

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

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE ARİYET AKDI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Selahattin Ege ERENEL

ANKARA

2014

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

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE ARİYET AKDİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Selahattin Ege ERENEL

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. NADİ GÜNAL

ANKARA

2014

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

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE ARİYET AKDİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI: Prof. Dr. NADİ GÜNAL

Tez Jürisi Üyeleri

Ad ve Soyadı

İmza

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi.....

(Tez Beyan Belgesi)

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.(...../...../2014)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

KISALTMALAR

Akt.	: Aktaran
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
a.g.e	: Adı Geçen Eser
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
F.	: Fıkra
Gai. Ins.	:Gaius Institutiones
Ius. Ins.	: Iustinianus Institutiones
M.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
Pr.	: Principium
S.	: Sayfa
Ulp.	: Ulpianus
vd	: Ve Devamı

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
ROMA HUKUKU'NDA BORÇLARIN KAYNAKLARI VE AKİTLER SİSTEMİ.....	2
I- ROMA HUKUKU'NDA BORÇ KAYNAKLARININ SINIFLANDIRILMASI ..	2
II- ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞMELERİN SINIFLANDIRILMASI	6
A) Sınıflandırmaya Esas Alınan Kriterler	6
B) Roma Hukuku'nda <i>Contractus</i> Tasnifi	10
1- Ayni Akitler: <i>Re Contrahitur (Contractus Realis)</i>	10
2- Sözlü Akitler: <i>Verbis Contrahitur (Contractus Verbalis)</i>	12
3- Yazılı Akitler: <i>Litteris Contrahitur (Contractus Litteralis)</i>	13
4- Rızai Akitler: <i>Consensus Contrahitur (Contractus Consensualis)</i>	14
İKİNCİ BÖLÜM	
ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE AYNİ AKİTLERE KISA BİR BAKIŞ..	16
I- ROMA HUKUKU'NDAKİ DURUM:	
GENEL TANIM VE "RES" KAVRAMI.....	16
A) "Ayn" Kavramı ve Genel Tanım	16
B) "Res" Kavramı	17
C) Roma Hukuku'nda Ayni Akit Çeşitleri	19
1- Karz Akdi (<i>Mutuum</i>)	19
2- Vedia Akdi (<i>Depositum</i>)	21
3- Rehin Akdi (<i>Pignus</i>)	25

4- İnançlı İşlem (<i>Fiducia</i>).....	27
5- İsimsiz Akitler	27
II- MODERN HUKUKTA DURUM	29
 ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
ROMA HUKUKU'NDA ARİYET AKDİ- <i>COMMODATUM</i>	31
I- ARİYET AKDİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ	31
II- ARİYET AKDİNİN TANIMI	33
III- ARİYET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	34
A) Ariyete Konu Malın Kullanımının Bir Başkasına Bırakılması Gerekmemektedir. ..	34
B) Ariyete Konu Mal, Sözleşmede Kararlaştırılan Amaca Uygun Kullanılmalı Ve Aynen İade Edilmelidir.....	35
C) Ariyet Akdi Ücretsiz Olmalıdır.	36
IV- ARİYET AKDİNİN KONUSU	37
A) Misli Olmama ve Tüketime Tabi Olmama Yönünden.....	37
B) Taşınır Veya Taşınmaz Mal Olabilme Yönünden	39
C) Ariyete Konu Mal Üzerindeki Hâkimiyetin Hukuki Niteliği Yönünden.....	40
V- ARİYET AKDİNİN HUKUKİ NİTELİK VE VASIFLARI	43
VI- ARİYET AKDİNİN TARAFLARI	44
A) Ariyet Veren (<i>Commodans</i>)	44
B) Ariyet Alan (<i>Commodatarius</i>)	45
VII- ARİYET AKDİNDEN DOĞAN BORÇLAR	46
A) Ariyet Alan Yönünden	46
B) Ariyet Veren Yönünden	48
1- <i>Impensae Necessariae</i> Yönünden	48
2- Ariyete Konu Maldan Kaynaklanan Beklenmeyen Zararlar Yönünden	50

VIII- ARİYET AKDİNDE TARAFLARIN SORUMLULUĞU	50
A) Ariyet Alanın Sorumluluğu	51
1- Klasik Dönem'deki Durum	52
2- <i>Iustinianus</i> Dönemi'ndeki Durum	55
B) Ariyet Veren Sorumluluğu	60
IX- ARİYET AKDİNDEN KAYNAKLANAN	
VE AKİT İLE İLİŞKİLİ DAVALAR	60
A) Ariyet Akdinden Kaynaklanan Davalar	60
1- <i>Actio Commodati Directa</i>	61
2- <i>Actio Commodati Contraria</i>	63
B) Ariyet Akdi İle İlişkili Davalar	64
1- <i>Actio Furti</i>	64
2- <i>Condictio Furtiva</i>	71
3- <i>Rei Vindicatio</i>	73
4- <i>Actio Vi Bonorum Raptorum</i>	74
5- <i>Actio Legis Aquiliae</i>	76
X- ARİYET AKDİNİN SONA ERMESİ	76
A) Genel Sona Erme Sebepleri	78
1- İfa (<i>Solutio</i>)	78
2- Borçlu Ve Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi (<i>Confusio</i>)	79
3- İbra (<i>Acceptilatio</i>)	80
4- Davanın Tespiti (<i>Litis Contestatio</i>)	81
B) Özel Sona Erme Sebepleri	82
1- Edimin İmkânsızlığı	82
2- Ariyet Alanın Ölümü	83
3- Akitte Belirlenen Kullanım Süresinin Dolması	83

XI- ARİYET AKDİNİN MUHTELİF *CONTRACTUS*

TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	84
A) <i>Commodatum</i> ve <i>Precarium</i>.....	84
B) <i>Commodatum</i> ve <i>Depositum</i>.....	85
C) <i>Commodatum</i> ve <i>Mutuum</i>	86
D) <i>Commodatum</i> ve <i>Pignus</i>.....	87
E) <i>Commodatum</i> ve <i>Locatio Conductio Rei</i>.....	88

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ARİYET AKDİ.....	89
I- OSMANLI HUKUKU VE MECELLE'DE ARİYET AKDİ.....	89
II- 818 SAYILI MÜLGA TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA ARİYET AKDİ....	90
III- 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA ARİYET AKDİ	99
A) Akdin Tanımı Ve Hukuki Niteliği	99
B) Akdin Konusu Ve Unsurları	100
C) Tarafların Borç Ve Sorumlulukları.....	103
1- Ariyet Alanın Borç ve Sorumlulukları.....	103
a) Ariyete Konu Malı İade Borcu	103
b) Ariyete Konu Malı Amaca Uygun Kullanma Borcu	103
c) Ariyete Konu Malı Bir Başkasına Kullandırmama Borcu.....	104
d) Ariyet Alınan Malın Olağan Masraflarına Katılma Borcu.....	105
2- Ariyet Veren Borç Ve Sorumlulukları	106
a) Ariyete Konu Malın Ariyet Alana Teslimi Borcu	106
b) Ariyete Konu Mal Üzerinde Yapılan Olağanüstü Masraflara Katılma Borcu	106
D) Sözleşmenin Sona Ermesi	107

1- Sözleşmede Kullanım Amacının Belirlenmiş Olması Halinde	108
2- Sözleşmede Kullanım Amacının Belirlenmemiş Olması Halinde.....	109
3- Ariyet Alanın Ölümü.....	110
SONUÇ	111
KAYNAKÇA	114
ÖZET/ABSTRACT	120

GİRİŞ

Sosyal ilişkiler uygarlık tarihi boyunca köklü değişikliklere uğramıştır. Ancak kimi sosyal ilişkiler ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkan hukuki işlemler, zaman içerisinde birtakım farklılaşmalara maruz kalsalar da varlıklarını sürdürmeyi başarmışlardır. İki taraf arasındaki karşılıklı samimiyet, iyi niyet ve güvene dayanan ariyet sözleşmesi de coğrafi, ekonomik, tarihsel ve sosyokültürel değişikliklere meydan okuyarak varlığını sürdüren bu kadim hukuki ilişkilerin kapsamındadır.

Günümüz Türk hukuk sisteminde "kullanma ödöncü" olarak tanımlanan ariyet ilişkisi, hemen her borçlar hukuku mefhumu gibi kaynağını Roma Hukuku'ndan almaktadır. Roma Hukuku'nun tarıma dayalı ekonomik ve ikili ilişkilerin ön planda olduğu sosyal altyapısından doğan bir akit olan ariyet, modern dünya gündelik hayatında teknik ve hukuki anlamda farklı nitelikler arz etmekle beraber halen sıklıkla uygulanan bir sözleşmedir.

Çalışmamızda öncelikle Roma Borçlar Hukuku sistematigi ve ayni akit kavramı üzerinde çerçeve olarak durulduktan sonra Roma Hukuku'nda ariyet akdi (*commodatum*) çeşitli veçheleriyle incelenecektir. İlerleyen bölümlerde ise akdin Türk Hukuk teori ve pratiğindeki yeri tarihsel ve yasal ölçekte ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKU'NDA BORÇLARIN KAYNAKLARI VE

AKİTLER SİSTEMİ

I- ROMA HUKUKU'NDA BORÇ KAYNAKLARININ SINIFLANDIRILMASI

Bir borç ilişkisi doğuran her türlü hukuki olaya “borcun kaynakları” adı verilir¹. Borç kavramı Roma Hukuku’nda *obligatio* tanımı ile kavramsallaştırılmış olup; borcun kaynakları ise “*causae obligatonium*” kavramı ile ifade edilmiştir².

Roma Hukuku’nda borç kaynaklarının sınıflandırılması, tarihsel olarak farklı biçimlerde yapılmış ise de, günümüzde mevcut bulunan en eski tasnif, Gaius’un *Institutiones*’inde bulunan ve aşağıda alıntılanan Klasik Dönem’e ait metindir.

Gai. Inst. 3, 88,

“Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.”

“Artık borç ilişkilerine geçiyoruz. Bunlar iki büyük bölüme ayrılır: nitekim bütün borç ilişkileri ya sözleşmeden ya da haksız fiilden doğar.”³

¹ UMUR, Ziya; "Roma Hukuku Ders Notları Usul Hukuku- Borçlar Hukuku- Eşya Hukuku- Miras Hukuku", İstanbul 1999, s.332.

² DI MARZO, Salvatore; "Roma Hukuku", çev. Ziya UMUR, İstanbul 1959, s.356.

Roma Hukuku'ndan günümüze değin uzanan bu tasnif, özü itibarıyla halen geçerli olmak ve yalnız Roma Hukuku'nun esas etki alanını oluşturan Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerini değil, Anglosakson- Amerikan Hukuk Sistemlerini de etkilemekle beraber, eksik bir nitelik arz etmektedir⁴. Zira sözleşmeler ve haksız fiillerin haricinde de borçların doğumuna neden olan başka hukuki olaylar bulunmaktadır. Nitekim Roma Hukuku'nda da özellikle ileri dönemlerde yapılan diğer sınıflandırmalarda farklı tasniflere yer verilmiştir. Örneğin Post- Klasik Dönem'e ait bir diğer borç kaynağı sınıflandırması aşağıdaki gibidir⁵:

Gai. D. 44, 7, 1, pr.

“Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.”

“Borçlar ya bir akitten, ya bir haksız fiilden veyahut da diğer çeşitli sebeplerden doğar”⁶.

Görüldüğü üzere başlangıçta yalnız sözleşmeler ve haksız fiiller olmak üzere ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulan borç kaynaklarına, yine Gaius'a ait olduğu kabul edilen bir metinde "çeşitli sebepler" adı altında üçüncü bir ana başlık ilave edilmiştir.

³ *GAIUS*, s.9; ERDOĞMUŞ Belgin; **"Roma Borçlar Hukuku Dersleri"**, Der Yayınları, İstanbul 2011, s.43.

⁴ RADO, Türkan; **"Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku"**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s.55.

⁵ GÜNAL, Nadi; **"Roma Hukuku'nda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996, s. 2-3.

⁶ *GAIUS*, s.10.

Lafzı itibarıyla soyut bir nitelik taşıyan bu üçüncü borç kaynağının Gaius'a ait esas metne ileriki dönemlerde eklendiği düşünülmektedir⁷.

Gaius'un *Digesta*'dan nakledilen yukarıdaki tanımındaki "çeşitli sebepler" ifadesinin taşıdığı muğlak hüviyet, Iustinianus'un *Institutiones*'inde ikiye ayrılmak suretiyle görece daha açık bir anlatımla bir nebze giderilmiştir.

Ins. 3, 13, 2.

"Sequens divisio in quattuor species diducitur, aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasio ex maleficio."

" Aşağıdaki tasnif bunları dört çeşide ayırır: ya akitten, ya akit benzerinden, ya haksız fiilden veyahut da haksız fiil benzerlerinden doğar"⁸.

Bu tanım, Gaius'a ait yukarıda değinilmiş bulunan metinlerden daha ayrıntılı bir kategorizasyon içermekle beraber; esasen Roma Hukuku'ndaki sözleşme ve haksız fiil benzerlerinin gerçek anlamıyla sözleşme ve haksız fiil benzerleri olduğunu savunmak mümkün değildir. "Benzer" anlamına gelen "*quasi*" kavramıyla ifade edilen bu iki yeni kategori, Roma Hukuku'nun ileri dönemlerinde ve özellikle Bizans devrinde teori ve pratik arasındaki boşlukların doldurulması amacıyla, akitler ve haksız fiiller arasında yakınlık kurulması suretiyle bu sınıflandırma fiilen kullanılır

⁷ RADO, s.56; UMUR, s.332-333, TAHİROĞLU, Bülent; "**Roma Borçlar Hukuku**", Der Yayınları, İstanbul 2011, s.106.

⁸ IUSTINIANUS; "*Institutiones*", çev. Ziya UMUR, İstanbul 1968, s. 239.

hale gelmiştir⁹. Nitekim Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) halen *Institutiones*'te yer alan bu tasnifi kabul etmektedir¹⁰.

Institutiones'te yer alan bu tasnifteki "sözleşme benzerleri" (*quasi contractus*) ve "haksız fiil benzerleri" (*quasi maleficium*) kavramları, yukarıda değinildiği üzere uygulamada ortaya çıkan hukuki işlem ve olayların tümünü kapsamaktan uzaktır. Söz gelimi; vekaletsiz iş görmeden, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar, hukuka aykırı olarak verilen kararlardan dolayı hukuka aykırı olarak verilen kararlardan dolayı hakim veya hakemi tazmin yükümlülüğü altına sokan borçların akit benzeri yahut haksız fiil benzeri kavramları altına dahil edilerek incelenmeleri mümkün değildir¹¹.

Bu tasnifin bir başka eksikliği de, "*quasi*" olarak tanımlanan son iki borç kaynağının, benzetildikleri ana kaynaklar ile ayrımlarının tam olarak çizilmesindeki zorluktur. Sözleşme benzerlerinden doğan borçlar, sözleşmeden doğan borçlar ile aynı nitelikte olmadığı gibi; haksız fiil benzerlerinden doğan borçların kökeni de bilinmemektedir¹². Haksız fiil benzeri olarak tanımlanan kavramların tamamı, hukuki

⁹ RADO, s.57; benzer yönde görüşler için TAHİROĞLU, s.106 vd.

¹⁰ "Code Civil", Titre IV: Des Engagements Qui Se Forment Sans Convention, Article 1370.

¹¹ RADO, s.57; TAHİROĞLU, s.106, ROBAYE, Rene; "**Le Droit Romain Tome II, Obligations- Contrats- Responsabilite contractuelle**", 2002, Louvain-La Neuve, Bruxelles, s.45. akt. TAHİROĞLU.

¹² SCHWARZ, Andreas Bertalan; "**Borçlar Hukuku Dersleri**", Çev. Bülent DAVRAN, Cilt 1, İstanbul 1948, s.23; TAHİROĞLU, s.104.

dayanağını *praetor*'ların hukuka aykırı olarak kabul ve tayin ettiği olaylardan almakta olup; başkaca herhangi bir ortak unsur teşkil etmemektedir¹³.

Institutiones'te yer alan bu borç kaynakları tasnifi, yukarıda ana hatlarıyla açıklanmaya çalışıldığı üzere, çeşitli eksiklikleri nedeniyle eleştirilmiş ise de, günümüzde dahi gerek doktrinde, gerekse kimi ülkelerin mevzuatlarında kabul gören kategorizasyon olması nedeniyle, çalışmamız bu sınıflandırma üzerinden gerçekleştirilmiştir.

II- ROMA HUKUKU'NDA SÖZLEŞMELERİN SINIFLANDIRILMASI

A) Sınıflandırmaya Esas Alınan Kriterler

Günümüz hukuk sistemlerinde sözleşme kavramı; iki kişinin karşılıklı ve uyumlu davranış biçiminden bir borç kaynağının doğduğunu ifade etmektedir. Tanımı itibariyle sözleşme, iki veya daha fazla tarafın hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları ile meydana gelen bir hukuksal işlemdir¹⁴.

Roma Hukuku'nda bugünkü "sözleşme" mefhumu, "*contractus*" terimi ile ifade edilmiş olmakla beraber, kavramsal olarak bu terim daha dar bir nitelik taşımaktadır. Modern hukukta irade serbestisi prensibi doğrultusunda, her türlü sözleşmenin borç doğurması mümkünken; Roma Hukuku'nda geçerli olan *contractus*

¹³ GÜRTEN, Kadir; "**Roma Hukukunda Kefalet Akdi**", Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.21.

¹⁴ KILIÇOĞLU Ahmet M.; "**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**", Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.32; 818 Sayılı (Mülga) Borçlar Kanunu, m.1.

kavramı, yalnızca *Ius Civile* tarafından açıkça borç doğurucu işlem olarak kabul edilen sözleşmeleri kapsamaktadır. Ters yönde bir tanım ise şu şekilde yapılabilir: *praetor* hukuku (*Ius Honorarium*) veya imparator hukuku tarafından tanınan ve kabul edilen anlaşmalar olan *pactum*'lar, *contractus* kapsamına dahil olmayıp, bunun bir sonucu olarak da sözleşme olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir¹⁵.

Hem *pactum*, hem *contractus* bugünkü anlamıyla sözleşme mefhumu kapsamına dahil olup, esasen nitelikleri itibariyle aralarında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak, hukuki dayanaklarının farklılığı; *contractus*'ların aksine, *pactum*'ların *actio*, yani dava hakkı ile korunmuyor olması sonucunu doğurmaktadır¹⁶.

Hukuki yaptırım açısından bu iki kavram arasında söz konusu olan bu önemli farklılık, *contractus* teriminin yalnızca *Ius Civile* tarafından kabul edilen borç doğurucu sözleşmelerin gerçek anlamda akit olarak ele alınmaları sonucunu doğurmaktadır¹⁷. *Contractus*'ların *numerus clausus*, yani sınırlı sayıdaki, tahdidi nitelikleri nedeniyle, modern hukuk sistemlerinin temel prensiplerinden olan

¹⁵ GÜRTEN, s.21; UMUR, s.335; RADO, s.59-60; TAHİROĞLU, s.122-123.

¹⁶ ERDOĞMUŞ, s.45.

¹⁷ Roma Hukuku'nun ilerleyen dönemlerinde kimi *pactum*'lara *praetor*'lar ve imparatorlar tarafından çeşitli def'i veya dava yollarıyla hukuki yaptırım yolu açılmış olmakla beraber; bu uygulama hiçbir zaman çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi genel geçer bir hal almamıştır. Bu nedenle, çalışmamızda sözleşme kavramı *Ius Civile*'de tanımlanan *contractus* terimi bağlamında ele alınmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAHİROĞLU, s.122, ERDOĞMUŞ, s.45.

sözleşme serbestisi ilkesinin aksine, Roma Hukuku'nda "sözleşmeler sistemi" ilkesi hakimdir¹⁸.

Roma Hukuku'ndaki sözleşmelerde *consensus*, yani irade uyuşması, tıpkı çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi akdin kurulması için şarttır. İradelerin bu uyuşması sarıh biçimde olabileceği gibi; üstü kapalı biçimde gerçekleşmesi de mümkündür¹⁹.

Ancak, günümüz hukuk sistemlerine büyük ölçüde egemen olan rızailik prensibinin aksine, Roma Hukuku'nda irade uyuşması kural olarak akdin kurulması için yeterli kabul edilmemiş; *Ius Civile*'ye ve genel olarak Roma Hukuku'nun ilk dönemlerine egemen olan katı tipe bağlılık anlayışının doğal bir yansıması olarak, *contractus*'un sağlıklı biçimde doğması için önceden belirlenmiş bulunan şekil şartının sağlanması koşulu aranmıştır²⁰.

¹⁸ UMUR, "Ders Notları", s.335; TAHİROĞLU, s.123. Buna karşılık, "sözleşmeler sistemi" kavramından, birtakım sözleşmelerin kodifikasyon çalışmaları ile hukuken ortaya konulmaları neticesinde gündelik hayatta uygulanmalarını değil, tam tersini anlamak gerekmektedir: Roma Hukuku'ndaki akitler hukuki mevzuatın hayata sirayeti ile değil, gündelik hayatta uygulanan hukuki işlemlerin hukuki zemin kazanmaları ile doğmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. WATSON, Alan; "**The Evolution of Law: The Roman System of Contracts**", Law and Historical Review 1, 1984, s.3-8.

¹⁹ "*Eadem vis est taciti atque expressi consensu*"= "Zımni ve açık irade uyuşması aynı güce sahiptir. Benzer yönde bir ifade, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nda aynen yer almıştır: "Zımni ve açık irade uyuşması aynı güce sahiptir." akt. ERDOĞMUŞ, s.44.

²⁰ Roma Hukuku'nun ilerleyen devirlerinde herhangi bir şekil kuralına tabi olmaksızın, salt rızanın beyanı ile akdin kurulması istisnai olarak kabul edilmiş; böylelikle rızai akitler doğmuştur. Ancak şekilden tamamıyla bağımsız bir rızailik Roma Hukuku'nda asla genel kural haline gelmemiştir. TAHİROĞLU, s.123-124; benzer görüş için RADO, s.61.

Roma Hukuku'nda akitler, yukarıda nedenleri açıklanan şekilcilik ölçütleri doğrultusunda, *Gaius* ve *Iustinianus*'a ait *Institutiones* metinlerinden anlaşıldığı üzere dörtlü bir tasnife tabi tutulmuştur.

Gai. Ins. 3, 89.

"Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harun autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu."

" Evvela akitten doğanları (borçları) görelim. Bunlar dört çeşittirler, zira her borç münasebeti ya bir şeyle (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*) veyahut da rıza ile (*consensus*) oluşur."²¹.

Ius. Ins. 3, 13, 2

"Harun aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahitur aut verbis aut litteris aut consensu."

"Akitten doğan borçlar ya şey (*re*) ile ya sözlerle (*verbis*) ya yazılarla (*litteris*) veya rıza (*consensu*) ile meydana gelirler."²²

Benzer yönde bir başka metne *Digesta* içerisinde, "*Modestinus*'un Kaideler'inin 2. Kitabından" başlıklı bölümde rastlamak mümkündür:

D. 44, 7, 52 pr Modestinus libro secundo regularum

"Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu..."

²¹ *GAIUS*, s.9.

²² *IUSTINIANUS*, s.239.

" Ya malın verilmesiyle ya sözlerle ya ikisi birlikte ya da iradelerin uyuşmasıyla borçlanırsınız..."²³

Görüldüğü üzere Roma Hukuku'nda akitler²⁴; ayni akitler, sözlü akitler, yazılı akitler ve rızai akitler olmak üzere dörtlü bir tasnife tabi tutulmuştur. Bu dört ana sözleşme tipini ana hatlarıyla incelemek arzusundayız.

B) Roma Hukuku'nda *Contractus* Tasnifi

1- Ayni Akitler: *Re Contrahitur (Contractus Realis)*

Tarafların karşılıklı irade uyuşmasının (*consensus*) ve bu iradelerin açıklanmasının yanı sıra; borçlu tarafından alacaklı lehine bir işin yapılması yahut bir malın alacaklıya verilmesinin de gerektiği (*res*) akitlere ayni akitler adı verilmektedir²⁵. Ayni akitlerin tanımlanmasında Klasik devirde kullanılan *re contrahitur* kavramı da, söz konusu akitlerin bir şey vasıtası ile, yani *res* ile gerçekleştiğini açıkça belirtmektedir²⁶. *Res*, bir malın mülkiyetinin geçirilmesini ifade edebileceği gibi, elde bulundurmanın (*detentio*) yahut zilyetliğin (*possessio*) geçirilmesini de ifade edebilmektedir²⁷. *Consensus+res* formülüyle ifade edilen ayni akitlere ilişkin bu tanımlama, *Digesta*'da aşağıdaki gibi yer almıştır.

²³ *Digesta* 4. 77, 52pr Modestinus libro secundo regularum

²⁴ Yukarıda yer alan açıklamalar doğrultusunda, çalışmamızın geri kalan kısmında "akit" yahut "sözleşme" ibareleri yalnız *contractus* kavramını karşılayacak nitelikte kullanılmıştır.

²⁵ YAVUZ, Faruk; "Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Kefalet Akdi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.5; TAHİROĞLU, s.124.

²⁶ RADO, s.62.

²⁷ ERDOĞMUŞ, s.45.

D. 44, 7, 52, I Modestinus libro secundo regularum

Re obligamur, cum res ipsa intercedit.

"Ayni olarak, malın kendisinin de verildiği zaman borçlanırsınız."

Ayni akitler arasında tarihsel olarak en eski örnek karz akdi (*mutuum*) olup, *Gaius*'a ait metinlerde ayni akit olarak yalnızca karz akdi kabul edilmektedir. Karz akdinde *res*, malın mülkiyetinin nakledilmesini ifade etmekte olup, karz akdine ilişkin ihtilaflar dar hukuk davalarına sebebiyet vermektedir.

Ius Civile'de ise karz akdinin yanında; ariyet akdi (*commodatum*), vedia akdi (*depositum*) ve rehin akdi (*pignus*) olmak üzere üç ayni akde daha yer verilmiştir²⁸. Bu üç yeni akitten *commodatum* ve *depositum*'da, malın elde bulundurma hakkı, yani *detentio*'su nakledilirken; rehin akdinde ise zilyetliğin, yani *possessio*'nun devri söz konusudur. *Ius Civile*'de yer verilen bu üç ayni akit, *mutuum*'un aksine, dar hukuk davalarına değil iyiniyet davalarına vücut vermektedir²⁹.

Ayni akitlerin kapsamına, *Iustinianus* dönemi hukukunda ortadan kaldırılan *fiducia* (inançlı işlem) ve Roma Hukukunun ilerleyen dönemlerinde ortaya çıkan "isimsiz sözleşmeler" in de dahil edilmesi mümkündür³⁰.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ariyet akdi (*commodatum*) ayni akitlerin arasında yer aldığından, ilerleyen bölümlerde ayni akitlere ilişkin ayrıntılı açıklamalara karşılaştırmalı ve dolaylı olarak yer verilecektir.

²⁸ TAHİROĞLU, s.125.

