larda yaşamak durumunda kalmaktaydı⁶⁷.

Yerleşim yerlerinin kısıtlı olmasından dolayı, en düşük kiralık yerlerin bile yıllık kirası toplam 2000 *sesterz*⁶⁸'i bulmaktaydı. Bu yüksek fiyatlara rağmen *insula*'larda su, kanalizasyon, ışık ve ısınma sorunları söz konusu olmakta, yeterli konfor sağlanamamaktaydı. Özellikle yoksul kesimin yaşadığı *insula*'ların üst katlarına çıkıldıkça kalabalık dolayısıyla çok daha fazla pislik, çöp ve böcek istilasının kendisini gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenlerden dolayı *insula*'ları kiralayan kimselerin, ihtiyaçları olmadığı alanları alt kira (*sublocatio*) yoluyla tekrar kiraya vermelerine sıkça rastlanılmaktaydı⁶⁹.

⁶⁶ Carcopino, J.: Daily Life in Ancient Rome, London 1956, s. 20 vd; Roma İmparatorluğu şehirlerinin büyüklükleri ve nüfusları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Duncan – Jones, s. 259 vd.

⁶⁷ Weiss, s. 373; Carcopino, s. 33 vd.

⁶⁸ *Sesterz*, Roma'da Cumhuriyet Dönemi'nde gümüş paraya verilen isimdi. Değeri önceleri 2,5 as (bronz para) iken; zamanla 4 as'a kadar yükselmiştir: Berger, s. 706; Umur, Lügat, s. 198.

⁶⁹ Sohm, R.: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Leipzig 1926, s. 431; Weiss, s. 373 – 374; Buckland, W. W.: A Manual of Roman Private Law, Cambridge 1939, s. 290.

Insula'ların lüks olanları ise, zemin katlarının tek kiracıya verilenleri ya da çok odalı daireler şeklinde olanlarıydı. Gerçekten de bu tür konutların kiracıları günün koşullarına göre hiç de azımsanmayacak miktarda yıllık kira bedelini ödemek durumundaydı. Örneğin *Cicero*'nun öğrencisi *Marcus Caelius Rufus*'un otuz bin *sesterz* yıllık kira bedeli ödediği söylenmektedir⁷⁰.

Roma'da M. S. II. yüzyıl içinde büyük toprak sahipleri dikkati çekmektedir. Çünkü günün koşulları dolayısıyla tarım arazisine yapılan yatırımın şehir arazisine yapılan yatırımdan çok daha fazla gelir getirdiği düşünülmektedir. Genelde şehirlerde ikamet eden büyük arazi sahibi aristokratların kölelerini kullanmak suretiyle arazilerini yönetmelerinin gittikçe zorlaştığı anlaşılmaktadır. Özellikle ürün alamama riskine karşı tarım arazilerinin sürekli kontrolüne ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu sebeple arazi malikleri kendi arazilerinin yönetimini ve ekilip biçilmesini serbest çiftçilere ve küçük çiftlik sahiplerine; yani *colonus*⁷¹'lara bırakmaya başlamışlardı. Ancak imparatorluk dönemindeki ekonomik şartların tarımla geçinen *colonus*'lar için hiç de tatminkâr olmadığı anlaşılmaktadır. Bu kimselerin birçoğunun bırakın tarım arazilerinden kâr etmeyi; kirayı ödeyebilmekte ve ailelerini geçindirebilmekte bile zorlandıkları görülmektedir. Bu sebepler nedeniyle

⁷⁰ Carcopino, s. 33 vd.; Zimmermann, s. 345.

⁷¹ *Colonus*'lar, imparatorluğa ait toprakları genelde hasılat üzerinden ödenen bir kira bedeli karşılığında işlenmek üzere kiralayan, özgürlüklerini muhafaza ettikleri için istedikleri zaman bu işi bırakabilen çiftçi ve köylülerdi. *Colonus*'ların IV. yüzyıldan itibaren vergilerini ödemelerini teminat altına alabilmek için doğdukları toprakları terketmeleri yasaklanmıştı. Bunun sonucunda Son İmparatorluk Dönemi'nde *colonus*'ların çalıştıkları toprağa bağlı, nazari olarak hür, fakat fiilen köle gibi yaşayan kimseler haline geldikleri anlaşılmaktadır: Umur, Lügat, s. 39 – 40.

colonus'lar doğrudan mal sahiplerine borçlanmaya başlamışlar ve böylelikle toprak sahiplerine bağımlı hale gelmeye ve de hatta sömürülmeye başlanmışlardır. Sosyal ve ekonomik durumları iyice kötüleşen *colonus*'ların daha iyi topraklar bulmak amacıyla taşınmazları terk ettikleri kaynaklardan anlaşılmaktadır. Roma'da toprak sahiplerine bağımlı hale gelen bu taşınmaz kiracıları için hukuki koruma yollarına çok nadir rastlanmaktadır⁷².

B. Roma'da Kiracıların Karşılaştıkları Sorunlar

Digesta metinlerini incelendiğinde, Roma'da kiracıların bina çökmesi ve yangın gibi birtakım sorunlarla sürekli karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Birçok hukuki sorunlara sebep olan bu durumlar dolayısıyla Romalılar'ın kira sözleşmelerine ek maddeler koymak suretiyle kendilerini koruma yollarına gittikleri kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Çoğu Romalı'nın mesken edindiği *insula*'ların her ne kadar gösterişli ve yüksek binalar olsalar da, yapı kalitelerinin çok düşük olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, özellikle binaların duvarlarının çok ince yapıda olması dolayısıyla, zaman zaman fırtınalı yağmurlarda nemin binaya işlemesi sonucu *insula*'ların yıkıldıkları kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Iavolenus'a ait aşağıdaki metin incelenecek olursa, Roma'daki yapı kalitesinin çok düşük olduğu görülecektir. *Digesta*'daki metne göre kiracı, kiraladığı arsaya toprak yığmış ve sağanak yağış nedeniyle ıslanan bu toprak, komşusu kiralayanın evinin yıkılmasına sebep olmuştur:

⁷² Duncan – Jones, 323 vd.; De Martino, F.: Wirtschaftsgeschichte des alten Rom, München 1985, s. 268 vd.

D. 19.2.57 (Iavolenus 9 ex post. lab.): “Qui domum habebat, aream iniunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius quam fundamenta caementicia locatoris erant conguessit, et ea terra adsiduis pluviis inundata, ita parieti eius qui locaverat umore praestituto madefacto, aedificia corruerunt...”

D. 19.2.57: “Bir ev sahibi, evinin yanındaki arsayı kapı komşusuna kiralar; komşusu kendi taşınmazını inşa ederken arsada bulunan toprağı, kiralayana ait taş ocağının temellerinden daha yüksekte olacak şekilde yığar. Bu toprak sürekli yağan sağanak yağmurdan dolayı ıslanır ve sızan bu rutubetten dolayı kiralayanın duvarı ıslanır ve bunun sonucunda bina çöker...”

Yapı kalitesinin çok düşük olmasının yanında; çeşitli nedenlerle meydana gelen yangınların da Roma’da sıkça karşılaşılan sorunlardan olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Roma Hukuku’nda yapılan *locatio conductio rei*’lerde, yangın çıkabilme ihtimaline karşı tarafların sözleşmelere birtakım ek hükümler koymalarına sıkça rastlanmaktaydı. *Ulpianus*’a ait bir metinde de, yangın çıkabilme ihtimaline karşı kiralayanın sözleşmeye ek bir madde koymak suretiyle tedbir aldığını görmekteyiz. Metne göre, taraflar arasında yapılan bir kira sözleşmesinde kira konusu olan villada yangın çıkması ihtimaline karşı “samanın depo edilemeyeceğı” hususunda tarafların anlaştığı görülmektedir. Kira sözleşmesinde böyle bir hükmün olması

dolayısıyla kiracı kira konusu villaya saman gibi kolay tutuşabilen eşya koyamayacaktı. Metinde sözleşmeye aykırı olarak hareket eden kiracının sözleşmeye göre sorumlu olacağı *Labeo*'nun görüşleri ile ifade edilmiştir.

D. 19.2.11.4 (Ulpianus 32 ad ed.): "Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. ait labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebebat inferendo contra conductionem."

D. 19.2.11.4: "Kiracı ile kiralayan, şehirdeki bir villada samanın depo edilemeyeceği hususunda anlaşmışlardır. Kiracı samanı taşınmazda bulundurmuş, daha sonra kölesi samanı ateşe vererek yakmıştır. *Labeo* şöyle der; kiracı kira sözleşmesine göre sorumludur, çünkü kendisi kira sözleşmesine aykırı olarak samanı getirmek suretiyle olaya sebebiyet vermiştir."

Ulpianus'a ait bir başka metinde de günün koşulları dolayısıyla yangın çıkabilme ihtimaline karşı, sözleşmeye özel bir hüküm koymak suretiyle kiralayanın kendisini güvence altına alabileceği belirtilmiştir. Sözleşmeye "ateş yakılmaması" (*ignem ne habeto*) şeklinde bir özel hükmün konulması durumunda kiralayan günün koşullarında sıkça karşılaşılan yangın çıkabilmesi tehlikesine karşı sorumluluğu kiracıya devrettiği görülmektedir. Taraflar arasında yapılan kira sözleşmesinde böyle bir hükmün varlığı halinde kiracı, yangının kaza ile çıkmış olması durumunda bile meydana

gelen zarardan sorumlu tutulmaktaydı. Çıkan yangında zararın meydana gelmemesi durumunda ise, kiracı sorumluluktan kurtulmaktaydı.

Digesta'da konuya ilişkin *Ulpianus*'a ait bir başka metinde de kira sözleşmesinin taraflarının kiralanan taşınmazda “ateş yakılmaması” konusunda anlaştıklarını görmekteyiz:

D. 19.2.11.1 (Ulpianus 32 ad ed.): “Si hoc in locatione convenit “ignem ne habeto” et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium, ignem.”

D. 19.2.11.1: “Taraflar ‘ateş yakılmaması’ şeklinde kira sözleşmesinde anlaşmışsa ve bir yangın çıkmış ise, kaza ile çıkmış olması halinde bile kişi sorumlu olacaktır, çünkü yangının çıkmamış olması gerekirdi. ‘Zarara sebebiyet vermeyen bir yangın’da ise durum farklıdır, çünkü zararsız olduğu sürece ateşe izin verilmektedir.”

Roma’da kiracıların sıkça karşılaştıkları bina çökmesi ve yangın gibi bazı sorunların, kira hukukunda hem usule hem de özel hukuka ilişkin hukuki içerik ve yapının şekillenmesinde önemli rol oynadıkları anlaşılmaktadır.

C. Romalı Hukukçular ve Kira Hukuku

Roma’nın lüks semtlerinde oturan hukukçuların, alt sınıfın karşılaştığı kira sözleşmesine ilişkin sorunların çoğundan habersiz oldukları

anlaşılmaktadır⁷³. Romalı hukukçulara çoğunlukla üst sınıfın yapmış olduğu kira sözleşmelerine ilişkin hukuki sorunların gelmesi nedeniyle, toplumun çoğunluğunu oluşturan yoksul kesimin kiraya ilişkin hukuki meselelerinden uzak kaldıkları düşünülmektedir. Dolayısıyla da, kira sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin birçoğunun üst sınıfın sorunlarına ilişkin olduğu görülmektedir. Buradan kesinlikle dönemin hukukçularının üst sınıfın yanında yer aldıklarını ve kira hukuku ile ilgili kuralları söz konusu sınıfın lehine düzenledikleri sonucu çıkarılmamalıdır⁷⁴. Her ne kadar dönemin hukukçuları daha çok üst sınıfın sorunlarıyla uğraşmak suretiyle kira sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde bulundularsa da; Romalı hukukçuların kira sözleşmesine ilişkin oluşturdıkları kuralların günün çıkar rekabetini dengelediği ve Roma Devleti'nin kamu politikası açısından da toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır⁷⁵.

Kira sözleşmesine ilişkin düzenlemelerden habersiz olan kiracıların yapmış oldukları *locatio conductio rei*'ler sonucunda karşılaştıkları hukuki sorunları danışacakları bir hukuki danışmanlarının da olmadığı görülmektedir. Söz konusu bu kimselerin ev sahiplerine dava açtıklarında elde edebilecekleri kazancın; harcanan emek, zaman ve masrafa değmemesi iddiasıyla da hukuki çözüm yoluna başvurmadan vazgeçirildikleri anlaşılmaktadır. Bütün bu sebepler nedeniyle de, kira sözleşmesine ilişkin

⁷³ Romalı hukukçuların statüleri ve sosyal durumlarına ilişkin bilgi için bkz.: Schulz, F.: History of Roman Legal Science, Oxford 1946.

⁷⁴ Schulz, Roman Law, s. 545; Zimmermann, s. 348.

⁷⁵ Frier, B. W.: Landlords and Tenants in Imperial Rome, Princeton 1980 s. 21vd., s. 196 vd.

düzenlemelerin Roma'daki toplumsal alt sınıfın yararlanabileceği bir hukuki alan olmaktan uzaklaştığı anlaşılmaktadır. Ayrıca hukukçuların ev sahiplerinin üst sınıfa ait olması ve sorunlarının alt sınıfa oranla daha az ve farklı olması dolayısıyla da hukukçuların düzenlemelerini “Yüksek Sınıf Kira Hukuku” şeklinde adlandırmak yanlış olmayacaktır⁷⁶. Hukukçuların görevi, mevcut toplumsal yapı içinde önlerine gelen olaylara çözüm aramak olduğundan, günün sınıflar arasındaki pazarlık gücü eşitsizliği dolayısıyla ortaya çıkan sorunların onların yetki alanlarının dışında kaldığı görülmektedir. Bu nedenle günün hukukçularının kira sözleşmesi ile ilgili olarak, öncelikle sözleşmenin oluşumunda ve içeriğinde bir eksikliğin var olup olmadığına baktıkları ve tarafların sorumluluklarını dikkate almak suretiyle ortaya çıkan somut sorunların objektif çözümü ile ilgilendikleri anlaşılmaktadır⁷⁷.

⁷⁶ Daube, D.: Roman Law, Linguistic, Social and Philosophical Aspects, Edinburgh 1969, s. 71 vd; Frier, Landlords, s. 48 vd.

⁷⁷ Zimmermann, s. 350.

§ 3. LOCATIO CONDUCTIO REI KAVRAMI VE UNSURLARI

I. Kavram

Locatio conductio rei, kiraya verenin (*locator*) tüketilemeyen belirli bir malı kullanmasını (*res locata*) veya o malı kullanıp semerelerinden faydalanmasını (*fructus locata*) sağlayan, kararlaştırılmış bir bedel (*merces*) karşılığında kira konusunu kiracıya (*conductor*) devretme borcu altına girdiği, tam iki tarafa borç doğuran rızai bir sözleşmedir⁷⁸.

Roma'da hem bir malın kullanılmasında, hem de bir malın kullanılıp semerelerinden faydalanılması durumlarında “*locatio conductio rei*” şeklinde tek bir sözleşme söz konusu olmaktadır. Günümüzde ise ilk durumda “Adi Kira Sözleşmesi”nden; ikinci durumda ise “Hasılat Kirası Sözleşmesi”nden söz edilmektedir⁷⁹.

Borçlandırııcı bir hukuki işlem olması dolayısıyla *locati conductio rei*’de, kiracının ve kiraya verenin karşılıklı olarak borç altına girdikleri görülmektedir. Kiracının, tarafların aralarında kararlaştırdıkları kira bedelini ödeme ve

⁷⁸ Hunter, s. 117; Jörs, P.: Geschichte und System des römischen Privatrechts, Berlin 1927, s. 164; Buckland, W. W.: The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge 1931, s. 274 – 275; Lee, s. 320; Sevimli, s. 25.

⁷⁹ Alman Medeni Kanunu (BGB)’nda adi kira ve hasılat kirasına ilişkin düzenlemelerin ayrı ayrı yer aldıklarını görmekteyiz. Söz konusu kanunun “kira sözleşmesi ile birlikte kiraya veren, kiracıya kiralanan şeyin kullanım hakkını vermekle yükümlü olur...” şeklindeki ifadelerinin yer aldığı 535. maddesi adi kiraya ilişkindir. BGB’nin 581. maddesinde ise “...kiraya veren, kiracıya kiralanan şeyin kullanılmasını ve semerelerinden faydalanma hakkını vermekle yükümlü olur” şeklindeki hüküm ile hasılat kirasından bahsedilmektedir.

kiralanan malı anlaşmaya uygun olarak kullanıp, karşı tarafa iade etme borcu altına girdiği; buna karşılık kiraya verenin ise, sözleşme konusu maldan kiracının yararlanmasını sağlama ve bu amaçla gerekli masrafları yapma borcu altında bulunduğu anlaşılmaktadır⁸⁰. Görüldüğü gibi, sözleşmede her iki taraf da birbirlerine karşı borçlandıklarından, *locatio conductio rei* tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Kiracı her zaman sözleşme gereği bir ücret, yani para (*merces*) ödemek durumundaydı⁸¹. Aksi halde taraflar arasındaki hukuki işlem, *locatio conductio rei* değil; isimsiz bir sözleşme (*contractus innominati*)⁸² haline gelmekteydi⁸³.

Geçerli bir kira sözleşmesinin kurulabilmesi için sözleşme taraflarının irade beyanlarının uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde irade uyuşmazlığı (*dissensus*) söz konusu olacağından, hukuki işlem geçersiz olarak kabul edilmekteydi.

⁸⁰ Hunter, s. 119 – 120; Lee, s. 323 – 324; Di Marzo, s. 444; Rado, s. 133; Tahiroğlu, s. 196.

⁸¹ Jörs, s. 164; Siber, s. 204; Lee, s. 322; Watson, A.: Roman Private Law around 200 B.C., Edinburgh 1971, s. 137; Hausmaninger H./ Selb W.: Römisches Privatrecht, Wien 2001, s. 248.

⁸² *Contractus innominati*, Klasik Sonrası Dönem'de aynı sözleşmelere dahil edilen ve korunma vasıtaları aynı olan bazı sözleşmelere *Iustinianus* hukukunda verilen isimdi. Bu gruba dahil olan sözleşmeler şunlardı: *Do ut des* (veriyorum vermek için), *do ut facias* (veriyorum yapmak için), *facio ut des* (yapıyorum vermek için), *facio ut facias* (yapıyorum yapmak için). Tam iki taraflı olan bu sözleşmelerin kurulabilmeleri için, taraflardan bir tanesinin edimini kendiliğinden yerine getirmiş olması gerektiğinden, aynı sözleşmeler grubuna dahil edilmişlerdir: Berger, s. 414; Koschaker/ Ayiter, s. 225 vd.; Umur, Lügat, s. 48; Erdoğan, Borçlar, s. 103.

⁸³ Leage, s. 298; Umur, Ders, s. 367; Tahiroğlu, s. 197; Günel, Contracts, s. 38.

Roma Hukuku'nda *conductor*, malın zilyedi (*possessor*) değil; elinde bulundurandır (*detentor*). *Locator*'un zilyet olması dolayısıyla, zilyetlik *interdictum*'larından sadece kiralayanın yararlanması söz konusu olmaktaydı⁸⁴.

Locatio conductio rei nedeniyle taraflar, birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri şahsi haklara sahip olmaktaydılar. Dolayısıyla kira sözleşmesi konusu bir malın, örneğin bir taşınmazın, alım satım sözleşmesi sonucunda satılması halinde; yeni malik eğer isterse mülkiyeti koruyan istihkak davasını (*rei vindicatio*)⁸⁵ kullanmak suretiyle, kiracıyı taşınmazdan çıkarabilmekteydi. Böyle bir durumda şahsi hak sahibi kiracı, kendisini taşınmazdan tahliye etmek isteyen üçüncü kişilere karşı kira sözleşmesinden doğan hakkını ileri sürememekteydi. Ancak söz konusu durumda kiracı, kiraya verene karşı kira sözleşmesinden doğan bir dava (*actio conducti*) açmak suretiyle zararının tazmin edilmesini isteyebilmekteydi. Ayrıca Roma'da böyle bir durumda, taşınmaz maliki ve taşınmazı satın alan kimse aralarında yapmış oldukları sözleşmeye ek bir madde eklemek suretiyle kiracının mağduriyetinin giderilmesi sağlayabilmekteydiler⁸⁶. Kiracının korunmasına yönelik olan söz konusu bu durumun *Gaius*'a ait bir metinde ifade edildiği görülmektedir:

⁸⁴ Buckland, Manual, s. 290; Kreller, H.: Römisches Recht II, Grundlehren des Gemeinen Rechts, Wien 1950, s. 358; Zyl, s. 301.

⁸⁵ Umur, Ders, s. 451 vd.; Karadeniz – Çelebican, Ö.: Roma Eşya Hukuku, Ankara 2005, s. 213 vd.

⁸⁶ Schulz, Roman Law, s. 546 – 547; Zimmermann, s. 378; Sevimli, s. 25 – 26.

D. 19.2.25.1 (Gaius 10 ad ed. provinc.): “Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.”

D.19.2.25.1: “Bir kimse herhangi bir kimseye konut veya çiftliğini tasarrufta bulunma hakkını kullanmak suretiyle kiraya verirse ve daha sonra herhangi bir sebepten dolayı binasını ya da çiftliğini satarsa; aynı sözleşme doğrultusunda kiracı çiftçinin tasarruf etmesine izin verilmesi ve şehirdeki kiracının konutta oturması alıcıyla beraber sağlanmalıdır. Aksi takdirde kiracının tasarruf etmesi engellenirse, bu kimse bir *actio conducti* açabilir.”

Metin incelenecek olursa, taşınmaz malikinin kiraya vermiş olduğu konut veya çiftliği mülkiyet hakkına dayanmak suretiyle bir başka kimseye satması durumunda; alıcı ile satıcının aralarında yapmış oldukları sözleşmeye ek bir madde koymak suretiyle kiracının taşınmazda kalmasını sağlamalarının mümkün olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Böyle bir ek maddenin varlığına rağmen yeni malikin taşınmaz kiracısını tahliye etmek istemesi halinde kiracı, alım satım sözleşmesinden doğan bir dava ile (*actio venditi*) kendisini koruyabilmekteydi⁸⁷. Taraflar arasında yapılan alım satım sözleşmesine taşınmazda bulunan kiracıyı korumak amacıyla böyle bir ek

⁸⁷ Buckland, W. W.: Elementary Principles of the Roman Private Law, New York 2003, s. 295.

maddenin eklenmemesi halinde *Gaius*; kiracının kiraya verene karşı sadece *locatio conductio rei*'den doğan bir dava açmak suretiyle kendisini savunabileceğini belirtmektedir. Aksi takdirde kiracının, aynı hak sahibi yeni malike karşı bir dava açmak suretiyle, kendisinin taşınmazdan çıkarılmasını engellemesi mümkün olmamaktaydı⁸⁸.

Romalılar'ın kiralanan bir taşınmazın daha sonra bir başkasına satılması durumunu "*emptio tollit locatum*"; yani "satış kirayı bozar" şeklinde ifade ettikleri anlaşılmaktadır⁸⁹. Aslında böyle bir durumda kiraya veren ile kiracı arasındaki hukuki ilişkiye zarar veren husus; kiraya verenin üçüncü bir kişi ile yapmış olduğu alım satım sözleşmesi değildir. Taşınmazı satın alan kimsenin, taşınmaz üzerindeki aynı hakkına dayanmak suretiyle kiracıyı tahliye edebilmesi imkânı dolayısıyla, kiracının devam eden kira sözleşmesine rağmen kira konusunu elinde bulundurma hakkını tehlikeye attığı görülmektedir. Dolayısıyla "*emptio tollit locatum*" ifadesi; taşınmazın yeni malikinin aynı hak sahibi olması nedeniyle, kiracının kendisinin hak talebine karşı koyamayacağı anlamını taşıdığı şeklinde düşünmek yerinde

⁸⁸ Wesenberg, G.: Verträge zugunsten Dritter, Weimar 1949, s. 41 vd.; Mayer – Maly, LC, s. 43 vd.

⁸⁹ Marquardt, W.: Verhältniss des *Conductor* zum *Locator* bei Veräußerung der Sache nach Römischem Recht, Stettin 1888, s.1; Crome, C.: Grundzüge des Römischen Privatrechts, Bonn 1922, s. 167 – 168; Endemann, s. 180; Jörs, s. 165; Weiss, s. 375; Seidl, E.: Römisches Privatrecht, 1. Aufl., Erlangen 1949, s. 73; Kreller, s. 358 – 359; Mayer – Maly, T.: Römisches Recht, Zweite, erweiterte Aufl., Wien 1999, s. 144.

olacaktır. Zaten bu durum, aynı haklar ile şahsi haklar arasındaki ilişkinin temel sonucunu oluşturmaktadır⁹⁰.

Roma'da tapu sicilinin bulunmaması nedeniyle bir takım kanunlarla kiracıların durumlarının güçlendirildiği görülmektedir. Kira bedelini düzenli olarak ödeyen kiracının taşınmaz maliki tarafından taşınmazdan çıkarılamayacağına dair *Caracalla*'nın M. S. 214 yılında çıkarmış olduğu emirname söz konusu kanunlardandır⁹¹. Ancak böyle bir durumda da yeni malikin, taşınmaz malı kullanmak zorunda olduğunu, evi tamir etmek zorunda olduğunu ya da kiralanan taşınmazı kiracının kötü kullandığını ispat etmek suretiyle kiracıyı tahliye edebilmesi mümkün olmaktaydı. Kiraya veren kimseyi koruyan bu kanunun ise *Iustinianus* tarafından çıkartıldığı görülmektedir⁹².

II. Unsurları

A. Kira Konusu Mal (*Res*)

Res (eşya), üzerinde ferdi olarak hâkimiyet sağlanan, ekonomik değer taşıyan, insan dışındaki varlıklar olarak tanımlanabilir. Taşınır (*res mobiles*) ve taşınmaz mal (*res immobiles*) ayrımları günümüz hukuklarına, Roma Hukuku'ndan gelmektedir. Roma'da, hem taşınır hem de taşınmaz mallar günümüzde olduğu gibi kira sözleşmesinin konusunu oluşturabilmekteydiler.

⁹⁰ Zimmermann, s. 379.

⁹¹ Günal, A. N.: Roma Hukukunda Üst Hakkı (*Superficies*), AÜHFD, 1998, C. 47, S. 1 - 4, s. 108; Umur, Ders, s. 367; C. *Iust.* 4.65.3

⁹² Tahiroğlu, s. 198.

Bu sebeptendir ki, kira sözleşmesinin konusunu hem köleler ve hayvanlar; hem de ahır, depo, ikamet yerleri ve tarım arazilerinin kapsadığı görülmektedir⁹³.

Roma'da taşınır – taşınmaz mal ayrımından başka, maddi mal (*res corporales*) – maddi olmayan mal (*res incorporales*) ayrımı da yapılmaktaydı⁹⁴. Maddi olmayan bir malın da, kira sözleşmesinin konusunu oluşturabildiği kaynaklardan anlaşılmaktadır. *Gaius*'un *Institutiones*'indeki bir metninde, maddi olan ve maddi olmayan malların neler oldukları ifade edilmektedir⁹⁵.

⁹³ Di Marzo, s. 444; Kaser, Roman, s. 184; Molnár, Object, s.127 vd.; Zyl, s. 301; Liebs, D.: Römisches Recht, Göttingen 1992, s. 249; Stephenson, A.: A history of Roman law with a commentary on the Institutes of Gaius and Justinian, Colorado 1992, s. 464; Roby, s. 171; Burdick, W. L.: The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New Jersey 2004, s. 448; Günal, Contracts, s. 37.

⁹⁴ Küçükgüngör, E.: Roma Hukukunda İntifa Hakkı (*Ususfructus*), Ankara 1998, s. 8 – 9; Karadeniz – Çelebican, Eşya, s. 41.

⁹⁵ *Gaius, Inst. 2.12.14: "Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum."* *Gaius, Inst. 2.12.14: "Bundan başka bazı mallar maddi; bazı mallar da maddi olmayan mallardır. Maddi mallar; mesela bir arazi, bir köle, bir elbise, altın, gümüş ve buna benzer sayısız şeyler gibi elle tutulabilen eşyalardır. Maddi olmayan mallara ise dokunulamaz. Bunlar; miras, intifa, herhangi bir şekilde kurulmuş borç ilişkileri gibi haklardan oluşurlar. Şehir ve köy arazilerine ilişkin haklar (irtifak hakları) da bu başlık altına girer."*

Roma'da *res mancipi*⁹⁶ sayılan kölelerin, bir süre için hizmetlerinden yararlandırmak amacıyla taraflarca belirlenen kira bedeli karşılığında efendileri tarafından bir başka kişiye kiralanmalarına sıkça rastlanmaktaydı. Zaten daha önce de belirtildiği üzere⁹⁷ söz konusu bu durum, *locatio conductio rei*'nin ortaya çıkış sebeplerinden belki de en önemlisiydi. Kölelerin efendileri için çalışmaları, bu kimselerin hukuki durumları dolayısıyla herhangi bir sözleşmeye dayanmamaktaydı. Ancak başkaları için kiralanmalarında *locatio conductio rei*'nin konusunu oluşturmaktaydılar. Ayrıca hukuki bakımdan *res mancipi* olarak nitelendirilen kölelerin emekleri, hukuken onların semeresi sayılmaktaydı⁹⁸. *Digesta*'daki *Paulus*'a ait bir metinde kölelerin *locatio conductio rei*'nin konusunu oluşturduklarının açıkça ifade edildiğini görmekteyiz:

D. 19.2.45 pr. (Paulus 22 ad ed.): "Si domum tibi locavero et servi mei tibi damnum dederint vel furtum fecerint, non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione."

⁹⁶ *Res mancipi*, Eski ve Klasik Hukuk Dönemleri'nde eşyanın tasnifi içinde ekonomik bakımından en önemli sayılan mallar grubudur. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında, İtalya'daki araziler, arsalar ve binalar, fil ve deve hariç bütün yük ve çeki hayvanları, eski köy taşınmaz irtifakları, *res mancipi* mallar olarak sayılmaktaydı. Bir görüşe göre, bireysel mülkiyete konu olan ilk mallar bunlardı. Klasik Sonrası Dönem'de malların *res mancipi* – *res nec mancipi* olarak yapılan ayrımı önemini yitirmiş ve *Iustinianus* Dönemi'nde *interpolatio*'lar vasıtasıyla tamamen ortadan kaldırılmıştır: Berger, s. 678; Umur, Lügat, s. 185; Karadeniz – Çelebican, Eşya, s. 44 vd.

⁹⁷ Bkz. § 2.

⁹⁸ Karadeniz, s. 48 vd; Güneş Ceylan, Hizmet, s. 42 – 43.

D. 19.2.45 pr.: “Sana evimi ve kölelerimi kiraladığımda; kölelerim sana bir zarar verirlerse veya senden bir şey çalarlarsa, sana karşı kira sözleşmesinden değil; ama *noxal* dava dolayısıyla sorumlu olurum.”

Ayrıca her ne kadar özgür kimselerin de *locatio conductio*'nun konusunu oluşturduğu görülse de bunun kira sözleşmesinde değil; hizmet sözleşmesinde söz konusu olduğu savunulmaktadır. Aksi takdirde ücret karşılığında bir işin görülmesini amaçlayan sözleşmelerin konusunu, köle ya da özgür bir kimse olsun, işi gören kimse oluştursaydı; bu ilişkilerin düzenlendiği sözleşmelerin *locatio conductio rei* olarak kalması gerekirdi. Zaten Klasik Hukuk Dönemi'nde bir ücret karşılığında hizmet görülmesini amaçlayan sözleşmelerin; hizmeti gören ister köle, isterse de özgür kişi olsun, “*locatio conductio operarum*” olarak nitelendirildiği açıkça kaynaklardan anlaşılmaktadır⁹⁹.

Gaius'un *Institutiones*'inde de, gladyatörlerin konu olduğu bir hukuki işlemin alım satım sözleşmesi mi, yoksa *locatio conductio* mu olduğu tartışması yapıldıktan sonra; Roma'da eşya olarak kabul edilen bu kimselerin satılabilmesinin ve kiralanabilmesinin mümkün olduğu aşağıdaki metinden açıkça anlaşılmaktadır:

Gaius, Inst. 3.146: “Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint,

⁹⁹ Karadeniz, s. 132; Zimmermann, s. 384 vd.

denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possint.”

