

# ROMA HUKUKUNDA KULLANIM ÖDÜNCÜ (ARİYET) SÖZLEŞMESİ (*COMMODATUM*)

*COMMODATUM IN ROMAN LAW*

Hakemli Makale

**Güzide Burcu GÜNVEREN\***

## İÇİNDEKİLER

GİRİŞ .....	313
I. TARİHİ GELİŞİM.....	316
II. <i>COMMODATUM</i> SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ.....	319
A. AYNİ NİTELİKTE OLMASI .....	319
B. İVAZSIZ OLMASI .....	322
C. SÖZLEŞMENİN KONUSU .....	325
D. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI.....	330
E. TARAFLARIN SORUMLULUĞU.....	331
1. Ariyet Alanın Sorumluluğu.....	331
a. Klasik Devirde.....	331
aa. Ariyet Alanın Sorumluluğunun Hafiflediği Haller .....	335
bb. Klasik Devirde Ariyet alanın Vis Maior Nedeniyle Sorumluluğu.....	338
b. <i>Iustinianus</i> Devrinde .....	341
aa. Genel Olarak .....	341
bb. Ariyet Alanın Sorumluluğunun Değiştiği Haller.....	345
2. Ariyet Veren Sorumluluğu.....	348
3. Ariyet Sözleşmesinde <i>Furtum Usus</i> .....	348
III. ARİYET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR VE DAVALAR .....	350
A. ARİYET ALANA KARŞI.....	350
B. ARİYET VERENE KARŞI.....	352

---

**DOI:** 10.32957/hacettepehdf.602483

**Makalenin Geliş Tarihi:** 06.08.2019

**Makalenin Kabul Tarihi:** 13.09.2019

\* Dr. Öğr. Üyesi. Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: gburcudogan@uludag.edu.tr

**ORCID:** 0000-0001-5710-6541

SONUÇ .....	357
KISALTMALAR .....	360
KAYNAKÇA .....	361

## ÖZ

Çağdaş Hukukumuzda olduğu gibi Roma Hukukunda da borç doğuran kaynakların en önemli kısmını sözleşmeler (*contractus*) oluşturmaktaydı. Ancak Roma Hukukunda *ius civile* bakımından *contractus* olarak kabul edilen belli anlaşma tipleri vardı. Belirli bir hukuki sonuca yönelen ve sınırlı sayıda olan bu tipik anlaşmaların borç doğurduğunu kabul etmek için, tarafların birbirine uygun irade beyanının yanı sıra malın karşı tarafa verilmesi ya da rızaların belli bir şekilde uygun olarak beyan edilmesi gerekirdi. Böylece *ius civile*nin kabul ettiği *contractus*lardan biri meydana gelmiş olurdu ve dava ile himaye edilen bir borcun ortaya çıktığı kabul edilirdi. *Contractus*lar dışında kalan diğer anlaşmalar ise *pactum* olarak bilinirdi. Roma Hukukunda sadece rıza ile sözleşmelerin kurulduğunu kabul edebilmek ancak ilerleyen yüzyıllarda kabul edilmeye başlanmış ve bu anlaşmalardan doğan ihtilaflarda, taraflara, *praetorlar* veya imparatorlar tarafından dava hakkı tanınmaya başlanmıştı. Böylece şekle bağlı kalmadan sadece *consensus* ile anlaşmalar kurulmaya başlanmış ve sayıları artmıştı. Gelişmeler neticesinde *pactum*ların *contractus*lardan farkı kalmamıştı.

*Commodatum* (kullanım ödünçü-ariyet) dostluğun sık sık karşılıklı hizmetler gerektirdiği Roma yaşantısında arkadaşlar ve komşular arasında oldukça yaygın kullanılan bir sözleşme tipidir. Buna rağmen ilk dönemlerde, *ius civile* tarafından kabul edilen bir *contractus* olarak ortaya çıkmamıştı. Bahsettiğimiz gelişime uygun olarak taraflar arasında bir *pactum* olarak doğmuştu. Sözleşmeye konu edilen şeyin iadesi için dava açılabilmesi, ilk kez *praetorun* himayesi sayesinde gerçekleşmişti.

**Anahtar Kelimeler:** Commodatum, Actio Commodati Directa, Actio Commodati Contraria

## ABSTRACT

As in our Contemporary Law, the most important part of sources from which debts were arising was contracts (*contractus*) in Roman Law. There were some contract types that were accepted as *contractus* in terms of *ius civile* in Roman Law. So as to accept that such contracts were heading towards a certain legal result and these contracts in a limited were bearing debts, along with the fact that the consentaneous declarations of intention of the parties the property had to be given to the other party or the consents had to be declared in accordance with a certain form. So one of *contractus* that *ius civile* approved came into existence and it was accepted there was a debt protected by a case. The other contracts different from *contractus* are known as *pactum*. It was only possible in the upcoming centuries to accept the fact that the

contracts were drawn up by consent in the Roman law. The fact that *praetors* and emperors bestowed a right of action upon any disputes arising from such contracts had an effect on this process. By doing so, the contracts began to be made by only consensus independently of the form and their numbers got increased. Thanks to those developments, there was not any difference between *pactums* and *contractus*.

*Commodatum* was used among friends and neighbours in Roman life where the friendship often required mutual services. Despite of this fact, it did not appear as *contractus* that was accepted by *ius civile*. In accordance with the development mentioned above, it was born as a *pactum* between the parties. It only happened under the auspices of the praetor that a lawsuit was brought for the refund of the thing mentioned in the contract. After the reconciliation of the declaration, the commodity mentioned in the contract had to be given to the other party so that *commodatum* could be set up. So it was coming under the group of the real contracts (*re contrahitur*) in terms of its formation. The debtor who got the detention of the property got the opportunity to use the property, which is mostly moveable and expendable gratuitously in accordance with the purpose agreed in the contract. In addition, it entered into the obligation of the full restitution during the agreed period.

**Keywords:** Commodatum, Actio Commodati Directa, Actio Commodati Contraria.

## GİRİŞ

Roma Hukukunda *commodatum* (kullanım ödöncü-ariyet), komşular, akrabalar ve arkadaşlar arasında gerçekleşen, bir şeyin ivazsız olarak kullanılmasını sağlayan ödöncü işlemi olarak doğmuştur. Kendisi gibi bir ödöncü işlemi olan *mutuum*'dan temel olarak, *mutuuma* konu edilen malın, tüketilmek üzere ödöncü verilmesi bakımından ayrılmaktadır. Bunun yanı sıra *commodatum* (kullanım ödöncü-ariyet) ile ödöncü verdiğimiz şeyin aynısının iadesini beklerken, *mutuum* ile ödöncü verdiğimiz şeyin aynısını değil, aynı çeşitten aynı miktarın iadesini bekleriz<sup>1</sup>. Örneğin, kullanılması için ödöncü verdiğimiz kitabın aynen iadesini umarken, içine düştüğü maddi sıkıntıyı aşması için arkadaşımıza verdiğimiz paranın aynısının iade edilmesini değil ancak aynı miktarda paranın iadesini umarız. Romalı hukukçuların birbirinden ayırt ve tasnif ettiği bu ödöncü işlemlerine, günümüzde de sıklıkla başvurmaktaız<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> BERKİ, Şakir, "Ariyet (Pret a Usage-Gebrauchsleihe)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1954, Cilt: 11, Sayı: 1-4, (s. 296-327), s. 296-297.

<sup>2</sup> Sözleşmelerin kurulması açısından farklılık bulunmakla beraber, Roma Hukukunda kullanılan ödöncü sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenlenmiştir. Roma Hukukunun *commodatumu* Türk

Söz konusu ödünç işlemleri, özellikle ortaya çıktığı ilk zamanlarda, daha kapalı bir toplumsal yapıya sahip olan ve ekonomisi daha ziyade tarıma dayanan Roma halkının, ihtiyaç duyduklarına daha kolay, daha ekonomik ve daha pratik yolla ulaşmasını sağlamakta idi. Günümüzde de ihtiyaç duyduklarımızı tanıdıklarımızdan, kullanmak üzere ödünç aldığımızda aynı hususun geçerli olduğunu göz ardı edemeyiz.

*Commodatum* (kullanım ödünçü), dostluğun sık sık karşılıksız hizmetler gerektirdiği Roma yaşantısında, temeli dostluğa ve güvene dayanan bir anlaşma idi. Oldukça yaygın biçimde kullanılsa da, sonradan *contractus* olarak kabul edilmiş ve dava ile korunur duruma gelmişti. Bir başka ifade ile, tarihi gelişim başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, *commodatum* da bir *pactum* olarak ortaya çıkmıştı. Zira Roma hukukunda *contractus*, sadece *ius civile*<sup>3</sup> tarafından geçerli sayılıp, borç doğurduğu kabul edilen anlaşmaları ifade ederdi. Günümüzün aksine, belli bir hukuki sonucun elde edilmesi amacıyla, taraflar arasında yapılan her anlaşmadan değil ancak sayıları sınırlı olan belli sözleşme tiplerinden borç doğduğu kabul edilirdi. *Ius civile* tarafından borç doğurduğu kabul edilmeyen ve dava ile korunmayan anlaşmalar ise *pactum* olarak ifade edilmiştir. *Pactum*'lar zamanla *praetorlar*<sup>4</sup> ve imparatorlar tarafından dava ile himaye edilmeye başlanınca, *pactum* ile *contractus* farkı ortadan kalkmıştı<sup>5</sup>. Bununla beraber Roma hukuku bakımından, Türk Borçlar Kanunu m. 26'da

---

Borçlar Kanunu'nda "kullanım ödünçü" başlığı altında, 379. madde ve devamında düzenlenmiş bir sözleşmedir. *Mutuum* ise Türk Borçlar Kanunu'nda "tüketim ödünçü" başlığı altında 386. madde ve devamında düzenlenmiştir.

- <sup>3</sup> Sadece Roma vatandaşlarına uygulanan hukuk. BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philedelphia, 1953, s. 527.
- <sup>4</sup> Cumhuriyet dönemi *magistralarından*dır. Yargı işlerinde görevli ve yetkili olan *praetorlar ius civile*nin sertliklerini yumuşatmak, toplum yararına *ius civile*ye destek olmak ve onun boşluklarını doldurmak için sahip oldukları *imperium* yetkisine de dayanarak, birtakım kurallar koyarlardı. *Praetorların faaliyetleri ile ortaya çıkan bu hukuk ius civileye nazaran praetor hukuku (ius honorarium)* olarak adlandırılırdı. KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Anahatları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 39, İzmir, 1993, s. 11-13.
- <sup>5</sup> GÜNEŞ - CEYLAN, Seldağ, "Roma Hukukunda *Contractus* (Sözleşme) *Pactum* (Anlaşma) İlişkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 9, Sayı: 1-2, (s.171-183), s. 179.

bahsi geçen “sözleşme özgürlüğü”<sup>6</sup> ilkesinden bahsetmek mümkün değildir. Günümüzde taraflar, kanunun öngördüğü sınırlar içinde olmak kaydıyla, sözleşme yaparak özel borç ilişkileri düzenleyebilir. Bunun yanı sıra günümüzde, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşıldığı ve birbirine uygun karşılıklı rızalar beyan edildiği anda sözleşme kurulmaktadır. Roma hukukunda ise karşılıklı ve birbirine uygun olan taraf beyanlarının ayrıca belirli şekilde dış dünyaya aksettirilmesi gerekirdi. Günümüzde geçerli olan ve sadece rıza ile bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi (rızailik ilkesi), sıkı şekilci muameleleri ile bilinen *ius civile*ye yabancı idi. Bir malın karşı tarafa teslim edilmesi gibi herhangi bir maddi fiil olmadan, sadece tarafların irade beyanlarının uyuşması ile bir borcun doğduğunu kabul etmek ancak çağdaş bir hukuk anlayışının ürünüdür<sup>7</sup>. Roma hukuk tarihinde de zamanla karşılıklı ve birbirine uygun rıza uyuşması (*consensus*), bir borç ilişkisinin geçerli olarak kurulması için yeterli sayılmıştır. Buna rağmen günümüzde sözleşmeler sahasında kabul ettiğimiz şekli ile “rızailik ilkesi” geniş bir uygulama alanı bulmamıştır. Oysa günümüzde borç ilişkilerinin doğumu açısından rızailik temel prensiptir. Bununla beraber, hukuki muameleyi yapan tarafı iyi düşünmeye sevk etmek, işlemde açıklık sağlamak, ispat hukuku açısından kolaylık sağlamak gibi gerekçelerin gözetildiği durumlarda ise taraf iradelerinin dış dünyaya açıklanmasının, belirli bir şekle bağlanması söz konusudur; ancak bu durumlar istisnaidir.

Roma hukukunda sözleşmelerin belirli tipte ve sayıda olmasının yanı sıra, irade uyuşmasının bir borcun geçerli olarak doğması için genellikle yetersiz kalması, sözleşmelerin oluşum açısından şu şekilde kategorize edilmesine yol açmıştır: Geçerli olarak kurulması ve borcun doğması için tarafların birbirine uygun irade beyanlarının yanında bir şeyin karşı tarafa verilmesinin gerekli olduğu aynı sözleşmeler (*re contrahitur*), tarafların birbirine uygun irade beyanlarının belli sözlerin kullanılması

<sup>6</sup> Daha detaylı bilgi için bkz: EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 16; KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 77.

<sup>7</sup> UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 1. Basım, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2010, s. 468 vd; RADO, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 14. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 61.

suretiyle dış dünyaya aksettirdikleri ve böylece bir borcun doğduğunun kabul edildiği sözlü sözleşmeler (*verbis contrahitur*), sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu kabul etmek için tarafların birbirine uygun irade beyanlarının yazılı şekilde açıklanmasının gerekli olduğu yazılı sözleşmeler (*litteris contrahitur*) ve günümüzde olduğu üzere sadece tarafların birbirine uygun karşılıklı rıza beyanları ile geçerli olarak kurulan sözleşmeler rızai sözleşmeler (*consensu contrahitur*)<sup>8</sup>. *Gaius*'un *Institutiones*'inde 3.89 ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde 3.13.2'de ve aynı şekilde *Digesta* 44.7.52 *pr.*'da sözkonusu tasnife ilişkin bilgileri bulmaktayız.