²⁹ TAHİROĞLU, s.125.

³⁰ TAHİROĞLU, s.125; RADO, s.62.

2- Sözlü Akitler: *Verbis Contrahitur (Contractus Verbalis)*

Taraflar arasında karşılıklı rızadan başka, *Ius Civile*'nin tespit ettiği sözlü bir şeklin yerine getirilmesiyle kurulan akitler sözlü akitler olarak adlandırılmaktadır³¹. Anılan sözlü şekil, rastgele olarak belirlenecek birtakım alelade sözlerin sıralanmasını değil; soru ve cevap şeklinde önceden belirlenmiş cümlelerin söylenmesini ifade etmektedir. "Taaahüt ediyor musun? Taahhüt ediyorum. Vaat ediyor musun? Vaat ediyorum. Şerefim üzerine söz veriyor musun? Şerefim üzerine söz veriyorum" gibi cümleler, sözlü şekil şartını oluşturmaktadır³².

Roma Hukuku'nda şekil genellikle sözlü olup³³; Klasik Dönem'de sözlü akitlerin en genel uygulama alanı *stipulatio*³⁴da görülmekte olup, diğer sözlü

³¹ UMUR, Ziya; "**Roma Hukuku Lugatı**", Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s.49.

³² *Gaius*'un *Institutiones*'inin 3.92 başlıklı bölümünde bu sözlü şekil ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BERKİ, Şakir; "**Roma Hukuku**", Ankara 1949, s.278; GÜRTEN, s.24, ERDOĞMUŞ, s.59 vd.

³³ TAHİROĞLU, s.125.

³⁴ *Stipulatio*, Roma Hukuku'nun borç doğurucu, genel akit tipi olup; taraflardan birisinin sorduğu soruya diğer tarafın aynı keilme ile ve kayıtsız şartsız olarak muvafakat cevabı vermesiyle kurulan bir sözleşmedir. UMUR, "Lugat", s.202. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOSCHAKER, Paul- AYİTER, Kudret; "**Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**", Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s.193, BERKİ, s.274.

akitlerin önemi *stipulatio*'ya nazaran daha azdır. *Iustinianus* döneminde ise sözlü akitler arasında yalnızca *stipulatio*'dan bahsedilmektedir³⁵.

3- Yazılı Akitler: *Litteris Contrahitur (Contractus Litteralis)*

Roma Hukuku'nda kurulmaları için karşılıklı rızanın yanı sıra yazılı şeklin de gerektiği sözleşmeler yazılı akitler olarak adlandırılmaktadır³⁶. Günümüz modern hukuk sistemlerinin aksine; Roma Hukuku'nda yazılı şekil değil, sözlü şekil esas olduğundan yazılı akitlere fazla önem atfedildiğini söylemek mümkün değildir. Klasik Dönem'de yazılı akitlere ilişkin bilgiler sınırlı olup; Son İmparatorluk Dönemi'nde ise bu akitler tamamen ortadan kalkmış olduğundan, *Iustinianus* kaynaklarında da bu akitler ile ilgili herhangi bir açıklama yer almamakta, yalnızca tarihsel açıdan bilgi verilmektedir³⁷.

Yazılı şekil uygulamada nadiren rastlanan bir yöntem olduğundan; Roma Hukuku'nda bir geçerlilik değil, ispat aracı olarak ortaya çıkmaktadır³⁸. Bu işleve en önemli örnek olarak, Roma aile reislerinin *nomen transcriptitium* adlı günlük hesap defterlerine yaptıkları kayıtlar gösterilebilir³⁹.

³⁵ *Stipulatio*, Roma Hukuku'nun ilk dönemlerinde yalnız Roma vatandaşları tarafından uygulanabilirken daha sonra *Ius Gentium* kapsamında yabancıların da belirli sözleri zikretmek suretiyle akdi kurması mümkün olmuştur. EMİROĞLU, Haluk; "**Ius Gentium- Kavimler Hukuku**", Değişim Yayınları, İstanbul 2007, s.122, RADO, s.62.

³⁶ UMUR, "Lugat", s.48.

³⁷ ERDOĞMUŞ, s.64.

³⁸ RADO, s.63, TAHİROĞLU, s.126.

³⁹ Söz konusu kayıtların deftere bir kimseden alacak kaydı şeklinde, yahut bir kimseden olan alacağın başka bir kimseye borç olarak gösterilmesi şeklinde yapılması mümkündür. EMİROĞLU, s.124-125.

4- Rızai Akitler: *Consensus Contrahitur (Contractus Consensualis)*

Yalnızca karşılıklı rızanın beyanı ile teşekkül eden akitler Roma Hukuku'nda rızai akitler olarak adlandırılmıştır⁴⁰. Eş deyişle, rızai akitlerin vücut bulması için ne bir şeyin verilmesine, ne de belirli bir şekle uyma zorunluluğuna gerek vardır⁴¹.

Önceleri *Ius Gentium* kapsamında ortaya çıkan rızai akitler, ilerleyen dönemlerde *Ius Civile* içerisinde kendilerine yer bulmuşlardır. Tamamı iyiniyet davası doğuran altı akit:

- *Locatio conductio rei* (kira akdi)
- *Locatio conductio operis*, (istisna akdi)
- *Locatio conductio operarum* (hizmet akdi)
- *Emptio venditio* (alım satım akdi)
- *Societas* (şirket akdi)
- *Mandatum* (vekalet akdi) akitleri Roma Hukuku'ndaki rızai akitleri oluşturmaktadırlar⁴².

⁴⁰ UMUR, "Lugat", s.48.

⁴¹ TAHİROĞLU, s.126 RADO, s.63.

⁴² RADO, rızai akitlerin *numerus clausus* olarak sayıldığını belirtmekle beraber, *praetor*'larca tanınan ve yaptırıma tabi kılınmak suretiyle dava hakkı verilen *pactum*'ların da tıpkı isimsiz akitlerin aynı akitlerin kapsamını genişletmesi gibi rızai akitlerin kapsamını zaman içerisinde geliştirdiğini ortaya koymaktadır. RADO, s.163; benzer görüş için TAHİROĞLU s.127; ERDOĞMUŞ, s.102.

Roma Hukuku'ndaki akitlerin ivazlı olup olmamaları, tek taraflı ya da iki taraflı olmaları, *actio* açısından dar hukuk davası yahut iyi niyet davasına vücut veriyor olmaları gibi sair tasniflere tabi tutulmaları da mümkündür. Akitlere ilişkin bu özellikler, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ariyet akdi ve çeşitli açılardan benzerlik gösterdiği diğer temel sözleşme tiplerinin spesifik olarak irdelendiği başlıklarda ele alınacaktır.

Roma Hukuku'nda borçların kaynakları ve sözleşme tiplerinin sınıflandırılma sistemiği yukarıda çerçeve olarak ortaya konulmuştur. Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan ariyet sözleşmesinin Roma Hukuku'ndan günümüze değin uzanan seyrinin irdelenmesinden önce, çalışmamızın ikinci bölümünde genel olarak ayni akit kavramı ve ayni akit türlerinin üzerinde durmakta fayda görüyoruz.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE AYNİ AKİTLERE KISA BİR BAKIŞ

I- ROMA HUKUKU'NDAKİ DURUM: GENEL TANIM VE "RES"

KAVRAMI

A) "Ayn" Kavramı ve Genel Tanım

Roma Hukuku'nun tüm Kıta Avrupası hukuk sistemleri açısından olduğu gibi ülkemiz hukuk sistemi ve terminolojisini de öncüleyen niteliği, ayn kavramı ve ayni akitler açısından da baş göstermektedir. Arapça kökenli bir sözcük olan "ayn" kelimesi; Türkçede hukuki bir terim olarak kullanılmakta olup, para dışındaki tüm kıymetli eşyaları ifade eder. Bu bağlamda ayni haklar eşya hukuku açısından maddi mallar üzerinde doğrudan doğruya egemenlik hakkı veren ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır⁴³.

Ayn kavramının borçlar hukukundaki yansıması ise ayni akitlerde ortaya çıkmaktadır. Yukarıda çerçeve olarak açıklandığı üzere, ayni akit kavramı; kurulabilmesi için tarafların karşılıklı irade uyuşmasının (*consensus*) yeterli olmadığı, ayrıca bir malın verilmesi yahut bir işin yapılmasının sözleşmenin sağlıklı ve eksiksiz biçimde kurulabilmesi için gerekli olduğu sözleşmeleri ifade etmektedir⁴⁴.

⁴³ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan; " Roma Eşya Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 21-22; ÜNAL, Mehmet- BAŞPINAR, Veysel; "Şekli Eşya Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.59 vd.

⁴⁴ TAHİROĞLU, s.125.

Eş deyişle; bir malın verilmesi yahut bir işin yapılması edimleri gerçekleşmeksizin salt rızaların karşılıklı beyanı; sözleşmeyi dava edilebilir kılmamaktadır⁴⁵. Yani aynı akitlerin *Ius Civile* kapsamında bir dava hakkı ile korunmalarını sağlayan unsur; bir işin yapılması yahut bir malın verilmesi edimi, fiili bir vakıadır. Bu fiili vakıa, Roma Hukuku'nda *res* kavramı ile ifade edilir.

B) "Res" Kavramı

Latince bir kelime olan *res*, son derece genel bir kullanıma sahip olan ve hayatın hemen her alanında yaygınca başvurulan bir sözcüktür. Hukuki bakımdan *res*, dar anlamıyla mal ve mamelek, şey, eşya; dava esnasında ise ihtilafın konusunu ifade eder⁴⁶.

Bu açıklama doğrultusunda "*res*" kavramının genel kullanımı açısından dilimizdeki "şey" sözcüğü ile benzer bir nitelik arz ettiğini savunmanın yanlış olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak tıpkı dilimizdeki benzeri olan "şey" sözcüğü gibi *res* kavramı da, tekil anlamda eşyayı ifade etmekle sınırlanamayacak denli geniş bir yelpazeyi haizdir⁴⁷.

⁴⁵ KOSCHAKER- AYİTER, s.217.

⁴⁶ UMUR, "Lügat", s.183. UMUR, kavramın tanımını ise "iktisadi bir değeri olan ve ekonomik sosyal anlayış içerisinde tefrik edilerek kendi başına bir varlık gibi kabul edilen, ferdin dışındaki varlık" biçiminde yapmaktadır.

⁴⁷ Bu bağlamda; *res* kavramının farklı kullanımları (*res mancipi*, *res communes*, *res in commercio* gibi) çalışmanın konusunu doğrudan ilgilendirmiyor olmaları nedeniyle irdelenmeyecek olmakla beraber; esasen bu terimin pek çok sair tasnif ve karşılaştırma kapsamında ele alınması mümkündür. Çalışmada yalnızca kavramın aynı akdin iki kurucu unsurundan biri olma anlamı üzerinde durmakla yetinilmiştir.

Aynı akdin *consensus* ile beraber iki kurucu unsurundan birini oluşturur nitelikteki terimsel anlamıyla *res*, alacaklının taahhüt edici bir niyet ile borçluya yaptığı edanın kapsamı içerisindeki fiili bir vakıayı ifade etmektedir⁴⁸. Eş deyişle, *res* alacaklının borçluya karşı ediminde bulunmakta, bu edimi ifade etmektedir⁴⁹.

Res kavramının aynı akdin kurucu unsuru olarak taşıdığı bu anlam, aynı akitlerin edimlerin niteliği bakımından tasnifinin yapılmasını da sağlamaktadır. Aynı akitlerin önemli, hatta daha ileri gitmek gerekirse esas nitelikteki kısmını oluşturan ve *Ius Civile*'de yer alan karz (*mutuum*), ariyet (*commodatum*), vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) akitleri daha önce verilmiş veya yerine getirilmiş bir edimin geri verilmesini kapsarken; isimsiz akitler olarak adlandırılan ve aynı akitler kapsamına dahil edilerek değerlendirilen akitler ise önceden yerine getirilen bir edim doğrultusunda karşı bir edimin ifasını kapsamaktadır⁵⁰.

Bu ayrım doğrultusunda; Roma Hukuku'nda aynı akitleri karz akdi (*mutuum*), vedia akdi (*depositum*), rehin akdi (*pignus*), inançlı işlem (*fiducia*) ve isimsiz akitler olmak üzere beş başlık halinde incelemek arzusundayız. Bu çerçevede inceleme ile, çalışmamızın konusunu oluşturan ariyet akdi ile bu akitler arasındaki farkların ileride karşılaştırmalı olarak ele alınmasının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır.

⁴⁸ KOSCHAKER, bu taahhüt edici niyetin "*obligandi anima*" terimi ile kavramsallaştırıldığını ifade etmektedir. KOSCHAKER-AYİTER, s.217.

⁴⁹ TAHİROĞLU, s.148.

⁵⁰ TAHİROĞLU, s.148; KOSCHAKER- AYİTER, s.218.

C) Roma Hukuku'nda Ayni Akit Çeşitleri

1- Karz Akdi (*Mutuum*)

Alacaklının borçluya herhangi bir miktarda misli malı yahut parayı vermesi; borçlunun ise bu temlik işleminin karşılığında aynı cins ve kalitede malı borçluya vermekle yükümlü olması ile kurulan sözleşme Roma Hukuku'nda *mutuum* olarak adlandırılmıştır⁵¹. Nevi borcu doğuran bir akit olan karz akdinde; akdin konusunu teşkil eden para veya misli malı karz olarak alan taraf bu malların mülkiyetini kazanır. Eş deyişle, *mutuum* açısından *res*, borçlunun akit konusunun mülkiyetini kazanmasını ifade etmektedir.⁵²

Roma Hukuku'nun ilerleyen dönemlerinde; sözleşme konusu malın misli mal olma niteliğinde ve ödünç verenin malın maliki olması şartlarında yumuşama niteliğinde değişiklikler meydana gelmiştir. Söz gelimi, başkasına ait olan bir paranın ödünç veren tarafından ödünç alana kendi parasıymış gibi verilmesi durumunda; irade uyuşması (*consensus*) ve *res*'in varlığına rağmen; "kimse hakkından fazlasını devredemez" kuralı gereğince ödünç alanın malik olamayacak, bu nedenle de sözleşmenin sağlıklı olarak kurulmuş kabul edilemeyecektir. Ancak, niteliği tartışmalı olmakla beraber; Roma Hukuku kaynakları ödünç verenin parayı iyi niyetle harcaması ya da kendi parası ile karıştırmaması durumunda bir *condictio*'nun açılabilceğini belirtmektedir⁵³.

⁵¹ KOSCHAKER- AYİTER, s.218.

⁵² ERDOĞMUŞ, s.46.

⁵³ TAHİROĞLU, s.151.

Aynı şekilde; henüz ergin olmamış bir küçüğün vasisinin izni olmaksızın bir para ödünç verme işlemi gerçekleştirmesi halinde de, yine mülkiyetin geçmesi söz konusu olmayacağından *mutuum*'un meydana gelmiş olmayacağı, ancak ödünce konu paranın harcanması halinde yine bir *condictio* hakkının doğacağı kaynaklarda belirtilmiştir⁵⁴.

Karz akdi tek taraflı bir akit olmakla, akitten doğan borç yalnız ödünç alan tarafa aittir⁵⁵.

Roma Hukuku'nda *mutuum* bir dar hukuk akdi olarak, iki ayrı dar hukuk davasına vücut vermektedir. Akdin konusunu oluşturan malın para olması halinde açılan dava *actio certae creditae pecuniae (condictio certi)*; para harici diğer misli mallar olması halinde açılan dava ise *condictio certae rei* olarak adlandırılmıştır⁵⁶. Karza konu malın para olması halinde açılacak davalarda hakim borcun bulunduğu kanaat getirmesi halinde borçlunun alacaklıya aynı miktarı ödemesine hükmetmekte; konunun diğer misli mallar olması halinde ise bunların parasal değerinin takdir edilmesi suretiyle alacaklıya ödenmesine karar vermektedir⁵⁷.

Karz akdinden doğan bu davalarda faiz ise dikkate alınmamıştır. Bu durum karz akdinin bir dar hukuk akdi olmasından kaynaklanmakta olup; ödünç işleminin faizli olarak yapılması için faizin ödünç veren ile ödünç alan arasında ayrı bir *stipulatio* ile kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Böyle bir durumda da faiz için

⁵⁴ RADO, s. 67.

⁵⁵ TAHİROĞLU, s.154.

⁵⁶ ERDOĞMUŞ, s.49.

⁵⁷ KOSCHAKER- AYİTER, s.219, TAHİROĞLU, s.152.

açılacak dava *stipulatio*'dan doğan dava olduğundan, *mutuum*'dan doğan davalar kapsamında faizin dava konusu edilmesi mümkün değildir⁵⁸.

M.S. I. yüzyılda çıkarılan bir *Senatus* kararı olan *Senatus Consultum Macedonianum* ile aile evlatlarının ödünç alan konumunda olduğu karz akitlerinin kurulması yasaklanmıştır. Bu yasak ile; hak ehliyeti ve malvarlığı bulunmayan aile evlatlarına verilen para ödünçlerinin geri istenmesinin önüne geçilerek aile evladının ödünçten doğan para borçları tabii borç (*obligatio naturalis*) sayılmıştır. Böylelikle aile evlatlarına yönelik dolandırıcılık amacı güden tefecilerin çabalarının da önüne geçilmiştir⁵⁹.

2- Vedia Akdi (*Depositum*)

Roma Hukuku'ndaki bir başka isimli aynı akit olan vedia akdi; taşınır bir malın ücretsiz olarak saklanmak ve muhafaza edilmek üzere başka bir kişiye verilmesi ile kurulan bir sözleşmedir⁶⁰.

Tanımdan da rahatlıkla anlaşıldığı üzere; vedia alanın kendisine bırakılan malı kullanma hakkı değil, muhafaza yükümlülüğü söz konusu olup bu fiilinden ötürü modern hukukun aksine herhangi bir ücret alması da Roma Hukuku'nda söz konusu değildir⁶¹.

⁵⁸ Roma Hukuku'nda yüksek faize izin verilen tek karz türü ise, Yunan Hukuku'ndan alınan deniz ödünç müessesesidir. KOSCHAKER- AYİTER, s.220; ERDOĞMUŞ, s.49-50.

⁵⁹ RADO, s.68; TAHİROĞLU, s.159; ERDOĞMUŞ, s.50.

⁶⁰ UMUR, "Lügat", s.57.

⁶¹ Roma Hukuku'nda bir malın para karşılığında bir başka kimse tarafından muhafaza edilmesi halinde söz konusu olan akit vedia değil istisna akdi olup; yukarıda kısaca değinildiği üzere istisna akdi Roma

Vedia akdinde *res*, karz akdinden farklı olarak malın mülkiyetinin değil, yalnızca elde bulundurmasının (*detentio*) naklini ifade eder⁶². Buradan çıkan sonuç, vedia alan açısından malın zilyedi olma durumunun dahi söz konusu olmadığı; vedia alanın yalnızca malı elde bulundurma hakkının bulunduğu⁶³.

Vedia akdinin konusu daima menkul eşyalar olup; genellikle parça borcu doğuran, yüksek değer taşıyan mallar sözleşmeye konu teşkil etmekle beraber kimi zaman misli malların da ayrı paketler haline alınmak suretiyle vedia akdine konu edilmesi mümkündür⁶⁴.

Vedia akdi karz akdinden farklı olarak bir dar hukuk akdi değil, bir iyiniyet akdi olup, eksik iki taraflı bir nitelik arz eder.

Yine karz akdinden farklı olarak vedia akdinde esas menfaat vedia alana değil vedia verene ait olup; vedia alan her zaman borçludur. XII Levha Kanunu'nda dahi, vedia alanın muhafazasına bırakılan malı iade etmemesi halinde *furtum*, yani hırsızlık fiili ile sorumlu olacağı açıkça belirtilmiştir⁶⁵. Ancak akitten menfaati

Hukuku'nda aynı değil rızai bir akittir. Modern hukukta ise, vedia akdi rızai bir akittir. TAHİROĞLU, s.167.

⁶² İleride görüleceği üzere ariyet akdinde de durum aynıdır.

⁶³ RADO, s.80.

⁶⁴ Gayrimenkuller ile ücretsiz olarak ilgilenilmesi söz konusu ise, kurulacak olan akit vedia değil, vekalet akdi (*mandatum*) olacaktır. TAHİROĞLU, s.168; KOSCHAKER- AYİTER, s.221-222.

⁶⁵ Ancak XII Levha Kanunu döneminde depositum henüz bir akit olarak kabul edilmemiş durumdadır. Akdin doğuşu, *praetor* hukukunun malın muhafaza edilmek üzere bırakılması halini bir dava hakkına bağlaması ve bu dava hakkının *Ius Civile*'ye dahil edilmesi ile gerçekleşmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. RADO, s.81; KOSCHAKER- AYİTER, s.221; TAHİROĞLU, s.169.

bulunan tarafın kendisi olmaması nedeniyle, vedia alan yalnızca kastından - ve *Iustinianus* döneminde ağır ihmalinden- sorumludur⁶⁶.

Vedia alan ayrıca aldığı malı, malda meydana gelecek olası artışlar ile beraber aynen teslim etmekle yükümlüdür. Vedia alanın bu sorumlulukları ihlali durumunda, vedia veren tarafından kendisine bir iyiniyet davası olan *actio depositi directa* ile başvurulabilmekte ve yukarıda değinildiği üzere bu gibi bir fiil tarihsel olarak *furtum* ile eşdeğer tutulduğundan, vedia alan açısından *infamia* sonucunu doğurabilmektedir⁶⁷.

Vedia verenin borcu ise muhtemel bir borç olup, bu durum vedia akdini eksik iki taraflı kılmaktadır. Vedia veren, ancak vedia alanın kendisince vedia olarak bırakılan şey nedeniyle bir zarara uğraması halinde hafif ihmal dahil tüm kusurlarından; yahut vedia alanın vedia olarak bırakılan mal üzerinde yaptığı zaruri yahut faydalı tüm masrafları ödemekten sorumludur⁶⁸.

⁶⁶ ERDOĞMUŞ, s.54.

⁶⁷ Kelime anlamıyla "kötü şöhret, şerefsizlik" anlamına gelen *infamia*, kavramsal olarak bir kimsenin toplum içindeki itibar ve saygınlığını yitirmesi anlamını taşımaktadır. *Infamia* müeyyidesine tabi tutulan kimse, mecazi anlamda damgalandığı gibi, isminin yanına kelimenin gerçek anlamıyla damga niteliğindeki bir işaret eklenir ve bu durum birtakım kamu haklarından memnuiyeti sonucunu da doğururdu. UMUR, "Lügat", s.86. Ayrıca bkz. BUCKLAND, William Warwick; "A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian", 2.Edition, Cambridge 1950.

⁶⁸ Yine ileride değinileceği üzere bu bağlamda vedia, ariyetten farklılık gösterir. RADO, s.82.

Vedia alan ise, vediaya konu maldan kaynaklı olarak maruz kaldığı zararlar veya mal için yaptığı masrafların tazmini amacıyla vedia verene yönelik bir iyiniyet davası olan *actio depositi contraria* davasını açabilirdi⁶⁹.

Vedia akdi, Roma Hukuku kaynaklarında bazı özel türler halinde açıklanmıştır. Buna göre:

- *Depositum irregulare* (gayri muntazam vedia, usulsüz tevdi) olarak adlandırılan akit türünde vedianın konusunu misli eşya, bilhassa da para oluşturmakta olup, borç nevi borcu niteliğini taşımaktadır⁷⁰. Klasik Dönem'de karz akdi ile benzer hukuki muameleye tabi tutulan bu vedia türü, vedia alana verilen para vedia alanın kullanımına bırakılmaktadır⁷¹.

- *Depositum necessarium/miserabile* (zaruri vedia) olarak adlandırılan vedia türünde ise, acil ve engellenmesi mümkün olmayan bir durum nedeniyle malın, kişiliği hakkında bilgi sahibi olunmayan bir kişiye muhafaza edilmek üzere verilmesi ile kurulan bir akit söz konusudur. Akdin bu niteliği nedeniyle, *praetor* vedia verene muhafaza görevinin ihmal yahut ihlali halinde kullanılmak üzere malın değerinin iki katını içeren *actio in duplum* adında bir dava hakkı tanımıştır⁷².

⁶⁹ Ancak tıpkı modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi; vedia alanın zararlar yahut masrafların ödenmemesini gerekçe göstererek hapis hakkı kullanma yahut sair bir alacağa karşı takas talebinde bulunma hakkı Roma Hukuku'nda da bulunmamaktadır. ERDOĞMUŞ, s.55.

⁷⁰ KOSCHAKER- AYİTER, s. 222.

⁷¹ İşbu tezin yazım tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 570. Maddesinde de "Misli Şeylerin Saklanması" başlığı altında, Roma Hukuku'nun Neoklasik Dönemindeki anlayış tekrar edilmektedir.

⁷² TAHİROĞLU, s.172.

- *Sequestratio* (yediemine tevdi) adlı vedia türü ise, günümüz hukukunda da geniş uygulama bulan bir akit olup hukuki ihtilafa konu bir malın ihtilafın hukuk mercilerince nihayete erdirilmesine değin ihtilafın taraflarınca güvenilir bir kimseye bırakılmasını konu edinmektedir. Bu akit türünde, ihtilafın çözümü ile mal haklı çıkan tarafa verilmektedir⁷³.

3- Rehin Akdi (*Pignus*)

Alacaklıya borçlu veya bir üçüncü kişi tarafından bir malın aynı teminat niteliğinde olmak üzere verilmesi ile kurulan aynı akit Roma Hukuku'nda rehin akdi olarak adlandırılır⁷⁴.

Rehin akdinde *res*, *karz* ve *vedia*⁷⁵ akitlerinin aksine mülkiyet veya elde bulundurmanın (*detentio*) aksine zilyetliğin (*possessio*) rehin alana geçmesi ile gerçekleşir⁷⁶. Rehin hakkının doğması için rehin verenin rehne konu mal üzerinde mülkiyetinin olması, rehinle teminat altına alınacak bir alacağın varlığı ve malın rehin niteliğini taşıyacak olmasına yönelik olarak yapılacak bir anlaşmanın varlığı bir arada bulunması gereken üç asal şart olup; rehin verenin rehne konu mal üzerinde

⁷³ ERDOĞMUŞ, s. 56. Yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun 569. Maddesi (818 Sayılı Mülga B.K.- 471. Madde) de yediemine tevdi kavramını "Güvenilir Kişiye Bırakma" başlığı altında aynen muhafaza etmektedir.

⁷⁴ ERDOĞMUŞ, s.57.

⁷⁵ - ve ileride görüleceği üzere ariyet-

⁷⁶ RADO, s. 86.

mülkiyetinin bulunmaması halinde rehin hakkının doğması mümkün olmamakla beraber rehin akdinin kurulması mümkündür⁷⁷.

Rehin akdinde her iki tarafın da menfaati bulunduğundan, her iki tarafın da tüm kusurları ile sorumluluğu söz konusudur⁷⁸. İvazlılık bakımından ise, akdin eksik iki taraflı bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür: rehin alan her zaman borçlu iken; rehin verenin borcu tıpkı vedia akdinde olduğu gibi muhtemel bir borçtur⁷⁹. Bu bağlamda *pignus*, iki ayrı iyiniyet davasına vücut verir.

