

HER İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN AKİTLERDE

HASARIN KİME AİT OLACAĞI MESELESİ*

Prof. Dr. Emilio BETTİDEN

çev. Asistan Belgin ERDOĞMUŞ

Meselenin doğru olarak ortaya konmasını sağlamak için durumu bazı yol gösterici açıklamalarla canlandırmak belki amaca uygun olacaktır. Belirli bir münasebetin konusu olan edimin yerine getirilmediğini farzedelim. Ademi ifa keyfiyeti, hukukçuyu, edimin yerine getirilmemesinin borçluya isnat edilip edilemeyeceği meselesiyle karşı karşıya getirmektedir. Sonucun müsbet olması halinde, sözkonusu borç münasebeti düzenleyen kurallar uygulanacak ve pek te doğru olmayarak, «akdî» diye vasıflandırılan bir sorumluluk mevcut olacaktır. Edimin ifa edilmemesinin borçluya isnat edilmesi, ya mezkûr borç münasebeti için yürürlükte bulunan mesuliyet ölçüsünün veya bu ölçünün taraflarca genişletilmesinin veya temerrüt dolayısıyla borcun daimileşmesinin (**perpetuatio obligationis**) neticesi olacaktır. Burada bizi sadece mesuliyetin bulunup bulunmadığı sualine menfi cevap verilmesi hali ilgilendirmektedir, ki, o takdirde ademi ifadan dolayı sorumluluk bahis konusu olmayacaktır. Şu halde cevabın menfi olması halinde hasarın kime ait olacağı problemi kendini göstermektedir (**periculum**). **Periculum** (yerine göre anlamı değişebilen bir kelimedir) burada, tarafların (biri veya diğeri veya her ikisi) üzerinde anlaşarak öngördükleri menfaatler uzlaşmasının (**Interessen ausgleich**) gerçekleşmesi suretiyle elde etmeyi hesapladıkları yararın kaybını ifade etmektedir; **commodum obligationis**'in kaybı. Hasar (**periculum**) böyle anlaşılınca, başka bir mesele ortaya çıkmaktadır. Tarafların, üzerinde anlaştıkları menfaatler uzlaşmasının (**Interessenausgleich**) gerçekleşmemesi, âkidlerden hangisinin aleyhine ve ne şekilde sonuç doğuracaktır? Bu şekilde anlaşılan hasarın kime ait olduğu meselesi, değişik borç münasebetlerine göre değişik şekilde

* Bu makale 1965 tarihli Zeitschrift der Savigny --Stiftung (Romanistische Abteilung) yayınlanmıştır.

tain edilecek ve şümülu da değişik olacaktır. Meselemiz bakımından iki veya çok taraflı akitlerin içinde de bir ayırımı gitmek yerinde olacaktır. 1. Edim ve karşı edim mübadelesini hedef tutan akitler. 2. Borçlanılmış edimlerin karşılıklı olarak değişimine değil, fakat müşterek bir teşebbüs gayesine matuf olanlar, yani her âkide elde edilmek istenen faydayı böyle bir teşebbüsün yürümesiyle sağlayan akitler. 3. Bir tarafın diğer taraf menfaatine iş görmesini icap ettiren borç münasebetleri.

1. Mübadele münasebetlerinde - bunlar incelememizin esasını teşkil etmektedir - sorulacak sual, karşılıklı olan edimlerin sinallagmatik bağlılığı sebebiyle taraflardan biri. borcundan kurtulduğu takdirde diğerinin de borcundan kurtulup kurtulamayacağı veya bir tarafın, karşı edimi elde edememesine rağmen borçlanılmış olduğu edimle mükellef kalmakta devam edip etmiyeceğidir. Mücerret olarak her iki çözüm tarzı da mümkündür. İkinci çözüm tarzı dahi karşılıklı edimlerin sinallagmatik bağlılığını inkâr etmemekte, bilâkis edimin devamlılığını sınırlamakta ve karşı edimi bir an önce elde etmek konusunda bir baskı vasıtası olmaktadır.

Burada hemen dikkati çeken husus, akitten beklenen yarar (**commodum obligationis**) kaybının sadece âkidlerden birinin edim talebine ilişkin olmasıdır, yani taraflardan yalnız biri diğer tarafa karşı haiz olduğu alacak hakkını veya yine ona karşı nazara almış olduğu iktisap imkânını kaybetmektedir. Demek ki, böyle bir kaybın rizikosunu, edimini ifadan kurtulmuş borçluya karşı, alacaklı veya müktesip durumunda olan âkid taşıyacaktır. Buna karşılık hasara kimin katlanacağı meselesine, ne, «hasar malike aittir» (çünkü bu bir âkidin nitelenmesi olamaz), ne de, «hasar borçluya aittir» (aksi halde mesuliyet meselesi ortaya çıkacaktır) ifadeleri bir çözüm getirir. Bunlardan birincisinin borç münasebetleriyle ilişkisi yoktur, çünkü bununla sadece mala ait bir riziko ifade edilmektedir; ikincisi ise, akitten doğan hasarın kime ait olduğu meselesini değil, ifası fiilen mümkün olan edim için bir hasarın sözkonusu olduğu ve bu hasarın âkidi vecibesinden kurtarabilecek bir edim imkânsızlığına yol açmadığı halleri ifade etmektedir. Aşağıdaki hallerde bu mümkündür : a) Nevi borçlarında «nevi telef olmaz» kuralının icabı (meselâ, kredi muamelelerinde geri verilecek olan, alınmış miktardır,; b) Hasarın kime ait olacağının taraflarca veya kanunen tayin edilmiş olması¹; c) Temerrüt sebebiyle mesuliyetin daimileşmesi².

1) D.13,6,5,3:D.12,1,11 pr:D.19,5,17,1:Paul.sent.II,4,4

2) D.45,1,91,3.

Müşterek bir teşebbüse yönelmiş bulunan şirket ve benzeri borç münasebetlerinde karşılıklı taraflar yoktur; yani hasarın şu veya bu âkide ait olduğunu söylemenin bir anlamı bulunmaz. Burada da ancak kusursuz olarak ortaya çıkan ziyanın ortaklara mı, yoksa doğa illiyet kanunlarına göre sadece zarara uğrayana mı, ve hangi andan itibaren (meselâ müşterek malvarlığına konulacak bir malın telef olması, veya müşterek malvarlığının idaresiyle ne gibi bir irtibatı olarak, ait olacağını sormanın bir anlamı bulunacaktır. Tarafların tamamen değişik durumu, hasarın kime ait olacağı meselesinin de tamamen değişik şekilde ortaya konulmasını gerektirmektedir.

3. Taraflardan birinin menfaatine iş görülmesini gerektiren borç münasebetlerinde, meselenin ortaya konulması yine değişik olacaktır. Burada meri olan esas, iş sahibinin işgörenin masraflarını ve uğradığı zararları, hem de ümit edilen neticeden bağımsız olarak, ödemekle mükellef olmasıdır işgören iş sahibinin menfaatine gücünü seber ettiğinden, bu sonuncu neticenin meydana gelmesinin rizikosuna katlanacaktır. İşin görülmesinden faydalar elde ettiği gibi, başarısızlığın sonuçları da ona ait olmalıdır.