Gaius, Inst. 3.146: “Zaten sağ dönenlerin her biri için hizmetlerine karşılık olarak, bana yirmi *denarius*¹⁰⁰, ölenler veya sakatlananların her biri için de bin *denarius* vermek şartıyla sana gladyatörler teslim etmişsem; burada bir alım satım mı yoksa *locatio conductio* mu meydana geldiği hususu tartışmalıdır. Sağlam dönenler için bir *locatio conductio*’nun meydana geldiği, fakat ölenler veya sakatlananlar için de bir alım satımın mevcut olduğu görüşü üstündür. Burada alım satımın mı yoksa *locatio conductio*’nun mu meydana geldiği olayların sonuçlarından anlaşılabacaktır. Zaten zamanımızda eşyanın şarta bağlı olarak satılabilmesinde ya da kiralanabilmesinde şüphe yoktur.”

Roma’da hayvanların özellikle tarımsal faaliyetlerde güçlerinden yararlanmak üzere, kira sözleşmelerinin konusunu oluşturduklarına sıkça

¹⁰⁰ *Denarius*, Roma’da M. Ö. 269 yılından sonra, değeri dört *sesterz* olan gümüş paraya denmekteydi: Berger, s. 431; Umur, Lügat, s. 57.

rastlanmaktaydı¹⁰¹. Bunun bir örneğini *Digesta*'da *Alfenus*'a ait bir metinde görmekteyiz:

D. 19.2.30.2 (Alfenus 3 Dig. a paulo epit.): "Qui mulas ad certum pondus oneris locaret,.."

D. 19.2.30.2: "Bir kişi katırlarını, belli bir azami yük sınırına kadar yük taşıması için kiralar..."

Roma'da depoların kira sözleşmesinin konusunu oluşturmalarına ise *Labeo*'ya ait bir metinde rastlanmaktadır:

D. 19.2.60.9 (Labeo 5 post. a iav. epit.): "Rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet..."

D. 19.2.60.9: "Depo işletmecisi, kiracıların mallarının emniyeti için sorumlu tutulmalıdır..."

Roma'da taşınmaz malların kiralanmasının zamanla önem kazandığı görülmektedir¹⁰². Nüfusun çoğunluğunu oluşturan yoksul Roma halkının büyük bölümü *insula* adı verilen dairelere ayrılmış kalitesiz binalarda kiracı olarak oturmaktaydılar. Ayrıca *insula*'ların kiralanmasından başka tarım arazilerinin kiralanmasına da Roma'da sıkça rastlanmaktaydı. Bina kiracılarına, başkalarına ait evde oturan kimse anlamına gelen "*inquilinus*";

¹⁰¹ von Bolla, S.: Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum, München 1940, s. 7; Schulz, Roman Law, s. 542; Erdoğan, Borçlar, s 88.

¹⁰² De Neeve, *Colonus*, s. 217 vd.; De Martino, s. 268 vd.

arazi kiracılarına ise “*colonus*” adı verildiği görülmektedir¹⁰³. Her ne kadar Romalılar, günümüz hukuklarında olduğu gibi adi kira ile hasılat kirası sözleşmeleri arasında kesin bir ayırım yapmış olmasalar da; tarım arazilerinin kiralınması, günümüzde hasılat kirası olarak adlandırılan şekilde yapıldığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki, bir tarım arazisini kiralayan kiracı, hem kiralanan şeyin kendisinden (*ius utendi*); hem de semeresinden faydalanma hakkına (*ius fruendi*) sahip olmaktaydı¹⁰⁴.

Kiraya verenin sözleşme konusu mala malik olup olmaması, taraflar arasında yapılmış olan kira sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir. Dolayısıyla Roma Hukuku’nda kiracı, kiralamış olduğu bir malı başka bir kimseye kiraya verebilmekte, yani alt kira yapabilmekteydi¹⁰⁵. Konuya ilişkin olarak *Digesta*’daki bir metni incelemek yerinde olacaktır:

D. 19.2.58 pr. (Labeo 4 post. a iav. epit.) : “Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emptori mercedes inquilinorum accederent. quamvis eam conductor maiore pretio locaret, tamen id emptori accedit, quod tibi conductor debeat.”

D.19.2.58 pr: “Siz bir apartman binasını belli bir fiyata kiraya verdiniz ve kiracının kira bedelini alıcıya ödemesi şartıyla sattınız. Kiracınız bu binayı daha yüksek bir fiyata kiraya verse

¹⁰³ Kreller, s. 356; Mayer – Maly, Recht, s. 143.

¹⁰⁴ Harvey, W. F.: A Brief Digest of the Roman Law of Contracts, Colorado 1996, s. 58; Zimmermann, s. 352.

¹⁰⁵ Mayer – Maly, LC, s. 27 vd.; Frier, Landlords, s. 62.

de; yine de kiracınız size ne kadar borçlu ise alıcıya da o düşer.”

Labeo’ya ait bir metinde taşınmaz malikinin, kiraya vermiş olduğu bir apartmanı, kiracısının kira bedelini alıcıya ödemesi şartıyla başka bir kimseye sattığı görülmektedir. Kiracının ödemiş olduğu kira bedelinden daha fazla bedelle apartmanı bir başkasına alt kira yapmak suretiyle kiralaması durumunda *Labeo*’nun; kiracının eski malike ödemekle yükümlü olduğu miktar kadar kira bedeli ödemesi gerektiği hususunda görüş bildirdiği görülmektedir.

Roma’da özellikle Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde bir kimsenin yanlışlıkla ya da bilerek, aslında zaten kendisine ait olan bir köleyi ya da evi kiralayabilmesine rastlanmaktaydı. *Ulpianus*’a ait bir metinde de görüleceği üzere, bir kimsenin kendisine ait olan bir malı kiralaması durumunda, yapılan bu hukuki işlem geçersiz olarak kabul edilmekteydi:

D. 50.17.45 pr. (Ulpianus 30 ad ed.): “Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.”

D.50.17.45 pr.: “Ne rehnin, ne vedianın, ne *precarium*’un, ne alım satımın, ne de kiranın konusu, bir kimsenin kendisine ait bir şey olabilir.”

B. Kira Bedeli (*Merces Locationis*)

Günümüz hukuklarında olduğu gibi Roma Hukuku'nda da kira sözleşmesinde kira bedelinin, sözleşmesinin temel unsurlarından birisi olduğu anlaşılmaktadır. İvazlı bir sözleşme olması dolayısıyla *locatio conductio rei*'de kiracının ödemesinin kararlaştırıldığı kira bedeli; bu kimsenin kira konusunun kullanımının karşılığını oluşturmaktaydı. Kiracının kira sözleşmesindeki asli edim yükümlülüğünün, kiralananı kullanması karşılığında kiraya verene bir miktar para ödeme borcu altına girmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Roma'da geçerli bir kira sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların kira konusu mal ve bedel üzerinde kesin olarak anlaşmaya varmaları gerekmektedir¹⁰⁶. Tarafların sözleşmede kira bedeline ilişkin olarak anlaşmaya varmamaları halinde bir *locatio conductio rei* değil; hukuki olayın özelliklerine göre ariyet, vedia, vekâlet ya da bir isimsiz sözleşme meydana gelebilmekteydi.

Iustinianus'a ait bir metinde, kira sözleşmesinin alım satım sözleşmesine çok yakın olduğu ve aynı hukuk kuralları ile düzenlendiği belirtildikten sonra; *locatio conductio rei*'nin de tıpkı alım satım sözleşmesinde olduğu gibi üzerinde anlaşılan bir bedel sonucu kurulduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷:

¹⁰⁶ Buckland, Manual, s. 289; Lee, s. 322; Di Marzo, s. 443; Rado, s. 137; Tahiroğlu, s. 197.

¹⁰⁷ Konuya ilişkin olarak *Gaius*'a ait bir metnin, *Iustinianus*'un metnine çok benzer ifadeler içerdiği görülmektedir. *Digesta*'daki metne göre kira bedeli, alım satım sözleşmesinde

Iust., Inst. 3.24 pr.: "Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit. nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur si merces constituta sit."

Iust., Inst. 3.24 pr.: "Locatio conductio, alım satımaya yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenir. Gerçekten, nasıl alım satım bedel üzerinde anlaşma olduğu zaman kurulursa; locatio conductio da bedel üzerinde anlaşma sağlandığında kurulmuş sayılır."

Locatio conductio rei'nin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle taraflardan birinin malvarlığında karşılıksız bir artma yani bağışlama sebebiyle (*causa donationis*) yapılması da mümkün

olduğu gibi *locatio conductio rei*'nin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır: *D. 19.2.2 pr. (Gaius 2 rer. cott.): "Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit."* *D. 19.2.2 pr.: "Locatio conductio alım satımaya yakındır ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir. Alım satım, üzerinde anlaşılan bir bedele dayandığı gibi, locatio conductio da üzerinde anlaşılan bir bedele dayandırılır."* *Gaius'un Institutiones*'inde ise, taraflar arasında belirli bir bedel konusunda anlaşmaya varılamamışsa, alım satım sözleşmesinde olduğu gibi kira sözleşmesinin de kurulmuş sayılmayacağı belirtilmektedir: *Gaius, Inst. 3.142: "Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi."* *Gaius, Inst. 3.142: "Locatio conductio da aynı kurallara göre düzenlenmiştir; gerçekten de eğer bedel belirli olarak kararlaştırılmamış ise, locatio conductio kurulmuş sayılmaz."*: Honig, R. (Çev.: Talip, Ş.), Roma Hukuku, İstanbul 1938, s. 263 – 264; Benöhr, H. P.: Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Hamburg 1965, s. 101; Ernst, W./ Jakab, E.: *Usus Antiquus Juris Romani: Antikes Recht in Lebenspraktischer Anwendung*, Heidelberg 2005, s. 206.

olmamaktaydı. *Paulus*'a ait bir metinde bu husus şu şekilde ifade edilmektedir:

D. 19.2.20.1 (Paulus 34 ad ed.): "Sed donationis causa contrahi non potest."

D. 19.2.20.1: "Ancak kira, bağış amacıyla azaltılamaz."

Sembolik bir bedel karşılığında kira sözleşmesinin yapılması durumunda ise *Ulpianus* tarafından, bir *locatio conductio rei*'den değil; bağışlamadan söz edilebileceği ifade edilmektedir. *Digesta*'da dile getirilen bu durumun yine *locatio conductio rei*'nin ivazlı bir sözleşme olmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır:

D. 19.2.46 (Ulpianus 69 ad ed.): "Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit."

D. 19.2.46: "Eğer bir kişi bir sesterz karşılığında bir kira sözleşmesi yaparsa; burada kiradan söz edilemez, bağış söz konusu olur."

Klasik Hukuk Dönemi'nde kira sözleşmesinin oluşabilmesi için tarafların mutlaka belirli (*certum*) bir kira bedeli konusunda anlaşmaları gerektiği görülmektedir¹⁰⁸. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde ise kira bedelinin belirlenmesinin belirli bir üçüncü kişinin takdirine bırakılabilmesi ile Klasik Hukuk Dönemi'ndeki kira bedelinin belirli olması ilkesinin yumuşatıldığı

¹⁰⁸ Buckland, Manual, s. 289; Muirhead, s. 159; Lee, s. 322.

anlaşılmaktadır¹⁰⁹. Ayrıca *locatio conductio rei*'nin zorunlu bir unsuru olan kira bedelinin, tartılabilen bir şeyden değil; mutlaka paradan (*pecunia numerata*) ibaret olması da gerekmektedir. Bunun ilk dönemlerden beri tek bir istisnası vardı: o da hasılat kirasıydı¹¹⁰. Gerçekten de bir tarım arazisinin kiralınmasında kiralayan ile kiracı, kira bedeli olarak para yerine; ürünün belirli bir oranı üzerinde anlaşabilmekteydiler. Taşınmaz kirasında kira bedeli olarak para yerine ürünün belli bir oranını kira bedeli olarak ödemek üzere kiraya veren ile anlaşmış olan *colonus*'lara "*colonia partiarı*" denildiği görülmektedir¹¹¹. Taraflar arasındaki bu sözleşmenin şirket sözleşmesine (*societas*) benzemesine rağmen; yine de *locatio conductio rei* olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır¹¹².

İmparator *Plinius*'un, Roma'da tarımla uğraşanların geçinmek için maddi bakımdan zorlanmaları nedeniyle kirayı ödeyebilmeleri için hasılat kirası yapmak suretiyle bir çözüm yolu önerdiği anlaşılmaktadır. Günün maddi koşulları dikkate alındığında, taraflar arasında böyle bir anlaşmanın yapılmış olmasının, hem kiraya veren toprak sahibi; hem de toprağı işleyen kiracı bakımından avantajlı olduğu anlaşılmaktadır. Kiraya veren, kira bedelinin ödenememesi riskine karşın, bu anlaşma ile kendisini korumaya çalışmaktaydı. Kiracının ise, ürün alamama riskini kiralayan ile paylaşmasından dolayı böyle bir anlaşma yapma yoluna gitmek istediği

¹⁰⁹ *Iust., Inst.* 3.23.1.

¹¹⁰ Leage, s. 329; Watson, *Obligations*, s. 104 – 105; Watson, *Comparative*, s. 64.

¹¹¹ Schulz, *Roman Law*, s. 546; Lee, s. 322; Kaser, *RPR I*, s. 566; Honsell/ Mayer – Maly/ Selb, s. 324 – 325.

¹¹² Weiss, s. 373; Mayer – Maly, *LC*, s. 135 vd.

anlaşılmaktadır. Şöyle ki, ürünün az olması durumunda kiracının kiraya verene olan borç yükümlülüğü aynı oranda azalmaktaydı¹¹³.

Digesta'daki bir metinde çiftlik kiracısının elde ettiği ürünün meydana gelen bir mücbir sebep dolayısıyla az olması durumunda, söz konusu bu arazinin hem adi sözleşmesi; hem de hasılat kirası sözleşmesine ile kiralanmış olmasına göre farklı farklı ele alındığını görmekteyiz:

D. 19.2.25.6 (Gaius 10 ad ed. provinC.): "Vis maior, quam graeci θεου βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur."

D. 19.2.25.6: "Yunanlılar'ın 'Tanrı'nın Kuvveti' olarak adlandırdığı mücbir sebep halinde, eğer kiracının ürünü tahammül edilebilenden daha fazla zarar görürse, bu durum zararın kaynağı olarak görülmemelidir. Diğer taraftan, kiracı önemli bir kâr kaybına uğramazsa; az miktarda bir zarara katlanmak durumundadır. Açıkça ben belli bir miktardan araziyi kiralayan çiftlik kiracısından bahsediyorum; diğer taraftan bir

¹¹³ *D. 19.2.25.6 (Gaius 10 ad ed. provinc.); Zimmermann, s. 354 – 355.*

toprağı işleyen kiracı, tıpkı ortaklık hukukundaki gibi hem kârı hem de zararı mal sahibiyle ortak olarak paylaşır.”

Gaius’u metnine göre, adi kira sözleşmesi ile kiralanan bir araziden mücbir sebep sonucu ürünün zarar görüp çiftçinin az verim alması durumunda; kiracı çiftçinin buna katlanmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır¹¹⁴. Ancak hasılat kirası sözleşmesinde tarafların tıpkı bir şirket sözleşmesinde olduğu gibi meydana gelebilecek kârı ve zararı paylaşmak durumunda olduklarını ifade eden *Gaius*’un; adi kira sözleşmesi ile arasındaki farka dikkat çektiği görülmektedir.

Klasik Hukuk Dönemi’nde *locatio conductio rei*’de kira bedelinin paradan başka bir şey olup olamayacağına ilişkin hasılat kirasından başka istisnaların tanınıp tanınmadığı konusunda bir takım tartışmaların yapıldığı görülmektedir. *Iustinianus*’a ait bir metinde, öncelikle alım satım sözleşmesinde semen olarak paradan başka bir şeyin verilmesinin kararlaştırıldığında trampanın söz konusu olup olmadığı hususunda görüş ayrılıkları olduğu belirtildikten sonra; somut bir hukuki olayın *locatio conductio*’nun varlığı tartışmasına açıklık getirildiği görülmektedir:

Iust., Inst. 3.24.2: “Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam

¹¹⁴ Ernst, W.: Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS, 1988, C. CIV, s. 549 – 550; Ernst, W.: *Periculum Conductoris*, Festschrift für Hermann Lange, Stuttgart 1992, s. 78 – 79.

utendam sive fruendam acceperit. Et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periret: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.”

Iust., Inst. 3.24.2: “Bundan başka nasıl malları trampa etmek suretiyle alım satım yapılıp yapılmadığı konusunda genellikle bir uyuşmazlık söz konusu olmuşsa; aynı şekilde, mesela bir kimse sana kullanmak ve semerelerinden faydalanmak üzere bir şey verse ve buna karşılık olarak da senden kullanmak ve semerelerinden faydalanmak üzere bir şey alsa, bunun bir *locatio conductio* sözleşmesi olup olmadığı konusunda uyuşmazlık vardı. Burada da bir *locatio conductio* olmadığı, fakat kendine özgü bir sözleşme yapıldığı kabul edildi. Mesela bir kimsenin bir tek öküzü, komşusunun da bir tek öküzü olsa ve bir iş görmek için karşılıklı olarak öküzleri onar gün süre ile birbirlerine ödünç vermek hususunda anlaşsalar ve öküzler birisinde iken diğ erininki telef olsa; ne *actio locati* ne *actio conducti* ne de buradaki ödünç ivazsız olarak verilmemiş olduğu için *actio commodati* vardır; bir *actio praescriptis verbis* ikame olunur.”

Metne göre, bir kişinin komşusu ile birbirlerinin öküzlerini onar gün süre ile kullanmaları ve de semerelerinden faydalanmaları hususlarında anlaşmaları görülmektedir. Ancak metne bakıldığında açıkça görüleceği üzere bu anlaşmada tarafların, *merces locationis* kararlaştırmadıkları anlaşılmaktadır. Kira sözleşmesinde bedelin sözleşmenin temel unsuru olmasındandır ki, böyle bir durumda tarafların aralarında bir *locatio conductio*'nun varlığından söz edilemeyecektir. Burada tarafların karşılıklı olarak öküzlerini kullanmaları dolayısıyla anlaşmanın ivazsız olmaması nedeniyle ariyet sözleşmesinin de varolmayacağı açıktır. *Iustinianus* burada, bir *locatio conductio*'nun değil; kendine özgü bir sözleşmenin var olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla böyle bir anlaşmada sözleşmeye aykırılık halinde taraflar birbirlerine karşı ne *locatio conductio*'dan doğan davalar olan *actio locati* ve *actio conducti* davalarını; ne de bir ariyet sözleşmesinin varolmaması nedeniyle *actio commodati*'yi açabileceklerdir. *Iustinianus*'a göre burada tarafların sözleşmeye aykırılık durumunda, *praetor*'un uygun görmesi halinde açılacak olan bir "*actio praescriptis verbis*"¹¹⁵ kullanmaları mümkün olmaktadır.

Yine Klasik Hukuk Dönemi'nde kira bedelinin paradan başka bir şey olmasına ilişkin hasılat kirası sözleşmesinden başka bir istisnanın olup

¹¹⁵ *Actio praescriptis verbis*, isimsiz sözleşmelerde edimini yerine getirmemiş olan tarafa, edimini yerine getirmesi ya da zararın tazmini dolayısıyla verilen davaydı. Bu davanın *formulası*'nda kullanılması zorunlu kelimelerin var olması gerekmekteydi. Muhtemelen davacı, davanın *formulası*'nın başında olayı bildirmek zorundaydı. Bu şekilde, diğer tarafın edimini yerine getirmesini, eğer getirmiyorsa da uğradığı zararın tazminini isterdi: Berger, s. 344; Umur, Lügat, s. 11; Tahiroğlu, s. 226.

olmadığı ile ilgili bir başka tartışmaya da *Ulpianus*'a ait bir metinde rastlanmaktadır:

D. 10.3.23 (Ulpianus 32 ad ed.): "Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum, utrum ex conducto sit actio an vero communi dividundo. eadem quaestio est et si socius, qui convenerat, ut alternis annis frueretur, pecus immisit et effecit, ut futuri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumperentur. et puto magis communi dividundo iudicium quam ex conducto locum habere (quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?) aut certe actionem incerti civilem reddendam."

D. 10.3.23: "Ortağınız ve siz birbirini takip eden yıllarda sırayla ürün almak üzere anlaşılırsanız ve ortağınız sizin ürün almanız gereken yılda ürün almanıza izin vermezse; kira davasının mı yoksa ortak mülkiyetin bölünmesine ilişkin bir davanın mı söz konusu olması gerektiği hususunu ele alalım. Birbirini takip eden yıllarda sırayla ürün almayı kabul eden bir ortağın hayvanlarının toprağa sürmesi ve bunun sonucunda diğer ortağın alması gereken gelecek yılın ürününe zarar vermesi durumunda da aynı soru sorulur. Bana göre ortak mülkiyetin bölünmesi davasının açılması kira davasına göre daha uygundur (çünkü ödeme yapılmıyor ise bu nasıl bir kira

sözleşmesidir?) veya bu da olmazsa belirlenmemiş bir miktar için bir hukuk davası açılmalıdır.”

Metne göre tarafların belirli bir araziyi birer yıl arayla ürün almak üzere ekip biçme konusunda anlaştıkları görülmektedir. Bu metinde de taraflar arasındaki sözleşmede belirli bir bedelin kararlaştırılmamış olması dolayısıyla bir *locatio conductio*’nun değil; bir şirket sözleşmesinin varlığı kabul edilmiş ve tarafların arasında çıkan anlaşmazlıklarda söz konusu sözleşmeden doğan bir “*actio communi dividundo*”nun ya da bir hukuk davasının açılması gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir. *Actio communi dividundo*’nun, iştirak halindeki mülkiyet sırasında doğabilecek anlaşmazlıkların giderilmesi için maliklerden birinin açabileceği dava olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁶.

D. 10.3.23’teki duruma çok benzer başka bir olayın konu edildiği bir metinde ise *Africanus*’un, konuya ilişkin farklı bir hukuki sonuca ulaştığı görülmektedir. *Africanus*, *Ulpianus*’un aksine tarafların böyle bir durumda *locatio conductio rei*’den doğan davalar ile kendilerini savunabileceklerini belirtmektedir:

D. 19.2.35.1 (*Africanus 8 quaest.*): “*Cum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. agam tecum*

¹¹⁶ *Actio communi dividundo* sonucunda hâkimin, ortaklar arasında paylaşılamayan hususun giderilmesi amacıyla dava konusu malın mülkiyetini taraflardan birine verdiği; eşitliğin sağlanması için diğer taraf lehine de alacak hakkı, irtifak hakkı, rehin hakkı gibi bir hak ihdas ettiği görülmektedir: Berger, s. 424; Umur, Lügat, s. 3.

duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium venient. deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? recte quidem notat, sed tamen etiam servi sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera perematur. quod ipsum simplicius ita quaeremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur.”

D. 19.2.35.1: “Biz bir çiftliğin iştirak halinde malikleriyiz ve belli bir fiyattan birbirini takip eden yıllar için sırayla araziyi kiralamak üzere anlaşıyoruz. Senin yılın bitmek üzereyken sen gelecek yılın ürününe kasten zarar veriyorsun. Ben sana, biri kiraya vermek ile ilgili diğeri ise kiralamak ile ilgili olmak üzere iki ayrı dava açabilirim. Kiraya vermekle ilgili davada benim kendi payım hukuki incelemeye tabi tutulurken; kiralamak ile ilgili davada senin payın ele alınır. Bu durumda *Iulianus* şuraya dikkat çeker: ‘Ortak mülkiyetin bölünmesi davasında benim payımla ilgili bir zarardan sen de sorumlu olmaz mısın?’ Onun bu ifadesi yerindedir. Fakat bence *Servius*’un görüşü de doğrudur; yani ben bu davalardan biri yoluyla mülkiyetimi muhafaza edersem ona açılacak diğer dava açıkça ortadan

kalkar. Eğer varsayıma göre kendilerine ait çiftlikleri olan iki kimse, ürünü kira bedeli olarak sayacak şekilde birbirinin çiftliğini kiralar ise ne olur, şeklinde aynı soruyu daha basit şekilde de sorabiliriz.”

Bir çiftliğe iştirak halinde malik olan iki çiftçinin sırayla araziyi ekip biçme konusunda anlaşmalarında halinde; *Ulpianus*’un aksine *Africanus*’un *D. 19.2.35.1*’de taraflar arasında *locatio conductio rei*’nin varlığını kabul ettiği görölmektedir. Dolayısıyla *Africanus*’a göre, böyle bir olayda taraflar arasında anlaşmazlığın meydana gelmesi halinde ortak malikler kira sözleşmesinden doğan davaları kullanmak suretiyle haklarını arayabilmekteydiler. Metinde *Iulianus* ve *Servius*’un görüşlerine de yer veren *Africanus*’un, böyle bir durumda tarafların iştirak halinde mülkiyet haklarına dayanmak suretiyle de haklarını arayabileceklerini ifade etmesi, kendisinin konuya ilişkin olarak kesin bir kararlılığının olmadığını göstermektedir.

Sonuç olarak *D. 19.2.35.1*’de de göröldüğü gibi her ne kadar bu tür tartışmaların zaman zaman yapıldığı kaynaklardan anlaşılrsa da¹¹⁷; Roma’da Klasik Hukuk’tan beri süre gelen *locatio conductio rei*’nin mutlaka belirli bir bedele dayanması gerektiği görüşünün kabul edildiği ve bunun tek istisnasının da hasılat kirası olduğu düşüncesinin üstün geldiği anlaşılmaktadır. *Iustinianus*’a ait bu görüş ile kullanmaya ve trampaya ilişkin

¹¹⁷ Thomas, J. A. C.: *D.19.2.35.1*, BIDR, 1971, Vol. LXXIV, s. 83 vd; Misera, K.: Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern, ZSS, 1977, C. XCIV, s. 273 vd.

hukuki işlemlerin de isimsiz işlemler gibi uygulanmaya başlandığı görülmektedir¹¹⁸.

1. Kira Bedelinin Taraflarca Serbestçe Belirlenebilmesi

Roma'da Klasik Hukuk Dönemi'nde, tarafların kira bedelini belirleme konusundaki serbestisine alım satım sözleşmesinde olduğu gibi müdahale edilmeyerek, sözleşme özgürlüğü ilkesinin en geniş anlamda uygulandığı görülmektedir. Söz konusu dönemde, kira bedelinin serbestçe belirlenmesinin doğal karşılandığı ve hukuk düzeninin, tarafların iradelerine kira bedeli konusunda müdahale etmek istemediği anlaşılmaktadır. Çünkü Klasik Hukuk Dönemi'ndeki hukuki yarar, tarafların iradelerini garanti altına almaktan çok; taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi teminat altına almayı amaç edinmekteydi¹¹⁹. Şöyle ki, söz konusu dönemde kira sözleşmesinde güncel kira bedeli dikkate alındığında; kira konusunun kiralayan tarafından daha yüksek bedel ile; kiracı tarafından da daha düşük bedel ile kiralanmak istenmesinin doğal karşılandığı, hukuk düzeni tarafından tarafların bu yöndeki iradelerine müdahale etmek istenmediği anlaşılmaktadır. Kira sözleşmesinde kira bedelinin taraflarca serbestçe belirlenebilmesine ilişkin olan bu hususun *Digesta*'da *Paulus*'a bir metinde de ifade edildiği görülmektedir:

¹¹⁸ Mayer – Maly, LC, s. 137 - 138; Watson, Obligations, s. 101 vd.; Misera, s. 267 vd.

¹¹⁹ Lee, s. 322; Küçükgüngör, E./ Emiroğlu, H.: Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *Laesio Enormis* (Gabin), AÜHFD, 2004, C. 53, S. 1, s. 86.

D. 19.2.22.3 (Paulus 34 ad ed.): “Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.”

D. 19.2.22.3: “Alım satım sözleşmesinin doğası gereği, kira sözleşmelerinde de olduğu gibi, daha yüksek bir değere sahip bir malın daha düşük bir fiyata ve daha düşük bir değere sahip bir malın daha yüksek bir fiyata satılmasına izin verilir. Bu durum, tarafların menfaati gereğidir.”

Pomponius’un görüşlerinin dile getirildiği Ulpianus’a ait bir metinde alım satım sözleşmesindeki semene ilişkin olarak tarafların menfaatlerine göre davranmalarının uygun olarak değerlendirildiği görölmektedir:

D. 4.4.16.4 (Ulpianus 11 ad ed.): “Idem pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.”

D. 4.4.16.4: “Pomponius’un da satım sözleşmesinin bedeli ile ilgili olarak söylediği gibi, sözleşmenin taraflarının kurnaz davranmalarına izin vermek doğaldır”.

Kaynaklarda birçok kez ifade edildiği üzere alım satım sözleşmesi, kira sözleşmesine yakın olarak nitelendirilmekte ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmekteydi. Dolayısıyla *Ulpianus’un* metnindeki alım satım

sözleşmesindeki semene ilişkin görüşlerin kira bedeli için de söylenebilmesi mümkündür.

Hermogenianus'un metninden anlaşılacağı üzere, taraflar arasında kira sözleşmesi yapıldıktan sonra, hilenin varlığı ispat edilmedikçe kararlaştırılan kira bedelinin çok düşük olduğuna dayanmak suretiyle *locatio conductio rei*'nin iptali istenememekteydi:

D. 19.2.23 (Hermogenianus 2 iuris epit.): "Et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest."

D.19.2.23: "Ve böylelikle, bir kira sözleşmesi yapıldığında, karşı tarafın hile yaptığı ispatlanmadığı sürece sözleşme, kira bedelinin çok düşük olduğu gerekçesiyle feshedilemez."

2. Kira Bedelinin Belirlenmesinin Üçüncü Kişiye Bırakılması

Kira sözleşmesinde, bedelin belirlenmesinin üçüncü bir kişiye bırakılması hususunun Klasik Hukuk Dönemi'nde tartışmalı olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. *Gaius* da *Institutiones*'inde, *locatio conductio*'da bedelin belirlenmesinin üçüncü bir kişiye bırakılması halinde söz konusu bu sözleşmenin kurulup kurulmadığının tartışmalı olduğunu belirtmektedir:

Gaius, Inst. 3.143: "Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur."

Gaius, Inst. 3.143: “Dolayısıyla bedelin takdiri, mesela ‘*Titius*, ne kadar takdir ederse’ gibi başkasının tayinine bırakılmış ise, *locatio conductio*’nun meydana gelip gelmediği tartışmalıdır.”

Konuya ilişkin olarak *Digesta*’da *Gaius*’a ait bir başka metin daha bulunmaktadır. *Gaius, Inst. 3.143*’ün aksine bu metinde *Gaius*’un konuya ilişkin olarak ikili bir ayırım yaptığı görülmektedir:

D. 19.2.25 pr. (Gaius 10 ad ed. provinC.): “*Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur: sin autem quanti titius aestimaverit, sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta.*”

D. 19.2.25 pr.: “Eğer bedelin belirlenmesi belirsiz bir üçüncü kişinin takdirine bırakılmış ise, *locatio conductio* kurulmuş olmaz. Fakat bedeli ‘*Titius*’un belirleyeceği’ şeklinde bir ifade kullanılmışsa; *locatio conductio*’nun varlığı açıktır. Bu takdirde bedeli belirleyecek olan şahsın bu yetkisini kullanması ile bedel ödenebilir hale gelir ve *locatio conductio* da hüküm doğurur. Ancak söz konusu şahıs bedeli belirlemez ise, belirlenmiş bir bedel olmadığı için sözleşme de geçersiz olur.”

Metne göre *Gaius*'un, *locatio conductio*'da kira bedelinin belirlenmesinin belirsiz bir üçüncü kişinin takdirine bırakılması durumunda sözleşmenin kurulmadığını belirttiği görülmektedir. Dolayısıyla *Gaius*'a göre kira bedelini takdir edecek kimsenin mutlaka belirli bir kimse olması ve söz konusu bedeli daha sonra mutlaka belirlemesi gerekmektedir. Metne göre, bedeli tayin etmesi belirlenen kimsenin kira bedelini takdir etmesi ile sözleşmenin hüküm ifade edeceği anlaşılmaktadır.

Klasik Hukuk Dönem'de *Gaius*'un, kira bedelinin belirlenmesinin üçüncü bir kişinin takdirine bırakılması durumunda sözleşmenin geçerliliğinin tartışmalı olduğunu belirtmesine rağmen; *Iustinianus* Dönemi'nde söz konusu durumun farklı olduğu görülmektedir. Şöyle ki, *Iust., Inst. 3.23.1*'de alım satım sözleşmesi ile ilgili yapılmış olan semenin üçüncü kişinin takdirine bırakılmasının mümkün olmasının *locatio conductio* için de geçerli olduğu belirtilmektedir. Bu metin ile birlikte çok benzer ifadelerin yer aldığı *Iust., Inst. 3.24.1*'i birlikte ele almak gerekmektedir:

Iust., Inst. 3.23.1: "Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet. Alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio "quanti ille aestimaverit", sub hac conditione stare contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omni

modo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.”