Rehin veren, rehnin teminat teşkil ettiği alacağın kendisince ödenmesine rağmen rehnin kendisine iade edilmemesi halinde *actio pigneraticia directa* olarak adlandırılan bir dava açma hakkını haizdir⁸⁰. Rehin alan ise tıpkı vedia sözleşmesinde olduğu gibi, rehne konu maldan zarar görmüş olması yahut rehne konu mala ilişkin masraflar yapmış olması halinde kendisine tanınmış bulunan dava hakkı olan *actio pigneraticia contraria* vasıtasıyla anılan zarar veyahut masrafların iadesini talep edebilirdi⁸¹.

⁷⁷ Roma Hukuku terminolojisinde *pignus* kavramı hem bir aynı hak olan rehin hakkını, hem de aynı bir akit olan rehin akdini ifade edecek biçimde kullanılmakta olup; açıklanan bu nüans rehin hakkı ve akdi arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. UMUR, "Lügat", s.157, ERDOĞMUŞ, s.57, TAHİROĞLU, s.176 vd.

⁷⁸ ERDOĞMUŞ, *Digesta*'ya göre rehin alan açısından *custodia* sorumluluğunun dahi söz konusu olmasının ziyadesiyle olası olduğu kanaatindedir. ERDOĞMUŞ, s.57.

⁷⁹ RADO, s.87.

⁸⁰ KOSCHAKER- AYİTER, s.222; RADO, s.87.

⁸¹ ERDOĞMUŞ, s.58.

Rehin alanın aksi kararlaştırılmadıkça malı kullanma yetkisi bulunmamakta olup, böyle bir fiili işlemesi halinde yine vedia akdinde tartışıldığı üzere kendisi açısından *furtum usus*, yani kullanma hırsızlığı suçu da söz konusu olur ve sözleşmeye aykırı fiilin yanı sıra cezai yaptırıma da maruz kalırdı⁸².

4- İnançlı İşlem (*Fiducia*)

Bir kimsenin aynı teminat ya da sair bir amaç ile kendisine ait bir malın mülkiyetini devrederken; bu malın daha sonra kendisine geri verileceğini kararlaştıran anlaşma Roma Hukuku'nda *fiducia* olarak adlandırılmıştır⁸³.

Consensus + res formülü ile kurulması nedeniyle aynı akitler arasında sayılan *fiducia*, *Iustinianus* tarafından *interpolatio*⁸⁴ yoluyla kaynaklardan çıkarılmıştır.

5- İsimsiz Akitler

Roma Hukuku, devletin sınırlarının genişlemesi, ticari ve ekonomik hayatın sürekli gelişme göstermesi gibi nedenlerden ötürü sürekli bir ilerleme göstermiş; zamanla *Ius Civile* sistemi gündelik hayatın olağan akışına cevap vermekte zorlanır hale gelmiştir. *Praetor*'ların komşu devletler hukuklarındaki sistematik ve ilerlemelerin de etkisiyle ortaya çıkan yeni sözleşme tiplerine dava hakkı tanımları sonucunda; *Ius Civile* akitler sistemi iki açıdan genişlemiştir: isimsiz akitlerin

⁸² TAHİROĞLU, s.179; ERDOĞMUŞ, s.58.

⁸³ ERDOĞMUŞ, s. 58.

⁸⁴ *Interpolatio*, yazılı bir metin üzerinde, anlamını veya kapsamını değiştirmek, kimi zaman da kısaltmak ve basitleştirmek amacıyla bilinçli olarak yapılan değişikliklere verilen isimdir. UMUR, "Lügat", s.95.

tanınması ile aynı akitlerin; *pactum*'lardan doğan borçlara dava hakkı tanınması ile rızai akitlerin alanı yukarıda da tartışıldığı üzere genişlemiştir⁸⁵.

Iustinianus tarafından *do ut des* (veriyorum, vermen için), *do ut facias* (veriyorum, yapman için), *facio ut des* (yapıyorum, vermen için) ve *facio ut facias* (yapıyorum, yapman için) olmak üzere dört ana grupta toplanan isimsiz akitler, *consensus + res* formülü ile kuruluyor olmaları nedeniyle aynı akitler kapsamında telakki edilmişlerdir⁸⁶.

İsimsiz akitler; karşılıklı edimler içeriyor olmaları ve akitler sisteminde yer alan sözleşme tiplerinin hiçbirisine doğrudan dahil olmamaları nedeniyle bu şekilde adlandırılmışlardır. En önemli örnekleri arasında ise; trampa akdi olarak tanımlanabilecek olan *permutatio*, bir malın fiyatı tespit edilerek satılmak üzere bir başkasına verilmesini içeren bir sözleşme olan *aestimatum*, tarafların karşılıklı edimlerde bulunmak suretiyle aralarındaki ihtilafı ortadan kaldırmalarına yarayan ve bir çeşit uzlaşma olarak nitelenebilecek olan *transactio* bulunmaktadır⁸⁷.

⁸⁵ Ayrıntılı açıklama için bkz. TAHİROĞLU, s.250-260.

⁸⁶ ERDOĞMUŞ, s. 103.

⁸⁷ TAHİROĞLU, s.257-258; ERDOĞMUŞ, s. 103-106.

II- MODERN HUKUKTA DURUM

Tıpkı Klasik Dönem Roma hukukçularının kabul ettiği tarif gibi; modern hukuk sistemlerinde de aynı akitlerin oluşması için yalnızca tarafların anlaşması ve rızaların beyanı yeterli görülmemekte, ayrıca bir malın verilmesi de gerekmektedir. Ancak Roma Hukuku'nda Klasik Dönem'de malın verilmesi, malın mülkiyetinin geçirilmesini ifade ederken; Klasik sonrası dönemlerde, yukarıda da açıklandığı üzere vedia, ariyet ve rehin akitlerinin ortaya çıkışını takiben bu akitlerde malın elde bulundurma hakkının (*detentio*) veya zilyetliğinin (*possessio*) devredilmesi yeterli kabul edilmiştir. Aynı akitlerin yukarıda da ayrıntılı biçimde tarif edildiği şekliyle oluşması da ancak bu ayrımın şekillenmesi ile gerçekleşmiştir⁸⁸.

İleride çok daha ayrıntılı olarak irdeleneceği üzere; Türk hukuku hiçbir aynı akit öngörmemektedir. Ancak bu durum, aynı akitlerin artık var olmamasından değil; Türk borçlar hukuku sisteminin tıpkı ardılı olduğu İsviçre borçlar hukuku sistemi gibi akit tiplerini rızai akit başlığı altında birleştirmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁹. Roma Hukuku'nda kabul edilen tasnife göre aynı akitler arasında yer alan akitlerden yalnızca taşınır rehni Türk Borçlar Kanunu'nda aynı akit yapısını muhafaza ederken, ödünce ilişkin aynı akitlerin tamamı kendilerini rızai akitler içerisinde düzenlenmiş olarak bulmuşlardır⁹⁰.

⁸⁸ TAHİROĞLU, s. 180-181.

⁸⁹ TAHİROĞLU, s. 181.

⁹⁰ Bu durumu, Roma Hukuku'ndaki sözleşmeler sisteminin modern hukukta yerini sözleşme serbestisine bırakması ile açıklamak mümkündür. Zira rızailik çağdaş hukuk sistemlerinde sözleşmelerin kuruluşundaki temel ölçütü oluşturmakta olup, iradelerin uyuşması sözleşmelerin doğuşu için kural olarak yeterli sayılmaktadır.

Yine ileride de görüleceği üzere Roma Hukuku'nda bir ayni akit olan ariyet, günümüz Türk hukukunda rızai bir akittir. Alman ve Avusturya borçlar hukuku sistemlerinde ise ödünce ilişkin akitler Roma Hukuku'na sadık kalınarak ayni akit vasıflarını muhafaza etmişlerdir⁹¹.

Birinci ve ikinci bölümlerdeki açıklamalarla, çalışmamızın konusunu oluşturan ariyet akdinin özel olarak irdelenmesinden önce akdin Roma Hukuku sistematigi içerisindeki yerini, Roma borçlar hukukunun temel kavramları ve kurumları ile karşılaştırmalı olarak ele almayı amaçladık.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, Roma Hukuku'nda ariyet akdi tarihsel gelişimi, tanımı, unsurları, konusu, tarafları, tarafları açısından doğurduğu borç ve sorumluluklar, vücut verdiği davalar yönlerinden ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁹¹ ERDOĞMUŞ, s. 53.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKU'NDA ARİYET AKDİ- *COMMODATUM*

I- ARİYET AKDİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ödünç işlemi, günümüz sosyal hayatında dahi büyük sıklıkla gerçekleştirilen bir işlemdir. Teknolojinin gelişmesiyle sosyal iletişimin ve kişiler arasında birebir temasa dayalı gündelik yaşamın bir hayli seyredildiği günümüz toplumlarına nazaran; tarımın birincil geçim kaynağı olduğu, komşuluk ve akrabalık ilişkilerinin hayatta çok önemli bir yer tuttuğu Roma toplumunda bu hukuki olayın çok daha yaygın olarak yaşandığı ve kıyası kabil olmayacak ölçüde önemli olduğunu söylemek mümkündür⁹².

Roma Hukuku'ndaki pek çok sözleşme gibi, ariyet akdi de bir dostluk sözleşmesi niteliğini taşımaktadır⁹³. Akdin dostluğa, karşılıklı iyi niyete ve sosyal samimiyete dayalı bu kimliği, Roma Hukuku sistematığı içerisinde uzun yıllar boyunca kodifikasyona tabi olmaması sonucunu doğurmuştur. Başka bir anlatımla, esasen dostluğun bir unsuru olan ödünç ilişkisinin Roma Hukuku'na tanınan bir sözleşme olarak vücut bulması, ancak Roma Hukuku tarihinin son döneminde, Cumhuriyet döneminin sonlarında gerçekleşmiştir⁹⁴.

⁹² Benzer görüş için TAHİROĞLU, s.163.

⁹³ RADO, s.77.

⁹⁴ ZIMMERMANN, Reinhard; "The Law Of Obligations, Roman Founfation of the Civilian Tradition", Oxford 1998, s.189. WATSON ise daha spesifik bir tarih belirtmek suretiyle, ariyet akdinin M.Ö. 1.Yüzyıl başlarında ayrı bir akit olarak şekillendiğini belirtmektedir. WATSON, Alan;

Ariyet akdinin dostluğa dayalı bu niteliği ve yasal olarak tanınmasının Roma Hukuku'nun son dönemlerinde gerçekleşmiş olmasının doğal bir sonucu olarak, ariyet sözleşmesindeki ihtilaflardan doğan davalar da ziyadesiyle ender görülmüştür⁹⁵.

Ariyet akdinin yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) akitleri ile beraber *Ius Civile*'de yer bulması, yine yukarıda tartışıldığı üzere pek çok hukuki gelişme açısından da benzer seyir sürecinde olduğu gibi *praetor* faaliyetleri ile, yani *Ius Honorarium*⁹⁶ ile gerçekleşmiştir⁹⁷. Sosyal hayatta yaşanan değişimler, aynı akitler kavramına geç dahil olarak karz akdinin yanına katılan bu üç akdin yasal düzenlemeye tabi tutulmaları gereksinimini doğurmuş ve bu gereksinim *praetor* faaliyetleri ile hayata geçirilmiştir⁹⁸. Böylelikle *commodatum*'dan doğan iyi niyet davaları da aşağıda ayrı ayrı inceleneceği üzere doğmuştur.

"The Evolution Of Law: The Roman System of Contracts" Law And History Review, Rev.1, 1984, s.12.

⁹⁵ CIVIR, Hakan; "**Roma Hukuku'ndan Günümüze Ariyet Akdi**", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s.31.

⁹⁶ *Edictum*'lar vasıtasıyla, *magistra*'lar tarafından vaz'edilen ve örf ve adetlerle kanunlar ve hukukçu içtihatlarından oluşan, *Ius Civile*'de karşılığı bulunan hukuk kurallarına bir bütün olarak *Ius Honorarium* adı verilir. UMUR, "Lügat", s.101.

⁹⁷ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; "**Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)**", Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.34.

⁹⁸ Ariyet, vedia ve rehin akitlerinin *consensus + res* formülüyle kuruluyor olmaları bu üç akdin hem birbirlerinden ayrılma ve hem de birbirlerine yaklaşmalarını sağlamıştır. Yukarıda bu akit tiplerinin

II- ARIYET AKDİNİN TANIMI

Tüketilemeyen bir malın ücretsiz olarak kullanılması ve sonra iade edilmesi için başka bir kimseye verilmesinden doğan, eksik iki taraflı, iyi niyet davası doğuran sözleşmeye ariyet akdi adı verilir⁹⁹.

Ariyet akdinin genellikle taşınır, misli ve tüketilebilen mal kategorisine girmeyen bir malın bir süre kullanılmak üzere ivazsız olarak bir başkasına verilmesiyle (*utendum dare*) kurulan aynı akit olarak da tanımlanması mümkündür¹⁰⁰.

Her iki tanımdan da anlaşıldığı üzere, ariyet akdi; ariyet alan (*commodatarius*) ile ariyet veren (*commodans*) arasında kurulan, konusu tüketilemeyen, yani kullanılmakla ortadan kalkmayan bir mal olan ve ivazsız olarak, belirli bir süre için malın ariyet veren tarafından ariyet alana verilmesi ile kurulan bir akittir.

Bu tanım ışığında; bir kişinin arkadaşına o günkü sınavında kullanmak üzere tükenmez kalemını ödünç vermesinin, ya da bir kişinin sınava girecek olan kardeşine cep saatini ödünç vermesinin ariyet sözleşmesine örnek olarak gösterilmesi mümkündür. Her iki örnekte de, ariyet alanın tüketilemeyen bir malı, yalnızca elde bulundurma hakkını kazanacak şekilde teslim alarak, kullanım amacına uygun olarak kullandıktan sonra aynı şekilde ariyet verene iade etmesi söz konusudur.

temel özellikleri açıklanmış olup, ileride ariyet akdinin vedia ve rehin akitleri ile benzer ve farklı yanları karşılaştırmalı olarak bilahare ele alınacaktır. Ayrıca bkz. TAHİROĞLU, s.161.

⁹⁹ UMUR, "Lugat", s.41.

¹⁰⁰ ERDOĞMUŞ, s.51.

Ariyet akdi tanımından da anlaşılacağı üzere birtakım kurucu asal unsurların bir araya gelmesi ile vücut bulmaktadır. Şimdi ariyet akdinin asal ve kurucu unsurlarını incelemek arzusundayız.

III- ARIYET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A) Ariyete Konu Malın Kullanımının Bir Başkasına Bırakılması Gerekmemektedir.

. Ariyet sözleşmesi, tanımı ve doğası gereği sözleşmenin konusunu teşkil eden malın, bir kimse tarafından bir başkasına bırakılmasını gerektirmektedir. Eş deyişle, ariyet alan ve ariyet veren ariyete konu malın verilmesi hususunda anlaşmalar dahi (*consensus*), malın elde bulundurma hakkı (*detentio*) ile ariyet alana bırakılması, yani *res* gerçekleşmeksizin ariyet akdinin kurulduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰¹.

Ariyet akdinde *res*'in kurucu şart olduğu hususu, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de aşağıdaki gibi yer almıştır.

Ius. Ins. 3, 14, 2

"Item is, cui res aliqua utanda detur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione."

¹⁰¹ RADO, s.75; TAHİROĞLU, s.161.

"Keza, kendisine kullanılması için, yani ariyet olarak bir şey verilen kimse de, aynı olarak borçlanır ve ariyet davasından sorumlu olur."¹⁰²

B) Ariyete Konu Mal, Sözleşmede Kararlaştırılan Amaca Uygun Kullanılmalı ve Aynen İade Edilmelidir.

Ariyet akdinin konusunu oluşturan mal tüketilemeyen bir mal olmakla, ariyet akdinden doğan borç da bu bağlamda parça borcudur¹⁰³. Parça borcunun hukuki niteliği gereği, ariyet akdinin konusunu oluşturan malı ariyet olarak alan, kullanım amacına uygun olarak kullandıktan sonra aynı şekilde iade etmek zorundadır¹⁰⁴.

Amaca uygun kullanma akdin esaslı unsurlarından olup aksi yönde davranış ilerde görüleceği üzere ariyet alan açısından sorumluluğun doğmasına sebebiyet verecektir¹⁰⁵.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde bu unsur aşağıdaki gibi ifade edilmiştir:

Ius. Ins. 3, 14 ,2

"Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituende tenetur."

¹⁰² *IUSTINIANUS*, s.240-241.

¹⁰³ RADO, s.75-76

¹⁰⁴ TAHIROĞLU, s.163; ERDOĞMUŞ, s.53.

¹⁰⁵ BURDICK, William L; **"The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law,"** The Lawbook Exchange Ltd, New York 1988, s. 439.

"...Fakat bu kimse, karz alandan çok farklı bir durumdadır: zira o şey kendisinin olsun diye verilmemiştir ve bunun yanında bizzat o şeyi iade etmekle mükelleftir."¹⁰⁶

C) Ariyet Akdi Ücretsiz Olmalıdır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, ariyet akdi karşılıklı dostluğa dayalı olarak ortaya çıkan bir sözleşmedir. Akdin bu niteliği, ariyet alanın hukuki işlemde kaynaklı olarak herhangi bir ücret istememesi ve almaması sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁷. Eş deyişle, ariyet akdi ivazsız bir sözleşmedir.

Ariyet işleminin herhangi bir ücret yahut mal karşılığında kurulması halinde; akit ariyet kapsamında telakki edilemeyecektir. Ödünç alma işlemi karşılığında ödünç alanın bir ücret alması halinde kurulan akit Roma Hukuku'na göre bir kira sözleşmesi olacaktır¹⁰⁸.

Ödünç işlemi karşılığında ödünç alanın ücret değil herhangi bir mal temin etmesi halinde ise, isimsiz bir akit kurulmuş olacaktır¹⁰⁹.

Ariyet akdinin ivazlı olmaması ve herhangi bir ücretin kararlaştırılması halinde kurulan akdin kira sözleşmesi niteliği taşıması, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde aşağıdaki gibi yer almıştır:

¹⁰⁶ *IUSTINIANUS*, s.240-241. Ayrıca bkz. EKER, Ayşegül; "**Roma Hukukunda Ariyet Akdi**", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2004, s.26-27.

¹⁰⁷ KOSCHAKER-AYİTER, s.220.

¹⁰⁸ HUNTER, William; "**Introduction to Roman Law**", William Maxwell and Son Publishing, Oxford University, London 1955, s.117; ERDOĞMUŞ, s.161; RADO, s.75; TAHİROĞLU, s.161.

¹⁰⁹ CIVIR, s. 34.

Ius. Ins. 3, 14, 2

"... Commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum."

"... Hiçbir ücret veya taahhüt etmeden, sana kullanılmak üzere bir şey verilmişse, hakiki bir ariyet olduğu anlaşılır: yoksa ücret mevcut olduğu zaman, o şeyin sana kira akdi mucibince verildiği kabul edilir, zira ariyet ücretsiz olmalıdır."¹¹⁰

IV- ARİYET AKDİNİN KONUSU

Ariyet akdinin tanımı ve unsurlarında da belirtilmiş olduğu üzere, ariyetin konusunu oluşturan mal birtakım özellikleri taşımalıdır.

A) Misli Olmama ve Tüketime Tabi Olmama Yönünden

Ariyet akdinin konusunu misli olmayan mallar oluşturur. Eş deyişle, ariyete konu şeyler ferden belirlenmiş, bir başka benzeriyle ikame edilmesi mümkün olmayan şeylerdir¹¹¹. Bu bağlamda yazarı ve konusu belirli olan bir kitabın ariyet olarak verilmesi mümkünken, "on adet kitap" biçiminde bir konusu bulunan, yani kitapların niteliğinin herhangi bir önem arz etmediği bir durumda ariyet akdi kurulması mümkün değildir.

¹¹⁰ IUSTINIANUS, s.242-243.

¹¹¹ TAHİROĞLU, s.164.

Aynı şekilde, tüketime tabi olan ve kullanımı ile ortadan kalkacak olan mallar da ariyet akdine konu teşkil edemezler¹¹². Söz gelimi bahçe aletleri, kıyafetler, araç ve taşıtlar, hatta kölelerin dahi ariyet sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür. Ancak para, yakıt, kereste, gıda gibi tüketilebilir şeyler ariyet akdinin konusunu oluşturamaz. Bu husus, *Digesta*'da aşağıdaki gibi belirtilmiştir:

D. 13, 6, 3, 6, Ulpianus libro XXVIII ad Edictum

"Non potest commodari id, quod usu consumitur."

"Kullanma ile bitebilen, tüketilebilen şeyler ariyet akdi ile verilmezler."

Bu hususların bir istisnası ise Roma Hukuku kaynaklarında zikredilmiştir. Buna göre; ariyetin konusu olan şeyin kullanılma şeklinin mutad olmaması, olağandan farklı bir nitelik arz etmesi halinde, tüketilebilecek ve misli bir malın da ariyet olarak verilmesi mümkündür¹¹³.

Bu durumun örneğini ise, fiyaka ve gösteriş amacıyla, yani bir başkasına ariyet olarak alınan malın maliki ve zilyedi olarak görünmek maksadı taşıyarak kurulan ariyet akdi oluşturur. Bir kimsenin cüzdanını dolgun göstermek için yüksek meblağlı banknotları bir arkadaşından aynen iade etmek üzere alması ya da bir miktar bozuk paranın bir sergi için yine aynı şekilde geri verilmek üzere alınması halinde kurulan sözleşme ariyettir¹¹⁴. Roma Hukuku kaynaklarında bu gösteriş amacı

¹¹² RADO, s.75.

¹¹³ ZIMMERMANN, tüketime tabi olan malların ödünç olarak verilmesinin ancak karz akdini (*mutuum*) oluşturabileceğini belirtmektedir. ZIMMERMANN, s. 188. Benzer görüş için RADO, s.76.

¹¹⁴ DI MARZO, s.369, TAHİROĞLU, s.164.

ad pompam vel ostentationem olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵. *Digesta*'da da bu husus aşağıdaki gibi belirtilmiştir:

D. 13, 6, 3, 6

"Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat."

"Tüketilebilen ve misli mal olan paranın da örneğin bir kimseye zengin olduğu kanaatini uyandırmak için gösterilmesi için ariyet alınması mümkündür, alınan paralar aynen geri verilecektir."

B) Taşınır Veya Taşınmaz Mal Olabilme Yönünden

Ariyet akdinin konusu kural olarak taşınır mallardır¹¹⁶. Ancak, ariyet akdinin diğer koşullarının, yani ivazsız olma, kullanım amacına uyulma ve aynen iade edilme şartlarının hayata geçirilmesi halinde taşınmaz malların da ariyete konu olması mümkündür. Bu duruma örnek olarak; bir kimsenin depolama imkanı bulunmadığı tahıllarını saklamak amacıyla bir dostuna ait tahıl ambarını kullanması yahut bir kimsenin kendisi tatildeyken yüzme havuzunu komşusunun kullanımına bırakması gösterilebilir¹¹⁷.

¹¹⁵ RADO, s.76.

¹¹⁶ ERDOĞMUŞ, s.51.

¹¹⁷ RADO, s.75; TAHİROĞLU, s.164.

C) Ariyete Konu Mal Üzerindeki Hâkimiyetin Hukuki Niteliği Yönünden

Daha önce de belirttiğimiz üzere, ariyet akdinde *res*'in, ariyet alan açısından *detentio* hâkimiyeti, yani malı elde bulundurma hakkını doğurur¹¹⁸.

Zıt yorumla bu tanımdan ariyet alanın ariyete konu mal üzerinde zilyetlik (*possessio*) ve mülkiyet (*dominus*) hâkimiyetlerini haiz olamayacağı anlamını çıkarmak mümkündür. Bu durumun Roma Hukuku açısından pratikteki anlamı ise önemlidir: *possessor*, yani zilyet malı egemenliğinde bulundurmanın (*corpus*) yanı sıra, malı kendi mülkü gibi saklamaktadır (*animus rem sibi habendi*)¹¹⁹. *Detentor* ise malı hâkimiyetinde bulundurmak ve kullanımını elde bulundurmakla beraber (*corpus*), malı bir başkasının adına elinde bulundurmaktadır (*animus rem alteri habendi*). Eş deyişle, zilyetin mal üzerindeki niyeti kendisine ilişkin iken, *detentor* mal üzerinde şahsi herhangi bir niyet taşımamaktadır.

İşte bu ayırmadan ötürü, zilyet mal üzerinde zamanaşımı yoluyla kazanma hakkına sahipken ve fiili hâkimiyeti birtakım *interdictum*'lar¹²⁰ ile korunurken; *detentor* bu haklardan yararlanamamaktadır¹²¹.

¹¹⁸ *Detentio* kavramının ve sıfat biçimi olan *detentor* kelimesinin dilimizde tam anlamıyla bir karşılığı olmamakla beraber, kimi kaynaklarda "vaziüyetlik" ifadesi kullanılmaktadır. KOSHCAKER-AYİTER, s.122.

¹¹⁹ Bu bağlamda zilyetlik hem bir fiili, hem de hukuki bir durumu kapsar nitelikte ikili bir anlam ifade etmektedir. ÖCAL APAYDIN, Bahar; "Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları", Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 78.

¹²⁰ *Interdictum*, *Formula* usulü zamanında *praetor*'un ve eyaletlerde valilerin kimi durumlarda yetkilerini kullanmak suretiyle hâkimin karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde, ihtilaflı bir işin

Ariyet alanın mal üzerindeki hâkimiyetinin yalnızca *detentio* olması, ariyet verenin malik olmasının zorunlu olmaması sonucunu doğurmaktadır¹²². Bu durum, yalnızca ariyet verenin malik olmayabileceği sonucunu değil; aynı zamanda vedia alınmış, ariyet alınmış, hatta hırsızlık ile elde edilmiş malların dahi ariyet olarak verilebileceği, intifa hakkı sahibinin de ariyet verebileceği gibi sonuçları da doğurmaktadır¹²³.

Başkasına ait bulunan bir malın ariyet olarak verilmesinin mümkün olduğu hususu, *Digesta*'da da açıkça belirtilmiştir.

D. 13, 6, 15, Paulus libro XXIX ad Edictum

"Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus."

yapılmasını yasak veya emretmek suretiyle halletmelerini ifade eden bir terimdir. UMUR, "Lügat", s. 90.

¹²¹ KOSCHAKER- AYİTER, s.122-123; TAHİROĞLU, s.161. Ayrıca belirtmek isteriz ki *possessio*, *detentio* ve *dominus* arasındaki farklar çok daha büyük bir derinlik ve ayrıntılı inceleme gerektiren ayrı bir çalışma konusu olduğundan, çalışmamızda yalnızca çerçeve olarak temel nüanslara değinmekle yetinilmiştir. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. OĞUZOĞLU, H.Cahit; **"Roma Hukuku"**, Ankara 1952, s.169 vd.; UMUR, Ziya; **"Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)"**, İstanbul 1985, s.99 vd.