Bundan başka, aynı esas hiçbir şekilde, aynı guruba giren borç münasebetleri için hasarın aynı şekilde tevziini gerektirmeyecektir. Meselâ mübadele münasebetlerinden **locatio operis faciendi** (istisna akti) de gaye alım satımın aksine, edimlerin bir defaya mahsus olmak üzere mübadelesi değildir; bir eserin meydana getirilmesi normal olarak daha uzun bir süreye ihtiyaç gösterir yani devamlı bir münasebet mevcuttur. Mübadelenin mahiyetine göre, hasarın intikali için tayin edilecek an değişik olacaktır. Nihâî gayesi mevcut bir malın devri olan akitlerde, mal üzerindeki hâkimiyet durumu önemliyen gayesi bir eserin meydana getirilmesi olan akitlerde, kabul ve teslim anı esas alınacaktır (Bizanslılar burada hasarı eserin tamamlanması anında, öncekiler ise, aktin inikadı ile intikal ettirmektedirler). Bunun dışında, borçlanılmış edimin tipi de aynı olay için değişik bir tavsife sebep olabilmektedir. Meselâ deniz yoluyla taşınmak üzere teslim edilmiş bir mal, kaptan kararlaştırılmış yere varamadan telef olursa, aradaki aktin bir nakliye mukavelesi veya gemi kiralanması (tam çarter), yani **locatio operis faciendi** veya **locatio rei** olmasına göre durum değişecektir. İlk halde nakliye mukavelesinin yüklediği edim, malın kararlaştırılan yerde iadesidir. Malın telef olmasıyla borcun ifası imkânsız hale gelmektedir; eğer malın telef olmasında nakliye-yi üzerine almış kimse kusurlu değilse, mesuliyeti söz konusu olmayacaktır. Ancak karşı taraftan beklediği menfaati de kaybedecektir;

zira bu halde artık ona borçlanılmış bir karşı edim ortada yoktur. İkinci halde ise, kiralanmış gemiden faydalandırma borcu vardır, yani malın telef olması kaptanın borçlanmış olduğu edimin imkânsız hale gelmesine yol açmayacak, sadece malı gönderenin beklediği menfaat gerçekleşmiyecektir. İşte buna rağmen kendisi karşı edimi ifayla mükellef kalacağından hasar ona yüklenecektir. Kezâ nakledenin, malın ziyaından doğacak rizikoyu bir garanti anlaşması (**receptum**) ile üzerine alması halinde, taraflar akdî mesuliyet ölçüsünü bu rizikoya da teşmil etmiş olduklarından, çözüm tarzı farklı olacaktır.

Mesuliyet ile hasar sahaları arasında - hukukçuların mücerret beyanlarında tamamen bağımsız olarak - hâkim olan ilişki, birinin diğerinden kesin olarak ayrılıp ayrılmayacağından şüphe etmeye kadar götürmemelidir. Hasarın kime ait olacağı meselesi, ademi ifa dolayısıyla sorumluluğun bittiği yerde başladığından, mesuliyet alanının genişlemesi, hasar alanının daralması ve sınırlanması veya aksine mesuliyet hallerinin sınırlanması, hasar alanının genişlemesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Mübadele münasebetlerinde hasarın kime yükleneceği meselesi

Karşılıklı olarak borçlanılmış edimlerden birinin telef olmasından dolayı beliren hasarın aidiyeti meselesinde, hasarın intikalini anı tesbit etmek problemi ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, bu andan önce kusursuz olarak meydana gelen ziya borçluyu borcundan kurtaracak, fakat edimlerin sinallagmatik münasebeti yüzünden taraflardan birinin borcundan kurtulması, diğerinin de kurtulmasına sebep olacağından borçlu karşı edimi talep edemeyecektir. Hasarı yüklenmeyle birlikte telef olan edimin alacaklısına artık edimlerin karşılıklı olarak mübadele edilememesinin (akdî hasarın bahis konusu olduğu hal) zarar ve ziyanı da intikal etmektedir; çünkü telef olan edimin borçlanılmış olduğu taraf, kendi edimini ifayla mükellef kalmaktadır. Hasarın intikal edeceği an, menfaatlerin sinallagmatik uzlaşmasının şekline göre değişik olacaktır. Kira veya hizmet akitleri gibi devamlılık gösteren münasebetlerde borcun ifa edilip edilmediği ve hangi ölçüde ifa edildiği sualinin cevaplandırılması önemli olacaktır. Buna karşılık bir alım satım veya **aestimatum** akdinde malı tehdit eden rizikoya katlanmayı icap ettiren esas, alıcı veya **aestimatum**'u kabul eden tarafın elde ettiği hâkimiyet durumudur. Bir eserin meydana getirilmesi vecibesini yükleyen borç münasebetinde ise, sadece eserin tamamlanması yetmez, onun kabul ve teslim alınması da önemlidir; ancak eserin telef olmasına sebep olan olay, iş sahibinin hâkimiyet sahasında ortaya çıkmışsa, onun hasara katlanma anı daha önceye alınabilir. Daha ziyade bir aydınlatma gayesiyle olmakla beraber,

problemlerin kavranmasını kolaylaştıran bu genel mulâhazalardan sonra münferit münasebetlerin incelenmesine geçebiliriz.

Önce alım satım aktini ele alalım; ancak bu konuda Klasik hukuku ve Justinianus hukukunu birbirinden ayırmak gerekecektir. Klasik hukukta alım satım aktinin sadece borçlandırıcı bir karaktere sahip olduğu kabul edildiğinden, hasar, prensip itibariyle, kararlaştırılmış menfaatler uzlaşmasının gerçekleştiği anda, intikal etmektedir. Buna karşılık Just. hukukunda alım satım aktini tasarruf muamelelerine katmak eğilimine uygun olarak aktin tamamen müesir olarak inikadı (**emptio perfecta**), hasar intikal anı olarak kabul edilmişti. Hasarın kime yükleneceğini tayin eden ölçünün iki devre göre değişmesi, **emptio perfecta** kavramının değişik görüş açısına tabi olmasından ileri gelmektedir. Klasik hukuk dilinde bir alım satım akti veya bağışlama, malın devredildiği anda **perfecta** (tamam) olarak kabul edilirken, Bizans dilinde **emptio perfecta** için, neyin ve kaçta satıldığının açıkça anlaşılması lâzım ve kâfiydi³. Münakaşalı metinlerin **duplex interpretatio** (çift yorum) ile Klasik hukuk veya Just. hukukuna göre değerlendirilmesi, mânalar arasındaki bu farklılığı yaratmaktadır⁴.

Kompilatorların gözünden kaçan bazı klasik fikirler, hasarın intikali için **traditio rei**'nin (malın teslimi) hiç olmazsa prensip olarak arandığını göstermektedir. Bu prensipten uzaklaşmış bir çözüm tarzı ise hukukî bir faraziye ile haklı gösterilmektedir. Buna uygun olarak, alım satım akti yapıldıktan sonra sokakta bırakılmış ve magistra tarafından tahrip edilmiş yataklar konusunda, malların alıcıya teslim edilmiş veya onun temerrüde düşmüş olmasına, yahut teslim ve temerrüdün gerçekleşmemesine göre farklı çözüm tarzlarına gidilmektedir⁵. Malların teslimden evvel telef olması halinde, semeni talep imkânını kaybeden satıcı hasarı yüklenecektir. Malların teslimden sonra telef olması halinde ise semeni ödeyecek olan alıcı hasara katlanmış olacaktır. Malın teslim alınmasındaki temerrüt bu yönden teslimine eşit sayılmıştır. Eğer bu hal tarzı Just. hukukuna izafe edilecek olursa, **duplex interpretatio** yoluyla **periculum**, artık bu hukukta alım satım aktinin tabii bir unsuru haline gelen **custodia** mesuliyeti ile izah edilecektir.

Kiralanmış malın kullanılmak üzere verilmesinin, satılmış gay-

3) D.18,6,8 pr.: si id quod venierit appareat quid quole quantum sit, sit et pretium et pure venit.

4) Meselâ:D.42,1,15,6:cum semel emptio perfecta sit.

5) Alfen-Paul.D.18,6,13(12):15(14) pr.

rimenkulün tesliminin ve bir eserin meydana getirilmesinin, mücbir sebep tahtında imkânsız hale gelmesi dolayısıyla borcundan kurtulmuş olan borçlunun, buna rağmen almış olduğu karşı edimi menfi tazminat ölçüsüne göre iadeyle mükellef olacağını Julianus - Africanus⁶ kaydetmektedir. Böylece ziyan rizikosu yani gerçekleşmeyen mübadelenin hasarı imkânsız hale gelen edimin borçlusu tarafından yüklenilmiş olmaktadır; çünkü borçlu için, kendi edimini ifa suretiyle karşı edimi talep imkânı ortadan kalkmaktadır. Halâ pek doğru olarak anlaşılamayan bu üç olaydaki benzer ve paralel uygulama, bu bakımdan çok şey göstermektedir⁷.

