

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA KUSUR

BETÜL YAKAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN:
DR. ÖĞR. ÜYESİ MAHMUT KIZIR

KONYA-2023

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ROMA SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA KUSUR

BETÜL YAKAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN:
DR. ÖĞR. ÜYESİ MAHMUT KIZIR

KONYA-2023

ÖZET

Roma sözleşmeler hukukunda kusur kavramını detaylı olarak incelemeyi amaçlayan bu çalışmanın ilk bölümünde Roma hukukunda sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur kavramının açıklanmıştır. Roma İmparatorluğu'nun hukukla alakalı tarihi sürecinde önemli bir rol oynayan kusursuz sorumlulukta bu bölümde incelenmiştir. Kusursuz sorumluluğun bir türü olarak kabul edilen *custodia* sorumluluğu ve kusur sorumluluğunun türleri olan *diligentia*, *dolus*, *omnis culpa* ve *utilitas* (fayda prensibi) kavramları açıklanarak metodolojik açıdan Roma hukukunda kusur kavramı incelenmiştir. Bu bölümün temel amacı Roma hukuk sisteminde kusurun ve buna bağlı olarak değişkenlik gösteren hükümlerin metin tenkit yöntemiyle açıklanmasıdır. Kusurun, Roma sözleşmeler hukuku açısından incelenmesi üzerine yoğunlaşılacak ikinci bölümde Roma hukukundaki farklı sözleşme türlerini analizci bir yöntemle açıklamaktadır. Akitleri sözlü, yazılı, aynî, rızai, isimsiz sözleşmeler ve *pactumlar* çerçevesinde değerlendiren bu bölümde, her sözleşme türü detaylı bir şekilde açıklanmış ve kusur unsurunun bu sözleşmeler üzerindeki etkisi incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise Türk hukukunda yer alan kusur ve sorumluluk kavramları betimleyici bir yöntemle açıklanmaya çalışılmıştır. Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yapılan bu açıklamalarda sorumluluğun kurucu unsuru olarak kusur, kast ve ihmal kavramlarının açıklanmasıyla detaylı olarak incelenmiştir. Bu bölümün temel amacı sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun önemini belirlemektir.

ABSTRACT

The thesis intends to examine the concept of fault (*culpa*) and its influences in Roman contract law. The first chapter explains fault in contractual liability. It also examines the strict liability which played a substantial role in the legal historical process of the Roman Empire. The chapter also addresses the custodia liability, which is considered a type of strict liability, and methodologically examines the fault liability and its types which includes the concept of *diligentia*, *dolus*, *omnis culpa*, and *utilitas*. The main purpose of this chapter is to explain the culpa in Roman legal system and then the provisions that accordingly vary through applying to the text analysing method. The second chapter, which focuses on examining culpa within the scope of Roman contract law, engages with the different types of contracts through an analytical method. In this chapter that evaluates the contracts within the framework of the oral, written, real, consensual, anonymous contracts, and *pactums*, each type of contracts is comprehensively examined to identify the influence of the fault element on these contracts. The last chapter is sought to explain the concepts of fault and liability in Turkish law through a descriptive method. Within the scope of Turkish Code of Obligations, the concepts of fault, intent and negligence are thoroughly examined as the constituent element of liability. The main purpose of the last chapter is to refer to the substantial importance of the fault in contractual liability.

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|------------|
| ÖZET | i |
| ABSTRACT..... | iii |
| İÇİNDEKİLER..... | iv |
| KISALTMALAR | vii |
| GİRİŞ..... | 1 |
| KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve TEMEL KAVRAMLAR | 1 |
| 1. KONUNUN TAKDİMİ | 1 |
| 2. KONUNUN TARİHİ OLARAK İNCELENMESİ VE ÖNEMİ | 2 |
| 3. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI..... | 6 |
| 4. TEMEL KAVRAMLAR ve LİTERATÜR | 7 |
| BİRİNCİ BÖLÜM | 17 |
| ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUKTA | |
| KUSUR İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ..... | 17 |
| 1. Genel Olarak Roma Hukukunda Sorumluluk..... | 17 |
| 1.1. Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk | 19 |
| 1.1.1. <i>Custodia</i> (Gözetim) ve Kusur | 24 |
| 1.1.1.1. <i>Custodia</i> Kavramı | 24 |
| 1.1.1.2. <i>Custodia</i> Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi | 26 |
| 1.1.1.2.1. <i>Custodia</i> Kavramının Ortaya Çıkışı | 26 |
| 1.1.1.2.2. <i>Custodia</i> Kavramının Hukuki Değerlendirmesi | 28 |
| 1.1.1.3. Roma Hukukunun Tarihi Süreçlerinde <i>Custodia</i> Sorumluluğu | 30 |
| 1.1.1.4. <i>Custodia</i> ve Kusur Arasındaki İlişki..... | 32 |
| 1.2. Roma Hukukunda Kusur Sorumluluğu | 35 |
| 1.2.1. <i>Dolus</i> (Kast) Sorumluluğu | 35 |
| 1.2.1.1. <i>Dolus</i> Kavramı..... | 36 |
| 1.2.1.2. <i>Dolus</i> Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi..... | 39 |
| 1.2.1.2.1. <i>Dolus</i> Kavramının Ortaya Çıkışı | 39 |
| 1.2.1.2.2. <i>Dolus</i> Kavramının Hukuki Değerlendirmesi | 41 |
| 1.2.1.3. Roma Hukukunun Tarihi Süreçlerinde <i>Dolus</i> Sorumluluğu..... | 42 |
| 1.2.2. <i>Culpa</i> (Kusur) Sorumluluğu | 44 |
| 1.2.2.1. <i>Culpa</i> Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi..... | 45 |
| 1.2.2.1.1. <i>Culpa</i> Kavramının Ortaya Çıkışı | 45 |
| 1.2.2.1.2. <i>Culpa</i> Kavramının Çeşitleri ve Hukuki Değerlendirmesi..... | 47 |
| 1.2.2.2. Roma hukukunun Tarihi Süreçlerinde <i>Culpa</i> Kavramı | 52 |