¹²² TAHİROĞLU, s.162.

¹²³ TAMER, Diler; **"Roma Hukuku Uygulamaları"**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.203, ERDOĞMUŞ, s. 51; TAHİROĞLU, s. 162.

"Başkasına ait olup da zilyedi bulunduğumuz şeyi de, başkasına ait olduğunu bilerek, ariyet verebiliriz."¹²⁴

Yukarıda belirtildiği üzere vedia yahut ariyet olarak alınan, hırsızlık yahut gasp sonucu elde edilen malların ariyet verilmesinden doğacak ariyet davalarını açma yetkisi ise malların esas malikine değil, ariyet verene tanınmıştır¹²⁵. Bu durum *Digesta*'da aşağıdaki gibi yer almıştır:

D. 13, 6, 15, Marcellus libro V Digestorum

"ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem."

"...bu suretle hırsız veya gasıp (gasp eden) ariyet vermişlerse, ariyet davasını haiz olurlar."¹²⁶

Aynı şekilde, kamu hizmetlerine ayrılmış yerler de, kamu hizmetinin görülmesini herhangi bir suretle engellemek yahut yavaşlatmamak kaydıyla ariyet olarak verilebilir¹²⁷. Buna örnek olarak bir sahilin bir düğün aktivitesi için ariyet verilmesi gösterilebilir.

¹²⁴ Aktarılan metnin çevirisi: DI MARZO, s. 369.

¹²⁵ ERDOĞMUŞ, s.51.

¹²⁶ Aktarılan metnin çevirisi: DI MARZO, s. 369

¹²⁷ CIVIR, s.27; TAHİROĞLU,s.162.

V- ARIYET AKDİNİN HUKUKİ NİTELİK VE VASIFLARI

Ariyet akdinin hukuki nitelik ve vasıflarını aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür:

- Roma Hukuku'nda ariyet akdi aynı bir akittir. Bu durum, daha önce etraflıca anlatıldığı üzere, sözleşmenin kurulması için yalnız irade uyuşmasının değil, malın tesliminin de gerekli olmasından kaynaklanmaktadır. Malın teslim edilmesi söz konusu olmaksızın, yalnızca *consensus* gerçekleşmiş ise; bir ariyet akdinden değil, şekilsiz bir anlaşmadan söz edilir¹²⁸.

- Ariyet akdi eksik iki taraflı bir akittir. Bir başka anlatımla, sözleşmede esas borçlu olan ariyet alan her zaman borçlu konumdayken; ariyet verenin borcu muhtemel bir borç olup, yalnız belli hallerin gerçekleşmesi halinde borç altına girecektir¹²⁹. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, tarafların borç ve sorumluluk halleri ayrıntılı olarak incelenecektir.

- Ariyet akdi bir dar hukuk akdi değil, iyi niyet akdi olduğundan, iyi niyet davalarına vücut vermektedir¹³⁰.

- Ariyet akdi şekle bağlı bir akittir. Söz konusu şekil modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi yazılı yahut sözlü birtakım kuralları değil; yalnızca *res*'i, yani malın teslimini ifade etmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere *res* söz konusu olmadığı takdirde yapılan anlaşma yalnızca şekilsiz bir anlaşma, bir *pactum* niteliği taşır. Bu durumun doğal sonucu ise, ariyet davalarına konu edilmek yahut ariyet davalarında

¹²⁸ RADO, s. 75.

¹²⁹ TAHİROĞLU, s.51.

¹³⁰ KOSCHAKER- AYİTER, s.220.

göz önünde tutulmakla beraber; hakimın iyi niyet kuralları ve somut olayın gerekleri kapsamında kullanacağı takdir yetkisine tabi olmalarıdır¹³¹.

VI- ARİYET AKDİNİN TARAFLARI

A) Ariyet Veren (*Commodans*)

Ariyet veren, Roma Hukuku'nda ariyet akdinin iki tarafından biridir. Ariyet yukarıda belirtildiği üzere eksik iki tarafa borç yükleyen bir akit olup, akitte borcu istisnai ve muhtemel nitelik taşıyan taraf, ariyet verendir¹³². Eş deyişle, ariyet verenin sorumluluğu ancak kastı ve ağır ihmali hallerinde söz konusu olup, bu ihtimaller ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ariyet akdinde *res* yalnız *detentio*'nun nakli sonucunu doğurmak ve ariyet verenin malın maliki olması şart olmamakla beraber; şayet ariyet veren malik yahut zilyet ise, bu hâkimiyet vasfı aynen devam edecektir. Eş deyişle, ariyet akdi ariyet verenin mülkiyet yahut zilyetliğini ortadan kaldırmaz¹³³. Bu durum *Digesta*'da da açıkça ifade edilmiştir:

D.13, 6 , 8 Pomponius libro Quinto ad Sabinum

"*Rei commodatae et et possessionem et proprietatem retinemus.*"

"...ariyet veren zilyet ve/veya malik kalır."

¹³¹ RADO, s. 77; CIVIR, s.25.

¹³² TAHİROĞLU, s.166-167.

¹³³ EKER, s.32.

D. 13, 6, 9 Ulpianus libro Secundo ad Edictum

"nemo enim commodando rem facit eius cui commodat"

"...ariyet veren ariyet alanı malik haline getirmez."¹³⁴

Ariyet verenin gasp eden, yahut hırsız konumunda dahi bulunabilmesi mümkün olduğu gibi; tıpkı ariyet alan gibi *detentor* olması hali de mümkündür. Bu durum da *Digesta*'dan açıkça anlaşılmaktadır.

D. 41, 2, 30, 6 Paulus libro XV ad Sabinum

"Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit."

" Eğer sana bir malımı ariyet veririm ve sen de onu sana ait olduğunu düşünen Titius'a ariyet verirsen, ben yine de zilyet olurum. Aynı şey benim kiracımın veya benden vedia alan kişinin, malı bir başkasına kiralaması veya vedia vermesi durumunda da geçerlidir."¹³⁵

B) Ariyet Alan (*Commodatarius*)

Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, ariyet akdinin diğer tarafını oluşturan *commodatarius*, sözleşmenin esas borçlusudur. Zira ariyet alan, ariyetin

¹³⁴ D. 13, 6, 3 ,6'da ise Ulpianus, ariyetten doğan davayı açan kimseye malın takdir edilen değerinin ödenmesi halinde, davalının malın maliki haline geleceğini belirtmektedir. Akt. ERDOĞMUŞ, s.51.

¹³⁵ Aktarılan metnin çevirisi: KÜÇÜKGÜNGÖR, s.38-39.

konusunu kullanım amacına uygun olarak kullandıktan sonra kararlaştırılan süre içerisinde aynen iade etmekle yükümlüdür¹³⁶.

Ariyet alan, malı elde bulundurma hakkını haizdir, yani *detentor* konumundadır. Zıt bir anlatımla ise, -yine yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere- ariyet alanın ariyetin konusu üzerinde zilyetlik yahut mülkiyet hakimiyeti bulunmamaktadır.

Ariyet alan zilyet yahut malik olmadığı için kazandırıcı zamanaşımı ile malı iktisap etme yahut *interdictum*'lar yoluyla hukuki olarak korunma haklarından yoksundur. Ancak, ariyet alan kişi ariyetin konusunu teşkil eden şeyi saklamak kastı ile geri vermezse, zilyetliği kazanır. Zira böyle bir durumda ariyet alan açısından *corpus*, yani fiili hakimiyetin yanı sıra artık *animus rem sibi habendi*, yani malı kendi adına, kendi mülküymüş gibi bulundurma niyeti söz konusu olacaktır¹³⁷.

VII- ARIYET AKDİNDEN DOĞAN BORÇLAR

A) Ariyet Alan Yönünden

Ariyet alan akdin daima esas borçlusudur. Bu esas borç, ariyet olarak aldığı şeyin aynen iadesidir¹³⁸. Aynen iade yalnızca ariyet alınan şeyin alındığı koşullarla geri verilmesini değil, ariyet alanın malı elinde bulundurduğu süre zarfında da

¹³⁶ TAHİROĞLU, s. 165.

¹³⁷ KOSCHAKER bu durumun *opinio domini*, yani "malik olma sanısı" ile karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Zilyetliği haksız da olsa ele geçiren kişinin yine de malik olmadığını bilmesi, bu ayrımı şekillendirmektedir. KOSCHAKER- AYİTER, s. 122-123.

¹³⁸ RADO, s.77; TAHİROĞLU, s.165.

kullanımını kararlaştırılan biçimde gerçekleştirmesini ve iade işlemini süresi içerisinde gerçekleştirmeyi de kapsamaktadır.

Ariyet akdinden doğan borç bir parça borcu olduğundan, ariyet alanın borçtan kurtulmasının tek yolu kendisinin hiçbir kusuru olmaksızın, bir mücbir sebebin varlığı nedeniyle telef olmasıdır¹³⁹. Eş deyişle, ariyet akdinde hasar ariyet verene aittir¹⁴⁰.

Cins borçları *genus nom perit* olarak adlandırılan kural ile de ifade edildiği üzere asla yok olma sebebiyle ortadan kalkmazken, parça borcu doğuran akitlerde akit konusunu oluşturan şey dünyada tek ve emsalsizdir. Bu bağlamda edimin kusur olmaksızın, bir mücbir sebep nedeniyle imkansızlığı ileride görüleceği üzere ariyet alanın sorumluluğunun ortadan kalkması açısından önem taşımaktadır¹⁴¹. Kusuru ortadan kaldıran bir durum söz konusu değilse, kusur ve bunun doğal sonucu olan sorumluluk gündeme gelecektir.

Ariyet akdine konu malın kullanım amacına uygun olarak kullanılması kavramı; ariyet alan açısından sınırlayıcı ve borç doğurucu bir nitelik içerir. Söz gelimi, ariyet alanın tarım işlerinde kullanmak üzere ariyet verenden geçici olarak aldığı atı yarıştırması durumunda, ariyet alanın akdin konusuna uygun kullanımı söz konusu olmayacaktır.

¹³⁹ UMUR, "Ders Notları", s.300.

¹⁴⁰ ERDOĞMUŞ, s.52.

¹⁴¹ RADO, s.78.

Ariyet alanın ariyete konu malı iade etmesi gereken süre ise; taraflarca kararlaştırılabileceği gibi, halin icabına göre de belirlenebilmektedir¹⁴². Söz gelimi, bir kölenin bir taşıma işi için ariyet olarak verilmesi ile bir bahçenin yıllık bakımını ve hasadını gerçekleştirmesi için gerekecek süre farklılık gösterecektir.

B) Ariyet Veren Yönünden

Ariyet verenin borcu ancak belirli koşullarda söz konusu olan, istisnai ve muhtemel bir borçtur¹⁴³.

1- *Impensae Necessariae* Yönünden

Ariyet alanın ariyetin konusunu oluşturan malın bakımı ve korunması amacıyla birtakım zorunlu masraflar yapması halinde, ariyet veren açısından bu zararların tazmini borcu doğacaktır¹⁴⁴. Burada önemli olan husus, masrafların zorunlu olmaları, yani *impensae necessariae* niteliğini taşımalarıdır¹⁴⁵. Örneğin ariyet olarak alınan bir kölenin aciliyet arz eden ve ariyet alana ait diğer kölelere bulaşma riski içeren sağlık sorunlarının çözümü için yapılan masraflar, ariyet olarak alınan gıdanın ani bir fırtına nedeniyle zarar görerek bozulmasını önlemek amacıyla alınan koruma önlemlerinden doğan masraflar zorunlu masraf, yani *impensae necessariae* niteliğindedir.

¹⁴² TAHİROĞLU, s.165.

¹⁴³ RADO, s.78.

¹⁴⁴ KOSCHAKER- AYİTER, s.220.

¹⁴⁵ *Impensae necessariae*, bir malın bozulmasına, değerini kaybetmesine veya değerini kaybetmesine engel olmak amacıyla yapılan masrafları ifade eden bir terimdir. UMUR, "Lügat", s.83.

Dikkat etmek gerekir ki, *impensae necessariae* kavramı, örneklerden de anlaşılabilirliği üzere yalnızca olağanüstü nitelik arz eden zorunlu masrafları kapsamaktadır¹⁴⁶. Başka bir anlatımla, ariyete konu malın hayatın olağan akışına göre korunması ve saklanması için yapılması lazım gelen masraflar zaten ariyet akdinin ve ariyet alanın borcunun kapsamına dahil olup, ariyet veren açısından tazmin yükümlülüğü doğurmaz.

Ariyet veren açısından tazmin yükümlülüğünün yalnızca olağanüstü nitelikteki zorunlu masraflar açısından söz konusu olması; ariyet alanın yaptığı faydalı masraflar (*impensae utiles*¹⁴⁷) ve lüks masraflar (*impensae voluptariae*¹⁴⁸) nedeniyle ariyet verenin herhangi bir borç ve sorumluluğunun doğmayacağı anlamına gelmektedir. Yapılan masrafların zorunlu, faydalı yahut lüks nitelikte olduğunun değerlendirilmesi, akdin iyi niyete dayalı niteliği nedeniyle her olayda ayrı ayrı yapılmakta olup, kesin bir sınırlama söz konusu değildir.¹⁴⁹.

¹⁴⁶ RADO, s.78.

¹⁴⁷ *Impensae utiles*, bir malın değerini ve getirdiği semereleri artırmak amacıyla yapılan faydalı masrafları ifade eden bir terimdir. UMUR, "Lügat", s.83.

¹⁴⁸ *Impensae voluptariae*, bir malın değeri veya semerelerini artırmak için değil, herhangi bir iktisadi kaygı gütmeksizin yalnızca süsleme amacıyla yapılan lüks nitelikteki masrafları ifade eder Roma Hukuku terimidir. UMUR, "Lügat", s.83.

¹⁴⁹ Söz gelimi, ariyet alanca muhafaza edilmesi kararlaştırılmayan bir şeyin muhafazası için yapılan masraflar olağanüstü nitelik taşıyalar dahi zorunlu masraf olarak telakki edilemeyecektir. Ayrıca bkz. DI MARZO, s.215 vd.

2- Ariyete Konu Maldan Kaynaklanan Beklenmeyen Zararlar Yönünden

Ariyet verenin muhtemel borcu, ariyet alanın ariyete konu mal nedeniyle öngörülmesi mümkün olmayan bir zarara uğraması durumunda da ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰.

Bu zarardan ariyet verenin sorumlu tutulması için gerekli olan unsurlar; zararın ariyet verenin kusurundan kaynaklı olarak ortaya çıkması ve zararın ariyet alan açısından önceden öngörülmesinin mümkün olmamasıdır¹⁵¹. Örneğin ariyet olarak verilen bir kölenin taşıdığı veba hastalığının ariyet alanın kendi kölelerine bulaşması; yahut ariyet olarak verilen bir ceketin astarındaki delik nedeniyle ariyet alanın cebine koyduğu parayı kaybetmesi gibi durumlarda; ariyet alanın uğradığı zararın ariyet veren tarafından tazmini gerekecektir.

VIII- ARİYET AKDİNDE TARAFLARIN SORUMLULUĞU

Yukarıda açıklandığı üzere ariyet akdi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ariyet alanın aynen iadedden mütevellit borcu esas nitelikte olup, bu borcu ifa etmemesi, sorumluluğu cihetine gidilmesi sonucunu doğuracaktır. Ariyet edenin borcu ise muhtemel nitelikte olup, ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde borç ve doğal sonucu olarak sorumluluk söz konusu olacaktır.

Öncelikle ariyet alanın sorumluluğu üzerinde durmak arzusundayız.

¹⁵⁰ UMUR, "Ders Notları", s.344.

¹⁵¹ TAHİROĞLU, s.166-167; CIVİR, s.34.

A) Ariyet Alanın Sorumluluğu

Ariyet alan, ariyete konu malı kararlaştırılan amaca uygun olarak kullanmasının akabinde süresi içerisinde aynen iade etme borcunu ifa edememesi halinde, akitten kaynaklı sorumluluğu meselesi gündeme gelecektir.

Ariyet alanın sorumluluğu Roma Hukuku'nun tarihsel dönemlerinde değişiklik göstermiştir. Klasik Dönem'de sorumluluk ölçütleri *Iustinianus* Dönemi'ne nazaran çok daha ağırdır: Klasik Dönem'de kusursuz sorumluluk anlayışı hakim olup sorumluluk ölçütleri de buna göre belirlenirken; *Iustinianus* Dönemi'nde bu anlayış istisnai nitelikteki kimi hususlar haricinde bütünüyle bir kenara bırakılarak kusura dayalı sorumluluk anlayışına geçilmiştir¹⁵². Bir başka anlatımla, Klasik Dönem'de objektif sorumluluk anlayışının, *Iustinianus* döneminde ise sübjektif sorumluluk prensiplerinin hâkim olduğunu söylemek mümkündür¹⁵³.

Bu bağlamda ariyet alanın sorumluluğu da Roma Hukuku'ndaki kronolojik gelişme ve anlayış farklılıklarına paralel olarak değişkenlik göstermiş olup, çalışmamızda da bu doğrultuda ayrı ayrı ele alınacaktır.

¹⁵² Roma Hukuku'nda sorumluluk ölçütlerinin izledikleri tarihsel değişim süreci, çalışmamızda yalnızca konumuzu oluşturan ariyet akdi yönünden irdelenmiş olup, esasen tüm ayrıntılarıyla incelenmesi gereken apayrı bir çalışma konusu olduğundan çerçeve olarak ele alınmakla yetinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için ZİLELİOĞLU, Hilal; "**Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış**", AÜHF 1987, Cilt 39.

¹⁵³ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem; "**Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Periculum Est Emptoris: Hasar Alıcıya Aittir**", Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s.30.

1- Klasik Dönem'deki Durum

Klasik Dönem'de ariyet alanın sorumluluğu, Roma Hukuku'nun dönem itibariyle egemen sorumluluk anlayışı ile örtüşür biçimde; kusurun yanı sıra *casus* olarak ifade edilen birtakım beklenmeyen halleri de ariyet alana yükleyen bir sorumluluktur¹⁵⁴. Söz gelimi, malın ariyet alanın hiçbir kusuru olmaksızın çalınması halinde dahi ariyet alanın mesuliyeti söz konusudur¹⁵⁵. Neredeyse kusursuz sorumluluğa yaklaşan ve nezaret sorumluluğu olarak da tanımlanabilecek olan bu sorumluluğa *custodia* sorumluluğu denilmektedir¹⁵⁶. *Custodia* sorumluluğu bu bağlamda yalnız ihmalkarlıktan kaçınmayı, yani pasif bir ödevi değil; aynı zamanda aktif bir ödev olan malı korumaya yönelik çeşitli önlemler alma yükümlülüğünü de

¹⁵⁴ RADO, s.78.

¹⁵⁵ Ancak böyle bir durumda ariyet alan, hırsıza karşı hırsızlıktan doğan dava, yani *actio furti* açma hakkını haizdir. TAHİROĞLU, s.165.

¹⁵⁶ *Custodia*, borçlunun elinde bulunan başkasına ait bir malın telef olmasına veya zarar görmesine engel olmak için borçlunun sarf etmesi gerekli ve en titiz kimseden istenen normalin üzerinde ihtimamı ifade eden bir Roma Hukuku terimidir. (UMUR, "Lügat", s.53.) *Diligentia exactissima* olarak adlandırılan bu ihtimamın beklendiği kimse, elinde bulundurduğu malın kendisinin hiçbir kusuru olmaksızın çalınması, gasp edilmesi yahut telef olması halinde dahi sorumluluktan kurtulamamaktadır. Son derece ağır bir sorumluluk ölçütü olan *custodia*, Roma Hukuku'nun ilerleyen dönemlerinde daha az uygulama alanı bulsa da, özellikle gemi, han ve ahır işletenler yönünden uygulanmaya devam edilmiştir. Ayrıca bkz. ZİLELİOĞLU, s.250; MACCORMACK, Geoffrey; "**Custodia and Culpa**", SZ 89 (1972), s.149 vd.; ZİLELİOĞLU, Hilal; "**Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu**", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1985, s.26; YEŞİLLER, Mehmet; "**Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu**", Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Bahar 2013, Cilt:3 Sayı: 1, s.178- 179.

ihativa etmektedir¹⁵⁷. Bu bağlamda son derece ağır bir sorumluluk ölçütü olarak baş gösteren *custodia*, öğretide genel bir sorumluluk biçimi olmaktan ziyade, yalnız kimi akit tipleri açısından, taraflar arasındaki menfaat ayrımının geniş olduğu sözleşmelerde uygulanan bir kavram olarak telakki edilmektedir¹⁵⁸.

Ariyet alanın *custodia* ile sorumluluğu ve bu durumun nedeni, *Gaius*'un *Institutiones*'inde açıklanmıştır.

Gai. 3. 206.

"Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et at eum, qui rem commodauimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare."

"Temizleyici ve terzi hakkında söylediklerimizi, kendisine bir şeyi ariyet olarak verdiğimiz kimseye de tatbik edebiliriz. Nasıl ki onlar bir ücret almakla nezaret (custodia) mükellefiyeti altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyin kullanılmasındaki menfaati dolayısıyla aynı şekilde nezaretle (custodia) mükelleftir."¹⁵⁹

¹⁵⁷ SCHULZ, Fritz; **"Classical Roman Law"**, Oxford At The Clarendon Press, 1951, s.19-20.

¹⁵⁸ VAN DEN BERGH, Govaert Carolus Johanes Joseph; **"Custodiam Praestare: Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia?"**, TVR 43, 1975, s.71.

¹⁵⁹ EKER, s.38; ERDOĞMUŞ, s.52.

Bu metinden de anlaşılacağı üzere, tarafların karşılıklı samimiyetine dayalı bir iyi niyet sözleşmesi olan ariyet akdinde esas menfaat sahibi olan ariyet alanın sorumluluğu bu bağlamda son derece ağır biçimde tayin edilmiştir¹⁶⁰.

Ariyet alanın Klasik Dönem'deki *custodia* sorumluluğu nedeniyle beklenmeyen hallerde de kusuruna bakılmaksızın mesul olmakla beraber, mücbir sebepten ötürü malın telef olması durumunda sorumluluğu söz konusu değildir. Eş deyişle, ariyet akdinde hasar ariyet verene aittir.

Bu durumun istisnasını ariyet alanın kusurlu davranışı ile malı mücbir sebep ile telef olma tehlikesi ile karşı karşıya bırakması oluşturmaktadır; yani malın mücbir sebebe maruz kalması bizatihi ariyet alanın kusurundan ileri geliyorsa, ariyet alan mücbir sebepten dahi sorumludur¹⁶¹.

Ariyet alanı sözleşmede menfaati bulunan tek taraf olması nedeniyle tüm kusurlarının yanı sıra beklenmeyen hallerden (*casus*) ve hatta kimi zaman mücbir sebebinden dahi sorumlu tutan ölçütün tek istisnasını, ariyet akdinde menfaatin ariyet verende olduğu nadir durumlar oluşturur. D. 13, 6, 5, 10'da bir erkeğin nişanlısına evlendikleri zaman oturacakları evi kendi sosyal seviyesine uygun döşemesi için

¹⁶⁰ SAYIN KORKMAZ, Bengi; "Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesinde Sorumluluk Ölçütleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2012.

¹⁶¹ *Ulpianus*'a ait bir *Digesta* metninde (D .13, 6, 5, 7) ariyet olarak alınan bir atın kararlaştırılan çiftlik yerine savaşa götürülerek telef olması durumu, ariyet alanın mücbir sebebin gerçekleşmesine kusuruyla sebebiyet vermesi nedeniyle sorumlu olacağı belirtilmektedir. TAHİROĞLU, s. 68; EKER, s. 40; CIVIR, s.36.

ariyet vermesi halinde, ariyet alan sıfatını taşıyan nişanlının yalnızca kastından sorumlu tutulacağı belirtilmiştir¹⁶².

2- Iustinianus Dönemi'ndeki Durum

Iustinianus Dönemi'nde objektif sorumluluk ve *custodia* sorumluluğu anlayışı yerini sübjektif sorumluluğa, yani kusura dayalı sorumluluğa bırakmıştır. Ariyet akdinde ariyet alanın sorumluluğu açısından da durum aynıdır: ariyet alan esas borcu olan aynen iade edimini ifa edememesi halinde tüm kusurlarından, yani kastından (*dolus*), ağır ihmalden (*culpa lata*) ve hafif ihmalden (*culpa levis*) sorumludur¹⁶³. D. 13. 6. 10'da ariyet alanın şeyi kendi kusuru ile kötüleştirmiş olması halinde sorumlu olduğu, aksi takdirde sorumluluğunun doğmayacağı belirtilmiştir¹⁶⁴.

Iustinianus Dönemi'nde ariyet alanın kusurunun belirlenmesi açısından önem arz eden bir ölçüt olarak ariyet konusuna göstermesi gerek ihtimam da Klasik Dönem'deki *diligentia exactissima*, yani en üst düzey ihtimam anlayışından farklı olarak, iyi bir aile babasının göstermesi gereken ihtimam, yani *diligentia boni patri familias* olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶² ERDOĞMUŞ, s.52.

¹⁶³ Kastı, ağır ihmal ve hafif ihmal kapsayan bu sorumluluk türüne *omnis culpa*, yani tüm kusurlardan sorumluluk denilmektedir. RADO, s.78; TAHİROĞLU, s. 166.

¹⁶⁴ EKER, s.41; CIVİR, s.37.

¹⁶⁵ UMUR, "Lügat", s.59; RADO, s.78. Menfaatin yalnız ariyet alanda olmayıp, ariyet veren ve ariyet alan açısından müşterek olduğu bir durumda ise bu kez kişinin kendi işinde göstereceği ihtimam, yani *diligentia quam suis rebus adhibere* soyut kusur ölçütü olarak dikkate alınacaktır. TAHİROĞLU, s.166. "İyi bir aile babasının göstereceği ihtimam" olarak açıklanabilecek olan *diligentia boni patri familias* kavramı Fransa, İspanya ve Portekiz Medeni Kanunlarında halen yerini korumakta olan bir

Ariyet alanın kusuru ve sorumluluğunun söz konusu olmaması için, ariyete konu şeyin kararlaştırılan kullanım amacına uygun olarak kullanılması esastır. *Gaius*'a ait bir metinde bu hususun önemi vurgulanmıştır:

Gai. 3. 196; Ins. 4. 1. 6

"Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum commitit, et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum trantulerit, furti obligatur, ueluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam inuitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod ueteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset."

"Nitekim bir kimse, kendisine vedia olarak bırakılan şeyi kullanırsa furtum işler; eğer bir kimse bir şeyi kullanmak üzere alır, fakat sonradan aldığından başka bir maksatla kullanırsa, mesela ahbablarını yemeğe davet etmek üzere bir gümüş sofrayı takımını alır, fakat onu beraberinde seyahate götürürse veya bir kimse gezinmek üzere ariyet olarak bir at alır fakat onu uzağa götürürse, eski hukukçuların yazdığı gibi onu harbe götürürse hırsızlıktan dolayı sorumlu olur."¹⁶⁶

ölçüttür. HAUSMANINGER, Herbert; *"Diligentia Quam In Suis: A Standard Of Contractual Liability From Ancient Roman to Modern Soviet Law"*, Cornell International Law Journal, Volume 18, Number 2, Summer 1985, s.180.

