

**ROMA HUKUKUNDA TAŞINMAZ LEHİNE
İRTİFAKLARA İLİŞKİN DAVALARDAKİ (ACTIO
CONFESSORIA VE ACTIO NEGATORIA)TEMEL
SORUNLAR**

*Principal Problems about the Relationship Between "actio confessoria"
and "actio negotoria servitutis"*

Bahar ÖCAL*

ÖZET

Roma Hukukunda irtifak haklarına ilişkin iki aynı dava (*actio in rem*) vardır. Bunlar; "*actio confessoria*" ve "*actio negotoria*"dır. "*Actio confessoria*", irtifak hakkını koruyan bir davadır. Başkasına ait eşyalar üzerindeki hakların; "*iura in re aliena*"nın savunmasında irtifak hakkının varlığı ileri sürülmektedir. Bu dava Romalılar tarafından başlangıçta "*vindicatio servitutis*" olarak uygulama alanı bulmuş ve özellikle klasik dönemde bu isimle anılmıştır. "*Actio negotoria*"da ise temelde mülkiyet hakkı korunmaktadır. Malikin müdahaleyi önlemek için başvurduğu bu

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ocalbahar@gmail.com).

ayni davada irtifak hakkının mevcudiyeti reddedilmektedir. İki dava arasındaki karşıtlık ve yansımanın önemi “*Actio confessoria*” ve “*actio negatoria*”ya verilen *formula*’ların yapıları incelenerek, anlaşılabilir. Bu karşıtlık Roma Hukuku doktrinde yoğun tartışmalara neden olmuştur.

Anahtar Sözcükler: Taşınmaz lehine irtifak hakları, *actio negatoria* (müdahalenin men’i davası), *actio confessoria* (irtifak hakkını koruyan dava), ispat yükü, dava ehliyeti.

ABSTRACT

It is known that in Roman Law there are two actions *in rem* related to the right of easement: the *actio confessoria* and the *actio negatoria*. In the *actio confessoria*, the existence of the servitude is affirmed since it regards the defense of the *iura in re aliena* that the Romans configure as *vindicatio servitutis*. In the *actio negatoria*, the existence of the servitude is denied along with the purpose to defend the ownership. Through the examination of the configuration of the *formula* of the *actio confessoria* and the *actio negatoria*, it is possible to understand the importance of the difference between the two actions as attested by the sources based on Roman doctrine.

Keywords: servitudes, easements, *actio negatoria*, *actio confessoria*, burden of proof, capacity to sue.

GİRİŞ

Roma Hukukunda irtifak hakları ile ilgili iki çeşit ayni davanın (*in rem*) varlığı göze çarpmaktadır. Bunlar; “*actio confessoria*” ve “*actio negatoria*”dır. “*Actio confessoria*”da, yani irtifak hakkını koruyan ayni davada “*iura in re aliena*”nın -başkasına ait eşyalar üzerindeki hakların-savunmasında irtifak hakkının varlığı ileri sürülmektedir. Bu dava Romalılar tarafından başlangıçta “*vindicatio servitutis*” olarak

uygulanmış ve özellikle klasik dönemde bu isimle anılmıştır¹. “*Actio negatoria*” da ise mülkiyet hakkı korunmakta ve genel olarak malikin müdahaleyi önleme amacıyla başvurduğu bu aynı davada irtifak hakkının varlığı reddedilmektedir. İki dava arasındaki ilişki “*actio confessoria*” ve “*actio negatoria*”ya verilen *formula*²’ların yapıları incelenerek anlaşılabilir.

Öncelikle, *intentio*³’da belirlenen dava konusunun tespiti bakımından *restitutio*⁴ hükmünün eklenmesi yahut gelecek müdahaleleri önlemek adına *cautio*⁵’nun eklenmesi gibi, söz konusu davaların *formula*’larında yer alan *intentio*’ların farklı biçimlenmesi farklı sonuçlara neden olmaktadır. Her iki dava da pasif ve aktif dava ehliyeti açısından incelendiğinde, davalar arasında bir yansıma rastlanmaktadır. *Actio confessoria*’da davacı konumunda olan, *actio negatoria* kapsamında davalı olmakta ve *actio negatoria*’da davacı konumunda olan ise *actio negatoria*’da davalı olabilmektedir. Ayrıca ispat yükü bakımından da söz konusu davalarda ispat yükünün yer değiştirdiği

¹ Klasik Hukuk Döneminde irtifak hakkı denilince taşınmaz lehine irtifaklar kastediliyordu; ancak Justinianus döneminde bütün irtifak haklarını korumayı sağlayan tek bir davaya ihtiyaç duyulmuş ve Klasik Hukuk Döneminde irtifak haklarını koruyan *vindicatio servitutis* ile intifa hakkını koruyan *vindicatio ususfructus* Justinianus Döneminde birleştirilmiş ve bütün irtifak haklarını korumaya yönelik bu davaya *actio confessoria* adı verilmiştir. Bu suretle Klasik Hukuk Dönemi kaynaklarının *interpolatio* ile değiştirildiği ve *vindicatio servitutis* ve *vindicatio ususfructus* ibarelerinin yerine *actio confessoria* ifadesinin yerleştirildiği kabul edilmektedir: Küçükgüngör, 1998a, s. 118-119; Umut, 1990, s. 482; Schulz, s. 389; Kaser, s. 121; Erdoğan, s. 110; Di Marzo, s. 279.

² Özel Yargılama Sisteminde *Legis actio*’dan sonra uygulanan usul. Formula usulüne göre, *magistra* taraflara uyumsuzluğa uygun olan bir *formula* vererek, onları hakime gönderirdi: Umut, 1983, s. 75.

³ *Formula*’nın en önemli kısımlarından biridir. “*Si paret* (sabit olursa)” ibaresiyle başlar ve davacının iddiasını belirten ve şartlı bir cümle ile davacının davalıya karşı ileri sürdüğü hukuki mesnedi şematik bir biçimde açıklar: Umut, 1983, s.90.

⁴ *Formula*’da *clausola arbitraria* bulunan davalarda *intentio* ile *condemnatio* arasına koyulan ve hakim in dava konusunun geri verilmesine ya da eski haline getirilmesine karar vermesini sağlayan emir: Umut, 1983, s.26 ve 187.

⁵ Teminat olmak üzere, bir kimsenin genellikle *stipulatio* yoluyla, bazen de yazılı olarak, başkasına karşı taahhüt altına girmesi. Bu suretle taahhüt altına giren, asıl sorumluluğunu yerine getirmezse yaptığı *stipulatio*’dan sorumlu olurdu: Umut, 1983, s. 34.

dikkat çekmektedir. *Actio confessoria*’da davacı irtifak hakkının varlığını ispat etmekle yükümlü iken, *actio negatoria*’da davalı irtifak hakkının varlığını ispatla yükümlü olmaktadır.

Bu nedenlerle, öncelikle bu iki davanın *formula*’larının yapıları incelenecek, ardından inceleme konusu davalar dava ehliyeti ve ispat konusu (*thema probandum*) bakımından ele alınacaktır.

I- *Actio Confessoria* ve *Actio Negatoria* Kapsamında Dava *Formula*’larının *Intentio*’sunun Farklı Biçimlenmesi : “*ius esse*” ve “*ius non esse*”

Her iki davanın *formula*’sında *intentio* hükmü, davacının iddiası esas alınarak oluşturulmaktaydı. Şöyle ki; davacı bir başkasının eşyası üzerinde irtifak hakkının varlığını ileri sürüyorsa kendisine *actio confessoria* verilmekteydi. Ancak davacı kendi eşyası üzerinde davalıya ait irtifak hakkının varlığını reddediyorsa, o takdirde *actio negatoria* verilmekteydi. Birinci durumda irtifak hakkının mevcudiyeti ileri sürülmekte ikinci durumda ise irtifak hakkının mevcudiyeti reddedilmekte, inkar edilmekteydi⁶.