*Iust., Inst. 3.23.1: “Üzerinde anlaşılmış bir semenin (pretium)¹²⁰ bulunması gerekmektedir, çünkü semensiz alım satım olamaz. Ayrıca semen, belirli olmalıdır. Yoksa taraflar arasında o şey üzerinde ‘Titius ne değer takdir ederse o kadara satın alınsın’, şeklinde bir anlaşma olsa; eskiler arasında burada alım satım var mıdır yok mudur konusunda sık sık tereddüt ve şüpheler vardı. Fakat bir emirnamemizde aldığımız karara göre (C. 4.38.15), ‘Bir kimsenin takdir ettiği değerle’ şeklinde yapılan her alım satım, şu şartla meydana gelmiş olacaktır; eğer o belirtilen kimse semeni tayin ederse, onun takdirine göre semeni ödemek, malı teslim etmek, böylece alım satımı sonuçlandırmak borcu doğacak ve alıcı *actio empti*’ye; satıcı *actio venditi*’ye haiz olacaktır. Buna karşılık, belirtilen kimse ya istemediğinden ya da yapamadığından semeni tayin etmezse;*

¹²⁰ *Pretium*, alım satım sözleşmesinde, taraflarca üzerinde anlaşılmış ve alıcı tarafından satıcıya ödenmesi gereken belirli para miktarına, semene denilmekteydi: Berger, s. 649; Umur, Lügat, s. 159.

semen mevcut olmamış gibi, alım satım yapılmamış olacaktır. Tarafımızdan alım satım için bu kural kabul edilmiş olduğuna göre, aynı kuralı *locatio conductio*'lara da uygulamak bir anlamsızlık teşkil etmez."

Iust., Inst. 3.24.1: "Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit..."

Iust., Inst. 3.24.1: "Yukarıda söylemiş olduğumuz, semenin belirlenmesinin üçüncü şahsın takdirine bırakılması keyfiyetini, bedelin başkasının takdirine bırakılması hali olarak, locatio conductio hakkında da söylemiş varsayıyoruz..."

Iust., Inst. 2.23.1'de *Iustinianus*'un, semenin alım satım sözleşmesinin temel unsuru olduğunu belirttikten sonra; semen olmadan söz konusu bu sözleşmenin kurulmasının mümkün olmadığını ifade ettiği görülmektedir. Ayrıca metinde *Iustinianus* tarafından, geçerli bir alım satım sözleşmesinin kurulabilmesi için semenin mutlaka belirli olması gerektiği de ifade edilmektedir. Bundan başka Klasik Hukuk Dönemi'nde tartışmalı olan, semenin tayininin üçüncü kişinin takdirine bırakılması hususuna da bu metinle açıklık getirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla *Iustinianus*'un metninden Klasik Hukuk Dönemi'ndeki *Gaius'a ait D.19.2.25 pr.*'ye paralel olarak, tarafların belirlediği üçüncü kişinin semeni belirlememesi halinde sözleşmenin geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır. *Iustinianus'a* göre alım

satım sözleşmesi, tayin edilen üçüncü kişinin semeni belirlemesinden sonra hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. *Iust., Inst. 3.23.1* ve *Iust., Inst. 3.24.1*'de ifade edildiği üzere; alım satım sözleşmesinde semenin miktarının tayin edilen üçüncü kişi tarafından belirlenmesi halinde, bu kimsenin bunu takdir etmesi şartı ile alım satım sözleşmesinin geçerli olacağı hususu, *locatio conductio rei*'ye de uygulanmaktaydı.

C. İradelerin Uyuşması (*Consensus*)

Roma Sözleşmeler Sistemi'nde rızai sözleşmeler içinde yer alan kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, kiraya veren ile kiracının sözleşme konusu ve kira bedeli üzerinde iradelerinin uyuşması gerekmektedir. *Locatio conductio rei*'nin taraflarının kira konusunun belirli bir bedel karşılığında kullandırılması hususunda karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını açıklamaları sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterliydi.

Kira sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için kira konusunun teslimine, taraf iradelerinin yazılı olarak beyan edilmesine gerek olmadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. *Digesta*'da Paulus'a ait bir metinde alım satım sözleşmesinin *Ius Gentium* tarafından düzenlenen bir sözleşme olduğu belirtildikten sonra; mektup ya da haberci aracılığıyla da kurulabildiği ifade edilmektedir¹²¹.

¹²¹ *Gaius, Inst. 3.136*; Lee, s. 320; Roby, s. 169; Emiroğlu, H.: *Ius Gentium* (Kavimler Hukuku), İstanbul 2007, s. 141.

D. 18.1.1.2 (Paulus 33 ad ed.): “Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.”

D. 18.1.1.2: “Alım satım sözleşmesi, *Ius Gentium* tarafından düzenlenen bir sözleşme olduğu için kolayca kurulur. Sadece hazır olan kimseler arasında değil; haberci aracılığıyla ya da mektupla da kurulması mümkündür.”

Locatio conductio rei’nin de alım satım sözleşmesine yakın olması ve aynı hukuk kuralları ile düzenlenmesi nedeniyle¹²² mektup ya da haberci aracılığıyla kurulması mümkündür.

Hem Klasik Hukuk Dönemi’nde; hem de *Iustinianus* Dönemi’nde *locatio conductio rei*’nin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için tarafların kira konusu malın yanında; kira bedeli üzerinde de kesin ve açık olarak uzlaşmaları gerekmektedir¹²³. *Locatio conductio rei*, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları olan kira konusu mal ve kira bedeli üzerinde anlaşmaları ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktaydı.

D. *Locatio Conductio Rei*’de Süre

Roma’da kira sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli olarak yapılabilirdiği görülmektedir. *Locatio conductio rei*’de sürenin

¹²² *D. 19.2.2 pr. (Gaius 2 rer. cott.)*

¹²³ *Gaius, Inst. 3.142; Iust., Inst. 3.23.1; Iust., Inst. 3.24 pr.*

kararlaştırılmasının, sözleşmenin esaslı unsurlarından olmadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır¹²⁴.

Günümüz hukuklarında olduğu gibi taraflar, sözleşmeye bir “*accidentalia negotii*”¹²⁵ koymak suretiyle *locatio conductio rei*’nin süresini serbestçe kararlaştırabilmekteydiler.

1. Belirli Süreli Kira Sözleşmeleri

Roma’da kira sözleşmesinin tarafları, *locatio conductio rei*’ye süreye ilişkin ek madde koymak suretiyle sözleşmenin ne zaman sona ereceğini aralarında serbestçe kararlaştırabilmekteydiler. Taraflarca kira sözleşmesinin belirli bir süre için yapıldığı durumlarda; süre sonunda sözleşme sona ermekte, kiracı da kira konusunu geri vermekle yükümlü olmaktaydı. Sadece bazı durumlarda taraflarca belirlenen sürenin bitmesinden önce tarafların sözleşmeyi sona erdirebilme imkânlarının varolduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Kiracının kira bedelini ödememesi, çiftlik kiralarda araziye ekip biçmeyi ihmal etmesi¹²⁶, kira sözleşmesi konusu taşınmazı büyük ölçüde

¹²⁴ Endemann, s. 179; Buckland, Manual ,s. 291; Lee, s. 325; Tahiroğlu, s. 198.

¹²⁵ *Accidentalia negotii*, bir sözleşmenin normal sonuçlarını değiştirmek için tarafların iradesiyle konulabilen şart, vade gibi tesadüfi ve arızı unsurlara denmekteydi: Umur, Lügat, s. 1.

¹²⁶ *Paulus*’a ait *Digesta*’daki bir metinde, belirli süreli bir kira sözleşmesinde çiftlik kiracısı *Seius*’un toprağı işlememesi ya da kira bedelini ödememesi durumlarında her zaman kiralayan *Titius* tarafından taşınmazdan çıkarılabileceği metinden anlaşılmaktadır: *D. 19.2.54.1 (Paulus 5 resp.): “Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis seius conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset,*

kötüye kullanması gibi durumlarda, sözleşmede kararlaştırılan süre sona ermeden kiralayan sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Sözleşme süresinin dolmasından önce, şartların varlığı halinde, kiralayana sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı tanınmasının nedeni; özellikle toprağın ekip biçilmesinde kamu yararı olmasından ileri gelmektedir. Roma'da devletin çiftlik sahibi kiraya vereni, kiracıya oranla daha fazla koruması bu sebepten ileri gelmektedir. Ayrıca kiraya verenin, kira konusuna kendi kullanımı için ihtiyacının olması ve sözleşme konusunun bakıma ihtiyacı olması durumlarında¹²⁷; söz konusu bu kimseye *locatio conductio rei*'yi süresinin bitiminden önce sona erdirebilme imkânı tanındığı anlaşılmaktadır.

*poenam decem praestet titius locator seio conductori: vel seius conductor titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aequae decem titio locatori praestare vellet: quod invicem de se stipulati sunt quaero, cum seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.” D. 19.2.54.1: “Bir çiftliğin sahibi ve kiracısı şu şekilde anlaşılır: Kiracı *Seius*, kira dönemi sırasında kendi rızası dışında çiftlikten çıkarılmayacaktır ve çıkarılması durumunda mal sahibi *Titius* kiracıya para cezası olarak, on ödeyecektir. Diğer taraftan kiracı *Seius*, kira dönemi içerisinde çiftliği terk etmek isterse mal sahibi *Titius*'a on ödeyecektir. Taraflar ayrı ayrı anlaşmaya bu şartları koymuştur. Eğer kiracı *Seius*, arka arkaya iki yıl kira bedelini ödemezse para cezasına maruz kalmadan çiftlikten çıkarılabilir mi? *Paulus* şöyle cevap vermiştir: Para cezasına dair maddede kiranın ödenmesi konusuna açıkça değinilmemiş olmasına rağmen; kiracının yükümlü olduğu üzere kirayı ödemesi ve toprağı işlemesi şartıyla, belirlenmiş olan süre içerisinde çıkarılmaması şeklinde anlaşmış oldukları düşünülebilir. Buna göre kirayı ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir kişi daha sonra para cezası talebinde bulunursa kiralayan taraf hileye karşı kendini savunabilir.”*

¹²⁷ C. Iust. 4.65.3

Buna karşılık bazı durumlarda kiracıya da sözleşmeyi süre bitiminden önce sona erdirebilme imkânları tanınmaktaydı. Örneğin, kiracının kiraladığı şey kullanım için uygun olmayan bir hale geldiyse veya sözleşme konusunun kullanımı kendisi için tehlike arz ediyorsa¹²⁸ kiracının da sözleşmenin süresinin bitiminden önce *locatio conductio rei*'yi sona erdirebilme imkânı olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Roma'da tarım arazilerinin kullanma ve semerelerinden yararlanılma süresinin taraflarca genellikle beş yıl (*lustrum*) olarak kararlaştırıldığı görülmektedir¹²⁹. *Digesta*'daki bir metinde *Paulus*'un, beş yıllık süre ile kiralanan taşınmaz kirasını ele aldığını görmekteyiz. Metin incelendiğinde, beş yıl süre ile yapılmış olan belirli süreli konut ve çiftlik kiralalarında; taraflarca belirlenen süre sona ermeden kiracının konutu terk etmesi ya da çiftlik kiracısının araziye ekip biçmeyi bırakması durumlarında, kiralayanın kiracıya dava açabilme imkânına sahip olduğunun ifade edildiği görülecektir:

¹²⁸ *Gaius, D. 19.2.25.2*'de kiracının bazı durumlarda sözleşme süresinin dolmasını beklemeden kira konusu taşınmazı terk edebileceğini; kendisine böyle bir durumda dava açıldığında da karşı dava açmak suretiyle kendisini savunabileceğini belirtmektedir. *Gaius*'a göre kira sözleşmesi konusu taşınmazın ışık almasını engelleyecek bir biçimde bir komşunun bina yapması halinde kiracı, söz konusu taşınmazı sözleşme süresi sona ermeden terk edebilme hakkına sahiptir. Yine konut ya da çiftlik kiracısı, mal sahibinin kira sözleşmesi konusu taşınmazın kırık kapı ve pencerelerini tamir etmemesi halinde de *Gaius*, kiracının taşınmazı terk edebileceğini ifade etmektedir. Metne göre bu gibi hallerde kiralayanın açtığı davaya karşılık kiracı, bir karşı dava açmak suretiyle kendisini savunabilmekteydi.

¹²⁹ De Neeve, *Colonus*, s. 10; Visky, K.: *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Bonn 1983, s. 205 vd.

D. 19.2.24.2 (Paulus 34 ad ed.): “Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deserverit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere.”

D. 19.2.24.2: “Bir ev ya da çiftlik beş yıllık bir döneme yayılmış kira ödemeleri ile kiraya verilirse; şehirdeki kiracı konutu terk ettiğinde ya da çiftlik kiracısı toprağı işlemeyi bıraktığında mal sahibi hemen dava açabilir.”

Roma’da kamu arazilerinin kiralanması söz konusu olduğunda ise, kira süresi dolduktan sonra araziye ekip biçecek başka bir kiracı çiftçi bulunmaması halinde, eski kiracının söz konusu araziye ekip biçmeye devam etmesi için zorlandığı anlaşılmaktadır. Giderek daha az çiftçinin kamu arazilerini kiralaması, sözleşme süresinin dolmasından sonra çiftçileri zorlamak suretiyle kamu arazisini ekip biçmesinin sağlanması yönteminin çok da işe yaramadığının göstergesidir¹³⁰. Özellikle yoksul çiftçilerin (*penuria colonorum*) zorlamasıyla İmparator *Hadrianus*’un bu haksız uygulamaya bir son vermek istediğı anlaşılmaktadır. *Hadrianus*’un konuya ilişkin emrine *Callistratus*’a ait bir metinde rastlanmaktadır:

D. 49.14.3.6 (Callistratus 3 d. i. fisci.): “Cum quinquennium, in quo quis pro publico conductore se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur: idque principalibus rescriptis exprimitur. divus etiam hadrianus in haec verba

¹³⁰ Mayer – Maly, LC, s. 216 vd.

rescripsit: "valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint. nam et facilius invenientur conductores, si scierint fore ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur."

D. 49.14.3.6: "Devlet ile anlaşılan bir kimse, anlaştığı beş yıllık dönem sona erdiğinde, bunu takip eden süre (beş yıllık) için sorumlu olmaz. Bu husus, imparatorluktan verilen yazılı cevaplarda belirtilmektedir. Yüce *Hadrianus* da şu ifadelerle bir cevap yazmıştır: 'Eğer sözleşmeler daha yüksek bir fiyattan yenilenmezse; kamu vergi ve topraklarına tabi çiftçilerin tekrar sorumlu tutulması insanlık dışı bir uygulamadır. Çiftçiler beş yıllık sürenin sonunda ayrılmak istemeleri halinde, arazide rızaları olmaksızın tutulamayacaklarını bilirlerse zaten daha gönüllü olarak bulunacaklardır'."

*D. 49.14.3.6'*ya göre, devletten beş yıllığına tarım arazisi kiralayan bir çiftçinin sözleşmesinin süre sonunda zorla yenilenmesinin uygun olmadığı belirtilmiştir. Metinde İmparator *Hadrianus* tarafından, Roma Devleti'nin yapmış olduğu böyle bir uygulamanın, çiftçiler için insanlık dışı olduğu belirtilmektedir.

2. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmeleri

Roma'da *locatio conductio rei*'de sözleşmenin tarafları, sözleşmenin süresine ilişkin bir anlaşma yapmamışlar ya da sözleşmeyi süresiz olarak

yapmışlar ise; belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusu olmaktaydı. Böyle bir durumda taraflardan her birinin sözleşmeyi istediği zaman tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten sözleşmenin tek taraflı olarak sona erdirilme hakkı, kiraya veren tarafından kullanıldığında kiracının barınma güvencesi bir anlamda yok sayılmaktaydı. Kiracı da sözleşmenin belirli süre için yapılmamış olması ya da belirsiz süreli yapılmış olması durumlarında kira konusunu terk edebilme hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu bu durumlar kiraya veren için “*expellere*”, “*repellere*”; kiracı için de “*migrare*”, “*reliquere*”, “*deserere*” terimleri ile ifade edilmekteydi¹³¹.

Kira sözleşmesinde feshi ihbar sürelerine uyulmak suretiyle fesih, Romalılar tarafından bilinmemekteydi. Günümüz hukuklarında mutlaka yer alan ihbarda bulunma kurumu her şeyden önce kiracının kira sözleşmesinin sona erip ermeyeceği konusunda hiçbir şüphede kalmamasını sağlamaktadır. Dönemden döneme ve bölgeden bölgeye farklılık gösteren ihbara ilişkin kuralların, yerel geleneklerle şekillenmiş olduğu ve tarafların makul menfaatlerini güvence altına almayı amaç edindiği anlaşılmaktadır¹³².

¹³¹ Siber, s. 204 – 205; Kaser, RPR I, s. 568; Frier, Landlords, s. 70, s. 92.

¹³² Genius, K.: Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen, Stuttgart 1972, s. 74 vd.

3. Uzun Süreli Kira Sözleşmeleri (*Locatio Conductio Longum Tempus*)

Roma'da kira sözleşmenin tarafları eğer aralarında belirli bir süre kararlaştırmamışlar ise, kiralayan ya da kiracının tek taraflı irade beyanları ile sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Ancak, şahıslara tahsis edilmemiş (*ager adsignatus*), satılmamış (*ager quaestoribus*), işgale terk edilmemiş (*ager occupatorius*) ve devlet tarafından kiraya verilen bazı arazilerde durumun farklı olduğu görülmektedir. “*Ager vectigalis*” adı verilen bu arazileri kiralayan kiracıların, yıllık olarak ödenen kira bedellerini düzenli ödedikleri sürece, araziden sürekli olarak yararlanma hakkına sahip oldukları anlaşılmaktadır¹³³. Bu sebeple de bu tür arazilerde kiracı olanlara bir ayni dava niteliğinde olan “*actio vectigalis in rem*”in tanındığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bu davanın, kiracının taşınmaz üzerindeki hakkını üçüncü kişi zilyetlere karşı korumak amacıyla açılan, istihkak davasına benzeyen bir ayni dava olduğu anlaşılmaktadır¹³⁴.

Alım satım sözleşmesinin aksine kira sözleşmesinde, sözleşme konusunun sadece geçici olarak karşı tarafa devredilmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla *locatio conductio rei*’de alım satım sözleşmelerinden farklı olarak mülkiyet hakkı ile ilgili bir değişiklik söz konusu değildir. Bu hususun *Ulpianus*’a ait bir metinde de ifade edildiği görülmektedir:

¹³³ Lee, s. 322; Di Marzo, s. 442; Kaser, RPR I, s. 455.

¹³⁴ Berger, s. 357; Umur, Lügat, s. 22, s. 13.

D. 19.2.39 (Ulpianus 2 ad ed.): “Non solet locatio dominium mutare.”

D. 19.2.39: “Kira sözleşmeleri genelde mülkiyetle ilgili bir değişikliğe neden olmaz.”

Gaius’un *Institutiones*’inde de, “*ager vectigalis*” adı verilen, kira sözleşmesinde mülkiyet hakkının geçici olarak devredilmesinin bir bakıma istisnasını oluşturan ve kiralayan Roma Devleti’nin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdiremeyeceği *locatio conductio longum tempus*’tan söz edildiği görülmektedir:

Gaius, *Inst.* 3.145: “Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit. quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.”

Gaius, *Inst.* 3.145: “Fakat diğer taraftan *emptio venditio* (alım satım sözleşmesi) ile *locatio conductio* arasında öyle benzerlikler vardır ki; örneğin, bir şeyin sürekli olarak kiralanmasında olduğu gibi, bazı hallerde bir alım satım sözleşmesinin mi yoksa bir *locatio conductio*’nun mu meydana

geldiği tartışmalıdır. Bu özellikle, kirasını (*vectigal*)¹³⁵ verdiği sürece ne kiracının ne de mirasçının elinden alınmayacağı şartı ile kiraya verilen şehir arazileri için söz konusu olmaktadır; bunun bir *locatio conductio* olduğu düşüncesi üstün gelmiştir.”

Metinde öncelikle *Gaius*’un, alım satım sözleşmesi ile kira sözleşmesinin bazı durumlarda birbirinden ayırt edilmesinin zor olduğunu belirttiği görülmektedir. Bu duruma örnek olarak da, uzun süreli kiralanan şehir arazilerini gösterilmektedir. Söz konusu taşınmazlarda, kiracının kira bedelini ödemeye devam ettiği sürece kira konusu, kiracının ve mirasçısının elinden alınamamaktaydı. Metinde de görüleceği üzere, bu uygulamanın alım satım sözleşmesi mi; yoksa kira sözleşmesi mi olduğu konusunda sürekli tartışmaların yapıldığı anlaşılmaktadır. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde çoğunlukla üzerinde tarım yapılamayan birtakım kamusal arazilerde de bu tür uygulamanın giderek yaygınlaştığı görülmektedir¹³⁶.

Roma’da *locatio conductio rei*’lerin yanında Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde “*emphyteusis*” ve “*ius perpetuum*” şeklinde ifade edilen kiralardan da tanınmaya başlandığı görülmektedir. *Emphyteusis*’un, hem kamuya ait arazilerin; hem de Yunanistan’daki işlenmemiş bazı arazilerin ağaç dikilip değerlendirilmesi şartı ile uzun süreli kiralananmalarından doğan bir kurum

¹³⁵ Mülkiyeti devlete ait olup, yararlanılması ve kullanılması bir kimseye tahsis edilen arazi için ödenen yıllık kira bedeli, “*vectigal*” terimi ile ifade edilmekteydi: Berger, s. 759; Umur, Lügat, s. 221.

¹³⁶ Mitteis, L.: Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum, Leipzig 1901, s. 33 vd.; Levy, E.: West Roman Vulgar Law, The Law of Property, Philadelphia 1951, s. 43 vd.; Kaser, RPR II, s. 308 vd.

olduğu anlaşılmaktadır. Klasik Sonrası Dönem’de *Emphyteusis*’un, başkasına ait bir arazi üzerinde; onu bozmamak, değerlendirmek ve yıllık bir *canon* (para veya mal şeklinde ödenen kira bedeli) ödemek şartı ile tam bir kullanma ve faydalanma imkânı veren ve mirasçılara intikal edebilen bir aynı hak niteliğini kazandığı anlaşılmaktadır¹³⁷. *Ius perpetuum*’un ise, *emphyteusis*’in doğmasına sebebiyet veren, İmparator Hazinesi’ne ait taşınmazların bir *canon* karşılığında sürekli olarak bir kimseye tahsis edilmesine ilişkin bir hak olduğu anlaşılmaktadır¹³⁸. Genellikle imparatora ait yerler (*fundi patrimoniales*) ile devlet arazisinin (*fundi rei privatae*) kiralanmasına ilişkin olan bu uygulamalarda, kesin ve net olmasa da mülkiyet kavramının bir bakıma yer alması nedeniyle kira sözleşmeleri ile mülkiyet arasındaki ince ayrımın ortadan kalkmaya başladığı düşünülmektedir¹³⁹.

Locatio conductio longum tempus ile mülkiyet arasındaki bu karmaşaya İmparator Zeno tarafından son verildiği anlaşılmaktadır. İmparator Zeno’nun, *emphyteusis*’i gücünü *pactum*’lardan alan kendine özgü bir kurum olarak ifade ettiği ve bir aynı dava tanıdığı görülmektedir. Bu suretle *locatio conductio longum tempus*’un, alım satım sözleşmesinden farklı bir kurum olarak; hem mülkiyetin devrinden, hem de *locatio conductio rei*’den ayrıldığı söylenebilmektedir. Söz konusu bu durumun, *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde de ifade edildiğini görülmektedir:

¹³⁷ Leage, s. 330; Lee, s. 322; Berger, s. 452; Kaser, RPR II, s. 151 vd.; Umur, Lügat, s. 64; Roby, s. 169 – 170.

¹³⁸ Berger, s. 531; Umur, Lügat, s. 103; Honsell/ Mayer – Maly/ Selb, s. 326.

¹³⁹ Levy, s. 45 vd.

Iust., Inst. 3.24.3.: “Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur.”

Iust., Inst. 3.24.3.: “Diğer taraftan, alım satım ile locatio conductio arasında öyle benzerlikler görülür ki, bazı hallerde alım satım mı yoksa locatio conductio mu olduğu şüphesi söz konusu olur. İşte örneğin, bazı arazilerin kira bedeli (pensio, redditus) malike ödendiği sürece, malik bu arazileri ne kiracıdan

ne mirasçısından; ne de onları kiracıdan veya mirasçıdan alım satım, hibe, cihaz veya başka bir sebeple iktisap etmiş olan herhangi bir kimseden geri alamayacaktır, Bazı kimselere arazilerin devamlı olarak yararlanmaları için terk edilmeleri durumu böyledir. Bu gibi sözleşmeler eskilerde şüphe uyandırdığından ve bazılarına göre kira, bazılarına göre alım satım sözleşmesi olarak nitelendirildiklerinden; *Zeno* tarafından bir kanun çıkarılmak suretiyle bu sözleşmeye *emphyteusis*'e özgü bir nitelik tanındı ve bunun ne alım satım ne kira olduğu, gücünü kendine özgü anlaşmalardan (*pactiones*) aldığı beyan edildi. Eğer bir anlaşma (*pactum*) yapılmışsa, sözleşmenin niteliği buymuş gibi ona uyulacaktır. Ama hasara (*periculum*) ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, malın tamamen telef olması halinde, bu hasar malike yüklenecektir. Kısmi telef halinde ise, *emphyteusis* kiracısına ait olacaktır. Bizim de takip ettiğimiz hukuki kural budur.”

Iustinianus'a ait bu metinde de *Gaius*'un konuya ilişkin metnine benzer olarak, alım satım sözleşmesi ile *locatio conductio*'nun birbirine çok yakın sözleşmeler oldukları ve bazı durumlarda birbirlerinden çok zor ayırt edildikleri belirtilmiştir. Uzun süreli kira sözleşmeleri de bu duruma örnek gösterilmiştir. *Iustinianus* bu arazilerin, kira bedellerinin düzenli olarak ödenmeleri şartıyla kiracısından ve onun mirasçısından geri alınamayacağını belirtmektedir.

Metinde *Iustinianus*, *locatio conductio longum tempus* ile mülkiyet arasındaki benzerlik tartışmalarına kanunla son veren İmparator Zeno'nun bu konudaki hasara ilişkin görüşlerini de aktarmaktadır. İmparator Zeno'ya göre, uzun süreli kira sözleşmesinin tarafları arasında hasara ilişkin bir anlaşma yapılmışsa ona uyulacaktır. Eğer taraflar arasında hasara ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, sözleşme konusunun tamamen telef olmasında malik; kısmen telef olmasında ise *emphyteusis* kiracısı hasara katlanmak durumundadır.

Orta Çağ'dan itibaren, Avrupa Devletleri tarafından iktibas edilen Roma Hukuku'nun, bu devletler nazarında "Ortak Hukuk" haline gelmiş olması şeklinde ifade edilen *ius commune*¹⁴⁰ dolayısıyla da, uzun süreli kiralara için özel kuralların konmaya devam edildiği görülmektedir. Bu çalışmalar ile *locatio conductio longum tempus* ile *locatio conductio simplex* arasındaki ayrımın netleştirilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. *Locatio conductio simplex*'te öngörülen sürenin on yılı aşması halinde, kiralayanın mülkiyetten yararlanma hakkını (*dominium utile*) kiracıya devretmiş olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Kiracının konumu her ne kadar bazen bir *emphyteusis* kiracısının durumu ile aynı kabul edilmekteyse de; genellikle *locatio conductio longum tempus*'nin ayrı bir kurum olarak kabul gördüğü görüşü ağır basmaktadır¹⁴¹.

Günümüz hukuklarında uzun süreli kira sözleşmeleri ile ilgili farklı uygulamaların mevcut olduğu görülmektedir. Bazı mevzuatlarda bu nitelikte

¹⁴⁰ Berger, s. 527; Umur, Lügat, s. 100; Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 57.

¹⁴¹ Coing, s. 369 – 370; Zimmermann, s. 359.

kira sözleşmeleri mevcudiyetini korurken; bazılarında ise uygulamadan kaldırıldıkları anlaşılmaktadır¹⁴².

4. Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Zimni Yenilenmesi (*Relocatio Tacita*)

Roma'da arazilerin işlenmesini teşvik etmek amacıyla, "taşınmaz kiralarında zimni yenileme"nin de söz konusu olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Belirli süreli taşınmaz kiralarında sözleşmenin süresi sona erdiği halde, kiraya veren kiranın sona erdiği yönündeki iradesini karşı tarafa beyan etmemiş ve kiracı da kira konusunu fiili hâkimiyetinde bulundurmaya devam etmişse; sözleşmenin zımnen yenilendiği anlamına gelen "*relocatio tacita*" ya da "*reconductio*" kelimelerinin kullanıldığı görülmektedir¹⁴³. Gerçekten de bir araziye kiralayan kiracının, kararlaştırılan süre sona erdikten sonra arazi üzerinde fiili hâkimiyetini devam ettirmesi halinde ve taşınmazı kiraya veren toprak sahibinin de bu duruma sessiz kalması durumunda¹⁴⁴; sözleşmenin süresinin tarafların hiçbir hukuki işlem yapmalarına gerek kalmadan uzadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Roma'da taşınmaz

¹⁴² *Emphyteusis* her ne kadar kanunlaştırılmamışsa da bu kurumun günümüzde halen Güney Afrika Hukuku'nda yer aldığını görülmektedir. Alman Hukuku'nda ise artık uzun süreli kiralar kabul edilmemektedir. Alman Medeni Kanunu (BGB)'nin 544. maddesine bakılacak olursa, otuz yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesinde, bu sürenin dolmasından sonra taraflardan her biri ihbarda bulunmak suretiyle sözleşmeyi feshedebilmektedirler: Kerr, A. J.: The Law of Sale and Lease, Durban 1984, s. 183.

¹⁴³ Berger, s. 669, s. 673 – 674; Umur, Lügat, s. 180; Mayer – Maly, Recht, s. 144.

¹⁴⁴ Endemann, s. 180; Buckland, Manual, s. 291; Schwind, F.: Römisches Recht, Band I., Geschichte, Rechtsgang System des Privatrechts, Wien 1950, s. 321; Lee, s. 325; Kaser, RPR I, s. 229; Kaser, RPR II, s. 88.

kiralarında sözleşmenin zımnen yenilenmesi hususunun *Ulpianus*'a ait bir metinde de ifade edildiği görülmektedir:

D. 19.2.14 (Ulpianus 71 ad ed.): "Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intellegitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu conualescunt: et ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum."

D. 19.2.14: "Belli bir süreliğine araziyi kiralayan bir kimse, sürenin bitiminden sonra da kiracı çiftçi durumundadır; mal sahibi, çiftçinin çiftlikte kalmasına müsaade ettiği sürece araziyi yeniden kiraya vermiş sayılır. Bu tür sözleşmeler sözlü ya da yazılı resmî bir şekle gerek kalmadan, sadece anlaşma ile yürürlüğe girer ve eğer mal sahibi bu süre içinde delirir veya ölürse *Marcellus*'a göre kiranın yenilenmesi imkânsızdır ki bu doğru bir görüştür."

Metne bakıldığında belli bir süreliğine kiralanan bir taşınmazı konu alan kira sözleşmesinin süresinin, kiralayanın sürenin bitiminden sonra kiracı çiftçiye taşınmazı kullanmasına izin vermesi durumunda uzadığı anlaşılmaktadır. *D. 19.2.14*'te *Ulpianus* tarafından, taşınmaz kiralarında böyle bir süre uzatımı için tarafların yazılı ya da sözlü şekilde bir anlaşma yapmalarına gerek olmadığı da belirtmektedir. Ancak *Marcellus*'a göre

sözleşme süresi içinde mal sahibinin ölmesi ya da temyiz kudretini kaybetmesi halinde sözleşmenin süresinin uzamasının mümkün olmadığı da söz konusu metinden anlaşılmaktadır.