| | |
|---|-----------|
| 1.2.3. <i>Diligentia</i> (Özen) Sorumluluğu/Yükümlülüğü | 55 |
| 1.2.3.1. <i>Diligentia</i> Kavramı | 56 |
| 1.2.3.2. <i>Diligentia</i> Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi ... | 57 |
| 1.2.3.2.1. <i>Diligentia</i> Kavramının Ortaya Çıkışı..... | 57 |
| 1.2.3.2.2. <i>Digentia</i> Kavramının Hukuki Değerlendirmesi..... | 57 |
| 1.2.3.3.Roma Hukukunun Tarihi Süreçlerinde <i>Diligentia</i> | 60 |
| 1.2.4. <i>Utilitas</i> | 61 |
| 2. Roma Hukukunda Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu Sınırlandıran Sebepler.. | 64 |
| 2.2. <i>Casus</i> | 64 |
| 2.2.1. Bir Kavram Olarak <i>Casus</i> | 64 |
| 2.2.2. <i>Casusun</i> Sözleşmeden Doğan Sorumluluktaki İşlevi..... | 65 |
| 2.3. <i>Vis Maior</i> | 67 |
| 2.3.1. Bir Kavram Olarak <i>Vis Maior</i> | 67 |
| 2.3.2. <i>Vis Maiorun</i> Sözleşmeden Doğan Sorumluluktaki Yeri | 67 |
| İKİNCİ BÖLÜM..... | 74 |
| ROMA HUKUKUNDA KUSURUN BAZI MÜNFERİT SÖZLEŞMELERDE | |
| İNCELENMESİ..... | 74 |
| 1.Roma Hukukunda Borcun Kaynakları..... | 74 |
| 2. Roma Hukukunda Sözleşme Kavramı..... | 75 |
| 3. Roma Hukukunda Münferit Sözleşme Tipleri..... | 77 |
| 3.1. Yazılı Sözleşmeler..... | 78 |
| 3.2. Sözlü Sözleşmeler..... | 80 |
| 3.3.Aynî Sözleşmeler | 85 |
| 3.3.1. <i>Mutuum</i> (Karz Akdi / Tüketim Ödücü Sözleşmesi)..... | 88 |
| 3.3.2. <i>Commodatum</i> (Ariyet Akdi/ Kullanım Ödücü Sözleşmesi) | 89 |
| 3.3.3. <i>Deposium</i> (Vedia Akdi/ Saklama Sözleşmesi)..... | 96 |
| 3.3.4. <i>Pignus</i> (Rehin Sözleşmesi) | 101 |
| 3.4.Rızai Sözleşmeler | 103 |
| 3.4.1. <i>Emtio Venditio</i> (Satış/ Alım-Satım Sözleşmesi) | 106 |
| 3.4.2. <i>Locatio Conductio</i> | 110 |
| 3.4.2.1. <i>Locatio Conductio Rei</i> (Kira Sözleşmesi) | 111 |
| 3.4.2.2. <i>Locatio Conductio Operis</i> (İstisna Sözleşmesi) | 114 |
| 3.4.2.3. <i>Locatio Conductio Operarum</i> (Hizmet/İş Sözleşmesi) | 119 |
| 3.4.3. <i>Societas</i> (Adi Ortaklık Sözleşmesi) | 123 |
| 3.4.4. <i>Mandatum</i> (Vekalet Sözleşmesi) | 128 |