Dolayısıyla *servitus stillicidii immitendi*⁷ ‘nin varlığı ileri sürüldüğü takdirde, *intentio* ‘nun aşağıdaki gibi biçimlendiği varsayılmaktadır:

“ *Si paret A° A° ius esse stillicidium in tectum illius aedificii immittere, ...*”⁸

“ Davacının yağmur sularını o binanın çatısından geçirme hakkı olduğu saptanırsa,”

Ancak söz konusu irtifak hakkının mevcut olmadığı ileri sürülmekteyse *intentio*’sunun şu şekilde oluşturulacağı varsayılır:

⁶ Watson’a göre, *formula*’da tam olarak irtifak hakkının varlığı reddedilmemektedir; ancak mantiken öyle olduğu varsayılmaktadır (Teorik olarak irtifak hakkı imkan verdiği ölçüde *actio confessoria*’ya başvurulabilmektedir.): Watson, 1968, s. 178.

⁷ Yararlanan taşınmaza gelen yağmur sularını ya doğrudan doğruya ya da bir boru inşa ederek, yüklü komşu taşınmazdan geçirmeye ilişkin şehir irtifak hakkı: Umur, 1983, s. 197.

⁸ Lenel, s. 221.

“ *Si paret N° N° ius non esse stillicidium in tectum illius aedificii immittere invito A°A°, ...*”⁹

“ Davalının yağmur sularını o binanın çatısından geçirme hakkı olmadığı saptanırsa davacının davet edilmesi,”

Taşınmaza ilişkin bir irtifak hakkının, irtifak hakkı sahibi olan yararlanana yani hakim (*dominans*) taşınmaz malikine, hadim yani yüklü (*serviens*) taşınmaz üzerinde fiilen bir faaliyette bulunma ile ilgili olduğu durumlarda “olumlu” bir irtifak hakkı söz konusu olmaktadır¹⁰. Olumlu irtifaklar, yüklü taşınmaz malikine, irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasına katlanma borcu yükler: “*in patiente consistunt*”¹¹. Olumlu bir irtifak hakkından bahsedildiği zaman ise *actio confessoria* ya da *actio negatoria*’dan hangisinin mevcut olduğunu tespit etmek pek de zor değildir. Zira yukarıda örnek verdiğimiz gibi davacı, *servitus stillicidii immittendi*’nin mevcut olduğunu iddia etmekteyse *actio confessoria*’nın *intentio*’su olumlu anlamdadır. Fakat davacı tarafından söz konusu irtifak hakkının varlığı reddedilmekteyse, *actio negatoria*’nın *intentio*’su olumsuz bir cümle olmaktadır.

Yararlanan taşınmaz maliki lehine tanınan irtifak hakkı sebebiyle yüklü taşınmaz malikinin, malik olarak hakkı olduğu bazı faaliyetlerde bulunmaması isteniyorsa o takdirde “olumsuz” bir irtifak hakkından söz edilmektedir.¹² Olumsuz irtifaklar, malike mülkiyet hakkı kapsamındaki bazı yetkileri kullanmama yani bir yapmama borcu yükler: “*in non faciendo consistunt*”¹³. Olumsuz bir irtifak hakkı söz konusu olduğunda, davaların *formula*’larının *intentio* cümlesinin olumlu ya da olumsuz anlamda şekillenmesi ile hangi davanın söz konusu olduğunun tespiti arasında bir paralellik olduğunu söylemek oldukça güçtür. Zira olumsuz bir irtifak hakkının varlığı ileri sürüldüğünde, talep edilen irtifak hakkına bağlı olarak *actio confessoria*’nın *intentio*’su olumsuz anlamda

⁹ Lenel, s. 221.

¹⁰ Çelebican Karadeniz, 2005b, s.243.

¹¹ Oğuzman-Seliçi- Oktay Özdemir, s. 607.

¹² Çelebican Karadeniz, 2005b, s. 243.

¹³ Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, s. 607.

şekillenmektedir. Davacı tarafından irtifak hakkının mevcut olmadığı iddia edilmekteyse, *actio negatoria*'nın *intentio*'su olumlu bir cümle olmaktadır.

Servitus altius non tollendi, komşunun binayı yükseltmeyeceğini temin ettiği olumsuz bir irtifak hakkıdır; dolayısıyla irtifak hakkı yapmama, sakınma -“*non facere*” eylemini içermektedir¹⁴. Bu durumda *actio confessoria*'da davacı *servitus altius non tollendi*'nin varlığını ileri sürerse, komşunun binasını yükseltmeyeceğini iddia etmektedir. Bu suretle *intentio*'nun aşağıdaki gibi şekillendiği varsayılır:

“*Si paret N° N° ius non esse aedes suas altius tollere invito A° A°, ...*”¹⁵

“Davalının kendi binasını yükseltme hakkı olmadığı saptanırsa davacının davet edilmesi,”

Actio negatoria' da ise *servitus altius non tollendi*'nin mevcut olmadığı ileri sürülmektedir. Haliyle komşu, binayı yükseltmeye hakkı olduğunu iddia etmektedir. Davanın *intentio*'sunun şu şekilde olduğu varsayılmaktadır:

“*Si paret A° A° ius esse aedes suas altius non tollere invito N° N°,.....*”¹⁶

“Davacının kendi binasını yükseltme hakkı olduğu saptanırsa davalının davet edilmesi,”

¹⁴ Capogrossi Colognesi, 2001, s. 33; Buckland, s.264.

¹⁵ Lenel, s. 220.

¹⁶ Lenel, s. 220. Rodger'a göre, *servitudes altius tollendi*'ye ilişkin *actio confessoria*'nın *intentio*'su *servitudes altius non tollendi*'ye ilişkin *actio negatoria*'nın *intentio*'su gibi biçimlenmektedir: Rodger, s.108-109. Ancak doktrindeki baskın görüşe göre *servitus altius tollendi* diye bir irtifak hakkı bulunmamaktadır. Grosso'ya göre; “olumsuz bir irtifak hakkının ortadan kaldırılması *ius esse*'nin *in iure cessio*'su şeklinde olmaktadır. Bu yapı yalnızca sıkı şekil şartlarına göre belirlenmekte ve temelde bir yanlış anlaşılmayı temsil edebilmektedir. Dolayısıyla buna dayanarak Roma Hukuku'nda *servitudes altius tollendi* şeklindeki irtifak hakkının kurulmasının söz konusu olduğu söylenemez.”: Grosso, 1935, s. 459. Solazzi de yazarla hemfikirdir: “*servitus altius tollendi*, Post Klasik dönem hukukçularının *servitudes altius non tollendi*'nin kaldırılmasındaki şekli işlemin amacının yanlış yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.”: Solazzi, s. 110.