Roma'da belirli süreli taşınmaz kiralalarına ilişkin sözleşmelerin, tarafların süre bitiminde sessiz kalmaları halinde, sözleşmenin aynen yenilendiğini; fer'i haklarda da bir değişikliğin meydana gelmediğini yine *Ulpianus*'a ait bir başka metinden anlaşılmaktadır¹⁴⁵. Ancak taşınmaz kirasına ilişkin sözleşmenin bu şekilde zımnen yenilenebilmesi için; sözleşme süresi içinde kiralayanın bir başka kimse ile yeni bir kira sözleşmesi yapmamış olması da gerekmektedir:

D. 19.2.13.11 (Ulpianus 32 ad ed.): "Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri

¹⁴⁵ Frier, *Landlords*, s. 165 vd.

locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. in urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.”

D. 19.2.13.11: “Bir kimse kira süresi sona erdikten sonra kiraladığı şeyde kalmaya devam ederse; söz konusu bu kimse o şeyi tekrar kiralamış olarak kabul edilmekle kalmayıp, verdiği teminat da mal sahibinde kalmaya devam eder. Önceki kira döneminde mal sahibinin taşınmazı üçüncü bir kişiye kiralaması durumu dışında bu durum doğrudur; böyle bir durumda sözleşmenin yeniden yapılması gerekir. Tarafların karşılıklı olarak sessiz kalmaları nedeniyle kiracı çiftçinin araziyi yeniden kiraladığı şeklindeki ifademe gelince, bu şöyle algılanmalıdır: Sessiz kaldıkları o yıl için aynı kira sözleşmesini yenilemiş kabul ederler, örneğin, başlangıçta beş yıllığına yapılmış bir kira sözleşmesinde takip eden yıllar için (toplam 5 yıl için) değil. Ancak tekrar söylüyorum; beş yıllık dönem sona erdikten sonraki ikinci yıl da aksini kararlaştırmazlarsa aynı kira sözleşmesi o yıl için de geçerli olarak yorumlanmıştır, çünkü taraflar sessiz kaldıklarından anlaşmış olarak kabul edilirler. Bu durum her bir yıl için geçerlidir. Fakat şehirdeki taşınmazlar için farklı bir kural vardır; yazılı olarak belli bir kira dönemi

belirlenmemişse her kiracı yalnızca konutta oturduğu sürece borçludur.”

Taşınmaz kiralarna ilişkin sözleşmenin süresinin bitiminde tarafların sessiz kalmaları ile yenilenen bir *locatio conductio rei*'de, sözleşmenin uzadığı süreye ilişkin ayrıntıların açık olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak yukarıdaki metinde *Ulpianus*'un, beş yıllık bir sözleşmenin bitiminde tarafların sessiz kalmaların halinde sözleşmenin bir yıl için daha uzadığını belirttiği görülmektedir¹⁴⁶. Dolayısıyla bu metinden anlaşılabacağı üzere, sözleşmenin zımnen uzamasında sözleşme süresi kadar bir yenilemenin değil; sözleşmenin süresi ne kadar olursa olsun her halde *locatio conductio rei*'nin bir yıl için uzaması söz konusu olmaktadır.

Kira sözleşmesinin taraflarının üstü kapalı ya da zımni muvafakatini temel alan *relocatio tacita* kurumu çağlar boyu devam etmiş ve günümüz hukuklarında da halen yer almaktadır¹⁴⁷.

Roma'da arazilerdeki gibi olmasa da şehirlerdeki taşınmazların kiralmasında da tarafların sözleşme sonunda sessiz kalmalarında sözleşmenin yenilenmesi mümkün olmaktadır. Ancak bunun için *Ulpianus*'a ait *Digesta*'daki 19.2.13.11'de görüldüğü üzere, tarafların sözleşmenin

¹⁴⁶ Buckland, Manual, s. 290; Muirhead, s. 159; Mayer – Maly, LC, s. 220 – 221.

¹⁴⁷ Alman Medeni Kanunu (BGB)'nin “Kira Sözleşmesi'nde Süre” başlıklı 575. maddesinde yer alan *relocatio tacita*, “eğer kira süresi dolduktan sonra kiralanan şey kiracı tarafından kullanılmaya devam ediyorsa, kira sözleşmesi belirsiz süre ile uzamış kabul edilir” şeklinde ifade edilmiştir. BGB'de kira sözleşmesinin belirsiz sürede uzaması şeklinde yer alan *relocatio tacita*'nın günümüzdeki bu halinin, kiracılara konut edindirmede küçük de olsa rol oynadığı söylenebilir.

süresini yazılı olarak belirlemeleri gerekmekteydi. Aksi takdirde arazi kiralarında olduğu gibi sözleşmenin süresinin yenilenmesi mümkün olmamaktaydı.

§ 4. *LOCATIO CONDUCTIO REI*'NİN TARAFLARI İLE TARAFLARIN BORÇLARI

I. *Locatio Conductio Rei*'nin Tarafları

Roma Hukuku'nda kira sözleşmesinin taraflarının, kiralayan (*locator*) ve kiracı (*conductor*) olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. *Locator*, kendisine ait tüketilemeyen belirli bir şeyin kullanılmasını veya o şeyi kullanıp semerelerinden faydalanılmasını sağlayan kimsedir. *Conductor*'un ise, kiraladığı mal karşılığında *locator*'a belirli bir bedel ödemekle yükümlü olan kimse olduğu anlaşılmaktadır¹⁴⁸.

Roma'da kira sözleşmesinin tarafı olabilmek için fiil ehliyetine sahip olunması gerektiği kaynaklardan anlaşılmaktadır. Fiil ehliyetine sahip olmak için de bazı unsurların bir araya gelmesi gerektiği görülmekte; söz konusu ehliyeti etkileyen unsurların da yaş, temyiz kudreti, israf ve cinsiyet olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Yukarıda sayılan bu unsurların hak ehliyeti olmayan kimseler olan köleler ve aile evlatları için de geçerli olduğu; dolayısıyla fiil ehliyeti şartlarına sahip olmaları şartıyla bu kimselerin de kira sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Hunter, s. 117; Endemann, s. 179; Honig, s. 263; Schwind, s. 320; Schulz, Roman Law, s. 544; Koschaker/ Ayiter, s. 264; Liebs, s. 367; Umur, Ders, s. 367; Günal, Contracts, s. 37.

¹⁴⁹ Koschaker/ Ayiter, s. 90 vd.; Erdoğan, B.: Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar), İstanbul 1995, s. 146; Emiroğlu, H.: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003, s. 21 vd.; Karadeniz – Çelebican, Roma, s. 190; Özsunar, E.: Roma ve Türk Hukukunda Hata, Ankara 2005, s. 7 vd.

II. Tarafların Borçları

A. Kiralayanın Borçları

Kiralayanın kira sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğünün, kiracıya sözleşme konusu şeyin kullanılmasını temin etmek olduğu görülmektedir¹⁵⁰. Asli edim yükümlülüklerinin dışında kiralayan ile kiracının sözleşmeye ek hüküm ve şartlar (*lex contractus*)¹⁵¹ ekleyebildikleri anlaşılmaktadır. Sözleşme taraflarınca kararlaştırılan bu hüküm ve şartlar, iki taraf arasında kanun hükmünde sayılabilecek nitelikte olup, kira sözleşmesinin bir parçası haline gelmekteydi. Tarafların sözleşmeye eklemiş oldukları bu hüküm ve şartların ihlali dolayısıyla taraflar, aynen sözleşmede kararlaştırılan asli edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinde olduğu gibi, birbirlerine karşı *actio locati* ve *actio conducti* açmak suretiyle kendilerini savunabilmekteydiler.

Locatio conductio rei'nin, iyiniyet davalarının ortaya çıkmasına zemin hazırlayan rızaya bağlı bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır. Günümüz hukuklarında önceden hazırlanmış standart kira sözleşmesi metnlerinin kullanılması gibi; Roma'da da kiralayan tarafından hazırlanan belirli bir *locatio contucio rei* metninin kullanıldığı görülmektedir¹⁵². Ayrıca tarafların kira sözleşmesinin içeriğinde yapabilecekleri eklemeler ve değişiklikler ile ortaya çıkan tüm tali anlaşmalar, sözleşmenin ayrılmaz parçası haline gelmekte;

¹⁵⁰ Crome, s. 167; Zyl, s. 301.

¹⁵¹ Klasik Hukuk Dönemi'nin sonunda kullanılan "*lex contractus*" terimi ile, bir sözleşmeye ilave edilen özel anlaşmalar ifade edilmekteydi: Umur, Lügat, s. 116.

¹⁵² Mayer – Maly, LC, s. 106 vd.; Kaser, RPR I, s. 229; Frier, Landlords, s. 61 vd.

sözleşmeye aykırılık halinde tarafların açabilecekleri davalarda söz konusu bu hususlar ileri sürülebilmekteydi. *Ulpianus*'un bu durumu, *D. 19.2.15.1*'de "...kira sözleşmesinin bir maddesinde bir şey üzerinde anlaşılır ve bu yükümlülük yerine getirilmezse kira davası açılabilir" şeklinde ifade ettiği görülmektedir. Dolayısıyla tarafların kira sözleşmesine eklemiş olduğu hükümlerdeki bir hususun yerine getirilmemesi halinde de kiralayanın sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Kiralayan kendi sorumluluklarını yerine getirmediğinde kiracının kira konusunu terk ederek, sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Kiralayanın kira sözleşmesinden doğan asli edim borçlarının, kira konusu şeyi teslim borcu, ayıba karşı tekeffül ve zapta karşı tekeffül olduğu görülmektedir.

1. Kira Konusu Malı Teslim Borcu

Kiralayanın, kira konusu malı sözleşmenin amacına uygun olarak kullanıma elverişli bir biçimde kiracıya teslim etmekle yükümlü olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bunun yanında kiralayan, sözleşme süresi boyunca da sözleşme konusunu kiracının kullanımına elverişli halde bulundurmakla yükümlüydü.

Ulpianus'a ait bir metinde zeytin çiftliğini kiraya veren bir çiftlik sahibinin, kiracısına neler temin etmesi gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. Metne göre çiftlik sahibi taşınmazı kiracısına, saklama kapları, pres ve

öğütme makineleri ile birlikte teslim etmeli¹⁵³; bozuk olanları ise tamir ettirmelidir. Eğer çiftlikteki ana malzeme adı altında adlandırılan bu mallar taşınmazda mevcut değilse taşınmaz sahibi, söz konusu malzemeleri temin edip, çiftliği kiracısına tam ve eksiksiz olarak teslim etmelidir. Aksi halde kiralayanın, kiracıya karşı sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Ancak metne göre tarafların farklı şekilde anlaşmaları durumunun da mümkün olduğu belirtilmektedir.

D. 19.2.19.2 (Ulpianus 32 ad ed.): "Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur. et est epistula neratii ad aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: sed et praelum vitiatum dominum reficere debere. quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri. fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parare debere neratius scripsit: quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere. item aenum, in quo olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia dominum praestare oportere, sicuti dolia vinaria, quae ad praesentem usum colonum picare

¹⁵³ Frier, B. W.: Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies, ZSS, 1979, C. XCVI, s. 208 – 209.

oportebit. haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit.”

D. 19.2.19.2: “Şimdi de bir çiftlik sahibinin kiracı çiftçisine geleneklere göre ana malzeme adı altında neler temin ettiğini incelemeliyiz; eğer bunları temin etmezse kira sözleşmesine göre sorumludur. *Neratius*’tan *Aristo*’ya gönderilmiş olan şu konuda bir mektup bulunmaktadır: Her durumda kiracıya saklama kapları, pres ve öğütme makineleri temin edilmeli, bu makinelerin ikisi de birbirine bağlanmış olmalıdır. Bunlar mevcut değilse mal sahibinin bunları temin etmesi gerekir; ancak mal sahibi mesela bozuk bir pres makinesini de tamir etmelidir. Kiracının kusuru nedeniyle bunlardan biri bozulursa kira sözleşmesine göre kiracı sorumludur. *Neratius* kiracının kendisi için zeytinleri preslemede kullanılan kırılabilir malzemeyi temin etmesi gerektiğini yazmıştır, ancak zeytin çıtalarla preslenecekse mal sahibi pres çubuklarını, vinci, çıta ve pres kapağını ve çubuğu kaldırmak için gereken vidaları sağlamalıdır. Aynı şekilde mal sahibi zeytinin sıcak suyla yıkandığı kazanları ve benzetme yapmak gerekirse şarabın saklanacağı kapları temin etmek zorundadır; kiracı bu kapları hemen kullanmak istediğinde kullanıma hazır olmalıdır. Tarafların özellikle başka bir şekilde anlaşmış olması dışında, bütün bu şeyler taahhüt edilmelidir.”

Ulpianus'un, *Digesta*'da kiracının dava hakkının olduğunu¹⁵⁴ ifade ettikten sonra, hangi durumlarda kiralayana dava açılabileceğini belirttiği görülmektedir. *Ulpianus*'a ait *D. 19.2.15.1*'in incelenmesi suretiyle *locatio conductio rei*'de kiralayanın sözleşmeden doğan borçlarını açıklamak mümkündür:

D. 19.2.15.1 (Ulpianus 32 ad ed.): "Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur."

D. 19.2.15.1: "Şu gibi sebeplerden dolayı kira davası açabilir: Örneğin, toprağın tamamından ya da bir kısmından yararlanamazsa ya da villa, ahır veya sürüsünü koyabileceği yer tamir edilmediği için kiracının kiralanan şeyden tasarruf etmesine müsaade edilmezse veya taraflar kira sözleşmesinin bir maddesinde bir şey üzerinde anlaşır ve bu yükümlülük yerine getirilmezse kira sözleşmesinden doğan bir dava açılabilir."

¹⁵⁴ Kiracıya kira sözleşmesinden doğan bir dava tanındığı *Digesta*'da *Ulpianus*'a ait bir metinde de açıkça ifade edilmiştir: *D. 19.2.15 pr. (Ulpianus 32 ad ed.): "Ex conducto actio conductori datur."* *D. 19.2.15 pr.:* "Kiracının kira davası hakkı vardır."

D. 19.2.15.1'de *Ulpianus*, kiralayanın kira konusu arazinin tamamından ya da bir kısmından kiracıyı yararlandırmaması halinde, kiracının kiralayana karşı dava hakkının olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla bu metne göre kiralayanın *locatio conductio rei*deki ilk borcu, kira sözleşmenin konusunu kiracının yararlanmasına sunmak olduğu anlaşılmaktadır.

Kiralayan, kira konusunun sözleşme süresi boyunca uygun durumda olmasını da gözetmek durumundaydı. *Gaius*'un, ismini belirtmediği bir hukukçunun görüşlerini dile getirdiği bir başka metninde, sözleşme süresi içinde kira konusunun ışık almasını engelleyecek şekilde bir binanın yapılması durumunu ele aldığı görülmektedir:

D. 19.2.25.2 (*Gaius 10 ad ed. provinC.*): “*Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. de mercedibus quoque si cum eo agatur, repudiationis ratio habenda est. eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.*”

D. 19.2.25.2: “Eğer bir komşu bina inşa ederse ve bir binanın pencereleri ışık almazsa; (bir hukukçunun görüşüne göre) mal sahibi konut kiracısına karşı sorumlu olur. Hiç şüphesiz çiftlik kiracısı ya da konut kiracısı kiralamış olduğu yeri terk edebilir ve aynı şekilde ona kira davası açılırsa kendisinin karşı dava açabileceği hesaba katılmalıdır. Mal sahibinin kırık kapı ve

pencereleri tamir etmemesi durumunda da aynı sonuca varırdım.”

Kira konusu taşınmazın ışık almaması nedeniyle kiralayanın söz konusu bu durumdan sorumlu olduğu *D. 19.2.25.2*'den anlaşılmaktadır. *Gaius*'a göre böyle bir durumda çiftlik ya da konut kiracısı kiraladığı taşınmazı terk edip, sözleşmeyi sona erdirebilmekteydi. Buna karşın kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle kiralayanın kiracıya dava açması halinde ise; kiracı, söz konusu haklı durumu dolayısıyla karşı dava açıp hakkını savunabilmekteydi. Metinden kiralayanın kira konusu taşınmazın kırık kapı ve pencereleri tamir etmemesi durumunda, çiftlik ya da konut kiracısının kiraladığı yeri terk edip sözleşmeyi sona erdirebilme imkânına sahip olduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁵.

Sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olmasa bile, kira konusu mal için *conductor* tarafından yapılmış olan zorunlu ve faydalı masraflar *locator* tarafından ödenmek durumundaydı. *Conductor*, kira konusu mal için yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafların ödenmemesi durumunda; kira konusu mal üzerinde hapis hakkına (*ius retentionis*) sahip olmaktaydı. Söz konusu masraflar ödeninceye kadar *conductor*, bu hakkını kullanmak suretiyle, kira konusunu *locator*'a iadedden kaçınabilmekteydi¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Hunter, s. 119 – 120; Lee, s. 323; Roby, s. 171 – 172.

¹⁵⁶ Buckland, Manual, s. 290; Roby, s. 173; Sevimli, s. 67 – 68.

2. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Roma'da kiralayanın, kira sözleşmesi konusunun benzerlerinden beklenen özelliklere sahip olmaması durumunda kiracıya karşı sorumlu olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Kira konusunun sözleşmeye uygun olmayacak şekilde teslim edilmesi ya da teslim edilse bile sonradan yararlanmaya elverişsiz hale gelmesi durumlarında maddi ayıptan söz edilmektedir. Roma Borçlar Hukuku'nda kiralanan kölelerin ve sızdıran fıçılar ile üzerinde zehirli otlar bulunan arazilerin ayıplı olması durumlarıyla sıkça karşılaşıldığı kaynaklardan anlaşılmaktadır.

a. Kira sözleşmesinin konusunu oluşturan kölelerin ayıplı olması

Kiracının kira konusundan faydalanamaması, kiralayandan ya da dış etkenlerden kaynaklandığı gibi; kira konusunun kendisinden de kaynaklanabilmekteydi. Roma'da kiralanan kölelerin, kiracının malını aşırırmaktan, cezai suçlar işlemeye kadar birçok haksız fiillerde bulunup kiracıyı zarara uğrattıkları görülmektedir. Kölelerin haksız fiil işlemeleri durumunda, bundan zarar gören taraf bir *noxal* dava ile kölenin sahibinin sorumluluğuna gidebilmekteydi. Ancak eğer kira sözleşmesinin konusu olan bir köle, sözleşmenin tarafı olan kiracıya bir zarar vermişse bu kimse, bir kira davası ile kiralayandan zararının tazmini isteyebilmekteydi.

Labeo'ya ait *Digesta*'daki bir metinde, işgücü dolayısıyla bir kölenin katırcı olarak kiralandığı görülmektedir. Metinde söz konusu katırcı kölenin dikkatsizliği nedeniyle kiracının katırının ölmesi durumunda meydana gelen zarardan kimin sorumlu olması gerektiğinin tartışıldığı görülmektedir:

D. 19.2.60.7 (Labeo 5 post. a iav. epit.): “Servum meum mulionem conduxisti: neglegentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illum quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegerim, qui eiusmodi damno te adficeret.”

D. 19.2.60.7: “Siz benim kölemi katırcı olarak kiraladınız ve katırcı kölenin dikkatsizliği yüzünden katırınız öldü. Köle kendi kendini kiraya vermişse, benim kanaatimce size karşı kölenin *peculium*¹⁵⁷’u değerinde ya da edindiğim kâr miktarı kadar sorumlu olurum. Fakat onu ben kiraya vermişsem, aldatma kastım veya hatam olmadığı ölçüde sorumlu tutulurum. Siz benden kendisini özellikle belirtmeden bir katırcı kiralamışsanız ve benim size verdiğimin dikkatsizliği yüzünden katırınız

¹⁵⁷ Köleler ile aile evlatlarına, aile yararına iş yapabilme imkânı verebilmek ihtiyacının doğurduğu *peculium* kurumu, önceleri malikin rızası altında köle veya aile evladının kendi kendine elde ettiği bir sermayeden oluşmaktaydı. Hukuken bu malların maliki aile babası olmakla beraber; örf ve âdetin etkisiyle, fiilen köle veya aile evladı nezninde kaldıkları anlaşılmaktadır. Sonraları malikin, aile evladı veya köleye, kendi malvarlığından ayırdığı bir *peculium* vererek, onu işletmesine imkân sağlamaya başladığı görülmektedir. *Praetor*’lar, *peculium*’u işleten aile evladı veya kölelerin yüklendikleri borçların, *peculium* miktarını aşmayacak oranda bir “*actio de peculio*” ile aile babasından talep edilebileceğini kabul etmişlerdir: Berger, s. 624; Umur, Lügat, s. 154.

ölmüşse, benim düşünceme göre burada da hatamdan dolayı sorumlu tutulurum, çünkü söz konusu zarara sebep olan kişiyi ben seçmiştim.”

D. 19.2.60.7’de, kölenin kendisini kiraya vermesi ile efendisinin köleyi kiraya vermesi arasında bir ayırım yapmak suretiyle sorumluluğa ilişkin çözüme ulaşılmak istendiği görülmektedir. Eğer köle kendisini kiraya vermiş ve dikkatsizliği sonucu kiracıya bir zarar vermişse; bu durumda efendisinin kiracıya olan sorumluluğu, kölenin *peculium* miktarı ile kölenin bu tasarrufundan dolayı elde ettiği kâr miktarını aşamamaktaydı. *Labeo*’ya ait metinde, köleyi efendisi kiraya vermiş ve kölenin efendisi tarafından seçilmiş olması durumunda ise; zarara sebep olan köleyi efendisinin seçmiş olması nedeniyle efendinin sorumluluğunun söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla metne göre bu durumda köleyi seçmesi dolayısıyla zararın meydana gelmesinde efendinin bir ihmalinin (*culpa*) varolduğu kabul edilmekte; bu sebeple de efendinin buradaki sorumluluğunun sözleşmeden doğan bir sorumluluk (*culpa in cotrahendo*) olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁸. Böyle bir durumda kiracının, kira sözleşmesi dolayısıyla kiralayana karşı bir dava açıp zararını tazmin yoluna gidebileceği D.19.2.60.7’den anlaşılmaktadır.

¹⁵⁸ Mayer – Maly, LC, s. 159 – 160; Kaser, M.: *Periculum locatoris*, ZSS, 1957, C. LXXIV, s. 161 vd.

Labeo'ya ait *D. 19.2.60.7*'den başka *Ulpianus*'a ait bir metninde de, yine katırcı olarak kiralanan bir kölenin vermiş olduğu zararlardan sorumluluk konusunun ele alındığı görülmektedir:

D. 9.2.27.34 (Ulpianus 18 ad ed.): "Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis aquiliae actionem. mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam aquiliae."

D. 9.2.27.34: "Bir kimse kiraladığı köleye katırını sürme işini verir ve köle de katırın yularını başparmağına bağladığında, katır bağı parmaktan koparıp kafa üstü düşerse *Mela*; köle acemiye ancak usta diye kiralanmışsa kölenin sahibine karşı katıra zarar vermekten ya da katırı sakatlamaktan dolayı bir kira davası açılabilir. Fakat katır birisinin ona vurması ya da onu korkutmasından dolayı devrilmişse mal sahibi (yani hem katırın sahibi hem de kölenin sahibi) *lex Aquilia* çerçevesinde katırı ürküten kişiye dava açabilir. Fakat bana öyle geliyor ki, sözleşmeye dayalı dava açılmasını sağlayan aynı sebepler için de bir *lex Aquilia* davası da açılabilir."

Ulpianus'a ait metinde kiralayan, katırı idare edemediği sonradan ortaya çıkan bir köleyi kiraya vermekten dolayı sorumlu tutulduğu görülmektedir¹⁵⁹. *D. 9.2.27.34*'te, kölenin seçiminde kusurlu hareket ettiği düşünülen kiralayanın kiracıya karşı sözleşmeden doğan sorumluluğunun olduğu ifade edilmektedir. Kölenin faaliyeti dolayısıyla zarar gören kiracı bir *actio conducti* açmak suretiyle zararının tazminini isteyebilmekteydi. Ancak kiracının katırının zarar görmesi, kölenin fiili ile değil de bir başka kimsenin faaliyeti sonucu meydana gelmiş ise; hem kiralayan hem de katırın sahibi bu kimseye *lex Aquilia*¹⁶⁰ çerçevesinde bir dava açmak suretiyle zararlarını tazmin edebilmekteydiler.

D. 19.2.60.7 ve *D. 9.2.27.34*'ten farklı olarak *Paulus*'a ait bir metinde, kira sözleşmesinin konusunu oluşturmayan kiralayana ait bir kölenin, kiracıya vermiş olduğu zarardan bahsedilmektedir:

D. 19.2.45 pr. (Paulus 22 ad ed.): "Si domum tibi locavero et servi mei tibi damnum dederint vel furtum fecerint, non teneor tibi ex conducto, sed noxali actione."

¹⁵⁹ Mayer – Maly, LC, s. 159 – 160; Kaser, *Periculum*, s. 161 vd.

¹⁶⁰ M. Ö. 287 yılında *Aquilius*'un çıkarttığı *lex Aquilia* ile başkasına verilen zararın (*damnum iniuria datum*) ne şekilde tazmin edileceği düzenlenmektedir. Söz konusu kanuna göre, eğer başkasına ait bir köle veya sürü hayvanı hukuka aykırı olarak öldürülecek olursa; malın malik nazarındaki değeri de dikkate alınmak suretiyle olayın meydana gelmesinden önceki sene ulaşmış olduğu en yüksek değeri ödenmekteydi. Ya da başkasına ait herhangi bir mala başka türlü bir zarar verilecek olursa, malın son ay içinde ulaşmış olduğu en yüksek değeri ödenmekteydi: Berger, s. 547 – 548; Umur, Lügat, s. 114.

D. 19.2.45 pr.: “Ben size bir evi kiraya verirsem ve sonra kölelerim size zarar verir ya da sizden bir şey çalarsa; size karşı kira sözleşmesinden dolayı sorumlu olmam; fakat bir *noxal* dava ile sorumlu olurum.”

Klasik Hukuk Dönemi Hukukçuları kiracının, kira konusu olmayan kiralayana ait bir kölenin faaliyeti dolayısıyla meydana gelen böyle bir zararın tazminini *locatio conductio rei*’den doğan bir dava ile değil; kölenin efendisine yani kiralayana açılacak olan bir “*noxal* dava” ile isteyebileceği doğrultusunda görüş bildirmektedirler. Böyle bir durumda zaten kölenin gerçekleştirmiş olduğu haksız fiilin, sözleşmeden doğan ilişki ile bağlantısı söz konusu olmamaktaydı. Bu sebeple aralarında bir evin kiralınması dolayısıyla bir kira sözleşmesi olan taraflardan birinin kölesinin karşı tarafa zarar vermesi durumunda meydana gelen zararın bir *noxal* dava ile tazmini yoluna gidildiği görülmektedir.

b. Kira konusu sızdıran fıçılarn ve üzerinde zehirli otlar bulunan arazilerin durumu

Roma’da kira sözleşmelerinde kiralayanın, kiraya vermiş olduğu fıçılarn kusurlu olmasından dolayı sorumlu olmasının kaynaklarda yer aldığı görülmektedir. Aynı şekilde üzerinde zehirli otlar bulunan bir araziyi kiralayanın da, kiracının birtakım zararının meydana gelmesi durumunda sorumluluğuna ilişkin *Digesta*’da metinlerin varolduğu görülmektedir.

Pomponius’a ait bir metinde, alım satım sözleşmesine konu olan bir fıçının ayıplı olması halinde satıcının sorumluluğunun ne olacağı konusunun

ele alındığı görülmektedir. Metnin son bölümünde, alım satım sözleşmesi için dile getirilen bu çözüm yollarının, kira sözleşmesi için de geçerli olduğu *Sabinus* tarafından ifade edilmektedir. *D.19.1.6.4*'te çeşitli ihtimaller dikkate alınmak suretiyle sözleşme konusunun ayıplı olması durumunda tarafların sorumluluğunun ele alındığı görülmektedir:

D. 19.1.6.4 (Pomponius 9 ad sab.): "Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendidieris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. quod et in locatis doliis praestandum sabinum respondisse minicius refert."

D. 19.1.6.4: "Siz bana belirli bir kapasiteye sahip olma ya da belli bir ağırlıkta olma şartı ile bir fıçı satarsanız ve fakat fıçı bu özellikleri karşılamıyorsa size dava açabilirim. Ancak siz bana bir fıçıyı sağlam olduğu garantisıyla satarsanız ve fıçı sağlam çıkmazsa bununla ilgili kaybımdan da siz sorumlu olursunuz. Ancak sağlamlığı konusunda sorumlu olacağınız şeklinde bir anlaşma yapmadıysak (bir hukukçunun görüşüne göre) sadece kötü niyetten dolayı sorumlu olursunuz. *Labeo* ise bunun tam

aksini düşünmektedir, ona göre tek geçerli kural şudur; taraflar aksi şekilde kararlaştırmadıkça, mutlaka sağlam fıçı temin edilmelidir. Onun bu görüşü doğrudur. *Sabinus*'un, bu uygulamanın kiralanan muhafaza kapları için de geçerli olduğu şeklindeki cevabını *Minicius* da bildirmektedir.”

Pomponius'un metninden anlaşılabacağı üzere, kira sözleşmesi konusu fıçının kiralayan tarafından belirli özellikleri olduğunun ya da sağlam olduğunun belirtilmesi suretiyle kiraya verilmesi durumunda; fıçının bu özellikleri taşıması ya da sağlam olmaması halinde, bu durumdan kiralayanın sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Metinde adı belirtilmeyen bir hukukçunun görüşüne göre ise, fıçının sağlam olduğu sözleşmenin kuruluş aşamasında kiralayan tarafından belirtilmediyse; bu durumda kiralayanın sorumluluğunun kendisinin kötüniyetli olup olmamasına göre değiştiği anlaşılmaktadır. Şöyle ki, eğer kiralayan sözleşme konusu fıçının sağlam olmadığını bildiği halde, bunu kiracıya söylemeden fıçıyı kiraya vermişse; bu durumda kendisinin sorumluluğunun söz konusu olduğu metinden anlaşılmaktadır.

D. 19.1.6.4'te Labeo'nun farklı görüşte olduğu da belirtilmektedir. *Labeo*'ya göre, taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça konuya ilişkin tek kural; kiralayan tarafından kiracıya mutlaka sağlam fıçıların teslim edilmesi gerektiğidir. *Ulpianus*'un da *Labeo* ile aynı görüşte olduğu metinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu iki hukukçuya göre, taraflar arasında kararlaştırılsın ya da kararlaştırılmasın; kira konusu fıçının ayıplı olduğu her

halde kiralayanın bu durumdan sorumlu olacağı D. 19.1.6.4'ten anlaşılmaktadır.

Kira sözleşmesi konusu fiçıların ayıplı olması ve kiralanan arazinin üzerinde bulunan otların zehirli olması dolayısıyla kiralayanın sorumluluğunun, *Ulpianus*'a ait bir metinde de ele alındığı görülmektedir:

D. 19.2.19.1 (Ulpianus 32 ad ed.): "Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita cassius scripsit. aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita servio labeoni sabino placuit."

D. 19.2.19.1: "Eğer bir kimse farkında olmadan ayıplı fiçıları kiraya verirse ve şarap bu fiçılardan dışarı akarsa; bu kişi (kiracının) menfaati dolayısıyla sorumlu olur ve bu durumdan haberdar olmaması mazeret olarak kabul edilmez, *Cassius* da bu şekilde yazmıştır. Üzerinde zararlı bitkilerin büyüdüğü bir çayırı kiraya verdiğinizde ise durum oldukça farklıdır; böyle bir durumda büyükbaş hayvanlar ölür veya değer kaybederse kiraya veren kişi olarak bu durumdan haberdarsanız (kiracının) menfaati dolayısıyla borçlu olursunuz. Ama bu durumdan haberiniz yoksa; kiranın ödenmesi konusunda dava

açamazsınız ki, bu görüşü *Servius*, *Labeo* ve *Sabinus* da desteklemiştir.”

D. 19.2.19.1’in ilk bölümünde, kira konusu fiçıların ayıplı olmasından dolayı kiracının şarabının fiçıdan dışarıya aktığı söylenmektedir. *Ulpianus*, böyle bir durumda kiralayanın kusuru olsun ya da olmasın (*nec ignorantia eius erit excusata*) sorumlu tutulacağını ifade etmektedir.

Ulpianus’a ait metnin ikinci bölümünde ise üzerinde zehirli bitkilerin yer aldığı bir çayırın kiralanmasında kiralayanın sorumluluğu konusuna değinilmektedir. Metinde *Ulpianus*, böyle bir durumda kiracının hayvanlarının ölmesi ya da değer kaybetmesi halinde; eğer kiralayanın bitkilerin zehirli olduğunda haberi varsa, kiracının tazminat talebinde bulunabileceğini belirtmektedir.

