

ROMA HUKUKUNDA SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT İLKESİ KAPSAMINDA SERVITUS ONERIS FERENDİ DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Duygu TAHAN ORHAN*

Öz

Romalı Hukukçular, sınırlı aynı haklara ilişkin olarak birtakım genel ilkeler geliştirmişlerdir. Nemini res sua servit, kimsenin kendi eşyası üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olamayacağını ifade eden ilkedir. Servitus servitutis esse non potest, bir irtifakın başka bir irtifakın konusunu teşkil edemeyeceği anlamına gelir. Servitus civiliter exercenda est ilkesine göre, bir irtifak hakkının kullanılırken, yükümlü taşınmazın malikine en az rahatsızlık verecek yol tercih edilmelidir. Benzer şekilde, servitutibus civiliter utendum est ilkesine göre, bir kişi, sınırlı aynı hakkını kullanırken, eşyanın malikinin menfaatini gözeterek, eşyaya zarar vermekten kaçınmalıdır. Servitus in faciendo consistere nequit ilkesine göre ise, yükümlü taşınmaz maliki, irtifak hakkının kullanılması kapsamında yalnızca katlanma ya da yapmama yükümlülüğü altına sokulabilir. Ancak servitus oneris ferendi, yükümlü taşınmaz malikine, dayanılan duvarı bakımlı tutma yükümlülüğü getirmektedir. Bu durumun ilkenin bir istisnasını oluşturup oluşturmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu çalışma ile, servitus in faciendo consistere nequit ilkesi karşısında servitus oneris ferendinin durumunun değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

* Dr., Roma Hukuku | Dr., Roman Law

✉ duygutahan@gmail.com • ORCID [0000-0002-9422-654X](https://orcid.org/0000-0002-9422-654X).

- ✎ **Atıf Şekli** | Cite As: **TAHAN ORHAN**, Duygu : “Roma Hukukunda Servitus in Faciendo Consistere Nequit İlkesi Kapsamında Servitus Oneris Ferendi Değerlendirmesi”, SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2365-2380.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

• Sınırlı Ayni Hak • Servitus in Faciendo Consistere Nequit • Servitus Oneris Ferendi • Iura In Re Aliena • İrtifak

AN EVALUATION OF SERVITUS ONERIS FERENDI WITHIN THE CONTEXT OF SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT PRINCIPLE UNDER ROMAN LAW

Abstract

Roman jurists developed general principles regarding limited real rights. *Nemini res sua servit* states that no one can have limited real rights over his own property. *Servitus servitutis esse non potest* means that a servitude cannot be subject to another servitude. *Servitus civiliter exercenda est* and *servitutibus civiliter utendum est* are aimed to protect the servient property from damages that might arise from the use of the servitude. *Servitus in faciendo consistere nequit* means that the owner of the servient property can only be obliged to *pati* or *non facere*. However, *servitus oneris ferendi* imposes an obligation of keeping the wall subject to the servitude in good conditions, to the owner of the servient property. Whether this constitutes an exception to the principle is debated in the doctrine. The purpose of this study is to make an evaluation about *servitus oneris ferendi* in relation to *servitus in faciendo consistere nequit*.

Keywords

• Limited Real Rights • Servitus in Faciendo Consistere Nequit • Servitus Oneris Ferendi • Iura In Re Aliena • Servitudes

GİRİŞ

Hukuk mesleklerini icra eden her hukukçu için en zorlayıcı kelimelerden biri, istisnalardır. Kurallar her zaman direkt ulaşılabilir nitelikte olsa da, bir konuya vakıf olabilmek için kuralların bilinmesi yeterli değildir. Hukukçuları, kuralları okuyabilen herhangi birinden ayıran en önemli niteliklerinden biri de, bunlara dair muhakeme yeteneklerinin yanı sıra, bahsedilen, kural ya da prensibe uygun olmasa da, hukuken korunan “istisnai” durumları bilmeleridir.

Roma Hukuku, geliştirmiş olduğu kavram, kurum ve prensipler ile günümüz hukuk düzenlerine önemli bir zemin oluşturmuştur. Romalı hukukçuların geliştirdikleri kurum, kavram ve prensipler bugün halen hukuk düzenlerinde büyük oranda doğrudan doğruya kullanılmaktadır.

Yalnızca Kıta Avrupası değil, Anglo Sakson hukukunda da halen Roma Hukukunun izlerini görmek mümkündür.