| | |
|--|------------|
| ÜÇÜNCÜ BÖLÜM..... | 133 |
| TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUKTA KUSUR ŞARTI VE ROMA HUKUKUNUN ETKİSİ KUSUR ŞARTINA ETKİSİ | 133 |
| 1. Sözleşme ve Sorumluluk Kavramları | 133 |
| 1.1.Sözleşme Kavramı | 133 |
| 1.2.Sorumluluk Kavramı | 133 |
| 2.Kusur İlkesi ve Kusur İlkesinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Açısından Önemi | 135 |
| 2.1. Kusurun Tanımı | 137 |
| 2.1.1. Sübjektif ve Objektif Kusur Görüşleri..... | 138 |
| 2.1.1.1. Sübjektif Kusur Görüşü | 139 |
| 2.1.1.2. Objektif Kusur Görüşü | 141 |
| 2.1.2.Kusurun Sübjektif ve Objektif Yönleri..... | 142 |
| 3. Kusur ve Ayırt Etme Gücü Arasındaki İlişki | 142 |
| 4. Kusur Sorumluluğun Diğer Şartları ve Kusur Arasındaki İlişki..... | 143 |
| 4.1. Davranış ve Kusur | 144 |
| 4.2. Zarar ve Kusur | 147 |
| 4.3. Uygun İlliyet Bağı ve Kusur..... | 151 |
| 5. Kusurun Derecesi ve Çeşitleri | 152 |
| 5.1. Kusurun Derecesi..... | 152 |
| 5.2. Kusurun Çeşitleri | 153 |
| 5.2.1.Kast | 153 |
| 5.2.2. İhmal | 155 |
| 5.2.2.1. Ağır İhmal | 158 |
| 5.2.2.2. Hafif İhmal..... | 158 |
| 6. Kusurun İspatı ve Kusur Karinesi..... | 159 |
| 7. Kusurun Ortadan Kalktığı Haller..... | 160 |
| 7.1. Beklenmeyen Hal..... | 160 |
| 7.2. Mücbir Sebep..... | 161 |
| 7.3. Karşı Tarafın veya Üçüncü Kişinin Kusuru..... | 161 |
| 8. Sorumluluk Hukukunda Kusur Şartının Ahlaki ve Felsefi Temelleri..... | 162 |
| SONUÇ | 166 |
| KAYNAKÇA | 170 |

KISALTMALAR

| | |
|-----------|--|
| Alf. | : Alfeus |
| Art. | : Artikel |
| AÜHFD. | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| BGB. | : Bürgerliches Gesetzbuch |
| Bkz./bkz. | : Bakınız |
| C. | : Codex Iustinianus |
| Cels. | : Celsus |
| Cic. Off. | : Cicero, de Officiis |
| CISG. | : Contracts for the International Sale of Goods |
| Çev./çev. | : Çeviren |
| D. | : Digesta |
| dn. | : Dipnot |
| E. | : Esas |
| E.T. | : Erişim Tarihi |
| Gai. | : Gaius |
| Gai. Ins. | : Gaius Institutiones |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| HGK. | : Hukuk Genel Kurulu |
| HHFD. | : Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi |
| Iav. | : Iavolenus |
| Iul. | : Iulinaus |
| Ius. | : Iustinianus |
| Ius. Cod. | : Iustinianus Codex |
| Ius. Ins. | : Iustinianus Institutiones |
| İK. | : İcra İflas Kanunu |
| İÜHFM. | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | : Karar |
| karş. | : Karşılaştırınız |
| KTK. | : Karayolları Trafik Kanunu |
| lib. | : Libro |
| m. | : Madde |

| | |
|-----------|---|
| Nerat. | :Neratiun |
| MÜHF-HAD | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi |
| M.Ö. | : Milattan Önce |
| M.S. | : Milattan Sonra |
| Nerat | : Neratius |
| No. | : Numara |
| OJLS. | : Oxford Journal of Legal Studies |
| Papin. | : Papinianus |
| Paul. | : Paulus |
| Pomp. | : Pomponius |
| pr. | : Principium |
| Proc. | : Proculus |
| s. | : Sayfa |
| Ser. | :Servius |
| ss. | : Sayfadan sayfaya |
| S. | : Sayı |
| T. | : Tarih |
| TBK. | : Türk Borçlar Kanunu |
| TCK. | : Türk Ceza Kanunu |
| TMK. | : Türk Medeni Kanun'u |
| TTK. | : Türk Ticaret Kanunu |
| Ulp. | : Ulpinianus |
| vd. | : Ve devamı |
| Vol./vol. | : Volume |
| Vs. | : Ve saire |
| Y. | : Yargıtay |
| YÜHFD. | : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |



GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve TEMEL KAVRAMLAR

1. KONUNUN TAKDİMİ

Tezin konusunu Roma sözleşmeler hukukunda kusur oluşturmaktadır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur şartı, sorumluluğun ortaya çıkması için ayrılmaz bir unsurdur. Kusurun derecesi özellikle alacaklının uğradığı zararın tazmini için değerlendirilme yapılırken önem arz eder. Buna göre borçlunun kusuru ne kadar ağırsa, sorumluluğu da o kadar ağırlaşacaktır. Türk hukuk sistemini en fazla etkileyen hukuk sistemlerinden birisi olan Roma hukukunun, kurulan bu sorumluluk sisteminde kusur kavramının oluşturulması ve kapsamının belirlenmesinde bir etkisinin bulunmaması söz konusu olamaz. Bu yüzden Türk hukuk sisteminde sorumluluğunun doğması için kurucu şartlarından birisi olan kusurun, Roma hukuk sisteminde, özellikle sözleşmelerle alakalı olan kısmında kendisine nasıl yer bulunduğu tezin konusu olarak belirlenmiştir.

Tez, giriş ve sonuç bölümü hariç olmak üzere toplam üç bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde, tarihi olarak Roma hukukunun, Türk hukukuna etkisi incelenmiş, kusurla alakalı olan kavramların tanımları yapılmış, yararlanılan başlıca eserlerden bahsedilerek, tezin yazımında uygulanacak metodoloji açıklanmıştır. Son olarakta konunun sınırları belirlenerek, yer verilmeyecek hususlardan bahsedilmiştir.