Öncelikle *servitus altius non tollendi*'nin nasıl kurulduğu incelenerek, söz konusu davaların *formula*'sının yapısı anlaşılabilir. İtalya yarımadasında bulunan araziler üzerinde söz konusu irtifak hakkı "*in iure cessio*"¹⁷ ile kurulmaktaydı ve "*ius mihi non esse altius tollere*"¹⁸ ifadesi ile gerçekleştirilmekteydi. Demek oluyor ki; söz konusu irtifak hakkının *in iure cessio* ile kurulması da olumsuz bir cümle ile ifade edilmekteydi. Haliyle *actio confessoria* kapsamında irtifak hakkının varlığı iddiasını içeren cümle de olumsuz bir şekilde oluşmaktaydı. Söz konusu irtifak hakkının kaldırılması da İtalyan yarımadasındaki topraklar üzerinde "*in iure cessio*" ile ve "*ius esse*" şeklinde gerçekleştirilmekteydi, bu suretle *actio negatoria* kapsamındaki *formula*'nın *intentio*'su da olumlu bir cümleden oluşmaktaydı¹⁹.

D.8.5.4.7

Ulpianus 17 ad ed.

Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitutum se vicino debere, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitutum non debent. verbi gratia habeo aedes, quibus sunt vicinae Seianae et Sempronianae, sempronianis servitutum debeo, adversus dominum Seianarum volo experiri altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar: licet enim serviant aedes meae, ei tamen cum quo agitur non serviunt: hoc igitur intendo habere me ius altius tollendi invito eo cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet, liberis aedes habeo.

¹⁷ Praetor veya eyalet valisinin huzurunda gerçekleştirilen farazi bir dava şeklidir. Özellikle *res mancipi*'lerin mülkiyetini devretmek için kullanılmaktaydı. Mülkiyetin devrinin yanı sıra, intifa hakkı ve diğer irtifak haklarının tesisi gibi pek çok amaç için kullanılmaktaydı: Umur, 1983, s. 88.

¹⁸ « Binayı yükseltme hakkının bana ait olmadığını iddia ediyorum ». Söz konusu irtifak hakkı benzer şekilde "*in iure cessio*" ile kaldırılmakta ve "*ius mihi esse*" biçiminde gerçekleştirilmekteydi. Solazzi'ye göre: "*servitutes altius non tollendi*'nin kaldırılması için pasif sujenin "*ius mihi esse altius tollere*" şeklindeki ifadeyi ileri sürmesi gerekmektedir ve bu durum Post Klasik Dönem hukukçuları tarafından "*ius altius tollendi*"nin kurulması şeklinde değerlendirilmiş olabilir: Solazzi, s. 111.

¹⁹ Grosso, 1935, s. 476.

D.8.5.4.7

Ulpianus 17 ad ed.

İrtifak hakkı ile ilgili dava ayrıca komşusuna karşı irtifak hakkı yükümlülüğünü reddeden ev sahibine verilmektedir. Bu durumda <zorunlu olarak> onun evi tamamen serbest olmayabilir, ancak dava açılan kişiye karşı irtifak hakkı yükümlülüğü olmamalıdır. Örneğin, benim Seianus'un ve Sempronianus'un evlerinin yanında bir evim var, Sempronianus'un evine bir irtifak hakkı ile yükümlüyüm ve binamın yükseltilmesini yasaklayan Seianus'un evinin malikine karşı dava açmak istiyorum, aynı bir dava yürüteceğim. Nitekim her ne kadar, benim binam irtifak hakkı ile yükümlüyse de, binam üzerindeki irtifak hakkı dava açtığım kişi adına değildir. Dolayısıyla, dava açtığım kişinin iradesine karşılık ben binamı yükseltebilirim şeklindeki iddiamı ileri sürüyorum, gerçekten de onunla ilgili olarak evim <irtifak hakkı ile>yüklü değildir.

Alıntı yapmış olduğumuz bu metinde önemli değerlendirmeler bulunmakla birlikte bu aşamada yalnızca *intentio*'nun yapısı ile ilgili inceleme yapacağız. Ulpianus, *servitudes altius non tollendi*'ye ilişkin *actio negatoria* ile ilgili olarak üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın malikinin söz konusu irtifak hakkının varlığını reddederek, yararlanılan taşınmaza karşı değil ve fakat üçüncü bir kişiye karşı dava talep etmekte olduğu hali değerlendirmektedir. Metnin sonunda işbu davanın "*hoc igitur intendo habere me ius altius tollendi invito*" ibarelerini içerdiği ve *intentio*'su olumlu bir şekilde olduğu belirtilmekteyse de *actio negatoria*'nın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

D.39.2.45

Scaevola 12 quaest.

Aedificatum habes: ago tibi ius non esse habere: non defendis. ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruat opus (iniquum enim est demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris ius tibi esse aedificatum habere.

D.39.2.45

Scaevola 12 quaest.

Senin bir binan var. Onun üzerindeki hakkını reddederek, dava açıyorum. Sen davayı savunmuyorsun. Bina üzerindeki hakkının tesisi için bir dava ikame etmezsen, (yıkımın hemen gerçekleşmesi haksız olacağından) <binanın> hemen yıkılması için değil, ancak belirli bir süre içinde yıkılması için zilyetliği bana devredilmelidir.

İncelemiş olduğumuz önceki metinden farklı olarak burada *servitus altius non tollendi* yani ışığı, havayı ve aydınlığı kesmemesi için yüklü taşınmazda yapılacak inşaatın belirli bir yüksekliği geçmemesi için yapılan irtifak hakkının ihlal edilmesi suretiyle inşa edilmiş bir binadan söz edilmektedir. Davacı yapının yıkılmasını talep ederek dava açmaktadır ve Scaevola bu metinde binanın hemen yıkılmaması durumunu değerlendirmektedir²⁰. Bununla birlikte metinde her ne kadar *intentio*'su olumlu bir şekilde ifade edilse de *servitudes altius non tollendi*'nin söz konusu olduğu bir *actio negatoria*'dan bahsedilmekte olduğu anlaşılmaktadır.

II-Intentio Temelinde Actio Confessoria ve Actio Negatoria 'nın Formula'larının Farklı Görünüşleri: Restitutoria Hükümü ve Cautio

Actio confessoria bir eda davası değildi, gerekli görüldüğü takdirde Formula'nın *intentio* ve *condemnatio*²¹ kısımları arasına *artitratus*, *arbitrium* ya da *iusus restituendo* eklenmek suretiyle hakimin davalı aleyhine *restituere*²² kararı verebilmesi sağlanmaktaydı.

²⁰ Metinde *possessio transferenda est* şeklinde zilyetliğin devrine ilişkin özel bir durumdan bahsedilmektedir. Buna göre davalı tarafından savunma yapılmadığı ;*aedificatum habere*” yani binaya sahip olunduğu iddiası ileri sürülmediği takdirde zilyetliğin devri söz konusu olacaktır.

²¹ *Formula* içinde, şartlı bir cümle olan *intentio* 'yu sonuç bağlayarak hakime, davacının iddiasının kanıtlanıp kanıtlanmamasına göre, davalıyı beraat ettirmesi ya da mahkum etmesi konusunda emir ve yetki veren kısım: Umur, 1983, s.42.

²² Geri vermek, iade etmek, eski hale getirmek: Umur, 1983, s. 187. Lenel'e göre, irtifak hakları ile ilgili *formula petitoria*'da gerek *actio confessoria* gerekse *actio*

D.8.5.9pr.

Paulus 21 ad ed.

Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum. item Iulianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus.

D.8.5.9 pr.

Paulus 21 ad ed.