Mülkiyet, kişiye eşya üzerinden en geniş yetkileri sağlayan haktır. Sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkı, çeşitli nedenlerle kısıtlanabilmektedir. Bu kısıtlamalar kanundan doğabileceği gibi, üçüncü kişiler veya eşya lehine tanınan birtakım haklar dolayısıyla da söz konusu olabilmektedir. Mülkiyet hakkının, üçüncü kişiler veya eşya lehine tanınan haklarla kısıtlanması durumunda sınırlı aynı haklardan (*iura in re alienadan*) söz edilir. *Iura in re aliena* ifadesinden de anlaşılacağı üzere, sınırlı aynı hak, başkasına ait bir eşya üzerinde sahip olunan bir hakta işaret eder.¹

Romalı hukukçular, mülkiyete ve sınırlı aynı haklara ilişkin birtakım genel ilkeler belirlemişlerdir. Çalışmamız kapsamında, sınırlı aynı haklara ilişkin bu genel ilkelerden bahsettikten sonra, bu ilkelerden biri olan *servitus in faciendo consistere nequit* ve bu ilkeye aykırılık teşkil eden bir hak olan *servitus oneris ferendi* üzerinde durulacaktır.

Çalışma içerisinde kullanılan metinlerin tercümesinde Watson ve Umur'un tercümelerinden faydalanılmıştır.²

I. ROMA HUKUKUNDA SINIRLI AYNİ HAKLARA EGEMEN OLAN GENEL İLKELER

İrtifak haklarının *ius civile*ce tanınan en eski sınırlı aynı hakları teşkil etmektedir.³ Dolayısıyla, sınırlı aynı haklara ilişkin ilkeler düzenlenirken, "*servitudes*" üzerinden hareket edilmiştir. Bununla birlikte, bu ilkelerin,

¹ BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1991, s. 702; UMUR, Ziya, *Roma Hukuku, Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi*, İstanbul, 1970, s. 29 (Umumi Mefhumlar); UMUR, Ziya, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi*, İstanbul, 1984, s. 336 (Tarihi Giriş); KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara, 1977, s. 116; ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul, 1989, s. 108, dn. 1; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, *Roma Hukukunda İntifa Hakkı*, Ankara, 1998, s. 10.

² WATSON, Alan, *The Digest of Iustinian, C. 1 ve C. 3*, Philadelphia, 1998.; UMUR, Ziya, *Iustinianus, Institutiones*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955.

³ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, *Roma Eşya Hukuku*, 5. Basım, Ankara, 2015, s. 240. (Eşya); KOSCHAKER/ATİYER, 16;, UMUR, 1984, 336.

niteliğine uygun düştüğü ölçüde, tüm sınırlı ayni haklar için uygulama alanı bulacağı düşünülmektedir.⁴

Bu kapsamda karşımıza *nemini res sua servit, servitus servitutis esse non potest, servititus civiliter utendum est, servitus civiliter exercenda est, sacra rerum substantia ve servitus in faciendo consistere nequit* ilkeleri çıkmaktadır.⁵

Nemini res sua servit, kimsenin kendi eşyası üzerinde irtifak hakkına sahip olamayacağını ifade eden ilkedir.⁶ Nitekim, yukarıda da ifade edildiği üzere, Romalılar sınırlı ayni hakları “*iura in re aliena*”, “başkasının eşyası üzerindeki haklar” olarak adlandırmaktadır. Bu adlandırma, mülkiyet hakkının sahibine şey üzerinde en geniş yetkileri vermesinden kaynaklanmaktadır. Zira, eşyası üzerinde zaten en geniş yetkilere sahip olan malikin, bu yetkilerden bir kısmını ayrıca sınırlı ayni haklar vasıtasıyla kazanabileceği düşünülememektedir.⁷

D. 8. 2. 26.: “... *nulli enim res sua servit*”

D. 8. 2. 26.: “... zira kimse kendi malı üzerinde irtifak hakkına sahip olamaz.”

Bu ilke dolayısı ile, sınırlı ayni hak sahibi kişinin, hakka konu eşyanın maliki haline gelmesi halinde sınırlı ayni hak sona erer. Bununla birlikte, bu ilkenin de, birkaç özel durumla sınırlı olmak üzere, kimi istisnaları mevcuttur.⁸

⁴ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 14.

⁵ KÜÇÜKGÜNGÖR, 15-20; ERDOĞMUŞ, s. 109-111.

⁶ BERGER, s. 702; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ankara, 2020, s. 711; VOCI, Pasquale, Istituzioni di Diritto Romano, 6. Baskı, Milano 2004, s. 305; MANFREDINI, Arrigo D., Istituzioni di Diritto Romano, 3. Baskı, Torino, 2007, s. 175; GUARINO, Antonino, Diritto Privato Romano, 12. Baskı, 2001, Napoli, s. 707; DALLA, Danilo/LAMBERTINI, Renzo, Istituzioni di Diritto Romano, 3. Baskı, Torino, 2006, s. 274.; ÖCAL APAYDIN, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, 2014, s. 91 (İrtifak); ARANGIO - RUIZ, Vincenzo, Istituzioni di Diritti Romano, 14. Baskı, 1991, Napoli, s. 235.