Kölenin alım satım muamelesi, onun sağlık durumunun tesbit edilebilmesi -herhangi bir aldanmayı önlemek amacıyla- ve alıcının onu beraberinde götürebilmesi için kölenin de hazır bulunduğu bir yerde yapılıyordu; bu bir çarşı adetiydi. Ancak alıcı köleyi daha sonra götürmek gayesiyle, geçici olarak satıcının nezdinde bırakacak olursa, fani bir yaratığın tabiatında mevcut tabii ölümün meydana getireceği hasar, aktin inikadıyla birlikte alıcıya geçerdi^{7a}. Hukukçular malın teslimi esasından ayrılan bu önceye alınmış hasar intikalini, bir faraziye ile haklı göstermeyi lüzumlu addetmişlerdi: *mortuo homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pareat*. (satış yapıldıktan sonra köle ölmüşse, sanki teslim edilmiş gibi farzolunmalıdır; öyle ki, bu takdirde satıcı (mükellefiyetinden) kurtulmuş ve köle alıcı nezdinde ölmüş gibi olurdu). Esas itibariyle yürürlükte olan bir kaideden ayrılan hal tarzının doğruluğunu teyit etmek için malın teslim edilmiş olduğu faraziyesi ile aynı kaideye bağlanmaya lüzum görülmesi, çok karakteristiktir.

Hasarın intikali anının öne alınmasına cevaz veren bu hallerde malın teslimi, klasik hukukçular tarafından dokunulmaz bir aksiyom olarak değil, alım satımın bünyesine ve tipik menfaatler durumuna göre uygulanan bir esas olarak düşünülüyordu; öyle ki, bazı durumlarda bu esastan ayrılmak mümkün oluyordu. Nitekim alıcın zilyedliği (*possessio*) değil, mücerret olarak malın hasara uğramasını önleyebilecek fiili bir hâkimiyeti elde ettiği hallerde, hasarın intikal anının daha önceye alınması bu şekilde izah olunabilir. Meselâ, alıcının

6) D.19,2,33.

7) krş.Kaser, *Periculum locatoris*, Z.SavSt.74,1957,178-180; Mayer-Maly *Locatio*, 163:müellifin *Istituzioni'si*, II,231-236.

7a) Julianus.D.18,5,5,2.

bir fesih anlaşmasının verdiği yetkiye dayanarak beğenmediği bir malın alım satım aktini bozabildiği, tecrübe şartıyla satışta (*pactum displicentiae*), alım satımın gerektirdiği bir zilyetlik devri bulunmasına rağmen, alıcının elde ettiği hâkimiyet durumu, hasarın o anda intikalini haklı göstermektedir⁸. Buna benzer bir durum Julianus ve Paulus'un fikrine göre, alım satım aktinin daha iyi bir teklif imkânının saklı tutularak yapılması halinde (*in diem addictio*) mevcuttur⁹. Satın alınmış kölenin semen ödeninceye kadar alıcıya hizmet etmek üzere kiraya verilmesi halinde de durum aynıdır¹⁰; zira kiralanmış köle iş sahibinin talimatına uymakla mükellef olduğundan, alıcı (burada kiracı) onu tehdit eden muhataralara karşı koruyabilir.

Bazı alım satım akitlerinde hasarın zilyetliğin naklinden evvel intikal etmesini haklı gösteren husus, alıcının malın muayene etmek suretiyle (*degustatio*) dayanıklılığını tahmin edebilecek, yani satılan malın, hasara müsait yapısının zaruri neticesi olacak değişiklikleri hesaplayabilecek durumda bulunmasıdır. Gaius¹¹, fıçıyla yapılan alım satımlarda malın evsafı için verilen teminattan ortaya çıkan mesuliyet meselesini, malın bozulmasıyla kendini gösteren hasar meselesinden tefrik etmiş ve malın muayene anını hasarın intikal anı olarak kabul etmiştir (... *emptoris erit periculum, quia ,si degustavit, ... de se queri debet* - hasar alıcıya ait olacaktır, çünkü muayene etmişse kabahat kendisindedir) D. 18, 6, 16.

Satışı ölçü, tartı ve sayı ile yapılan mallarda meydana gelen bozulmaların ortaya çıkardığı hasarda da benzer esaslar uygulanır; burada ölçmek, saymak ve tartmak sadece alım satımın konusunu müşahhas hale getirmeye yaramaktadır. Bu mevzuda muhafaza mükellefiyeti ile hasarın kime ait olacağı meselesi arasında karşılıklı bir münasebetin varlığı kabul edilmişti. Bu münasebetin esasını, alım satım aktinin netice doğurmasının, satıcının keyfine bırakılmaması fikri teşkil etmektedir, aksi halde satıcı ihmâlkâr tutumuyla alıcının beklenen menfaatlerini geciktirebilecektir. Buna uygun olarak Gaius'a göre¹² : *antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere* (ölçülmeden evvel bütün hasar satıcıya aittir) ve Ulpianus¹³ : *priusquam admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. post men-*

8) Ulp.-Mela.D.19,5,20,I

9) D.18,2,2,1:3 pr.

10) Jav.D.18,6,17(16).

11) D.18,6,16(15).

12) D.18,1,35,7.

13) D.18,6,1,1.

suram lactom venditoris desinit esse periculum¹⁴ (ölçü ile tesbit edilmiş şarabın alım satımı henüz yapılmamış gibidir. Ölçüldükten sonra hasar satıcıya ait olmaktan çıkar) Mevzuun müşahhaslaşması hiçbir şekilde açıkça zilyetliğin devrine işaret etmeyip daha ziyade bir aldanmayı önlemeyi hedef tutmaktadır¹⁵.

Hasarın intikalini artık zilyetliğin devrine değil, aktin tamamlanmasına bağlayacak (**emptio perfecta**) şekilde Just. hukukunun getirdiği değişiklik, sonuçları çok mühim iki yenilikle tamamlanmakta ve izah edilmektedir. Bunlardan birisi, **incommodum'un periculum'a** benzetilerek, birbirinden esaslı şekilde ayrı iki durumun, aynı uygulamaya tabi kılınmasıdır. Aslında hasarın kime ait olacağı meselesi, kararlaştırılmış edim mübadelesini önleyen ve kusursuz bir edim imkânsızlığını öngörmektedir; buna karşılık, vukua gelen **incommodum** edimi imkânsız kılmamakta, fakat değerini düşürmektedir. Borçlanılmış edimin değerinde meydana gelen artma ve azalmalar, **commodum** ve **incommodum** şeklinde, birbiriyle bağıntılıdır; bunlar sadece alım satım aktinin konusunda meydana gelen değişmelerdir ve yalnız edimi alacak olan tarafın menfaat alanını etkilemeleri, aktin konusunun, daha aktin inikadı sırasında, tarafların karşılıklı olarak yaptıkları menfaat hesaplarıyla müşahhaslaşmasının bir sonucudur. Bu açıklamalardan sonra **incommodum** ve **periculum** arasında görülen ayniyeti bir **interpolatio'nun** neticesi olarak belirtmek oldukça kolaylaşmaktadır. Bu sebeble D. 18, 6, 7 pr. un Klasik hukukta aşağıdaki şekliyle mevcut olduğunu ileri sürmek mümkün olmaktadır: **id quod post emptionem fundo accessit per alluvionem, ad emptoris commodum pertinet: nam et si ager post emptionem flumine occupatus esset (periculum) «incommodum» esset emptoris: sic igitur et commodum eius esse debet.** (alım satımdan sonra arazi alluvio dolayısıyla artarsa, **commodum** alıcıya ait olur; zira alımdan sonra arazi nehir tarafından işgal edilmiş olursa, (hasar) «**incommodum**» alıcıya ait olur; bu itibarla **commodum** da ona aittir). Inst. 3, 23, 3 nün de benzer bir şekilde rekonstruksiyonuna gitmek mümkündür: **sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet; nam et commodum eius debet, cuius (periculum) «incommodum» est.** (...fakat alımdan sonra arazi alluvio yoluyla artarsa, **commodum** alıcıya ait olur; zira (ha-

14) Alex. Sev. da aynı esası takip etmiştir, C. 4,48,2.: *antequam tradantur periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.*

15) Bu münasebetle D.18,6,1,2 deki Trebatius ile Labeo arasındaki münakaşa hatırlanmalıdır.

sar) «incommodum»un ait olduğu kimse commodum'un da sahibi olmalıdır). Institutiones'e alınmış orijinal metinde muhtemelen akdî hasar, değer azalması vakıyasından kesin olarak ayrılmıştı. Akitle müşahhaslaşmış malda meydana gelen değişikliklerin sadece commodum ve incommodum münasebeti açısından (commodum ve periculum değil) bir anlamı olacaktır. Ancak bu farkın, aktin inikadıyla birlikte alıcıya bir nevi aynî muntazar hak tanıyan kompilator'lar tarafından bilindiği şüphelidir.