Roma Hukukunda aynı sözleşme çeşitleri ise şunlardır: karz (*mutuum*, tüketim ödücü) sözleşmesi, ariyet (*commodatum*, kullanım ödücü) sözleşmesi, vedia (*depositum*, saklama sözleşmesi) sözleşmesi ve rehin (*pignus*) sözleşmesi. Sözlü sözleşmeler ise *stipulatio*, cihaz vaadi (*dotis dictio*), azatlıların efendilerine hizmet edeceklerine dair yemin (*promissio iurata liberti*)'dir. *Iustinianus* döneminde sözlü sözleşmelerden sadece *stipulatio* uygulama alanı bulmaktadır. Yazılı sözleşmeler hakkında bilgi kaynaklarımız az olmakla beraber, aile reisinin günlük hesaplarına yaptıkları kayıtlardan doğardı. Rızai sözleşmeler ise, alım-satım (*emptio venditio*), *locatio conductio* (kira, hizmet ve istisna), şirket (*societas*) ve vekâlet (*mandatum*) idi. Anlaşılacağı üzere, çalışma konumuzu oluşturan *commodatum* (kullanım ödücü-ariyet) sözleşmesi, aynı sözleşmeler çatısı altında yer almaktaydı.

## I. TARİHİ GELİŞİM

*Commodatum* özellikle ilk dönemlerde tanıdıklar, komşular, arkadaşlar arasında gerçekleştiği ve ivazsız olduğu için, *commodatum* ile ilgili ihtilaflara doğmasına nadiren rastlanmıştır. Bu sebeple *commodatum*'un bir sözleşme olarak hukuken tanınması ve dava edilebilir olması, Roma hukuku tarihi açısından Cumhuriyet döneminin sonlarına

<sup>8</sup> RADO, 2018, s. 59 vd; TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 109 vd.; ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 49.

kadar gecikmiştir<sup>9</sup>. Kullanılmak üzere verilen şeyin iadesi için sözleşmeden doğan bir davanın açılabilmesi, ilk kez *praetorum* himayesi sayesinde gerçekleşmiştir<sup>10</sup>. *Praetor*'un himayesinden önce ise, anlaşmadan kaynaklanan bir dava imkânından yararlanmak mümkün olmasa da, ariyet veren, ödünce konu olan malın mülkiyet hakkını kaybetmediği için, *rei vindicatio* (istihkak davasını) açabilirdi. Bunun dışında, ariyet alanın ücretsiz kullanmak suretiyle menfaat sağladığı malı yıpratdığı, kullanım amacını aşarak ona zarar verdiği durumlarda, haksız fiil davasından (*actio legis Aquiliae*)<sup>11</sup> yararlanabildiğini ifade etmek gerekir<sup>12</sup>.

*Commodatumun*, *contractus*'lar arasına dâhil olması sürecinde ilk olarak *praetor*'un müdahalesinin önemli bir adım olduğu göze çarpmaktadır. D.13.6.1 *pr.*'dan anlaşılacağı üzere, “*Ait praetor: quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo*” (“*Praetor, commodatumun* bulunması halinde dava vereceğim”) demek suretiyle himaye sağlayacağını ifade etmiştir. Böylece, kullanmak üzere bir malını ariyet veren kimse, *praetor edictumu*<sup>13</sup> ile dava imkânına kavuşmuştur. Bunun için *ius civilen*in korumadığı ancak *praetorum* hakkaniyet gereği himaye etmek istediği durumlarda, davanın *intentio* kısmına<sup>14</sup> bir *factum* (hadise) eklenmesi usulünden yararlanılırdı.

<sup>9</sup> Roma Hukukunda *commodatum* ve *depositum* sözleşmelerinin tarihi açıdan gelişimi birbirine yakındır. Bu konuda her iki sözleşmeden de aynı hukuki metinlerde bahsedilmiştir. *Depositum* sözleşmesinin tarihi gelişimi için bkz: KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 29 vd.

<sup>10</sup> ZIMMERMANN, Reinhard, **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 189.

<sup>11</sup> Önceleri sadece köle ve sürü hayvanlarına, sonraları *actiones utiles* olarak her türlü mala verilen zararlar halinde, mal sahibinin uğradığı zararı tazmin ettirmek için açabildiği *praetor* davasıdır. UMUR, Ziya, **Roma Hukuk Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 9.

<sup>12</sup> SOMER, Pervin, **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar**, Der'in Yayınları, İstanbul, 2008, s. 116.

<sup>13</sup> Yargı işleriyle ilgilenen ve *imperium* yetkisi olan *magistralardan praetorların* çıkardıkları beyannamelere verilen isimdir. *Praetorlar* bu beyannamede görev süreleri içinde tanıyacakları def'ileri (*exceptio*), eski hale iadeleri (*in integrum restitutio*) ve *interdictum* gibi himaye vasıtalarını ilan ederlerdi. Özel hukukunun gelişmesinde *praetor edictum*'unun büyük bir önemi vardır. BERGER, 1953, s. 449.

<sup>14</sup> *Formulada* davacının talebini belirten en önemli kısımdır. Davanın konusun ve talebini gösterir. Sabit olursa kelimeleri ile başlayarak, davacının iddiasını belirten ve şartlı bir cümle ile davacının davalıya karşı ileri sürdüğü hukuki mesnedi şematik bir surette açıklayan kısımdır. TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 248.

Söz konusu *factum*, *praetorun* hakkaniyet gereği korunmasını uygun gördüğü durumdan ibaretti. Bu suretle *formula* usulünün<sup>15</sup> uygulandığı dönemde, ariyet veren *actio in factum*<sup>16</sup> yoluyla ve dolayısıyla *praetorun* müdahalesi ile korunmuş olurdu. Zamanla, Klasik hukuk döneminden itibaren, gerek hukukçuların çalışmaları, gerek *praetorun* geniş ve etkili himayesi neticesinde, *commodatumda ius civilenin* kabul ettiği *contractuslar* arasında yerini almıştır<sup>17</sup>. Önceleri ariyet veren, *commodatumdan* doğan ihtilaf için sadece *actio in factum* tercih edebilir iken, *commodatumun contractuslar* arasından sayılmaya başlamasından sonra, yine *praetorların* tanıdığı ancak *formulası in ius conceptaya* dayanan davayı tercih edebilir duruma gelmişti. Davanın *formulasında intentio* kısmında, *praetorun* hakkaniyete uygun bulduğu durumdan ziyade *ius civilenin* tanıdığı bir hakkın yer aldığı bu dava, *Gaius*'un *Institutiones*'inde (4.47) yer aldığı üzere, “*ex fide bona*” (iyiniyetin gerektirdiği şey) esasını içerirdi. Dolayısıyla *formulası* bir *factuma* dayanan davalarda, *formulada* yer alan “*quanti ea res erit*” (davaya konu olan şeyin değerine) ibaresi nedeniyle, davalı ceza mahiyetinde, ancak şeyin objektif ederi kadar para miktarına mahkûm edilebilirdi. Oysa *formulası ius civilenin* tanıdığı bir hakka dayanan davalarda, *formulada* yer alan “*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona eius*” (iyiniyet gereği, *Numerius Negidius*'u *Aulus Agerius*'a vermeye ya da yapmaya borçlu olduğu şeye) ibaresi nedeniyle, hâkim hüküm verme aşamasında çok daha geniş bir yetki alanına sahipti<sup>18</sup>. Hâkim, bu şekilde düzenlenen *formula* gereğince, sözleşmeye konu edilen şeyin değeri kadar para miktarına hükmetmek zorunda değildi. Dolayısıyla dava, sözleşmeye konu edilen malın iadesi talebine de yönelebilirdi. Roma hukukunun genel eğilimine uygun olarak *in factum formula* ve *in ius formula* birlikte uygulanmaya devam etmişti. Ancak

<sup>15</sup> Özel Yargılama Sisteminde (*ordo iudiciorum privatorum*) *legis actiolardan* sonra uygulanan usuldür. MÖ. 110 yıllarında çıkarılan *lex Aebutia* ile kanuni hale gelen usule göre, *magistra*, taraflara ihtilaflarına uygun bir *formula* vererek onları hâkime gönderirdi. UMUR, 1983, s. 75.

<sup>16</sup> *Ius civilede* tanınan bir hakka değil, vakiyaya dayanan *praetor* davası. KOSCHAKER / AYİTER, 1993, s. 223; BERGER, 1953, 475.

<sup>17</sup> SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law*, Clarendon Press, Oxford, 1954, s. 513-514; RADO, 2018, s. 77; ZIMMERMANN, 1998, s. 190.

<sup>18</sup> ZIMMERMANN, 1998, s. 190; DI MARZO, Salvatore, *Roma Hukuku*, (çev. Z. Umur), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 416; RADO, 2018, s. 52.



şüphesiz, ariyet veren kimse hâkimin takdir yetkisinin geniş olduğu *in ius formula*nın düzenlendiği davaya yönelmiş olmalıdır. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde (4.6.17) sözleşmeden doğan şahsi davaların mal talebine ilişkin olduğu ifade edilmiş ve *commodatum*dan doğan davanın da bu nitelikte olduğu bilgisi ayrıca açıklanmıştır<sup>19</sup>.

## II. *COMMODATUM* SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

### A. Aynı Nitelikte Olması

Daha önce ifade edildiği üzere Roma Hukukunda sözleşmeler, kurulmaları açısından dört grupta kategorize edilmişti. Aynı sözleşmelerin (*re contrahitur*) geçerli olarak kurulduğunu ve sözleşmeden bir borcun doğduğunu kabul etmek için, tarafların birbirine uygun irade beyanlarının yanında bir şeyin karşı tarafa verilmesi de gerekirdi. *Gaius*'un, *Institutiones*'inde (3.90)<sup>20</sup> *mutuum*u örnek vererek açıkladığı üzere, bazı sözleşmelerde “*re*” ile ortaya çıkan borç, belli miktardaki misli malların (daha sonra aynı nev’i ve miktarda iade edilmesi için) mülkiyetinin devri ile ortaya çıkardı. Ariyet,

<sup>19</sup> *Iust. Inst.* 4.6.17: “*Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. earum vero actionum quae in personam sunt, hae quidem quae ex contractu nascuntur fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur: veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. plane si depositi agetur, eo nomine quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem praetor reddit, si modo cum ipso apud quem depositum sit aut cum herede eius ex dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio*”. “Aynı davaların hepsi tazminat müteallik olarak vazedilmişlerdir. Akitten doğan şahsi davaların da hemen hemen hepsi bir tazminat sebebiyle vazedilmişlerdir: ezcümle davacının karz dolayısıyla veya *stipulatio* mucibince vaat edilen bir miktar parayı talep ettiği davalar ve yine ariyetten, vekiadan, vekaletten, şirketten, alım satımdan, kiradan doğan davalar böyledir.” IUSTINIANUS, *Institutiones*, (çev. Z. Umur), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 321.

<sup>20</sup> *Gaius, Inst.* 3.90: “*Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*”: “Borç münasebeti *res* ile aktedilir, mesela bir ödünçün verilmesiyle; ancak ödünç verme para, şarap, zeytinyağı, buğday, bakır, gümüş ve altın gibi tartı, sayı ve ölçü ile ifade edilen şeyler üzerinde olur; bu şeyleri ya sayarak ya ölçerek veya tartarak, alanın mülkiyetine geçmesi ve onun da bize aynı şeyleri değil fakat aynı neviden şeyler iade etmesi için veririz. Dolayısıyla buna *mutuum* deniliyor, çünkü benim bu şekilde sana verdiğim, benim olmaktan çıkıp senin oluyor”. Türkçe metin, GAIUS, *The Institutiones of Gaius*, Borçlar Kısmı, (Çev. T. Rado), İstanbul, 1953, s. 9.

vedia ve rehin sözleşmeleri bakımından ise, elde bulundurma (*detentio*<sup>21</sup>)'nun devri ile borç ortaya çıkardı<sup>22</sup>.

*Commodatumun* kurulduğunu ve bu sözleşmeden bir borç doğduğunu kabul etmek için, bir malın kullanılmak üzere devredilmesi gerektiği hususu *Iust. Inst.* 3.14.2'de ifade edilmektedir:

*Iust. Inst.* 3.14.2

“*Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur*”.

“Keza kendisine kullanması için yani *commodatum* (ariyet) olarak bir şey verilen kimse de, aynı (*re*) olarak borçlanır ve ariyet davasından (*actio commodati*) mesul olur. Fakat bu kimse, karz alandan çok farklı bir durumdadır: zira o şey kendisinin olsun diye verilmemiştir ve dolayısıyla bizzat o şeyi iade etmekle mükelleftir”.<sup>23</sup>

Metinden de sözleşmenin aynı nitelikte olduğunu anlamamızın yanı sıra devredilenin aslında elde bulundurma (*detentio*) olduğunu da anlıyoruz. Gerçekten ariyet sözleşmesinde malın ariyet alana teslim edilmesi ile devredilen şey mülkiyet değildir. Dolayısıyla malı ariyet olarak alan, daha sonra aldığı şeyi aynen iade etmekle yükümlü idi. Ariyet alan, malı karşılıksız kullanmak üzere elinde bulundurduğu sürece *detentor* olarak anılırdı.

<sup>21</sup> *Detentio*, malı başkası için elinde bulundurmaya (*animus rem alteri habendi*) ifade ederdi ve ariyet alan, *detentor* idi. Zilyet, *detentor*dan farklı olarak, malı kendisi için fiili egemenliği altında bulundururdu. Zilyet olmak için, malı kendisininmiş gibi (*animus rem sibi habendi*), fiili egemenliği altında bulundurmaya (*corpus*) gerekirdi. Malı elinde bulunduran ancak bu iki unsurun bir anda bulunması durumunda zilyet sayılır ve zilyetliğin korunmasına yönelik hukuki imkânlardan (*interdictum*'lardan) yararlanabilirdi. Bunun dışında zilyet diğer koşulları da varsa zamanışımı ile iktisap (*usucapio*) müessesinden yararlanabilirdi. *Detentor* ise bu imkânlardan yararlanamazdı. ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 21.

<sup>22</sup> (D.44.7.1.3-6).

<sup>23</sup> IUSTINIANUS, 1968, s. 241.

Bunun dışında aşağıdaki hukuki metinlerde benzer ifadelerle açıklandığı üzere, malın mülkiyeti ve zilyetliği, eğer malik ve zilyet ise ariyet verende kalırdı.

D.13.6.8

*“Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus”.*

Bir şeyi kullanılması için ariyet verdiğimizde, hem zilyetliği hem mülkiyeti muhafaza ederiz.

D.13.6.9

*“Nemo enim commodando rem facit eius cui commodat”.*

Kullanılmak üzere ariyet veren, alanı malik kılmaz.

*Iust. Inst. 4.15.5*

*“...per eos quoque apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit ipse possidere videtur...”*

“Keza, bir şeyi ariyet veya vedia olarak vermiş olan kimse de zilyet addedilir”.<sup>24</sup>

Benzer bir ifade D.41.2.3.20’de ve D.41.2.30.6’da yer almaktadır:

D.41.2.3.20

*“Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem”.*

Bir şeyi bana vedia ya da ariyet olarak veren, o şeyi bana satsa ya da bağışlasa dahi, hukuki durumum değişmiş sayılmaz, çünkü en başta da zilyet değildim.