Metinde kira konusu ayıplı fiçılar ile üzerinde zehirli otların bulunduğu arazinin kiralanmasında kiralayanın sorumluluğuna ilişkin farklı sonuçlara varıldığı görülmektedir. Ne yazık ki Roma’da, bu gibi benzer durumlarda kiralayanın sorumluluğunu düzenleyen genel bir sorumluluk ilkesinin var olmadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Çayırın sahibinin her zaman kasıt dolayısıyla sorumlu tutulmasına karşın; şarap fiçılarını kiralayan kimsenin katı bir sorumluluk dolayısıyla sorumlu tutulmasının doğal olarak adil olmadığı görülmektedir. Belki Romalı hukukçular tarafından, çayır sahibi kiralayanın arazisi üzerinde zehirli otların bulunduğunu bilmemesi maruz görülmektedir. Dolayısıyla burada kiralayan, arazisi üzerinde zehirli otların varlığı hakkında bilgi sahibi olmadığı sürece kusurlu görülmemektedir.

Fıçıların kiralınmasında ise, sözleşme konusunun seçiminin kiralayan tarafından yapıldığı düşüncesiyle, kendisine katı bir sorumluluğun yüklendiğı görölmektedir. Sonuç olarak Roma'da, fıçılar kiraya veren kimse için şart koşulan özen yükümlölüğünün, çayır sahibi için aranmadığı anlaşılmaktadır. Fıçılar kiralayanın kira konusunun kusurlu olmasından haberdar olması beklenirken, hatta haberi olmasa bile bu durum ihmal sayılırken; çayır sahibi kiralayandan kasıt arandığı görölmektedir¹⁶¹. Roma'da fıçı ve zehirli otların bulunduğı arazinin kiralınması dışında bir kira konusunun ayıplı olması durumunda kiralayanın sorumluluğunun ne olacağının açık olmadığı anlaşılmaktadır. Bunların dışındaki diğer tüm kira konularının ayıplı olması durumunda kiralayanın ihmalden dolayı sorumluluğunun kabul edildiğini de söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak bu genel ilkelere kesin olarak varılması için *D. 19.2.19.1*'in düzenlenmesi gerekmektedir ki, bu da tabi ki mümkün değildir¹⁶².

3. Zapta Karşı Tekeffül (*Evictio*) Borcu

Kira sözleşmesinde kiralayanın, sözleşme süresince kira konusunu kiracının yararlanmasına elverişli bir şekilde bulundurma borcu yanında; kira konusundan kiracının çekışmesiz olarak yararlanmasını sağlama borcu altında olduğı da görölmektedir. Dolayısıyla kiralayanın, kiracıya karşı kira

¹⁶¹ Mayer – Maly, LC, s. 168 vd.; Stein, P.: Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, Edinburgh 1958, s. 100 vd.; Krampe, C.: Die Garantiehaftung des Vermieters für Sachmängel, Berlin 1980, s. 21 vd.

¹⁶² Haymann, F.: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, Vol. I, Berlin 1912, s. 96 vd.

konusundaki hukuki ayıplardan sorumluluğu söz konusudur. Üçüncü bir kişinin kira konusu mal üzerinde aynı bir hak iddiasında bulunması ve mahkeme kararıyla kiracıyı tahliye ettirmesi halinde Roma'da kiracı kiralayana rücu etmek suretiyle zararını tazmin edebilmekteydi. Kiralayanın iyiniyetli olması ve kendisinin ihmalinin olup olmaması sonucu değiştirmemekteydi¹⁶³.

Roma'da kiralayanın hukuki ayıplardan sorumlu olacağının sözleşme taraflarınca da kararlaştırabildikleri de anlaşılmaktadır. Sözleşmeden doğan sorumluluk nedeniyle kiracı, bir *actio conducti* açmak suretiyle sözleşmeye aykırılık dolayısıyla kendisini savunabilmekteydi¹⁶⁴.

Paulus'un *Digesta*'daki bir metninde, evi kiralayan bir kiracının yüksek bir fiyatla bir başkasına kiraya vermesi ve ev sahibinin son kiracının taşınmazdan yararlanmasına izin vermemesi durumunda kiracının meydana gelen zararının tazmininin ele alındığı görülmektedir:

D. 19.2.7 (Paulus 32 ad ed.): "Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta tuque eandem sexaginta titio locaveris et titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet, quia ipse titio tenearis in sexaginta."

¹⁶³ Zimmermann, s. 363.

¹⁶⁴ *D. 19.2.15.1 (Ulpianus 32 ad ed.)*

D. 19.2.7: “Ben size başka birisinin apartman dairesini elliye kiralityorum, siz de onu altmışa *Titius*’a kiralityorsunuz. Mal sahibi *Titius*’un o evde oturmasına izin vermiyor. Siz bana bu kira için dava açarsanız genel görüşe göre *Titius*’a altmış tutarında sorumlu olduğunuzdan altmış almanız gerekir.”

Paulus’un metninde görüleceği üzere, bir apartman dairesini elliye kiralayan bir kiracının daha sonra altmışa başka bir kimse ile alt kira sözleşmesi yaptığı görölmektedir. Mal sahibinin alt kiracının taşınmazdan yararlanmasına izin vermemesi durumunda kiracı, kiralayandan kendi gelirinin tazminini de talep edebilmektedir. Şöyle ki, açılacak bir davada kiracının kiralayandan kendi ödemiş olduğu ellilik miktarı değil; aynı zamanda taşınmaz sahibinin faaliyeti sonucu alt kiracıdan almasının engellendiği toplam altmışlık miktarı talep edebilmektedir.

D. 19.2.7’de sözü edilen, kiracının kira konusundan yararlanmasının üçüncü bir kişi tarafından engellenmesi durumunda açılacak olan bir davada talebin ne olması gerektiğine ilişkin *Digesta*’da başka bir metinde de benzer durumun ifade edildiği görölmektedir. *Tryphonus* konuya ilişkin bir metinde, ev sahibinin yeni kiracının taşınmazı kullanmasına izin vermemesi durumunda kiracının kâr miktarının davada talep edilmesi gerektiğini ifade etmiştir:

D. 19.2.8 (*Tryphonus 9 disp.*): “*Nos videamus, ne non sexaginta praestanda nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui conductione, tantundemque consequatur medius, quantum*

praestare debeat ei, qui a se conduxit, quoniam emolumentum conductionis ad comparationem uberioris mercedis computatum maiorem efficit condemnationem. et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset: quo iure utimur.”

D. 19.2.8: “Ne ellinin ne de altmışın ödenmesi gerekip gerekmediğini ele almaktansa, kiralanan şeyden elde edilen kâr miktarını ele almak daha yerinde olur. Aracı olan kimse, kendisinden o şeyi kiralayan kişiden ne kadar çıkar sağlaması gerekiyorsa o kadar almalıdır. Çünkü daha fazla kira almak amacıyla yapılmış olan sözleşmeden gelecek kâr, belirlenmiş olan miktarı yükseltmektedir. Ancak yine de ilk kiralayan elliyi almak için karşı dava açabilir ki bu miktar, dairenin sahibinin alt kiracının oturmasını engellememiş olması durumunda kiracısından alabileceği miktardır.”

D. 19.2.8 incelenecek olursa taşınmaza ilişkin yüksek fiyatla alt kira sözleşmesi yapılması ve mal sahibinin ikinci kiracıyı kira konusundan yararlandırmaması durumunda kiracının açacağı davada *Tryphonus*’a göre talep miktarı; iki kira sözleşmesinin arasındaki kâr miktarı kadar olmalıdır. Bu görüşün açılacak olan bir davada pratik olarak kolaylık sağlayacağı anlaşılmaktadır.

Proculus'un konuya ilişkin verdiği yanıtı dile getiren *Ulpianus*'a ait bir metinde, *D. 19.2.8*'de ifade edilen benzer görüşlerin yer aldığı görülmektedir. *Proculus*'a göre de, bir alt kira sözleşmesi yapılması ve mal sahibinin yeni kiracıya kira konusu maldan yararlanmasına izin vermemesi durumunda, açılacak olan bir davada kiralayanın ödemesi gereken miktarın, kiracının kâr miktarı olacağı anlaşılmaktadır:

D. 19.2.15.8 (Ulpianus 32 ad ed.): "Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset vel cum alius alienum vel quasi procurator vel quasi suum, quod interest praestabitur: et ita proculus in procuratore respondit."

D. 19.2.15.8: "Açıkçası mal sahibi, maldan yararlanılmasına izin vermezse, bu durumda ister temsilci ister mal sahibiymiş gibi başka birisinin malını kiraya vermek için ya kendisi ya da başka birisi kira sözleşmesini yapmış ise; mal sahibi tarafından ödenmesi gereken miktar kâr tutarıdır (kiracının kârı). Bir temsilci söz konusu olduğunda *Proculus*'un verdiği yanıt budur."

Roma'da kira sözleşmesinin konusu olan taşınmaz üzerinde üçüncü bir kişinin aynı hak iddiasında bulunması ve kiracının kira konusundan yararlanmasının engellenmesi durumunda kiralayanın; kiracıya makul bir alternatif yerleşim yeri göstermek suretiyle *actio locati* çerçevesinde sorumluluktan kurtulabilme imkânına sahip olduğu kaynaklardan

anlaşılmaktadır¹⁶⁵. *Pomponius* tarafından ifade edilen bu çözüm yolunun *Ulpianus*'a ait bir metinde yer aldığı görülmektedir:

D. 19.2.9 pr. (Ulpianus 32 ad ed.): "Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem."

D. 19.2.9 pr.: "Bir kişi iyi niyetle satın almış olduğu evi ya da çiftliği bana kiralarsa ve sonra kendisinin hiçbir hatası ya da kötü niyeti yokken tahliye edilirse *Pomponius*'a göre, bu kişi kiraladığı şeyden yararlanma hakkını kiracısına sunmakla yükümlüdür. Açıkçası mal sahibi, söz konusu bu kimsenin kalmasına izin vermezse ve kiralayan konfor bakımından daha kötü olmayan başka bir yer teklif etmeye hazırsa, *Pomponius*'a göre yapılacak en adilce şey kiralayanın (başka yükümlülüklerden) feragat ettirilmesidir."

D. 19.2.9 pr.'den anlaşılacağı üzere *Pomponius* tarafından, hiçbir hatası ya da kötü niyeti olmayan bir kiracının, taşınmaz üzerinde aynı bir hak iddiasında bulunan kimse tarafından tahliye edilmesi halinde; kiralayanın kiracıya tahliye edildiği taşınmazdan konfor bakımından daha kötü olmayan

¹⁶⁵ Mayer – Maly, LC, s. 155 vd.; Kaser, *Periculum*, s. 168.

bir yer göstermesi durumunda, başka bir sorumluluğa tabi olmayacağı ifade edilmektedir.

4. Kira Konusunun Kamulaştırılması (*Publicatio*) Halinde Kiralayanın Sorumluluğu

Roma'da kira konusunun sözleşme kurulduktan sonra kamulaştırılmasının söz konusu olması halinde; kiraya verenin, kiracının kira konusundan yararlanamaması nedeniyle kusuru olmasa bile sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır¹⁶⁶. Kiralayan ile kiracı arasındaki sözleşme ilişkisine, Roma Devleti'nin kamulaştırma ile müdahale etmesinin sonuçlarının *Africanus*'a ait bir metinde ifade edildiği görülmektedir:

D. 19.2.33 (Africanus 8 quaest.): "Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo

¹⁶⁶ Ernst, *Periculum*, s. 79; Zimmermann, s. 364.

prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis,”

D. 19.2.33: “Siz bana bir çiftliği kiralarsanız ve bu çiftlik daha sonra kamu malına dönüştürülürse (*Iulianus*’a göre), bu yararlanamama durumundan dolayı sorumlu olmadığınız halde; açılan bir kira davasında bana karşı sorumlu olursunuz. Aynı şekilde *Iulianus*’ın söylediğine göre, siz bir bina inşa etmeyi taahhüt ederseniz ve toprak çökerse yine siz sorumlu olursunuz. Yine siz bana bir çiftlik satarsanız ve bu boş arazi teslim edilmeden kamu malına dönüştürülürse satın alma sözleşmesine göre sorumlusunuz. Ancak bu sizin parayı geri ödemenizle ilgili olarak geçerlidir; boş arazinin bana devredilmesiyle elde edeceğin ek gelirden sorumlu olmanızla ilgili değil. Bence bu kural kira sözleşmelerinde de yürürlüğe konulmalıdır. Yani yararlanamadığım süre için ödediğim parayı bana geri ödemeniz gerekir ve bir kira davası söz konusu olduğunda başka sorumluluğa tabi tutulmazsınız. Zaten sizin çiftlik kiracınızın çiftlikten yararlanma hakkı siz ya da önleyebileceğiniz bir başkası tarafından engellenirse; yararlanması dolayısıyla elde edeceği gelir için de sorumlu olursunuz, onun kârı bu gelirin bir parçasıdır. Fakat bu kişinin

yararlanması daha büyük mevki ya da yetkisinden dolayı önleyemediğiniz bir kişi tarafından engellenirse, ona sadece kirayı geri ödemeye ya da kira borcundan kurtarmaya borçlu olursunuz,”

D. 19.2.33'ten anlaşılacağı üzere, kira konusu malın kamulaştırılması halinde, kiracının maldan yararlanamaması nedeniyle kiralayanın sorumlu olacağının belirtildiği görülmektedir. *Iulianus*'a göre kiralayan, kira sözleşmesi dolayısıyla kira konusundan kiracıyı yararlandırmakla yükümlü olması nedeniyle; kira konusunun kamulaştırılmasında kusuru olmamasına rağmen, kiracının söz konusu maldan yararlanamaması nedeniyle açılacak davada kiracıya karşı sorumlu olmaktadır. Bazı yazarlar tarafından kiralayanın bu kadar geniş bir sorumluluk altına girmesinin çok ağır olduğu düşünülmektedir¹⁶⁷.

Metinde konuya ilişkin ikili bir ayrımın yapıldığı görülmekte ve kiracının kira konusundan yararlanamamasının, mevki ya da yetkisinden dolayı önlenemeyen bir kişi tarafından kaynaklanması durumunda kiralayanın kiracıya karşı, sadece kira bedelini geri ödemekten ya da kira borcundan kurtarmaktan sorumlu olacağı belirtilmektedir. Metne göre, böyle bir durumda açılacak olan bir kira davasında kiracının, kira konusundan yararlanamadığı süre ile orantılı olarak kiralayandan kira bedelini isteyebileceğini belirtmektedir. Ancak çiftlik kiracısının kira konusundan yararlanamaması,

¹⁶⁷ Kaser, *Periculum*, s. 157 vd.; Ayrıca karşı görüş için bkz. Wacke, A.: *Dig. 19,2,33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, ANRW, II, 15, Berlin 1976, s. 481.

kiralayandan ya da onun önleyebileceği bir kimseden kaynaklanması durumunda kiracı, kira konusundan elde edebileceği kârı da sözleşmenin karşı tarafından isteyebilmekteydi.

B. Kiracının Borçları

Kiralayanın kira sözleşmesinden doğan borçlarına karşılık kiracının da sözleşmede kararlaştırılan kira bedelini ödeme, kira konusunu özenle kullanma, eğer sözleşmede kararlaştırılmışsa özel hükümlere uygun olarak kira konusu malı kullanıp, kiralayana geri verme borçlarının bulunduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁶⁸.

1. Kira Bedelini Ödeme Borcu

İvazlı bir sözleşme olması dolayısıyla kira sözleşmesinde kiracının asli edim yükümlülüğü, kira konusunu kullanması karşılığında kiralayana bir miktar para ödeme borcu altına girmesidir.

Roma'da kira sözleşmelerinde kiracının asıl borcu olan kira bedelinin, hangi vadelerle ödeneceğinin genelde sözleşme taraflarınca kararlaştırıldığı görülmektedir. Ancak kira bedelinin taraflarca peşin, aylık ya da yıllık olarak kararlaştırmalarının şart olmadığı anlaşılmaktadır. Tarafların kira bedelinin ne zaman ödeneceğini kararlaştırmamaları durumunda kiracının kural olarak,

¹⁶⁸ Hunter, s. 120; Crome, s. 167; Watson, Private, s. 137, s. 302.

kira süresinin sonunda (*postnumerando*) kira bedelini ödediği görülmektedir¹⁶⁹.

Kiracının kira bedelini sözleşme süresinin sonunda ödemesinin kararlaştırılmış olması halinde, bu kimsenin sözleşme süresinin tamamına karşılık gelen kira bedelini ödemekle yükümlü olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda kiracının, kira konusu taşınmazı sözleşmede kararlaştırılmış olan süreden önce geçerli bir hukuki sebep göstermeden terk etmesi halinde, sözleşmenin tamamına karşılık gelen kira bedelini ödemekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Aynı durumun çiftlik kiralalarında, arazinin sözleşmede kararlaştırılan süre sonuna kadar ekilip biçilmeden terkedilmesi durumunda da geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu bu iki durumun *Paulus*'a ait bir metinde ele alındığı görülmektedir:

D. 19.2.24.2 (Paulus 34 ad ed.): "Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere."

D. 19.2.24.2: "Bir ev ya da çiftlik, beş yıllık bir döneme yayılmış kira ödemeleri ile kiraya verilirse; şehirdeki kiracı konutu terk ettiğinde ya da çiftlik kiracısı toprağı işlemeyi bırakırsa mal sahibi hemen dava açabilir."

¹⁶⁹ Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 325; Zimmermann, s. 374; Rado, s. 137.

D. 19.2.24.2'ye göre, beş yıl için yapılan konut ya da çiftlik kirası sözleşmesinde; konut kiracısının sözleşmede kararlaştırılan süreden önce taşınmazı terk etmesi, çiftlik kiracısının da söz konusu belirli süreden önce toprağı işlemeyi bırakması durumlarının ele alındığı görülmektedir. Böyle bir durumda *Paulus*'a göre kiralayanın, taşınmaz kiracısı ile aralarındaki belirli süreli kira sözleşmesine dayanmak suretiyle, açacağı bir dava ile kira bedelini ödemeyen kiracının sorumluluğuna gidebileceği anlaşılmaktadır.

Klasik Sonrası Dönem'de ise kiracının, geri kalan sözleşme süresine ilişkin kira bedelinin tamamından değil; konut kiralalarında taşınmazı terk etmesi, çiftlik kiralalarında ise araziye ekip biçmemesi nedeniyle kiralayanın uğramış olduğu fiili zarardan ve faizden sorumlu olduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁰.

Kiralayanın kira konusu taşınmazda onarım yapması ya da onu yıkmaması, bazı dış etkenler nedeniyle kiracının taşınmazı terk etmesi gibi sebeplerle kiracının, bazen kira konusu taşınmazdan yararlanmasının imkânsız olduğu görülmektedir. İşte kira konusundan yararlanamadığı bu gibi durumlarda kiracıya, kira bedelini ödeme yükümlülüğünden kısmen ya da tamamen kurtulabilme imkânının tanındığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. *Servius*'un görüşlerini aktardığı konuya ilişkin bir metinde *Alfenus*'un, kiracının hangi durumda kira bedelinden indirim yapabileceğine ilişkin bir ayırım yaptığı görülmektedir:

D. 19.2.27 pr. (*Alfenus 2 Dig.*): “*Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem*

¹⁷⁰ Di Marzo, s. 444; Tahiroğlu, s. 137.

ex mercede facere oportet: ea enim condicione habitorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet.”

D. 19.2.27 pr.: “Kiracılar, oturdukları konutun kullandıkları bir yerinde rahatsızlık varsa hemen kiradan indirim yoluna gitmemelidir. Çünkü *Servius*’a göre kiracının, kiralayanın öngörülmemiş bir şeyin meydana gelmesinden dolayı yıkım yapmak zorunda kalması durumunda meydana gelen rahatsızlığa katlanması gerekir. Ancak kiralayanın, konutta oturan kiracının ana kullanım alanında olan bir yerde verdiği rahatsızlık, bunun dışındadır.”

D. 19.2.27 pr.’ye göre, bir konutta kiralayanın öngöremeyeceği bir sorunun ortaya çıkması durumunda kiracı buna katlanmak durumundadır. Metne göre kiracının, bu öngörülemez durum dolayısıyla hemen kira bedelinden indirim (*deductio ex mercede*) yoluna gidemeyeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda, kira konusunun kullanılabilirliğinin ne kadar azaldığı konusu önem taşımaktadır. Kiralanan taşınmazda yapılan işler dolayısıyla, kira konusunun büyük oranda kullanılamaz hale gelmesinin, kira bedelinden indirim sonucunu doğurduğu metinden anlaşılmaktadır¹⁷¹. *Servius*’a göre, eğer kira konusunun ana

¹⁷¹ Çelebican, Ö.: Toprakların Kiralanması: Antik Çağ Roma’sında Hukuk ve Ekonomi, AÜHFD, 1993, C. 43, S. 1, s. 338.

kullanım alanında böyle bir durum gerçekleşmiş ise bu durumda kiracı, mağduriyetini kira bedelinden indirimle gitmek suretiyle giderebilmekteydi. Dolayısıyla metinden, kira konusunda yapılan her faaliyetin, her zaman kira bedelinden indirim sonucunu doğurmayacağı anlaşılmaktadır.

Kira sözleşmesinde kiracı, kira konusunu kullanamadığı süre içinde bir kira ödemesi yapmışsa, bunun iadesinin istenmesi de Roma'da açılacak bir dava ile mümkün olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁷². *Alfenus*'a ait bir metinde söz konusu bu durumun ifade edildiği görülmektedir:

D. 19.2.30.1 (Alfenus 3 Dig. a paulo epit.): "Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret."

D. 19.2.30.1: "Magistra, vatandaşların bedelsiz olarak yıkanabileceği bir hamam kiralamış, üç ay sonra burada bir yangın meydana gelmiştir. Servius'a göre hamamın sahibi aleyhine, sağlanamayan hamam hizmeti süresi ile orantılı olarak para ödenmesi için kira davası açılabilir."

Metinde Roma vatandaşlarının ücretsiz olarak yararlanması için kiralanan bir hamamın, sözleşmenin kurulmasından üç ay sonra yanması söz

¹⁷² Frier, B. W.: Tenant Remedies for Unsuitable Conditions Arising after Entry, Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller, Columbia 1986, s. 70 vd.; Çelebican, s. 340.

konudur. *Servius*'a göre, kira sözleşmesi süresi içinde hamamdan yararlanılamaması nedeniyle, kullanılamayan süreye karşılık gelen ödenmiş kira bedelinin açılacak bir dava ile geri istenmesi mümkündür.

Alfenus'un başka bir metinde, kiracının bir takım korkuları nedeniyle (*timoris causa*) kira konusu taşınmazı terk etmesi durumunda kira bedelinin ödenip ödenmemesi konusunun ele alındığı görülmektedir:

D. 19.2.27.1 (Alfenus 2 Dig.): "Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilo minus debere."

D. 19.2.27.1: "Servius'a, duyduğu tedirginlikten dolayı taşınan birinin kira borcu olup olmadığı da sorulmuştur. Servius, tedirginliğinin geçerli bir sebebi varsa gerçekte bir tehlike olmamasına rağmen kira borcu olmadığını; ancak tedirginliğinin hukuki açıdan kabul edilebilir bir sebebi olmaması durumunda borçlu olduğunu söylemiştir."

Metne göre duyduğu tedirginlikten dolayı kiracının, ancak objektif nedenlerle korkusunun haklı görülmesi durumunda, sonradan tehdit konusu olay gerçekleşmemiş olsa bile kira bedelinin ödenmesini durdurabildiği belirtilmektedir. Aksi takdirde *Alfenus'un*, kiracının bu durumunun hukuki açıdan kabul edilebilir olmadığını belirttiği, dolayısıyla geriye kalan kira bedelini ödemesi gerektiği kanısına vardığı metinden anlaşılmaktadır.

Alfenus'un *Servius*'a ait görüşleri dile getirdiği bir başka metinde ise, yapı kalitesinden kuşku duyulup tehlike arzeden bir taşınmazın mal sahibi kiralayan tarafından yıkılması durumunda kiracının söz konusu taşınmazı terk edip, kira ödemelerini durdurabilmesi¹⁷³ ve meydana gelen zararının ödenmesi konusunun ele alındığı görülmektedir:

D. 19.2.30 pr. (Alfenus 3 Dig. a paulo epit.): “Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia

¹⁷³ *Africanus*'un bir metinde konuya ilişkin olarak *Servius*'un görüşlerini ifade ettiği görülmektedir. Bu metinde *Servius*'un kiracının kira bedelinin ödenmesi yükümlülüğünün durmasını, kiracının taşınmazı kullanamamasına bağladığı görülmektedir. Metne göre, bir binanın malik tarafından yeniden inşa edilmesi nedeniyle kiracının, kira konusu evden yararlanmasının imkânsızlaşması söz konusudur. Böyle bir durumda kiracının kira ödemelerini durdurabilmesi söz konusu olmaktadır: *D. 19.2.35 (Africanus 8 quaest.) pr.: “Et haec distinctio convenit illi, quae a servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.” D. 19.2.35 pr.: “Buradaki ayırım, *Servius*'un bahsettiği ve genel kabul gören bir duruma benzemektedir; yani bir mal sahibi binasını bütün olarak kiraya verir, binanın yeniden inşası nedeniyle kiracının yararlanmasını imkânsız kılar. Burada ele alınması gereken şey, binanın yıkılmasının gerekli olup olmadığıdır. Binanın yaşı dolayısıyla tamire mecbur kalan bir bina sahibi ile engel olamadığı bir kimsenin tecavüzüne katlanmak zorunda kalan bir çiftlik sahibi arasında hiçbir fark yoktur. Şu anlaşılmalıdır ki, ben burada kendi taşınmazından yararlanılması için hem kiraya verip hem de sözleşmeyi iyi niyet çerçevesinde yapan bir kimse ile ilgili ayırma dikkat çekmek istiyorum; başkasının taşınmazını hile ile kiraya verip mal sahibinin, çiftlik kiracısının yararlanmasına engel olmasına karşı koyamayan bir kimse ile değil.”*

aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.”

D. 19.2.30 pr.: “Bir kişi otuz karşılığında bir apartman binasını kiralar ve daha sonra bütün dairelerden toplamda kırk alacak şekilde daireleri kiraya verir. Binanın sahibi binayı yıkar, çünkü yapının kusurlu olduğunu düşünmektedir. Eğer binanın tamamını kiralayan kiracı dava açarsa, bu kişinin hak talebine dair ne tür bir değer biçilmelidir? *Servius* şöyle karşılık vermiştir: Eğer kiralayan hasarlı bir yapıyı yıkmak zorunda kalmışsa, değer mal sahibinin binayı kiraya vermiş olduğu miktarla orantılı olarak belirlenmelidir; çünkü bina sakinleri bu süre içerisinde binada oturamamışlardır. Ancak yıkım gerekli değilse ve kiralayan binayı sadece daha iyisini inşa etmek üzere yıkmışsa o zaman kiralayanın, kiracının binayı terk etmeyen bina sakinlerinden elde ettiği kâr tutarını ödemeye mahkûm edilmesi gerekir.”

Metinde bir kimsenin, otuz birime kiraladığı bir taşınmazdaki daireleri toplamda kırk birim edecek şekilde alt kira sözleşmeleri ile kiraya verdiği anlaşılmaktadır. *Servius*'un, mal sahibinin binayı yıkması durumunda kiracıya ödenecek miktarın kapsamı konusunda ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. *Servius*'a göre eğer bina gerçekten hasarlı ve de tehlike arz ediyor, yani yıkım kiralayanın hatasından ya da keyfi bir isteğinden ötürü yapılmıyor ise; kiracının açmış olduğu bir davada, mal sahibi kiracıya vermiş olduğu kira bedeli ile orantılı olarak (yani otuz birim) bir miktarı ödemesi gerekmektedir. Ancak kiralayan söz konusu taşınmazı tehlike arz etmesi sebebiyle değil de; daha iyisini inşa etmek için (*quia, melius aedificare velet*) yıkmışsa, bu durumda mal sahibi kiracıya binayı yıkmasaydı kiracının elde edeceği miktarı (yani kırk) da kapsayacak bir ödemede bulunması gerekmektedir. Burada dava sonunda kiralayanın kiracıya ödeyeceği bedel, “kiracının yararı neyi gerektiriyor ise” (*id quod interest*) kuralı gereği tespit edilecektir. Bu metinden, kira sözleşmesinden doğan davanın tazminat istemi için açıldığını anlaşılmaktadır. Böyle bir tazminat isteminde kiracı, kiralayanın kusuru nedeniyle taşınmazdan yararlanamayıp, kârdan yoksun kaldığını ispatlamak durumundaydı¹⁷⁴.

Iustinianus Dönemi'nde kira bedelinin ödenmemesi durumunda, kira konusuna kiracının getirdiği şeyler¹⁷⁵ üzerinde teminat olarak kiralayanın kanuni rehin hakkının bulunduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. İlk kez

¹⁷⁴ Kaser, *Periculum*, s. 157 vd.; Molnár, I.: Verantwortung und Gefahrtragung bei der *locatio conductio* zur Zeit des Prinzipats, ANRW II, 14, 1982, s. 663 vd.

¹⁷⁵ *Invecta et illata* adı verilen bu mallar tarım yapmak için taşınmazı kiralayan kiracı çiftçinin kira konusuna getirdiği malzemelerdi: Koschaker/ Ayiter, s. 239; Umur, Lügat, s. 95.

praetor’ların taraflar arasındaki rehin anlaşmasına dayanarak kiralayana tanıdıkları bu hakkın, daha sonraları sözleşmenin tarafları arasında kira bedelinin ödenmemesi durumunda *locator*’un kanuni bir hakkı halini aldığı görülmektedir¹⁷⁶. Kiralayan, kiracının taşınmazdaki mallarına ilişkin rehin hakkına dayanarak; *conductor*’un söz konusu bu mallarını taşınmazdan almasına izin vermeyip el koymak suretiyle gerektiğinde ödenmeyen kira bedelleri için söz konusu bu malları satma yetkisine sahipti. Hasılat kiralalarında ise benzer durum söz konusuydu. Taşınmazlardaki ürünlerin toplanması ile birlikte bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan hasılat kiracısı, taşınmaza ilişkin kira bedelini ödemediğinde ürünler üzerinde rehin hakkına sahip olan kiralayanın bunlara el koymak suretiyle satması tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmekteydi.

2. Kira Konusunu Özenle Kullanma Borcu

Kira sözleşmesinde kiracının, sözleşme süresi boyunca kira konusunu özenle kullanma ve korumakla yükümlü olduğunu görülmektedir¹⁷⁷. Çiftlik kiralalarında kiracının, toprağı düzenli olarak işlemek suretiyle arazinin değerini düşürmemesi gerekmektedir. Kiracının kira konusunu kullanırken kendi malına göstermiş olduğu özen ve dikkati göstermek durumunda olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kiracının kira konusu malın niteliğini bozucu ya da değiştirici davranışlardan kaçınması gerekmektedir.

¹⁷⁶ Honig, s. 264 – 265; Koschaker/ Ayiter, s. 239; Kehoe, D. P.: Investment Profit And Tenancy The Jurists And The Roman Agrarian Economy, Michigan 2000, s. 149.

¹⁷⁷ Hunter, s. 120; Buckland, Manual, s. 290; Lee, s. 324; Watson, Private, s. 137; Rado, s. 137.

Roma'da çiftliğini kiraya veren bir çiftlik sahibinin taşınmazı kiracısına, saklama kapları, pres ve öğütme makineleri ile birlikte teslim etmesi gerekmekteydi. Eğer çiftlikteki ana malzeme adı altında adlandırılan bu mallardan biri kiracının kusuru nedeniyle bozulursa, kira sözleşmesine göre kiracının kiralayana karşı sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹⁷⁸.

Paulus'a ait bir metinde kiracının, kira konusu şeyin hukuki ya da fiziksel durumu bakımından değerinin azalmamasına dikkat etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kiracının kira konusunu kullanmasında zararının meydana gelmesi halinde kiralayan, kiracıya karşı bir dava açmak suretiyle hakkını arayabilmekteydi.

D. 19.2.11.2 (Ulpianus 32 ad ed.): "Item prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius rei vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur."

D. 19.2.11.2: "Benzer şekilde kiracı, şeyin hukuki ya da fiziksel durumu bakımından değerini kesinlikle düşürmemeye ya da düşürülmesine izin vermemeye dikkat etmelidir."