Birincisi ile sıkı bir ilişkisi olan diğer yenilik, hasarın intikalini aktin inikadına bağlayan görüşle de yakından ilgilidir. Bu görüş, satıcı için (zilyedlik devredilene kadar) kanuni bir custodia mesuliyeti ihdas etmek suretiyle, müteakabil bir vecibe getirerek, alıcının hasara katlanma mükellefiyetini hafifletmeyi hedef tutmaktadır. Klasik hukuka göre, custodia mesuliyeti, ancak satıcının bunu kendi arzusuyla¹⁶ üzerine alması halinde kararlaştırılabiliyordu; yani alıcının muntazar hakkı, onun arzusu üzerine, satıcının uyanık tutumuyla ve commodum repraesentationis (semenin peşin ödenmesinden doğan menfaat) halinde kuvvetlendirilebiliyordu; peşin ödeme satıcıya bazen malın çalınmasından doğan zararını gidermek imkânını verebiliyordu. Justinianus'un hukukçuları custodia sorumluluğunu -diligentia in custodiendo (nezaret hususundaki özen) sorumluluğu şeklinde yorumlayarak - satılmış mal sanki artık alıcıya ait, fakat geçici olarak satıcıya bırakılmış gibi, aktin kanuni bir neticesi olarak kabul etmişlerdi. Klasik hukukun bu konudaki durumunun en önemli delilini, Institutiones'te kompilatorların dikkatinden kaçan bir metin teşkil etmektedir¹⁷: quod si fugerit homo qui venit aut supreptus erit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor suscepit sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepit securus erit. (...) utique tamen «si suscepit» vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori. (Eğer satılmış köle, satıcının kasd ve ihmali olmaksızın kaçmış veya çalınmışsa, araştırılacaktır, satıcı teslim kadar nezareti yüklenmiş midir. Eğer yüklenmişse, bu takdirde hasar ona aittir; yüklenmemişse emniyettedir. (...)) Bununla beraber «eğer yüklenmişse» satıcı alıcıya istihkak davası ve sebebsiz iktisap davasını nakietmek zorundadır. Custodia ile mükellef olan satıcının mülkiyet ve iade davalarını alıcıya nakletmek mecburiyetinde olması, bir mesuliyetin yüklenilmesini öngörür ve semeni ödemek zorunda olan alıcı için telâfi imkânı olarak

16) custodiam suscipere: J.3,23,3-a

17) Inst.3,23,3-a

bir anlamı vardır. Aksi halde satıcı mesul olmadığı gibi, tazminat davalarını da nakle icbar edilemezdi; meğer ki, alıcı ona arzusuyla semeni teklif etmiş ve bu durumda, rizikosu kendine ait olmak üzere, açacağı bu davaları talep etmiş olsun¹⁸. Justinianus'un, kuralı genelletirmesi, bu farklı meseleyi örtmüş ve anlamsız hale sokmuştur.

Hasarın intikalini mal üzerinde elde edilmiş hâkimiyet durumuna bağlayan esasın ışığı altında, iki fikir, menşelerindeki anlamına irca edilebilir. Bunlardan Paulus'a¹⁹ ait olanı, vukuundan korkulan zarar (*cautio damni infecti*) için istenilen teminatın haklı gösterilmesine; Ulpianus'a²⁰ ait olanı ise, *addictio in diem* (alım satım aktinin, daha iyi bir semen ihtimalinin saklı tutularak yapılması) anlaşması yapılarak satılmış bir gayrimenkulün yakınında yapılan bir inşaat dolayısıyla açılacak olan *interdictum quod vi aut clam* in (cebir ve hileye müteallik zilyedlik davası) haklı gösterilmesine taalluk eder. Zilyedliğin, alım satım akit gereğince naklinden önce, gayrimenkulün geri alınabilecek tarzda *precarium* olarak verilmesi halinde, Paulus'a göre, alıcının *cautio damni infecti*²¹ talep edebilir. Ulpianus da, gayrimenkul alıcısının muvakkat bir alım satımı gösteren *precarium* talebi üzerine, *precarium* alan sıfatıyla zilyed olması halinde (*precario sit in possessione*) aynı fikri ileri sürmektedir; alıcı, rahatsız eden yapının (*opus*) kaldırılmasını talep yetkisini kazanır. Bunun nedeni, onun, ne şekilde olursa olsun, mal üzerinde elde ettiği hâkimiyeti dolayısıyla haiz olduğu menfaattir²² Bununla da hukukçu, *interdictum* için gerekli dava ehliyeti ile hasarın kime yükleneceği meselesi arasındaki münasebete işaret etmiş olmaktadır. (*ei enim competere debet, cuius res periculo sit*).

Klasik hukukun hükümlerini bir formüle bağlamak istersek, denebilir ki, hasarın intikali alım satım akti gereğince malın teslimine bağlanmaktadır (*traditio ex causa emptionis* — alım satım sebebiyle teslim); ancak alım satım akti sırasında yapılan ve alıcıya mal üzerinde bir hâkimiyet durumu veren kira *precarium* gibi anlaşmaların mahiyeti nazara alınarak hasarın intikali için daha önceki bir an kabul edilebilmekteydi. Yine satıcının menfaatine olmak üzere, alıcıya terettüp eden hasarın vuku ihtimalinin arttığı (alım satım aktine *pactum displicentiae*, *addictio in diem*

18) Nerat.D.19,1,31, pr.

19) D.39,2,38 pr.

20) D.43,24,11,12

21) tunc certe utiliter stipulatur, cum venditor aberit, si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit:fr.38 pr.

22) quia interest ipsius, qualiter qualiter possidet: fr.11,12.

anlaşmalarının bağlanması gibi) veya alıcının satın aldığı köleyi gördükten veya malı denedikten sonra ölümlü bir insanı veya telef olabilecek malı beraberinde almadığı hallerde, hasarın intikal anı öne alınmaktaydı. Bunlar klasik hukukçuların, hasar intikal anını özellikle **traditio ex causa emptio**'ten öne aldıkları durumlardır; ancak hukukçular bu durumları tipik menfaat mülaahazalarıyla izah etmişlerdi.

Hasarın intikalinin, kompilatorlar tarafından aktin bütün hükümlerini doğuracak şekilde tamam olmasına bağlanması, durumu esasından değiştirmiştir. Böylece alım satım akti, Roma hukukunda (Klasik devirde) haiz olduğu saf iltizami bünyeye muhalif muhataralı bir karakter kazanmış olmaktadır. Aslında hasarın hemen intikali, malın alıcı tarafından iktisabını öngören ve sadece peşin alım satımlarda veya mülkiyeti nakil fonksiyonu olan akit tiplerinde haklı görülebilecek bir riziko yüklemektedir. Şimdi bu çelişik düzenleme tarzını izah etmeye çalışalım.

Hasarın intikalini artık **traditio ex causa emptio**'e değil yeni anlamıyla **perfectio emptio**'e, yani aktin bütün hükümlerini hemen doğuracak şekilde inikadına bağlayan yeni kural, akit tipinin mahiyetini ilgilendiren görüş açısındaki bir değişikliğe işaret etmektedir. Bu değişikliğin anahtarını, — Fransız Haymann'ın da gördüğü gibi — Helen ve Doğu'nun alım satım anlayışında aramak gerekir. Klasik Roma telâkkisine göre, **emptio venditio** her iki tarafı sadece borç altına sokan rızai bir akittir, öyle ki, tarafların anlaşması ile ancak alım satım akdinin hükmü olarak zilyedliğin devri ile tahakkuk edecek olan bir menfaatler uzlaşması hedef tutulmaktadır. Buna karşılık Helen anlayışına göre **praxis**, ve aynı şekilde Doğu telâkkisine göre alım satım, esas itibarıyla bir tasarruf ve mülkiyeti devir muamelesidir²³. Şimdi Postklasik devirdeki bu farklı anlayışın, Bizans hukuk mekteplerine ve tedvin sırasında, kompilatorların üzerine gayri ihtiyari bir tesir yaptığını tahmin etmek mümkündür. Gerçi alım satımın bir mülkiyeti nakil akti niteliğini almasını²⁴ Roma hukuk sisteminde **contractus** ile mülkiyeti iktisap şekilleri arasındaki derin ayrılık önlemiştir²⁵, ama adı geçen tesir altında alıcının alacak hak-

23) krş. San Nicolo, Die Schlussklauseln der altbabylonischen Kauf-und Tauschvertraege (Müncher Beitrage zur Papyrusforschung 1922 s. 14-19.