D.41.2.30.6

---

<sup>24</sup> IUSTINIANUS, 1968, s. 361.

“*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. et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit*”.

“Eğer sana bir malımı ariyet verirsem 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”<sup>25</sup>.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ariyet sözleşmesi ile devredilen, malın *detentiosu* olduğu için, ariyet verenin malik olması şart değildi. Bu bilgi, *Digesta* 13.6.15'te şu şekilde yer almaktadır:

D.13.6.15

“*Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus*”.

Başkasına ait olduğunu bildiğimiz ve zilyetliğimizde bulunan bir şeyi ariyet olarak vermek mümkündür.

## **B. İvazsız Olması**

Ariyet sözleşmesi daha önce de değinildiği üzere, çeşitli ihtiyaçlara kolay bir yolla ulaşılmaması amacına hizmet eden ve dostlar arasında kurulan bir sözleşme olarak ortaya çıkmıştı. Bu sebepten ivazsız olması en önemli özelliklerinden biriydi. Bir malı, belli bir ücret karşılığında kullanmak, sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirirdi. Böyle bir durumda ariyet değil ancak kira sözleşmesinin kurulduğundan bahsedilebilirdi. *Digesta* 13.6.5.12'de *Ulpianus* bu durumu ariyete konu edilen malın rehin verilmesi örneğinden hareket ederek anlatmaktadır:

<sup>25</sup> Türkçe metin, KÜÇÜKGÜNGÖR, 2002, s. 39.

## D.13.6.5.12

“*Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit...*”

Alacaklına rehin olarak verebilmen için sana bir şey teslim ederim. Bunu rehin olarak verir ancak rehinden kurtaramadığın için bana iade edemezsin. *Labeo*, bu durumda ariyetten doğan davanın açılabilirliğini kabul eder. Kanaatimce *Labeo* haklıdır, lakin bu bir ücret karşılığında yapılırsa, kira ya da özel bir durumdan doğan dava verilmelidir...

Aynı husus *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de tekrar edilmektedir.

*Iust. Inst.* 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 ve taahhüt etmeden, sana kullanılmak üzere bir şey verilmişse, hakiki bir ariyet olduğu anlaşılır; aksi takdirde ücret mevcut olduğu zaman, o şeyin sana kira akdi mucibince verildiği kabul edilir, zira ariyet ücretsiz olmalıdır”.<sup>26</sup>

Bir malın, ücretsiz kullanılması amacına hizmet eden ve bu bakımdan ariyet sözleşmesine çok benzeyen bir başka akit olan *precarium*, tarih boyunca ariyet sözleşmesi ile beraber uygulanmaya gelmiştir. *Precarium*, ücretsiz olarak, taşınmaz bir malın (ya da bir hakkın) kullanılması için bir başkasına bırakılmasıdır. *Precarium* alan, söz konusu taşınmaz malın ya da hakkın zilyedi olurdu ve *precarium* veren talep ettiği takdirde, malı iade etmek (ya da hakkı kullanmaktan feragat etmek) durumunda

<sup>26</sup> IUSTINIANUS, 1968, s. 243.

kalırdı<sup>27</sup>. Bir başka deyişle, *precarium* alan, verenin izin verdiği süre boyunca malı ya da hakkı kullanabilirdi.

D.43.26.1 *pr.*

“*Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*”.

*Precarium*, bir kimsenin ricası üzerine başka birisi tarafından, bu sonuncunun arzu ettiği sürece verilen şeydir.

Müessese önceleri devlet tarafından, kamu arazilerinin karşılıksız kullandırılması için ortaya çıkmıştı ve himaye aracı olarak da *interdictum*<sup>28</sup>’dan faydalanılırdı<sup>29</sup>. Sonraları özel mülkiyete tabi arazilerin *precarium* verilmesi usulü başladı. *Precarium*’un, *contractus*’lar arasına katılması ancak postklasik dönemde mümkün olmuştur<sup>30</sup>. Dolayısıyla uzun bir süre *precarium*, sözleşme olmaktan ziyade bir *factumun*, *praetor interdictum* ile korunduğu özel bir durumdan ibaret idi. Bir başka ifadeyle, *precarium* fiili bir durumun geçirilmesini ifade eder, malı alan zilyet olur ve dolayısıyla zilyetlik *interdictum*larından yararlanırdı. Bununla beraber, mal geri istendiği takdirde malı alan iade etmek zorunda idi. *Interdictum De Precario*, *precarium* verenin, verdiği malın zilyetliğini (ya da varsa, *precarium* alanın kötü niyeti sebebiyle uğradığı zararı) isteyebildiği bir himaye vasıtası idi. *Precarium* alan, talebe rağmen, malı iade etmezse, zilyetliği fesatlı zilyetlik haline dönüşürdü<sup>31</sup>. Özetle *precarium*,

<sup>27</sup> BUCKLAND, William Warwic, **A Text-book of Roman Law from Augustus to Iustinianus**, University Press, Cambridge, 1932, s. 470-471; KOSCHKAER / AYİTER, **1993**, s. 220.

<sup>28</sup> *Interdictum*lar özellikle zilyetliği himaye eden vasıtalar idi. *Formula* usulü döneminde *praetorun* ve eyaletlerde valilerin bazı durumlarda sahip oldukları *imperiuma* dayanarak, hâkimin karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde, ihtilafı bir işin yapılmasını yasak ya da emretmek suretiyle halletmeleri idi. *Interdictum*lar ile, *ius civile*nin himaye etmediği bazı durumların, tarafların ileri sürecekleri tüm sebepler tetkik edilmeden, hızlı bir şekilde himaye edilmesi sağlanırdı. UMUR, **1983**, s. 90.

<sup>29</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. UMUR, *Ders Notları*, **2010**, s. 468 vd.

<sup>30</sup> DI MARZO, **1959**, s. 454.

<sup>31</sup> D.43.26.2 *pr.*

*Ait praetor: " quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas"*.

*Praetor*, “zilyedi olduğun ya da kötü niyetin yüzünden elinde bulundurmadığın bahis konusu malı, *precarium* aldığın kimseye iade etmelisin”, der.

taşınmaz malın zilyetliğini (talep edildiği herhangi zamanda iade edilmek üzere) sağlayan bir *factum* idi, ariyet ise ariyete konu olan malın *detentiosunu* nakleden bir *concractus* idi. Ayrıca *precarium*dan farklı olarak, ariyet sözleşmesinde taraflar, kullanım süresini tayin ederlerdi. Süre tayin edilmemiş ve uygun olmayan bir zamanda sözleşmeye konu edilen malın iadesi istenmişse, ariyet verenin sorumluluğu doğabilirdi.

Ariyet sözleşmesi ile benzerlik arzeden bir başka sözleşme ise *fiducia cum amico contracto*'dur. *Fiducia cum amico contracto*, ariyet gayesiyle dostlar arasında yapılan bir *fiducia* akti idi. *Fiducia* (inançlı akit), bir malın mülkiyetinin *mancipatio* veya *in iure cessio* ile bir taraftan diğer tarafa geçmesini sağlayan ve tarafların üzerinde anlaştıkları sonuç meydana geldikten sonra, malı alanın, diğer tarafa mülkiyeti iade etmekle yükümlü olduğu bir ayni akit idi<sup>32</sup>. Roma hukuk tarihi boyunca çok çeşitli amaçlar için kullanılmıştı. Mülkiyeti nakledilen malın, ücretsiz kullanılıp, daha sonra *fiducia* verene iade edilmesi amacıyla yapılan anlaşmanın ariyetten farkı, anlaşmaya konu edilen malın *res mancipi* olması idi. Bunu dışında ariyette, ariyet alana malın mülkiyeti değil, “*detentio*”su nakledilirdi<sup>33</sup>.

### C. Sözleşmenin Konusu

Ariyet sözleşmesine genellikle taşınır nitelikte, tüketime tabi olmayan ve gayri misli mallar konu olurdu. Bir kimsenin, sevilen bir yazarın son kitabını, okuduktan sonra iade etmek üzere, arkadaşına vermesi örneğinde olduğu gibi. Bununla beraber, aşağıda verilen metnin mefhumu muhalifinden de anladığımız üzere, ariyete konu olan şeyin farklı nitelikte kullanılması halinde, tüketilebilir nitelikteki ve misli malların da ferden tayin edilmek suretiyle ariyete konu olması mümkündür. Tören bittikten sonra iade edilmek üzere, masayı süslemesi için içindekilerle birlikte meyve tabağının verilmesi; gösteriş yapması için bir kimseye bir miktar banknotun, aynen iade edilmek üzere verilmesi örneğinde olduğu üzere.

<sup>32</sup> Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. KARAMAN, Başak, “Fiducia Cum Creditore”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 2, (s. 331-349).

<sup>33</sup> ERDOĞMUŞ, Borçlar, 2018, s. 58; DI MARZO, 1959, s.455-456; KOSCHKAER/AYİTER, 1993, s. 220.

## D.13.6.3.6

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

Birisine gösteriş yapması amacıyla sergilenmek üzere verilmediği sürece, kullanılmakla tükenen şeyler ariyetin konusu olamaz.

Ariyet sözleşmesinin asıl olarak, tarım toplumunda komşular arasındaki ihtiyaçların giderilmesi amacıyla ortaya çıktığını göz ardı etmediğimizde, bu sözleşmeye, öncelikle ve genellikle taşınır malların konu edildiğini tahmin edebiliriz. Bunun yanı sıra Roma’da, sosyal hayatta oldukça önemli bir role sahip olan ve bir maldan ücretsiz yararlandırma amacı güden bu sözleşmenin, genellikle kısa süreler tayin edilerek ya da belli bir amacın gerçekleşmesine yönelik olarak yapıldığını anlıyoruz. Bir kimsenin komşusuna, geçici bir çardak kurması için, 10-15 adet kalası, kalaslar kullanıldıktan sonra iade edilmesi koşulu ile ücretsiz olarak vermesi; su kanalı açmak üzere ya da hasat dönemi geçene kadar kölelerini, çalışmak üzere komşuya yollaması ve bunun karşılığında ücret alınmaması örneklerinde olduğu üzere<sup>34</sup>.

Bununla beraber taşınır mallar gibi taşınmaz mallar da ariyet sözleşmesinin konusunu oluşturabilirdi<sup>35</sup>. Bir kimsenin evini hiçbir karşılık almadan, arkadaşının oturmasına tahsis etmesi ya da evinin yüzme havuzunu komşusunun kullanmasına müsaade etmesi durumunda, aralarındaki sözleşme ariyet sözleşmesidir<sup>36</sup>. Ancak *Digesta*’nın bu hususla ilgili bazı metinlerini incelediğimizde, yaygın bir görüş olmamakla birlikte, taşınmaz bir maldan ücretsiz yararlanmanın ariyet sözleşmesine konu olmayacağını düşünen hukukçular da bulunduğunu anlıyoruz.

<sup>34</sup> TAHİROĞLU, 2016, s. 145.

<sup>35</sup> SCHULZ, 1954, s. 513; TAHİROĞLU, 2016, s. 145; ERDOĞMUŞ, Borçlar, 2018, s. 145, RADO, 2018, s. 76; ERENEL, Selahattin Ege, **Roma Hukuku’ndan Günümüze Ariyet Akdi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 39; CIVİR, Hakan, **Roma Hukuku’ndan Günümüze Ariyet Akdi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s. 26.

<sup>36</sup> RADO, 2018, s. 76.



## D.13.6.1.1

“*Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et cassius existimat. vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait*”.

Bu *edictum*'un yorumu zorluk arz etmez. Dikkat edilecek husus şudur ki; *Paconius*, *utendum datum* terimini kullanıyor iken, *edictum*'da *commodatum* terimi kullanılmaktadır. *Labeo*, kullanım ödöncü için bu iki terim arasındaki farkın “nev'i ve parça” arasındaki farka benzer olduğunu, *commodatum* teriminin taşınmazlar için değil, taşınırlar için kullanıldığını; *utendum datum*'un ise taşınmazlar için de kullanıldığını ifade etmektedir”. *Cassius* ise, *commodatumun* yerinde bir ifade olarak, taşınmaz mallar ile ilgili olarak kullanılabileceğini ifade etmektedir. Dahası *Vivianus*, *commodatumun* oturmayı kastedecek biçimde kullanılabileceğini aktarmaktadır.

Metinden anlaşıldığı üzere, *Proculianus* mektebine<sup>37</sup> mensup hukukçular *commodatumun*, taşınır malların kullanılmak üzere verilmesi halinde oluştuğunu ifade etmektedir. Oysa diğer Klasik devir hukukçularından *Cassius* ve (*Cassius*'u destekler biçimde) *Vivianus* farklı görüşe sahiptir:

<sup>37</sup> *Sabinianus* ve *Proculianus* hukuk okulları M.S. ikinci yüzyılın sonuna kadar faaliyet göstermiş ve çeşitli konularda görüş bildirerek hukukun gelişimine katkıda bulunmuşlardır. Bu okullar hukuk ilmine hâkimdi, çeşitli konularda hukuki mütalaalar verir, *edictum*ları yorumlar ve hukuki kavramlarla ilgili açıklamalarda bulunurlardı. *Labeo*'nun öğrencisi *Proculus*, *Proculianus* okulunun kurucusuydu. *Capito*'nun öğrencisi *Sabinus* ise *Sabinianus* okulunun kurucusuydu. KARAGÖZ, Havva, **Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 16-17; LEE, R. W., **The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian**, London, 1956, s. 91.

D.19.5.17 *pr.*

“*Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et vivianus ait posse...*”

Ücret mukabili olmadan bir evde oturmayı tahsis edersen, *commodatumun* davasını verebilir miyim? *Vivianus* bunun mümkün olduğunu ifade eder...

Bu hususla ilgili bir başka metin ise *Pomponius*'a aittir:

D.19.5.16.1

“*Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo*”.

Senin tarlanı ekmem ve ürün elde etmem için bana izin verdin. Ben ekтім ancak şimdi ürünü elde etmeme müsaade etmiyorsun. *Aristo* bu hususta, *ius civile*'de bir dava olmadığını ve *in factum* davanın olup olmadığının şüpheli bulunduğunu ifade eder. Ancak hileye karşı bir imkân olmalıdır.