Üç temel bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde Roma hukukunda kusur kavramının ortaya çıkışını ilgili metinlerle açıklanarak sözleşmeden doğan sorumluluğun ortaya çıkışı, kusursuz sorumluluk ve kusur sorumluluğu açısından incelenmiştir. Kusursuz sorumluluk kapsamında *custodia* sorumluluğu, kusur sorumluluğu kapsamında *dolus*, *culpa*, *diligentia* ve *utilitas* kavramları açıklanarak metodolojik bakımdan Roma hukukunda kusurun etkisi incelenmiştir. Bu bölümün temel amacı Roma hukuk sisteminde kusurun ortaya çıkışı ve buna bağlı olarak değişkenlik gösteren hükümlerin metin tenkit yöntemiyle açıklanmasıdır.

Sorumluluğun sözleşmeler alanında ayrı ayrı incelenmesi üzerine yoğunlaşıl原因 ikinci bölümde, Roma hukukundaki farklı sözleşme türlerini analizci bir yöntemle açıklamaktadır. Sözleşmeleri sözlü, yazılı, aynî, rızai, isimsiz sözleşmeler çerçevesinde değerlendiren bu bölümde, her sözleşme türü detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılmış ve kusur unsurunun bu sözleşmeler üzerindeki etkisi incelenmiştir. Roma hukukunda uygulamadan örnekler içermesi bakımından bu bölüm güncel hayatta kusur unsurunun anlaşılmasına yardımcı olmayı amaçlamaktadır.

Üçüncü bölümde ise Türk Hukukunda kusurun önemini sorumluluk hukuku bağlamında betimleyici bir anlatımla ortaya koyulmuştur. İlk olarak sözleşme ve sorumluluk kavramları detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Kusurun tanımına yer verilerek öğretide yer alan görüşler incelenmiştir. Sorumluluğun diğer şartları ve sorumluluğu ortadan kaldırabilecek unsurların kusurla alakası betimleyici bir yöntemle açıklanmıştır. Kusurun derecesi ve çeşitleri incelenmiştir. Kusurun ispatı ve kusur karinesine değinilerek, kusur sorumluluğunu ortadan kaldıran durumlar incelenmiş ve kusur ilkesinin ahlaki ve felsefi temellerinden kısaca bahsedilmiştir. Bu bölümün temel amacı Türk hukuk sisteminde, sorumluluk hukukunda, kusur unsurunun çerçevesini ve etkisini belirlemektir. Roma hukukunun Türk hukukuna etkileri bu bölümde incelenmiştir.

2. KONUNUN TARİHİ OLARAK İNCELENMESİ VE ÖNEMİ

Türk hukuk sistemini en fazla etkileyen hukuk sistemi Roma hukukudur. Milattan önce 754(753)¹ ve milattan sonra İstanbul'un Fatih Sultan Mehmet tarafından fethedildiği 1453 yılları arasında kurulmuş bir imparatorluk olan Roma İmparatorluğu'nda hukuk sisteminin esaslarının belirlenmesinde farklı tarihler göz önüne alınmaktadır. Roma hukuku, Roma İmparatorluğu'nun kuruluşu M.Ö. 754(753) yılından Iustinianus'un ölüm yılı M.S. 565 yılları arasında uygulanmış olan hukuktur². Roma hukuku, etkisini Yunan hukuk sisteminin ülke içerisinde yayılmasıyla belirli bir dönemde kaybetmiştir. 11. yüzyılda Roma hukukuyla alakası bulunan bazı yeni

¹ Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2022, s. 1; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, Onsekizinci Baskı, Timurhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 1

² Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 1.

eserlerin keşfedilmesi ve 12. yüzyılda İtalya, Bologna Üniversitesi'nde başlayan hukuk araştırmaları ışığında Roma hukuk sistemindeki bazı kaidelere geri dönüşler yaşanmıştır. Zaman içerisinde Kıta Avrupası'nda yer alan ülkelerin 13. yüzyılda ortak bir hukuk sistemi arayışına girmeleriyle detaylı olarak incelenmeye başlayan bir hukuk sistemi olmuştur. Bu ülkelerin hukuk sistemleri ortaya konan kaidelerden önemli ölçüde etkilenmiştir. Almanya ve İsviçre'nin araştırma ve entegrasyon faaliyetleri sonucunda Roma hukuku, medeni hukuk ve özellikle borçlar hukuku alanında hazırlanan kanunlarına doğrudan etki etmiştir³. 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu genel ve özel bölümleri itibariyle borçlar hukukunu da kapsayarak İsviçre ve Türkiye hukuk sistemlerinden farklılık göstermektedir⁴. Türkiye'de Cumhuriyet kurulmasıyla birlikte hukuk sistemlerinde modernleşme yolunda atılan adımlarla İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun kodifikasyonu gerçekleştirilmiştir⁵. Bu durum Türk hukuk sisteminin, dolaylı olarak Roma hukukunda geçerli olan hükümlerden doğrudan etkilendiğini göstermektedir.