Pringsheim, The greek lavv of sale, 1950: Mitteis, Grundzüge und Chrestomathie den Papyruskunde, 1912, II, 171: Haymann, Z. SavSt. 41, 79-84: 172-185.

24) «dominium transferri» ibaresi sadece tarafın niyetini ifade etmektedir: krş. müellefin Instituzioni'sı II, 166 dipnotu 30.

25) C. 2, 3, 20. krş. müellefin, Critica del sistema de transferencia de la propiedad de inmuebles por el mero consentimiento, adli eseri, 1961.

kını, hasarın aidiyetinin bağlandığı muntazar bir hak olarak görme temayülünün kendini gösterdiği ileri sürülebilir. Bu suretle Just. devrinin alım satım akti, hukuk fenomolojisinde, Roma'nın sadece iltizami olan alım satımından, bu hukukun temel teşkil ettiği modern kanunların rıza ile mülkiyeti devreden alım satım aktine geçişi hazırlayan ortalama bir yer almış olmaktadır; böylece hasarın derhal intikali, tarihî gelişim açısından, akla yakın bir izah tarzına kavuşmaktadır.

Şimdi istisna akdindeki (*locatio operis faciendi*) hasar meselesini inceliyelim. Burada da meseleyi, benzer şekilde ortaya koymak mantıki olacaktır. İstisna akdinde prensip, eserin ziyandan doğan hasarın, ücret alan eser borçlusundan (müteahhit) ismarlayana, meydana getirilmiş eserin, kabul ve tesellüm için tetkike arz edildiği anda intikal etmesidir. İsmarlayan tarafından ziyedliğe geçirme anının hasarı intikal ettiği an olarak kabulü, alım satımdaki malın ziyedliğini devretmeye tamamen uygun olmaktadır. Burada da, eser alacaklısının temerrüdü, mebiin alacaklısının temerrüdü gibi, muamele görecektir : *nociturum locatori si per eum steterit quo minus opus adprobetur*²⁶ (eğer eserin kabul edilmemesi ismarlayana yükleniyorsa, bu onun aleyhine olacaktır). Hasarın aidiyeti için, daima münferit olaydaki menfaat durumuna göre farklı bir esasın tatbik edilmesi suretiyle kuraldan ayrılma imkânı açık tutulmuştu. Bunun nedeni, bir takım mücerret mantıkî kalıpların değil, fakat eserin meydana getiriliş tarzı ve hasarı ortaya çıkaran sebeble ilgili tipik şartların önemli olmasıdır.

Uygun hüküm vermeği mümkün kılan bu noktai nazarın daha kuvvetle belirtilmesi, son zamanlarda *periculum locatoris* ibaresinden, bütün *locatio conductio* tipleri için geçerli olabilecek bir ölçü çıkartılmak istenmesi yüzünden gerekli olmaktadır²⁷. Gerçi kira ve hizmet akitlerinde mal veya işgücünü başkasının istifade ve kullanımına arz eden kimsenin, kullanma imkânsızlığı dolayısıyla ortaya çıkan hasarı yüklenerek, ücretten mahrum kalmasının bir anlamı vardır²⁸, fakat ismarlayanın kabul edip etmemesini nazara almadan, eserin herhangi bir şekilde telef olması halinde hasarı ona yükleyecek bir kuralı uygulamanın bir manâsı olmadığı gibi, istisna aktinin tipik bünyesine de aykırı düşer. Bir tek halde böyle bir kaideyi adil görebiliriz; eserin tamamlanmasına engel olan mücbir sebep, is-

26) D.19,2,36:krş D.18,6,13(12)

27) Kaser, *Periculum locatoris*, Z.SavSt.74,1957,155-200, bilhassa 178 den 180 e kadar;192.

28) D.19,2,6.9.

marlayanın hâkimiyet ve kontrol sahasında bulunan bir kaynaktan doğmuşsa. Meselâ, yapılması taahhüt edilen eserin meydana getirilmesini imkânsız kılan, müteahhide verilen malzemenin kalitesi olmuş²⁹ veya yapının inşasına, eser borçlusunun emrine verilmiş arazi mani olmuşsa³⁰; bu gibi hallerde hasarın ısmarlayana ait olacağıının kabul edilişi mantıkî bir izah tarzına kavuşmaktadır. İlk hale ait hüküm şöyledir: *si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperita facientis erit*³¹ (eğer hasar ayıplı malzeme yüzünden meydana gelmişse, istisna aktinden doğan dava açılmaz, yeter ki yapanın ehliyetsizliği olsun) Bu gibi vaziyetlerde eser yapımını üzerine alacak olanlar, bir mesuliyetsizlik kaydı talep ederlerdi: *non periculo su se facere* (hasarın kendilerine ait olmaması). İkinci halde, bir inşaat sırasında, herhalde kabulden önce, malın telef olması halinde hasarın kime ait olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Sabinus, rizikonun farklı bir tanımından hareketle, yapıyı tahrip eden olayın ısmarlayana ait araziyle ilgili bir *vis naturalis* (tabii kusur) olarak kabul edilmesi halinde, bunun onun yüklenmesi gereken bir riziko olduğunu belirtmektedir. Olayın kaynağının kendi hâkimiyet sahasında olması, hasarın da ısmarlayana ait olmasını haklı göstermektedir³². Bu sebeble müteahhide ve yardımcılara borçlu olduğu ölçüde ücreti geri istiyemeyeceği gibi vermekten de kaçınamaz. İsmarlayanın sahasında ortaya çıkan tabiat kuvvetini esas alan bu görüşün ışığı altında, hasarın intikalini, yapılmış eserin ısmarlayan tarafından kabulüne bağlayan esasa karşı Paulus'un ileri sürdüğü fikir de bir açıklık kazanmaktadır; bu esas Proculiani mektebine mensup Labeo tarafından mutlak bir şekilde uygulandığı gibi,³³ İmparatorluğun sonraki devirlerinde de tatbik alanı bulmaya devam etmiştir.³⁴ Paulus farklı bir müşahadeden hareket etmektedir. Ona göre, kaynağını ısmarlayanın kontrol sahasında bulan hasar, kendisine ait olacaktır; özellikle onun yapı için tahsis ettiği arazinin mahiyetinden çıkan *vitium soli* (arazideki ayıp) halinde durum bu merkezdedir. Bu *vitium*'u Romanın gelişmemiş teknik âletleriyle eser borçlusunun anla-

30) Jav.-Sab.D.19,2,59:Lab.-Paul.D.19,2,62:burada hasarın intikali için eserin kabulünü arayan eski hukukçularla, *vitium soli* (arazide ayıp) keza *vis naturalis*'in malda mündemiç rizikoyla ilgili olması) ile *vitium operis* (eserde ayıp) arasında tetrik yapan daha yeni hukukçular arasında beliren görüş farkları dikkate değer.

31) D.9,2,27,29:krş.D.19,2,9,5:quippe artifex conduxit.

32) D.19,2,59.

33) fr.61.D.19,2.

34) Ulp.2076:D.19,2.

masına imkân yoktur, buna karşılık hukukçular, kaynağını eser borçlusunun yetenek ve araçlarında bulan ve «mesleki riziko» mahiyetinde telakki edilen *vitium operis* (eserdeki ayıp) karakterini gösteren hasarı kendisine (eser borçlusuna) yüklemeye eğilimi göstermişlerdi: *si soli vitio accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio id accidit tuum (sci. conductoris) erit detrimentum*³⁵ (eğer hasar arazideki bir ayıptan doğmuşsa, ısmarlayana aittir; eğer eserdeki bir ayıptan meydana gelmişse, hasar sana (yani eser borçlusuna) ait olur). Burada *soli vitium* (arazideki ayıp) *vis naturalis*'e (tabii kusur) esit tutulmalıdır.