⁷ ÖCAL APAYDIN, Bahar, “Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifakların Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 69, S: 2, Y: 2020, ss. 617-663, s. 631 - 632, 635 (Özellikler).

⁸ D.8.1.18, D. 8. 2. 30.1., KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 18, SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 711-712.

Servitus servitutis esse non potest, irtifakın irtifakı olmaz anlamına gelmektedir. Daha açık bir ifade ile, bir irtifak hakkı bir başka irtifak hakkına konu edilemez.⁹ Bir irtifak hakkı, özünde yalnızca mülkiyet hakkına yüklenebilir; daha azı üzerinde tesisi mümkün değildir.¹⁰

D. 33. 2. 1. pr: "Nec usus nec ususfructus itineris actus viae aquaeductus legari potest quia servitus servitutis esse non potest."

D. 33. 2. 1. pr: "Usus, ususfructus, iter, actus, viae ya da aquaeductus üzerinde bir hak tesis edilemez çünkü irtifakın irtifakı olmaz."

Servitutis civiliter exercenda est ilkesine göre ise, bir irtifak hakkının kullanılmasında, yükümlü taşınmazın malikine en az rahatsızlık verecek yol tercih edilmelidir. Bunun nedeni, Roma Hukukunda bu tarz sınırlamaların sadece başkasının mutlak bir yararının varlığı halinde söz konusu olabilmesidir.¹¹ *Servitutibus civiliter utendum est* ilkesi de, esasında *servitus civiliter exercenda est* ile neredeyse aynı amaca hizmet etmektedir. Buna göre, bir kişi, üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olduğu şey üzerinde sınırlı aynı hakkın kendisine tanıdığı yetkileri kullanırken, o şeyin malikinin menfaatini gözetmeli, şeye zarar vermekten kaçınmalıdır.¹²

D. 8. 1. 9: "Si qui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet eius partem, ire agere licebit, civiliter modo: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec per medias vines ire agere sinendus est, cum id aquae commode per alteram partem facere possit minore servientis fundi detrimento. Verum constitit, ut qua primum viam direxisset ea demum ire agere deberet nec amplius mutandae eius potestatem haberet..."

⁹ KÜÇÜKGÜNGÖR, 18-19; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 712; ERDOĞMUŞ, 111; MANFREDINI, s. 176; DALLA/LAMBERTINI, s. 275.

¹⁰ BUCKLAND, William Warwick, A Manual of Roman Private Law, Cambridge, 1953, s. 155 (Private Law).

¹¹ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 19.

¹² SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 712; İntifa hakkı kapsamında, bu ilkenin özel bir görünümü olan *salva rerum substantia* karşımıza çıkar. Buna göre, intifa hakkı sahibi, bu hakkını kullanırken malın özüne zarar vermekten kaçınmalıdır, *Ius. Ins. 2. 4. pr., D. 7. 1. 1.: "Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia", Ius. Ins. 2. 4. pr., D. 7. 1. 1.:: "İntifa hakkı, özünü muhafaza etmek kaydıyla başkasına ait malı kullanma ve semerelerinden yararlanma hakkıdır."*

D. 8. 1. 9: "Bir kişiye bir başkasının arazisi üzerinde herhangi bir şart olmadan bir geçit hakkı tanındığı ya da vasiyetle bırakıldığını varsayalım. Bu kişi, arazinin kendi seçeceği herhangi bir yerinden herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın yaya olarak ya da arabayla geçebilir, fakat makul bir şekilde hareket etmek kaydıyla; çünkü genel bir ifade tarzı her zaman bir takım örtülü kısıtlamalara tabidir. Eğer hak sahibi, yükümlü gayrimenkule daha az zarar verecek bir yoldan geçebiliyorsa, yükümlü gayrimenkulün maliki, çiftliğin veya üzüm bağının ortasından geçilmesine katlanmak zorunda değildir. Gerçekten de, haksahibinin, sadece başlangıçta kararlaştırdığı güzergahtan yaya olarak veya arabayla geçmek zorunda olduğu, bunu daha sonra değiştirme yetkisine sahip olmadığı açıktır."