Bana karşı bir geçit (*iter*) irtifakı ile yükümlü olduğun yere bir şey inşa edeceksen, geçme ve geçirme hakkım olduğunu ileri sürerek, dava açabilirim. Bunu kanıtlarsam, inşaat işini engelleyebilirim. Benzer şekilde Iulianus şöyle yazmıştı: komşu kendi mülkü üzerine inşaat yapmasının sonucu olarak, <artık> benim çatımdan yağmur sularını alamayacaktı, hakkıma dayanarak yani yağmur sularını geçirme hakkım olduğunu ileri sürerek dava açabilirim, bu durum geçit irtifakı (*via*) için söylediğimizle aynıdır.

Yukarıda alıntı yapmış olduğumuz metinde Paulus *iter*²³ irtifak hakkının söz konusu olduğu *actio confessoria* kapsamında *restitutio*'dan bahsetmektedir. Söz konusu *restitutio* davalının geçidi engellemek suretiyle inşa ettiği yapının yıkılması ve bu şekilde eski halin iadesinin sağlanması şeklindedir. Paulus aynı zamanda Iulianus'un *servitus stillicidii immitendi* 'nin ileri sürüldüğü *actio confessoria* kapsamında da

negatoria'da *intentio*'dan sonra bir *restitoria* bölümü bulunmamaktadır. Ancak *rei vindicatio*, *hereditas petitio*, *vindicatio usus fuructus* ve *usus*'a ilişkin formulada *restitoria* bölümü yer almaktaydı, (D. 5.3.19): Lenel, s. 219-220. Buna karşın Segré'ye göre "*rei vindicatio*'ya ilişkin davanın *formula*'sında *intentio* ve *clausola restitoria* hükümleri ile *vindicatio servitudis*'e ilişkin davanın *formula*'sının *intentio* ve *clausola restitoria*'sı arasındaki paralellik oldukça açıktır: Segré, 1933, s.26. Grosso Segré ile hemfikir: Grosso, 1969, s. 294-295

²³ Başkasına ait bir taşınmazdan yaya veya atla geçmeye ilişkin irtifak hakkıdır: Umur, 1983, s.96.

restitutio kararının yapının engellenmesi şeklinde olduğunu belirtmektedir.

D.8.5.7

Paulus 21 ad ed.

Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibituos altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.

D.8.5.7

Paulus 21 ad ed.

Söz konusu davaların sonucu şudur: hakimin buyruğu ile haklı çıkan tarafa (davacıya) ya *res* ya da *cautio* verilecektir. Bu durumda “*res*”, hakimin <hükümden önce> karşı tarafa (davalıya) duvarın ayıbını düzeltmesini ve eski haline getirmesini emretmesidir. *Cautio* ise, <hakimin hükümden önce>ona duvarı onaracağı ve ne kendisi ne de haleflerinin duvarın yükseltilmesini engelleyeceğini ve nasıl inşa edilmişse korunacağını temin ederek söz vermesidir. Eğer *cautio* yerine getirilirse, aklanacaktır. Eğer, ne *res* ne de *cautio* yerine getirilirse, <davalı> davacının davanın değeri hakkında yemin ettiği miktar ile cezalandırılır.

Bu metinde Paulus *servitus oneris ferendi*²⁴ ve *servitus altius non tollendi* ile ilgili iki farklı durumdan bahsetmektedir. Birincisinde, *servitus oneris ferendi*'nin ileri sürüldüğü *actio confessoria* davacı lehine sonuçlandığında, davalının ya *restitutio*'yu ya da *cautio*'yu yerine

²⁴ Kendi inşaatını komşu inşaata yaslama hakkı veren şehir irtifak hakkı: Umur, 1983, s.196.

getirmesine hükmedilmektedir. Bu durumda *res* ya da *cautio*²⁵ davayı kazanan davacı lehine yerine getirilmektedir²⁶.

Servitus altius non tollendi'nin söz konusu olduğu *actio negatoria* kapsamında ise davalıya *cautio* vermesi emredildiğinde gerek kendisinin gerek de haleflerinin duvarın yükseltilmesini engellemeyeceğine dair söz vermesi gerekmektedir- "*cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibuituros altius tollere sublatumque habere*". Eğer ki; *cautio* yerine getirilirse davalı aklanmış olacaktır. Ancak ne *cautio* ne de *res* yerine getirilmişse davalı, davacının *-litis aestimatio*²⁷ kapsamında- yemin ettiği miktar kadar cezalandırılır- "*quanti actor in litem iuraverit*".

Bu metinde *actio confessoria* kapsamında ileri sürülen *servitus oneris ferendi* bakımından *restitutio* ve *cautio*'dan bahsedilmekte, buna karşın *servitus altius non tollendi*'nin ileri sürüldüğü *actio negatoria* kapsamında *cautio de amplius non turbando*²⁸ 'dan söz edilmektedir²⁹.

Yukarıda bahis konusu olan davalarla ilgili olarak, iki önemli hususu vurgulamak gerekmektedir. Her şeyden önce *actio confessoria* Formula Yargılaması kapsamında *in rem* yani aynı davalar içinde yer almaktaydı.

²⁵ Teminat olmak üzere, bir kimsenin genellikle *stipulatio* yoluyla bazen de yazılı olarak, başka bir kişiye karşı taahhüt altına girmesi: Umur, 1983, s.34.

²⁶ Bu durumda *res* hakim, karşı tarafın duvardaki kusuru onararak kullanılabilir hale getirmesi şeklindeki hükmüdür; *cautio* ise hakim karşı tarafın duvarı tamir edeceğine ilişkin söz vermesini gerektiren hükmüdür.

²⁷ Uyuşmazlık konusunun takdiri. Özellikle Formula Yargılaması'nda mahkumiyet daima para miktarı üzerinden verilmekteydi. Bu nedenle hakim onu paraya tahvil edecek şekilde kıymetini takdir etmeliydi: Umur, 1983, s.128.

²⁸ Kendisine karşı *actio negatoria in rem* (müdahalenin men'i davası) açılıp, irtifak hakkına sahip olmadığı anlaşılan davalının, bir daha maliki rahatsız etmeyeceğine dair, hakim emri üzerine davacı ile yaptığı teminat *stipulatio*'su: Umur, 1983, s.34.

²⁹ Segré'ye göre "şu bir gerçektir ki; *cautio* ile ilgili olarak *servitus oneris ferendi* ve *servitus altius non tollendi*'ye ilişkin iki hüküm birleşmektedir. Bu durum metnin düzensizliğini göstermektedir; ancak Paulus'un her iki dava için de *restitutio*'dan bahsetmiş olduğu hususu dikkatten kaçmamalıdır.": Segré, 1933, s. 58. Buna karşın Grosso, *servitus oneris ferendi* ile ilgili olarak *restitutio*'nın varlığı konusunda Segré ile hemfikir olmasına rağmen *cautio*'nun *servitus altius non tollendi* konusunda mevcut olduğunu belirtmektedir: Grosso, 1969, s. 296.

Dolayısıyla *restitutoria* hükmü *formula*'ya eklenmek suretiyle en azından *intentio*'da değeri biçilen irtifak hakkının belirlenmesi ve hakimin para cezası dışında da alternatif bir çözüm öngörebilmesi sağlanmaktaydı³⁰. *Formula*'da *restitutio* hükmünün yer almaması halinde, davalı davayı kaybettiğinde *litis aestimatio*' da tespit edilmiş olan para miktarını ödemek zorunda kalmaktaydı, bu durumda ise davacı hakkını kaybetmekteydi. Bununla birlikte *formula*' ya *restitutio* hükmü eklenmiş ise, davalı *restitutio* hükmünü yerine getirmek ya da *litis aestimatio*' da tespit edilen para miktarını ödemeye mahkum edilmek arasında bir seçim yapmak durumundaydı. Şayet davalı *restitutio* hükmü kapsamındaki eylemi yerine getirirse davacı hakkına kavuşurdu. Ancak davalı eğer *litis aestimatio*' da tespit edilen para miktarını ödemeye mahkum edilirse o takdirde davacı hakkını yitirmekteydi. Dolayısıyla davalı *restitutio*' yu yerine getirerek, parasal mahkumiyeti engellemekte ve davacı hakkına sahip olmaktaydı.