Özellikle borçlar hukuku alanında kendisinden söz ettiren Roma hukukunda borcun sebepleri ilk başta Gaius'un *Institutiones*'inde sözleşme (*contractus*) ve haksız fiil (*maleficium* veya *delictum*) olmak üzere ikili tasnife tabi tutulmuştur⁶. Gaius'a ait olan başka bir metinde ise buna üçüncü bir neden olarak çeşitli diğer sebepler (*variae causarum figurae*) eklenmiştir⁷. Çeşitli diğer sebeplerin tanım ve muhtevasında bulunan karmaşıklığı daha açık hale getirdiği düşünülen Iustinianus'un *Institutines*'inde ise borçların kaynağı sözleşme, sözleşme benzeri (*quasi contractus*), haksız fiil ve haksız fiil benzeri (*quasi maleficium* veya *quasi delictum*) olmak üzere

³ Coşkun Üçok, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış," **AÜHF** 7, 1, 1950, s. 292.

⁴ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, Yirmialtıncı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, ss. 16-19.

⁵ Oğuzman, Barlas, ss. 16-19; Elif Dursunüst, "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi," **Usul İslam Araştırmaları**, 12, 2009, ss. 160, 168-170.

⁶ Gai. Ins. 3.88: "*Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.* (Şimdi, esas olarak iki sınıfa ayrılan diğer borç kaynaklarına bakalım; çünkü her borç ya bir sözleşmeden ya da bir suçtan doğar.)".

⁷ D. 44.7.1.pr. (Gai.): "*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.* (Borçlar sözleşmeden, haksız fiilden veya kanun gereği diğer çeşitli sebeplerden doğar.)".

dörtlü bir ayrıma tabi tutulmuştur⁸. Bu tasnif sistemi bazı eleştirilere maruz kalmakla beraber günümüz hukuk sistemlerinin çoğunluğu tarafından genel olarak kabul edilmiştir. Türk hukuk sisteminde, borcun kaynakları öğretisi tarafından sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak sayılmıştır⁹. Bunlara ek olarak, vekaletsiz iş görme, kusursuz sorumluluk halleri, nafaka, paydaşlık vb. durumlar da borç doğuran haller arasında kabul edilmiştir¹⁰. Bir de vaatlerin ilan edilmesiyle gerçekleşen tek taraflı hukuki işlemde doğan borçlar, Türk hukuk sisteminde borcun temel kaynaklarını oluşturmaktadır¹¹.

Sözleşme, (*contractus*) iki hukuk sisteminde de borcun kaynakları arasında değerlendirilmektedir. Türk hukuk sisteminde kabul edilen sözleşme ile Roma hukukunda kabul edilen sözleşme kavramları arasında muhteva ve kapsam bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Türk hukukunda, taraflar arasında oluşturulan, rızaya dayalı, ortak mutabakat sonucunda ticaret, evlilik, boşanma, miras gibi her türlü konuda yapılan irade açıklaması, sözleşme olarak değerlendirilmektedir¹². Roma hukukunda ise *contractus* terimi, sadece taraflar arasında gerçekleştirilen borç doğurucu aktiviteleri içermekte ve *Ius Civile*'de kabul edilen anlaşmaları kapsamaktadır. *Ius Civile*'de tanımlanmayan hiçbir fiil, sözleşme kapsamında değerlendirmeye tabi tutulamamıştır. Fakat ihtiyaç duyulan hükümler, imparatorlar veya *praetorlar* tarafından hazırlanan paklarla güvence altına alınarak borç kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabilmiştir¹³. Muhteva bakımından Türk hukuk sistemindeki sözleşme tanımı, çok geniş bir alanı içermekteyken, Roma hukukundaki

⁸ Ius. Ins. 13.3.2: “*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio...* (Aşağıdaki bölüm onları dört çeşide ayırır; çünkü bunlar ya sözleşmeden veya sözleşme benzerinden, haksız fiilden veya haksız fiil benzerinden ortaya çıkarlar...)”; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Onbirinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, ss. 39-42.

⁹ Kaynaklarına göre borçlar sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar, haksız fiilden doğan borçlar ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar şeklinde de tasnif edilmektedir. Bkz, Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, Dokuzuncu Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016, ss. 63, 134, 136.

¹⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ondokuzuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, ss. 1-5, 115-116; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 21 vd.

¹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 460 vd.; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 19.

¹² TBK. m.1: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.”

¹³ Rado, **Roma Hukuku**, ss. 42-43.

sözleşme tanımı, dar sınırlı bir çerçeveyi kapsamaktadır. Bu durum ise iki hukuk sistemindeki farklılığın temel sebebini oluşturmaktadır.

Tek taraflı vaatlerin borcun kaynakları arasında kabul edilmesi bakımından Türk hukuku ile Roma hukuku arasında fark bulunmaktadır. Tek taraflı vaatler (*pollicitatio*), Roma hukukunda ancak özel durumlarda karşı tarafın bunu kabul etmesi ile geçerlilik kazanmakta veya dini bir işleve sahip ise geçerli kabul edilmiştir¹⁴. Fakat Türk Borçlar Kanunu (TBK.)'na göre resmi olarak ilan edilen vaatler, vaatte bulunan taraflara borç yükümlülüğü getiren kanuni bir sebep olarak kabul edilmektedir¹⁵.