II. SERVITUS IN FACIENDO CONSISTERE NEQUIT

Servitus in faciendo consistere nequit, sınırlı aynı hakların yükümlü taşınmaz malikine aktif olarak bir davranışta bulunma yükümlülüğü getiremeyeceğine, yükümlü taşınmaz malikinin yalnızca yapmama (*non facere*) ya da katlanma (*pati*) yükümlülüğü altında olabileceğine işaret eden temel bir ilkedir.¹³ İlkenin taşıdığı anlam, sınırlı aynı hakkın, yükümlü eşyanın malikine bir yapma borcu yükleyemeyeceği, sadece mülkiyete özgü birtakım tasarruflardan, sınırlı aynı hakkın içeriği doğrultusunda kaçınma yükümlülüğü yükleyeceğidir.¹⁴ Bir başka ifade ile, irtifak haklarının kullanılması kapsamında, yükümlü taşınmaz malikini pasif konumda bırakmaktadır. Sınırlı aynı hak, sahibine, yükümlü taşınmaz üzerinde bir şey yapma, taşınmazdan geçme, taşınmaz üzerinde bir şey yapılmasını engelleme yetkileri sağlar. Öte yandan, yükümlü taşınmaz açısından, doğaları gereği "yapmaktan kaçınma" yükümlülüğü getirir¹⁵, ancak bunu yaparken maliki bu hakkın kullanılması için aktif bir şekilde bir şeyi yerine getirme yükümlülüğüne sokmaz.

¹³ BUCKLAND, *Private Law*, s. 155; KARADENİZ ÇELEBİCAN, *Eşya*, s. 239; ERDOĞMUŞ, s. 243; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 14, 15; MANFREDINI, s. 176; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 712; ÖCAL APAYDIN, *Özellikler*, s. 636-637; ÖCAL APAYDIN, *İrtifak*, s. 94-95; VOICI, s. 305; GUARINO, s. 710-711; DALLA/LAMBERTINI, s. 274; ARANGIO - RUIZ, s. 236.

¹⁴ ERDOĞMUŞ, s. 105; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 15; MANFREDINI, s. 176; ÖCAL APAYDIN, *Özellikler*, 637; BERGER, s. 702

¹⁵ BUCKLAND, *William Warwick, The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge, 1931, s. 155 (Institutions); MANFREDINI, s. 176; UMUR, s. 137.

D. 8. 1. 15. 1.: "Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat."

D. 8. 1. 15. 1.: "Yükümlü taşınmaz malikinın daha güzel bir görüntü yaratmak amacıyla ağaçları kaldırmak ya da aynı nedenle arazideki bir şeyi boyamak gibi bir davranışta bulunma yükümlülüğü altına girmesi, irtifakların niteliğine uygun değildir. O yalnızca bir şeyin yapılmasına katlanmak veya bir davranıştan kaçınmak yükümlülüğü altında olabilir."

Örneğin, malik, geçit hakkının kullanılmasını engelleyecek şekilde çit çekemez, ancak geçit hakkının daha konforlu şekilde kullanılmasını sağlamak maksadıyla yola taş döşemek gibi bir yükümlülük altına sokulması da mümkün değildir.

Bu ilkenin temellerini, mülkiyet hakkına verilen önemde bulmak mümkündür. Zira Romalı hukukçulara göre, bu ilkeye uygun düşmeyen irtifakların kurulması, son derece önem verdikleri mülkiyet hakkının zedelenmesine, hatta ortadan kalkmasına yol açabilecek niteliktedir¹⁶. Nitekim, bu ilkeye aykırılık oluşturacak şekilde bir irtifak tesis edilmesi halinde, zaten taşınması üzerinde bir sınırlı aynı hak tesis edilmiş olan malik, bunun üzerine bir de normalde kendisinin iradi şekilde yapmak istemeyeceği türde yükümlülüklerin altına sokulmuş olacaktır ve bu sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan mülkiyet hakkının doğası ile örtüşmemektedir. Dolayısıyla, bu ilke ile, yükümlü taşınmaz malikine, yalnızca katlanma ya da yapmaktan kaçınma yükümlülüğü getirilebilir. Bir başka ifade ile, yükümlü taşınmaz malikine, irtifak haklarının kullanılmasında, söz konusu irtifakın gereğince kullanılmasına katlanmak ya da bu irtifakın kullanılmasını engellemekten kaçınmak dışında bir yükümlülük getirilemez. Açıkça anlaşılacağı üzere, bu ilke, yükümlü taşınmaz malikine ek bir yük getirmeyerek ve onu kaçınma yükümlülüğü altına sokarak, hem yükümlü taşınmaz malikini, hem de ittifak hakkı sahibini koruyan bir ilkedir.

¹⁶ SCHULZ, F., Principles of Roman Law, Oxford, 1956, s. 153.

III. SERVITUS ONERIS FERENDI

İstisnalar, hukuk düzenlerinin her döneminde varlık göstermiş, genel kurala aykırı olmasına rağmen hukuk düzenlerince korunan durumları ifade etmektedir. Romalı hukukçular da bu gibi durumları gözetmiş, genel kurala uygun olmayan ancak hakkaniyet gereği korunması gereken durumları düzenleme altına alarak hukuken korunmasını sağlamışlardır.