D. 19.2.11.2'de eğer kira konusu şey sözleşme süresi içinde bir zarara uğramış ve bu durum kiracının kusuru dolayısıyla meydana gelmişse, kiracının böyle bir durumdan sorumlu olacağı belirtilmektedir. Konuya ilişkin olarak *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metni incelememiz yerinde olacaktır:

¹⁷⁸ *D. 19.2.19.2 (Ulpianus 32 ad ed.); MacCormack, G.: Custodia and Culpa, ZSS, 1972, C. LXXXIX, s. 198.*

D. 19.2.13.7 (Ulpianus 32 ad ed.): “Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri.”

D.19.2.13.7: “Ordunun yaklaşması üzerine kiracının biri taşınır; sonra askerler konakladıkları bu yerdeki pencereleri ve diğer şeyleri çıkarır. Kiracı taşınırken mal sahibine bir bildirimde bulunmamışsa, kira sözleşmesine göre sorumludur. Ancak *Labeo* der ki; bu kişi bu söz konusu bu duruma karşı koyabilecekken karşı koymamışsa, sorumlu olur ve onun bu görüşü doğrudur. Ve yine benzer olarak bu kişi bir bildirimde bulunamamışsa bence sorumlu olmaz.”

Metinden anlaşılacağı üzere, taşınmaz kiracısı bir ordunun yaklaşması sebebiyle taşınmazı terk etmiş ve askerler konaklamış oldukları kira konusu taşınmaza zarar vermişlerdir. Böyle bir durumda *Ulpianus*’a göre, kiracının kira sözleşmesinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için kiralayana söz konusu durumu bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde *Ulpianus*’a göre, askerlerin taşınmaza vermiş olduğu zararlardan dolayı kiracının sorumluluğu söz konusu olmaktadır. *Labeo*’ya göre ise, kiracı böyle bir tehlikeye karşı koyabilecek durumda olmasına rağmen bunu yapmamışsa sorumluluktan kurtulamamaktaydı. Ayrıca *Ulpianus*’a göre, kiracı mevcut tehlike sebebiyle

taşınmazı terkettiğini kiralayana bildirebilecek durumda değilse; bu durumda da kiracının meydana gelen zararlardan sorumlu tutulması söz konusu olmamaktaydı.

Taşınmaza askerlerin zarar vermesi sonucunda, kiracının böyle bir durumda meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu tutulup tutulmamasının, saldırıyı engelleyebilecek durumda olup olmamasına göre değiştiği anlaşılmaktadır. Şöyle ki, eğer taşınmaz kiracısı kira konusu taşınmaza yapılan bu saldırıyı engelleyebilecek durumda olmasına rağmen kiralayana bildirimde bulunmadan taşınmazı terkettiyse, kiracının kusurunun varlığından söz edilip sorumluluğuna gidilebilmekteydi. Burada “ihmal” (*culpa*)’in olup olmadığına bakılması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁷⁹. Kiracı böyle bir durumda her kiracıdan beklenen şekilde hareket etmez ve taşınmazı hemen terk ederse; bunun sonucunda da taşınmazda zarar meydana gelmişse, kendisinin sorumluluğunun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak taşınmaz kiracısı terkettiği taşınmaza askerlerin yerleşmelerini ve buraya zarar vermelerini önleyecek durumda değilse sorumluluktan kurtulabilmekteydi. *Locatio conductio rei*’nin ivazlı bir sözleşme olması da bu durumu desteklemektedir. Dolayısıyla burada objektif sorumluluk ilkesinin dikkate alınması suretiyle somut olayda kiracının kusurunun olup olmadığına karar verilerek sorumluluğuna gidildiği anlaşılmaktadır.

¹⁷⁹ Frier, Liability, s. 243; Frier, B. W.: Tenant’s Liability for Damage to Landlord’s Property in Classical Roman Law, ZSS, 1978, C. XCV, s. 234 vd.; Mayer – Maly, LC, s. 202 vd.

D. 19.2.11.2 ve D. 19.2.13.7'de görüldüğü üzere, kira sözleşmesi süresi içinde kira konusu şeyin zarara uğraması kiracının kusurundan kaynaklanabileceği gibi; bu kimsenin yanında bulundurduğu köle ya da diğer üçüncü kişilerin kusurundan da kaynaklanabilmekteydi. Söz konusu ikinci durumdan kiracının sorumlu tutulabilmesi için, kiracının yanında bulundurmuş olduğu kimseleri seçerken kusurlu davranmış olması gerekmektedir. Bu sebeple kiralayanın açabileceği bir *actio locati*'de tazminata hükmedilebilmesi için kiracının yanında bulundurduğu üçüncü kişilerin kusurunun varlığı yetmemekte; mutlaka kiracının da kusurunun varolması gerekmektedir. Aksi halde kiralayan *actio locatio* ile değil; bir *noxal* dava ile kendisini savunabilmekteydi. *Ulpianus*'a ait bir başka metinde bu konunun ele alındığı görülmektedir:

D.19.2.11 pr. (Ulpianus 32 ad ed.): "Videamus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit praestare conductor debeat? et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? et adversus eos quos induxerit utrum praestabit tantum actiones an quasi ob propriam culpam tenebitur? mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites: et ita pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat."

D.19.2.11 pr: "Bir kiracı, kölelerinin ve yanında bulunan kişilerin kusurlarından sorumlu tutulmalı mıdır? Ve ne dereceye kadar

sorumlu tutulmalıdır; zarar veren kölelerinden dolayı *noxal* dava ile mi sorumlu tutulmalıdır, yoksa kendi kusuru dolayısıyla mı sorumlu olmalıdır? Aynı zamanda, yanında bulunan kişiler aleyhindeki davalardan dolayı mı, yoksa kusur sanki kendisininmiş gibi mi sorumlu mu tutulmalıdır? Benim görüşüme göre eğer kişi, böyle kimselerin ev halkından ya da misafiri olarak bulunmasından dolayı kusurlu bulunmuş ise, taraflar bu şekilde anlaşmamış olsalar bile yanında bulunan kişilerin kusurlarından kendi adına sorumlu tutulmalıdır. *Pomponius*, *Edictum*'un otuzaltıncı kitabında bu fikri desteklemiştir.”

Ulpianus'a ait bu metinde, kiracının kölelerinin ve yanında bulunan kimselerin kira konusu şeye zarar vermeleri durumunda kiracının sorumluluğunun tartışıldığı görülmektedir. *Pomponius*'un da kendisi ile aynı görüşte olduğunu belirten *Ulpianus*'a göre kiracının, eğer yanında bulunan kimseleri taşınmaza kabul etmede kusuru varsa sorumluluğundan söz edilebilmekteydi¹⁸⁰. Kiracının misafirlerinin seçiminden söz etmenin mümkün olması nedeniyle, burada *culpa in eligendo*'dan söz etmek mümkün değildir. Burada kiracının kusurunun kiralayanın taşınmazına zarar verebilecek kimseleri oraya getirmesi ve onları gerektiği gibi denetlememesi olduğu söylenebilir.

¹⁸⁰ Pflüger, H. H.: Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht, ZSS, 1947, C. LXV, s. 193; MacCormack, s. 196 – 197.

Çiftlik kiralarda kiracının, sözleşme konusu toprağı sözleşme süresince ekip biçmesi, çiftlikte bulunan binaların bakımını yapması, arazinin değerini düşürecek faaliyetlerden kaçınması gerekmektedir. *Gaius*, çiftlik kiracısının, sözleşme süresi boyunca araziye düzenli olarak ekip biçmesi ve bu suretle kira konusunun değerini düşürmemesi gerektiğini ifade etmektedir:

D. 19.2.25.3 (Gaius 10 ad ed. pr.): “Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. et ante omnia colonus curare debet, ut opera rustica suo quoque tempore faciat, ne intempestiva cultura deteriore fundum faceret. praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat.”

D.19.2.25.3: “Kiracı her şeyi sözleşme şartlarına göre yerine getirmelidir. Her şeyden önemlisi ona tanınan süre boyunca toprak işleriyle uğraşmaya dikkat etmelidir ki, mevsimsiz ekim yaparak çiftliğin değerini düşürmesin. Bundan başka çiftlik evlerini de iyi halde tutmak zorundadır.”

Roma’da çiftlik kiralarda, araziye işlemeye ve bakımını yapmaya yönelik olarak, toprak sahibi lehine sözleşmeye özel şartlar koyulmasının çok yaygın olduğu görülmektedir. Hatta taraflarca sözleşmeye özel şartlar koyulmasa bile, sözleşme süresince toprağın işlenmesinin ve bakımının yapılmasının devletin resmi politikası olması dolayısıyla sözleşmeden doğan bir yükümlülük haline geldiği anlaşılmaktadır¹⁸¹.

¹⁸¹ Mayer – Maly, LC, s. 177; Frier, Liability, s. 240 – 241.

Toprağın gerektiği gibi işlenmemesi halinde kiraya veren bir *actio locati* açmak suretiyle kiracıdan tazminat talebinde bulunabilmekteydi. Toprağın işlenmesine ilişkin yasal dayanak *actio locati*'nin *formula*'sındaki “*ex bona fide*” ilkesinden kaynaklamaktaydı.

3. Kira Konusu Malı Sözleşmeye Uygun Olarak Kullanıp Kiralayana Geri Verme Borcu

Roma'da taraflar *locatio conductio rei*'ye, kendileri de özel hüküm ve şartlar (*lex contractus*) ekleyebilmekteydiler. Kira sözleşmesinin bir parçası haline gelen bu hüküm ve şartlara aykırı davranan kiracıya karşı kiralayanın, sözleşmeden doğan dava hakkına dayanmak suretiyle hakkını arayabildiği anlaşılmaktadır¹⁸². *Ulpianus*'a ait bir metinde tarafların sözleşmeye özel bir hüküm ekledikleri ve bu hükme aykırılık durumunda tarafların sorumluluğunun tartışıldığı görülmektedir:

D. 19.2.11.4 (Ulpianus 32 ad ed.): “Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur:

¹⁸² Tarafların kira sözleşmesine özel hüküm ve şart koymaları halinde, kiralayanın sözleşmeye aykırı davranması dolayısıyla kiracının dava açabilme hakkının *D. 19.2.15.1*'de *Gaius* tarafından dile getirildiğini görülmektedir: *D. 19.2.15.1 (Ulpianus 32 ad ed.): “Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.” D. 19.2.15.1: “Şu gibi sebeplerden dolayı kira davası açabilir: Örneğin, toprağın tamamından ya da bir kısmından yararlanamazsa ya da villa, ahır veya sürüsünü koyabileceği yer tamir edilmediği için kiracının kiralanan şeyden yararlanmasına izin verilmezse veya kira sözleşmesinin bir maddesinde bir şey üzerinde anlaşılır ve bu yükümlülük yerine getirilmezse kira sözleşmesinden doğan bir dava açılabilir.”*

composuit: deinde servus igne illato succendit. ait labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem.”

D. 19.2.11.4: “Kiracı ile kiralayan, şehirdeki bir villada samanın depo edilemeyeceği hususunda anlaşmışlardır. Kiracı samanı taşınmazda bulundurmuş, daha sonra kölesi samanı ateşe vererek yakmıştır. *Labeo* şöyle der; kiracı kira sözleşmesine göre sorumludur, çünkü kendisi kira sözleşmesine aykırı olarak samanı getirmek suretiyle olaya sebebiyet vermiştir.”

Ulpianus'a ait metne göre kira sözleşmenin taraflarının, kira konusu villada samanın depo edilemeyeceği konusunda anlaştıkları görülmektedir. Villayı kiralayan kiracının, sözleşmede kararlaştırılan özel hükme aykırı olarak samanları kira konusunda bulundurması ve kölesinin samanı ateşe vermesi sonucunda taşınmazda yangın çıktığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda *Labeo*, sözleşmeye aykırı olarak samanı taşınmazda bulundurması nedeniyle kiracının sorumlu olacağını belirtmektedir. Söz konusu olayda kiracının, kölesinin kusurlu davranışı nedeniyle zarara sebebiyet vermesinden dolayı değil; sözleşme şartlarına aykırı olarak taşınmazda saman bulundurması nedeniyle sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Hatta kölenin değil de bir başka kimsenin bu duruma sebebiyet vermesi sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü burada kiracının sorumluluğunu doğuran husus,

ateşin yakılması değil; sözleşmeye aykırı olarak taşınmazda saman bulundurmasıdır¹⁸³.

Ulpianus'a ait başka bir metinde tarafların kira konusu taşınmazda "ateş yakılmaması"na ilişkin sözleşmeye özel bir hüküm ekledikleri görülmektedir:

D. 19.2.11.1 (Ulpianus 32 ad ed.): "Si hoc in locatione convenit "ignem ne habeto" et habuit, tenebitur etiam si fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere. aliud est enim ignem innocentem habere: permittit enim habere, sed innoxium, ignem."

D. 19.2.11.1: "Taraflar 'ateş yakılmaması' şeklinde kira sözleşmesinde anlaşmışlar ve bir yangın çıkmış ise; kaza ile çıkmış olması halinde bile kişi sorumlu olacaktır, çünkü yangının çıkmamış olması gerekirdi. 'Zarara sebebiyet vermeyen bir yangın' da ise durum farklıdır, çünkü zararsız olduğu sürece ateş yakılmaması hoş görülmüştür."

Ulpianus'a ait metne göre, kira konusu taşınmazda yangın çıkması halinde kiracının kusurunun olup olmadığına bakılmadan zararın varolduğu durumlarda, kiralayanın kiracının sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir. Çünkü *Ulpianus*'a, kiracı sözleşmenin özel bir hükmüne aykırı olarak hareket etmiş, dolayısıyla da kendisinin sorumlu tutulabilmesi için kira

¹⁸³ Pflüger, s. 195; Güven, D. T.: *Culpa In Eligendo*, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001, s. 69.

konusu taşınmazda yangının çıkması ve zararın meydana gelmiş olması yeterlidir.

Digesta'daki bir başka metinde sözleşme taraflarının, azami yük taşıma kapasitesini aralarında kararlaştırmak suretiyle kira konusu katırları kiralamaya ilişkin anlaşmaları görülmektedir. Kiracının, kira konusu katırlara sözleşmede belirlenen azami yük miktarından fazla yükleme yapması nedeniyle hayvanların zarar gördüğü metinden anlaşılmaktadır:

D. 19.2.30.2 (Alfenus 3 Dig. a paulo epit): "Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi."

D.19.2.30.2: "Bir kişi katırları, belli bir azami yük sınırına kadar yük taşıması için kiralar. Kiracı katırlara daha fazla bir yük yükleyerek katırları incittiğinde, kiralayan dava açma konusunda görüş sorar. *Servius* şöyle cevap verir: Bu kişi ya *lex Aquilia*'ya göre bir dava ya da bir kira davası açabilecektir. *Lex Aquilia*'ya göre açılan dava, olay sırasında katırları süren kişiye karşı açılabilirken; kira davası söz konusu olduğunda ise isterse üçüncü şahıslar katırları incitmiş olsun, kiracıya karşı açılabilir."

D. 19.2.30.2 incelendiğinde, *Alfenus*'a göre tarafların aralarında kararlaştırmış oldukları sözleşmenin özel hükmüne aykırı olarak aşırı yük

yüklenmesi nedeniyle kira konusu katırların zarar görmesi durumunda kiralayan, hem haksız fiilden doğan bir dava (*lex Aquilia*); hem de kira sözleşmesinden doğan bir dava ile kendisini kiracıya karşı savunabileceği anlaşılmaktadır. *Lex Aquilia*'ya göre açılacak olan dava, katırlara zarar veren herkese karşı açılabilirken; kira sözleşmesinden doğan dava sadece sözleşmenin tarafı olan kiracıya karşı açılabilmekteydi. Kiralayanın kiracıya karşı açabileceği söz konusu ikinci davada, katırların bir üçüncü kişi tarafından zarara uğratılmasının sonucu değiştirmedeği metinden anlaşılmaktadır. Burada kiracının sorumluluğu, sözleşmede kararlaştırılan azami yük sınırının aşılmasından; bir başka ifadeyle sözleşmenin özel şartlarının ihlalden kaynaklanmaktadır.

Kira sözleşmesi sona erdiğinde *conductor*, kira konusu malı teslim aldığı haliyle *locator*'a teslim etme borcu altındaydı¹⁸⁴. Eğer kira konusu mala kiracı faydalı ve zorunlu masraflar yapmış ve bu masraflar kiralayan tarafından ödenmemişse; kiracı kira konusu mal üzerinde hapis hakkına (*ius retentionis*) dayanmak suretiyle sözleşme konusu şeyi kiralayana geri vermekten kaçınabilmekteydi.

¹⁸⁴ Hunter, s. 121; Lee, s. 324; Zyl, s. 322.

§ 5. LOCATIO CONDUCTIO REİ'DE TARAFLARIN SORUMLULUKLARI

Roma Hukuku'nda her borç ilişkisinde olduğu gibi *locatio conductio rei*'de de, sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyen tarafın sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Roma Borçlar Hukuku'nda dönemlere göre değişen sorumluluk ilkelerinin varolduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁸⁵.

Roma'nın eski devirlerinde kusursuz sorumluluğun hâkim olduğu görülmektedir. Belirli bir sorumluluk sisteminden söz etmenin zor olduğu Klasik Hukuk Dönemi'nde ise kusur sorumluluğuna doğru hızlı bir gidişin olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bu dönemde borçlunun, kusursuz sorumluluğunun bir parçası olan gözetim (*custodia*) sorumluluğundan da sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁶. *Custodia* sorumluluğunda malı elinde bulunduran borçlu, malın telef olmaması ve zarar görmemesi için bütün çabayı sarfettiğini ispat etmesi halinde bile sorumluluktan kurtulamamaktaydı. Roma'da *custodia* sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda borçlunun beklenmeyen hallerden (*casus fortuitus*) de sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Ancak beklenmeyen hallerden farklı olarak, hiçbir insan

¹⁸⁵ Pflüger, s. 199; Rado, s. 35 vd; Güneş Ceylan, S. : Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 117 vd.; Erdoğan, Borçlar, s. 24 – 25.

¹⁸⁶ Karadeniz, s. 184; Zilelioğlu, H.: Roma Hukukunda Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1985, s. 1; Erişgin, *Quasi Delicta*, s. 14; Tahiroğlu, s. 199.

gücüyle önlenemeyecek olaylardan, yani mücbir sebepten (*vis maior*) doğan sorumlulukta zararın borçluya yüklenmesi söz konusu değildir¹⁸⁷.

Iustinianus Hukuku'nda kusura dayanan sorumluluk ilkesinin geçerli olması dolayısıyla, kira sözleşmenin tarafları kiraya veren ve kiracının meydana gelen herhangi bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için mutlaka bir kusurlu davranışının varlığının arandığı görülmektedir. *Locatio conductio rei*'nin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması dolayısıyla günümüzde olduğu gibi *Iustinianus* Dönemi'nde de tarafların bütün kusurlardan (*omnis culpa*)¹⁸⁸ sorumlu tutuldukları kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁸⁹. Kira sözleşmesinde eğer taraflardan biri, bilerek ya da bilmesi lazım gelen bir durumda borcunun ifasını imkânsız hale getirmiş ise söz konusu tarafın kusurundan bahsedilmekteydi. Borçlunun kastından dolayı sorumluluğunun, sözleşmenin taraflarınca ortadan kaldırılamayan bir ilke olduğu anlaşılmaktadır. *Iustinianus* Hukuku'na göre ağır ihmal de kasta ilişkin hükümlere tabi tutulduğundan; kastta olduğu gibi borçlunun ağır ihmallerden sorumlu tutulmaması taraflarca kararlaştırılamamaktaydı. Tarafların sözleşmedeki sorumluluğu tespit edilirken; dürüst ve dikkatli bir kimsenin davranışlarında göstermiş olduğu dikkat ve özenin ihlal edilip edilmediğine bakılan hafif ihmalde ise durumun farklı olduğu anlaşılmaktadır. Kasıt ve ağır

¹⁸⁷ Kreller, s. 557; Sütken, E.: Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Türk Borçlar Hukukuna Etkileri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2003, s. 79.

¹⁸⁸ Roma Hukuku'nda *omnis culpa*: *culpa levis* (hafif ihmal), *culpa lata* (ağır ihmal) ve *dolus*'u (kasıt) içeren bütün kusurlar için kullanılmaktaydı: Umur, Lügat, s. 146.

¹⁸⁹ Weiss, s. 374; Lee, s. 324; Zilelioğlu, H.: Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, 1982 – 87, C. 39, S. 1 – 4, s. 260.

ihmal gibi emredici hukuk ilkesi olmayan hafif ihmalden dolayı borçlunun sorumlu tutulmaması taraflarca sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilmekteydi¹⁹⁰.

Locatio conductio rei'nin sözleşmenin her iki tarafına da fayda sağlaması nedeniyle, Roma'da kira sözleşmesinde hafif ihmalin, kiracının sorumluluğunun temelini oluşturduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁹¹. *Ulpianus*'a ait bir metinde, kiracının ihmalinin olup olmadığı tartışmasının yapıldığı görülmektedir:

D. 19.2.13.7 (Ulpianus 32 ad ed.): "Exercitu veniente migravit conductor, dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri."

D.19.2.13.7: "Ordunun yaklaşması üzerine kiracının biri taşınmazı terkeder; sonra askerler konakladıkları bu yerdeki pencereleri ve diğer şeyleri çıkarır. Kiracı taşınırken mal sahibine bir bildirimde bulunmamışsa, kira sözleşmesine göre sorumludur. Ancak *Labeo* der ki; bu kişi bu söz konusu bu duruma karşı koyabilecekken karşı koymamışsa, sorumlu olur

¹⁹⁰ Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 260; Rado, s. 41.

¹⁹¹ Sohm, s. 430; Mayer – Maly, LC, s. 202 vd; Frier, Liability, s. 234 vd.

ve onun bu görüşü doğrudur. Ve yine benzer olarak bu kişi bir bildirimde bulunamamışsa bence sorumlu olmaz.”

D. 19.2.13.7’den anlaşılacağı üzere, taşınmaz kiracısı bir ordunun yaklaşması sebebiyle taşınmazı terk etmiş ve askerler konaklamış oldukları kira konusu taşınmaza zarar vermişlerdir. Böyle bir durumda *Ulpianus*’a göre kiracının kira sözleşmesinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için kiralayana söz konusu durumu bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde *Ulpianus*’a göre kiracı, askerlerin taşınmaza vermiş olduğu zararlardan sorumludur. *Labeo*’ya göre ise kiracı, böyle bir tehlikeye karşı koyabilecek durumda olmasına rağmen; bunu yapmamışsa sorumluluktan kurtulamamaktaydı. Ayrıca *Ulpianus*’a göre, kiracı mevcut tehlike sebebiyle taşınmazı terkettiğini kiralayana bildirebilecek durumda değilse; bu durumda da kiracının meydana gelen zararlardan sorumlu tutulması söz konusu olamamaktaydı. Açıkçası kiracının böyle bir durumda meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu tutulup tutulmaması, kiracının saldırıyı engelleyebilecek durumda olup olmamasına göre değişmektedir. Şöyle ki, eğer taşınmaz kiracısı kira konusu taşınmaza yapılan bu saldırıyı engelleyebilecek durumda olmasına rağmen kiralayana bildirimde bulunmadan taşınmazı terkettiyse, kiracının ihmalinin olması nedeniyle kendisinin sorumluluğuna gidilebilmekteydi.

§ 6. HASAR MESELESİ

Karşılıklı edimlerin mübadelesinin söz konusu olduğu iki tarafa borç yükleyen *locatio conductio rei* gibi sözleşmelerde hasar meselesi; edimlerden birinin tarafların kusuru olmaksızın telef olması halinde, bir tarafın borcundan kurtulduğu halde, diğer tarafın da borcundan kurtulup kurtulamayacağına ilişkindir¹⁹².

Kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini ödeme borcunun kira konusunu kullanmasına bağlı olması nedeniyle; tarafların kusuru olmaksızın kiracının söz konusu şeyden yararlanma imkânının kalmaması durumunda, kiracı kira bedelini ödemekten kurtulmaktadır. Dolayısıyla *locatio conductio rei*'de hasarın kiralayana ait olduğu anlaşılmaktadır¹⁹³.

I. *Periculum Locatoris*

Roma'da konut kiralalarında kiracının, kira konusunun telef olması nedeniyle söz konusu konuttan yararlanamaması durumunda, kira bedelini ödeme borcundan kurtulduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda kiracının kira bedelinin tamamını peşin olarak ödemiş olması durumunda, bir kira davası açmak suretiyle kiralayandan ödenen kira bedellerinin iadesini istemesi mümkündür.

¹⁹² Sevimli, s. 84; Erişgin, Ö. S.: Tarihsel ve Dogmatik Açından *Periculum Est Emptoris* (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010, s. 19 – 20.

¹⁹³ Buckland, *Institutions*, s. 275; Schulz, *Roman Law*, s. 548; Leage, s. 330; Muirhead, s. 159.

Ulpianus'a ait bir metinde kiracının kira bedelinin tamamını peşin olarak ödediği bir konutun, kira dönemi içinde yıkılması ya da yangında tahrip olması durumunun ele alındığı görülmektedir:

D. 19.2.19.6 (Ulpianus 32 ad ed.): "Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret. aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam conductionem. nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest."

D. 19.2.19.6: "Bir konutu oturmak üzere bir yıllığına kiralayan bir kimse, bütün yılın kirasını peşin öder; altı ay sonra konut yıkılır veya yangında tahrip olursa, *Mela*'nın da gayet haklı olarak yazmış olduğu gibi, kiracı kira davası açarak geri kalan süreye dair bir geri ödeme talep edebilir. Fakat bunu, para borçlu olunmadığı için *condictio* yoluyla yapamaz. Çünkü kişi parayı yanlışlıkla fazla ödemiş; konutu kiralarken avantajlı olmak için fazla ödemiştir. Bir kişi konutu ona kiralayıp on beş ödemiş

olsaydı, durum farklı olurdu; bu durumda kişi on beşe kiraladığını düşünüp yanlışlıkla fazla ödeme yapsaydı, kira davası değil sadece *condictio* davası açması gerekecekti. Çünkü yanlışlıkla ödeme yapan biriyle tüm kirayı peşin ödeyen biri arasında büyük fark vardır.”

D. 19.2.19.6'dan anlaşılacağı üzere kiracının bir yıllığına bedelin tamamını ödeyerek kiraladığı konutun, altı ay sonra tarafların kusuru olmadan yıkılması ya da yanması durumunda; kiracının konutu kullanmadığı süreye karşılık gelen kira bedellerini bir kira davası ile kiralayandan talep edebileceği ifade edilmektedir. Metinde ayrıca *Ulpianus*'un, böyle bir durumda kiracının söz konusu bedel iadesini bir sebepsiz zenginleşme davası yoluyla isteyemeyeceğini belirttiği de görülmektedir. Metne göre eğer kiracı yanlışlıkla, örneğin ona kiralamış olduğu konut için, onbeş ödemiş olsaydı; bu durumda sebepsiz zenginleşme davası yoluyla hata ile ödemiş olduğu miktarı isteyebilmekteydi.

Roma'da hasılat kiralalarında kira konusu malın tarafların kusuru olmaksızın telef olması halinde, engellenmesi mümkün olmayan olaylar sonucunda meydana gelen zararlardan kiralayanın sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bunun yanında, kira konusunun niteliği gereği normal olarak karşılanabilecek risklerden kaynaklanan zarardan ise kiracının

sorumlu tutulduğu görülmektedir¹⁹⁴. *Ulpianus*'a ait bir metinde bu durumun ifade edildiği anlaşılmaktadır:

D. 19.2.15.2 (Ulpianus 32 ad ed.): "Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit."

D.19.2.15.2: "Başına yıkıcı bir fırtına geldiğinde kiralayan, kiracıya herhangi bir şey için sorumlu olmalı mıdır? *Servius*'a göre mal sahibi kiracı çiftçisine; nehir, küçük karga, sığırcık gibi

¹⁹⁴ Ernst, Nutzungsrisiko, s. 544 – 545; Ernst, *Periculum*, s. 77 – 78.

şeylerin sebep olduğu karşı konulması mümkün olmayan her türlü mücbir sebep için veya benzer bir durum meydana gelirse ya da düşman istila ederse sorumlu olmalıdır. Ancak kusur kiralanan şeyden kaynaklanırsa zarar kiracıya aittir; örneğin şarap ekşirse ya da ürün kurtlar ya da zehirli otlar yüzünden telef olursa. Ama yine, bütün ürünü mahveden bir toprak kayması olursa zarar kiracıya ait olmaz; çünkü kiracı bozulmuş tohumlarının zararını aşan miktarda toprak kirası ödemekle yükümlü olmamalıdır. Yine don ya da alışılmadık bir sıcak hava dalgası zeytini telef ederse, zarar mal sahibine aittir; ancak olağandışı bir şey meydana gelmezse zarar kiracıya aittir. Oradan geçen askerler sebepsiz yere bir şeyler çalarlarsa yine aynı durum geçerlidir. Fakat yine deprem araziye yok edecek kadar tahrip etmişse zararı mal sahibi üstlenir; çünkü mal sahibi kiracının topraktan yararlanmasını sağlamak durumundadır.”

*D. 19.2.15.2'*ye göre kira sözleşmesinde kiralayan, kiracıya karşı engellenmesi imkânsız olan bütün olaylar nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Metinde, nehir, küçük karga ve sığırcıkların ürünü telef etmesi, her türlü mücbir sebep ve arazinin düşman istilasına uğramasının örnek olarak olarak gösterildiği görülmektedir. Ancak kiracının ürününün telef olması kendi kusurundan ileri geliyorsa *Ulpianus*'a göre bu durumda zarardan kiracının sorumlu olacağı anlaşılmaktadır. Ürünün toprak kayması, aşırı sıcak ve soğuk gibi kiracının engel olamayacağı bir nedenle telef olması durumunda ise, kiraya veren zarardan sorumlu

tutulmaktaydı. Depremın meydana gelmesi nedeniyle kira konusundan kiracının yararlanamama durumun meydana gelmesi halinde de yine *Ulpianus* tarafından kiraya verenin sorumluluğunun söz konusu olduğu ifade edilmektedir.

II. *Remissio Mercedis*

Roma'da kiracının kira konusundan yararlanmasına rağmen, umduğu ürünü alamadığı durumlarda; kira bedelinin indirimine ilişkin imparatorluğa ait bir takım düzenlemelerin olduğu görölmektedir. Kaynaklarda kiracının ürününün tamamen telef olmasının *periculum locatoris*'e ilişkin olduğu; buna karşın ürünün kısmen telef olması halinin ise *remissio mercedis*'e ilişkin olduğunun savunulduğu görölmektedir. Hâlbuki kiracı kira borcundan hem tamamen, hem de kısmen¹⁹⁵ kurtulmak için bu kurumdan faydalanabilmekteydi¹⁹⁶. Her ne kadar *remissio mercedis*'in kiralayana ilişkin hasar meselesine (*periculum locatoris*) benzer olduğu görünse de; bu kurumun bir imparatorluk müessesesi olması nedeniyle, kiracı için *formula*

¹⁹⁵ *Ulpianus*'a ait bir metinde arazisindeki ürününden yeteri kadar verim alamayan kiracının kira bedelinin tamamından değil; bir kısmından feragat etmek istediği anlaşılmaktadır: *D. 19.2.15.7 (Ulpianus 32 ad ed.): "Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata: supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur."* *D.19.2.15.7*: "Yukarıda anlatılan sebeplerden dolayı indirim miktarı hesaplandığında, kiracı kendi kârını talep etmemekte, eşit olarak dağıtılmış bir kira indirimi talep etmektedir; geri kalanı için tohumdan edilen zararın kiracı tarafından üstlenileceği kuralı konulmuştur."

¹⁹⁶ Watson, *Obligations*, s. 110; De Neeve, P. W.: *Remissio Mercedis*, ZSS, 1983, C. C, s. 301.

usulünden daha kolay sonuç alınabilmesi bakımından *periculum locatoris*'ten ayrıldığı anlaşılmaktadır¹⁹⁷.

İmparatorluğa ait *remissio mercedis* kurumunun iki amacının olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi bu kurumun, zor durumdaki kiracılara yardım etmek için tasarlanmış bir politika aracı olması; ikincisi ise, İtalya'daki ürün verim azalışının etkilerinden kaçınmayı hedefleyen bir idari politika olmasıdır¹⁹⁸.