Borcun kaynakları arasında olan sözleşme iki hukuk sisteminde de geçerli olmasına rağmen, Türk hukuk sistemindeki uygulama Roma hukukundan farklılık göstermektedir. Türk hukuk sisteminde sözleşme, çerçeve bir düzenlemeyle kendisine yer bulmuş ve kanunun bahsettiği unsurlarını taşıyan bütün irade açıklamaları sözleşme olarak nitelendirilerek bu irade açıklamasına yüklenen sonuçlar, taraflar için alacak ve borçlar yaratmıştır¹⁶. Roma hukukunda sözleşmeler, tek tek sayılmak suretiyle nelerin sözleşme olarak kabul edilebileceği belirlenmiş ve bu kapsamın içerisine girmeyen hukuki durumlar sözleşme olarak nitelendirilmeyerek herhangi bir sonuç bağlanmamıştır.

Haksız fiillerin değerlendirilmesinde, sözleşmede olduğu gibi, Türk hukuku ve Roma hukuku arasında farklılıklar söz konusu olmuştur. Türk hukukunda haksız fiil, kanun tarafından tanımlanarak, kanun metninin taşıdığı bütün unsurları bünyesinde barındıran davranışlar haksız fiil olarak kabul edilmiştir¹⁷. Roma hukukunda ise haksız fiiller genel bir tanıma tabi tutulmayarak tek tek belirlenmiştir¹⁸. Günümüzde çoğunlukla ceza hukuku kapsamında değerlendirilen suçlar, haksız fiil olarak kabul edilmiştir. Bu hukuk sisteminde devlet, suçluyu takip etme ve zararı tazmin etme gibi

¹⁴ Rado, **Roma Hukuku**, ss. 41-42.

¹⁵ TBK. m.9/1: “Bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimse, sözünü yerine getirmekle yükümlüdür.”

¹⁶ TBK. m.1/1: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”

¹⁷ TBK. m.49/1: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

¹⁸ Rado, **Roma Hukuku**, s. 146.

işleri mağdurun yapmasını kabul etmiştir¹⁹. Her ne kadar belirli fiillerin haksız fiil olarak tanımlandığı ve bu şekilde sorumluluk kurulduğu kabul edilse de bu fiillerin kendi bünyelerinde taşımaları gereken belli başlı unsurlar vardır. İlliyet bağı, hukuk kurallarına aykırılık, zarar, kusur (*culpa*) faktörünü içeren bir fiilin bulunması suçun ya da haksız fiilin bir kimseye isnat edilebilmesi için gereklidir. Hem Türk hem Roma hukukunda sorumluluğun unsurlarından birisi olan kusur kavramı ve bu çalışmanın temelini teşkil eden konudur.

3. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Gerçekleşmesi için öngörülen bütün şartları taşımasıyla birlikte, sorumluluğun borçlu için doğacağı kabul edilmektedir. Çeşitli sorumluluk tipleri söz konusu olmakla beraber çalışmada kusur sorumluluğu incelenmiştir. Diğer sorumluluk hallerinden özet olarak bahsedilmiş olup detaylı bir inceleme yapılmamıştır. Kusurun, Türk hukukundaki görünümü üçüncü bölümde incelenmiştir. Bu çalışma kısmında borçlunun kusur sorumluluğu ile alakalı durumlar incelenirken haksız fiil hükümlerine kanun gereği yapılan atıf sebebiyle haksız fiil şartları ve kusur bağlantısı incelenmiştir. Sorumluluğu sona erdiren sebepler çalışmada incelenmemiştir.

Kusur, Türk hukukunda haksız fiil hükümleri altında incelenen bir kavramdır. Roma hukukunda ise haksız fiil, Türk hukukundan farklı olarak ceza hukukunun konusunu oluşturan suçları içermektedir. İkinci bölümde kusurun, Roma hukukundaki görünüm şekilleri incelenmiştir. Konunun içeriği ve tarihi gelişim sebebiyle haksız fiilde başlayan bazı sorumluluk görünümleri incelenmiş ama haksız fiil olarak görünümlerinden detaylı şekillerde bahsedilmemiştir. *Mora debitoris* konusu bünyesinde kusurla alakalı bazı yaklaşımları içerse de çalışmamızın konusuna dahil edilmemiştir.

Üçüncü bölümde, sözleşmeler detaylı şekillerde incelenmiştir. Kusurla alakalı metinlerin bulunmadığı sözleşmeler çalışmamızda genel bilgiler verilerek incelenmiştir. Bununla birlikte çalışmamızda konunun içeriğinin daha iyi

¹⁹ Rado, **Roma Hukuku**, ss. 141-143.

anlaşılabilmesi için çalışmanın kapsamına girdiği oranda ilgili müesseselere yer verilmiştir.