Servitus oneris ferendi, bir yapının duvarını, komşu taşınmazdaki yapının duvarına dayandırma hakkı veren bir irtifak hakkıdır.¹⁷ Şehir irtifakları arasında yer almaktadır. Yararlanan taşınmaz maliki, duvarını dayandırma hakkından faydalanırken, yükümlü taşınmaz malikine de ilgili duvarı bakımlı tutmak yükümlülüğü getirmektedir.¹⁸

Servitus oneris ferendi kapsamında, yükümlü taşınmaz malikine getirilen bakım ve onarım yükümlülüğünün alt sınırı duvarın hak tesis edilirken mevcut olan durumu ya da buna ilişkin yaptıkları anlaşma ile belirlenmekle birlikte, üst sınırına ilişkin bir serbesti tanınmıştır. Bunun hem mülkiyet hakkı kapsamında hem de hem de irtifak hakkının korunması anlamında anlaşılması oldukça kolaydır. Bunun yanı sıra, duvarın daha kötü hale getirmesi de engellenmektedir. Bunun da anlaşılması kolaydır, duvarın irtifakın kurulduğu zamandaki halinden daha kötü hale getirilmesi, irtifakın kullanılmasını zorlaştıracak ya da belki de imkansız hale getirebilecektir. Bir başka ifade ile, *servitus oneris ferendi* ile, yükümlü taşınmaz malikine, taşınmazın bakımını sağlamak şeklinde getirilen yükümlülüğün yanı sıra, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesi ile örtüşecek şekilde, taşınmazı daha kötü hale getirmekten kaçınmak yükümlülüğü de getirilmiştir:

D. 8. 5. 6. 5.: “*Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est.*”

¹⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Eşya, s. 246; VOGLI, s. 303; MANFREDINI, s. 176; DALLA/LAMBERTINI, s. 275.

¹⁸ BERGER, s. 703; KÜÇÜKGÜNGÖR 15-16.; AKSARAY, Buse, “Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S. 1, Y: 2019, ss. 61-110, s. 88-89; GUARINO, s. 711, 714 - 715; DALLA/LAMBERTINI, s. 275.

D. 8. 5. 6. 5.: “Bu davaya konu edilebilecek tadilatların niteliği irtifakın kurulduğu zamanda belirtilen duruma bağlıdır; örneğin, tadilatın yontulmuş taşla, ya da inşaat taşıyla ya da irtifak kurulurken bahsedilen başka herhangi bir materyalle tadilat yapacağı hususunda anlaşılmış olabilir.”

D. 8. 5. 6. 7.: “*Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc actionem aut per operis novi nuntiationem prohibetur.*”

D. 8. 5. 6. 7.: “Elbette ki, yükümlü taşınmaz maliki, duvarı, irtifak hakkı kurulurken sözleşilenden daha iyi hale getirme hususunda özgürdür; ancak eğer daha kötü hale gelmesine neden olursa, bunu yapması ya bu dava ile ya da yeni bir yapı ihtarı ile engellenebilir.”

Bu irtifakın *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesi karşısındaki durumu hususunda Romalı hukukçular arasında bir fikir birliği bulunmamaktadır:

D. 8. 5. 6. 2.: “*Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et gallus putat non posse ita servitutum imponi, ut quis facere aliquid cogentur, sed ne me facere prohiberet: Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit, sed evaluit servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.*”

D. 8. 5. 6. 2.: “Ayrıca, bir inşaata yaslama hakkı veren, yükümlü taşınmaz malikini desteğin bakımını yapmaya ve binasını irtifak hakkının tanındığı haline onarmaya zorlayan bir irtifak hakkına dayanan bir dava daha açmaya hakkımız var. *Gallus*, bir kişiyi bir şey yapmaya zorlayan, bir irtifakın tesis edilemeyeceğini, ancak onu benim bir şey yapmamı engellemekten alıkoyan bir irtifak tesis edilebileceğini düşünmektedir; gerçekten de, her irtifakta, tadilat yapma yükümlülüğü hak sahibi tarafın görevidir, taşınmazı irtifaka konu olan kişinin değil. Ancak, *Servius*'un belirtilen durumda herhangi bir kimsenin, karşı tarafı, dayanan duvarı desteklemek için, duvarını tamir etmeye zorlayabileceğini iddia edebileceği

görüşü üstün gelmiştir. Öte yandan, *Labeo*, irtifak hakkı ile bağlı olanın bir kişi değil eşya olduğunu, dolayısıyla da malikin eşyayı terk etme öz-gürlüğünün olduğunu ifade etmektedir.”

Buna göre, *Gallus* bu yapma yükümlülüğünün getirilemeyeceğini ifade ederken, *Ulpianus*'un, kabul edildiğini ifade ettiği görüşün sahibi *Servius*'a göre bu yükümlülüğü getirmek mümkündür. *Labeo* ise konuyu bir başka açıdan ele alarak, malikin, mülkiyetin kendisine tanıdığı yetki olan *abususu* kullanabileceğini, bir başka ifade ile, mülkiyet hakkına sahip olması dolayısı ile, binayı terk etme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. Özellikle, tadilatı yapılan duvarın, malik açısından anlamlı ve ekonomik değer taşımayan bir duvar olması ihtimali gözetildiğinde, bu düşünceyi anlamak kolaylaşacaktır.