Metinleri ve özellikle son metni değerlendirdiğimiz zaman, *commodatumun* sosyal hayatta yardımlaşma gereksinimi ile ortaya çıktığı ilk zamanlarda taşınmazları konu edinmediğini ancak zamanla taşınmaz malları kapsayacak anlaşmaların yapıldığını ve ihtilafların doğduğu yorumunu yapabiliriz. Zira *commodatum* henüz *contractuslar* arasında yer almasa da, *praetor* tarafından gözetilen ve gerektiğinde *actio in factum* verilen bir durumdu. Kanaatimizce, metinde bahsedilen münferit olayda (*commodatum* henüz *ius civilen*in *contractuslar*ı arasında sayılmadığı için *ius civile* davası ile himaye edilmese de), ariyet alanın *praetorun* himayesinden mahrum kalması, ihtilafın konusunun *commodatumun* kapsamında olmamasından kaynaklanabilir. Taşınmaz bir malın ücretsiz kullanımı söz konusu olduğunda aslında *precarium* ile *commodatum* arasındaki esaslı fark aklımıza gelmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, taşınmazı

ücretsiz kullandırma amacı güden bu iki anlaşmanın özellikleri birbirinden farklıdır. *Commodatum* ile ariyet alanın sadece *detentor* olması ve ariyet verenin uygun olmayan zamanda malın iadesini istemesi halinde sorumluluğunun doğması, *commodatumu* tercih sebebi yapmış olabilir. Böylece zamanla taşınmaz mallar için de *commodatum* kullanılmaya başlanmış ve Klasik hukukçular doğan hukuki meselelere cevap aramaya başlamıştır.

*Pomponius*'a ait bir başka metinden ise, hukukçunun taşınmaz bir maldan ücretsiz yararlanmayı bağışlama sözleşmesi kapsamında değerlendirdiğini anlıyoruz.

D.39.5.9 *pr.*

*“In aedibus alienis habitare gratis donatio videtur: id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit. potest enim et citra corporis donationem valere donatio, veluti velut si donationis causa cum debitore meo paciscar, ne ante certum tempus ab eo petam”.*

Bir kimsenin evinde ücretsiz yaşama, evden yararlanma hakkı karşılığında kira ödenmediği için, bağışlama olarak addedilir. Hediye, fiziki bir objeyi vermekten ibaret olmasa da geçerlidir; hediye olarak, belli bir vadeden önce, ondan borcunu ifa etmesini talep etmeyeceğime dair borçlu ile yaptığım bir anlaşma örneğindeki gibi.

*Pomponius*, *gratis habitatio* (ücretsiz ikamet) bahşedilmesi halini hediyeler arasında sayarak, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi bağışlama olarak belirlemiştir. Kanaatimizce, söz konusu karmaşaya sebep olan, ilk dönemlerde taşınmazların *commodatumun* kapsamına alınmaması ihtimali olabilir. Bunun yanı sıra ilgili metinden, *Pomponius*'un çağdaşı olan diğer hukukçular gibi, hukuki muamelenin niteliğini tespit ederken, bağışlama olduğunu kabul etmek için, *animus donandi* (bağışlama yapma niyetini gösteren unsur) şart koşmadığını anlıyoruz. Bir başka deyişle dönemin diğer hukukçuları gibi *Pomponius* da bir hukuki niteliğini belirlerken; bir tarafın temlik etmesine, diğer tarafın ücretsiz olarak iktisap etmesine bağlı olarak

bağışlamanın meydana geldiğini ifade etmektedir. Gerçekten Roma hukukunda, tarafların arasındaki muamelenin bağışlama olduğunu kabul etmek için, bahsettiğimiz iki unsura ek olarak *animus donandini*n aranması ve bu suretle bağışlama yapanın iradesine kıymet verilmesi ancak Postklasik hukuk döneminde kabul edilmişti<sup>38</sup>.

#### D. Sözleşmenin Tarafları

Bahsedildiği üzere, ariyet sözleşmesinde, ariyet alana, ariyete konu olan malın *detentiosu* nakledilirdi. Dolayısıyla öncelikle mülkiyet hakkına sahip olan kişi veya o malın zilyedi bulunan kişi, söz konusu malı ariyet olarak verebilirdi. Bunun dışında malın mülkiyet hakkına ya da zilyetliğine sahip olmayan ancak elde bulunduran (*detentor*) da, elinde bulundurduğu malı ariyet olarak verebilirdi. Aynı sebeple, gasp edilen ya da hırsızlık konusu malın, gasp veya hırsız tarafından ariyet verilmesi mümkündür. Bu şekilde başkasına ait malın ariyet verilmesi durumunda, ariyet sözleşmesi sözleşmeye taraf olanlar arasında geçerli idi<sup>39</sup>.

##### D.41.2.30.6

*“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. et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit”.*

Eğer sana bir malımı ariyet verirsem 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.

<sup>38</sup> DI MARZO, 1959, s. 484 vd.

<sup>39</sup> Hatta kamu hizmetini aksatmadığı sürece, kamu hizmetine ayrılmış yerlerin de üçüncü kişilere ariyet verilebileceği ifade edilmektedir. TAHİROĞLU, 2016, s. 145.

#### D.13.6.16

“*Ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem*”.

Hırsız ve gasıp da ariyet verdiği mal için ariyetin davalarından faydalanabilir.

Ariyet alan ise sözleşmeye konu edilen malın *detentoru* sıfatıyla, kullanım amacına uygun olarak ve ücretsiz kullandığı malı, sözleşmede kararlaştırılan sürenin sonunda aynen iade etmekle yükümlü olan kimse idi.

### E. Tarafların Sorumluluğu

Ariyet sözleşmesi nedeniyle tarafların sorumluluğunu Roma Hukukunda kusur ilkelerinin gelişimine uygun olacak şekilde, devirlere göre ayırarak incelemek daha doğru olacaktır. Ayrıca bahsettiğimiz üzere ariyet sözleşmesinde asıl borç ariyet alanına aittir. Ariyet alan, sözleşmeye konu edilen malı anlaşmaya uygun olarak kullanmak ve aynen iade etme borcu altındadır. Dolayısıyla daima borçlu olan ariyet alanının sözleşmeden doğan sorumluluğu, istisnai hallerde borç altına girebilen ariyet verenin sözleşmeden doğan sorumluluğuna göre daha fazla önem taşımaktadır. Bu sebeple açıklamamız yoğun olarak, ariyet alanının sorumluluğu çerçevesinde şekillenecektir.

#### 1. Ariyet Alanın Sorumluluğu

##### a. Klasik Devirde

Çalışmamızda bahsettiğimiz üzere ariyet alan sadece *detentor*'dur. Zilyet dahi olmayan ariyet alanının hukuki durumu zayıf olmakla beraber, sorumluluğu ağır takdir edilmiştir. Ariyet alan, ariyete konu edilen malı, sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun olarak kullanmalı ve belirlenmiş süre içinde, bir süre belirlenmemiş ise sözleşmenin hizmet ettiği amaca ulaşıldıktan sonra, ariyet aldığı şekilde aynen iade etme borcu altındadır. Sözleşmenin esas borçlusunu olan ariyet alan, borcunu ifa etmediği takdirde, kusurun bütün derecelerinden (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuştur. Bir başka deyişle ariyet alan, kendisine hafif ihmal (*culpa levis*), ağır ihmal (*culpa lata*) veya

kasıt (*dolus*) derecesinde kusur isnat edilebilecek bir sebeple borcunu ifa edemiyor ise, sözleşmeden doğan sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak Klasik devirde ariyet alanın, çok daha ağır bir sorumluluk ölçütü olan “*custodia sorumluluğu*” altında olduğu kabul edilmiştir. Bu durum Klasik dönemde egemen olan; malı kendi yararına elinde bulunduran kimsenin beşerî tedbirlerle, özellikle devamlı gözetim ve nezaretle önlenebilecek hallerden de sorumlu olduğu (*custodia sorumluluğu*) prensibinin bir sonucu idi<sup>40</sup>.

Ariyet alanın *custodia sorumluluğu*na ilişkin olarak aşağıdaki metinler örnek verilebilir:

*Gaius, Inst. 3.206*

*“Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui 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 *custodia mükellefiyeti* altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyi kullanmasındaki menfaati dolayısıyla aynı şekilde *custodia* ile mükelleftir”<sup>41</sup>.

D.13.6.5.9

*“Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari*

<sup>40</sup> Bu sorumluluk öncelikle alacaklıya ait bir malı, kendi yararına elinde bulunduranlar için söz konusu olurdu. Ariyet alan, kiracı, istisna sözleşmesinde iş gören, kendisine bir mal rehin olarak verilmiş olan alacaklı, ahırcılar, hancılar ve gemiciler için böyle bir sorumluluk ihdas edilmişti. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. ZİLELİOĞLU, Hilal, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1987, Cilt: 39, Sayı: 1, (s. 241-264), s. 250.

<sup>41</sup> Türkçe metin, GAIUS, *The Institutiones of Gaius, Borçlar Kısmı*, (Çev. Rado, T.), İstanbul, 1953, s. 93.

*debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt*".

“Ariyet alınan mal ile ilgili olarak gösterilmesi gereken özen, aynı derecede mal ile birlikte ariyet verilen için de beklenir. Yavrusu olan bir kısırağı, yavrusu ile ariyet verdiğimi varsayalım. Eski hukukçuların cevapları aynı zamanda yavru için de *custodia*'dan sorumlu olduğun şeklindedir”.

#### D.13.6.5.5

*“Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare”*.

Ariyet alanın, ariyet aldığı şeye ilişkin *custodia* sorumluluğu vardır.

Bunların dışında aşağıda yeralan metinden de (D.13.6.5.6), ariyet alanın *custodia* sorumluluğu olduğunu öğreniyoruz. Köle olağan koşullarda nezaret gerektirmeyen bir maldır. Ancak metinde, zincirlenmiş bir kölenin bu vaziyette ariyet olarak verilmesi söz konusudur. Zincirlenmiş olarak teslim edilmesi büyük olasılıkla kaçma temayülü nedeniyledir. Ya da yine metinde dikkat çekildiği üzere, yaşlı bir kölenin başına bir kaza gelmemesi için nezaret edilmesi gerekebilir. Bu durumda ariyet alan, köleye devamlı nezaret etmelidir ve bu suretle kaçmasının (ya da zarar görmesinin) önlenmesi gerekir. Ariyet alan nezaret etmediği için kölenin kaçması durumunda ise ariyet alanın *custodia* sorumluluğu gereği söz konusu zararı gidermesi beklenirdi.

#### D.13.6.5.6

*“Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinculus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare”*.

Eski hukukçular arasında ariyet alınan bir köle için *custodia* sorumluluğu olup olmadığı sorusu vardır. Aslında kölenin zincirli olarak ariyet alındığı veya yaşı icabı nezaret gereken bir kölenin ariyet alındığı gibi durumlarda *custodia* sorumluluğu olmalıdır. Eğer ki bahsedilen, ariyeti talep eden bir kimsenin *custodia*'dan sorumlu olması gerektiği ise, ariyeti talep edenin *custodia*'dan sorumlu olduğuna kesinlikle kanaat edilmelidir.

Klasik dönemde ariyet alanın *custodia* ile sorumlu olması, prensipte malın çalınmasına karşı bir sorumluluk olarak öngörülmüştü. Bugün için *custodia* sorumluluğu denildiğinde, hukukçular ilk olarak, kendi yararına malı elinde bulunduran kimsenin, hırsızlık dolayısıyla çalınan malı iade edememesinden doğan sorumluluğunu, düşünmektedir. Şüphesiz, ariyetaldığı malı aynen iade etme borcu altında olan ariyet alan, malın bir hırsız tarafından çalınması nedeniyle ariyet verene iade edemiyorsa, elinden gelen dikkati gösterdiğini, buna rağmen malın çalındığını belirterek sorumluluktan kurtulamazdı. Ancak ariyet alanın *custodia* sorumluluğunu, malın çalınması sebebiyle sorumlu olmasına indirgemek, bir başka ifadeyle ariyet alanın *custodia* ile sorumlu olmasını tipik bir olaydan sorumluluk olarak çerçevelemek doğru bir yaklaşım değildir. Ariyet alan, devamlı bir nezaret ile önlenmesi mümkün olan olaylar veya mala üçüncü kimselerin verdiği zararlar sebebiyle de sorumludur. Bu sebeplerden biri nedeniyle, ariyet alınan mal iade edilemiyorsa ya da malın aynen iadesi mümkün olmuyorsa, ariyet alanın (malın çalınması nedeniyle iade edemiyor olmasındaki varsayımda olduğu üzere) sorumluluğu söz konusu olurdu. Örneğin, ariyet alan, okumak üzere aldığı kitabı, başkasının yırtması ya da lekelemesi nedeniyle aynen iade edemiyorsa, bundan dolayı da sorumludur. Zira ariyet alanın, mala devamlı nezaret ederek ariyet aldığı malı, hırsızlıktan dahi korumasını beklerken, mala nezaret ederek üçüncü kişilerin verebileceği zararların da önüne geçmesini beklemek gerekir<sup>42</sup>. Bir

<sup>42</sup> Üçüncü bir kimsenin değil de bir hayvanın, ariyet alınan mala zarar vermesi durumunda ariyet alan kimse, nezaret sorumluluğuna sahip olduğu için *actio de pauperieyi* açabilirdi.

D.9.1.2 *pr.*

“*Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnium videntur pati*”.



başka deyişle, Klasik devirde, malı kendi menfaatine elinde bulunduran borçlu, o mala devamlı nezaret etmediği için önüne geçilmesi mümkün olan kayıp ve zarardan sorumlu tutulmakta idi<sup>43</sup>.

Ariyet alanın Klasik devirdeki “*custodia* sorumluluğu”nun bir sonucu da malın çalınmamasından menfaati olduğu için *furtum*’dan doğan ceza davasını (*actio furti*) hırsıza açabilmeleri idi. *Furtum*’dan doğan ceza davası esas olarak bizzat malik tarafından açılırdı. Ancak Cumhuriyet döneminde bu davanın “hırsızlığın yapılmamasında hukuki menfaati bulunan herkes tarafından açılacağı” düşüncesi kabul edilmişti<sup>44</sup>. Dolayısıyla ariyet alınan malın çalınması halinde, ariyet alanın kusuru olmasa bile sorumlu olduğu kabul edildiğine göre, davayı açma hususunda da menfaati olduğunu kabul etmek gerekir. Zira Klasik devirde ariyet alan çok ağır bir sorumluluk altındadır. Bu sorumluluk icabı, ariyet alanın, ariyet aldığı malı devamlı bir nezaretle koruyup muhafaza ettiği ya da malın hırsızlığa konu olmaması için tüm tedbirleri alıp almadığı ile ilgilenilmemektedir. Her durumda ariyet alınan malın iade edilemiyor olması ariyet alanın sorumluluğunu doğurmaktadır.

#### aa. Ariyet Alanın Sorumluluğunun Hafiflediği Haller

Ariyet alan sözleşmeden fayda sağladığı için kusurun tüm hallerinden ve hatta bazı beklenmedik olaylardan dolayı sorumlu tutulmasının istisnası, ariyet verenin de

---

Bu davayı yalnızca hayvan tarafından zarar verilmiş olan malın sahibi değil, aynı zamanda zarara uğramış mal üzerinde çıkarları olan örneğin malı ödünç almış kişiler de açabilir.