¹⁶⁶ EKER, s.43.

Aynı şekilde, ariyet alanın ariyete konu malı kararlaştırılan amaca uygun olarak kullanmasına rağmen malın kusuru olmaksızın telef olması durumunda kusuru söz konusu olmayacaktır¹⁶⁷. Bu durum da *Digesta*'da açıkça ortaya konmuştur:

D. 13, 6, 23 Pomponius libro 21 ad Quintum Mucium

"Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit."

"Sana belirli bir yere gitmen için bir at versem, fakat senin hiçbir kusurun olmadan yolda ata bir zarar gelse, *actio commodati*'den sorumlu olmazsın, zira bu kadar büyük bir yorgunluğa dayanamayacak atı sana vermekle kabahatli olan benim."¹⁶⁸

Yukarıda *Gaius*'tan alıntılanan metinden de anlaşılacağı üzere, malın kullanım amacını aşacak biçimde kullanılması ariyet alan açısından *furtum usus*, yani kullanım hırsızlığı suçunu oluşturacak ve ariyet alanın *actio furti*, yani hırsızlık davası ile tecziyesi söz konusu olacaktır¹⁶⁹.

Kullanma hırsızlığının oluşup oluşmadığının tespiti açısından önem taşıyan husus, ariyet alanın fiilinin kararlaştırılan kullanıma aykırı olduğunu bilip bilmediği, yani kastının varlığıdır. Şayet ariyet alan ariyet verenin rızasına uygun davrandığı

¹⁶⁷ Roma Hukuku'nda bu durum, "kendi kusuruyla zarar gören şikayet edemez" ifadesiyle kavramsallaştırılmıştır. TAHİROĞLU, s.166; ayrıca bkz. ZIMMERMANN, s. 195 vd.

¹⁶⁸ TAHİROĞLU, s. 166.

¹⁶⁹ UMUR, "Lügat", s.79; RADO, s.78.

kanaatiyle hareket ediyorsa *furtum usus* söz konusu olmayacaktır, ancak ariyet verenin yahut akitte kararlaştırılan kullanım amacının cevaz vermeyeceğini bilmesine karşın yine de amaca aykırı hareket söz konusu ise, ariyet alan açısından suç oluşacaktır¹⁷⁰. Meğer ki ariyet açısından hırsızlık niyeti (*affectus furandi*) söz konusu olmasın¹⁷¹. Bu durum, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde aşağıdaki gibi ifade edilmiştir.

Ius. Ins. 4. 1. 7, Gai. 3. 195-196

"Flacuit tamen eos, qui rebus commodatis si se intellegant id invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum, ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione quia furtum sine affecta furandi non committitur."

"Mamafih, ariyet olarak alınan şeyleri, verilen gayeden başka bir surette kullanan kimseler, malikin arzusu hilafına hareket ettiklerini bilerek ve malikin malumatı olsaydı müsaade etmeyeceğini anlayarak hareket etmiş olmalıdırlar; eğer müsaade edeceğini zannetmişlerse, suç olmadığı kabul edilir; bu tefrik çok yerindedir, zira *furtum* niyeti olmadan *furtum* olmaz."¹⁷²

Iustinianus Hukuku'nda ariyet alan açısından sorumluluğun esas borç olan malı aynen iade edimini yerine getirememesi nedeniyle doğması kusuruna bağlandığından; ariyet alan açısından *casus*, yani beklenmeyen halden sorumluluk

¹⁷⁰ TAHİROĞLU, Bülent; **"Roma Hukukunda Furtum"**, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 1975, s. 100; CIVIR, s.39.

¹⁷¹ EKER, s. 46. Ayrıca bkz. *IUSTINIANUS*, *Ius. 4.1.8.*, s.293..

¹⁷² *IUSTINIANUS*, s.290-293.

söz konusu değildir¹⁷³. Bu durum yalnız ariyet akdine özgü bir durum olmayıp, *Iustinianus* Hukuku'nda Klasik Dönem'de egemen olan *custodia* sorumluluğunun *casus*'tan sorumluluğu da kapsayacağı anlayışının terk edilmesinin bir yansımasıdır¹⁷⁴.

Iustinianus Hukuku'nda ariyet açısından *casus*'tan sorumluluğun söz konusu olmadığı hususu *Digesta*'da da yer almaktadır.

D. 13, 6, 19 Iulianus libro I Digestorum

"Ad eos, qui servandum aliquid conducit aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: Qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?"

"Bir şeyi ivazlı emanet alan veya ivazsız kullanmak için alan kişinin, başkasının eşyaya hukuka aykırı verdiği zarardan sorumlu olmayacağına şüphe yoktur. Acaba hangi dikkat ve ihtimam ile bize bir kimsenin hukuka aykırı zarar vermemesini sağlayabiliriz?"¹⁷⁵

Özetle, ariyet alanın sorumluluğu Klasik Dönem'de *custodia* sorumluluğu olup kusurunun yanı sıra beklenmeyen hallerden de mesul olması sonucunu doğururken; *Iustinianus* Dönemi'nde ise döneme hâkim olan sübjektif sorumluluk ilkesine paralel olarak kusur sorumluluğudur. Bu durumun nedeni ariyet alanın kural

¹⁷³ RADO, s.78.

¹⁷⁴ ZİLELİOĞLU, s.263.

¹⁷⁵ SOMER, Pervin; **"Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar- Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı"**, Der Yayınları, İstanbul 1999, s.84.

olarak sözleşmede menfaati bulunan tek taraf olması olup, istisnai durumlarda ariyet veren açısından da menfaatin söz konusu olması halinde sorumluluk hafiflemektedir.

B) Ariyet Verenin Sorumluluğu

Ariyet verenin sorumluluğu, yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere sözleşmede menfaati istisnalar haricinde bulunmadığından ötürü istisnai bir sorumluluktur. Eş deyişle, ariyet verenin borcu muhtemel bir borç olup yalnız ariyet olarak verilen maldan kaynaklı olarak ariyet alanın zarar görmesi yahut ariyete konu mal üzerinde yaptığı fevkalade masrafların tazmini ihtimallerinde gündeme geldiğinden, sorumluluğu da ancak bu koşullarda söz konusu olmaktadır.

Ariyet verenin sorumluluğu Roma Hukuku'nun tüm dönemlerinde ariyet alana nazaran çok daha sınırlı olup; yalnızca kasıt ve ağır ihmalinden mesuliyeti söz konusudur. Bir başka ifadeyle, ariyet verenin hafif ihmalinden sorumluluğu söz konusu değildir¹⁷⁶.

IX- ARIYET AKDİNDEN KAYNAKLANAN VE AKİT İLE İLİŞKİLİ DAVALAR

A) Ariyet Akdinden Kaynaklanan Davalar

Ariyet akdi eksik iki tarafa borç yükleyen bir iyi niyet akdidir. Bu durumun doğal sonucu olarak, ariyet akdi iyi niyet davalarına vücut vermektedir. Ariyet akdinden kaynaklanan dava *actio commodati* olup; ariyet alana karşı açılan dava

¹⁷⁶ TAHİROĞLU, "Borçlar", s.166-167.

actio commodati directa, ariyet verene karşı açılan dava ise *actio commodati contraria* olarak adlandırılır¹⁷⁷.

1- *Actio Commodati Directa*

Ariyet alanın, ariyet olarak aldığı malı kararlaştırılan süre içerisinde ve/veya teslim aldığı koşullarda iade edememesi halinde ariyet verenin kendisine karşı *actio commodati directa* davası yöneltmesi mümkündür¹⁷⁸. *Actio commodati directa*, bir tazminat davası niteliği taşır.

Ariyet akdi çalışmamızın önceki bölümlerinde açıklandığı üzere *Ius Civile* kapsamında sonradan dâhil edilmiş olduğundan¹⁷⁹, bu davanın *Ius Civile* öncesindeki *formula*¹⁸⁰'sı *in factum concepta*¹⁸¹ niteliğindeydi. Ancak zaman içerisinde *praetor*'larca *in ius concepta*¹⁸² niteliğinde bir *formula* ile himaye edilmeye

¹⁷⁷ RADO, s. 77-79.

¹⁷⁸ ERDOĞMUŞ, s.52.

¹⁷⁹ *Ius Civile* kapsamında bulunan en eski akit *mutuum*, yani karz akdidir.

¹⁸⁰ *Formula*, Roma Hukuku'nda *legis actio* dönemi sonrasında uygulanan bir usul olup; *magistra* tarafından davada hasım bulunan şahıslara ihtilaflarına uygun bir form verilerek hakime yönlendirilmelerini ifade eder. Davanın tarafları bu forma kimliğinde mutabık kaldıkları hakim veya hakimlerin adlarını yazdıktan sonra, karşılıklı olarak iddia ve savunmalarını dercederlerdi. UMUR, "Lügat", s.75.

¹⁸¹ *In factum concepta*, *Ius Civile* tarafından tanınmıyor olduklarından herhangi bir dava ile de himaye edilmeyen, ancak *praetor* tarafından hakkaniyete uygun bulunduğu bir *formula intentio*'suna dahil edilmek suretiyle himaye altına alınan davaları ifade eden bir kavramdır. UMUR, "Lügat", s.15.

¹⁸² *In ius concepta*, *Ius Civile*'de zikredilen bir hakka ilişkin olarak tesis edilen davaları ifade eden bir Roma Hukuku terimidir. UMUR, "Lügat", s.15.

başlanmışlardır¹⁸³. Bu bağlamda *actio commodati directa*'nın ilk defa *praetor* faaliyetleri vasıtasıyla uygulanabilir bir dava haline geldiğini savunan görüşe katılmak mümkündür¹⁸⁴.

Actio commodati directa'nın *in ius concepta* niteliğinde bir *formula* ile himaye edilmesi hususu, *Gaius*'un *Institutiones*'inde ve *Digesta*'da yer almıştır.

Gai. Ins. 4. 47

"Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati."

"Ancak bazı davaların hukuki yahut fiili formula'lara dayanıyor olmaları mümkündür, örneğin vedia ve ariyet davalarında olduğu gibi.

D. 13. 6. 1 Ulpianus libro 28 ad Edictum

"pr. Ait praetor: "Quod quis commodasse dicetur, de io iudicium dabo."

"Praetor der ki: "Herhangi bir kimsenin herhangi bir şeyi kullanmak üzere aldığı iddia edilirse, ben de aynı konuyla ilgili olarak bir dava hakkı tanırım."¹⁸⁵

¹⁸³ RADO, s. 77.

¹⁸⁴ ZIMMERMANN, s. 189; EKER, s.53; CIVIR, s.43.

¹⁸⁵ Anılan *Digesta* ve *Institutiones* metinleri faculty.cua.edu ve droitromain-upmf-grenoble.fr internet sitelerinde Latince ve İngilizce olarak mevcut olup, çevirileri şahsıma aittir.

2- *Actio Commodati Contraria*

Ariyet verenin borcunun muhtemel niteliği ve buna bağlı olarak sorumluluğunun istisnailiği hususu yukarıda ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

İşte bu istisnai hallerin gerçekleşmesi, yani ariyet alanın ariyete konu maldan ötürü herhangi bir zarar görmesi yahut mal üzerinde fevkalade nitelikte zorunlu masraflar yapması halinde; yaptığı harcamalar ve maruz kaldığı zararın tazmini için ariyet verene *actio commodati contraria* davasını yöneltmesi mümkündür¹⁸⁶.

Bu noktada ariyet alanın hapis hakkı müessesesi, yani *ius retentionis* üzerinde durmak gerekmektedir. *Ius retentionis*, modern hukuk ile paralel biçimde Roma Hukuku'nda da kendisinden bir malın iadesi istenen kimsenin o mala yaptığı masrafları alana kadar iadedden kaçınmasını sağlayan bir haktır¹⁸⁷.

Buna göre ariyet alanın yaptığı fevkalade masraflar yahut maruz kaldığı zararların *actio commodati contraria* ile tazmin edilmemesi halinde, ariyete konu mal üzerinde hapis hakkını kullanması mümkündür¹⁸⁸. Bu durum ariyet akdinin iki taraflı niteliği ve *res*'in malı geri verme borcunu doğuruyor olmasından ileri gelmektedir.

Ariyet alan hapis hakkını *actio commodati contraria* akabinde kullanabileceği gibi, bu hakkını kendisine yöneltilen *actio commodati directa* davasında bir def'i

¹⁸⁶ TAHİROĞLU, "Borçlar", s.167; RADO, s.78-79.

¹⁸⁷ UMUR, "Lügat", s.187.

¹⁸⁸ RADO, s.79.

olarak, *exceptio doli generalis*¹⁸⁹ şeklinde ileri sürme olanağını da haizdir. Bu imkan *praetor* hukukunca, hakkaniyetin gereklerinin ifası amacıyla uygulamaya kazandırılan pasif bir yaptırım aracıdır¹⁹⁰.

B) Ariyet Akdi ile İlişkili Davalar

Ariyet akdinden kaynaklanan temel dava *actio commodati* olmakla beraber; bu akitten doğan borçların gereği gibi ifa edilmemesi ya da taraflar arasında akit ile doğrudan bağlantılı herhangi sair bir ihtilafın baş göstermesi hallerinde kullanılabilecek, Roma Hukuku'nca muteber kılınan başka dava hakları da mevcuttur.

Ariyet akdi ile ilişkili bu dava türleri hırsızlıktan kaynaklı ceza davası (*actio furti*), hırsızlıktan kaynaklı tazminat davası (*condictio furtiva*), istihkak davası (*rei vindicatio*), malın gaspı halinde gasp edene karşı açılacak dava (*actio vi bonorum raptorum*) ve mala verilen zarardan kaynaklı haksız fiil davası (*actio legis aquiliae*) olup; işbu dava türlerine kısaca değinmek arzusundayız.

1- *Actio Furti*

Furtum kavramı kural olarak hırsızlık fiilini ifade ediyor olmakla beraber, Roma Hukuku'nda bu kavramın boyutu modern hukuk sistemlerine göre çok daha

¹⁸⁹ *Exceptio doli generalis*, hileli olarak yapılan bir hukuki işlem neticesinde alacaklı durumuna girmiş bir kimsenin açtığı dava karşısında davalının beraat etmesini mümkün kılmak için davalıya tanınmış olan defidir. UMUR, "Lügat", s.67.

¹⁹⁰ SCHWARZ, s.305; OĞUZOĞLU, s.211-212.

geniştir. Roma Hukuku'nda *furtum* yalnız hırsızlık suçunu değil, aynı zamanda modern hukuk sistemlerinde ayrı suç tipleri olarak düzenlenmiş bulunan güveni kötüye kullanma, görevi kötüye kullanma ve dolandırıcılık gibi sair fiilleri de ihtiva eder bir niteliği haizdir.

Furtum kavramının bu çok boyutlu niteliği, muhtelif kaynaklardan alıntılanan çeşitli metinlerde kendisini göstermektedir.

Gai. 3. 195; Ins. 4. 1. 6.

"Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat."

" Furtum sadece başkasımın malı kendisinin olsun diye alıp götürmekle yapılmış olmaz, umumiyetle bir şeye, malikinin rızası hilafına el koymakla da olur."¹⁹¹

Ius. Ins. 4. 1. 1

" Furtum est contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam eius possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admitttere."

"*Furtum*, bir şeyin hileli olarak ve, ya bizzat o şeyden veyahut o şeyin kullanılması veya zilyetliğinden faydalanmak için, ele geçirilmesidir: bunun ise, tabiat kanununa (*lex naturale*) göre yasak olduğu kabul edilir."¹⁹²

¹⁹¹ EKER, s. 55; CIVIR, s.44.

¹⁹² IUSTINIANUS, s.289.

Furtum'un hırsızlığın yanı sıra güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık boyutlarını da taşıması, ariyet akdi açısından da uygulama alanı bulmasına neden olmaktadır: ariyet alanın ariyete konu malı kullanım amacına aykırı kullanması yahut iadedden kaçınması halinde, ariyet verence ariyet alana karşı *actio furti* davası açılması mümkündür. Bu durum, *Iustinianus* Hukuku'nda yukarıda alıntılanan metinlerden de anlaşılacağı üzere vedia, rehin ve ariyet akitlerinde akitte kararlaştırılan amaca aykırı kullanımın *furtum usus*, yani kullanma hırsızlığı olarak yorumlanmasının doğal bir sonucudur¹⁹³.

Ariyet alanın kullanma hırsızlığı dolayısıyla *actio furti* ile karşılaşması, yine yukarıda açıklandığı üzere *affectus furandi*, yani hırsızlık niyetinin varlığına bağlıdır¹⁹⁴.

Actio furti davasını açmak için gerekli hasım ehliyeti, *furtum*'dan zarar görene aittir. Bu ehliyeti taşıyanların başında malik gelmekle beraber, malın korunmasında menfaati bulunan herkes bu davayı açma hakkını haizdir. Bu bağlamda, ariyet alanın da malın kendi gözetimi altındayken çalınması halinde hırsıza dava açma hakkı bulunmaktadır. Bu durum, dava hakkının zarar görene, yani davada menfaati bulunana tanınmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Cumhuriyet döneminde düzenlenen bir formül olan *cuius interest furtum factum non esse* kavramı, "hırsızlığın yapılmamasında hukuki yararı bulunan" tüm şahısları ifade etmekte olup, sözleşmede asıl menfaat sahibi konumunda olan ve

¹⁹³ Bkz. yukarıda XIII- A.

¹⁹⁴ TAHİROĞLU, "Furtum", s.100

custodia gibi ağır bir sorumluluğu üstlenen ariyet alan açısından da bu hukuki yararın var olduğu açıktır¹⁹⁵.

Actio furti hakkının menfaat sahibi olan herkese tanınması hususu *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde aşağıda nakledildiği üzere açıklanmıştır.

Ius. Ins. 4. 1. 13(15)

"*Furti autem actio ei competit, cuius interest rem, salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.*"

"*Actio furti*, malik olmasa bile, malın muhafazasında menfaati olan kimseye verilir: binaenaleyh malik, ancak o şeyin telef olmaması hususunda menfaati olduğu nisbette, bu davayı haiz olabilir."¹⁹⁶

Ariyet verenin bu bağlamda *furtum usus* koşullarının oluşması halinde ariyet alana karşı *actio commodati directa* davasının yanı sıra *actio furti* davası açma hakkı da bulunmaktadır. Bu ihtimalde, ariyet alan açısından seçimlik bir hak söz konusudur. Ancak ariyete konu malın ariyet alanın yed'inde bulunurken çalınması halinde, ariyet verenin *furtum*'dan kaynaklanan davayı ariyet alana yahut hırsıza yöneltmek hususunda iki seçeneği bulunmakta olup; ariyet verenin davayı bu iki taraftan birine yöneltmesi halinde, artık diğer şahsa karşı dava açma hakkı ortadan kalkmış olacaktır. Bu durum *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde aşağıdaki gibi ifade edilmiştir.

¹⁹⁵ KOSCHAKER-AYİTER; s.264.

¹⁹⁶ *IUSTINIANUS*, s.294-295.

Ius. Ins. 4. 1. 16(18)

"Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant: nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque, qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam praestare. Sed nostra providentia etiam hoc in decisionibus nostris emendavit, ut in domini voluntate sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex paenitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem, ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam adversus eum, cui res commodata fuit, pervenit: sin autem nescius et dubitans rem non esse apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem (nisi domino ab eo satisfactum est: tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actiones liberari, suppositum autem esse ei, qui pro reibi commodata domino satisfecit), cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati ignarus rem esse subreptam postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnimodo liberari eum, qui rem commodatam accepit, quemcumque causae exitum

dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in partem sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam accepit."

"Temizleyici ve terzi hakkında söylediğimizi, eskiler, kendisine ariyet olarak bir şey verilen kimse için de kabul etmekte idiler: filhakika, nasıl temizleyici bir ücret mukabilinde nezaret (*custodia*) mükellefiyeti altına girerse, kullanmak için bir şeyi ariyet alan kimse de, o şey üzerinde nezaret mükellefiyeti altında idi. Fakat bizim ihtimamımızla bu nokta üzerinde bazı kararlar alındı: malik, ariyet alana karşı ariyet davasını, veya malını çalana karşı hırsızlıktan mütevellit davayı ikame etmekte serbesttir, ancak, bir defa iki davadan birisini seçti mi, artık, pişman olduğu için, diğer davaya müracaat edemez. Eğer hırsızı seçecek olursa, ariyet alan mükellefiyetinden kurtulmuş olur: buna mukabil, eğer ariyet alana karşı dava ikame ederse, artık hırsıza karşı hiçbir suretle dava açamaz: hırsıza karşı dava hakkını, kendisine karşı ariyet davası açılmış olan kimse elde etmiş olur: mamafih, eğer malik, malının çalındığını bilerek ariyet alana karşı dava açmışsa, vaziyet böyle olur: yoksa bilmeyerek veya malının ariyet alan nezdinden çalındığından şüphe ederek ariyet davasını ikame etmişse, ve sonradan vaziyeti öğrenerek, ariyet davasını terk etmek ve hırsızlık davasına müracaat etmek istemişse, hırsızı dava etmesine müsaade edilmiştir, ve buna hiçbir mani yoktur; zira ariyet alana karşı davasını bilmeyerek ikame etmiştir (ancak yine de, malikin, ariyet alan tarafından henüz tatmin edilmemiş olması lazımdır: tatmin edilmişse, herhalde hırsız, malikin, kendisine karşı olan davasından kurtulur, fakat maliki tatmin etmiş olan ariyet alana karşı, hırsızlık davasından mesul kalır) ; çok tabiidir ki malik, malının çalındığını bilmediği için, evvela ariyet davasını açmışsa, fakat

sonradan vaziyeti öğrenerek davasını hırsız aleyhine tevcih etmişse, ariyet alan, hırsızlık davasının neticesi ne olursa olsun, borcundan tamamen kurtulur: ariyet alanın tevdi kabiliyeti ister tamam olsun, ister kısmi olsun, vaziyet yine aynıdır."¹⁹⁷

Actio furti niteliği itibariyle bir ceza davası olduğundan; ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ışığında bu davanın hasmın mirasçılara intikali söz konusu değildir. Hırsızlık fiilinin birden fazla failinin bulunması halinde ise davanın her birine yöneltilmesi mümkündür¹⁹⁸.

Actio furti neticesinde verilecek ceza da *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde açık biçimde düzenlenmiştir.

Ius. Ins. 4. 1. 5

"*Poena manifesti furti quadrupli est tam ex servi persona quam ex liberi, nec manifesti dupli.*"

"Hırsız ister hür olsun ister köle olsun, suçüstü *furtum*'un cezası, dört misline, suçüstü olmayan *furtum*'unki ise, iki misline muadildir."¹⁹⁹

Özetle *actio furti*, ariyet akdi ile yakından bağlantılı ve sıklıkla uygulama alanı bulan; ariyet veren açısından kullanma hırsızlığı halinde ariyet alana, fiili hırsızlık halinde ise ariyet alana ve hırsıza, ariyet alan açısından ise hırsıza karşı koşulların oluşması halinde başvurulabilen bir davadır.

¹⁹⁷ *IUSTINIANUS*, s.294-297.

¹⁹⁸ *CIVIR*, s.46.

¹⁹⁹ *IUSTINIANUS*, s.290-291.

2- *Condictio furtiva*

Condictio furtiva da hırsızlıktan kaynaklı bir dava olmakla beraber, bir ceza davasından çok bir tazminat davası niteliğini taşımaktadır. Hırsızdan zarar gören kimseye tanınan bu dava, *actio furti*'den farklı olarak hırsızın mirasçılarına intikal edebilmektedir²⁰⁰. Zira *condictio furtiva* bir tazminat davası olduğundan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi bu dava ve yöneltildiği hasım açısından söz konusu değildir²⁰¹.

Hırsıza karşı *actio furti*'nin yanı sıra bu davayı da yöneltme hakkının bulunması, Roma Hukuku'nda hırsızlık fiiline karşı mümkün olduğunca ağır yaptırımların hukuk düzenince tesis edilmesi amacına dayanmaktadır²⁰². Bu durum ve *condictio furtiva*'nın *actio furti*'nin yanı sıra söz konusu olabilmesi hususu *Gaius* ve *Iustinianus*'un *Institutiones* metinlerinde de yer almaktadır.

Gai. 4, 4; Ius. Ins. 4. 6. 14

"Plane odio furumi quo magis pluribus actionibus teneanturi effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur si paret eos dare oportere, quamvis sit adversus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit."

"Mamafih, hırsızlara karşı beslenen kin dolayısı ile, bir çok davalardan bir anda mesul olmalarını temin etmek için, her ne kadar iki ve dört

²⁰⁰ UMUR, "Lügat", s.43.

²⁰¹ Ancak UMUR, *condictio furtiva*'nın hırsızın mirasçılarına yöneltilmesi halinde normal bir dava olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. UMUR, "Ders Notları", s.386.

²⁰² İleride değinileceği üzere ayrıca istihkak davası (*rei vindicatio*) da açılabilir.

misline müteallik ceza davalarından gayrı, malın geri alınması için, o şeyin kendisine ait olduğunu ileri süren kimsenin aynı davası da hırsızlara karşı dermeyan edilirse de, <<vermeye borçlu oldukları sabit olursa>> davasından da mesul tutulurlar."²⁰³

Ius. Ins 4. 1. 19 (21)

"Furti actio sive dupli sive quadrupli tantum ad poenae persecutionem pertinet: nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet sive alius quilibet: condictio autem adversus ipsum furem heredemve eius, licet non possideat, competit."

"Actio furti, ister iki misli olsun, ister dört misli olsun, daima bir ceza takibi gayesini güder: zira malik, bunun dışında, ya istihkak davası ile veya condictio ile malını talep edebilir. İstihkak davası zilyede karşı, bu zilyet ister hırsız olsun, ister her hangi başka birisi olsun açılır: condictio ise zilyet olmasa dahi, hırsıza veya mirasçısına karşı açılır."²⁰⁴

Görüldüğü üzere *condictio furtiva* davası hakkı, *actio furti*'den farklı olarak menfaati bulunan herkese değil, yalnız malike tanınmıştır. Ancak davanın yalnız fiili hırsızlıkta değil, *furtum usus*, yani kullanma hırsızlığı halinde de açılması mümkündür²⁰⁵.

²⁰³ IUSTINIANUS, s.320-321.

²⁰⁴ IUSTINIANUS, s.296-297.

²⁰⁵ TAHİROĞLU, "Furtum", s.130-135.

3- *Rei Vindicatio*

Rei vindicatio davası, *Ius Civile* mülkiyetini koruyan, *Quirites*²⁰⁶ hukukuna göre zilyet olmayan malikin, malik olmayan zilyede karşı açtığı aynı bir dava olup, modern hukuk sistemlerindeki istihkak davası ile benzer niteliktedir²⁰⁷.