Bir başka hukukçu, *Paulus* da, *servitus oneris ferendi* dolayısı ile, irtifak hakkı sahibinin değil, yükümlü taşınmaz malikin, duvarı, hakkın tesis edildiği andaki haliyle tutmak yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmektedir:¹⁹

D. 8. 2. 33.: “*Eum debere columnnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat cuius essent aedes quae servirent, non eum, qui imponere vellet, nam cum in lege aedium ita scriptum esset: “paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit”, satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem praeberet, qui onus suum sustineret, si ea res quae servit et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.*”

D. 8. 2. 33.: “Kolonu yenilemekle mükellef olan kişi, bunun yapılmasını isteyen kişi değil, irtifak hakkı ile yükümlü olan taşınmanın malikidir. Zira irtifakın kurulması sırasında şu şekilde anlaşılmıştır “inşaatın yaslandığı duvar şu an nasılsa o şekilde olmalıdır”, bu sözler duvarın sürekli duvarın varlığının sürekli olması gerekliliği anlamına gelmektedir. Bu sözlerle, muhakkak, sürekli şekilde aynı duvarın var olacağı kastedilmemektedir, ki bu gerçekten mümkün değildir, ancak her zaman ağırlığı desteklemek için bu nitelikte bir duvarın olması gerektiği kastedilmiştir.

¹⁹ ÖCAL APAYDIN, İrtifak, s. 98; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 640.

Benzer şekilde, bir kişi *stipulatio* ile inşaatı yaslamak üzere bir irtifak hakkı kurduğunu varsayalım. Eğer inşaatın yaslandığı, destek sağlayan şey yıkılmışsa, yerine aynı türde bir başkasını zorunludur.”

Tıpkı Romalı Hukukçular gibi, çağdaş hukukçular açısından da bu konuda bir fikir birliğine ulaşılamamıştır. Doktrinde bir görüş, bu yükümlülüğün aslında irtifakın özünü teşkil etmediğini, irtifak hakkına bağlı bir yan borç ilişkisi doğurduğunu savunmaktadır.²⁰ Bu görüşün kabul edilmesi halinde, *servitus oneris ferendinin* içeriği itibariyle *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesine aykırılık teşkil etmediğini söylemek mümkün olacaktır.

Ne var ki, yükümlü gayrimenkul maliki değiştiğinde, bu yükümlülüğün yeni malike karşı da ileri sürülebilmesi için, bunun bir borç ilişkisinden değil aynı haktan kaynaklanıyor olması gerekmektedir. Ancak bunun bir borç ilişkisi doğurduğunu savunan yazarlar, yükümlü gayrimenkul maliki ile irtifak hakkı sahibi arasındaki anlaşmanın, yeni malikle kendidliğinden ve zımni bir şekilde kurulmuş sayılacağı kanaatindedir.²¹

Roma hukukunda hak ve dava ilişkisi çok sıklıdır. Romalı hukukçular, hak kavramını, bu hakları koruyan davalar ile ele almışlardır.²² Dolayısıyla, Roma hukuku açısından bir kişinin bir hakka sahip olduğunu söyleyebilmemiz için, bir davaya sahip olduğunu söyleyebilmemiz gerekmektedir, zira Roma Hukukunda genel bir dava tanınmamış, her bir hak tek tek bir davaya bağlanarak hukuki koruma sağlanmıştır.²³ Aynı doğrultuda, Romalı hukukçular, davaları, ayni davalar ve şahsi davalar olarak ayırarak değerlendirmişlerdir. Bu doğrultuda, borç ilişkisinden doğan haklarla eşya üzerindeki haklar birbirinden ayrılmıştır.²⁴

²⁰ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 16; SCHULZ, s. 384-385; DI MARZO, Salvatore, Çeviren: UMUR, Ziya, Roma Hukuku, İstanbul, 1954, s. 294-295; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 642-643.

²¹ BUCKLAND, Private Law, s. 155; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 16.

²² SCHWARZ, Andreas B., Çeviren: RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Yedinci Bası, İstanbul, 1965, s. 193.

²³ UMUR, Umumi Mefhumlar, s. 27-28; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku, Tarihi Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması, Ankara, 2014, s. 118-119, (Roma Hukuku).

²⁴ UMUR, Umumi Mefhumlar, s. 273.

Digesta 8.5.6.3'te, *servitus oneris ferendiden* kaynaklanan yapma yükümlülüğünü yerine getirilmesinin aynı bir dava ile talep edilebileceği ifade edilmektedir.