4. TEMEL KAVRAMLAR ve LİTERATÜR

Sözlükte “eksiklik, noksanlık, nakisa, elverişsizlik, bilerek veya bilmeyerek bir işi gereği gibi yapmama” gibi anlamlara gelen kusur, Türk hukuk sisteminde kendisine geniş çapta yer bulmuştur²⁰. Hukuki bir terim olarak, “Tazminatı veya cezalandırılmayı gerektiren hukuka aykırı davranış biçimi; kusur, kast, ihmal veya tedbirsizlik sonucunda ortaya çıkar; ayrıca borçlunun sözleşmenin gereklerini yerine getirmemesi kusurdur.”²¹. Roma hukukunda kusur kavramını da içeren *culpa*, oldukça geniş bir şekilde tanımlanmaktadır: “Ya bir fiili işlerken veya yapması gerekli bir işi yapmadığı için başkasına zarar veren kimsenin, gerekli dikkat ve itinaı göstermemesi hali. Kusur. Kusur, kast (*dolus*)veya ihmal (dar manada *culpa*) vasfında olabilirdi.”²². Yani kusur genel anlamıyla hileli işlemleri içeren yasadışı işler veya ihmal barındıran fiilleri kapsamaktadır²³. Roma hukukunda *culpanın*, *culpa lata* (ağır), *culpa levis* (hafif) ve *culpa levissima* (çok hafif) olmak üzere üç farklı grupta değerlendirilmesi ve *dolus malus* (hile) ile bağlantılandırılarak açıklanması, kusur üzerinde bireyin iradesinin de işleme tabi tutulduğunu göstermektedir. Roma hukukunda kusur kavramı

²⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Erişim: <https://sozluk.gov.tr>)

²¹ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 451.

²² Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955, ss. 50, 60.

²³ D. 4.3.1.2 (Ulp.): “...*posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. (...Ancak Labeo, bunun bir başkasının aşırıya kaçması nedeniyle iddiasız bir şekilde gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu belirtiyor ve bir şeyin hile olmadan yapılması ve başka bir şeyin iddia edilmesi mümkündür; tıpkı kişilerin bu tür bir ayrıştırmayı kullanarak hem kendilerinin hem de başkalarının çıkarlarını koruyan davranışlarda bulunmaları gibi. Dolayısıyla, kast niyetinin tanımını şu şekilde vermektedir: "Başkasını atlatmak, kandırmak veya aldatmak amacıyla kullanılan bir hile, aldatma veya entrika." Labeo'nun tanımı doğru olanıdır.”; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, Oxford, 1996, ss. 244-249; William Smith, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities** John Murray, London, 1875, s. 373. (Erişim: https://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Culpa.html#:~:text=Levissima%20culpa%20came%20within%20the,a%20culpa%2C%20and%20therefore%20punishable.)*

incelenirken açıklanması gereken terimlerden bir diğeri ise hafif ihmalden de sorumluluk anlamına gelen *omnis culpa*²⁴. Bu kavram Roma hukukunda hafif ihmalden dolayı sorumlu tutulan borçlunun ağır ihmalden dolayı sorumlu tutulması gerektiğini mantıksal olarak ifade etmektedir. Türk hukuk sistemi ve Roma hukuk sisteminden etkilenen diğere ÷lke hukukları da göz önüne alınarak incelendiğinde kusurun, insan davranışları sonucunda ortaya çıkan bir olgu olduğu ve hukuk dünyasında çeşitli alanlarda kendisine sonuçlar bağlandığı hükmüne ulaşılabilir²⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nda kusurun tanımı yapılmamış ve bu boşluğun giderilmesi öğretiyeye veya ilgili kurumların yorumlamalarına bırakılmıştır. Türk hukuk sisteminde kusurun gerçekleşmesi, kusurun derecesinin az veya çok olmasına bakılmaksızın tazminata hükmedilmesi anlayışına bağlı olarak kusur türleri belirtilmemiş, fakat kast veya ihmalin derecesine göre hâkime tazminat miktarını tayin etme imkânı tanınmıştır²⁶. Varlığı sorumluluk doğuran, yokluğu ise sorumluluğu ortadan kaldıran kusur, haksız fiilin temel unsuru olarak kabul edilir²⁷. Sözleşmeden doğan sorumluluk konusunda, kanunda yapılan atıf sebebiyle kendisine geniş ölçüde yer bulan haksız fiil sorumluluğu kusur unsurunu muhtevasında barındırmaktadır. Kimi sözleşmelerde kanun sebebiyle belirlenmiş olan sorumluluk ağırlaştırılmış veya hafifletilmiştir²⁸. Kanunda kısıtlayıcı bir hüküm bulunmayan hallerde tarafların kendi iradeleriyle sorumluluğu hafifleten veya ağırlaştırılan anlaşmalar yapmalarına izin verilmiştir²⁹. Değişen dünyanın etkisiyle kusur sorumluluğunun yetersiz kaldığı

²⁴ Umur, **Lügat**, s. 144.

²⁵ Habip Oğuz, "Sorumluluk Hukukunda Kusur," **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 28, 2016, 275.

²⁶ Kübra Demir, "Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, 8, 1-2, s. 83.

²⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu ve diğerele, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, ss. 70-71; İhsan Erdoğan, "Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru," **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 3, 1, 1990, s. 109-111.

²⁸ Bkz. TBK. m. 114: "... İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir."; TBK. m. 527: "Vekâletsiz işğören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işğören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir."