Rei vindicatio açısından önem taşıyan husus, davayı açanın malik sıfatını taşıyor olmasıdır. Zira *rei vindicatio* davası esas itibariyle mülkiyet iddiasına ilişkin olup, davacı rızası hilafına elinden çıkan malın maliki olduğu iddiasını ispatla mükelleftir²⁰⁸. Davacının bu iddiasını ispat edememesi halinde mal mevcut zilyesinde kalmaktadır. Davacının iddiasını ispat etmesi halinde ise, davalının herhangi bir def'i ile haklılığını ortaya koyamadığı takdirde malı malik olduğu tescil edilen davacıya iade etmesi gerekmektedir²⁰⁹.

Ariyet akdinde de ariyet verenin malik olması ve malın rızası hilafına elinden çıkmış olması halinde, hırsıza karşı *rei vindicatio* davasını yöneltmek suretiyle istihkak iddiasında bulunma hakkı bulunmaktadır. Bu bağlamda *rei vindicatio* da ariyet akdi ile bağlantılı bir davadır.

²⁰⁶ *Quirites* kavramı, Roma şehrindeki nüfusun gerçek Romalılardan, yani halk meclislerine iştirak edenlerden oluşan kısmına verilen genel addır. *Ius Civile* hukuku, vatandaşlara, yani *Quirites*'e uygulanan hukuk anlamına gelmektedir. UMUR, "Lügat", s.178. Ayrıca bkz. VILLEY, Michel; **"Roma Hukuku Güncelliği"**, Der Yayınları, İstanbul 1985, s.102-103.

²⁰⁷ UMUR, "Lügat", s.181.

²⁰⁸ STEIN, Peter; **"Le Droit Romain et l'Europe- Essai d'interpretation historique"**, Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Geneve, Bruxelles 2003, s.16.

²⁰⁹ UMUR, "Eşya Hukuku", s.87-88; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s.226-228.

4- *Actio Vi Bonorum Raptorum*

Actio vi bonorum raptorum, gasp haksız fiilinin (*rapina*) gerçekleşmesi halinde açılan ve gasp edilen malın değerinin birisi tazminat ve üçü ceza olmak üzere dört mislini ödemeye mahkûmiyet sonucunu doğuran, ayrıca faili açısından *infamia* yaptırımını da içeren bir *praetor* davasıdır²¹⁰.

Actio vi bonorum raptorum Iustinianus'un Institutiones'inde aşağıdaki gibi tanımlanmıştır.

Ius. Ins. 4. 2. pr.

"*Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est eum improbum furem esse): sed tamen propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti diximus: sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto sive non. Ridiculum est enim levioris esse condicionis eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.*"

"Başkalarına ait malları gasbeden de *actio furti*'den mesuldür (hakikaten kim, malikin malını cebren gaspedenden daha fazla, rızası hilafına eline geçirmiştir? hatta, haklı olarak, bu kimsenin en kötü hırsız (*improbus fur*) olduğu söylenmiştir): bununla beraber, bu haksız fiil için praetor, hususi bir

²¹⁰ UMUR, "Lügat", s.3.

dava ithal etmiştir ki buna, *actio vi bonorum raptorum* (zorla gasbedilen mallara müteallik dava) ismi verilir ve o sene içinde dört misline, bir sene sonra bir misline muadildir. Çok küçük olsa bile, bir tek şey gasbedene karşı bu dava, *actio utilis* olarak açılır. Buradaki dört misil, suçüstü hırsızlık davasında dediğimiz gibi, tazminat davasından fazla olarak sadece cezai mahiyette değildir: bu dört misil içerisinde, ceza üç misline muadil olacak şekilde, tazminat da dahildir, ve bu da, gasbeden, suçu işlerken yakalanmış olup olmaması halinde, aynıdır. Hakikaten zor kullanarak (*vi*) gasbedene, gizlice (*clam*) çalandan daha müsait bir durum tanımak gülünç olurdu."²¹¹

Görüldüğü üzere *actio vi bonorum raptorum*, gaspın hırsızlığın daha da ağır bir biçimi olarak telakki edilmesi nedeniyle ağır yaptırıma tabi tutulması gerektiği saiki ile vazedilen bir dava niteliğindedir. *Institutiones*'teki bu düzenleme tabiatıyla *Iustinianus* dönemine ilişkin olup, davaya hem ceza hem tazminat davası niteliği kazandıran bu yapının aksine Klasik Dönem'de dava yalnız cezai bir mahiyet teşkil ettiğinden beraberinde tazminat davası olarak *condictio furtiva*'nın da açılabilmesi mümkündür²¹².

Actio vi bonorum raptorum'un üst düzey tecziyeyi esas alan cezai mahiyeti nedeniyle *actio furti* ile benzer biçimde dava ehliyeti yalnız malike değil, malın muhafaza edilmesi ve çalınmamasında menfaati bulunan herkese tanınmıştır²¹³. Bu bağlamda işbu dava ariyet akdinde de uygulama alanı bulmaktadır: ariyet alan, *custodia* sorumluluğu doğrultusunda nezareti altında bulunan malı gasp edene karşı,

²¹¹ *IUSTINIANUS*, s.298-299.

²¹² *CIVIR*, s.51.

²¹³ İPEK, Nurcan; "**Roma Hukukunda Gasp (Rapina)**", Der Yayınları, İstanbul 2001, s.89.

ariyet veren ise malın maliki olsa da olmasa da salt ariyet veren sıfatı doğrultusunda gasıba karşı işbu davayı açma hakkını haizdir²¹⁴.

5- *Actio Legis Aquiliae*

Roma Hukuku'nun önceki devirlerinde yalnız köle ve sürü hayvanlarına, ilerleyen dönemlerde ise genel anlamda mala verilen zararların (*damnum iniuria datum*) tazmini amacıyla yalnız malike tanınan ve *Lex Aquilia*²¹⁵'ya dayanan *praetor* davası, *actio legis aquiliae* olarak adlandırılmaktadır²¹⁶.

Ariyet akdi açısından işbu davanın bağlantısı, ariyet verenin aynı zamanda malik olması halinde, *lex Aquilia* kapsamında düzenlenmiş ve mala zarar verir nitelikte bir haksız fiilin varlığına karşı başvurulabileceği bir dava olması bakımından söz konusudur.

X- ARIYET AKDİNİN SONA ERMESİ

Roma Hukuku'nda akit tiplerinin kaynaklarını *Ius Civile* yahut *Ius Honorarium*'dan, yani *praetor* faaliyetlerinden alıyor olmaları, borçların sükutu açısından da birtakım farklı sonuçların doğmasına neden olmaktadır.

²¹⁴ İPEK, s.92.

²¹⁵ *Lex Aquilia*, M.S. 283 yılında Aquilius tarafından çıkarılan ve mala verilen zararın tazmini usulünü düzenleyen bir kanundur. Esasen çok kapsamlı bir kodifikasyon çalışması olan *Lex Aquilia* çalışmamızın esas konusunu oluşturmadığından ve ziyadesiyle detaylı biçimde ele alınması gerektiğinden, bu kavrama yalnızca değinmekle yetinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SOMER, s.83 vd; UMUR, "Ders Notları", s.388 vd.

²¹⁶ UMUR, "Lügat", s.9.

Ius Civile tarafından borcu sona erdirici haller olarak tanınan ifa (*solutio*), ibra (*acceptilatio*) ve yenileme (*novatio*) gibi genel sona erme sebepleri borcu kesin olarak ortadan kaldırmaktadır. *Praetor* hukuku tarafından tanınan özel sona erme sebepleri (*ope exceptionis*) ise *Ius Civile* bakımından borcun ortadan kalkması söz konusu olmamakla beraber, genellikle bir definin ileri sürülmesi yoluyla somut davada borcun ifasının artık gerekli olmaması neticesini yaratmaktadır²¹⁷. Eş deyişle, *Ius Civile* bakımından geçerli olan sona erme sebepleri tüm somut olaylarda aynı sonucu doğurarak genel bir uygulama alanı bulurken, *Ius Honorarium* tarafından tanınan özel sona erme sebepleri zamanla ortaya çıkan ve borcun somut olay açısından ifa edilebilirliğini ortadan kaldırmakla beraber borcun varlığına *Ius Civile* hükümlerine göre etki etmeyen sebeplerdir²¹⁸. Ayrıca, akdin niteliğine göre özel hüviyet taşıyan sona erme sebepleri de, ileride ariyet akdi özelinde göreceğimiz üzere, mevcuttur.

Bu bağlamda ariyet akdinin sona erme sebepleri, öncelikle Roma Hukuku'nda *Ius Civile*'ye göre genel sona erme sebepleri olarak kabul edilen ifa (*solutio*), borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi (*confusio*), ibra (*acceptilatio*) ve davanın tespiti (*litis contestatio*) yönünden ele alınacaktır. Daha sonra ise ariyet akdi açısından özel sona erme sebepleri olarak karşımıza çıkan edimin imkânsızlığı, ariyet alanın ölümü ve akit süresinin dolması halleri incelenecektir.

²¹⁷ RADO, s.223.

²¹⁸ RADO ve TAHİROĞLU, bu bağlamda genel sona erme sebeplerini *ipso iure*, yani hukuken doğrudan doğruya olarak tanımlamaktadır. RADO, s.223; TAHİROĞLU, "Borçlar", s.87.

A) Genel Sona Erme Sebepleri

1- İfa (*Solutio*)

İfa borçlunun kendisi açısından borç doğuran edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulmasını ifade eden bir terimdir. *Gaius*'un *Institutiones*'inde bu durum aşağıdaki gibi ifade edilmiştir.

Gai. Ins. 3. 168

"Tollitur autem obligato praecipue solutione eius quod debeatur"

"Borç münasebeti her şeyden evvel borç olanın ifası ile ortadan kalkar"²¹⁹.

Iustinianus'un *Institutiones*'inde ise ifanın doğrudan yapılabileceği gibi, alacaklının rızası ile borçlunun başka bir edimi yerine getirmek suretiyle de borcunu ifa etmiş sayılabileceği belirtilmektedir.

Ius. Ins. 3. 29

"Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit"

"Her borç, borç olan şeyin veya alacaklının rızası dahilinde, onun yerine başka bir şeyin ifası ile ortadan kalkar"²²⁰

İfa kural olarak borçlu tarafından yapılıyor olmakla beraber, Roma Hukuku'nda borçlunun haberi olmaksızın, ancak onun hesabına olmak kaydıyla

²¹⁹ RADO, s.224.

²²⁰ *IUSTINIANUS*, s.284-285.

üçüncü kişilerce yapılan ifa da borcu sona erdirir nitelikte genel bir sebep olarak kabul edilmektedir²²¹. İfanın yeri, biçimi ve zamanı ise genel olarak borç ilişkisinin kuruluşunda kararlaştırılmış bulunan yahut borç doğurucu hukuki işlemin öngördüğü şartlara, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak belirlenmektedir.

Ariyet akdi açısından temel borç ariyet alanın ariyet olarak alınan malı ariyet verene iadesi olup, ariyet alan bu edimi ifa ile borcundan kurtulmaktadır. Daha önce değinildiği üzere, bu edimin tam ve hukuken meşru olarak ifa edilmesi ise malın kullanım amacına uygun olarak kullanılmış olması ve alınan koşullarda, kararlaştırılan süre içerisinde ariyet verene iade edilmesi koşuluna bağlıdır.

2- Borçlu Ve Alacaklı Sıfatlarının Birleşmesi (*Confusio*)

Confusio kavramı, alacaklı ve borçlunun aynı kişi haline gelmesini ifade eden bir terim olup, genellikle miras yoluyla halefiyet neticesinde ortaya çıkan bir durumdur. *Digesta*'da belirtildiği üzere, *confusio* halinde borç genel sebeple ortadan kalkmaktadır.

D. 46, 3, 107 Pomponius

"Verborum obligatio...resolvitur...Cum in eandem personam ius stipulatis promittentisque devenit."

"Alacaklının hakkı ve borçlunun borcu aynı kişide birleştiği zaman borç sona erer."²²²

²²¹ TAHİROĞLU, "Borçlar", s.86.

²²² TAHİROĞLU, "Borçlar", s.98.

Ariyet akdi açısından da ariyet alan ve ariyet veren sıfatlarının tek kişide miras gibi bir yolla birleşmesi halinde akit sona ermiş olmaktadır.

3- İbra (*Acceptilatio*)

İbra alacaklı ile borçlu arasında bir anlaşma vasıtasıyla alacağın ortadan kaldırılması olup, Roma Hukuku'nda *acceptilatio* olarak adlandırılmaktadır. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ibra aşağıdaki gibi tanımlanmıştır.

Ius. Ins. 3. 29. 1

"Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio..."

"Borç, ibra ile de sükut eder. İbra, hayali bir ifadır."²²³

İbra daima bağış niteliğini taşımayabilir, zira alacaklının alacağından borçlunun rızası ile vazgeçmesi borçlunun ediminden kurtulması anlamına geleceğinden borç sona ermiş olacaktır²²⁴.

Ariyet akdi açısından ibra eldeki veriler ışığında mümkün görülmekle beraber; böyle bir durumda ariyet veren ariyete konu malı ariyet alana bırakmış ve ariyet alanı iade borcundan kurtarmış olacağından ibra bir bağış işlemi olarak telakki edilmelidir.

²²³ *IUSTINIANUS*, s.284-285.

²²⁴ TAHİROĞLU, "Borçlar", s.96.

4- Davanın Tespiti (*Litis Contestatio*)

Litis contestatio Roma Hukuku'nda ihtilafı bulunan tarafların *formula*'nın doldurulması akabinde kararına uyacaklarını tayin ettikleri hâkimi şahitler huzurunda seçmelerinin ardından başlayan hukuki süreci ifade eden bir Roma Hukuku terimidir²²⁵.

Litis contestatio ile dava tespit edilmiş olduğundan borç ilişkisi artık sona ermekte ve taraflar açısından yeni bir borç doğmaktadır, ki bu borç hakimin kararına uymaktan ibarettir²²⁶. Bu bağlamda *litis contestatio* aşamasından sonra aynı alacak için bir başka dava açılması mümkün olmayıp, borcun sona ermesi aynı zamanda modern hukuk sistemlerindeki derdestlik ve kesin hüküm engelleri ile de paralel bir boyut taşımaktadır²²⁷.

Litis contestatio'nun bu hüviyeti kaynağını *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan ayrıntılı açıklamadan almaktadır.

Gai. Ins. 3. 180- 181

"Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum, nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione.... Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim..."

²²⁵ UMUR, "Lügat", s.128.

²²⁶ TAHİROĞLU, "Borçlar", s.97.

²²⁷ RADO, s.236.

"Keza borç münasebeti, eğer bir *iudicium legitimum* açılmış ise *litis contestatio* ile sükut eder; zira bu andan itibaren esas borç ortadan kalkar ve davalı bundan böyle *litis contestatio*'dan yükümlü olmaya başlar... Bunun neticesi olarak eğer bir *iudicium legitimum* ile borcu talep etmişsem, artık aynı şey için bir daha doğrudan doğruya dava açamam..."²²⁸

Litis contestatio Iustinianus Hukuku'nda uygulama alanını yitirdiğinden bu dönemde borçların genel sona erme sebepleri arasında bulunmaktadır²²⁹.

Ariyet akdi açısından da herhangi bir dava neticesinde *litis contestatio* aşamasına gelindiğinde borç ortadan kalkmış olacak ve yeni borç hakim kararına uymaya ilişkin olacaktır.

B) Özel Sona Erme Sebepleri

Ariyet akdinin sona ermesi ifa, birleşme, ibra ve *litis contestatio* gibi genel nitelikte ve tüm *contractus* türleri açısından geçerli bulunan sona erme sebepleri ile gerçekleşebileceği gibi; akdın özellikleri gereği birtakım özel sebeplerin gerçekleşmesi ile de mümkündür. Bu durum ariyet akdinin asli unsurlarından ileri gelmekte olup, anılan sebepler edimin imkânsızlığı, ariyet alanın ölümü ve kullanım süresinin dolmasıdır.

1- Edimin İmkânsızlığı

Ariyet akdinden doğan borç parça borcudur. Bu durum *genus nom perit*, yani cins telef olmaz kuralının ariyet akdi açısından geçerli olmaması ve ariyet olarak

²²⁸ RADO, s.237.

²²⁹ TAHİROĞLU, s.97.

verilen malın emsalsiz niteliği nedeniyle malın yok olması halinde bir benzeri yahut eşdeğerinin ikame edilmesi suretiyle ifanın imkânsız hale gelmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu bağlamda ariyet akdinde asıl borç olan ariyet olarak alınan şeyin iadesinin ariyet alanın kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesi durumunda borçlu konumundaki ariyet alan borcundan kurtulacak ve akit sona ermiş olacaktır.

2- Ariyet Alanın Ölümü

Ariyet akdinin dostluğa dayalı bir sözleşme olduğu hususuna yukarıda değinilmiştir. Bu durum, akitte ariyet alanın kimliğinin büyük önem taşıması anlamına gelmekte olup; şahsın kimliğine duyulan bir güven ve karşılıklı bir samimiyet akdin temelini oluşturmaktadır.

Ariyet akdinin mirasçılara intikali ve halefiyet yoluyla sözleşmenin devamı söz konusu olmadığından, ariyet alanın ölümüyle akit sona ermektedir. Ancak ariyet verenin ölümü halinde akit kararlaştırılan kullanma süresinin sonuna değin, ariyet verenin mirasçılarının halefiyeti ile devam edecektir²³⁰.

3- Akitte Belirlenen Kullanım Süresinin Dolması

Ariyet akdi belirli bir süre için bir malın ödünç verilmesine dayanan bir akit olduğundan, anılan sürenin dolması ile akit sona erecek ve ariyet alan açısından iade borcu muaccel hale gelecektir. Belirlenen süre sarih biçimde kararlaştırılabileceği

²³⁰ EKER, s.80.

gibi halin icabından da anlaşılabilir olmakla beraber; her halükarda sürenin dolması ile akdin sona ereceği tartışmasızdır²³¹.

XI- ARIYET AKDİNİN MUHTELİF *CONTRACTUS* TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Çalışmamızın bu bölümünde *commodatum*'un Roma Hukuku'ndaki diğer aynı akit tipleri olan ve önceki bölümlerde ayrıntılı olarak ele almış bulunduğumuz karz (*mutuum*), vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) akitleri ile karşılaştırılmalı olarak ele alınması suretiyle akit türleri arasındaki temel farklılıklar kısaca değerlendirilecektir.

Depositum, *mutuum* ve *pignus*'un yanı sıra, ariyet akdi ile büyük paralellik gösteren iğreti akdi (*precarium*) ve çeşitli yönlerden ariyet akdi ile karşılaştırılması mümkün bulunan kira akdinin (*locatio conductio rei*) de bu bölümde irdelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

A) *Commodatum* ve *Precarium*

Precarium, kökleri ariyetten çok daha eskiye dayanan bir akit olup genellikle gayrimenkul bir malın yahut bir hakkın rica üzerine kullanılmak amacıyla ödünç verilmesini ifade etmektedir²³². *Precarium* alan malın yahut hakkın zilyetliğini elde ederken, kendisinden istenen zamanda ise malın iadesini gerçekleştirmek yahut hakkın kullanımını bırakmak borcu altındadır.

²³¹ TAHİROĞLU, "Borçlar", s.162-163.

²³² UMUR, "Lügat", s.169.

Precarium önceleri bireylere devlet tarafından kullanılmak üzere verilen kamu arazileri açısından kullanılan bir akit tipiyken, zaman içerisinde özel mülkiyet açısından da tedavüle girmiş ve tarih boyunca ariyet akdi ile beraber varlığını sürdürmüştür²³³.

Precarium ile ariyet akdi arasında öduncün niteliği, dostluğa dayalı olmaları, ücretin söz konusu olmaması gibi yönlerden büyük benzerlikler söz konusu olmakla beraber, birtakım temel farklılıklar da söz konusudur. Ariyet akdinde *res*, *detentio*'nun devrini ifade ederken, *precarium*'da malın zilyetliği devredilmektedir. Bu bağlamda ariyet akdi eksik iki tarafa borç yükleyen aynı bir akitken, *precarium* tam iki tarafa borç yükleyen isimsiz bir akit niteliğindedir. Ayrıca ariyet akdinde belirli bir kullanma süresi söz konusu olup bu süre dolmaksızın malın iadesinin istenmesi mümkün değilken, *precarium* verenin akdin konusunu oluşturan taşınmaz mal yahut hakkı her zaman geri isteyebilmesi mümkündür²³⁴. *Precarium* verenin iadede kaçınması, kendisi açısından fesatlı zilyetlik (*iniusta possessio*) sonucunu doğuracaktır²³⁵.

B) *Commodatum* ve *Depositum*

Roma Hukuku'nda *vedia* akdinin temel özellikleri yukarıda ayrıntılı biçimde açıklanmış olup, işbu bölümde ariyet akdi ile *vedia* akdi arasındaki temel benzerlik ve farklılıkların ele alınmasıyla yetinilecektir.

²³³ ERDOĞMUŞ, s.53.

²³⁴ BUCKLAND, s.467.

²³⁵ ERDOĞMUŞ, s.54.

Vedia akdi ile ariyet akdi arasında her iki akitte de *res*'in *detentio*'nun naklini ifade ediyor olması, eksik iki tarafa borç yükleyen nitelikleri, akitlerin ücretsiz niteliği ve konularının misli olmayan mallar olmaları nedeniyle parça borcu doğuruyor olmaları bakımından büyük paralellikler söz konusudur.

İki akit arasındaki temel ayrım ise, ariyet akdinin temel unsurlarından olan kullanımın vedia akdinde söz konusu olmaması hususunda baş göstermektedir. Ariyet akdinde malın anlaşılmaya uygun olmak kaydıyla kullanılması akdin temel amacını oluşturmakta iken, vedia akdinde vedia alan salt saklama borcu altında olduğundan mal üzerindeki her türlü kullanım faaliyeti *furtum usus* niteliği taşıyacaktır²³⁶. Bu bağlamda ariyet verenin sorumluluğu sözleşmede herhangi bir menfaati bulunmadığından vedia verenin sorumluluğundan daha hafiftir²³⁷. Ayrıca ariyet akdinin konusu taşınır yahut taşınmaz mallar olabilirken, vedia akdinin konusunu daima taşınır mallar oluşturmaktadır²³⁸.

C) *Commodatum* ve *Mutuum*

Ariyet akdi ile belki de en fazla benzerlik gösteren akit karz akdidir. Zira her iki akit de temel olarak ödünç kavramı üzerine kuruludur. Ancak aynı şekilde iki akit arasındaki farkların keskinliği de ayrımı kolaylaştırmaktadır.

Ariyet akdi kullanma ödünç niteliğinde iken, karz akdi tüketim ödünçünü ifade etmektedir. Bu farklılık ariyet akdinin konusunu kural olarak misli olmayan malların oluşturması ve akdin parça borcu doğurmasına; karz akdinin konusunu ise

²³⁶ **Gai. Ins. 3. 196**; ERDOĞMUŞ, s.55.

²³⁷ RADO, s. 82.

²³⁸ TAHİROĞLU, "Borçlar", s.168.

misli malların oluşturması ve akdin nev'i borcu doğurmasına, böylelikle karz akdinde edimin imkansızlığının söz konusu olmamasına sebep olmaktadır.

Ariyet akdinde *res detentio*'nun naklini ifade ederken, karz akdinde malın mülkiyeti karz alana devredilmektedir.

Ariyet akdi istisnayı kabil olmaksızın ücretsiz nitelik taşıırken, karz akdinin ariyet akdi gibi bir dostluk akdi niteliğini taşıımaması nedeniyle ücrete bağlı olarak, hatta faiz düzenlemesi ile dahi kurulması mümkündür. Buna bağlı olarak ariyet akdi eksik iki tarafa borç yükleyen bir akitken karz akdi tek taraflı bir akittir²³⁹.

Ariyet akdi bir iyi niyet akdi olup iyi niyet davalarına vücut verirken, en eski ayni akit tipi olan karz akdi dar hukuk akdi olup dar hukuk davalarına vücut verme niteliğini daima muhafaza etmiştir²⁴⁰.

D) *Commodatum* ve *Pignus*

Rehin akdi ile ariyet akdi arasında da akitlerin eksik iki taraflı iyi niyet sözleşmeleri olmaları bakımından benzerlik bulunmakla beraber, bu akitler kimi noktalarda birbirlerinden ayrılmaktadır.

Rehin akdinde *res*, zilyetliğin (*possessio*) naklini ifade ederken ariyet akdinde nakledilen malın elde bulundurma hakkıdır (*detentio*)²⁴¹.

²³⁹ UMUR, "Ders Notları", s.342.

²⁴⁰ RADO, s.77.

²⁴¹ TAHİROğLU, "Borçlar", s.176.

Ariyet akdinde malın ariyet alanca kullanımı akdin amacını oluştururken, rehin akdinde malın herhangi bir suretle kullanımı vedia akdinde olduğu gibi *furtum usus* niteliği tařımaktadır²⁴².

E) *Commodatum* ve *Locatio Conductio Rei*

Ariyet akdi bir ayni akitken kira akdinin rızai bir akit olması esasen bu akit tipinin kesin olarak ayrılması sonucunu doğurmaktadır. Eř deyişle, kira akdi ačíısından *res* kavramı akdin kuruluşu ačíısından gerekli olmayıp, yalnız tarafların mutabakata varmaları yeterlidir. Bu iki akdin karşılaştırılmasının gerekliliği, ariyet akdindeki kullanma amacının hukuki niteliği ačíısından bař göstermektedir.

Ariyet akdinin dostluğa dayalı niteliği, defaatle değinildiği üzere akdin daima ücretsiz olarak kurulması sonucunu doğurmaktadır. Ariyet akdinde herhangi bir ücretin kararlaştırılması halinde ise ariyet akdinin aksine tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan *locatio conductio rei* kurulmuş olacaktır²⁴³.

Böylelikle çalışmamızın Roma Hukuku'nda ariyet akdini çeşitli veçheleri ile ele alan bölümlerini tamamlamış bulunuyoruz. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde ariyet akdinin Türk hukukundaki tarihsel gelişimi ve hukuki boyutu teorik ve pratik boyutları ile değerlendirilecek; sonuç bölümünde ise akdin Roma Hukuku ve Türk hukukundaki nitelikleri karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

²⁴² ERDOĞMUş, s.58.

²⁴³ ERDOĞMUş, s.161; RADO, s.75; TAHİROĞLU "Borçlar", s.161.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ARİYET AKDİ

I- OSMANLI HUKUKU VE MECELLE'DE ARİYET AKDİ

Osmanlı Devleti ve halefi bulunduğu devletler döneminde kapsamlı bir kodifikasyon çalışmasının gerçekleştirildiğini savunmak mümkün olmadığından, Mecelle tarihsel anlamda ilk İslam Hukuku kanunlaştırma çalışması olarak değerlendirilmektedir²⁴⁴.