Actio negatoria kapsamında ise gelecek müdahaleleri engellemek amacıyla *cautio de amplius non turbando*' ya ihtiyaç duyulmaktaydı. *Actio negatoria*'da her şeyden önce mülkiyet hakkı savunulmakta ve irtifak hakkının varlığı reddedilmekteydi. Bu nedenle davacının davayı kazandığı durumda davalının *cautio*'yu yerine getirmesi ve bu suretle gelecekte müdahalede bulunmayacağını temin etmesi oldukça önemliydi.

Servitus altius non tollendi'ye ilişkin *actio confessoria* kapsamında örneğin, *restitutio* hükmü *formula*'ya eklenmediyse, davacı davayı kazandığı takdirde davalı *litis aestimatio* ile tespit edilmiş olan para miktarını ödemeye mahkum edilmekteydi. Bu suretle davalı asıl arzu ettiği sonuca kavuşmakta yani binasını yükseltmekteydi. Davacı, söz konusu irtifak hakkı kapsamında davalının binasını yükseltmesini önlemek isterken, bu hakkını kaybetmekteydi. *Servitus altius non tollendi*' ye ilişkin *actio negatoria* kapsamında ise, davacı davayı kazandığı takdirde, davalı tespit edilmiş olan para miktarını ödemeye mahkum edilmekteydi. Ancak davacı binasını yükseltmek istiyorsa,

³⁰ Capogrossi Colognesi, 1999, s. 144.

gelecek müdahalelerin önlenmesi açısından davalının *cautio*'yu yerine getirmesi gerekmektedir.

D.8.5.12

Iavolenus 2 epist.

Egi ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere: an et de futuris non immittendis cavendum est? respondi: iudicis officio contineri puto, ut de futuro quoque opere caveri debeat.

D.8.5.12

Iavolenus 2 epist.

Duvarıma giriş dayama hakkı olmadığını ileri sürerek, dava açtım; aynı zamanda gelecekte de giriş dayanmayacağına dair *cautio*'nun yerine getirilmesi gerekli midir sorusunu ,hakimin görevinin gelecek müdahaleyi önlemek için *cautio*'nun yerine getirilmesini sağlamak olduğu kanaatinde olduğum şekline yanıtladım.

Yukarıda alıntı yapmış olduğumuz *servitus tigni immitendi*³¹ ye ilişkin *actio negatoria* ile ilgilidir. Iavolenus'a ilerde girişlerin duvara dayanmaması için *cautio*'nun yerine getirilmesinin gerekip gerekmediği sorusunun yöneltildiği üzerine hukukçunun yanıtı, yerine getirilmesi gerektiği yönünde olmuştur. Dolayısıyla *servitus tigni immitendi*'ye ilişkin *actio negatoria* kapsamında gelecek müdahalelerin önlenmesi açısından *cautio*'nun yerine getirilmesi gerekmektedir³².

III- *Actio Confessoria* ve *Actio Negatoria* Kapsamında Dava Ehliyeti

Her iki dava kapsamında *intentio*'nun biçimlenmesi, söz konusu davalarda dava ehliyeti bakımından da bir yansımayla neden olmaktadır. Şöyle ki; aynı irtifak hakkı ve varsayımsal olarak aynı somut taraflar ele alınarak her iki dava karşılaştırılacak olursa, *actio confessoria*'nın

³¹ Komşuya ait bir duvara giriş dayamayı içeren bir irtifak hakkıdır: Umur, 1983, s.197.

³² Grosso'ya göre "bu suretle *restitutio*'nun *cautio*'yu gerektirdiği durumlar vardır ya da *prestari rem e cautionem* birleşmektedir.": Grosso, 1969, s. 296.

davacısının yani aktif süjesinin, *actio negatoria* kapsamında pasif dava ehliyeti olduğu yani davalı olduğu göze çarpmaktadır.

Aşağıda alıntı yapmış olduğumuz metin, özellikle *actio confessoria* kapsamında kimin aktif dava ehliyetine sahip olduğunun tespitinde önemlidir.

D.8.5.2.1

Ulpianus 17 ad ed.

Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi.

D.8.5.2.1

Ulpianus 17 ad ed.

Söz konusu *actio in rem confessoria*'yı bir taşınmaz malikinden başkasına verilmez; nitekim hiç kimse irtifak hakkı ile yükümlü olduğunu söylediği taşınmaza yakın olan taşınmazın maliki değilse irtifak hakkını talep edemez.

Bu metinde Ulpianus tarafından, yalnızca yararlanan taşınmazın malikinin *actio confessoria*'yı açabileceği belirtilmektedir, gerçekten de, hakim taşınmazın maliki yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkını kullanmak istemektedir ve bu nedenle ilk olarak onun aktif dava ehliyeti olduğu ileri sürülebilir. Metinde önemli olan bir diğer husus irtifak hakkı ile yüklü taşınmazın, yararlanan taşınmaza yakın olması koşulunun belirtilmiş olmasıdır. Gerçekten de Roma Hukukunda irtifak hakları ile mülkiyet hakkının aşırı biçimde sınırlandırılmasını önlemek bakımından öngörülen şartlardan birisi de *vicinitas* yani yakınlık koşuludur. Buna göre yüklü taşınmaz, yararlanan taşınmaza irtifakın kullanılmasına imkan verecek yakınlıkta bulunmalıdır: "*preadia esse debet vicina*"³³.

³³ Diğer koşullar ise *perpetua causa* (devamlılık) yani irtifak hakkının lehine irtifak kurulmuş olan taşınmaz malikine devamlı bir fayda ve kullanım sağlaması ve *utilitas* (fayda) yani irtifak hakkının taşınmaza objektif olarak yarar sağlamasıdır: Erdoğan, s.108.

Söz konusu davada, irtifak hakkının kullanılmasına karşı bir tutum içinde olan yüklü taşınmazın malikinin pasif dava ehliyeti olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir deyimle, işbu dava; kendisine karşı irtifak hakkının varlığının ileri sürüldüğü, kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkının kullanıldığı ve bu nedenle irtifak hakkının varlığını “inkar” eden, yüklü taşınmazın malikine karşı açılmaktadır³⁴.

D.8.5.6.3

Ulpianus 17 ad ed.

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

Ulpianus 17 ad ed.

Bu dava, her şeyden önce, *in personam*'dan çok *in rem*'dir (şahsi davadan çok aynı bir davadır) ve <yüklü taşınmaz> malikine karşı <yararlanan taşınmaz> maliki tarafından talep edilebilir, diğer irtifak haklarına ilişkin davalarda iddia (*intentio*) bölümlerinde olduğu gibi.

Ulpianus, bu metinde *servitus oneris ferendi*'yi incelemekte ve *actio confessoria* kapsamında yüklü taşınmazın malikinin pasif dava ehliyetine sahip olduğu, diğer bir anlatımla işbu davanın yüklü taşınmaz malikine karşı açıldığını belirtmektedir³⁵.