Hasar probleminin çözüm tarzları arasında burada ortaya çıkan tutmazlık, *periculum conductoris ante probationem* (kabulden önce hasar eser borçlusuna aittir) ölçüsünün körükörüne ve aynı zamanda mekanik olarak değil, bilâkis tipik menfaatler durumu nazara alınmak suretiyle farklı bir tarzda ve olayın şartlarına göre uygulandığını göstermesi bakımından yararlı olmaktadır. *Periculum locatoris* (hasar locator'a aittir) formulüne dayanan kavrama müteallik hukukçu içtihadının (Begriffsjurisprudenz) bulunduğunu gösteren, güvenilebilir bir emare mevcut değildir. Bunun aksini ise iki metinde görmek mümkündür; *interpretatio duplex* (çift yorum) yoluyla bu metinlerin Klasik hukukta alacaklı temerrüdüne müteallik olduğu halde, Just. hukukunda, eserin yapılmasını usule uygun iş ifası³⁶ olarak tanımlayıp, hakkaniyet icabı da olsa, her halde ücret verilmesini şart koşan fikri aksettirdiğini söylemek doğru olacaktır. Klâsik hukukun, hasarın intikali için eserin kabulünde ısmarlayanın temerrüdünü aradığı hallerde, istisna aktine getirilen yeni anlayış, eserin usule uygun olarak tamamlanmasıyla yetinmekte ve ısmarlayanın eseri bizzat kendi olanaklarıyla yapmaya uğraşması halinde maruz kalacağı hasarı yine ona yüklemeyi hedef tutmaktadır³⁷. Buna göre fr

36 (19,2) nın son cümlesi aşağıdaki şekilde tertip edilebilir: *si tamen vi naturali opus prius interciderit quam adprobaretur locatoris periculo est, maxime si in mora fuit, cum non amplius praestari locatori oporteat, quam quod tunc consecutus esset.* (eser bir tabii sebeb dolayısıyla tesellümden evvel telef olmuşsa, hasar ısmarlayana aittir, özellikle temerrüde düşmüşse; zira ısmarlayana onu o zaman elde etmiş

35) Benzer bir ölçüyü bugünkü teknik imkânlarla zamanımızda dahi kullanmak mümkündür.

36) D.19,2,37: *si tale opus fuit, ut probari deberet*

37) *sua cura atque opera* D.19,2,36.

lacağından daha geniş ölçüde garanti verilmesi gerekli değildir).x

Bununla beraber Florentinus'a³⁸ ait metinde **vis maior** ibaresinin bulunması, buradaki hasarın, bir **vis maior** veya **casus minor**'dan doğmasına göre, taraflardan birine yükleneceğini zannını uyandırmamalıdır. Sonuçları ağır olan bu hataya, mesela Juan Miquel³⁹ düşmektedir. Ona göre : «**Periculum**, eser borçlusu için söz konusu oluyorsa, belirli bir ölçüde **custodia** mesuliyetine benzeyen bir duruma işaret edilmiş olmaktadır Bu, objektif bir mesuliyet olan **vis maior**'dan mesuliyete zıd olarak görünmektedir; buna karşılık **periculum**, ismarlayan için sözkonusu oluyorsa, **vis maior**'dan mesuliyet mevzubahistir. Alım satım aktinde benzer bir durum alıcı nazara alındığı zaman sözkonusu **vis maior**'dan mesuliyet; satıcı nazara alındığı zaman sözkonusu olan **custodia** mesuliyeti için mevcuttur» Florentinus'un fikri de «istisna akti ile alım satım akti arasında mevcut tam bir paralelliğe dayanmaktadır.» Dikkat edilecek olursa, yukarda çizilen hatalı paralelliğin, kavramların birbirine karıştırılmasından ileri geldiği görülür. — Hasarın kime ait olacağı meselesi olarak anlaşılan - **periculum**, bundan tamamen farklı bir problem olan, aktin ademi ifasından dolayı sorumluluk ile karıştırılmıştır. Aslında **opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est** (bir ücret mukabili bir eser taahhüt edilmişse, eser tasvip görene kadar hasar eser borçlusuna ait olur) cümlesi, istisna aktinde eser borçlusunun işleyeceği malzeme⁴⁰ için **custodia** sorumluluğunu üzerine aldığını söyleyen cümleden farklıdır; böyle bir **custodia** mesuliyeti alım satımda, ancak satıcının **custodia** mesuliyetini üzerine alması halinde (**custodiam suscepit**)⁴¹ mevcuttur. Yine **si vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur** (eser mücbir sebep dolayısıyla, tasvip edilmeden önce, telef olursa) cümlesi, mücbir sebep dolayısıyla kendini gösterebilen akdî mesuliyetten⁴² farklı bir anlam taşıdığı gibi, satıcının **cus-**

x) Müellif'in bize göndermek zahmetine katlandığı bir mektupta D.19,2,36'nın daha muhafazakâr bir şekilde, aşağıdaki gibi tertip edilebileceğindenb ah-solunmaktadır: **si tamen vi naturalis opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris priculo est, cum non amplius praestari ei oporteat, quam sua cura et opera consecutus esset**, (eser bir tabii sebep dolayısıyla tasvip edilmeden önce telef olursa, hasar ismarlayana ait olur, çünkü onun kendi özen ve çalışmasıyla elde edeceğinden daha geniş ölçüde teminata sahip olması gerekli değildir).

38) fr.36.D.19,2.

39) Z.SavSt.81,184 dv.150

40) D.19,2,13,5.

41) J.3,23,3a

42) böyle bir mesuliyet sadece eski devirde «receptum nautarum» da vardır; D.4,9,3,1.

todia sorumluluğunu üzerine aldığı hallerde (*custodiam suscepit*⁴³ *vis maior*'un doğurduğu hasarın alıcıya ait olmasından da farklıdır. Alım satım ve istisna akitlerinde tipik menfaatler durumu tamamen farklıdır. Eğer bir *vis maior* esere, tasvipten (*adprobatio*) önce etki yapıyorsa, —tasvip kuralını bertaraf eden *locatoris periculo est* (hasar ısmarlayana aittir) hükmü, ancak *vis maior*'un kaynağını ısmarlayan tarafından eser borçlusunun tasarrufuna verilmiş malda bulunduğu takdirde, menfaatler durumu icabı haklı görülecektir, çünkü bu halde *vis maior* kaynağını bizzat ısmarlayanın menfaat sahasında bulmuş olacaktır; malda veya malzemede mevcut riziko, bir *vis naturalis*⁴⁴ olarak tasavvur edilmelidir. Böylece hatalı kurulan paralellik çökmektedir.

Buna karşılık ademi ifadan mesuliyet ile hasarın kime yükleneceği meselesi arasındaki farkın, Klasik hukuk dilinde dogmatik olarak formüle edilmeyip, Pandekt hukukçuları tarafından, yorum yoluyla ortaya konulduğunu söylemek hatalı bir görüş olacaktır.⁴⁵ Klasik hukuk sadece dogmatik olarak ifade edilmiş bir kavramlar sistemi değildir; «Klasik» denildiği vakit, klasik fikirlerin ve bunlarda mevcut değerlerin, *hermeneutica iuris* (Hukuki yorum sanatı) metotlarıyla anlaşılması, ortaya konulması sonunda belirecek gerçek Klasik hukuk sistemini anlamak lâzımdır. Önemli olan ad değil, mahiyettir; yani Klasik hukukun prensipleri, hukuk tarihçisi tarafından —eğer hakikaten hukukçu ise— mücerret muhakeme usulleriyle kavranıp anlaşılmalıdır. Önemli olan, meseleyi meydana getiren vakialara, doğru teşhisin konulmasıdır; yani hukuk dogmasından faydalanma metinlerin incelenmesiyle teyit edilmelidir⁴⁶.

Bu mülahazalara uygun olarak fr. 37'nin anlamı, ısmarlayana yüklenecek bir *vis naturalis* veya alacaklı temerrüdünün zikriyle, aşağı yukarı şöyle olmalıdır: *si priusquam locatori opus probaretur, vis naturalis consumptum est, vs:* (eser akde uygun imal edilmiş olarak ısmarlayana arzedilmeden önce bir *vis naturalis* yüzünden telef olmuşsa) veya: *si priusquam consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si per eum steterit quo minus probaretur et tale opus fuit, ut probari deberet* (eğer önce telef olmuşsa, eserin akde uygun olarak arzedilmemesinin sebebi locator'a ait ise ve

43) D.19,1,31. ...

44) D.19,2,59

45) Bu tez J.Miquel tarafından Z.SavSt.81,190:160 da savunulmuştur.