Mecelle'de ariyet akdi, "meccanen (ivazsız olarak) menfaatı temlik olunan malı vermek" olarak tanımlanmıştır²⁴⁵. Mecelle'deki ariyet akdi tanımı, İslam hukukunda düzenlendiği şeklin aksine yalnız bir menfaatin temlikini ifade etmekle

²⁴⁴ Mecelle öncesi dönemde de İslam hukuku kuralları uygulanıyor olmakla beraber; bu kuralların uygulanışı ciddi bir mevzuat derlemesinden ziyade fıkıh ve fetva kitaplarının yorumlanması ve uygulanmasına dayanmaktadır. Mecelle'ye değin İslam hukuku ve Osmanlı Devleti'nde uygulanan ender nitelikteki ayrıntılı kanunlaştırma çalışmalarına örnek olarak Serahsi'nin El-Mebcut ve İbrahim Halebi'nin El Mülteka'l Ebhur eserleri gösterilebilir. Mecelle'nin hazırlanması bu bağlamda hem iç hukuk uygulamalarında yaşanan sorunlar ve süregelen dağınıklığın giderilmesi; hem de dış hukuk sistemlerinde meydana gelen ilerlemelere ayak uydurulması amaçlarının bir bileşkesi olarak yorumlanmaktadır. Mecelle çok ayrıntılı bir çalışmanın konusu olarak incelenmesi gereken bir kanun olduğundan, çalışmamızda yalnız ariyet akdini ele alış sistematigi üzerinde kısaca durulmakla yetinilecektir. AKMAN, Mehmet; **"İslam Hukuku- Mecelle'de Ariyet Sözleşmesi"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Ankara 2003, s.2. Ayrıca bkz. CİN, Halil- AKGÜNDÜZ, Ahmet; **"Türk Hukuk Tarihi"**, OSAV Yayınları, İstanbul 2011.

²⁴⁵ AKMAN, s.12.

kalmayıp, bir malın teslimi hususunu da kurucu unsur olarak ihtiva etmektedir. Bu bağlamda Mecelle'deki ariyet akdi tanımının Roma Hukuku'ndaki *consensus + res* formülünü muhafaza ettiğini söylemek makul bir yorum olacaktır.

Yine Roma Hukuku'ndaki kabul ile paralel biçimde, Mecelle'de ariyet akdi - tıpkı Fransız ve Alman hukuk sistemlerinde olduğu gibi- aynı bir akit olarak kabul edilmektedir. Buna göre ariyet akdinde tarafların irade beyanlarının uyuşmasının yanı sıra malın teslimi de şart olmakla beraber; akdin ivazsızlığı, süreye bağlı oluşu, ariyet alan açısından kararlaştırılan amaca uygun kullanımın şart olması ve ariyet alanın temel borcunun sürenin sonunda şeyin iadesi olması gibi kurucu unsurlar yönünden de Mecelle'deki düzenleme Roma Hukuku ile benzer niteliktedir²⁴⁶.

Özetle Osmanlı hukuk sistemi ve en önemli kodifikasyon çalışması olan Mecelle'de ariyet akdine yer verildiği ve akdin Roma Hukuku'ndaki genel karakterini İslam hukuku açısından da muhafaza ettiğini söylemek mümkün görünmektedir.

II- 818 SAYILI MÜLGA TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA ARIYET AKDİ

818 Sayılı Mülga Türk Borçlar Kanunu'nda ariyet akdi, kanunun 299. maddesinde aşağıdaki gibi tanımlanmıştır²⁴⁷:

²⁴⁶ AKMAN, s.37.

²⁴⁷ Bu noktada belirtmek gerekir ki; işbu tezin yazımı tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ardılı olduğu 818 Sayılı Borçlar Kanunu ile muhtelif hususlarda büyük farklılıklar teşkil ediyor olmakla beraber, ariyet akdi açısından durum farklıdır. 6098 Sayılı Kanunda ariyet akdinin düzenlenmesinde 818 Sayılı Kanun ile herhangi bir farklılık bulunmayıp, yalnızca

"Ariyet, bir akitir ki onunla ariyet veren, bir şeyin bedava kullanılmasını ariyet alana bırakmak ve alan dahi o şeyi kullandıktan sonra geri vermekle mükellef olur."²⁴⁸

Görüldüğü üzere 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ariyet akdinin tarihsel öncülleri ile arasındaki en büyük fark tanımında ortaya çıkmaktadır: ariyet akdi aynı değil, rızai bir akit olarak düzenlenmiştir. Eş deyişle, *consensus + res* formülünün malın teslimi bölümünü oluşturan *res* bölümü 818 Sayılı Kanunun ariyet düzenlemesi açısından söz konusu, salt tarafların birbirine uygun irade beyanı sözleşmenin kurulması için yeterlidir²⁴⁹. Malın teslimi ise ancak sözleşmenin ifası aşamasında önem arz etmektedir²⁵⁰.

sözleşmenin adında "ariyet akdi" yerine "kullanım ödöncü" ibaresi kullanılmış, akdin hükümleri açısından ise yalnız dilin sadeleştirilmesi ile yetinilerek sözleşmenin tanımı, unsurları ve niteliğinde hiçbir değişikliğe gidilmemiştir. Bu nedenle çalışmamızda tarihsel gelişimin ve Roma Hukuku'nun günümüze yansımalarının esas alınması, Yargıtay kararları ve uygulamada rastlanan pratik olayların da önceki kanun düzenlemelerine dayanıyor olmaları nedeniyle 818 Sayılı Borçlar Kanununun ariyet akdini düzenleyen maddeleri üzerinde ağırlıklı olarak durulacak, 6098 Sayılı Kanunun incelenmesi bölümünde ise akdin nitelikleri ve temel özelliklerine yer verilecektir.

²⁴⁸ **"Karşılaştırmalı Türk Borçlar Kanunu"**, Seçkin Yayınları Temel Mevzuat Dizisi- 1, Ankara 2011, s.355-356.

²⁴⁹ ARAL, Fahrettin; **"Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri"**, Ankara 2007, Yetkin Yayınları, s. 295; TAHİROĞLU, "Borçlar", s.161-162.

²⁵⁰ ZEVLİLİLER, Aydın- HAVUTÇU, Ayşe; **"Özel Borç İlişkileri"**, Ankara 2007, Seçkin Yayınları, s.253, ARAL, s.295.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere 818 Sayılı Kanunda ariyet akdi, bir malın kullanımının bedava olarak bir başkasına bırakıldığı ve kullanımın akabinde ariyet alan açısından iade borcunun doğduğu bir sözleşmedir.

Bu bağlamda 818 Sayılı Kanunda ariyet akdi Roma Hukuku ve Osmanlı-İslam Hukuku'nda da temelini oluşturan ivazsızlık özelliğini muhafaza etmekle beraber, akitten doğan temel borcun malın iadesi olması bakımından da benzer bir hüviyet arz etmektedir. Aynı şekilde, ariyet akdi 818 Sayılı Kanunda da Roma Hukuku'nda olduğu gibi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Zira ariyet veren, akdin kurulmasının ardından malı ariyet alana teslim etmek yükümlülüğü altında olmakla beraber; ariyet alanın iade borcu sözleşmenin kurulması ve malın teslim alınmasından sonra doğmaktadır²⁵¹.

Her ne kadar tanımda açıkça belirtilmemiş olsa da, 818 Sayılı Kanunda ariyet akdinin konusunu oturma, irtifak gibi hakların da oluşturması mümkündür. Ancak alacakların ariyet olarak verilmesi mümkün değildir²⁵².

Ariyet akdinden doğan borçları da ihtiva eden ariyet akdinin hükümleri ise 818 Sayılı Kanunun 300. maddesi ve devamında aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

"MADDE 300: Ariyet alan, ariyet şeye ancak akitte tayin edilen ve akitte birşey tayin edilmemiş ise o şeyin mahiyetinden veya tahsis edildiği maksattan anlaşılan şekilde kullanabilir.

Ariyet alan, ariyeti başkasına kullandıramaz.

²⁵¹ CIVIR, s.72.

²⁵² ARAL, s.296.

*Bu kaideye muhalif hareket ettiği takdirde, zuhura gelen kazadan dahi mesul olur. Meğerki, bu kaideye riayet etmiş olsaydı bile yine bu kazanın vukua geleceğini ispat eder.*²⁵³"

Maddenin birinci fıkrası, ariyet akdinde ariyet alanın malı sözleşmede kararlaştırıldığı biçimiyle kullanma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Sözleşmede kullanım amacının tayin edilmemiş olması halinde ise malın niteliği yahut sözleşmenin amacı doğrultusunda kullanımın uygun olup olmadığının belirleneceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme de Roma Hukuku'ndaki ile birebir örtüşür niteliktedir²⁵⁴. Roma Hukuku'nda da ariyete konu malın kullanımının sözleşmede kararlaştırılan amaca uygun olması zorunluluğu ile beraber, amacın kararlaştırılmamış olması halinde halin icabına vurgu yapılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası ise ariyet alanın ariyete konu malı bir başkasına vermesi yahut kullandırmasının mümkün olmadığı hususunu düzenlemektedir. Bu düzenlemenin de Roma Hukuku ile benzer nitelikte olduğunu savunmak mümkündür; zira Roma Hukuku'nda ariyet akdi bir dostluk sözleşmesi olduğundan ariyet alanın kimliği sözleşmenin kurulması -ve sona ermesi- hususunda büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda ivazsız olarak, salt kişinin kimliğine duyulan güven ve karşılıklı samimiyete dayanılarak kurulan ariyet akdinde ariyet alanın malı ariyet verence tanınmayan bir kimseye izinsiz olarak vermesinin sözleşmeye aykırılık olarak yorumlanması kaçınılmazdır.

²⁵³ "Borçlar Kanunu", s. 355.

²⁵⁴ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm- III- Ariyet Sözleşmesinin Unsurları.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, ariyet alanın ariyete konu malı kullanım amacına aykırı biçimde kullanması halinde beklenmeyen hallerden dahi sorumluluğunun olacağı, bu durumdaki sorumluluğunun yegâne istisnasını ise amaca uygun kullanım halinde dahi beklenmeyen halin yine de meydana gelerek sözleşmeye konu malı telef edeceğini ispatlamasının oluşturduğunu hüküm altına almaktadır.

Bu düzenlemenin de Roma Hukuku ile paralel nitelikte olduğu tartışmasızdır. Zira Roma Hukuku'nda da ariyet alanın malı kararlaştırılan kullanım amacına aykırı kullanması halinde yalnız sözleşmeden doğan sorumluluğu değil, ayrıca hırsızlıktan yani *actio furti*'den de sorumluluğu gündeme gelmektedir²⁵⁵. Keza ariyet alanın sorumluluktan kurtulması için beklenmeyen halin her halükarda gerçekleşecek olmasının ispatı şartı da, Roma Hukuku'nda sorumluluk ölçütlerinin *Iustinianus* Hukuku'nda geçirdiği değişim sonucunda aldığı halin bir yansımasıdır²⁵⁶.

Ariyete konu malın muhafaza giderlerinin tazmini hususu ise 818 Sayılı Kanunun 301. maddesinde düzenlenmiştir.

"MADDE 301: Ariyet alan, ariyet şeyin adi muhafaza masraflarını ve hususiyetle ariyet hayvanın yiyecek masraflarını tahammül eder.

Ariyet verenin menfaatine yapmağa mecbur olduğu fevkalade masraflar için, ariyet alan ondan tazminat isteyebilir"²⁵⁷

²⁵⁵ TAHİROĞLU, s.166.

²⁵⁶ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm- VIII- Ariyet Akdinde Tarafların Sorumluluğu.

²⁵⁷ "Borçlar Kanunu", s. 356.

İşbu maddenin de Roma Hukuku'ndaki düzenleme ile bütünüyle paralel olduğu söylenebilir: tıpkı Roma Hukuku'nda olduğu gibi, 818 Sayılı Kanunda da ariyet verenin istisnai olarak borçlu olması ve akdın eksik iki taraflı niteliği ilkeleri muhafaza edilmiş, istisnai borcun da mal üzerinde yapılan zorunlu giderlerin tazmini noktasında ortaya çıktığı kabul edilmiştir²⁵⁸. Bu bağlamda Roma Hukuku'ndaki *impensae neccesariae* prensibinin 818 Sayılı Kanunun ruhuna da egemen olduğunu söylemek makul bir yorum olacaktır.

818 Sayılı Kanun'un 302. maddesi ise ariyet alan sıfatını birden fazla kişinin taşıması halinde, bu kişilerin sözleşmeden doğan müteselsil sorumluluğunu aşağıdaki gibi düzenlemiştir.

"MADDE 302: Birden ziyade kimseler bir şeyi birlikte ariyet alırlarsa, müteselsilen mesul olurlar"²⁵⁹

Bu düzenlemenin de ariyet akdinin tarihsel niteliği ile uyumlu olduğu ve sorumluluk çeşidi olarak müteselsil sorumluluğun belirlenmiş olmasının akdın ruhuna uygun olduğu görülmektedir.

²⁵⁸ BERKİ, maddenin ilk fıkrasında yer alan, ariyete konu hayvanın yiyecek masraflarının ariyet verence ödenmesinin ayrıca düzenlemesinin hatalı olduğunu savunarak; bu düzenlemenin ariyet akdini kira akdine benzettiğini belirtmiştir. Oysaki ariyete konu hayvanın yiyecek masrafları, fevkalade zorunlu masraflar niteliğinde değil, gerekli masraflar niteliğindedir. Zira fevkalade zorunlu masraflar, olağan ve düzenli bir nitelik değil olağanüstü ve istisnai bir nitelik taşımaktadır. Bir hayvanın düzenli olarak beslenmesi bu bağlamda fevkalade zorunlu masraf niteliğini taşımadığından, ayrıca düzenleme yapılmasına fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda bu görüşe katılmak mümkün değildir. BERKİ, Şakir; "Ariyet- Pret-a Usage- Gebrauchsleihe", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.318.

²⁵⁹ "Borçlar Kanunu", s.356.

818 Sayılı Kanunun 303 ila 305. maddelerinde ise akdin sona erme sebepleri düzenlenmiştir.

"MADDE 303: Muayyen bir müddet mukavele edilmemiş ise, ariyet alanın, ariyet alınan şeyi mucibince kullanmasıyla yahut kullanabilecek kadar bir zaman geçmesiyle ariyet nihayet bulur.

Ariyet şey, alan tarafından mukavele hilafına kullanıldığı yahut bozulduğu yahut kullanmak için diğer bir şahsa verildiği yahut evvelden bilinemiyen bir halden dolayı ariyeti veren ona acele muhtaç bulunduğu takdirde, daha evvel geri istenebilir."²⁶⁰

Maddenin ilk fıkrası ariyet akdinin akitte belirlenen anlaşılan kullanım süresinin dolması ile, yani özel sona erme sebebinin gerçekleşmesi ile sona ermesi halini düzenlemektedir.²⁶¹

İkinci fıkra ise, ariyet alanın kusurlu ve sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle ariyete konu malın süre beklenmeksizin geri istenebilmesi hallerini düzenlemektedir. Buna göre ariyet alanın malı kararlaştırılan amaca aykırı kullanması, mala zarar vermesi yahut bozması, ya da kullanmak üzere bir başka kişiye vermesi halinde ariyet sözleşmesi feshedilmiş olacak ve ariyet alanın malı iade

²⁶⁰ "Borçlar Kanunu", s.357.

²⁶¹BERKİ'ye göre, kanun maddesi kullanım süresinin açıkça kararlaştırılmış olması halini düzenlemekle yetinmiş olup; Roma Hukuku'nda sürenin açıkça belirlenmemiş olması halinde geçerli olan "halin icabı" kriterinin maddenin lafzı açısından uygulanabilirliği söz konusu değildir. BERKİ, "Ariyet", s.316.

borcu muaccel hale gelecektir. Bu düzenlemelerin Roma Hukuku ile birebir örtüştüğü söylenebilir.

Ancak fıkra ariyet verenin süre beklenmeksizin iade talebinde bulunması, ariyet alanın kusuru yahut sözleşmeye aykırı davranışının gerekmediği bir başka ihtimal açısından daha mümkün kılınmıştır. Buna göre ariyet verenin ariyete konu mala önceden öngörülemeyen biçimde acil olarak ihtiyaç duyması halinde, malın süre beklenmeksizin ariyet alanca iadesi gerekecektir. Bu düzenlemenin uygulanmasında ariyet veren açısından beklenmedik biçimde doğan aciliyetin iyi niyet ve dürüstlük kurallarına göre tayini gerekmele beraber; akdin samimiyet ve güvene dayalı hüviyeti doğrultusunda böyle bir istemin hukuken meşru kabul edilmesini anlamak mümkündür²⁶².

"MADDE 304: Ariyet veren şeyi ne müddetini ne de niçin kullanılacağını tayin etmeyerek vermiş ise, dilediği vakit geri isteyebilir."²⁶³

Bu madde düzenlemesi, yukarıda da değinildiği üzere Roma Hukuku ile farklılık göstermektedir. Zira 818 Sayılı Kanun, kullanım süresinin açıkça

²⁶² Ancak doktrinde aksi yönde görüşler mevcut olup; ileride görüleceği üzere kanunun 304. maddesinde "sürenin kararlaştırılmamış olması halinde açıklama ve koşulsuz iadenin mümkün olduğu" düzenlenmesinin varlığı karşısında ihtiyaç sebebiyle iadenin süresi belirlenmiş ariyet akdi açısından söz konusu olmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu düzenlemenin kiralananın ihtiyaç sebebiyle tahliyesi ile benzer bir nitelikte olması, ariyet akdinin ariyet alanın menfaatine dayalı kimliği ile çelişir bir hüviyet arz ettiğinden bu eleştiriler yerinde görünmektedir. BERKİ, "Ariyet", s.319; TANDOĞAN, Haluk; **"Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri"**, Cilt I-2, Vedat Yayınevi, 4. Basım, s.297.

²⁶³ "Borçlar Kanunu", s.357.

belirtilmemiş olması halinde halin icabını esas alan ve ariyet akdinin devamını ön plana koyan Roma Hukuku öğretisinin aksine; kullanım süresi ve amacının açıkça kararlaştırılmamış olması halinde ariyet verene geniş bir talep imkanı tanımaktadır.

"MADDE 305: Ariyet akdi, ariyet alanın ölmesiyle nihayet bulur."²⁶⁴

İşbu madde hükmü de yine Roma Hukuku ile paralel biçimde ariyet akdinin güven ve samimiyete dayalı kimliğini ön plana koymak suretiyle, akdin kurulması ve devamı açısından ariyet alanın kimliğinin büyük önem taşıyor olması nedeniyle ariyet alanın ölümü halini bir özel sona erme sebebi olarak kabul etmiştir. Eş deyişle, ariyet alanın ölümü halinde akdin mirasçılara intikali söz konusu değildir²⁶⁵.

III- 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA ARIYET AKDİ

İşbu çalışmanın yazım tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, ariyet akdi yönünden hukuki selefi 818 Sayılı Kanun ile dil ve terim kullanımı haricinde hiçbir farklılık içermemektedir²⁶⁶. Çalışmamızın bu bölümünde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ariyet akdinin hukuki niteliği, akitte tarafların karşılıklı borç ve sorumlulukları ile akdin sona ermesi hallerine yer verilecektir.

²⁶⁴ "Borçlar Kanunu", s.357.

²⁶⁵ EKER, s. 117; CIVIR, s.95.

²⁶⁶ Bkz. dipnot 239.

A) Akdin Tanımı Ve Hukuki Niteliği

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ariyet akdi, "kullanım ödöncü" olarak kavramsallaştırılmış ve kanunun Beşinci Bölümünün Birinci Ayrımının 379. maddesinde aşğıdaki gibi tanımlanmıştır.

"MADDE 379: Kullanım ödöncü sözleşmesi, ödönc verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödönc alana bırakmayı ve ödönc alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir."²⁶⁷

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere borçlar hukukumuzda ariyet akdi rızai bir akit olup, tarafların iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması akdin kurulması için yeterli ve gereklidir.

Ariyet akdi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, asıl borç ödönc alanın iade borcu olmakla beraber ariyet verenin de kimi hallerde sorumluluğu söz konusudur. Akdin hukukumuzdaki bu düzenlemesinin Roma Hukuku ile arasındaki nosyon; edimin ifası, bir başka ifadeyle borcun muacceliyeti zamanı açısından baş göstermektedir: Roma Hukuku'nun aksine Türk hukukunda ariyet verenin şeyi teslim borcu akdin kurulması aşamasında değil, akdin kurulmasının hemen akabinde söz konusu olmaktadır. Ariyet alanın iade borcu bakımından ise Roma Hukuku ile herhangi bir farklılık söz konusu olmayıp, sözleşmede kararlaştırılan kullanım süresinin dolması ile iade borcu muaccel olacaktır.

²⁶⁷ "Borçlar Kanunu", s.355.

Ariyet akdinin ivazsız niteliği tıpkı Roma Hukuku, Mecelle ve 818 Sayılı Kanun'da olduğu gibi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da emredici bir nitelik arz etmektedir.

B) Akdin Konusu Ve Unsurları

- Kullanma ödücü yahut ariyet akdinin konusunu kullanıma esas alınacak bir mal yahut hak oluşturur. Taşınır veya taşınmaz malların ariyet akdinin konusunu oluşturması mümkündür. Ariyet akdi açısından herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olup, akitte ariyet verenin malik olması da şart değildir²⁶⁸. Zira ariyet akdinin kurulması ile ariyet alan malın maliki değil, yalnızca zilyedi olmaktadır²⁶⁹. Bu nedenle taşınmaz malların ariyet olarak verilmesinde herhangi bir hukuki engel

²⁶⁸ Yargıtay da ariyet sözleşmesinin geçerliliğinin herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olduğunu kabul etmekle beraber; taraflar arasındaki akdin niteliğinin ihtilaflı olması ve tanık dinletilmesi gibi başkaca delillerin uygulama alanının bulunmaması halinde yazılı şeklin bir ispat şartı olacağı kanaatindedir. **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2006/13-468 E, 2006/460 K., 28.06.2006 tarihli kararı.**

²⁶⁹ Roma Hukuku'ndaki *possessio- detentio* ayrımı hukukumuzda zilyet- vazüyet biçiminde yer almaktadır. Bu bağlamda hukukumuzda ariyet alanın zilyet olması bakımından Roma Hukuku'ndaki *detentor* konumu ile farklılık gösterdiğini belirtmek gerekmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Yargıtay da ariyet alanın hukuki konumunun zilyet olduğu görüşündedir:

"...Zilyetlik fülü bir rabıttır, mülkiyet hukuki bir rabıttır, hırsız dahi bir şeyin zilyedidir, zilyetliğin fiilen mevcut olması hususunda hiç bir hakkı olmayan zilyet ile şeyin sahibi, kiracısı, ariyet alanı arasında hiç bir fark yoktur..." **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 1947/11 E., 1950/2 K. Sayılı ve 01.03.1950 tarihli kararı.**

bulunmamaktadır. Kullanıma elverişli olmak ve kamu hizmetlerini aksatmamak kaydıyla kamu arazilerinin de ariyet olarak verilmesi mümkündür²⁷⁰.

- Ariyetin konusunu kural olarak misli olmayan ve tüketime tabi olmayan mallar oluşturur²⁷¹. Bu durumun doğal sonucu, Roma Hukuku'nda olduğu gibi ariyet akdinden doğan borcun parça borcu olmasıdır.

- Roma Hukuku ve 818 Sayılı Kanun ile benzer biçimde, tanımda açıkça zikredilmemiş olmakla beraber doktrinde ariyet akdinin konusunu şahsi hakların da oluşturabileceği kabul edilmektedir²⁷². Muhtelif Yargıtay kararları da bu görüşü destekler niteliktedir²⁷³.

- Ariyet akdi yalnız akdin tarafları açısından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Eş deyişle, ariyet akdi ariyet alan açısından şahsi bir hakkın doğumuna vücut verir²⁷⁴.

²⁷⁰ TANDOĞAN, s.290.

²⁷¹ ZEVKLİLER, tüketilebilen ve misli malların da kullanılmamak ancak sergilenmek gibi bir amaçla, aynen iade edilmek üzere ariyet olarak verilebileceğini belirtmektedir. Bu görüş Roma Hukuku'nda da benzer hali mümkün kılan metinlerin varlığı ile beraber değerlendirildiğinde yerinde görünmektedir. ZEVKLİLER- HAVUTÇU, s.254.

²⁷² ARAL, s.296.

²⁷³ "Aile konutu aynı hakka (mülkiyetin eşlerden birine veya her ikisine ait olması gibi) dayalı olabileceği gibi, şahsi hakka (kira sözleşmesi, intifa hakkı, üst hakkı, ariyet sözleşmesi gibi şahsi haklardan kaynaklanabilir) da dayanabilir." **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/1- 218 E., 2010/251 K. sayılı ve 05.05.2010 sayılı kararı.**

²⁷⁴ " Bir mal sahibi ile yaptığım bey, hibe, trampa, ariyet, vedia, icar gibi her hangi bir akit ve taahhüt ve mukavele ancak akidimle benim, aramda hüküm ifade ederler. Bu akitler bana bir şahsi hak bahşederler. İki tarafa alacak ve borç tevhit eyler. Bu şahsi hakkıma dayanarak akidime karşı

- Ariyet akdi, kimi hallerde ariyet alanın şeyi kullanmasının yanı sıra ondan işletme amaçlı olarak yararlanmasını da kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle ariyet olarak verilen şeyin söz gelimi bir taşınmaz olması ve akdin taraflarının tacir olmaları halinde, ariyet alanın taşınmazı dükkân olarak kullanması ve bu suretle kar elde etmesi akdin ivazsız niteliği ile çelişmemektedir²⁷⁵.

- Ariyet akdinin kurulması için yalnız tarafların bir malın kullanımının ariyet alana bırakılması hususunda değil, ayrıca kararlaştırılan sürenin sonunda malın iade edileceği hususunda da mutabık kalmaları gerekmektedir. Bu husus akdin tanımında açıkça yer almakta olup, ariyet akdi ile bağışlama arasındaki farkı oluşturmaktadır²⁷⁶.

C) Tarafların Borç Ve Sorumlulukları

1- Ariyet Alanın Borç ve Sorumlulukları

a) Ariyete Konu Malı İade Borcu

Ariyet akdinde temel borç, tıpkı Roma Hukuku'nda olduğu gibi ariyet alanın iade borcu olup, bu durumun 379. maddedeki tanımdan rahatlıkla çıkarılması

şahsi bir dava açmak yetkisini haiz olurum." Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 1946/6 E., 1946/12 K. Sayılı ve 09.10.1946 tarihli kararı.

²⁷⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 1942/4 E., 1942/3 K. Sayılı ve 18.02.1942 tarihli kararı.