Actio negatoria kapsamında ise, yüklü taşınmaz maliki aktif dava ehliyetine sahiptir. D.8.5.4.7 (Ulpianus 17 ad ed.) metninde de açıkça görüldüğü üzere, “*Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitutem se vicino debere*”, komşusunun lehine irtifak hakkının varlığını reddeden bina maliki tarafından dava açılmaktadır, dolayısıyla

³⁴ Grosso, 1969, s. 290.

³⁵ *Servitus oneris ferendi* kapsamında *refectio parietis* yükümlülüğü, yükümlü taşınmazın malikine düşmektedir. Buna göre yüklü taşınmazın maliki *actio confessoria*' da davanın pasif tarafıdır.

kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkının kullanımını önlemek isteyen yüklü taşınmazın maliki aktif dava ehliyetine sahiptir.

D.39.1.15

Africanus 9 quaest.

Si prius, quam aedificatum esset, ageretur ius vicino non esse aedes altius tollere nec res ab eodefenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet non prius se aedificaturum, quam ultro egisset ius sibi esse altius tollere. idemque e contrario, si, cum quis agere vellet ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum. eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.

D.39.1.15

Africanus 9 quaest.

Eğer herhangi bir bina yapılmadan binayı yükseltme hakkını reddederek komşuya karşı dava açılır ve söz konusu komşu tarafından dava savunulmazsa, hakimnin görevinin açıkça, kendisine dava açılan tarafa binasını yükseltme hakkı kurulana kadar kendi teşebbüsünde hiçbir inşaat işini tamamlamayacağı şeklinde “cautio” vermesini emretmek olduğu söylenir. Aksi durumda da aynısı geçerlidir: bir kimse karşı tarafın rızası olmadan evini yükseltmek için dava açmak isterse ve karşı taraf davayı savunmazsa, bu durumda da, hakimnin görevinin karşı tarafın ne yeni bir inşaata ilişkin bildirimde bulunacağı ne de inşaat işini yürüten kişiyi zorlayacağına dair “cautio” vermesini emretmekten ibaret olduğu söylenir. Bu usul, sanki davacı tarafından yerine getirilmiş gibi, davasını savunmayan kişinin kendi hakkını kanıtlamak zorunda kalmadan bir ölçüde cezalandırılmasını temin etmektedir.

Alıntı yapmış olduğumuz bu metinde, Africanus henüz bina inşa edilmeden komşunun *servitus altius non tollendi*'nin varlığını ileri

sürerek, binanın inşasını engellemek amacıyla *actio confessoria* açtığı durumu ele almıştır. Söz konusu metin, *servitus altius tollendi* ile ilgili davanın tarafları arasındaki karşılıklılığı anlamak açısından önemlidir. Şöyle ki; Africanus aynı irtifak hakkı ile ilgili iki durumu örneklemiştir. Birincisinde *actio negatoria*'nın davacısı *actio confessoria*'nın davalısı konumunda olabilmektedir. İkinci durumda ise *actio negatoria*'nın davalısı *actio confessoria*'nın davacısı konumundadır.

Bu metinde ayrıca önemli başka konular da ele alınmıştır. Örneğin, *indifensio*³⁶ halinde davalının *actio negatoria* açıncaya kadar binayı inşa etmeyeceğine dair *cautio*'yu yerine getirmesine hükmedileceği belirtilmektedir. Metnin devamında ise komşunun *servitus altius non tollendi*'nin varlığını reddederek, dava açtığı durumda *indifensio* hali söz konusu ise bu takdirde davalının, gelecekte ne *operis novi nuntiatio*³⁷ ne de *vis*³⁸'i kullanacağına dair *cautio*'yu yerine getirmesinin emredildiği ifade edilmektedir.

Aşağıdaki metin gerek *actio confessoria* gerekse *actio negatoria*'da dava ehliyetinin anlaşılması bakımından önemlidir. Zira her iki davada da zilyedin dava ehliyeti bulunmaktadır.

D.8.5.6.1

Ulpianus 17 ad ed.

Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi

³⁶ Bir kimsenin dava edildiğinde davacının iddiasını reddetmemesi, kendisini uygun şekilde savunmaması ve böylece davanın yürütülmesine engel olması: Umur, 1983, s.85.

³⁷ Yeni bir eserin ihbarı. Bir kimseye başladığı veya başlamak istediği yeni bir işi- örneğin yeni bir inşaatı- iş yerinde yapılmamasını ihtar etmek. İhtarı komşu, kendisini ilgilendiren bir hakkın ihlal edileceği korkusu ile yapabildi. İhtarı alan kimse işi durdurmaya ya da haklı olduğunu kanıtlamak zorundaydı; aksi takdirde ihtarda bulunan *interdictum demolitorium* vasıtası ile yapılan inşaatı yıktırabilirdi: Umur, 1983, s.147.

³⁸ Kuvvet, cebir. Bir işin yapılmasında cebir ve tazyik kullanma: Umur, 1983, s.224.

aut clam: idem et si lapilli iactu impedierit. sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.

D.8.5.6.1

Ulpianus 17 ad ed.

Bununla birlikte bu irtifak haklarında, kimin hakkın zilyedi ve davacı olduğu bilinmelidir. Örneğin; ben kendi mülkümdeki binayı yükseltmedim, benim hasmım ise zilyet: gerçekten de, hiçbir şey değiştirilmeden, zilyet gerek bir *ius civile* davası ile gerek “o ki şiddetle ya da gizlice” sözcükleri ile başlayan bir *indertictum* ile benim inşa etmemi engelleyebilir. Aynı şekilde sanki sembolik olarak yeni yapıyı bir terazi ve bir taş ile yıkıyormuş gibi yapar. Ancak eğer onun itirazı olmadan ben inşa etmişsem, o halde ben zilyet olurum.

Ulpianus bu metinde *servitus altius non tollendi*’den söz etmektedir. Buna göre zilyet, davacı konumunda karşı tarafın binayı yükseltmesini bir *ius civile* davası ya da bir *interdictum quod vi aut clam*³⁹ ile önleyebilir. Bu metin oldukça ilginçtir; çünkü bina yükseltildiği takdirde, zilyet yüklü taşınmazın maliki gibi davada taraf olmaktadır. İkinci durumda ise şayet bina komşu tarafından yükseltilmediyse, zilyet sanki yararlanan taşınmazın malikiymiş gibi dava ehliyetine sahip olmaktadır. Birinci durumda, zilyet *actio negatoria* yoluna giderek, binayı yükseltmeye uğraşacaktır. İkinci durumda ise, *actio confessoria* açarak, karşı tarafın binayı yükseltmesini önlemeye çalışacaktır. Dolayısıyla bu metin itibarıyla zilyet gerek *actio confessoria* gerekse *actio negatoria* kapsamında dava ehliyetine sahiptir⁴⁰. Ayrıca her iki dava bakımından dava ehliyetinin karşılıklı yansımalarının anlaşılması bakımından da önemli bir metindir.

³⁹ Bir kimsenin taşınmazında, onun iradesine aykırı olarak (*vi*) veya haberi olmaksızın (*clam*) zarar veren ya da zarar verme ihtimaline binaen eylemde bulunan kimseye karşı eski halin iadesini temin etmek için ilgili kişiye verilen *interdictum*: Umur, 1983, s. 93.

⁴⁰ Caporossi Colognesi, 2001, s. 32; Grosso, 1969, s. 293; Schulz, s.396; Kaser, s. 121.