Konuya ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz: TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, Gökçe, “Roma Hukukunda Hayvanların Yol Açtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 14, Sayı: 2, (s.69-96), s.75-76.

<sup>43</sup> ZİLELİOĞLU, **1987**, s. 242; SCHULZ, **1954**, s. 515; ZIMMERMANN, **1998**, s. 194.

<sup>44</sup> *Actio furti*, hırsızlığın yapılmamasında hukuki yararı bulunan herkes tarafından açılabilen bir dava idi. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Hukukunda Furtum**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975, (Furtum), s. 139 vd.

*Iust. Inst.* 4.1.13

“*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 nispette, bu davayı haiz olabilir”. IUSTINIANUS, **1968**, s. 295.

sözleşmeden menfaat elde ettiği haller idi. Örneğin bir müzikseverin kendisine karşılıksız konser verebilmesi için, oldukça kıymetli müzik aletlerini bir müzisyene ariyet olarak vermesi halinde olduğu gibi. Menfaatin ariyet verende olduğu bu gibi hallerde, ariyet alan yalnızca kastından sorumlu tutulmaktadır. Buna benzer şekilde aşağıda yer alan metinde bir malı muayene etmek amacıyla alan kimsenin sorumluluğu, ariyet alanın sorumluluğu ile kıyaslanarak değerlendirilmektedir. Metinden anladığımız üzere, o malı muayene eden, kendi menfaatine elinde bulunduruyor ise sadece kasıtlı davranışı ile verdiği zarardan sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir.

#### D.13.6.10.1

*“Si rem inspectori dedi, an similis sit ei cui commodata res est, quaeritur. et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui, et custodiam: et ideo furti habebit actionem. sed et si dum refertur perit, si quidem ego mandaveram per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse cui voluit commisit, aequae culpam mihi praestabit, si sui causa accepit”.*

Bir şeyi bir kimseye muayene etmesi için verdiğimi varsayalım, muayene edenin durumu da ariyet alan gibi midir? Aslında o şeyin değerini tespit ettirmek amacıyla olduğu üzere, şeyi, kendi menfaatim için verdiğim, o sadece kastından sorumlu olacaktır. Eğer onun menfaati için verdiğim, *custodia* sorumluluğu nedeniyle *actio furti* davasını açabilir. Şeyin bana iade için getirilirken kaybolduğunu varsayalım. Eğer taşıyıcı benim talimatım üzerine atandıysa, zarara katlanmak zorundayım ama eğer kendi menfaatine muayene edenin seçimi ile bir kimseye tevdi edilmiş ise, muayene eden kusurundan sorumlu olmalıdır.

Bu metin dışında aşağıda yer alan metinde de menfaatin, ariyeti verende olduğu örneklere yer verilmiştir. D.13.6.5.10 ayrıca ariyet sözleşmesine taraf olanların, ariyet

alanın sadece kastından sorumlu olduğu hususunda anlaşmış olmaları haline de değinmektedir.

#### D.13.6.5.10

*“Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit”.*

Ariyet sözleşmesine taraf olanların, borçlunun sadece kastından sorumlu olduğu hususunda anlaştığı ya da nişanlısına veya karısına kendisini şerefine yakışır bir vaziyette temsil etmesi için giysi verdiği ya da *praetor* tarafından düzenlenen oyunlarda oyunculara ariyetin temin edildiği gibi menfaatin sadece ariyet verene ait olduğu örnekler, ariyet alanın sadece kastından sorumlu olduğu hallerdir.

Metinde verilen ilk örnek oldukça açıktır. Ariyet veren evli erkek ya da nişanlı, kendisini uygun bir şekilde temsil etmesi için karısına (ya da evleneceği kadına) giysi vermektedir. Metindeki ifade açık olmamakla beraber, düzenlenen bazı oyunların daha ihtişamlı olması için oyunları düzenleyenlere ariyet verilmesi halinde de menfaat, ariyeti verendedir<sup>45</sup>. Bu gibi hallerde ariyet alan, sadece kastından sorumlu tutulurdu.

<sup>45</sup> Romada gladyatör dövüşleri başta olmak üzere sportif unsurlar içeren çeşitli oyun ve gösterilerin toplum hayatında önemli bir yere sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Söz konusu gösteriler halk için günlük sıkıntılardan biran olsun kurtulmak ve iyi vakit geçirmek için eğlence olurken, siyasiler bakımından zenginlik ve güç gösterisi yaparak, taraftar toplamak için propaganda fırsatı olmuştur. Öyle ki Cumhuriyet döneminde *ludi* ve *munera* denen gösterileri, kendi bütçelerinden düzenlemek *magistraların* görevleri gibi görülmeye başlanmıştır. Bunları düzenleyen kimselerin kamu yararına çalışan biri olduğu izlenimini veren gösteriler, siyasi araç haline gelmiştir. Bizzat *aedilis curulisler* tarafından düzenlenen festivallerdeki oyunlarda, *patricius* sınıfından zenginlerin, daha sonraki seçimlerde oy kazanmak için para dağıttıkları bilinmektedir. SOMER, Pervin, “Roma Hukukunda Seçim Yolsuzlukları ve *Ambitus*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, Yıl: 2017, Cilt: 23, Sayı: 3, s. 47-48. Bununla beraber ciddi bir organizasyon gerektiren bu gösteriler, organizatörler ile katılımcıları sağlayan okullar arasında hukuki ilişkileri de doğurmuştur. Daha detaylı bilgi için bkz. TAHAN ORHAN, Duygu, **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukuki**

Bunun dışında günümüzde olduğu gibi Roma hukukunda da bir sözleşmede, borçlunun sorumluluğunu hafifletmek için sorumsuzluk anlaşmaları yapılabilirdi<sup>46</sup>. Metinde de bahsi geçtiği üzere, ariyet sözleşmesinde olağan koşullarda kusurun tüm derecelerinden sorumlu olan ariyet alanın sorumluluğu tarafların anlaşması ile hafifletilmiştir.

### **bb. Klasik Devirde Ariyet alanın Vis Maior Nedeniyle Sorumluluğu**

Klasik devirde ariyet alanın sorumluluğu ağır takdir edilmiş olsa da, ariyet alan devamlı nezaretle ya da gözetmekle önlenmesi mümkün olmayan hallerden sorumlu tutulmamıştı. Ariyet alanın sadece kendisi bakımından değil, hiç kimse tarafından önüne geçilmesi mümkün olmayan haller mücbir sebep (*vis maior* veya *casus maior*) olarak kabul edilirdi<sup>47</sup>. *Digesta* metinlerinde kazuistik olarak ve tipik şekilde sayılan mücbir sebepler, *custodia* sorumluluğunun da sınırını çizmiştir. Örneğin, ariyet alınan mala üçüncü bir kimsenin zarar vermesi nedeniyle, o malı iade edememek ile söz konusu malın haydut saldırısında zarar görmesi nedeniyle malı iade edememek, ariyet alanın sorumluluğu açısından farklılık arz ederdi. Ariyet alan, mücbir sebep oluşturan hallerden kaynaklandığı için ariyet aldığı malı iade edemiyorsa, sorumluluğu söz konusu olmazdı. Zira mücbir sebep sayılan hallerde sadece ariyet alan değil, hiç kimse beşerî tedbir alarak ya da mala devamlı nezaret ederek, zarar veren olayın önüne geçemez ve zararın doğmasına engel olamaz. Ariyet alan da, sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa çok yaklaştığı ve *custodiadan* sorumlu tutulduğu Klasik hukuk döneminde dahi *vis maiorden* sorumlu tutulmamıştı.

Bununla beraber ödünce konu olan malın, mücbir sebep nedeniyle telef olması, ariyet alanın kendi kusurlu davranışından kaynaklanıyor ya da ariyet alan, bahsedilen

---

**Sorumluluk**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 12 vd.

<sup>46</sup> Sözleşmenin tarafları arasında borçlunun hafif ihmalinden sorumlu olmayacağı yönünde, istisnaları olmakla beraber, anlaşmalar yapılması mümkündür. Bir başka ifadeyle, borçlunun hafif ihmalinden sorumlu olduğuna kural aksi kararlaştırılabilen bir kuraldır. Sorumsuzluk anlaşması sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın doğumundan önce, alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve ileride alacaklı yararına ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat isteminin oluşmasına engel olan hukuki işlemidir. Günümüzde TBK. 115. maddede “sorumsuzluk anlaşması” başlığı altında ilgili hüküm yer almaktadır.

<sup>47</sup> UMUR, 1983, s. 224.

zarar tehlikesi karşısında malı korumaya yönelik bir ödevi yerine getirmiyor ise, mücbir sebep sonucu meydana gelen zarardan dahi sorumludur. Bu konularda aşağıda yer alan metinler aydınlatıcıdır.

#### D.13.6.5.7

*“Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit”.*

Ariyet alanın, ölüm dolayısıyla oluşan zarardan sorumlu olduğu olaylar vardır. Şöyle ki; sana çiftliğe götürmen için bir at versem ama sen atı savaşa götürürsen, ariyetin davasında sorumlu olacaksın. Köle olayı da aynı şekildedir. Açıkçası köleyi savaşa götürmen için sana ariyet verirsem, zarar riski bana ait olacaktır. Aslında ben sana inşaatçı bir köle ariyet versem ve köle iskeleden düşse, *Namusa* hasarın bana ait olduğunu düşünür. Ben bunu, köleyi iskelede çalışması için sana ariyet verdiğim hale münhasıran doğru bulurum. Eğer ariyet onu zeminde

çalıştırman için idiyse ve sen onu iskeleye çıkardıysan ya da felaket, iskelenin eski ipler ve eski direkler ile birbirine bağlanması ya da ariyet alanın yeterince özenli bağlamaması nedeniyle iskelenin ayıplı olmasından kaynaklandıysa, ariyet alanın kusurundan ortaya çıkan bu zararı ödemesi gerektiğini iddia ederim. Aslında *Mela*'nın yazılarında da; ariyet verilen taş ustası köle, iskelenin çökmesi ile ölürse, iskeleyi özensizce kurması nedeniyle müteahhitin ariyet davasında sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

D.13.6.5.4 ise *vis maior* mahiyetindeki bir olayın gerçekleşmesi durumunda ariyete konu malı muhafaza etmek ve gerçekleşebilecek zararın önüne geçmek bakımından ariyet alanın sorumluluğunun ne kadar ağır olduğuna değinmektedir.

#### D.13.6.5.4

*“Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvare facere, suas praetulit”.*

Yaşlılık ya da hastalığın sebebiyet verdiği ya da bir şeyin zorla haydutlar tarafından alındığı ya da bu gibi hallerin söz konusu olduğu durumlarda, ariyet alan kendi kusuru olmadığı sürece sorumlu tutulamaz. Nitekim binaların çökmesi ya da yangından kaynaklanan felaket halinde ya da bu çeşit kaçınılmaz olay sebebiyle doğan zarardan da sorumlu değildir, meğerki ödünce konu olanları kurtarmak mümkün iken, kendisinininkileri tercih etsin.

Metinden anlaşılacağı üzere *vis maior* niteliğinde bir olay gerçekleşmiştir. Kaçınılmaz nitelikteki bu olay nedeniyle ödünce konu mal telef olmuştur. Metinde

ariyet alanın ödünce konu malın zarar görmesine engel olup olamayacağı hususu değerlendirilmiştir. Ariyet alan, kendi mallarını kurtarma imkânına sahipken, ödünce konu malın zarar görmesine razı olmuş ise, bir başka deyişle ariyet alan ödünce konu malı kurtarmaktan imtina etmiş ve kendi menfaatini ariyet vereninkine tercih etmiş ise, bundan dolayı sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Ariyet alandan beklenen, kendi işleri için gösterdiği dikkat, özen ve tedbiri, ariyet verenin menfaatine de göstermesidir. Bu noktada metinde dikkat çeken; ariyet alanın sorumluluktan kurtulabilmesi için, iyi bir aile reisinden beklenen özeni göstermesinin yetmediğidir. Daha ziyade “kendi işlerinde göstermesi gereken özeni” göstermesi beklenmektedir. Aksi takdirde kendisine hafif ihmal derecesinde kusur isnat edilebilecektir. Bir başka deyişle ariyet alanın sorumluluğu, ariyet verenin menfaatini kendi menfaati gibi görmesi gerektiği ifade edilerek ağırlaştırılmaktadır. Dolayısıyla Klasik devirde ariyet alanın sorumluluğu takdir edilirken “ariyet verenin menfaatini, kendi menfaati gibi görmek (ya da ariyet alandan, kendi işlerinde gösterdiği özen ve tedbiri göstermesini beklemek)” şeklinde somutlaştırabileceğimiz bir ölçü vardır. Bu somut ölçü, *Iustinianus* döneminin aksine, Klasik devirde başkasına ait işleri kendi işleri gibi görmeyerek, onun menfaatini geri plana iten ariyet alanı sorumlu tutmak üzere kabul edilmiştir<sup>48</sup>.

## **b. *Iustinianus* Devrinde**

### **aa. Genel Olarak**

Roma hukukunda dönemlere göre, kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru geçişe paralel biçimde, ariyet sözleşmesinde de ariyet alanın sorumluluğu *Iustinianus* döneminde, Klasik hukuk dönemine nazaran hafiflemiştir. Aslında bu durum Klasik dönemde egemen anlayış olan; malı kendi yararına elinde bulunduran kimsenin beşerî tedbirlerle, özellikle devamlı gözetim ve nezaretle önlenebilecek hallerden sorumlu olduğu (*custodia sorumluluğu*) prensibinin terkedilmesi ile ilgilidir. *Iustinianus* döneminde ariyet alan, iyi bir aile reisinin kendi işlerini idare ederken göstermesi gereken ölçüde dikkat ve özeni (*diligentia boni patri familias*) göstermek

---

<sup>48</sup> ERDOĞMUŞ, Borçlar, 2018, s.42, dp. 79.

durumundadır. Dolayısıyla ariyet alan, en hafif özen eksikliğinden bile sorumlu tutulmaktadır ancak sorumluluğu *custodia* sorumluluğuna göre daha hafiftir.

Aşağıda verilen *Digesta* metni *Iustinianus* döneminde ariyet alanın sorumluluk alanını belirlediği için önemlidir. Metnin orijinalinde kullanılan “*diligentissimus pater familias*” sözcüğünden ve en üstünlük derecesinin (superlātivus) kullanıldığı gramatik yapıdan da anlaşılacağı üzere, ariyet alandan, iyi bir aile reisinin en üst düzeyde göstereceği özen beklenmektedir. “İyi bir aile reisi”, ariyet alanın ihmalinin olup olmadığını belirlemek açısından soyut bir ölçü olarak kabul edilmiştir. Bahsedilen derecede dikkat ve özen gösterilmiş, buna rağmen borcun ifasına engel olan durumun önüne geçilememiş ya da D.13.6.18. *pr.*’da bahsedilen gibi beklenmedik bir olay meydana gelmiş ise, ariyet alanın sorumluluğuna başvurulamazdı.