²⁷⁶ ZEVKLİLER- HAVUTÇU, s.255.

mümkündür²⁷⁷. Yine tanımdan anlaşılacağı üzere, borcun muaccel hale gelişi "ariyet alanın ariyete konu malı kullanmasının sona ermesine" bağlanmıştır.

b) Ariyete Konu Malı Amaca Uygun Kullanma Borcu

6098 Sayılı Kanunun 380 ve 381. maddeleri aşağıdaki gibidir:

"I- Ödünç alanın kullanım hakkı

MADDE 380: Ödünç alan, ödünç konusunu ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde, sözleşmede hüküm yoksa niteliğine veya özgülendiği amaca göre kullanabilir.

Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullanıramaz.

Ödünç alan, bu hükümlere aykırı davrandığı durumlarda, beklenmedik hallerden doğan zararlardan da sorumludur. Ancak, bu hükümlere uymuş olsaydı bile zararın doğacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

II- Bakım ve koruma giderleri

MADDE 381: Ödünç alan, ödünç konusunun olağan bakım ve koruma giderlerini karşılamakla yükümlüdür.

Ödünç alan, ödünç verenin yararına yapmak zorunda kaldığı olağanüstü giderlerin ödenmesini isteyebilir."²⁷⁸

²⁷⁷ Bu noktada ariyet alanın iade borcunun parça borcu niteliğinde olduğu ve iadenin aynen iade biçiminde yapılmasının zorunlu olduğunu yeniden vurgulamak gerekmektedir.

²⁷⁸ "Borçlar Kanunu", s.355-356.

380. maddenin birinci fıkrasına göre ariyet alanın bir başka borcu, ödünç olarak aldığı malı sözleşmede kararlaştırılan bir amaç varsa bu amaca, özel bir amaç kararlaştırılmamış ise halin icabına ve şeyin niteliğinde uygun olarak kullanmaktır. Bu ödevin yerine getirilmemesi halinde ariyet alan açısından sorumluluğun doğacağı tartışmasız olup, borcun ariyet alan açısından bir özen yükümü niteliği taşıdığını savunmak mümkündür²⁷⁹.

c) Ariyete Konu Malı Bir Başkasına Kullandırmama Borcu

380. maddenin ikinci fıkrası, ariyet alanın ödünç olarak aldığı malı bir başkasına kullandırmama borcunu düzenlemektedir. Buna göre ariyet alanın ariyet olarak aldığı malın kullanımını üçüncü bir kişiye bırakması halinde, ariyet alanın sözleşmeye aykırı davranışı söz konusu olacak ve sorumluluğu cihetine gidilebilecektir²⁸⁰. Bu düzenlemenin de Roma Hukuku sistematığının bir ardılı olarak akdin samimiyete dayalı niteliğinin muhafazasını amaçladığını savunmak mümkündür.

Ariyet alanın 380. madde kapsamında düzenlenmiş olan tüm bu sorumluluklarının kapsamı²⁸¹ beklenmeyen halden doğan sorumluluğu da kapsayacak biçimde geniş tutulmakla beraber, sorumluluğun sınırını da yine maddenin lafzından açıkça anlaşılacağı üzere illiyet bağıını kesen bir sebep olarak "ariyet alanın tüm sorumluluklarını eksiksiz olarak yerine getirmiş olması halinde dahi zararın meydana geleceğini" ispat etmesi oluşturmaktadır.

²⁷⁹ ARAL, s. 298.

²⁸⁰ Doktrinde ariyet akdinde ariyet alanın malı bir başkasına ödünç verebileceğinin kararlaştırılması halinde bu borcun ortadan kalkacağını savunan görüşler mevcuttur. CIVIR, s.90.

²⁸¹ Roma Hukuku'ndaki *casus* sorumluluğu ile paralel biçimde.

d) Ariyet Alınan Malın Olağan Masraflarına Katılma Borcu

Ariyet alanın bir diğer borcu ise, 381. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş olduğu üzere ödünç olarak aldığı malın olağan masraflarını ödeme borcudur. Malın olağan masrafları kavramı yukarıda da tartışıldığı üzere ariyet olarak alınan malın teslim alındığı koşullarda muhafazası ve iadesi için gerekli masrafları ifade etmektedir. Söz gelimi, ariyete konu malın bir hayvan olması halinde hayvanın beslenme giderleri, bir taşınmaz olması halinde ise temizlik giderleri olağan masraflar kapsamındadır²⁸².

Kullanma ödünç sözleşmesinin ödünç alan tarafında birden fazla kişinin bulunuyor olması halinde, sözleşmeden doğan tüm bu borçlar yönünden tarafların sorumluluğu müteselsil sorumluluktur²⁸³.

2- Ariyet Veren Borç Ve Sorumlulukları

a) Ariyete Konu Malın Ariyet Alana Teslimi Borcu

Ariyet akdinin kurulması için tarafların karşılıklı rızaya dayalı irade beyanları Türk hukuk sistemine göre yeterli ve gerekli olmakla beraber; akdin fiili anlamda hayata geçmesi için akde konu malın zilyetliğinin akdin kurulmasının akabinde ariyet verence ariyet alana teslimi gerekmektedir. Bu bağlamda kanunun 379. maddesinde yer alan tanımı, ariyet veren açısından malın ödünç alana teslimi borcunu doğurmaktadır.

²⁸² ZEVKLİLER- HAVUTÇU, s. 258.

²⁸³ 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Madde 382: "*Bir şeyi birlikte ödünç alanlar, ondan müteselsilen sorumlu olurlar.*"

b) Ariyete Konu Mal Üzerinde Yapılan Olağanüstü Masraflara Katlanma Borcu

Ariyet akdinin konusunu oluşturan malın ariyet alanın kullanımında bulunduğu süre zarfında, ariyet alan tarafından mal üzerinde yapılan olağanüstü giderlerin tazmini yükümlülüğü ariyet verene aittir²⁸⁴. Bu durum kanunun 381. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça düzenlenmiş olup, ariyet alanın bu masrafları işin aciliyetine göre sözleşmenin devamı esnasında yahut sona ermesinden sonra ariyet verenden talep etme hakkı bulunmaktadır²⁸⁵.

²⁸⁴ Bu noktada bir kez daha belirtmek isteriz ki, yine Roma Hukuku ile paralel biçimde, ariyet verenin katlanmak zorunda olduğu olağanüstü giderler, malın aynen iadesinin mümkün kılınması amacıyla ariyet alan tarafından yapılan zorunlu harcamaları kapsamamaktadır. Söz gelimi, ariyet verilen bir atın beslenme, barınma yahut acil tedavi giderleri olağan masraf niteliğindedir. Olağanüstü masraf kavramı, akdin ve akde konu malın doğası itibarıyla öngörülmesi mümkün olmamakla beraber yapılması zarureti hasil olan, eş deyişle lüks niteliğinde olmamakla beraber mutad bir nitelik de taşımayan masrafları ifade etmektedir. Söz gelimi, ariyet olarak alınan bir aracın olağan bakımı esnasında ortaya çıkan ve potansiyel bir tehlike arz eden bir arızanın ariyet alanca giderilmesi halinde yapılan masraflar olağanüstü nitelikte olup, tazmin yükümü ariyet verene ait olacaktır. Olağan bakım ise olağan masraf doğuracağından borç ariyet alana aittir. Ariyet alanın araç camlarını film ile kaplatması halinde ise masraf lüks niteliğinde olup, tazmin yükümü yine ariyet alana ait olacaktır.

²⁸⁵ TANDOĞAN, ariyete konu mal üzerinde yapılması gereken ve aciliyet arz eden harcamaların kira sözleşmesi ile paralel biçimde ariyet alan tarafından ariyet verene derhal bildirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. TANDOĞAN, s. 294.

D) Sözleşmenin Sona Ermesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 383, 384 ve 385. maddelerinde kullanma ödünçü olarak adlandırılan ariyet akdinin sona ermesi hali düzenlenmiştir:

"I- Amacı belirlenmiş kullanmada

MADDE 383: Kullanma için belirli bir süre öngörülmemişse, ödünç alanın, ödünç konusunu sözleşme uyarınca kullanmış olmasıyla veya kullanılabilecek kadar bir zaman geçmesiyle sözleşme sona erer.

Ödünç alan, ödünç konusunu sözleşmeye aykırı olarak kullanır, onu bozar veya kullanmak için başka bir kimseye verirse ya da önceden bilinmeyen bir durum yüzünden ödünç verenin ivedi gereksinimi ortaya çıkarsa, ödünç veren o şeyi daha önce geri isteyebilir.

II- Amacı belirlenmemiş kullanmada

MADDE 384: Ödünç konusu, kullanım süresi ve hangi amaçla kullanılacağı belirlenmeden verilmişse, ödünç veren onu dilediği zaman geri isteyebilir.

III- Ödünç alanın ölümü

MADDE 385: Kullanım ödünçü sözleşmesi, ödünç alanın ölmesiyle kendiliğinden sona erer."²⁸⁶

Kanun maddelerinden yola çıkılarak akdin sona ermesinin özel sebeplerini üçlü bir tasnife tabi tutmak mümkündür.

²⁸⁶ "Borçlar Kanunu", s.358.

1- Sözleşmede Kullanım Amacının Belirlenmiş Olması Halinde

Ariyet akdinin kurulması aşamasında belirli bir sürenin kararlaştırılmış olması halinde, sürenin dolması ile akdin sona ereceği ve ariyet veren açısından mali iade borcunun muaccel hale geleceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda sürenin dolması, aynı zamanda genel bir sona erme sebebi niteliğini de taşımaktadır.

Kanunun 383. maddesi, ariyet akdinin süresi belirlenmemiş olmakla beraber sözleşmeye konu şeyin belirli bir amaç ile ödünç verilmesi, ya da en azından amacın sözleşmenin amacına göre tayin edilebilir olması halini düzenlemektedir. Bu bağlamda akdin sona ermesi, kararlaştırılan amaca ulaşılmasına; bir başka ifadeyle ödünç alınan şeyin gerektiği kadar kullanılmasına yahut kullanılabilecek kadar zamanın geçmesine bağlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, belirli bir sürenin belirlenmemiş olduğu, ancak ödünçün belirli bir amacının bulunduğu 383. madde düzenlemesinde ariyet alan şeyi istediği gibi kullanmamış olsa dahi, kullanabileceği kadar bir zamanın geçmesi ile ariyet verenin şeyi geri isteyebilmesinin mümkün kılınmış olmasıdır. Söz gelimi, bir akşam yemeği için ödünç alınan bir yemek takımının, planlanan akşam yemeği hiç gerçekleşmese yahut misafirlerin gelişi ertelense dahi ertesi gün iade edilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemenin akdin samimiyete dayalı niteliğinin muhafazası ve ödünç verenin tamamıyla iyi niyete dayalı olarak gerçekleştirdiği ödünç verme tasarrufunun kötüye kullanılmasının önlenmesi ile açıklanması mümkündür²⁸⁷.

Maddenin ikinci fıkrası ise, ödünçün amacı belirlenmiş olmakla beraber bu amacın gerçekleşmesinin yahut gerçekleşmesine yetecek zamanın geçmesinin

²⁸⁷ TANDOĞAN, s.296.

beklenmesine gerek kalmaksızın ariyet verenin şeyin iadesini talep etmesine cevaz veren bir istisnayı düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, ödünç alanın borçlarını oluşturan yükümlülüklerinden herhangi birini gereği gibi -ya da hiç- ifa etmemesi halinde, ödünç alan malın iadesini derhal talep edebilecektir. Eş deyişle, işbu madde düzenlemesi ariyet alanın sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle borcun bir başka genel sona erme sebebi olan feshi hüküm altına almaktadır.

2- Sözleşmede Kullanım Amacının Belirlenmemiş Olması Halinde

6098 Sayılı Kanun'un 384. maddesine göre ariyet akdinin herhangi bir süreye bağlanmamış olmakla beraber herhangi bir amaca özgülenmiş olarak da kurulmamış olması halinde, ariyet verenin şeyi dilediği zaman geri isteme hakkı bulunmaktadır.

Bu düzenlemenin 383/2 hükmü ile farkı, sözleşmenin sona ermesinin ariyet alanın sözleşmeye aykırı davranışlarının varlığı gerekmesizin, herhangi bir süre yahut amacın kararlaştırılmamış olması nedeniyle fesih hakkının ariyet verene koşulsuz olarak tanınmış olmasıdır. Buna göre ariyet verenin şeyin iadesini istemesi ve teslim almasıyla sözleşme sona ermiş olacaktır.

3- Ariyet Alanın Ölümü

6098 Sayılı Kanun'un 385. maddesine göre kullanma ödöncü sözleşmesini sona erdiren bir diğör hal ariyet alanın ölümüdür.

Yukarıda da ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere ariyet akdi ariyet alanın kimliğine duyulan güvene dayalı olarak vücut bulan bir sözleşme olduğundan; ariyet alanın ölümü ile sözleşme derhal sona erecektir. Bir başka ifadeyle, ariyet alanın mirasçılara intikal yoluyla sözleşmenin devamı söz konusu olmayacaktır.

Ariyet verenin ölümü halinde ise sözleşme kendiliğinden sona ermeyecektir. Bu durumda kararlaştırılan bir kullanma amacı yahut sürenin varlığı halinde sözleşme bu sürenin sonuna kadar ariyet verenin mirasçıları ile ariyet alan arasında devam edecek; ariyet verenin ölümü ancak mirasçıları açısından bir olağanüstü fesih sebebi teşkil edebilecektir²⁸⁸.

²⁸⁸ EKER, s.82; s.117.

SONUÇ

Kaynağını komşuluk ve dostluk ilişkilerinden alan ariyet akdi, bir malın belirli bir kullanım amacı ve buna göre tayin edilecek yahut halin icabından anlaşılabacak bir süre ile ücretsiz olarak bir başka kişiye kullanıldıktan sonra aynen iade edilmek üzere ödünç verilmesini ifade eder.

Roma Hukuku'nda M.Ö.1.Yüzyıl döneminde ayrı ve bağımsız bir akit olarak şekillenen ariyet akdi, *Ius Civile*'de yer almayıp kaynağını *praetor* hukukundan alan bir sözleşmedir. Roma Hukuku'nda aynı bir akit olarak kabul edilen ariyet akdi, *consensus + res* olarak ifade edilen formülle, tarafların iradelerinin uyuşmasının yanı sıra malın elde bulundurma hakkının (*detentio*) ariyet alana teslimi ile tam olarak vücut bulmaktadır.

Ariyet akdinin ücretsiz olması akdin asal bir unsurudur. Akit kurulurken herhangi bir ücret kararlaştırılması halinde, sözleşme bir kira sözleşmesi halini almaktadır. Malın aynen iadesinin zorunlu olması da, akdin bir başka kurucu unsuru olup ariyet sözleşmesini bağışlamadan ayırmaktadır.

Roma Hukuku'nda ariyet akdi eksik iki taraflı bir iyi niyet sözleşmesi olup, ariyet alan her zaman borçludur. Ariyet alanın temel borcu ise, malı kararlaştırıldığı biçimde kullandıktan sonra aynen iade etmektir. Ariyet akdinin konusunu kural olarak misli olmayan ve tüketime tabi olmayan mallar oluşturduğundan, akitten doğan borç parça borcudur. Bu bağlamda akitten menfaati bulunan taraf olan ariyet alanın sorumluluğu da oldukça geniş kapsamlı kabul edilmiştir. Buna göre ariyet alanın sorumluluğu Klasik Dönem'de ziyadesiyle ağır bir objektif sorumluluk ölçütü olan *custodia* sorumluluğuna göre tayin edilirken, *Iustinianus* Dönemi'nde dönemin

genel anlayışına paralel biçimde sübjektif sorumluluk ölçütü kabul edilmiştir. Ariyet verenin borcu ise muhtemel bir borç olup, ancak mal üzerinde ariyet alan tarafından yapılan olağanüstü zorunlu masraflar ve maldan kaynaklı olarak ariyet alanın gördüğü zarar bağlamında istisnai olarak ariyet verenin borcu doğmaktadır.

İyi niyet davalarına vücut veren ariyet akdinden doğan temel davalar ariyet verenin açma hakkını haiz olduğu *actio commodati directa* ve ariyet alanın ariyet verenin borçlu olduğu istisnai hallerde başvurabileceği *actio commodati contraria* davalarıdır. *Actio furti*, *condictio furtiva*, *rei vindicatio*, *actio vi bonorum raptorum* ve *actio legis Aquiliae* gibi davalar da çeşitli hallerde ariyet akdi ile bağlantılı olarak baş gösterebilmektedir.

Roma Hukuku'nda ariyet akdi ifa, borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi, ibra ve davanın tespiti (*litis contestatio*) gibi genel sona erme sebepleri ile sonlanabildiği gibi; ariyet alanın ölümü, edimin imkansızlığı ve kullanma süresinin dolması gibi akte özel sebepler ile de sona erebilmektedir.

Ariyet akdinin işbu karakteristik özellikleri Türk hukuk sisteminde de büyük ölçüde muhafaza edilmiştir. Osmanlı- İslam Hukuku ve Mecelle'de de yer alan ariyet akdi, Cumhuriyet döneminde de 818 Sayılı Kanun ve günümüzde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da açık biçimde düzenlenmiştir.

Türk Hukukunda "kullanma ödöncü" olarak tanımlanan ariyet akdi, hukukumuzda da "bir şeyin kullanılmasının karşılıksız olarak ödöncü alana bırakıldığı, ödöncü alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi taahhüt ettiği" bir sözleşme tipi olarak kabul edilmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, Roma

Hukuku'nda kabul edildiği anlamıyla ariyet akdinin Türk Hukuk sisteminde de büyük ölçüde korunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ariyet akdinin Roma Hukuku ve Türk Hukuku'ndaki düzenlenme biçimleri arasındaki temel farklılık, Roma Hukuku'nda aynı bir akit olan ariyet akdinin Türk Hukuku'nda rızai bir akit olmasıdır. Bir başka ifadeyle, Roma Hukuku anlayışının aksine Türk Hukuku'nda akdin kurulması için *res*, yani somut açıdan vazüyetliğin nakli gerekli olmayıp tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı yeterlidir. Bu durum Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki rızailiği esas alan prensip değişiminin doğal bir sonucu olarak değerlendirilmektedir.

Bu niteliksel ayırım dışında akdin genel kimlik, nitelik ve unsurları bakımından pek çok benzer disiplin ve hukuki mefhumda olduğu gibi ariyet akdi özelinde de Roma Hukuku'nun tıpkı diğer ardılları gibi Türk Hukuku'nu da öncülediğini savunmak makul bir çıkarımdır.

KAYNAKÇA

AKMAN, Mehmet; "**İslam Hukuku- Mecelle'de Ariyet Sözleşmesi**", Ankara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Ankara 2003,

ARAL, Fahrettin; "**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**", Ankara 2007, Yetkin

Yayınları

BERKİ, Şakir; "**Ariyet- Pret-a Usage- Gebrauchsleihe**", Ankara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-4, Ankara 1954.

BERKİ, Şakir; "**Roma Hukuku**", Ankara 1949.

BUCKLAND, William Warwick; "**A Textbook of Roman Law from Augustus to**

Justinian", 2.Edition, Cambridge 1950.

BURDICK, William L; "**The Principles of Roman Law and Their Relation to**

Modern Law," The Lawbook Exchange Ltd, New York 1988.

CIVIR, Hakan; "**Roma Hukuku'ndan Günümüze Ariyet Akdi**", Yayınlanmamış

Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012

CİN, Halil- **AKGÜNDÜZ** ,Ahmet; "**Türk Hukuk Tarihi**", OSAV Yayınları,

İstanbul 2011.

DI MARZO, Salvatore; "**Roma Hukuku**", çev. Ziya UMUR, İstanbul Üniversitesi

Yayınevi, İstanbul 1959.

EKER, Ayşegül; "**Roma Hukukunda Ariyet Akdi**", Yayınlanmamış Yüksek

Lisans Tezi, Kocaeli 2004.

EMİROĞLU, Haluk; "**Ius Gentium- Kavimler Hukuku**", Değişim Yayınları, İstanbul 2007.

ERDOĞMUŞ, Belgin; "**Roma Borçlar Hukuku Dersleri**", Der Yayınları, İstanbul 2011.

GÜNAL, Nadi; "**Roma Hukuku'nda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme (Condictio Indebiti)**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1996.

GÜRTEN, Kadir; "**Roma Hukukunda Kefalet Akdi**", Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

HAUSMANINGER, Herbert; "**Diligentia Quam In Suis: A Standard Of Contractual Liability From Ancient Roman to Modern Soviet Law**", Cornell International Law Journal, Volume 18, Number 2, Summer 1985

HUNTER, William; "**Introduction to Roman Law**", William Maxwell and Son Publishing, Oxford University, London 1955.

IUSTINIANUS; "**Institutiones**", çev. Ziya UMUR, İstanbul 1968.

İPEK, Nurcan; "**Roma Hukukunda Gasp (Rapina)**", Der Yayınları, İstanbul 2001.

KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan; "**Roma Eşya Hukuku**", Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; "**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**", Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan; "**Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)**", Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

KOSCHAKER, Paul- **AYİTER**, Kudret; "**Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**", Olgaç Matbaası, Ankara 1983.

MACCORMACK, Geoffrey; "**Custodia and Culpa**", SZ 89 (1972).

OĞUZOĞLU, H.Cahit; "**Roma Hukuku**", Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1952.

ÖCAL APAYDIN, Bahar; "**Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları**", Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

RADO, Türkan; "**Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**", Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

ROBAYE, Rene; "**Le Droit Romain Tome II, Obligations-Contrats-Responsabilite contractuelle**", Louvain-La Neuve, Bruxelles 2002.

SAYIN KORKMAZ, Bengi; "**Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesinde Sorumluluk Ölçütleri**", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2012.

SCHULZ, Fritz; "**Classical Roman Law**", Oxford At The Clarendon Press, 1951.

SCHWARZ, Andreas Bertalan; "**Borçlar Hukuku Dersleri**", Çev. Bülent DAVRAN, Cilt 1, İstanbul 1948.

SOMER, Pervin; "**Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar- Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı**", Der Yayınları, İstanbul 1999.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem; "**Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Periculum Est Emptoris: Hasar Alıcıya Aittir**", Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

STEIN, Peter; "**Le Droit Romain et l'Europe- Essai d'interpretation historique**", Collection Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Geneve, Bruxelles 2003.

TAHİROĞLU, Bülent; "**Roma Borçlar Hukuku**", Der Yayınları, İstanbul 2011

TAHİROĞLU, Bülent; "**Roma Hukukunda Furtum**", İstanbul Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 1975

TAMER, Diler; "**Roma Hukuku Uygulamaları**", On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

TANDOĞAN, Haluk; "**Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri**", Cilt I-2, Vedat Yayınevi, 4. Basım, İstanbul 2008.

UMUR, Ziya; "**Roma Hukuku Ders Notları Usul Hukuku- Borçlar Hukuku- Eşya Hukuku- Miras Hukuku**", İstanbul 1999.

UMUR, Ziya; "**Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**", Beta Yayınları, İstanbul 1985.

UMUR, Ziya; "**Roma Hukuku Lugatı**", Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.

ÜNAL, Mehmet- **BAŞPINAR**, Veysel; "**Şekli Eşya Hukuku**", Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

VAN DEN BERGH, Govaert Carolus Johanes Joseph; "**Custodiam Praestare: Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia?**", TVR 43, 1975.

VILLEY, Michel; "Roma Hukuku Güncelliği", Der Yayınları, İstanbul 1985.

WATSON, Alan; "The Evolution Of Law: The Roman System of Contracts"

Law And History Review, Rev.1, 1984.

YAVUZ, Faruk; "Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Kefalet Akdi",

Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.

YEŞİLLER, Mehmet; "Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin

***Receptum* Sorumluluğu", Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler**

Fakültesi Dergisi, Bahar 2013, Cilt:3 Sayı: 1.

ZEVLİLER, Aydın- HAVUTÇU, Ayşe; "Özel Borç İlişkileri", Seçkin Yayınları,

Ankara 2007.

ZİLELİOĞLU, Hilal; "Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu",

Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1985.

ZİLELİOĞLU, Hilal; "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir

Bakış", AÜHF Dergisi, Cilt 39, Ankara 1987.

ZIMMERMANN, Reinhard; "The Law Of Obligations, Roman Foundation of

the Civilian Tradition", Oxford 1998.

"Karşılaştırmalı Türk Borçlar Kanunu", Seçkin Yayınları Temel Mevzuat Dizisi-

1, Ankara 2011.

Internet Kaynakları

Digesta ve Institutiones Metinleri:

<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/digest.htm>

<http://faculty.cua.edu/pennington/law508/roman%20law/GaiusInstitutesEnglish.htm>

Yargıtay İçtihatları:

www.kazanci.com

Fransız Medeni Kanunu:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Yayınlanmamış Tez ve Akademik Çalışmalar:

tez.yok.gov.tr

ÖZET

Bu tezin yazım amacı, ariyet akdinin kaynağını aldığı Roma Hukuku'ndaki temel nitelik ve özelliklerini kapsamlı biçimde ele alarak, akdin Türk Hukuk sistemindeki düzenlemesine olan etki ve yansımalarını karşılaştırmalı olarak değerlendirmektir. Tez giriş ve sonuç hariç olmak üzere toplam dört bölümden oluşmaktadır.

Tezin birinci bölümünde Roma Hukuku'nda borç kaynakları ve akitler sistemi incelenerek Roma Hukuku'nda *contractus* kavramı ana hatlarıyla ele alınmıştır. İkinci bölümde ise aynı akitler Roma Hukuku'ndan günümüze kısaca incelenerek; *res* kavramı ve *vedia*, *karz*, *rehin* gibi aynı akit çeşitlerinin tanım ve genel özelliklerine yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde Roma Hukuku'nda ariyet akdi tanımı, unsurları, hukuki niteliği, tarafları, konusu ve sair özellikleri ile, diğer akit tipleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu bölümde ayrıca Roma Hukuku'ndan günümüze uzanan temel ve birincil kaynaklardan doğrudan alıntılara yer verilmiştir.

Tezin dördüncü ve son bölümünde ise ariyet akdinin Türk Hukuku'ndaki hukuki niteliği tarihsel ve yasal açıdan ele alınmış, Yargıtay içtihatlarına da yer verilmek suretiyle akdin teorik ve pratik boyutları bir bütün halinde incelenmiştir.

ABSTRACT

This thesis aims to study the "loan for use" contract by examining its historical roots on the Roman Law with its basic qualities and characteristics to assess the contract's effects and reflections on Turkish law in a relative and comparative way. The thesis contains four sections, excluding the introduction and conclusion parts.

On the first section of the thesis, the Roman law term of *contractus* is examined with its main lines by scrutinising Roman obligation sources and contractual system. The second section focuses on real contracts and their

characteristics up-to date from Roman Law to modern law systems, studying the term *res* and defining the real contract types of Roman Law such as deposit, pledge and credit contracts with their general peculiarities.

The third section of the thesis contains the analysis of usage loan contract in Roman law with its definition, elements, legal characteristics, parts, subject and other properties, in comparison with other contract types. This section also contains direct citations from ancient, basic and primary Roman Law sources.

The fourth and final section examines the loan for use contract in Turkish law with its historic and legal qualities. This section targets to approach both theoretical and practical dimensions of the contract as a whole, by also including ruling cases of Turkish Supreme Court.