46) Bunun için bk, Archiv f.Rechts-und Sozialphilos.40,1952,364 ve dv. daki mülahazalarım:ve Studium generale 12.1959,94,Miquel bunları dikkate almıştır.

tesellümü gereken bir eser söz konusu ise, zarar *locator*'a ait olur) İkinci hükmün anlamı kompiyator'lar tarafından özel interpolatio'lar ile (ki bunlar *vis*'i ismarlayana yüklenecek bir *vis naturalis* olarak tavsifini, ve alacaklı temerrüdüne işaret eden ibareyi metinden çıkarmışlardır) o şekilde değiştirilmiştir ki, eser gerçek anlamda bir tasvibe mazhar olmaksızın eser borçlusunu, usule uygun olarak meydana getirilmiş (yani kabule şayan) eser dolayısıyla ismarlayanın borçlanmış olduğu ücrete hak kazanmış olmaktadır. Bu şekilde hasarın intikalini *probatio operis*'e (eserin kabule şayan bulunması) bağlayan kuraldan vazgeçilmiş olacak ve bunun yerini eserin usule uygun olarak meydana getirilmesi alacaktır. Artık yürürlükteki kural, eserin tamamlanmasını esas almaktadır; usule uygun olarak meydana getirilmiş eser tamam olur olmaz, hasar eser borçlusundan, eserin telef olmasına rağmen borçlandığı ücrete vermektan kaçınamayan ismarlayana intikal etmektedir. Bu yeni düzenleme, alım satım için konmuş olan *perfecta emptione periculum est emptoris* (alım satımın tamamlanmasıyla hasar alıcıya ait olur) kuralının tam zıddını teşkil etmektedir. *Probatio operis*'i (eserin kabule şayan bulunması) bertaraf eden yeni kural bu şekilde istisna aktini hizmet aktine yaklaştırmaktadır, öyle ki, eser borçlusunun ifa etmiş olduğu eser karşılığında haiz olduğu ücret sağlam bir muntazar hak olarak garantiye kavuşmaktadır (satıcının semen konusunda sahip olduğu muntazar hak gibi)

Kira aktindeki (*locatio rei*) hasar meselesini incelemeye başladığımız zaman, bu sürekli münasebetin çerçevesi içinde, müteakbil edimlerin kat'î ve karşılıklı bağlılığını gösteren bir noktai nazarın uygulandığını tesbit edeceğiz. Kiralayanın herhangi bir faaliyeti olmaksızın mal üzerindeki kullanma ve faydalanma olanakları ortadan kalkacak olursa, kiracı borcundan kurtulur. Demek ki, burada borç münasebetinin mahiyetine uygun bir kaide uygulanmaktadır; *periculum est locatoris*. Ancak bu kaidenin tatbiki, maldan normal faydalanma imkânının mevcut olup olmadığı veya bu imkânın ilerde mevcut olmakta devam edip etmeyeceği meselesini haline dayanmaktadır. Bunun tesbiti adi kirada kolay olmakla beraber hasılat kirasında aynı kolaylık mevcut değildir.

Mesken kirasında, malın telef olmasıyla ortaya çıkan istifade imkânsızlığı, kiracıyı borcundan kurtarır. Önceden ödenmiş kiralar geri istenebilir. Bunun için de açılacak dava *condictio indebiti* değil (çünkü kira ücreti o zaman borçlanılmıştı), karşılıklı edimlerin sinallagmatik münasebetini ifade eden *actio ex contractu*'dur. Hakikaten borç münasebetinden doğan mükellefiyetlerden birisi kusursuz

edim imkânsızlığı dolayısıyla sona ererse, bunun karşılığı da mesnetsiz kalır⁴⁷. Bu konuda değişik riziko ihtimallerini ayırdetmek gereksizdir.

Buna karşılık gayrimenkullerin, daha genel olarak, mahiyetleri icabı mahsul elde etme imkânını veren malların hasılat kirasına konu teşkil etmeleri halinde, malı tehdit eden olayların, hedef tutulan zaruri faydalanmayı ortadan kaldırması; veya akit sırasında kiracının ümit ettiği mahsul ile tahmin ettiği masraflar arasında mukayeseli hesap yaparak dikkate aldığı riziko ihtimallerinin içine girmesine göre; bir tefrik yapılması doğru olacaktır. Bu tefrik hukukçular tarafından doğmatik olarak uygulanmamakla beraber fikirlerinin temelinde mevcuttur. Bu husus onların, normal rizikolardan olan ve malın mahiyetinden çıkan hasarı kiracıya yüklemelerinden anlaşılmaktadır⁴⁸. Böyle normal riziko ihtimallerinin karşısında mücbir sebep halleri bulunmaktadır; meselâ *vis tempestatis calamitosae* (fırtınalı havanın teşkil ettiği mücbir sebep) veya önceden bilinmesi mümkün olmayan bazı mevsim olayları (*si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit* — zeytin ağaçlarının meyvasına yangın zarar vermiş veya aynı şey kuraklıktan ileri gelmişse) veya bütün mahsulü mahveden tabiat olayları, harp hadiseleri gibi. Bu haller için, *omnem vim cui resisti non potest, dominum colono praestare debere*⁴⁹ (karşı konulması mümkün olmayan bütün güçlerden dolayı mal sahibi kiracıya karşı teminatla mükelleftir) yani hasılat kiracısı yıllık kira ücretinden kurtulduğu için hasar kiralayana ait olmaktadır. Bu uygulama tarzı kıyas yoluyla sözkonusu yıl için maldaki *uti frui*'yi (kullanma ve faydalanma) kesin olarak ortadan kaldıran ve hasılat kirası münasebetinin çözülmesi sonucunu doğuran, tahripkâr bir deprem gibi olaylara tatbik edilecek bir ölçü getirmektedir⁵⁰. Bu gibi halleri elverişsiz bir mevsimde hakkaniyet icabı kira bedelinin, mahsulün bereketli olduğu senelerde denkleştirme yapılması kaydıyla, geçici olarak *ibra* edilmesinden ayırmak lâzımdır. Bu *ibra* hiç bir şekilde bağışlama karakterini almamakta, fakat sadece bir uzlaşma mahiyetine bürünmektedir⁵¹. Akide gördüğü müsbet zararı istemek hakkını veren ademi ifa mesuliyetinden

47) D.19,2,19,6

48) D.19,2,15,2: *vitia, quae ex ipsa re orientur, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint.*

49) Servius'a kadar uzanan, D.19,2,15,2.

50) fr.15,2,sonunda: *si ager terrae notu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportet enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

51) *transactio*: D.19,2,15,4.

farklı olarak, kusursuz edim imkânsızlığında, hasarı yüklenen tarafın âkidi sadece, kendi edimini ifadan kurtulur: (Aradaki fark aşağıdaki şekilde Ulpianus⁵² tarafından belirtilmiştir; *ubicumque remissionis ratio habetur, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata* (ücret tenzile tabi tutulduğu vakit, kiracı menfaatinin icap ettirdiğini değil, fakat kira ücretinin bir kısmının indirilmesini elde eder.) Hasılat kirasında normal akit çerçevesi içinde kendisi gösteren rizikoları kiracıya, bunun dışındakileri kiralayana yüklenmesinin nedeni, hasılat kirasına konu teşkil eden zirai işletmeyle ilgili, ve bir dereceye kadar birbirini dengeleyen zarar rizikoları ile menfaat ihtimalleri arasında mevcut olan karşılıklı münasebette aramak lâzımdır. Bunun için de bu dengeyi bozmamak amacıyla, faydalananın katlanması gereken zarar rizikolarının ağırlığına itibar olunmaktadır⁵³.