D.13.6.18 *pr.*

*“In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa*



*praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet*”.

Kullanmak üzere ödünç verilen bir şeye gösterilmesi gereken ihtimam, çok dikkatli bir aile reisinin kendi işlerinde uyduğu nispettedir ki; ariyet alan sadece kendi kusuru olmadan gerçekleşen, kölelerin ölümü, düşman ve haydut saldırısı, korsan baskını, gemi batması, yangın, genellikle nezaret gerekmeyen kölelerin kaçıışı gibi önlenemez olaylardan sorumlu değildir. Haydutlar, korsanlar ve gemi batması için söylenenler aslında bir kimseye, uzak bir yere götürmesi için bir şeyin ariyet verildiği hallere münhasıran geçerlidir. Arkadaşları için akşam ziyafeti vereceğini söyleyen birine, gümüşlerimi ariyet verdiğim, lakin onun, ödünçü seyahate götürdüğü durum farklıdır. Bu vakada felaket, haydutlardan, korsanlardan ve gemi kazasından kaynaklansa bile, hiç şüphesiz ariyet alan sorumludur. Bu bahsedilen sonuçlar, ödünçün sadece alanın menfaatine olduğu haller için uygulanır. Ancak her ikimizin arkadaşını davet ettiğimiz bir yemek organizasyonu için sorumluluk üstlenmen nedeniyle gümüşleri sana ariyet verdiğim halde olduğu üzere, ariyet sözleşmesinin her iki tarafın da menfaatine olduğu durumda, bazı kaynaklarda, senin sadece kasti zararlarından sorumlu olacağın bilgisine ulaştım. Bununla beraber, rehin veya *dos* yoluyla verilen şeylerde ihmalden sorumluluk dikkate alındığı gibi, aynı zamanda ihmalin nedeniyle sorumlu olup olmayacağı sorulmalıdır.

Metin, hem ariyet alanın sorumlu olmadığı beklenmedik bazı olayları sıralamış hem de örnek vermek suretiyle ariyet alanın sorumluluk alanını çizmiştir. Metinden açıkça anlaşılacağı üzere, ariyet alan tüm kusurlarından (*omnis culpadan*) sorumlu olmakla beraber, beklenmedik hallerden sorumlu değildir. Aslında metinde sıralanan olaylar, sadece ariyet alanın değil, kimsenin önüne geçemeyeceği, beşeri bir tedbirin

alınamayacağı boyuttaki mücbir sebep (*vis maior* veya *casus maior*)’i örnekler niteliktedir. Kusur sorumluluğunun uygulandığı dönemlerde, borçlunun *vis maiorden* dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Ariyet alan da, sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa çok yaklaştığı ve *custodiadan* sorumlu tutulduğu Klasik hukuk döneminde dahi *vis maiorden* sorumlu tutulmamıştır. Metin, bu açıdan söylediklerimizi destekler nitelikte olduğu gibi, ariyet alan açısından hafif ihmalde belirlenen soyut ölçüye de atıf yapmıştır. Ariyet alan “çok dikkatli bir aile reisinin göstereceği dikkat ve ihtimamı” gösterdiği takdirde, malın telef olmasından sorumlu olmayacaktır. Başka bir anlatımla, ariyet alan hafif ihmalinden dahi sorumlu tutulmaktadır.

Ariyet alanın sorumluluğunu, ariyet veren ile kıyasladığımız zaman daha ağır bir sorumluluk altında olduğunu ifade etmek gerekir. Ariyet alanın sorumluluğunun ağır takdir edilmiş olması, esas itibariyle sözleşmeden sağlanan menfaat derecesi ile ilgilidir. Zira Roma hukukunda yarar (*utilitas*) prensibi gereğince, sözleşmeden menfaat elde edenin sorumluluğu daha ağır belirlenirdi. Sözleşmeden menfaati olmayan sadece kastından ve ağır ihmalinden sorumlu tutuluyor iken, menfaati olan *omnis culpadan* sorumlu tutulurdu<sup>49</sup>.

#### D.13.6.5.2

*“Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit ( tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur”.*

<sup>49</sup> BUCKLAND, 1932, s. 471; RADO, 2018, s. 42; UMUR, Ders Notları, 2010, s. 342.

Kullanım ödücünün davasında sorumluluğun neye dayandığı sorulmalıdır; *dolus* sebebiyle mi veya aynı zamanda *culpa* sebebiyle de mi ya da tüm zarardan katı bir sorumluluk mu olduğu. Gerçekten sözleşmelerde bazen *dolus*, bazen *culpa* sebebiyle sorumlu oluruz. Vedia da oldukça haklı olarak sadece *dolus* sebebiyle sorumluluk doğar. Çünkü vedia alan kişi sözleşmeden hiçbir menfaat elde etmez. Ancak bir karşılığın ödenmesi durumunda istisna doğar. Bu yüzden emirname gereğince *culpadan* da sorumlu olur. Diğer yandan her iki tarafın menfaatinin olduğu alım-satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, rehin sözleşmesi ve şirket sözleşmesinde *dolus* ve *culpadan* sorumluluk esastır.

#### **bb. Ariyet Alanın Sorumluluğunun Değiştiği Haller**

Klasik Devirde ariyet alanın sorumluluğunu açıklarken, sorumluluğun hafiflediği bazı hallerden ilgili hukuki metinlere atıf yapmak suretiyle değinmiştik. Klasik devirde ariyet alanın sorumluluğu oldukça ağır takdir edildiği için, sorumluluktaki değişiklik genellikle sorumluluğun hafiflemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ariyet alanın sözleşmeye aykırılık teşkil eden davranışları ise kimi zaman sorumluluğunun artmasına neden olurdu. Benzer şekilde *Iustinianus* döneminde de ariyet alanın sorumluluğunu hafifleten veya arttıran nedenleri örnekleyen metinlere rastlamak mümkündür.

Ariyet sözleşmesinin hizmet ettiği amaç düşünülünce, menfaatin ariyet alana ait olması olağandır. Bununla beraber, D.13.6.18 *pr.*'da da örneği verildiği gibi, sözleşmeden ariyet alan ve ariyet verenin ortak menfaatinin bulunduğu haller olabilir. Ortak arkadaşına verilecek ziyafetin külfetini yüklenen kimseye, gümüşler ariyet olarak verilirse, ariyet verenin de menfaatinin bulunduğu bu ariyet ilişkisinde, ariyet alan sadece kasıtlı davranışı nedeniyle sebep olduğu zararı gidermekle yükümlü olurdu. Böyle bir durumda, metnin başında ariyet alanın sorumluluğu takdir edilirken kullanılan soyut ölçünün terkedildiğini ve dolayısıyla ariyet alanın sorumluluğunun hafiflediğini anlıyoruz.

Ariyet alan, ariyet aldığı malı anlaşma sınırları içinde kullandığı sürece olağan kullanımdan kaynaklanan yıpranmadan sorumlu olmazdı. D.13.6.10 *pr.*'da bu husus ve ariyet alanın, ariyete konu malı özensiz kullanması nedeniyle, malın kötüleşmesinden sorumlu olduğu açıklanmaktadır:

D.13.6.10 *pr.*

*“Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriore fecit, verum est: nam si culpa eius fecit deteriore, tenebitur”.*

Ödücü ne için aldı ise, ona uygun kullanan ariyet alanın, kısmen bile kusurunun olmadığı kötüleşmeden sorumlu tutulmayacağı doğrudur. Kötüleşmenin, kusurundan kaynaklandığı halde ise ariyet alan sorumludur.

Esasında ariyet alan, malı ariyet sözleşmesine uygun şekilde ve sözleşmenin sınırları içinde kullanıyorsa ve buna rağmen ariyete konu mal yıpranıyor ya da telef oluyorsa, zararın gerçek sebebi ariyet verenin kusuru da olabilir. Aşağıdaki metinde açıkça ifadesini bulan bu hususta Tahiroğlu, “kendi kusuru ile zarar gören şikâyet edemez” kuralının uygulandığını ifade etmektedir<sup>50</sup>.

D.13.6.23

*“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 belli bir yere gitmen için bir at ariyet versem, senin hiçbir kusurun olmaksızın yolculuk esnasında atın durumu kötüleşse, ariyet davası ile sorumlu tutulmazsın, aslında o mesafedeki

<sup>50</sup> TAHİROĞLU, 2016, s. 166.

yolculuğa dayanabilecek kadar güçlü bir at vermediğim için kusurlu olan benim.

Ariyet alanın sorumluluğunun hafiflediği hallerle ilişkin olarak yaptığımız açıklamaların aksine, ariyet alanın sorumluluğunun arttığı haller de vardır. Olağan koşullarda beklenmeyen hallerden sorumlu olmayan ariyet alan, kusurlu davranışı ile ariyet aldığı malı beklenmedik hal sonucu telef olma tehlikesi ile karşı karşıya bırakmış veya malın zarar görmesine neden olmuşsa, bundan dolayı sorumlu olurdu. Esas itibarıyla bu durum daha ziyade ariyet alanın, ariyete konu olan malı, sözleşmede belirlenen amaca uygun kullanmadığı (veya amaç sözleşmede belirlenmemişse, o malın niteliğinden anlaşılan şekilde kullanmadığı) hallerde ortaya çıkardı. D.13.6.18’te örneği verildiği üzere ariyet alanın ziyafette kullanmak üzere aldığı gümüşleri yolculuk esnasında yanına alması ve gümüşlerin çalınması gibi. Bir başka örnek ise, D.13.6.5.7’de daha önce değindiğimiz üzere, çiftliğe götürülmek üzere atın verilmesi ancak atın savaşa götürülmesidir. Bu hallerde gümüşlerin çalınması ya da atın düşman tarafından öldürülmesi sebebiyle ariyet alan sorumlu tutulurdu. Dikkat edilmesi gereken bir başka husus da; ariyet alan kusurlu davranışı nedeniyle sadece *custodia* sorumluluğunu örnekleyen bir halden değil, *vis maiore* örnek olan bir halden de sorumlu tutulmaktadır. Metinlerde açıkça ifade edilmese de, ariyet alanın sözleşmeye aykırı olan kusurlu davranışı ile zarar meydana getiren beklenmedik olay arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır ki, ariyet alanın sorumluluğu doğabilsin. Hukuki metinlerde geçen örneklerde, at savaşa götürülmeseydi, düşman ile karşılaşmaz ve hayatta kalırdı; gümüşler evde kullanılsa ve denizaşırı yolculuğa götürülme idi, çalınmaz veya deniz kazasında telef olmazdı. Ariyet alanın kusurlu hareketi nedeniyle, ariyete konu malın beklenmedik hallerden kaynaklanan tehlike ile telef olma riski artmaktadır. Söz konusu beklenmedik hal nedeniyle malın telef olma riski, ariyet alanın sözleşmeye aykırı davranışı olmasa dahi, ariyete konu olan malı tehdit eder vaziyette ise, ariyet alanın sorumluluğu açısından daha farklı bir sonuç doğabilirdi. Şöyle ki; atı gezinti için alan, atı daha uzak bir mesafeye götürse ve at gittiği uzak mesafede deprem nedeniyle telef olsa, ariyet alan geniş bir çapta etkili olan depremin, at kendi merasında

otlarken dahi atın telef olmasına neden olacağını ispat ederek, bir başka deyişle illiyet bağının bulunmadığını ispat ederek, sorumluluktan kurtulabilirdi.

Anlaşılabacağı üzere, Klasik devirde olduğu gibi *Iustinianus* devrinde de sözleşmeye aykırı olan davranışları, ariyet alanın sorumluluğunu arttıran nedenler arasında idi. İleride açıklayacağımız üzere, ariyet alan *commodatumun* davası ile (*actio commodati directa*) sorumlu tutulabileceği gibi, eğer kastı varsa aynı zamanda bir haksız fiil olan hırsızlığın (*furtum*) davası *actio furti*'den de sorumlu tutulabilirdi.

## 2. Ariyet Verenin Sorumluluğu

Ariyet sözleşmesinde genellikle ariyet verenin menfaati bulunmazdı. Aksine ariyet alanın menfaatine fedakârlık yaparak malından karşılıksız kullanım bahşetmekte idi. Dolayısıyla sorumluluğu istisnai hollere münhasıran ve oldukça hafif düzenlenmişti. Ariyet alan, ariyet sözleşmesine konu edilen mal sebebiyle zarar görmüş ya da söz konusu mala zorunlu masraflar yapmış ise, bu zarar ve/veya masrafların ödenmesi konusunda ariyet verenin sorumluluğu doğabilirdi.

Gerek Klasik devirde gerek *Iustinianus* devrinde ariyet verenin sorumluluğu ariyet alana göre daha hafif takdir edilmişti. Ariyet veren Klasik devirde sadece kastından sorumlu iken, *Iustinianus* devrinde kastından ve ağır ihmalden sorumlu tutulmuştu. Bununla beraber Roma Hukukunun hiçbir döneminde hafif ihmalden sorumlu tutulmamıştı<sup>51</sup>.

## 3. Ariyet Sözleşmesinde *Furtum Usus*

Hukuki metinler gerek Klasik devirde gerek *Iustinianus* devrinde, ariyet alanın, ariyete konu malı, kararlaştırılan amacın dışında kullandığı takdirde sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle sorumluluğunun artmasının yanı sıra ariyet alanın aynı zamanda kullanma hırsızlığı fiilini de işlediğinin kabul edildiği konusunda bizi aydınlatmaktadır.

*Gaius, Inst. 3.196*

---

<sup>51</sup> UMUR, 2010, s. 344; RADO, 2018, s.79.

“Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committit; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, 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 usus* işler, eğer bir kimse bir şeyi kullanmak üzere alır ama sonradan aldığından farklı bir maksatla kullanırsa, mesela ahbablarını yemeğe davet etmek üzere gümüş takımını alır fakat onu beraberinde seyahate götürürse veya bir kimse gezinmek amacıyla ariyet olarak bir at alır fakat onu uzağa götürürse, eski hukukçuların yazdığı gibi onu harbe götürürse hırsızlıktan dolayı sorumlu olur”<sup>52</sup>.

Metinde de örnekleri verildiği üzere ariyete konu malın kararlaştırıldığı amaçtan farklı bir şekilde kullanılması ya da kullanım amacını aşacak şekilde kullanılması da (sadece gezinti amacıyla ariyet alınan atın daha uzak mesafeye götürülmesi gibi), hırsızlık fiilinin oluşmasına neden olacaktır<sup>53</sup>. Bu kapsamda daha önce ariyet alanın sorumluluğunun arttığı halleri açıklarken tercüme ettiğimiz D.13.6.5.7’de örnek verildiği üzere, zeminde çalıştırmak amacıyla ariyet alınan kölenin daha yüksekte çalışması için iskeleye çıkarılması hali de kullanım hırsızlığını oluşturacaktır.