IV- *Actio Confessoria* ve *Actio Negatoria* Kapsamında İspat Yükü

Actio confessoria'da davacı, yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkının kurulmuş olduğunu ileri sürmekteydi; dolayısıyla söz konusu hakkın mevcut olduğunu ispatla yükümlüydü. Bonfante'ye göre *actio confessoria*'da davalı, kendi eşyası üzerinde irtifak hakkının tesis edilmiş olduğu konusunda ikrara⁴¹ teşvik edilmekteydi⁴². Ancak Segré'ye göre, daha klasik dönem hukukçuları tarafından *confessoria* ifadesi intifa hakkı ve irtifak haklarının *vindicatio*'su anlamında kullanılmıştır yani bir hakkın iddia edildiği dava ya da *formula* kast edilmiştir⁴³. Nitekim Segré tarafından da belirtildiği üzere *actio confessoria*⁴⁴ da ikrar (*confessio*) ile ilgili özel bir durum mevcut değildir; zira söz konusu dava kapsamında irtifak hakkı talep edilmektedir.

İspat yükü ile ilgili sorun ise *actio negatoria* kapsamında ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; *actio negatoria*'da, davacı mülkiyet hakkını ileri sürerek dava talep etmekte ve irtifak hakkının varlığını reddetmektedir. Dolayısıyla her şeyden önce malik olduğunu kanıtlamalıdır⁴⁵. Bu durumda yalnızca mülkiyet hakkını kanıtlamasının yeterli olup olmadığı; aynı zamanda irtifak hakkının mevcut olmadığının da kanıtlanmasının gerekip gerekmediği sorusu ile karşılaşılır. Söz konusu sorunun cevabı ise Roma Hukukundaki ispat yükü ile ilgili genel bir ilkede kendisini göstermektedir. Buna göre olumlu bir olgu ispat edilebilir; zira bir hakkın

⁴¹ Roma Hukukunda *confessio* (ikrar), önemli bir delil olarak kabul edilmektedir. Özel Yargılama Usulünde ikrar davayı sona erdirmekteydi. “*Confessio est regina probationum*”- İkrar delillerin kraliçesidir: Küçükgüngör, 1998b, s.479-485; Özkan Sungurtekin-Özdemir Türkoğlu, s. 104; Günal, s. 45; Di Marzo, s.113.

⁴² Bonfante, s. 155.

⁴³ Segré, 1912, s. 41. Bu davaya *actio confessoria* isminin verilmesinin sebebi, bu dava ile irtifak hakkı sahibinin irtifak hakkının varlığını iddia etmesi (*confiteri*) idi: Koschaker.-Ayiter, s.171.

⁴⁴ Segré'ye göre Bonfante tarafından ileri sürülen görüş, *confessoria* ve *confessio* arasındaki bağı ele alan dilbilimsel bir değerlendirmeye dayanmaktadır: Segré, 1912, s. 19.

⁴⁵ Erdoğan, s. 101.

mevcut olmadığı gibi olumsuz bir olgunun ispat edilmesi imkan dahilinde değildir⁴⁶.

İspat yükü ile ilgili olarak yanıtlanması gereken diğer bir soru ise; davacının kendi mülkiyet hakkını ispat etmesinden sonra, davalının irtifak hakkının mevcut olduğunu ispat etmekle yükümlü olup olmadığı sorusudur. Yargılama devam ederken, davacı taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını ispat ettikten sonra, şayet davalı irtifak hakkının mevcut olduğunu ispat edemezse davayı kaybeder. Zira başkasının mülkü üzerinde söz konusu aynı hakkı kullanma hakkı-yetkisi yoktur.

İnceleme konusu davalar kapsamında ispat konusu ile ilgili var olan yansıma her iki davada irtifak hakkının mevcut olduğu olgusunu ispat etmekle yükümlü olan taraf incelenerek anlaşılabilir. Şöyle ki; *actio confessoria* kapsamında irtifak hakkını ispat yükü davacıdayken, *actio negatoria* kapsamında söz konusu olgunun ispat yükü davalıdadır⁴⁷.

SONUÇ

Roma Hukukunda taşınmaz irtifakları ile ilgili olarak “*actio confessoria*” ve “*actio negatoria*” olmak üzere iki dava ile karşılaşmaktayız. *Actio confessoria*’da başkasının taşınmazı üzerinde irtifak hakkını kullanmak isteyen davacı, irtifak hakkının mevcut olduğunu; *actio negatoria*’da ise irtifak hakkının kendi taşınmazı üzerinde kullanılmasını engellemek isteyen davacı, irtifak hakkının mevcut olmadığını ileri sürmekteydi. Söz konusu davalardaki karşıtlık, davacının iddiası kapsamında kendini göstermekte ve her iki davanın *formula*’sında bir yansıma olarak dikkat çekmektedir.

Buradan hareketle, her iki davanın *intentio*’su incelenecek olursa *actio confessoria* ve *actio negatoria*’nın *formulası*’nın *intentio*’sunun davacının iddiasına göre şekillenmekte olduğu anlaşılmaktadır. Normal şartlarda *actio confessoria*’nın *formula*’sında *intentio*’nun olumlu bir cümleden oluştuğu; *actio negatoria*’da ise *intentio*’nun olumsuz bir

⁴⁶ D.22.3.21. Öcal, s.80-81.

⁴⁷ Bonfante, s. 156; Grosso, 1969, s. 303; Capogrossi Colognesi, 2001, s. 35-36; Rodger, s. 96.

cümleden oluştuğu kabul edilebilir. Ancak bilindiği üzere söz konusu davaların *formula*'larında *intentio* aynı zamanda irtifak hakkına göre de biçimlenmekteydi. Şöyle ki; olumlu bir irtifak hakkının talep edildiği *actio confessoria*'nın *formula*'sında *intentio* olumlu bir cümleden oluşmakta iken, olumlu bir irtifak hakkının reddedildiği *actio negatoria*'nın *formula*'sında *intentio* olumsuz bir cümle olarak şekillenmekteydi.

Asıl sorun olumsuz bir irtifak hakkının *formula*'sının nitelendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Zira olumsuz bir irtifak hakkının talep edildiği *actio confessoria*'nın *formula*'sında *intentio* olumsuz bir cümle olarak biçimlenmekte ve olumsuz bir irtifak hakkının reddedildiği *actio negatoria*'da ise *intentio*'yu olumlu bir cümle teşkil etmekteydi.

Condemnatio'nun farklı şekilleri ise *intentio*'da yer alan davacının iddiasına dayanmaktaydı. Formula yargılamasında *actio confessoria*, *actiones in rem* (aynı davalar) arasında yer almaktaydı. Gerek görüldüğü takdirde söz konusu davanın *formula*'sında, *intentio* ile *condemnatio* hükümleri arasına *restitutio* hükmü eklenmekteydi. *Formula*'da söz konusu hükmün bulunmaması halinde, davacı davayı kazandığında, davalı *litis aestimato*'da tespit edilmiş olan para miktarını davacıya ödemekte ve böylece davacı başkasının eşyası üzerindeki hakkını kaybetmekteydi. Dolayısıyla *restitutio* hükmünün *formula*'ya eklemiş olması hem alternatif bir çözüm yaratmakta hem de irtifak hakkının elde edilmesini sağlamaktaydı.

Actio negatoria'da ise *cautio de amplius non turbando*'nun gelecek müdahalelerin engellenmesi amacıyla yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. Şöyle ki; davacı davayı kazandığı takdirde davalı *litis aestimatio*'da tespit edilen para miktarını ödemeye mahkum edilmekteydi; ancak aynı zamanda gelecekte müdahale etmeyeceğini temin edeceği *cautio*'yu da yerine getirmek zorundaydı.