D. 8. 5. 6. 3.: "Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutium intentio"

D. 8. 5. 6. 3.: "Gerçekten de, bu dava, şahsi bir davadan ziyade aynı bir davadır ve yalnızca yükümlü taşınmaz malikine karşı yararlanan taşınmaz maliki tarafından talep edilebilir, diğer irtifak haklarına ilişkin davaların iddia bölümlerinde olduğu gibi."

Metnin lafzını değerlendirdiğimizde, *servitus oneris ferendi* ile doğan bu yükümlülüğün, diğer irtifaklardan ayrılmadan, aynı bir dava ile talep edilebileceği görülmektedir. Bu durum da, *D. 8. 5. 6. 2.* İle birlikte değerlendirildiğinde, *servitus oneris ferendiye* dayanarak açılacak duvarın tadilatının yapılması, duvarın sağlam ve kararlaştırılmış şekilde tutulması talepli davanın bir aynı dava olması dolayısı ile, bu yükümlülüğün irtifakın özünden kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu gösterir niteliktedir.

Ancak doktrindeki bir görüş, burada bir aynı dava tanınmasının dayanağının irtifak hakkını kuran işlem olduğunu, bu metnin *D. 8. 5. 6. 5.* İle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır:²⁵

D. 8. 5. 6. 5.: "Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur: forte ut reficiat lapide quadrato vel lapide structili vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est."

D. 8. 5. 6. 5.: "Bu davaya konu edilebilecek tadilatların niteliği irtifakın kurulduğu zamanda belirtilen duruma bağlıdır; tarafın yontulmuş taşla, ya da normal inşaat taşıyla ya da irtifak kurulurken bahsedilen başka herhangi bir materyalle tadilat yapacağı hususunda anlaşılmış olabilir."

Buna göre, bu irtifakın kurulurken ayrıca bir anlaşma yapılarak bu yükümlülüğün, yükümlü taşınmaz malikine yüklenmesi, bunun bir yan borç olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, eşyaya bağlı borç

²⁵ ÖCAL APAYDIN, İrtifak, s. 100; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 642.

kavramının ilk örneklerinden birinin ortaya çıkmaktadır, dolayısıyla *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin bir istisnasını teşkil etmemektedir.²⁶

Servitus oneris ferendinin formulasını incelediği makalesinde, Segré, öncelikle, metinlerde tadilat yükümlülüğünün kime yüklendiğinin belli olmadığı ya da belki de farklı kişilere yüklendiği kanaatinde olan Beseler'in²⁷, duvara ilişkin tadilat yükümlülüğünün, yükümlü taşınmaz malikine ait olmadığı yönündeki görüşünü ele almış²⁸, Beseler'in, duvarın tadil edilmesi yükümlülüğünün, yükümlü taşınmaz malikinde olmadığını göstermede başarılı olamadığı kanaatinde olduğunu ifade etmiştir.²⁹ Özellikle hukukçular arasında bir görüş birliği bulunmamasının doğal olduğu kanaatinde olan Segré³⁰, bu metnin *Digesta'nın* derlenmesi sırasında değiştirildiğini³¹, ancak bu derleme yapılırken "*ferre*" mi yoksa "*sustinere*" mi yoksa sadece "*perietem reficere*"ye mi bağlayacakları konusunda bir kafa karışıklığı yaşadıklarını, bunun sonucu olarak da, duvarın isteyerek ya da yaptırım ile eski hale getirilmesinin bir yükümlülük olarak irtifaka bağlandığını ifade etmektedir.³²

Doktrinde kabul gören diğer bir görüş ise, bu irtifakın *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin istisnasını teşkil ettiği yönündedir.³³ Voci, başka bir açıdan yaklaşarak, yükümlü taşınmaz malikinin ortadan kalmasına müsaade etmesi ihtimalinin gözetilmesi halinde, irtifak hakkını sona erdirmek yetkisinin de yükümlü malikte olacağını belirterek, *servitus oneris ferendinin* ilkenin bir istisnasını teşkil ettiğini ifade etmektedir.³⁴ Guarino ise, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin açık bir

²⁶ ÖCAL APAYDIN, İrtifak, s. 100; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 642.

²⁷ SEGRÉ, Gino, "La clausola restitutoria nelle azioni 'de vervitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'", *Bullettino Dell'Istituto di Diritto Romano*, C. 41, Y. 1933, ss. 17-79, s. 54-55.

²⁸ SEGRÉ, s. 54-61.

²⁹ SEGRÉ, s. 61.

³⁰ SEGRÉ, s. 76.

³¹ SEGRÉ, s. 76-77; ÖCAL APAYDIN, Özellikler, s. 641-642.

³² SEGRÉ, s. 76-77.