Bu hususta dikkat çekilmesi gereken kullanım hırsızlığının oluştuğunu kabul etmek için ariyet alanın hırsızlık kastı (*affectus furandi*) ile hareket etmesi gerekirdi. Ariyet alan, ariyet verenin rızasına uygun davrandığı kanaatiyle hareket ediyorsa, bir

<sup>52</sup> Türkçe metin, GAIUS, **The Institutiones of Gaius, Borçlar Kısmı**, (Çev. T. Rado), İstanbul, 1953, s. 85. Aynı yönde açıklama IUSTINIANUS, *Inst.* 4.1.6’da yer almaktadır.

<sup>53</sup> TAHİROĞLU, 1975, s. 174; ZIMMERMANN, 1998, s. 196; BUCKLAND, 1932, s. 472; EKER, Ayşegül, **Roma Hukukunda Ariyet Akdi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004, s. 55.

başka ifade ile davranışının sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına aykırı olduğunu bilmiyorsa *furtum usus* söz konusu olmazdı. Bu husus hukuki metinlerde açıklanmaktadır.

*Iustinianus, Inst. 4.1.7*

“*Placuit tamen, eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas acceperint, ita furtum committere, 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 affectu furandi non committitur*”.

“Bununla birlikte ariyet olarak alınan şeyleri, verilen gayeden farklı 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”<sup>54</sup>.

Ariyet verenin, *furtum usus* koşullarının oluşması halinde ariyet alanı, sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle ariyetten doğan dava ile (*actio commadati directa*) sorumlu tutması mümkün olduğu gibi, kullanma hırsızlığından dolayı ceza davası (*actio furti*) ile takip etmesi de mümkündür<sup>55</sup>.

### III. ARİYET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR VE DAVALAR

#### A. Ariyet Alana Karşı

Ariyet sözleşmesinde aslı borç ariyet alanındır. Daha önce değindiğimiz üzere, ariyet alan ivazsız kullanmak üzere aldığı malı, tahsis edildiği amaca uygun olarak kullanmalı ve sürenin sonunda aynen iade etmelidir. Dolayısıyla ariyet alan bakımından doğan borç; parça borcu niteliğindedir. Borcun ifası ancak mücbir sebep nedeniyle

<sup>54</sup> Aynı yönde açıklama GAIUS, *Inst.* 3.195’te yer almaktadır.

<sup>55</sup> TAHİROĞLU, 2016, s. 175; RADO, 2018, s. 79; BUCKLAND, 1932, s. 472.



imkânsız hale gelirse bir başka deyişle malın aynen iadesi, ariyet alana kusur isnat edemeyeceğimiz bir sebepten imkânsız hale gelirse, borç sona ererdi. *Custodia* sorumluluğunun geçerli olduğu dönemde ise ariyet alan ayrıca beklenmedik bazı hallere karşı da sorumlu olduğu için malı devamlı nezaretle koruyup muhafaza etmeliydi. Ariyet alan kendisine isnat edilebilecek bir davranış nedeniyle borcunu yerine getiremiyor ise, kendisine karşı *actio commodati directa* davası açılabilirdi. Bu davada ariyet aldığı iade edemeyen borçlu, malın objektif değerine ve bu maldan elde ettiklerinin değerine mahkûm edilirdi<sup>56</sup>. Dolayısıyla *actio commodati directa* tazminat davası niteliğinde idi.

Ariyet veren açısından bu noktada *actio commodati directa* ile ilişkili bir başka dava imkânından da bahsetmek yerinde olacaktır. Ariyet sözleşmesine konu edilen malın iade edilemiyor olması nedeniyle, şartları oluşmuş ise ve ariyet veren aynı zamanda malik ise *actio legis Aquiliae* da açılabilirdi. Örneğin ariyet alanın sakarlık nedeniyle, ariyet aldığı malı kırması halinde, ariyet veren malik, *lex Aquiliae*<sup>57</sup> çerçevesinde *damnum iniuria datum*dan<sup>58</sup> doğan davayı (*actio legis Aquiliae*) da açılabilirdi. Bu durumda davaların yarışması söz konusu olurdu. Zira her iki dava da, ariyet verenin malvarlığında oluşan zararın giderilmesi idi. Bu amaçla açılan davanın ardından, aynı amaca hizmet eden başka bir davanın açılması halinde ikinci davadan feragat edilmesi gerekirdi. Dolayısıyla davalar birbiri ile yarışır mahiyettedir ve seçimlik haldedir<sup>59</sup>. Bu konuya ilişkin aşağıdaki hukuki metin aydınlatıcıdır:

#### D.44.7.34.2

“...*et hoc in legis aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei*

<sup>56</sup> ERDOĞMUŞ, Borçlar, **2018**, s. 52.

<sup>57</sup> MÖ. 287 yılında *tribunus* olan *Aquilius*'un çıkarttığı bir kanun (*plebiscitum*) ile başkasının malına verilen zararın (*damnum iniuria datum*), ne şekilde telafi edilmesi gerektiğini düzenleyen kanundur. UMUR, **1983**, s. 114.

<sup>58</sup> *Ius civile*nin tanıdığı dört haksız fiilden biridir. Özgür bir kimsenin menkul bir mala dokunarak, fiili temas ile hukuki aykırı bir zarar vermesi anlamına gelir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz: SOMER, **2008**, s. 3 vd.

<sup>59</sup> SOMER, **2008**, s. 116.

*persecutionem continent. et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur...*”

...Aynı husus *actio legis Aquiliae* ile ilgili olarak da söylenir; sana kullanman için elbiseler verirsem ve sen onları yırtarsan, her iki dava da şeylerin tazmin edilmesine yöneliktir. Aslında *actio legis Aquiliae* açıldıktan sonra, *actio commodati directa* her durumda sona erecektir...

### **B. Ariyet Verene Karşı**

Ariyet sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimlerinin mübadelesinden bahsetmek mümkün değildir. Borçlu olan daima ariyet alanıdır. Ariyet veren, ariyet alanın eğer varsa ariyete konu mala yaptığı zorunlu masrafları ve/veya ariyete konu maldan kaynaklanan zararlarını karşılamak zorundadır. Ariyet verenin borcu belli koşullarda ortaya çıkan, muhtemel ancak istisnai bir borçtur. Dolayısıyla ariyet sözleşmesini taraflara yüklediği borç açısından eksik iki taraflı sözleşme olarak nitelendirilir.

Ariyet alan ariyete konu malın bakımı ve korunması amacıyla zorunlu nitelikte (*impensae necessariae*) masraflar yapmış ise, ariyet veren bu masraflar karşılama yükümlüğü altında idi. Ariyet alanın, ariyet konusu malın değerinin düşmesine veya malın bozulmasına engel olmak amacıyla yapılan masraflar da bu niteliktedir. Ariyet alınan malın muhafazası ve söz konusu mala yapılan olağan bakım masrafları ise, ariyet alanın borcu kapsamında kalıyordu.

#### **D.13.6.18.2**

*“Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibarium impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibarium ad eundem pertineant”.*

Ariyet verilen kölenin sağlığına veya kölenin kaçmasının ardından aranması ve bulunması için masraf yapıldığı haller gibi ariyet vereni dava etmek için sebepler vardır. Şüphesiz ki, işe masrafları ariyet alana düşer. Sağlık ve kaçış için yapılan masraflar ile ilgili kabul ettiklerimiz dahi büyük masraflar için uygulanmalıdır. Daha düşük meblağlar, ariyet alan tarafından ödenen işe masrafları gibi karşılanmalıdır.

Metinde de açık bir şekilde ifade edildiği üzere, ariyet verenin ödemek ile yükümlü tutulduğu masraflar ancak olağandışı sayılabilecek zorunlu masraflardır.

Bahsedilen bu masraflar için ariyet alanın, ariyet verene *actio commodati contraria* davasını açması mümkün olduğu gibi, ariyet alan, masraflar kendisine ödeninceye kadar, ariyete konu malı iade etmekten de kaçınabilirdi. Ariyet alanın, malı iadede kaçınması, sahip olduğu bir hapis hakkından (*ius retentionis*)<sup>60</sup> kaynaklanırdı. Ariyet alan sahip olduğu hapis hakkını ariyet verenin, kendisine malın iadesi talebi ile açtığı *actio commodati directa* davasında bir *exceptio doli generalis*<sup>61</sup> şeklinde de ileri sürebilirdi. Ancak ariyet verenin, hapis hakkının kullanılmasını önlemek maksadıyla ariyet konusu malı, ariyet alandan zorla alması söz konusu olabilir. Bu durumda ariyet alanın, olağan koşullarda mümkün olmasa da, ariyet verene karşı *actio furti* davasını ikame edebileceğini ifade eden bir hukuki metin vardır:

#### D.47.2.15.2

“*Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem*

<sup>60</sup> Kendisinden bir malın iadesi istenen kimsenin o mala yaptığı masrafları alana kadar iadede kaçınmasını sağlayan hak. UMUR, 1983, s. 187.

<sup>61</sup> Açılan davanın dürüstlüğe ve hakkaniyete aykırı görülmesi halinde *praetor* tarafından davalıya tanınan bir savunma vasıtası (def'i) idi. Zira bu durumda *ius civile*ye uygun olan mahkûmiyet kararını vermek hakkaniyete aykırı olabilirdi. Söz konusu def'i hakkaniyet gereği yapılması gerekenleri sağlama ve hakkın kötüye kullanılması denilen hallere karşı korunma konusunda çok çok önemli bir imkândı. TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, 2018, s. 252.

*eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit”.*

*Pomponius*, ariyet veren, ariyet verdiği malı, senden uzaklaştırırsa, (ariyet verenin) hırsızlık ile sorumlu olmayacağını, zira senin ariyetin davası ile sorumlu olmadığını için menfaat sahibi de olmadığını sabit olduğunu, yazmaktadır. Eğer sen ariyet konusu şeye yapmış olduğun bazı masraflar nedeniyle, onu alıkoyma hakkına sahipsen ve ariyet veren onu uzaklaştırmış ise, malik olsa bile ona karşı hırsızlığın davasına sahipsin, zira bu gibi bir durumda mal sana rehin verilmiş gibidir.

Diğer yandan ariyet veren bakımından ortaya çıkabilecek bir başka yükümlülük ise, ariyet verilen maldan kaynaklanan zararları giderme yükümlülüğüdür. Bu konuda bilinen en iyi örnek *Gaius*'tan (*ad edictum provinciale* isimli eserinden) *Digesta*'ya alınan metindir.

D.13.6.18.3

*“Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est”.*

Ayıplı olduğunu bildiği bir kabı ariyet veren kimse, içinde saklanan şarap ya da yağ bozulur ya da dökülürse, bu sebepten mahkûm olmalıdır.

Ariyet verenin, ariyet verdiği maldan kaynaklanan zararları gidermeye yükümlü tutulması ancak bu hususta kusurunun bulunmasına bağlıdır. Menfaat prensibi çerçevesinde, ariyet verenin bu husustaki sorumluluğu hafif takdir edildiği için, ariyet verenin kastı ya da ağır ihmali, doğan zararı gidermeye mahkûm edilmesi için gereklidir. Aynı husus D.13.6.22’de de vurgulanmaktadır:

## D.13.6.22

“*Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit*”.

Sana ariyet olarak verdiğim köle hırsızlık yaparsa, ariyetin davasını (köleye yapılan tedavi masrafları örneğinde olduğu üzere) ya da hırsızlığın davasını ikame edebilir misin? Şüphesiz ki ariyet alan hırsızlığın davasına sahiptir. Diğer yandan ariyet veren, ariyet alana karşı, ariyet verdiği mal nedeniyle ariyetin davası ile ancak kölenin karakteri hakkında bilgi sahibi ise sorumludur.

Metinde anlatılan olaya göre, köle ariyet verilmesinin ardından hırsızlık fiilini işlemektedir. Bu durumda efendi, *noxal* sorumluluk<sup>62</sup> çerçevesinde sorumlu olduğu *actio furti* nedeniyle, doğan zararı ödemeyi ya da köleyi zarar görene teslim etmeyi seçebilirdi. Bunun dışında ariyet verenin sözleşmeye dayanan sorumluluğuna başvurabilmek için, kölenin hırsızlık yapabileceği hususunda kanaat sahibi olması ve buna rağmen köleyi ariyet vermiş olması gerekirdi. Bir başka ifade ile ariyete konu olan mal sebebiyle zararın ortaya çıkmasında, ariyet verenin kusuru olmalıydı. Metinde de örneklendiği üzere, ariyet alan tarafından, malvarlığında oluşan zararın giderilmesi için

<sup>62</sup> Roma hukukunda aslında köleler işledikleri haksız fiiller nedeniyle sorumluydular. Üstelik kölelerin haksız fiilden doğan borçları, yaptıkları hukuki muamelelerden doğan borçlarından farklı olarak, tam borç niteliğinde idi. Bununla beraber, suçtan zarar gören kimsenin kölenin azat edilmesini beklemesi gerekirdi. Efendinin suçlu köle üzerindeki egemenlik hakkı nedeniyle, kölenin işlediği haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zarara, zarar görenin katlanması gibi adil olmayan bir sonuç ortaya çıkarılıyordu. Bu adaletsiz sonucu önlemek amacıyla hukuk düzeni, zarar görene, kölenin efendisine karşı açılacak bir dava hakkı tanıdı. Efendiye karşı açılan bu dava, *noxal* dava, efendinin bu dava sebebiyle sorumluluğuna da *noxal* sorumluluk denilmişti. *Noxal* sorumluluk gereği efendi, ya haksız fiil için belirlenen para cezasını ödüyor ya da köleyi zarar görene teslim ederek sorumluluktan kurtuluyordu. KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması**, Ankara, 2014, s. 139.

ariyet sözleşmesinden kaynaklanan davanın ya da şartları oluşmuş ise haksız fiilden kaynaklanan davanın açılabilmesi mümkündür. Ancak bu noktada şuna dikkat çekmek gerekir; ariyet verene ariyet alan tarafından açılacak *actio commodati contraria*, ariyete konu olan maldaki ayıptan dolayı, ariyet alanın malvarlığında ortaya çıkan zararın giderilmesi içindir. Buna karşın aynı zamanda haksız fiilden doğan davanın da açılabilmesi, haksız fiilin şartlarının oluşmasına bağlıdır. Davalar, ariyet alanın malvarlığında oluşan zararın giderilmesi talebine yöneliktir<sup>63</sup>. Dolayısıyla birbiri ile yarışır ve seçimlik vaziyettedir. Birini açılması halinde diğersinin açılması mümkün olmamalıdır.