Locatio'daki hasar meselesinin incelenmesini bitirmek için son olarak hizmet aktindeki durumun tetkiki lâzımdır. **Locare'nin** farklı münasebetlerdeki müşterek manâsı olan «bir müstefidin emrine amade kılmak», burada, işgörenin *operae illiberales* (aşağı hizmetler) için iş gücünü işverenin emrine vermesini ifade etmektedir. Bu sebeple burada işgören, istisna aktinde malzemeyi ismarlayandan alan eser borçlusunun aksine, *locator'dur*. Halbuki istisna aktinde malzemeyi eser borçlusunun emrine tahsis eden, ismarlayan *locator* sıfatını almaktadır. «Emrinde tutmak» ibaresi hasarın aidiyeti noktasından da önemlidir, öyle ki, işgören bu sürekli münasebet icabı emre amade olduğu ölçüde hak kazanacak, emre amade olmaya son verdiği anda ücret alma imkânını kaybedecektir. Önemli olan sadece istifade imkânının ortaya çıkmış olmasıdır: Müstefid, *operae'den* (hizmetler) faydalanacaktır. Arzedilen istifadeden kaçınırsa, veya kendisine arzedilmiş hizmetler beklediği menfaati sağlamazsa, bu hizmetlerin karşılığını ödemek zorunda olduğundan hasar ve zarara katlanacaktır⁵⁴. Ancak işgören faydalanılmayan iş gücünü, başka bir suretle, bir üçüncü şahsın faydalanmasına arzetmişse, imparator Antorius⁵⁵ ve hukukçu Papinianus'un⁵⁶ fikirlerine göre ücret talep etmez.

52) Meselâ, D.19,2,15,7.de

53) Gaius, D.19,2,25,6: *vis maior non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.*

54) Bu, Paulus ve Ulpianus'un D.19,2,38;19,9.daki fikirlerinden çıkmaktadır.

55) D.19,2,19,9.

56) D.19,2,19,10;D.122,4.

Özellikle trampa akti gibi, tarafların karşılıklı olarak değil, bir tarafın önce ifasıyla (**datio ob rem**) gerçekleşen diğer mübadele münasebetlerinde, alım satımda olduğu gibi, muamele konusu olan malın telef olması halinde hasar meselesi ortaya çıkar. Celsus⁵⁷, paranın tesliminde mantıki bir görüşe uyacak şekilde alım satıma benzer bir borç münasebeti görmemekte, bilâkis -normal olmayan tarzda- onu, kaynağını bir **contractus**'un dahi teşkil etmediği⁵⁸ **obligatio re contracta** (aynî akit) olarak vasıflandırmaktadır. Trampa aktinin **emptio** veya **datio ob rem** olarak vasıflandırılmasının doğuracağı farkı tebarüz ettiren Celsus, bir alım satım aktinin varlığını kabul halinde, satılmış kölenin ölümüyle ortaya çıkan hasarın, semeni geri isteyemeyecek veya borçlu kalmakta devam edecek olan alıcıya yükleneneğine işaret etmektedir; buna karşılık trampa veya **datio ob rem**'de borçlanmış olduğu malı devretmek zorunda olan taraf, kararlaştırılmış ivazın muhtemel bir bakiyesini talep imkânını kaybettiği gibi, almış olduğunu iade edeceğinden, hasarı yüklenenecektir. Burada, önce ifada bulunmuş taraf karşı edimin yerine getirilmemesi halinde verdiğini geri isteyebilecektir. Meydana gelmiş imkânsızlığın karşı âkide kabili isnat olup olmadığı, hasarın kime ait olacağı meselesi bakımından değil, mesuliyet noktasından önemli olduğundan, araştırılmayacaktır⁵⁹.

Böyle bir hal tarzı, kanaatimize göre şu sebebe dayanmaktadır; taraflardan birinin önce ifa etmesiyle meydana gelen mübadele münasebetlerindeki edimler arasındaki sinallagmatik bağlılık, her iki tarafa birden borç yükleyen normal akitlerdeki edimler arasında mevcut olan sinallagmatik bağlılıktan daha kuvvetlidir. Bu sıkı bağlılık, herhalde karşı edim borcunun bir **obligatio re contracta**'ya dayanmasından gelmektedir; bu öyle bir borçtur ki, nazara alınmış karşı edimin telef olması halinde, önce ifa etmiş olana en azından ifa ettiğini geri isteme hususunda bir teminat teşkil etmektedir.

Justinianus hukukunda edim ve karşı edim arasındaki bu irtibat daha etraflı olarak tanınmıştı; ancak burada hasarın alıcıya ait olduğunu söyleyen prensibe tekabül eden bir eğilim kendini göstermişti. Karşı edim kusursuz olarak imkânsız hale geldiği takdirde, önce ifa edilmiş edimi almış olan ademi ifa sebebiyle müsbet zararı ödemek zorunda olmadığı gibi, menfi zarar icabı geri vermesi gereken edim

57) 73:D.12,4,16

58) krs, Gai: III-91

59) Bunun için bk, Jul.D.12,1,19 pr:D.39,5,2,7;Cels.73,Pomp.D.12,6,52:Pap.D.19.5.7.;Ulp.D.39,5,3:Paul.D.12,6,65,4.:krs, Haymann,Z.SavSt.41,1920ğ165.

de iadeden kurtuluyordu, yani nazara alınmış karşı edimin kusursuz imkânsızlığı, önce ifa etmiş kimseye yükleniyordu. Hakikaten Diocletianus⁶⁰ zamanında orjinali aşağıdaki şekilde olan bir hüküm sevk edilmişti: *pecuniam a te datam, licet causa (res) pro qua data est, non culpa accipientis sed fortuito casu secuta non est, repeti posse certum est* (bir malın elde edilmesi için verilmiş para, bu malın parayı almış kimsenin kusuruyla değil, fakat mücbir sebep tahtında elde edilmemesi halinde geri istenebileceği şüphesizdir). Bu hüküm Codex metnine, *licet* kelimesiyle bağdaşması mümkün olmaayn ve menfi bir anlam¹ olan, *minime* kelimesinin ilâvesiyle tamamen ters bir anlam kazanmıştır. Bunun gibi önce ifa edilmiş parannı, karşı edimin telef olması halinde geri istenebileceğine dair Ulpianus'a ait iki metin de kompilatörler tarafından ters bir anlam verecek tarzda değiştirilmiştir⁶¹. Artık incelememizin sonuna varmış bulunuyoruz.

Klasik hukuktan Justinianus hukukuna geçilirken mübadele münasebetlerinin farklı bir görüş açısına göre düzenlenmesini, Post-klasik devre Klasik hukuktan intikal eden, hasar meselesiyle ilgili bazı hükümlere verilen manânın değişmesiyle izah edebiliriz. Alım satımda hasarın satıcıdan alıcıya intikalinin bağlandığı *emptio perfecta*, Klasik hukuka göre alım satım aktinin malın teslimiyle (*traditio*) icra ve ikmal edildiğini gösterdiği halde, Postklasik hukukta aktin sadece bütün hükümlerini doğuracak şekilde inikad ettiğini belirtir; öyle ki, alıcının alacak hakkı, iktisab edilecek bir muntazar hak seviyesine yükseltilmiş ve *traditio*'nun (teslim) rolü basit bir ifa muamelesi haline gelmiştir. Benzer bir durum, istisna aktinde, meydana getirilmiş eserin kabul ve tesellümden evvel telef olması halinde, hasarın kime ait olacağını düzenleyen kuralın manâsının uğradığı değişiklik için sözkonusudur; *detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit ut probari debet* (eser kabule şayan bir şekilde meydana getirilmişse, ziya ismarlayana yüklenir.) Böyle bir ziyam doğurduğu hasarın ismarlayana yüklenmesi, Klasik hukuka göre ancak alacaklı temerrüdünün bulunması veya hasarı meydana getiren olayın yine ismarlayanın hâkimiyet sahasında ortaya çıkması halinde makul olarak kabul ediliyordu. Buna karşılık bu kuralın şumulü, eserin usule uygun bir şekilde meydana getirilmesi şartıyla, eser borçlusunun ücretini mutlaka talep edebileceği şeklinde genişletilmişti (*si tale opus fuerit ut probari deberet — eser o şekilde yapıl-*

60) C.4,6, :a,294.

61) Ulp.53:D.12,4,3,3:her ikisi de interpolatio'ya maruz kalmıştır.krş,müellifin Ist.II,166,dipnotu.67-68

mıştır ki, kabul edilmesi gerekir). Ancak bu düzenleme, yani ısmarlayanın kabulünün (*adprobatio*) ifa ettiği fonksiyonu önemsiz kılma, bu akit tipini hizmet aktine yaklaştırmış olmaktadır. **Datio ob rem'** de de benzer bir hukuk politikasıyla, karşı edimin sonradan imkânsız hale gelmesinin ortaya çıkardığı hasar, önce ifada bulunmuş tarafa yüklenerek, bu edimi almış olan tarafın bunu muhafaza edebileceği kabul edilmişti.