Ürünün beklenenden az olması halinde, kiracının *remissio mercedis*'i kullanmak suretiyle her zaman kira bedelinden indirim yoluna gidemeyeceği kaynaklardan anlaşılmaktadır. Araziye yeterli bakım yapılmaması ve üzüm asmasının yaşının fazla olması nedeniyle az ürün alınması halinde kiracı *remissio mercedis*'ten faydalanamamaktaydı. *Ulpianus*'a ait bir metinde kiracının ürününün az olması nedeniyle, kira bedelinden indirim talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak metinde kiracının talebinin, asmanın yaşı nedeniyle yeterli ürün alamadığı için reddedildiği ve *remissio mercedis* kurumundan yararlandırılmadığı görülmektedir:

D. 19.2.15.5 (Ulpianus 32 ad ed.): "Cum quidam de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi antonini continetur. item alio rescripto ita

¹⁹⁷ Mayer – Maly, LC, s. 140 vd.; Kaser, *Periculum*, s. 173 vd.; Kaser, RPR I, s. 567; Ankum, H.: *Remissio Mercedis*, RIDA, C. XIX, 1972, s. 234 – 235; De Neeve, *Remissio*, s. 332 vd.

¹⁹⁸ Mayer – Maly, LC, s. 143; Kaser, *Periculum*, s. 174; Ankum, s. 237.

continetur: novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur."

D.19.2.15.5: "Birisi ürününün azlığından şikâyet ettiğinde yüce *Antoninus*'un verdiği yazılı cevapta bu talebin dikkate alınmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde başka bir yazılı cevapta şöyle denmiştir: 'Duyulmadık bir şey; yani asmanızın yaşından dolayı bir indirim talep etmektesiniz'."

D. 19.2.15.5'te talebi dile getirilen kiracı çiftçinin, asmalarının belli bir yaştan sonra az verim vereceğini bilmesi gerektiği düşünülmektedir. Roma'da *remissio mercedis*'in sadece mücbir sebep halinde uygulandığı kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁹⁹.

Ulpianus'a ait bir metinde, çoraklık nedeniyle kiralamış olduğu araziden beklediği verimi alamayan bir çiftlik kiracısına indirim yapıldığı ifade edilmektedir. Verimsiz yılın ardından, ürün verimliliğinin normale dönmesi durumunda kiralayanın, önceki yıl için *remissio mercedis* kurumu ile yapılan indirimi kiracıdan talep etme hakkının olduğu *D. 19.2.15.4*'ten anlaşılmaktadır:

D. 19.2.15.4 (Ulpianus 32 ad ed.): "Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam

¹⁹⁹ Watson, *Obligations*, s. 111 – 112; De Neeve, *Remissio*, s. 303.

eius anni quo remisit exigendam. hoc idem et in vectigalis damno respondit. sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remisit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remisit? verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.”

D.19.2.15.4: “Papinianus, Replies’inin dördüncü kitabında, bir yıl içinde bir kişi kiracısına çoraklık sebebiyle indirim yaparsa ve onu takip eden yıllarda bolluk olursa; indirimin mal sahibi için engel teşkil etmediğini, indirim yapılan yıl için geçerli olan kiranın tamamının tahsil edilebileceğini söylemiştir. Papinian uzun vadeli kira sözleşmesi yapılan kamu arazilerinde olan zarar için de bunun geçerli olduğunu söylemiştir. Ama yine, bir yıllık kıtlık sebebiyle mal sahibi bağış şeklinde kiracıyı borçtan kurtarırsa bunun bir bağış değil ödeme olduğu teorisinden yola çıkarak, aynı kural geçerli sayılır. Ancak borçtan kurtardığı bereketsiz yıl kira sözleşmesinin son yılı ise ne olur? Buna şu şekilde yaklaşmak daha iyi olur; önceki yıllar verimli geçtiyse ve mal sahibi bunu biliyorsa, kiracıdan ödeme talep edilmemelidir.”

§ 7. LOCATIO CONDUCTIO REİ'DEN DOĞAN DAVALAR

Roma'da *locati conductio rei*'ye aykırılık halinde *locator*'un bir *actio locati* ile; *conductor*'un ise bir *actio conducti* ile hakkını arayabileceği kaynaklardan anlaşılmaktadır²⁰⁰. Kira sözleşmesinde taraflara tanınan davaların *Iustinianus Institutiones*'inde şu şekilde ifade edildiği görülmektedir:

Iust., Inst. 3.24 pr: "...et compatit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti."

Iust., Inst. 3.24 pr: "... ve kiralayana actio locati, kiracıya actio conducti verilir."

Roma Hukuku'nda davaların, fiili olgulara ve hukuki esaslara sıkı sıkıya bağlı olup olmaması bakımından dar hukuk davaları (*iudicia stricti iuris*) ile iyiniyet davaları (*iudicia bonae fidei*) olmak üzere ikiye ayrıldıkları görülmektedir. Önceleri sayıları az olduğu görülen iyiniyet davalarına, Cumhuriyet Dönemi'nin son yüzyılında kira sözleşmesinden doğan davalarının da eklendiği görülmektedir²⁰¹. *Iustinianus*'un *Institutiones*'indeki bir metinde, *locatio conductio*'lardan doğan davaların da iyiniyet davalarından oldukları ifade edilmektedir:

Iust., Inst. 4.28: "Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto, vendito,

²⁰⁰ Sohm, s. 430; Muirhead, s. 159 – 160; Weiss, s. 375; Hausmaninger/ Selb, s. 247; Borkowski/ Plessis, s. 278.

²⁰¹ Endemann, s. 179; Jolowicz/ Nicholas, s. 295; Umur, Ders. s. 263.

locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.”

Iust., Inst. 4.28: “Bazı davalar iyiniyet (*bona fides*) ve bazıları dar hukuk (*strictum ius*) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardı: Alım satım, *locatio conductio*, vekâletsiz iş görme, vekâlet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke taksimi, müşterek mal taksimi, mirasa ilişkin istihkak davaları ile *aestimatum*’dan ve trampa’dan doğan *praescriptis verbis* davası. Her ne kadar mirasa ilişkin istihkak davasının, bu ana kadar iyiniyet davalarından olup olmadığı konusu pek açık değil idiyse de; bir emirnamemiz bunu da açıkça iyiniyet davaları arasına koymaktadır.”

Praetor’ların faaliyetleri sonucu ortaya çıkan bu ayrıma göre dar hukuk davalarında hâkimlerin, *formula*’da belirlenen esaslarla sıkı sıkıya bağlı oldukları görülmektedir. Daha sonraları *praetor*’ların faaliyetleri sonuncunda bazı *ius civile* davalarının iyiniyet davaları niteliği kazandıkları anlaşılmaktadır. Bu davalarda *praetor*’ların, *formula*’larının *intentio* bölümlerine “iyiniyet neyi gerektiriyorsa” kaydını koymak suretiyle; “iyiniyetin

gereklerine göre” karar verme imkânını sahip olan hâkimlerin geniş takdir yetkisini sahip oldukları anlaşılmaktadır²⁰². *Iustinianus*’un bir metninde, iyiniyet davalarında hâkimin söz konusu bu takdir hakkının ifade edildiği görülmektedir:

Iust., Inst. 4.6.30: “In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat.”

Iust., Inst 4.6.30: “İyiniyet davalarında, davacıya ne miktar iade edileceği konusunda hâkime, iyiniyet ve hakkaniyet gereği serbestçe takdir yetkisi verildiği kabul edilir.”

Kira sözleşmesinden doğan davaların iyiniyet davası olması dolayısıyla dava açan taraf, başka bir ek davaya gerek olmaksızın sözleşmeye ilişkin faiz ve semere gibi yan edimler ile munzam anlaşmaları (*pacta adiecta*) da takip edebilmekteydi. *Bona fides*’in bir sonucu olarak *exceptio* (def’i), *formula*’ya ilave edilmemiş olsa bile dikkate alınabilmekte ve doğrudan doğruya ileri sürülebilmekteydi²⁰³.

Kira sözleşmesinde tarafların şahsının önemli olmaması nedeniyle aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme taraflarından birinin ölümü ile hukuki

²⁰² Buckland, Text, 411vd.; Umur, Ders, s. 262; Karadeniz – Çelebican, Roma, s. 303; Gürten, s. 102 – 103.

²⁰³ Türkoğlu – Özdemir, G.: Roma Usul Hukukunda “*Plus Petit*” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ankara 2004, s. 32 – 33; Karadeniz – Çelebican, Roma, s. 292 vd.; Günel, A. N.: Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara 2007, s. 35; Somer, s. 44.

ilişkinin sona ermediği kaynaklardan anlaşılmaktadır. Kira sözleşmesinin taraflarından birinin ölümü halinde; ölen kimsenin mirasçısının sözleşmede ona halef olduğu görülmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda, kira sözleşmesinden doğan bir davanın da mirasçılara geçmesi söz konusu olmaktadır²⁰⁴. *Ulpianus*'a ait bir metinde bu durumun ifade edildiği görülmektedir:

D. 19.2.19.8 (Ulpianus 32 ad ed.): "Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est."

D. 19.2.19.8: "Şu açıktır; kira sözleşmesinden doğan bir dava kiracının mirasçısına da geçer."

Locator'un kira sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğünün, kira sözleşmesi süresi boyunca *conductor*'a sözleşme konusu şeyin kullanılmasını temin etmek olduğu görülmektedir. Kiralayan bu borcunu yerine getirmediği veya sözleşmeye aykırı davrandığı takdirde kiracının bir *actio conducti* açmak suretiyle kendisini savunabildiği kaynaklardan anlaşılmaktadır. *Locatio conductio rei*'de kiracıya *actio conducti*'nin tanındığını *Ulpianus*'a ait bir metinde ifade edilmektedir:

D. 19.2.15 pr. (Ulpianus 32 ad ed.): "Ex conducto actio conductori datur."

D. 19.2.15 pr.: "Kiracının *actio conducti* açma hakkı vardır."

²⁰⁴ Oğuzoğlu, C.: Roma Hukuku, Ankara 1959, s. 241; Küçükgüngör, E.: Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara 2007, s. 27 vd.

Ulpianus'un *Digesta*'da, *locatio conductio rei*'de kiracının dava hakkına sahip olduğunu belirttikten sonra; hangi durumlarda kiralayana karşı *actio conducti* açabileceğini ayrıntılı bir şekilde belirttiği görülmektedir:

D. 19.2.15.1 (Ulpianus 32 ad ed.): "Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agitur."

D. 19.2.15.1: "Şu gibi sebeplerden dolayı kira davası açabilir: Örneğin, toprağın tamamından ya da bir kısmından yararlanamazsa ya da villa, ahır veya sürüsünü koyabileceği yer tamir edilmediği için kiracının kiralanan şeyden yararlanmasına izin verilmezse veya kira sözleşmesinin bir maddesinde bir şey üzerinde anlaşılır ve bu yükümlülük yerine getirilmezse kira sözleşmesinden doğan bir dava açılabilir."

Metne göre kiralayan kiracının, kira konusu taşınmazın tamamından ya da bir kısmından yararlanmasına izin vermiyorsa; *conductor*'un sürülerini koyacağı yer ve kira konusu taşınmaz tamir edilmiyorsa; eğer taraflar sözleşmeye ek bir hüküm eklediler, *locator* bunu yerine getirmiyorsa kiracı, bir *actio conducti* açmak suretiyle kiralayana karşı hakkını arayabilmekteydi.

Ulpianus'un *Digesta*'daki başka bir metinde de, bir taşınmazını kiraya veren *locator*'un, sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre sonra hukuki işlemde vazgeçmesi halinde kira sözleşmesinden doğan davanın açılabilirliğini ifade ettiği görülmektedir. Böyle bir durumda kiracının, bir *actio conducti* açmak suretiyle kiralayana karşı kendisini savunabildiği *D.19.2.5*'ten anlaşılmaktadır:

D. 19.2.5 (Ulpianus 28 ad ed.): “Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit.”

D.19.2.5: “Size bir konutu kiralarsam ve bundan kısa bir süre sonra kiradan vazgeçersem, uygun dava yine *locatio conductio*'dan doğan bir dava olur.”

Conductor'un, kira sözleşmesi dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan kira bedelini kiralayana ödemek ve kira konusunu özenle kullanıp iade etmekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Kiracının sözleşmeden doğan bu borçlarını yerine getirmediği takdirde kendisine karşı kiralayan tarafından *actio locati* açılabilmesi söz konusu olmaktadır²⁰⁵.

Ayrıca asli edim yükümlülüklerinin dışında tarafların sözleşmeye eklemiş oldukları ve kira sözleşmesinin bir parçası haline gelen bir takım hüküm ve şartlara aykırılık halinde de kiralayanın kendisini bir *actio locati* açmak suretiyle savunabileceği anlaşılmaktadır²⁰⁶.

²⁰⁵ *D. 19.2.24.2 (Paulus 34 ad ed.)*

²⁰⁶ *D. 19.2.11.4 (Ulpianus 32 ad ed.)*

§ 8. LOCATIO CONDUCTIO REI'NİN SONA ERMESİ

I. Kendiliğinden Sona Ermesi

Roma'da kira sözleşmelerinin belirli süreli olduğu durumlarda, sözleşme sürenin sona ermesinden sonra; tarafların hukuki ilişkisinin devamı yönünde açık ya da zımni irade beyanlarının olmaması halinde, *locatio conductio rei*'nin kendiliğinden sona erdiği anlaşılmaktadır²⁰⁷.

Kira sözleşmesi devam ederken kiralayan ve kiracı sıfatlarının aynı kişide birleşmesi durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği görülmektedir²⁰⁸.

Ulpianus'a ait bir metinde taşınmazı kiralayan kiracıya sözleşme devam ederken sözleşme konusu evin bir vasiyet sonucu miras kaldığı görülmektedir. Bir malı kiralayan kimsenin, kira konusuna malik olması durumunda sözleşmenin sona ereceği *D. 19.2.9.6*'dan anlaşılmaktadır. Metinde bir hukukçunun görüşlerini dile getiren *Ulpianus*'a göre, kiracının kira konusu taşınmaza malik olmadan önceki kira bedellerini ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir:

D. 19.2.9.6 (Ulpianus 32 ad ed.): "Si alienam domum mihi locaveris eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem: sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur: et puto solvendum."

²⁰⁷ Buckland, Manual, s. 291; Lee, s. 325.

²⁰⁸ Lee, s. 325; Sevimli, s. 93.

D.19.2.9.6: “Siz başka birinin evini bana kiralarsanız ve sonra bu ev vasiyetle bana kalırsa veya bana verilirse (bir hukukçunun dediğine göre) kiranın ödenmesi için kira sözleşmesi gereğince size karşı sorumlu olmam; fakat evin miras kalmasından önceki dönem için borçlu olunmalı mıdır? Bence kira ödenmelidir.”

Locatio conductio rei’de tarafların şahsının önemli olmaması nedeniyle aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme taraflarından birinin ölümü halinde hukuki ilişki sona ermemekte; kira sözleşmesinden doğan bir davanın da mirasçılara geçmesi söz konusu olmaktadır²⁰⁹.

Iustinianus’un *Institutiones*’inde de kira sözleşmesi devam ederken kiracının ölmesi durumunda; mirasçılarının kendisine halef olacağının ifade edildiği görülmektedir:

Iust., Inst. 3.24.6: "Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres eius eodem iure in conductionem succedit."

Iust., Inst. 3.24.6: "Sözleşme devam ederken kiracının ölmesi durumunda mirasçısı kendisine halef olur."

Kira sözleşmesi konusunun kiracının ya da kiralayanın kusuru olmaksızın telef olması halinde de sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği anlaşılmaktadır²¹⁰.

²⁰⁹ D. 19.2.19.8 (*Ulpianus 32 ad ed.*)

²¹⁰ Lee, s. 325; Tahiroğlu, s. 199.

II. Taraflarca Sona Erdirilmesi

Roma'da rızai sözleşmelerin, tarafların birbirlerine uygun irade beyanları ile (*consensus*) kurulduğu görülmektedir. Sözleşmenin taraflarının, söz konusu bu sözleşmeleri bozmaya yönelik zıt irade beyanları (*contrarius consensus*) ile aralarındaki hukuki ilişkiyi sona erdirebildikleri anlaşılmaktadır. Rızai bir sözleşme olan kira sözleşmesinin de, tarafların sözleşmeyi bozmaya yönelik zıt irade beyanları ile sona ermesi mümkündür. Tarafların *consensus contrarius* ile sözleşmeyi sona erdirebilme imkânının, önce alım satım sözleşmesi için söz konusu olduğu; daha sonra da *locatio conductio rei* için de uygulandığı kaynaklardan anlaşılmaktadır²¹¹.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin dolmasından önce bazı durumların gerçekleşmesi halinde taraflardan her birinin sözleşmeyi sona erdirebilme imkânına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Kiracının kira bedelini süresinde ödememesi, taşınmaz kiralalarında sebepsiz olarak kira konusu taşınmazı terk etmesi, çiftlik kiralalarında araziye ekip biçme görevini ihmal etmesi, kira konusu şeyi kötü kullanması hallerinde kiralayanın sözleşmeyi sona erdirme imkânına sahip olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Digesta'da *Paulus*'a ait bir metinde belirli süreli bir kira sözleşmesinde kiralayanın sözleşmeyi sona erdirebilme imkânının ele alındığı görülmektedir. *D. 19.2.24.2* incelendiğinde, taşınmaz kiracısının sebepsiz yere kira sözleşmesinin süresinin bitiminden önce konutu terk etmesi halinde ve çiftlik kiracısının da araziye ekip biçme görevini ihmal etmesi durumunda

²¹¹ Schwind, s. 298; Lee, s. 325; Rado, s. 243.

kiralayanın dava açmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebildiği anlaşılmaktadır:

D. 19.2.24.2 (Paulus 34 ad ed.): “Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum eis statim agere.”

D.19.2.24.2: “Bir ev ya da çiftlik beş yıllık bir döneme yayılmış kira ödemeleri ile kiraya verilirse; şehirdeki kiracı konutu terk ettiğinde ya da çiftlik kiracısı toprağı işlemeyi bıraktığında mal sahibi hemen dava açabilir.”

Paulus’a ait başka bir metinde de yine çiftlik kiracısının toprağı işlememesi halinde taşınmaz sahibi kiralayanın dava açmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebileceğı ifade edilmektedir:

D. 19.2.24.3 (Paulus 34 ad ed.): “Sed et de his, quae praesenti die praestare debuerunt, velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent, agere similiter potest.”

D.19.2.24.3: “Ancak mal sahibi aynı şekilde kiracıların o zamana kadar bir işi tamamlamak ya da toprağı ekip biçmek gibi yapmaları gereken şeyleri yapmamış olmalarıyla ilgili olarak da dava açabilir.”

Kira sözleşmesinin konusunun kiracı için uygun olmayan bir duruma gelmesi halinde veya o malın sürekli kullanımı kendisi için tehlike arzettiğı

durumlarda; kiracının sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip olduğu kaynaklardan anlaşılmaktadır. Konunun *Gaius*'a ait bir metinde ele alındığı görülmektedir:

D. 19.2.25.2 (Gaius 10 ad ed. provinc.): "Si vicino aedificante obscurantur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. de mercedibus quoque si cum eo agatur, repudiationis ratio habenda est. eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat."

D. 19.2.25.2: "Eğer bir komşu bina inşa ederse ve bir binanın pencereleri ışık almazsa, (bir hukukçunun görüşüne göre) mal sahibi konut kiracısına karşı sorumlu olur; hiç şüphesiz çiftlik kiracısı ya da konut kiracısı kiralananmış yeri terk edebilir ve aynı şekilde ona kira davası açılırsa karşı dava açabileceği hesaba katılmalıdır. Mal sahibinin kırık kapı ve pencereleri tamir etmemesi durumunda da aynı sonuca varırdım."

*D. 19.2.25.2'*ye göre, kiralanan bir taşınmazın ışık almasını engelleyecek bir biçimde kira konusunun yakınına bir bina inşa edilmesi halinde taşınmaz kiracısının, söz konusu taşınmazı haklı olarak terk edebilmesi imkânından söz edildiği görülmektedir. Kiralayanın kira konusunun kapı ve pencerelerini tamir etmemesi halinde de *Gaius*'un aynı sonuca ulaştığı anlaşılmakta; kiracının böyle bir durumda taşınmazı terk edip, sözleşmeyi sona erdirebilme imkânına sahip olduğu görülmektedir. Metinde

sözü edilen haklı durumlar dolayısıyla kiracının taşınmazı terk etmesine karşılık olarak, kiralayanın kendisine dava açması durumunda kiracının; bir karşı dava açmak suretiyle kendisini savunabilme imkânının tanındığı anlaşılmaktadır.

Roma'da kira sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin süresine ilişkin bir anlaşma yapmamışlar ya da sözleşmeyi süresiz olarak yapmışlar ise belirsiz süreli kira sözleşmesi söz konusu olduğu görülmektedir. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflardan her birinin, sözleşmeyi istediği zaman tek taraflı olarak feshedebilme imkânına sahip olduğu anlaşılmaktadır²¹².

Roma'da *locatio conductio rei*'de tarafların sahip oldukları fesih imkânının; karşı tarafın sözleşmeyi ihlali halinde sıkça kullanıldığı kaynaklardan anlaşılmaktadır. Kiracının kira konusu malı sözleşmeye aykırı olarak kullanması halinde kiralayanın fesih hakkını kullanmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık kiracının da, kiralayanın sözleşme konusu şeyi kullanmasını engellediği hallerde bu hakkını kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilme imkânına sahip olduğu görülmektedir²¹³.

M. S. 214 yılında *Caracalla* tarafından çıkarılan bir emirname ile taşınmaz kiralalarında kira bedelini düzenli ödeyen kiracının kiralayan tarafından sebepsiz olarak taşınmazdan çıkartılamaması ilkesinin getirildiği

²¹² Siber, s. 204 – 205; Frier, Landlords, s. 70.

²¹³ Buckland, Manual, s. 291; Lee, s. 325.

kaynaklardan anlaşılmaktadır²¹⁴. Ancak taşınmaz sahibinin, taşınmazı tamir etmesi gerektiğini (*corrigere domum*), kiracının kira konusunu kötü kullandığını ya da sözleşme konusunu bizzat kullanmak zorunda olduğunu ispat etmek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilme imânına sahip olduğu görülmektedir. Kiralayanın kendisinin taşınmaza ihtiyacı olması durumunda kiracıyı koruyan gereklilik ve zorunluluk şartlarının İmparator *Iustinianus* tarafından tanındığını anlaşılmaktadır²¹⁵.

²¹⁴ *C. Iust. 4.65.3*

²¹⁵ Di Marzo, s. 445; Zyl, s. 303.

SONUÇ

Romalılar, bir şeyi bir yere koymak, yerleştirmek ve birinin emrine hazır bulundurmak anlamlarına gelen “*locare*” kelimesi ile beraberinde bulundurmak ve yanında götürmek anlamlarına gelen “*conducere*” kelimelerinden yola çıkmak suretiyle; görünüşte birbirinden farklı olan kira, hizmet ve istisna sözleşmelerini bir arada düzenlemişlerdir. Kira sözleşmesinde *locator*, bir şeyi kullanılmak üzere kiracının emrine hazır bulunduran kimsedir. *Conductor* ise, kira konusu şeyi kullanabilir ve bu şeyin kontrolü kendisinde olur; yani bir anlamda kira sözleşmesi konusunu beraberinde bulundurur. Hizmet sözleşmesinde *locator*, işi yapmayı üzerine alan; *conductor* ise, işçiyi yanında çalıştıran, yani hizmeti beraberinde götürüdür. İstisna sözleşmesinde *locator*, yapılmak üzere bir şeyi veya işi tevdi eden; *conductor* ise, işi yapmayı üstlenen, yani yapacağı şeyi beraberinde götüren müteahhittir.

Roma Hukuku’nun içtihat hukuku şeklinde doğup gelişmesinden dolayı Roma’da hukukçular, her ne kadar soyut ayrımlarla ilgilenmeseler de, *locatio conductio* başlığı altında her üç durumun da (kira, hizmet, istisna sözleşmeleri) birlikte ele alınamayacağını farkındaydılar. Zaten *praetor edictum*’larında bu üç sözleşmenin dava *formula*’larının *demonstratio* kısımlarının, davaların içeriklerine göre farklılıklar gösterdikleri görülmektedir. Ayrıca, bu üç sözleşmenin konularının farklı nitelikte olmaları da sözleşmelere değişik özellikler kazandırmaktadır.

Locatio conductio'lardaki kira, hizmet ve istisna şeklindeki sistematik ayırım *Pandekt* Hukukçuları tarafından yapılmıştır. Tabii Hukuk Okulu ve *usus modernus pandectarum*'un savunucusu bir kısım yazarlar ise *locatio conductio*'yu, sadece kira ve iş sözleşmesi olarak ikiye ayırmışlardır

Roma Hukuku'nda rızai sözleşmeler grubunda bulunan ve günümüz hukuklarında da ayrı ayrı belirlenmiş olan kira, hizmet ve istisna sözleşmelerinin en önemli ortak noktası; diğer sözleşme gruplarının aksine sözleşmenin meydana gelebilmesi için ne sözlü ne yazılı herhangi bir şekle gerek olmadan sözleşme taraflarının rızalarının uygunluğu ile kurulmalarıdır.

Bir şeyin kiraya verilmesinin ve kiralanmasının tarihine ilişkin yeterli kaynağın bulunmaması nedeniyle Roma Hukuku kaynaklarında *locatio conductio rei*'nin tarihsel kökenine ilişkin çeşitli görüşlerin ortaya atıldığı görülmektedir. Roma'nın ilk dönemlerinde özellikle belli mevsimlerde artan tarımsal işler dolayısıyla daha fazla işgücüne ihtiyaç duyulması nedeniyle, bu eksikliği aile babaları, başkalarının köle ve hayvanlarını kiralamak yoluyla gidermişlerdir. İlk *locatio conductio rei*'lerin köle ve hayvanlarını kiraya veren malik aile babası ile kiracı arasındaki hukuki ilişkinin düzenlenmesi ihtiyacı sonucu ortaya çıktığı düşünülmektedir.

Roma Devleti'nin, kamu topraklarının (*ager publicus*) tahsisine ilişkin yaptığı sözleşmelerin *locatio conductio rei* ile benzerliği dikkat çekmektedir. Özellikle bu toprakların tahsisinin herhangi bir şekle bağlı olmadan, *locatio conductio rei* gibi birer rızai sözleşme olarak yapılmaları nedeniyle; kamu

topraklarının tahsisinde kira sözleşmesinin ilk örneklerinin uygulama alanı bulunduğu düşünülmektedir.

Roma Hukuku'nda hem bir malın kullanılmasında, hem de bir malın kullanıp semerelerinden faydalanılması durumlarında "*locatio conductio rei*" şeklinde tek bir sözleşmenin söz konusudur. Buna karşılık günümüzde ise ilk durumda "Adi Kira Sözleşmesi"nden; ikinci durumda ise "Hasılat Kirası Sözleşmesi"nden söz edilmektedir.

Roma'da kölelerin mal (*res*) sayılmalarından dolayıdır ki, kiralanmalarına ilişkin sözleşmeler "*locatio conductio rei*" kapsamındadır. Bir kölenin kiralanması, tıpkı semere veren bir malın kiralanması gibi, yani bir hasılat kirası niteliğinde olduğundan; bir köleyi kiralayan kimse, söz konusu kölenin hizmetine de sahipti. Kaynaklarda yer alan "*locatio conductio servi*" ile "*locatio conductio operarum servi*" kavramlarından, konusunu kölelerin oluşturduğu hasılat kirası sözleşmesi ifade edilmektedir.

Roma Sözleşmeler Sistemi'nde rızai sözleşmeler içinde yer *locatio conductio rei*'nin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için; sözleşmenin tarafları olan *locator* ve *conductor*'un kira konusunun belirli bir bedel karşılığında kullandırılması hususunda karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekli ve yeterliydi. Dolayısıyla sözleşmesinin geçerliliği için; kira konusunun teslimine, taraf iradelerinin yazılı olarak beyan edilmesine gerek yoktu.

Borçlandırııcı bir hukuki işlem olması dolayısıyla *locatio conductio rei*'de, kiracı ve kiraya veren karşılıklı olarak borç altına girmekteydiler.

Kiralayanın kira sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü, kiracıya sözleşme konusu şeyin kullanılmasını temin etmek ve bu amaçla gerekli masrafları yapmaktır. *Locator*'un kira sözleşmesinden doğan borçlarına karşılık kiracı da; sözleşmede kararlaştırılan kira bedelini ödeme, kira konusunu sözleşmeye uygun olarak özenle kullanıp kiralayana iade etme borçları altındaydı.

Kira sözleşmesinde *locator*, kira konusundan *conductor*'un çekişmesiz olarak yararlanmasını sağlama borcu altındaydı. Dolayısıyla kiralayan, kiracıya karşı kira konusundaki hukuki ayıplardan sorumluydu. Üçüncü bir kişinin kira konusu mal üzerinde aynı bir hak iddiasında bulunması ve mahkeme kararıyla kiracıyı tahliye ettirmesi halinde Roma'da *conductor*, *locator*'a rücu etmek suretiyle zararını tazmin edebilmekteydi. *Locator*'un iyiniyetli olması ve kendisinin ihmalinin olup olmaması sonucu değiştirmemekteydi.

Kiralayan, kira sözleşmesi konusunun sözleşmeye uygun olmayacak şekilde teslim edilmesi ya da teslim edilse bile sonradan yararlanmaya elverişsiz hale gelmesi durumlarında sorumlu tutulmaktaydı. Dolayısıyla Roma'da kiralayan, kira sözleşmesi konusunun benzerlerinden beklenen özelliklere sahip olmaması durumunda kiracıya karşı maddi ayıplardan sorumluydu.

Kira sözleşmesi konusunun, sözleşmenin kurulmasından sonra kamulaştırılması halinde kiralayan; *conductor*'un kira konusundan yararlanamaması nedeniyle kusuru olmasa bile sorumlu tutulmaktaydı.

Iustinianus Dönemi'nde kira bedelinin ödenmemesi durumunda kiralayanın, kira konusuna kiracının getirdiği şeyler üzerinde teminat olarak kanuni rehin hakkı bulunmaktaydı. Kiralayan, kiracının taşınmazdaki mallarına ilişkin rehin hakkına dayanmak suretiyle; *conductor*'un söz konusu bu mallarını taşınmazdan almasına izin vermeyip el koymak suretiyle gerektiğinde ödenmeyen kira bedelleri için bu malları satma yetkisine sahip olmaktaydı. Hasılat kiralalarında ise, taşınmazlardaki ürünlerin toplanması ile birlikte bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan hasılat kiracısı; taşınmaza ilişkin kira bedelini ödemediğinde, ürünler üzerinde rehin hakkına sahip olan kiralayanın, bunlara el koymak suretiyle satması tehlikesi ile karşı karşıya kalabilmekteydi.

Romalılar'ın kiralanan bir taşınmazın daha sonra bir başkasına satılması durumunu, "*emptio tollit locatum*"; yani "satış kirayı bozar" şeklinde ifade ettikleri görülmektedir. Kira sözleşmesi konusu bir malın, alım satım sözleşmesi sonucunda satılması halinde; yeni malik eğer isterse mülkiyeti koruyan istihkak davasını (*rei vindicatio*) kullanmak suretiyle kiracıyı taşınmazdan çıkarabilmekteydi. Böyle bir durumda şahsi hak sahibi kiracı, kiraya verene karşı kira sözleşmesinden doğan bir dava (*actio conducti*) açmak suretiyle zararının tazmin edilmesini isteyebilmekteydi. Roma'da taşınmaz maliki ile taşınmazı satın alan kimse, alım satım sözleşmesine ek bir madde eklemek suretiyle kiracının mağduriyetinin giderilmesi sağlayabilmekteydiler.

Roma'da tapu sicilinin bulunmaması nedeniyle bir takım kanunlarla kiracıların durumları güçlendirilmişti. Kira bedelini düzenli olarak ödeyen *conductor*'un taşınmaz maliki tarafından taşınmazdan çıkarılamayacağına ilişkin *Caracalla*'nın M. S. 214 yılında çıkarmış olduğu emirname söz konusu kanunlardandır. Ancak böyle bir durumda da yeni malik, taşınmaz malı kullanmak zorunda olduğunu, evi tamir etmek zorunda olduğunu ya da kiracının kiralanan taşınmazı kötü kullandığını ispat etmek suretiyle kiracıyı tahliye edebilmekteydi. *Locator*'u koruyan bu kanun ise *Iustinianus* tarafından çıkartılmıştı.