Bu hususta bizi aydınlatan bir başka metin D.13.6.21 *pr.*'dir:

D.13.6.21 *pr.*

“*Rem mihi commodasti: eandem subripuisti: deinde cum commodati ageres nec a te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi: postea comperi a te esse subreptam: quaesitum est, quae mihi tecum actio sit. respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utile mihi fore*”.

Bana bir şey ariyet verdin. Sonra benden onu alıp götürdün. Daha sonra beni ariyet sebebiyle dava ettin. Malı alıp götürenin sen olduğunu bilmiyordum. Hâkim beni mahkûm etti ve ödedim. Sana karşı hangi davaya sahibim? Aslında *furtum*dan doğan davayı açamam fakat ariyetten doğan karşı davayı açmak hususunda bir çarem vardır.

Son hukuki metinde açıklandığı üzere, ariyet alanın malvarlığında oluşan zarar aslında ariyete konu maldaki ayıptan doğmamaktadır. Ariyet verenin fiili sebebiyle, ariyet alan malı iade edememiş ve bir zarara uğramıştır. Ancak bu durumda *furtumun*

<sup>63</sup> Daha XII Levha devrinde, *actio furti* davasında taraflar, kanun çerçevesinde genellikle belli bir para karşılığında anlaşmaya varıyordu. Suçüstü hırsızlık için çok ağır bir ceza olan *addictio* (sanığın, mağdura teslimi), yerini bir tazminata bırakmıştı. Özellikle suçüstü olmayan hırsızlık için XII Levha Kanunu zaten para cezası veriyordu. Klasik hukukta da amaç, mağduru tatmin etmek ve suçluyu cezalandırmaktır. Bu şekilde *furtumun* cezaları tazminat esasına dayanan bir nitelik kazanmıştır. TAHİROĞLU, 1975, s. 126 vd.

davasının açılması mümkün değildir<sup>64</sup>. Bununla beraber, ariyet verenin fiili ariyete konu malı kullanma imkânından yoksun kalan ariyet alanın zararını ortaya çıkarmıştır. Bu zararın *actio commodati contraria* ile istenmesi mümkündür. Zira ariyet sözleşmesi, sözleşmeden menfaati olmayan ariyet verenin gönüllülük esasına dayansa da, sözleşme meydana geldikten sonra, karşılıklı anlayış ve nezaket, malın iadesinin istenmesi için varsa sözleşmede öngörülen süreye uymayı ya da en azından uygun zamanın beklenmesini gerektirir. Aynı husus D.13.6.17.3'te de açıklanmaktadır:

D.13.6.17.3

“...idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est”.

...bana bir binayı desteklemek için verdiği kalasları geri götürdüğün veya bilerek ayıplı mal tedarik ettiğin zaman aynı esas uygulanır. Verilen şey bana fayda sağlamalıdır, zarara sebep olmamalıdır. Bu durumlarda *contraria* davasını ikame edileceği düşünülür.

## SONUÇ

Günlük hayattaki zorlukları aşmak ve ihtiyaçları daha pratik, daha kolay yolla temin etmek bakımından toplumsal dayanışmanın çok önemli ve gerekli olduğu Roma yaşantısında, *commodatum* da böylesi bir gerekliliğin tezahürüdür. Şehir dışına giderken aile yadigârı yüzüğünü saklaması için kendisinden ricada bulunan komşusuna yardım eden çiftçi, daha sonra hasat mevsiminde ihtiyacı olan işgücünü, komşusundan ücretsiz kullanmak üzere temin ettiği köleler ile karşılayarak yaşamını kolaylaştırmıştır. Temeli dostluğa ve iyi niyete dayanan bu tür ilişkiler, özellikle ilk dönemlerde tarım

<sup>64</sup> Ariyet verene, ariyet alan tarafından *actio furtin*in açılabilmesi daha önceki sayfada açıkladığımız üzere, ariyet alanın sahip olduğu hapis hakkını (*ius retentionis*) kullanmasını önlemek için ariyete konu malın, ariyet veren tarafından alınması durumuna özgüdür.

toplumunun fertleri olan Romalılar açısından kaçınılmazdı. *Commodatum* da dostluğun sık sık karşılıklı hizmetler gerektirdiği Roma yaşantısında arkadaşlar ve komşular arasında oldukça yaygın olarak kullanılırdı. Bu anlaşma ile tüketilemeyecek malın ücretsiz olarak kullanımını elde eden kimse, kullandıktan sonra aldığı şeyi aynen iade etmek borcu altına girerdi.

Günlük hayatta yaygın olarak kullanılsa da *commodatum*, ortaya çıktığı ilk zamanlarda, bir *pactum* olarak doğmuştur. *Ius civile*'nin borç doğurduğunu kabul ettiği sınırlı sayıdaki tipik *contractus*lar arasındaki yerini ancak Klasik hukuk döneminde hukukçuların çalışmaları ve *praetorum* geniş ve etkili himaye sağlaması neticesinde almıştır. Bu dönem tarihsel açıdan Cumhuriyet döneminin sonları gibi geç bir tarihe tekabül etmektedir ki, bu durumun gerekçesini, yine bu anlaşmanın dostlar arasında yapılmasına ve bu sebeple ihtilafların daha nadir ortaya çıkmasına bağlamak gerekir. İlk dönemlerde ariyet verdiği malın iade edilmemesine karşı, *praetorum* davanın *intentio* kısmına eklediği *factum* yolu ve usulü ile korunan ariyet veren, *commodatumum contractus*lar arasında görülmeye başlanması ile daha etkili bir himayeye kavuşmuştur. Zira davanın *formulasında praetorum* hakkaniyete uygun gördüğü *factumun* yerini “*ex fide bona* (iyi niyetin gerektirdiği şey)” ibaresi almıştır. Böylece ariyet veren davaya konu olan şeyin değeri ile yetinmekten ziyade, iyi niyetin gerektirdiği biçimde, ariyet alanın vermeye borçlu olduğu şeyin iadesine yönelebilirdi.

*Commodatumun* en ayırt edici özelliği ivazsız olmasıydı ki, aslında temeli dostluğa dayanan bir sözleşme olmasından kaynaklanırdı. Kullanımın ivazlı olması sözleşmenin hukuki niteliğini etkilerdi. Ücret karşılığında olması *locatio conducti rei* denilen kira sözleşmesinin, bir hizmet karşılığında olması ise isimsiz sözleşmelerden birinin ortaya çıkmasına vesile olurdu. Bunun dışında *commodatumun* meydana geldiğini kabul etmek için, ariyet konusu şeyin, ariyet veren tarafından ariyet alana teslim edilmesi gerekirdi. Zira tarafların anlaşmasının ardından *res* denilen fiilin (malın tesliminin) eklenmesi ile ariyet alan borç altına girerdi. Söz konusu borç, ariyete konu malın aynen iadesinden ibaret olduğu için parça borcu idi. Ariyeti alan, malı elde bulundurma olanağı elde ederdi. Dolayısıyla zilyet dahi sayılmazdı. Hukuki açıdan zayıf bir konumda olmasına rağmen, ariyet alanın sözleşmeden doğan sorumluluğu oldukça



ağırdı. Ariyete konu malı ivazsız kullanıyor olması nedeniyle, sözleşmenin menfaat sağlayan tarafı olarak, kusurun tüm hallerinden sorumlu idi. Bununla beraber kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulandığı Klasik devirde mala devamlı nezaret ederek önüne geçilmesi mümkün olan bazı beklenmedik hallerden de sorumlu olduğu (nezaret sorumluluğu-*custodia*) kabul edilmişti. Bunun bir sonucu olarak ariyet alan, malın çalınmamasında menfaati olduğu için hırsıza karşı *actio furtivi* açabileceği kabul edilmişti. *Iustinianus* devrinde ise, kusur ilkelerinin uygulanmasındaki gelişime paralel olarak, *custodia* sorumluluğu terk edilmişti. Bu dönemde ariyet alan, kusurun herhangi bir derecesinin isnat edilebildiği bir davranış sebebiyle malın iade edemiyor olmasından dolayı sorumlu tutulurdu. Bu bağlamda, Klasik devirde ariyet alanın *custodia* sorumluluğunun bulunduğunu bazı metinlerden anlayabiliyor iken, *Iustinianus* döneminde *interpolationun* gerçekleştiği metinlerde sorumluluğun “*diligentissimus pater familias*” (iyi bir aile reisinin en üst düzeyde göstereceği özen) sınırına kadar geriletildiğini görüyoruz.

*Commodatum* sözleşmesinde menfaat genellikle ariyet alana aittir. Bununla beraber menfaatin ariyet verene ait olduğu haller de bulunabilirdi. Bu tür istisnai hallerde ariyet alanın sorumluluğu hafiflerdi. Bir müzikseverin kendisine konser verebilmesi için müzik aletlerini bir müzisyene ariyet vermesi halinde olduğu üzere, menfaatin ortak olduğu hallerde, ariyet alan sadece kastından sorumlu tutulmuştu. Bunun dışında, ariyet alanın sorumluluğu tarafların yapacağı bir “sorumluluk anlaşması” ile de hafifletilebilirdi. Ayrıca “*vis maior*” olarak ifade edilen, sadece borçlu bakımından değil, kimsenin önüne geçemeyeceği şiddetteki bir olay nedeniyle, borcunu ifa edemeyen ariyet alan ise, sorumluluktan kurtulurdu.

Gerek Klasik devirde gerek *Iustinianus* devrinde ariyet alanın, ariyet aldığı malı sözleşme ile belirlenen şekilde veya amacına uygun vaziyette kullanması önem arz ederdi. Zira sözleşmenin aksine veya sözleşme sınırlarını aşacak biçimde ve/veya amaca uygun olmayan kullanım ariyet alanın sorumluluğunun artmasına neden olacağı gibi, şartları varsa *furtum usus* sebebiyle *actio furti* davasına maruz kalmasına neden olurdu.

Ariyet veren ariyet alanı, ariyete konu maldan karşılıksız yararlandırılan ve genellikle de sözleşmeden menfaati olmayan taraftı. Dolayısıyla sorumluluğu da istisnai hallerde münhasıran ve oldukça hafif düzenlenmişti. Ariyet veren Klasik devirde sadece kastından sorumlu iken, *Iustinianus* devrinde kastından ve ağır ihmalden sorumlu tutulmuştu. Bununla beraber Roma Hukukunun hiçbir döneminde hafif ihmalden sorumlu tutulmamıştı. Ariyet alan ariyet sözleşmesine konu edilen mal sebebiyle zarar görmüş ise ya da söz konusu mala zorunlu masraflar yapmış ise, bu zarar ve/veya masrafların ödenmesi konusunda ariyet verenin sorumluluğu doğabilirdi.

*Commodatum*da tarafların edimlerinin mübadelesinden bahsetmek mümkün değildi. Bu sebeple *commodatum*, taraflara yüklediği borç açısından eksik iki taraflı bir sözleşmedir. Ariyet alan karşılıksız kullanmak üzere aldığı malı, sözleşme sınırları içinde ya da malın kullanım amacına uygun kullanmalı ve sürenin sonunda aynen iade etmeli idi. Sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir davranışı nedeniyle ariyet alana karşı *actio commodati directa* açılabilirdi. Ariyet verenin borç altına girmesi ise bazı durumlarda söz konusu olabilirdi. Ariyet veren, eğer varsa ariyet alanın mala yaptığı zorunlu masrafları ve/veya ödünce konu maldan kaynaklanan zararları karşılamak zorunda idi. Bu masraf ve/veya zararın ariyet veren tarafından karşılanmaması halinde, ariyet verene karşı *actio commodati contraria* açılabilirdi. Bunun dışında söz konusu masraf ve/veya zarar ariyet veren tarafından karşılanıncaya kadar, ödünce konu malı iade etmeden kaçınmak suretiyle, hapis hakkı (*ius retentionis*) kullanabilirdi.

## KISALTMALAR

Bkz.: Bakınız

bkz.: bakınız

bs. : Bası – Baskı

çev.: Çeviren

C. : Cilt

D.: *Digesta*

dn. : Dipnot

fg.: *Fragmentum*

Gaius, Inst.: *Gaius, Institutiones*

Iust., Inst.: *Iustinianus, Institutiones*

m.: Madde

MÖ.: Milattan Önce

pr.: *principium*

s. : Sayfa

S. : Sayı

vd. : ve devamı

#### KAYNAKÇA

BERGER, Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philedelphia, 1953.

BERKİ, Şakir, “Ariyet (Pret a Usage-Gebrauchsleihe)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1954, Cilt: 11, Sayı: 1-4, (s. 296-327).

BUCKLAND, William Warwic, **A Text-book of Roman Law from Augustus to Iustinianus**, University Press, Cambridge, 1932.

CIVIR, Hakan, **Roma Hukuku’ndan Günümüze Ariyet Akti**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

DI MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, (çev. Z. Umur), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.

EKER, Ayşegül, **Roma Hukukunda Ariyet Akdi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004.

ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2018. (Borçlar).

- ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Eşya Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2018. (Eşya).
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ERENEL, Selahattin Ege, **Roma Hukuku'ndan Günümüze Ariyet Akdi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.
- GAIUS, **The Institutiones of Gaius**, (çev. Gordon, W.M. / Robinson, O. F.), New York, 1988.
- GAIUS, **The Institutiones of Gaius, Borçlar Kısmı**, (çev. T. Rado), İstanbul, 1953.
- GÜNEŞ-CEYLAN, Seldağ, "Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 9, Sayı: 1-2, (s.171-183).
- IUSTINIANUS, **The Digest of Justinian** (Çeviri düzenlemesi A. Watson), University of Pennsylvania, 1998.
- IUSTINIANUS, **Institutiones**, (çev. Z. Umur), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KARAGÖZ, Havva, **Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- KARAMAN, Başak, "Fiducia Cum Creditore", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2004, Sayı: 2, (s. 331-349).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, **Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- LEE, R. W., **The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian**, London, 1956.

RADO, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 14. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

SCHULZ, Fritz, **Classical Roman Law**, Clarendon Press, Oxford, 1954.

SOMER, Pervin, **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar**, Der'in Yayınları, İstanbul, 2008.

SOMER, Pervin, "Roma Hukukunda Seçim Yolsuzlukları ve Ambitus", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Yıl: 2017, Cilt: 23, Sayı: 3, (s. 33-54).

TAHAN ORHAN, Duygu, **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018.

TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2018.

TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Hukukunda Furtum**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1975.

TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, Gökçe, "Roma Hukukunda Hayvanların Yol Açtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: 14, Sayı: 2, (s.69-96).

UMUR, Ziya, **Roma Hukuk Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2010.

ZIMMERMANN, Reinhard, **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Clarendon Press, Oxford, 1998.

ZİLELİOĞLU, Hilal, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1987, Cilt: 39, Sayı: 1, (s. 241-264).