³³ ARANGIO - RUIZ, s. 236; MANFREDINI, s. 176; ERDOĞMUŞ, s. 110; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 715.

³⁴ VOVI, s. 305, dn. 20.

istisnasının *servitus oneris ferendide* görüldüğünü söyledikten sonra, bununla birlikte bu duruma ilişkin doktrinde kabul gören görüşün, bir yan yükümlülük doğurduğu yönünde olduğunu ifade etmektedir.³⁵

SONUÇ

Roma Hukukunda, başkasına ait eşya üzerinde kurulan haklar olarak kavramlaştırılan sınırlı ayni haklara ilişkin olarak, *nemini res sua servit, servitus servitutis esse non potest, servitus civiliter exercenda est, servitus civiliter utendum est ve servitus in faciendo consistere nequit* ilkelerinin uygulama alanı bulduğu görülmektedir.

Servitus in faciendo consistere nequit, bir irtifak hakkı dolayısı ile, yükümlü taşınmaz malikinin yalnızca kaçınma ya da yapmama yükümlülüğü altında bulunabileceğini ifade eden bir ilkedir. Buna göre, irtifak hakları dolayısıyla, yükümlü taşınmaz maliki bir yapma yükümlülüğü altına sokulamaz.

Servitus oneris ferendi, bir kimsenin inşaatını bir başka inşaata dayama hakkı anlamına gelen bir sınırlı ayni haktır. Bu irtifakın ele alındığı metinler kapsamında, yararlanan taşınmaz malikinin, yükümlü taşınmaz malikinden, inşaatın dayandığı duvarın bakımını yapmasını, duvarın irtifakın kurulduğu andaki ya da anlaşılacak şekilde tutmasını bir ayni dava ile talep etmek hakkı bulunmaktadır. Bu irtifakın, *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin bir istisnasını teşkil edip etmediği, Romalı hukukçuların döneminden beri tartışmalıdır. Günümüz hukukçuları da bu konuda bir görüş birliğine varamamıştır. Doktrinde bunun bir yan yükümlülük olduğu, eşyaya bağlı bir borç doğurduğu, bu durumun aslında yükümlü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından kaynaklandığı ve *servitus in faciendo consistere nequit* ilkesinin bir istisnasını teşkil ettiği şeklinde farklı görüşler mevcuttur.

³⁵ GUARINO, s. 711.

KAYNAKÇA

- AKSARAY**, Buse, "Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S. 1, Y: 2019, ss. 61 – 110.
- ARANGIO-RUIZ**, Vincenzo, Istituzioni di Diritti Romano, 14. Baskı, Napoli, 1991.
- BERGER**, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1991.
- BUCKLAND**, William Warwick, A Manual of Roman Private Law, Cambridge, 1953.
- BUCKLAND**, William Warwick, The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge, 1931.
- DALLA**, Danilo/**LAMBERTINI**, Renzo, Istituzioni di Diritto Romano, 3. Baskı, Torino, 2006.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Eşya Hukuku, İstanbul, 1989.
- GUARINO**, Antonino, Diritto Privato Romano, 12. Baskı, Napoli, 2001.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Eşya Hukuku, 5. Basım, Ankara, 2015, (Eşya).
- KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Hukuku, Tarihi Kaynaklar - Genel Kavramlar - Kişiler Hukuku - Hakların Korunması, 17. Basım, Ankara, 2014 (Roma Hukuku).
- KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977.
- KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, Roma Hukukunda İntifa Hakkı, Ankara, 1998.
- MANFREDINI**, Arrigo D., Istituzioni di Diritto Romano, 3. Basım, Torino, 2007.
- ÖCAL APAYDIN**, Bahar, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları, Ankara, 2014.
- ÖCAL APAYDIN**, Bahar, "Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Taşınmaz Lehine İrtifakların Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 69, S: 2, Y: 2020, ss. 617-663.

SCHULZ, F., Principles of Roman Law, Oxford, 1956.

SCHWARZ, Andreas B., Çeviren: **RADO**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, Yedinci Basi, İstanbul, 1965

SEGRÉ, Gino, "La clausola restitutiva nelle azioni 'de verbitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'", *Bullettino Dell'Istituto di Diritto Romano*, C. 41, Y. 1933, ss. 17-79.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ankara 2020.

UMUR, Ziya, Iustinianus, Institutiones, İstanbul, 1955.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku, Tarihi Giriş - Kaynaklar - Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi, İstanbul, 1984, (Tarihi Giriş).

Umur, Ziya, Roma Hukuku, Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi, İstanbul, 1970, (Umumi Mefhumlar).

VOCI, Pasquale, Istituzioni di Diritto Romano, 6. Basım, Milano 2004.

WATSON, Alan, The Digest of Iustinian, Cilt 1 ve Cilt 3, Philadelphia, 1998.