Roma'da kira sözleşmeleri, sözleşme taraflarınca belirli ya da belirsiz süreli olarak yapılabilmekteydi. *Locatio conductio rei*'de sözleşme süresinin kararlaştırılması, sözleşmenin esaslı unsurlarından değildi. Günümüz hukuklarında olduğu gibi taraflar, sözleşmeye bir "*accidentalia negotii*" koymak suretiyle de *locatio conductio rei*'nin süresini serbestçe kararlaştırabilmekteydiler. Şahıslara tahsis edilmemiş (*ager adsignatus*), satılmamış (*ager quaestoribus*), işgale terk edilmemiş (*ager occupatorius*) ve devlet tarafından kiraya verilen "*ager vectigalis*" adı verilen arazileri kiralayan kiracılar ise, yıllık olarak ödenen kira bedellerini düzenli ödedikleri sürece, araziden sürekli olarak yararlanma hakkına sahiptiler.

Roma'da arazilerin işlenmesini teşvik etmek amacıyla, "taşınmaz kiralalarında zımni yenileme" (*relocatio tacita*) söz konusuydu. Bir araziye kiralayan kiracı, kararlaştırılan süre sona erdikten sonra arazi üzerinde fiili hâkimiyetini devam ettirmesi halinde ve taşınmazı kiraya veren toprak

sahibinin de bu duruma sessiz kalması durumunda; sözleşmenin süresi tarafların hiçbir hukuki işlem yapmalarına gerek kalmadan uzamaktaydı.

Roma Hukuku'nda her borç ilişkisinde olduğu gibi *locatio conductio rei*'de de, sözleşmenin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeyen tarafın sorumluluğu söz konusuydu. Roma Borçlar Hukuku'nda dönemlere göre değişen sorumluluk ilkeleri vardı. Roma'nın eski devirlerinde kusursuz sorumluluğun hâkim olduğu; belirli bir sorumluluk sisteminden söz etmenin zor olduğu Klasik Hukuk Dönemi'nde ise kusur sorumluluğuna doğru hızlı bir gidişin olduğu görülmektedir. Klasik Hukuk Dönemi'nde borçlu, kusursuz sorumluluğun bir parçası olan gözetim (*custodia*) sorumluluğundan ve bu sorumluluk nedeniyle beklenmedik hallerden (*casus fortuitus*) de sorumlu tutulmaktaydı. Ancak beklenmedik hallerden farklı olarak, mücbir sebepten (*vis maior*) doğan sorumlulukta zararın borçluya yüklenmesinin söz konusu değildi.

Iustinianus Hukuku'nda kusura dayanan sorumluluk ilkesinin geçerli olması dolayısıyla; *locator* ve *conductor*'un meydana gelen herhangi bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için mutlaka kusurlu bir davranışlarının varlığı aranmaktaydı. *Locatio conductio rei*'nin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması dolayısıyla günümüzde olduğu gibi *Iustinianus* Dönemi'nde de taraflar bütün kusurlardan (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaktaydılar. Borçlunun kastından dolayı sorumluluğu, sözleşmenin taraflarınca ortadan kaldırılamamaktaydı. *Iustinianus* Hukuku'na göre ağır ihmal de kasta ilişkin hükümlere tabi tutulduğundan; kastta olduğu gibi borçlunun ağır ihmallerden

sorumlu tutulmaması da taraflarca kararlaştırılamamaktaydı. Tarafların sözleşmedeki sorumluluğu tespit edilirken dürüst ve dikkatli bir kimsenin davranışlarında göstermiş olduğu dikkat ve özenin ihlal edilip edilmediğine bakılan hafif ihmalde ise, borçlunun sorumlu tutulmaması taraflarca sözleşmede serbestçe kararlaştırılabilmekteydi.

Kira sözleşmesinde kiracının, kira bedelini ödeme borcunun kira konusunu kullanmasına bağlı olması nedeniyle; tarafların kusuru olmaksızın kiracının söz konusu şeyden yararlanma imkânının kalmaması durumunda, kiracı kira bedelini ödemekten kurtulmaktaydı. Dolayısıyla *locatio conductio rei*'de hasar kiralayana aitti.

Roma'da *locatio conductio rei*'nin bir "iyiniyet sözleşmesi" olması dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık halinde taraflara "iyiniyet davası" açma hakkı tanınmıştı. Rızai sözleşmelerde sorumluluğun esasını ve davranışların ölçüsünü belirleyen en temel ilke olan "*bona fides*" (iyiniyet)'in egemen olduğu "iyiniyet davası" (*iudicia bonae fidei*)'sında hâkim; iyiniyetin gereklerini de dikkate almak suretiyle geniş bir takdir yetkisine dayanarak karar vermektedir. Ayrıca başka bir davaya gerek olmaksızın taraflar, faiz ve semere gibi yan edimleri de sözleşmenin kendi davası içinde "*bona fides*" gereği talep edebilme hakkına sahiptiler. Ayrıca yine *bona fides*'in bir sonucu olarak *exceptio* (def'i), *formula*'ya ilave edilmemiş olsa bile dikkate alınabilmekte ve doğrudan doğruya ileri sürülebilmekteydi.

Tarafların birbirlerine uygun irade beyanları ile (*consensus*) kurulan *locatio conductio rei*'ler; sözleşmenin taraflarının, söz konusu bu sözleşmeleri

bozmaya yönelik zıt irade beyanları (*contrarius consensus*) ile sona erdirebilmekteydi. Roma'da kira sözleşmesi taraflarının *consensus contrarius* ile sözleşmeyi sona erdirebilme imkânı, önce alım satım sözleşmesi için söz konusu olmuş; daha sonra da *locatio conductio rei* için de uygulanmıştı.

Roma'da kira sözleşmelerinin belirli süreli olduğu durumlarda, sözleşme süresinin sona ermesinden sonra; tarafların hukuki ilişkinin devamı yönünde açık ya da zımni irade beyanlarının olmaması halinde, *locatio conductio rei* kendiliğinden sona ermekteydi. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise taraflardan her biri, sözleşmeyi istediği zaman tek taraflı olarak feshedebilme imkânına sahipti.

Kira sözleşmesi konusunun kiracının ya da kiralayanın kusuru olmaksızın telef olması hali ile sözleşme devam ederken kiralayan ve kiracı sıfatlarının aynı kişide birleşmesi durumlarında sözleşme kendiliğinden sona ermekteydi.

KAYNAKÇA

- Ankum, H. : *Remissio Mercedis*, RIDA, C. XIX, 1972, s. 219 – 238.
- Beck, A. : Zur Entstehung des römischen Mietvertrages, Festschrift Hans Lewand, Basel 1953, s. 3 – 13.
- Benöhr, H. P. : Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts, Hamburg 1965.
- Berger, A. : *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Biedenkoph, K. H. : Die Wiederentdeckung des Privatrechts, Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band II, München 1982, s. 21 – 31.
- Borkowski, A./
Plessis, P. du : *Textbook on Roman Law*, Oxford 2005.
- Buckland, W. W. : *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge 1939 [Manual].

- Buckland, W. W. : A Text Book of Roman Law from *Augustus* to *Justinian*, Cambridge 1932 [Text].
- Buckland, W. W. : Elementary Principles of the Roman Private Law, New York 2003.
- Buckland, W. W. : The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge 1931[Institutions].
- Burckhardt, C. C. : Zur Geschichte der *Locatio Conductio*, Basel 1889.
- Burdick, W. : The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New Jersey 2004.
- Carcopino, J. : Daily Life in Ancient Rome, London 1956.
- Coing, H. : Europäisches Privatrecht, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985.
- Çelebican, Ö. : Toprakların Kiralanması: Antik Çağ Roma'sında Hukuk ve Ekonomi, AÜHFD, 1993, C. 43, S. 1, s. 337 – 357.
- Daube, D. : Roman Law, Linguistic, Social and Philosophical Aspects, Edinburgh 1969.

- Degenkolb, H. : Platzrecht und Miethe, Beitræge zu ihrer Geschichte und Theorie, Berlin 1867.
- De Martino, F. : Wirtschaftsgeschichte des alten Rom, München 1985.
- De Neeve, P. W. : *Colonus*: Private Farm – Tenancy in Roman Italy During the Republic and the Early Principate, Amsterdam 1984 [*Colonus*].
- De Neeve, P. W. : *Remissio Mercedis*, ZSS, 1983, C. C, s. 296 – 339 [*Remissio*].
- Di Marzo, S.
(Çev.: Umur, Z.) : Roma Hukuku, İstanbul 1959.
- Duncan – Jones, R. : The Economy of the Roman Empire, Cambridge 1974.
- Emiroğlu, H. : *Ius Gentium* (Kavimler Hukuku), İstanbul 2007.
- Emiroğlu, H. : Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003.
- Endemann, F. : Römisches Privatrecht, Berlin 1925.
- Erdoğan, B. : Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005 [Borçlar].

- Erdoğmuş, B. : Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar), İstanbul 1995 [Roma].
- Erişgin, Ö. S. : Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*), Ankara 2002 [*Quasi Delicta*].
- Erişgin, Ö. S. : Tarihsel ve Dogmatik Açından *Periculum Est Emptoris* (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010.
- Ernst, W. : Das Nutzungsrisiko bei der Pacht, ZSS, 1988, C. CIV, 541 – 591 [Nutzungsrisiko].
- Ernst, W. : *Periculum Conductoris*, Festschrift für Hermann Lange, Stuttgart 1992, s. 59 – 97 [*Periculum*].
- Ernst, W./
- Jakab, E. : *Usus Antiquus Juris Romani*: Antikes Recht in Lebenspraktischer Anwendung, Heidelberg 2005.
- Frier, B. W. : Landlords and Tenants in Imperial Rome, Princeton 1980 [Landlords].

- Frier, B. W. : Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies, ZSS, 1979, C. XCVI, 204 – 228.
- Frier, B. W. : Tenant Remedies for Unsuitable Conditions Arising after Entry, Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller, Columbia 1986, s. 64 – 78.
- Frier, B. W. : Tenant's Liability for Damage to Landlord's Property in Classical Roman Law, ZSS, 1978, C. XCV, s. 232 – 269 [Liability].
- Fuhrmann, M. : Zur Entstehung des Veroneser *Gaius* – Textes, ZSS, 1956, C. LXXIII, s. 341 – 356.
- Genius, K. : Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen, Stuttgart 1972.
- Gönenç, F. İ. : Roma Hukukunda Şirket Akti, İstanbul 2004.
- Günel, N. : An Example of Consensual Contracts: *Locatio Conductio Rei*, Eastern European Community Law Journal, Vol. II, Is. II, 2005, 35 – 42 [Contracts].

- Günel, A. N. : Roma Hukukunda Üst Hakkı (*Superficies*), AÜHFD, 1998, C. 47, S. 1- 4, s. 107 – 118 [*Superficies*].
- Günel, A. N. : Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (*Condictio Indebiti*), Ankara 1996.
- Günel, A. N. : Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara 2007.
- Güneş Ceylan, S. : Roma Hukukunda *Contractus* (Sözleşme) *Pactum* (Anlaşma) İlişkisi, GÜHFD, 2005, C. 9, S. 1 - 2, s. 171 – 183 [*Pactum*].
- Güneş Ceylan, S. : Roma Hukukunda Evlenme (*Matrimonium*), Ankara 2010.
- Güneş Ceylan, S. : Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Ankara 2004.
- Güneş Ceylan, Z. : Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Hizmet Akdi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1998 [Hizmet].
- Gürten, K. : Roma Hukukunda Hakkaniyet (*Aequitas*), Ankara 2008.

- Güven, D. T. : *Culpa In Eligendo*, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001.
- Harvey, W. F. : *A Brief Digest of the Roman Law of Contracts*, Colorado 1996.
- Hausmaninger, H. : *Casebook zum römischen Vertragsrecht*, Wien 2002.
- Hausmaninger H./
Selb W. : *Römisches Privatrecht*, Wien 2001.
- Haymann, F. : *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Vol. I, Berlin 1912.
- Honig, R.
(Çev.: Talip, Ş.) : *Roma Hukuku*, İstanbul 1938.
- Honsell, H. : *Römisches Recht*, Zurich 1992.
- Honsell, H./
Mayer – Maly, T./
Selb, W. : *Römisches Recht*, Salzburg – Wien 1986.
- Hunter, W. A. : *Introduction to Roman Law*, London 1900.

Jolowicz, H. F./

Nicholas, B. : Historical Introduction to the Study of
Roman Law, Cambridge 1972.

Jones, S. W.

: An Essay on the Law of Bailments,
Philadelphia 1836.

Jörs, P.

: Geschichte und System des römischen
Privatrechts, Berlin 1927.

Jörs, P./

Kunkel, W./

Wenger, L.

: Römisches Recht, 3. Aufl., Heidelberg
1949.

Karadeniz, Ö.

: *Iustinianus* Zamanına Kadar Roma'da İş
İlişkileri, Ankara 1976.

Karadeniz – Çelebican, Ö.

: Roma Eşya Hukuku, Ankara 2006 [Eşya].

Karadeniz – Çelebican, Ö.

: Roma Hukuku (Tarihi Giriş - Kaynaklar -
Genel Kavramlar - Şahsın Hukuku -
Hakların Korunması), Ankara 2005 [Roma].

Karlowa, O.

: Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Band:
Privatrecht und Civilprozess, Leipzig 1901.

- Kaser, M. : Das Römische Privatrecht, (das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht), 1. Absch., 2. Aufl., München 1971 [RPR I].
- Kaser, M. : Das Römische Privatrecht (die nachklassischen Entwicklungen), 2. Absch., 1. Aufl., München 1975 [RPR II].
- Kaser, M. : *Periculum locatoris*, ZSS, 1957, C. LXXIV, s. 155 – 200 [*Periculum*].
- Kaser, M.
(Çev.: Dannenbring, R.) : Roman Private Law, Durban 1965 [Roman].
- Kaufmann, H. : Die altrömische Miete, Köln 1964.
- Kehoe, D. P. : Investment Profit And Tenancy The Jurists And The Roman Agrarian Economy, Michigan 2000.
- Kerr, A. J. : The Law of Sale and Lease, Durban 1984.
- Koschaker, P./
Ayiter, K. : Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.
- Krampe, C. : Die Garantiehaftung des Vermieters für Sachmängel, Berlin 1980.

- Kreller, H. : Römisches Recht II, Grundlehren des
Gemeinen Rechts, Wien 1950.
- Küçük, E. : XII. yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan”
Roma’yı günümüze bağlayan son halka:
Pandekt Hukuku, AÜHFD, 2007, C. 56, S.
4, s. 111 – 122.
- Küçükgüngör, E. : Roma Hukukunda İntifa Hakkı
(*Ususfructus*), Ankara 1998.
- Küçükgüngör, E. : Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*),
Ankara 2007.
- Küçükgüngör, E./
Emiroğlu H. : Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk
Düzenlerinde *Laesio Enormis* (Gabin),
AÜHFD, 2004, C. 53, S. 1, s. 77 - 87.
- Leage, R. W. : Roman Private Law Founded on the
Institutes of Gaius and Iustinian, 2. Edition,
Oxford 1955.
- Lee, R. W. : The Elements of Roman Law, London
1956.
- Lenel, O. : *Das Edictum perpetuum*, Aalen 1927.

- Levy, E. : West Roman Vulgar Law, The Law of Property, Philadelphia 1951.
- Lewis, A. D. E. : The Trichotomy in *Locatio Conductio*, The Irish Jurist, Vol. VIII, 1973, s. 164 – 177.
- Liebs, D. : Römisches Recht, Göttingen 1992.
- MacCormack, G. : *Custodia and Culpa*, ZSS, 1972, C. LXXXIX, s. 149 – 219.
- Marquardt, W. : Verhältniss des *Conductor* zum *Locator* bei Veräußerung der Sache nach Römischem Recht, Stettin 1888.
- Mayer – Maly, T. : *Locatio Conductio*, Wien 1956 [LC].
- Mayer – Maly, T. : Römisches Recht, Zweite, erweiterte Aufl., Wien 1999 [Recht].
- Mayer – Maly, T. : Von solchen Handlungen, die den Kontrakten in ihrer Wirkung gleich - kommen (Studien zum Vertrag II), Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965, s. 129 - 142 [Vertrag II].

- Misera, K. : Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern, ZSS, 1977, C. XCIV, s. 267 – 292.
- Mitteis, L. : Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum. Leipzig 1901.
- Molnár, I. : Object of *Locatio Conductio*, BIDR, 1982, C. LXXXV, s. 127 – 142 [Object].
- Molnár, I. : Verantwortung und Gefahrtragung bei der *âlocatio conductio* zur Zeit des Prinzipats, ANRW II, 14, 1982, s. 583 – 680.
- Mommsen, T. : Die römischen Anfaenge von Kauf und Miethe, ZSS, 1985, C. VI, s. 260 – 275.
- Muirhead, J. S. : An Outline of Roman Law, London 1947.
- Oğuz, A. : Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.
- Oğuzman, K./
- Öz, T. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- Oğuzoğlu, C. : Roma Hukuku, Ankara 1959.
- Özsunar, E. : Roma ve Türk Hukukunda Hata, Ankara 2005.

- Pflüger, H. H. : Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht, ZSS, 1947, C. LXV, s. 121 – 205.
- Rado, T. : Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul 2001.
- Rainer, J. M. : Bauen und Arbeit im klassischen römischen Recht, ZSS, 1990, C. CVII, s. 376 - 381.
- Roby, H. J. : Roman Private Law, Vol. II, New Jersey 2000.
- Sayın, B. S. : Roma Hukuku'nda *Pactum*'lar (Anlaşmalar) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2008.
- Schulz, F. : Classical Roman Law, Oxford 1951[Roman Law].
- Schulz, F. : History of Roman Legal Science, Oxford 1946.
- Schulz, F. : Principles of Roman Law, Oxford 1956.
- Schwarz, A. B.
(Çev.: Davran, B.) : Borçlar Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul 1948.

- Schwind, F. : Römisches Recht, Band I., Geschichte, Rechtsgang System des Privatrechts, Wien 1950.
- Sevimli, E. : Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007.
- Siber, H. : Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II. Band, Römisches Privatrecht, Berlin 1928.
- Sohm, R. : Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, Leipzig 1926.
- Somer, P. : Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), İstanbul 2008.
- Stein, P. : Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, Edinburgh 1958.
- Stephenson, A. : A history of Roman law with a commentary on the Institutes of Gaius and Justinian, Colorado 1992.

- Sütken, E. : Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Türk Borçlar Hukukuna Etkileri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2003.
- Tahiroğlu, B. : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003.
- Tahiroğlu B./
Erdoğan B. : Roma Usul Hukuku, İstanbul 1997.
- Tamm, D. : Roman law and European legal history, Copenhagen 1997.
- Thomas, J. A. C. : *D.19.2.35.1*, BIDR, 1971, C. LXXIV, s. 83 – 88.
- Türkoğlu – Özdemir, G. : Roma Usul Hukukunda “*Plus Petit*” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ankara 2004.
- Umur, Z. : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999 [Ders].
- Umur, Z. : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983 [Lügat].
- Villey, Michel
(Çev.: Tahiroğlu, B.) : Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul 2000.

- Visky, K. : Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen, Bonn 1983.
- von Bolla, S. : Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum, München 1940.
- Wacke, A. : *Dig. 19,2,33*: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt, ANRW, Vol. II, 15, Berlin 1976, s. 455 – 496.
- Watson, A. : Roman Law and Comparative Law, London 1991 [Comparative].
- Watson, A. : Roman Private Law around 200 B.C., Edinburgh 1971 [Private].
- Watson, A. : The Evolution of Law, Edinburgh 1985 [Evolution].
- Watson, A. : The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Oxford 1965 [Obligations].
- Weiss, E. : Institutionen des römischen Privatrechts, Stuttgart 1948.
- Wesenberg, G. : Verträge zugunsten Dritter, Weimar 1949.

- Zilelioğlu, H. : Roma Hukukunda Gözetim (*Custodia*) Sorumluluğu (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1985.
- Zilelioğlu, H. : Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, 1982 – 87, C. 39, S. 1 – 4, s. 241 – 164 [Sorumluluk].
- Zimmermann, R. : The Law of Obligations, New York 1996.
- Zyl, D. H. : History and Principles of Roman Private Law, Durban 1983.

YARDIMCI KAYNAKLAR

Erdoğmuş, B. : Hukukta Latince, Teknik Terimler Özlü Sözlük, İstanbul 2004.

Gordon, W. M./

Robinson, O. F. : The Institutes of *Gaius*, London 1988.

Mommsen, T./

Krüger, P./

Watson, A. : The Digest of Justinian, Vol. 1 – 4, Philadelphia 1985.

Otto, E./

Schilling, B./

Sintenis, F. F. : Das *Corpus Iuris Civilis*, 2. Aufl., Bd. 1 – 7, Leipzig, 1831 – 1832.

Rado, T. : *Gaius Institutiones*, İstanbul 1953.

Umur, Z. : *Iustinianus Institutiones*, İstanbul 1968.

www.iuscivile.com

www.thelatinlibrary.com

ÖZET

Roma Hukuku'nda *locatio conductio* terimi, bir malın belirli bir bedel karşılığında kullanılması veya o maldan yararlandırılması (*locatio conductio rei*), belli sürede bir işin görülmesi (*locatio conductio operarum*) ve belirli bir sonucun ortaya çıkarılmasının üstlenilmesi (*locatio conductio operis*) hukuki işlemlerinin hepsinde genel olarak kullanılmaktadır. *Locatio conductio rei*, kiraya verenin (*locator*) tüketilemeyen belirli bir malı kullanmasını (*res locata*) veya o malı kullanıp semerelerinden faydalanmasını (*fructus locata*) sağlayan, kararlaştırılmış bir bedel (*merces*) karşılığında kira konusunu kiracıya (*conductor*) devretme borcu altına girdiği, tam iki tarafa borç doğuran rızai bir sözleşmedir.

Hem bir malın kullanılmasında, hem de bir malın kullanıp semerelerinden faydalanılması durumlarında Roma'da, "*locatio conductio rei*" şeklinde tek bir sözleşme söz konusu olmaktaydı. Günümüz hukuklarında ise, ilk durumda "Adi Kira Sözleşmesi"nden; ikinci durumda "Hasılat Kirası Sözleşmesi"nden söz edilmektedir.

Roma'da kira sözleşmesinin konusunu, hem taşınır (*res mobiles*) hem de taşınmaz mallar (*res immobiles*) gibi maddi olan; rehin hakkı gibi maddi olmayan şeyler oluşturmaktaydı.

Roma Sözleşmeler Sistemi'nde rızai sözleşmeler içinde yer alan kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, kiraya veren ile kiracının sözleşme konusu ve kira bedeli üzerinde anlaşmaları gerekmektedir. *Locatio conductio rei*'nin taraflarının kira konusunun belirli bir bedel karşılığında

kullandırılması hususunda karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını açıklamaları sözleşmenin kurulması için gerekli ve yeterliydi. Kira sözleşmesinin bir rızai sözleşme olması nedeniyle, Roma Sözleşmeler Sistemi içindeki diğer sözleşme gruplarının aksine, kurulması için herhangi bir sözlü ya da yazılı şekil şartı öngörülmemekteydi.

Roma Hukuku'nda kira sözleşmesinin tarafları, kiralayan (*locator*) ve kiracı (*conductor*)'dır. *Locator*'un, kendisine ait tüketilemeyen belirli bir şeyin kullanılmasını veya o şeyi kullanıp semerelerinden faydalanılmasını sağlayan kimse; *conductor*'un ise, kiraladığı mal karşılığında *locator*'a belirli bir bedel ödemekle yükümlü olan kimse olduğu görülmektedir.

Locator'un kira sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülükleri, kiracıya sözleşme konusu şeyin kullanılmasını temin etmek ve bu amaçla gerekli masrafları yapmaktır. Buna karşılık *conductor* da, sözleşmede kararlaştırılan kira bedelini ödeme ve kira konusunu özenle kullanıp kiralayana iade etme borcu altında bulunmaktadır. *Locatio conductio rei*'de kiralayan ile kiracının sözleşmeye ek hüküm ve şartlar (*lex contractus*) eklemeleri mümkündür. Sözleşmeye aykırılık halinde taraflara, *ius civile* tarafından iyiniyet davası (*actio locati/ actio conducti*) açma hakkı tanınmaktaydı.

Locatio conductio rei'de kiracının her zaman sözleşme gereği bir ücret, yani para (*merces*) ödemesi gerektiği; aksi halde taraflar arasındaki hukuki işlemin, *locatio conductio rei* değil isimsiz bir sözleşme (*contractus innominati*) haline geldiği görülmektedir. Kira sözleşmesinin tam iki tarafa

borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle, taraflardan birinin malvarlığında karşılıksız bir artma, yani bağışlama sebebiyle (*causa donationis*) yapılması mümkün değildi.

Roma Hukuku'nda *locator*'un, kiraya verdiği malın mutlaka maliki olması gerekmekteydi. Dolayısıyla Roma'da *conductor*, kiralamış olduğu bir malı başka bir kimseye kiraya verebilmekte, yani alt kira (*sublocatio*) yapabilmekteydi.

Kira sözleşmesinde kira konusundan *conductor*'un çekişmesiz olarak yararlanmasını sağlama borcu altında olması dolayısıyla kiralayanın, kiracıya karşı kira konusundaki hukuki ayıplardan sorumluluğu bulunmaktaydı. Ayrıca kiralayan *locatio conductio rei*'de, kira konusunun benzer şeylerden beklenen özelliklere sahip olmaması halinde, kiracıya karşı maddi ayıplardan da sorumluydu.

Kira bedelinin ödenmemesi durumunda, *Iustinianus* Dönemi'nde kira konusuna kiracının getirdiği şeyler üzerinde teminat olarak kiralayanın kanuni rehin hakkı bulunmaktaydı. Buna karşılık kiracı da, kira konusu mal için yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafların kiralayan tarafından ödenmemesi durumunda; kira sözleşmesi konusu mal üzerinde hapis hakkına (*ius retentionis*) sahip olmaktaydı.

Iustinianus Dönemi'nde, *locatio conductio rei*'nin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle; *locator* ve *conductor* birbirlerine karşı bütün kusurlardan (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaktaydı.

Kira sözleşmesinde tarafların kusuru olmaksızın kiracının kira konusundan yararlanma imkânının kalmaması durumunda, kiracının kira bedelini ödemekten kurtulduğu görülmektedir. Dolayısıyla *locatio conductio rei*'de hasar, kiralayana aitti.

Roma'da tarafların birbirlerine uygun irade beyanları ile (*consensus*) kurulan *locatio conductio rei*'de sözleşmenin tarafları, söz konusu bu sözleşmeleri bozmaya yönelik zıt irade beyanları (*contrarius consensus*) ile aralarındaki hukuki ilişkiyi sona erdirebilmekteydi.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde, sözleşme süresinin sona ermesinden sonra; tarafların hukuki ilişkinin devamı yönünde açık ya da zımni irade beyanlarının olmaması halinde, *locatio conductio rei* kendiliğinden sona ererdi. Ancak kiracının kira bedelini süresinde ödememesi, taşınmaz kiralarda sebepsiz olarak kira konusunu terk etmesi, çiftlik kiralarda araziye ekip biçme görevini ihmal etmesi, kira konusu şeyi kötü kullanması hallerinde kiralayan; sözleşmenin süresinin dolmasından önce sözleşmeyi sona erdirebilme imkânına sahipti. Buna karşılık kira konusunun kullanım için uygun olmayan bir hale gelmesi veya sözleşme konusunun kullanımının kendisi için tehlike arz etmesi durumlarında kiracı da, sözleşmenin süresinin bitiminden önce sözleşmeyi sona erdirebilmekteydi.

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise, taraflardan her biri, sözleşmeyi istediği zaman tek taraflı olarak feshedebilmekteydi. M. S. 214 yılında *Caracalla* tarafından çıkarılan bir emirname ile taşınmaz kiralarda kira

bedelini düzenli ödeyen kiracının kiralayan tarafından sebepsiz olarak taşınmazdan çıkartılamaması ilkesi getirildi. Ancak yine de taşınmaz sahibi, taşınmazı tamir etmesi gerektiğini (*corrigere domum*), kiracının kira konusunu kötü kullandığını ya da sözleşme konusunu bizzat kullanmak zorunda olduğunu ispat etmek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilmekteydi. Kiralayanın kendisinin taşınmaza ihtiyacı olması durumunda kiracıyı koruyan gereklilik ve zorunluluk şartları, İmparator *Iustinianus* tarafından tanındı.

SUMMARY

Locatio conductio was a general term in Roman Law that referred to the use or hire of things for a certain amount (*locatio conductio rei*), the hire of services for a certain time (*locatio conductio operarum*) or the hire of work (*locatio conductio operis*). *Locatio conductio rei* let the use (*res locata*) or enjoyment (*fructus locata*) of a certain inconsumable thing to the *locator*. It was a consensual contract that gave rise to reciprocal debt, where the *locator* was obliged to transfer the subject matter of the hire to the *conductor* in return for an agreed payment (*merces*).

In Roman Law *locatio conductio rei* applied for both use and enjoyment of a thing. Today, the “Ordinary Lease” and the “Usufructuary Lease” apply relatively.

The subject matter of lease in Roman law was material things such as movables (*res mobiles*) and immovables (*res immobiles*), and immaterial things such as right of detention.

For the validity of the hire contract, which was among the consensual agreements in Roman Law, it was essential that the *locator* and the *conductor* agreed upon the subject matter and the remuneration of the hire. The mutual consent of the parties on the hire in return for a certain payment was essential and enough to make the contract. As it was a consensual contract; contrary to the other contracts in Roman Law no written or oral formal procedure was required.

The parties of the contract in Roman law were the *locator* and the *conductor*. The *locator* referred to the person who let a certain inconsumable thing that belonged to him for use or enjoyment, and the *conductor* referred to the person who consented to pay a certain amount to the *locator* in return for the thing he hired.

The primary contractual obligations of the *locator* were to assure the use of the subject matter of the hire and to bear the relevant expenses. In return, the *conductor* was bound to pay the agreed remuneration and to use and return the thing in good condition. According to *locatio conductio rei*, it was possible that the parties added additional terms and conditions to the contract (*lex contractus*). In case of breach, the parties were given the right to sue *actio locati/ actio conducti* by *ius civile*.

Obviously, the *conductor* always had to pay an amount (*merces*) according to *locatio conductio rei*. Otherwise; the legal transaction between the parties would be an innominate contract (*contractus innominati*). Since the contract gave rise to reciprocal debt for both parties, it was out of the question that the assets of one party increased free of charge, such as by donation (*causa donationis*).

According to Roman Law, the *locator* was not necessarily the possessor of the thing he let out. Hence, in Rome the *conductor* could rent out the thing he rented. In other words, sub-tenancy (*sublocatio*) was possible.

Since the *locator* was responsible for ensuring that the *conductor* used the object of lease without any conflict by contract, he was liable to the *conductor* for the juristical defects concerning the object of lease. Furthermore, in case that the object of lease lacked the expected qualities, the *locator* was liable to the *locator* for the pecuniary defects.

During the period of *Iustinianus*; in case that the remuneration was unpaid, the *locator* could claim the statutory lien that the *conductor* had brought on the object of lease. On the other hand, the *conductor* held the right of retention (*ius retentionis*) on the object of lease in case that the *locator* rejected to pay for the necessary and useful expenses which the *conductor* had made.

As *locatio conductio rei* gave rise to reciprocal debt, both the *locator* and the *conductor* were mutually liable for *omnis culpa* during the period of *Iustinianus*.

It is clear that in case the *locator* was deprived of the use of the thing without any fault caused by any of the parties, the *locator* would be released from paying the remuneration. Thereby, the risk (*periculum*) was with the *locator* according to *locatio conductio rei*.

In Rome the parties could terminate the contract, which depended on the mutual consent of the parties (*consensus*), by a contrary mutual consent (*contraries consensus*) according to *locatio conductio rei*.

If the duration was fixed in the contract of lease, *locatio conductio rei* would automatically terminate on the expiry of the contractual period unless the parties showed implicit or explicit mutual consent on the continuation of the contract. However, if the *locator* failed to pay the remuneration in due course of time, abandoned the subject matter of lease without a cause in the case of immovable hires, neglected the crop, or ill-used the object of lease; the *locator* could terminate the contract before the expiry of the relevant period. On the other hand, if the object of lease became unavailable for use or the use of the object posed danger for the *conductor*, he could terminate the contract before the expiry of the term.

If the term was unspecified, each party could terminate the contract unilaterally at any time. In 214 AD, *Caracalla* enacted a decree that as long as the *conductor* paid the remuneration regularly in the case of immovable rents, the *locator* could not evict the *conductor* without a cause. Nonetheless, the owner of the property could terminate the contract by proving that he needed to repair the property (*corrigere domum*), that the *locator* ill-used the property, or that he must use the property himself. Emperor *Iustinianus* granted the conditions to protect the *conductor* in case that the *locator* needed the property himself.