Aynı irtifak hakkı ve varsayımsal aynı somut taraflar söz konusu olduğunda her iki davada dava ehliyeti bakımından bir karşılıklılık göze çarpmaktadır. Şöyle ki; *actio confessoria*'da aktif dava ehliyeti olan taraf

actio negatoria'da pasif dava ehliyetine sahip olabilmekte ve *actio negatoria*'da aktif dava ehliyetine sahip olan taraf *actio confessoria*'da pasif dava ehliyetine sahip olabilmekteydi. *Actio confessoria* kapsamında her şeyden önce, başkasının taşınmazı üzerinde irtifak hakkını kullanmak isteyen, yararlanan taşınmazın maliki aktif dava ehliyetine sahipti. Kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkının kullanıldığı, yüklü taşınmazın maliki ise söz konusu davada pasif dava ehliyetine sahipti.

Actio negatoria'da kendi taşınmazı üzerinde irtifak hakkının kullanılmasını engellemek isteyen yüklü taşınmazın maliki aktif dava ehliyetine sahipken, davacının taşınmazı üzerinde irtifak hakkını kullanan yararlanan taşınmazın maliki pasif dava ehliyetine sahip olmaktadır.

İki dava arasındaki karşıtlık dikkate alındığında her iki davanın ispat konusundaki (*thema probandum*) ve ispat yükü bakımından var olan karşılıklılık ilişkisi anlaşılabilir. *Actio confessoria* kapsamında davacı bir başkasının eşyası üzerinde irtifak hakkının mevcut olduğunu ileri sürmekteydi. Dolayısıyla hakkın mevcudiyetini ispat etmesi gerekmektedir. *Actio negatoria*'da ise davacı kendi eşyası üzerindeki mülkiyet hakkını savunarak, üzerinde irtifak hakkının mevcut olmadığını ileri sürmekteydi. Bu suretle davacı malik olduğunu kanıtlamakla yükümlüydü. Kendi eşyası üzerinde irtifak hakkının mevcut olmadığı hususunun davacı tarafından kanıtlanması beklenemezdi. Zira davalı söz konusu hususu kanıtlamakla yükümlü olmaktadır. İspat konusu bakımından karşılıklılık ilişkisi irtifak hakkının varlığı konusundaki ispat yükü incelenerek anlaşılabilir. Şöyle ki; *actio confessoria* kapsamında irtifak hakkının mevcut olduğu olgusu davacı tarafından ispat edilmekteyken, *actio negatoria* kapsamında davalı tarafından ispat edilmekteydi.

KISALTMALAR

<i>A° A°</i>	: <i>Aulus Agerius</i>
<i>ad ed.</i>	: <i>Ad Edictum</i>
BIDR	: <i>Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano</i>
Çev.	: <i>Çeviren</i>
<i>D.</i>	: <i>Digesta, Iustiniani</i>
<i>epist.</i>	: <i>Epistulae</i>
<i>N° N°</i>	: <i>Numerio Negidio</i>
<i>pr.</i>	: <i>Principium</i>
<i>quaest.</i>	: <i>Quaestiones</i>
s.	: <i>Sayfa</i>
SDHI	: <i>Studia Documenta Historiae et Iuris</i>
vb.	: <i>ve benzeri</i>
vd.	: <i>ve devamı</i>
Vol.	: <i>Volume</i>

KAYNAKÇA

- Biondi, Biondo. (1965). *Actio Negativa ed Actio Proibitoria come Azioni a Difesa delle Servitù e dell'Usufrutto*. Scritti Giuridici II. Milano: Giuffrè Editore.
- Bonfante, Pietro. (1972). *Corso di Diritto Romano, Volume Terzo – Diritti Reali*. Milano: Giuffrè Editore.
- Buckland, William Warwick. (1950). *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Capogrossi Colognesi, Luigi. (1999). *Proprietà e Diritti Reali, Usi e Tutela della Proprietà Fondiaria nel Diritto Romano*. Roma: Il Cigno GG Edizioni.
- Capogrossi Colognesi, Luigi. (2001). *Actor and Defendant in Negatoria Servitutis*, Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law & Legal History, Essays in Honour of Alan Watson, Oxford: John Cairns & Olivia Robinson Edition.
- Çelebican Karadeniz, Özcan. (2005a). *Roma Hukuku-Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku, Hakların Korunması* (11.bs). Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Çelebican-Karadeniz, Özcan.(2005b). *Roma Eşya Hukuku*. (2.bs.) Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Di Marzo, Salvatore. Çeviren: Umur, Ziya. (1954). *Roma Hukuku*, İstanbul:İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Erdoğan, Belgin. (2006). *Roma Eşya Hukuku*, (3.bs). İstanbul: Der Yayınevi.
- Grosso, Giuseppe. (1935). *Sulle Servitù “altius tollendi” e “stillicidii non avertendi”*. Studi in Memoria di Aldo Albertoni I, Padova:CEDAM.
- Grosso, Giuseppe. (1969). *Le Servitù Prediali nel Diritto Romano*. (2.bs). Torino: G. Giappichelli.

- Günel, Ahmet Nadi. (2007). *Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf*.(1.bs) Ankara: Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş.
- Kaser, Max. Çeviren: Dannenbring Rolf. (1965). *Roman Private Law*. (1.bs).Durban:Butterworths.
- Koschaker, Paul-Ayiter, Kudret. (1993). *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. (7.bs). İzmir:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Küçükgüngör, Erkan. (1998a). *Roma Hukukunda İntifa Hakkı*, (1.bs) Ankara: AÜHF Döner Sermaye Yayınları.
- Küçükgüngör, Erkan. (1998b). *Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat*, Prof.Dr.Ali Bozer' e Armağan,477-497. Ankara.
- Lenel, Otto. (1903). *Essai de Reconstitution de L'édit Perpétuel I*. (1.bs). Paris : L. Larose.
- Oğuzman, Kemal.-Seliçi, Özer.-Oktay Özdemir, Saibe. (2006). *Eşya Hukuku*.(11.bs). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Öcal, Bahar. (2006). "*Onus Probandi*" *Roma Yargılamasında İspat Yükü*. Basılmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara.
- Özkan Sungurtekin, Meral-Özdemir Türkoğlu, Gökçe. (2008). *Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları*. (1.bs). Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.
- Rodger, Alan. (1972). *Owners and Neighbours in Roman Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Schipani, Sandro. (2005). *Digesti o Pandette Dell'Imperatore Giustiniano*. Milano: Giuffrè Editore.
- Schulz, Fritz. (1969). *Classical Roman Law*. (4.bs). Oxford: Clarendon Press.

- Segré, Gino. (1912). *La denominazione di “actio confessoria” in particolare per la rivendicazione dell’usufrutto e delle servitù*. Extrait des Mélanges P.F. Girard, 1-89. Paris.
- Segré, Gino. (1933). *La clausola restitutoria nelle azioni “de servitutibus”, e le formule delle azioni relative alla “servitus oneris ferendi”*. BIDR, 41, 17-79.
- Solazzi, Siro. (1948). *Specie ed Estinzione delle Servitù Prediali*. Napoli: Jovene Editore.
- Talamanca, Mario. (1990). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè Editore.
- Umur, Ziya. (1983). *Roma Hukuku Lüगतi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Umur, Ziya (1990). *Roma Hukuku Ders Notları*. (2.bs.) İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Watson, Alan. (1968). *The Law of Property in the Later Roman Republic*. Oxford: Clarendon Press.
- Watson, Alan. (1984). *The Digest of Iustinian*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