²⁹ Sorumluluğun kaldırılması konusunda kanun tarafından getirilmiş yasaklar için bkz. TBK. m. 115, TBK. m. 221, TTK. m. 765, TTK. m. 767, KTK. m. 111/1.

durumlar için kusursuz sorumlulukta hukuk alanında kendisine yer bulmaya başlamıştır. Kusur sorumluluğunun köklerine bakıldığında Roma hukukunun öğretileri ile karşılaşılmaktadır. 12. yüzyılda başlayan Roma hukuku çalışmalarında kusursuz sorumluluğun esas sorumluluk, kusur sorumluluğunun ise istisna olarak kendisine yer bulduğuna ama ilerleyen zaman içerisinde kusursuz sorumluluğun istisna, kusur sorumluluğunun ise esas sorumluluk haline geldiğine şahitlik edilmektedir.

Günümüz hukuk sistemlerinde sorumluluğun doğması için hem haksız fiiller hem de sözleşmeler alanlarında ön plana çıkan ilkelere birisi kusur sorumluluğu ilkesidir³⁰. Sözleşmeler hukuku alanında, Roma hukukunun ilk dönemlerinde kusursuz sorumluluk ilkesi esas, kusur sorumluluğu istisna iken zaman içerisinde bu sorumluluk türü kusur sorumluluğuna dönüşmeye başlamış ve Iustinianus Dönemi'ne gelindiğinde kusur sorumluluğu esas kusursuz sorumluluk istisna kabul edilmiştir.³¹ *Corpus Iuris Civilis*'in günümüze ulaşan kısmında *Digesta* adlı bölümden erişilen bilgilere göre *interpolatio* yoluyla değiştirilen klasik dönem hukukçularının eserleri sayesinde bu ilkenin uygulandığına ulaşılabilmektedir³². *Interpolatio*, yazılı bir metin üzerinde, manasını veya şümülünü değiştirmek, bazen kısaltmak ve basitleştirmek için bilinçli olarak yapılan değişiklik anlamına gelmektedir³³. *Interpolatio* yoluyla eserlerin değiştirilmesinde temel amaç önceki dönemlerde uygulanan farklı sorumluluk esaslarından uzaklaşılması ve yeni bir sorumluluk türü olan kusur sorumluluğunun uygulanabilir hale getirilmesi isteğidir³⁴. Günümüze ulaşan eserlerin orijinal versiyonlarına kıyasla değiştirilmiş bir halde bulunmasından dolayı Roma hukukunun,

³⁰ Abdurrahman Savaş, "Roma hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi," **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 80, 2, 2022, s. 554.

³¹ Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 288; Özlem Söğütlü-Erişgin, **Roma Hukukunda Tarihi Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Ölçütleri**, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, ss. 132-133; Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, Onuncu Baskı, Sayram Yayıncılık, Konya, 2019, s. 34.

³² Cristoforo Cosentini, Kudret Ayiter, "Corpus Iuris Tetkiklerinde Tenkidi Çalışmaların Yeni İstikameti," **AÜHFD**, 11, 1, 1954, s. 567; Şakir Berki, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949, s. 52.

³³ Umur, **Lügat**, s. 93.

³⁴ Berki, **Roma Hukuku**, s. 52.

klasik hukuk döneminde yer alan sorumluluk türlerinin temel nitelikleri net ve detaylı bir şekilde öğrenilememiştir³⁵.

Roma hukukunda sorumluluk türünün, kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna dönüşmesi bir anda gerçekleşen bir olgu değildir. Kusursuz sorumluluğun sözleşmelerde ön planda olduğu klasik hukuk döneminde, haksız fiiller alanında kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşüm başlamış bulunmaktaydı. Sözleşmeler alanına bu dönüşümün geç yansımalarının sebebi, haksız fiillerde cezalandırıcı olgunun kişinin işlediği davranışa dayanması ve kişilerin ancak bile isteye yaptığı hareketlerden dolayı sorumlu tutulmasıdır. Sözleşmeler alanında dönüşümün geç başlamasının sebebi ise kişinin kusurlu tutulması için, kişinin iradesini değerlendirmenin haksız fiillerdeki kadar kolay olamamasıdır.

Kusur tanımının içerisine girebilecek farklı davranış tiplerinin veya kavramların ortaya çıkması sözleşmeler alanında kusur sorumluluğuna doğru geçişte önem arz etmiştir. Haksız fiiller alanında çok daha eski dönemlerden itibaren kusur sorumluluğuna doğru yaşanan dönüşümün etkisi, *Lex Aquilia* adlı kanunun kabul edilmesiyle kendisini göstermiştir. Bu kanunun yürürlüğe girmesiyle, ihmalin somut olayda bulunması, mala verilen zararlar da kişinin sorumluluğu için yeterli kabul edilmesine sebep olmuştur. Bir süre sonra bu yaklaşım sözleşmeler hukukunu da etkisi altına alarak, bu alanda kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşümün başlamasına sebep olmuştur³⁶.

Kusur faktörünün etkilerinin tespit edilebildiği sözleşmeler alanında farklı sözleşme tiplerini mevcuttur. Bu sözleşme tipleri rızai, ayni, yazılı ve sözlü olarak yahut hüsnüniyet sözleşmeleri ya da dar hukuk sözleşmeleri olarak gruplandırılabilir³⁷. Farklı sözleşme türlerinin bulunmasından dolayı tek bir sorumluluk türü sözleşmelere uygulanamamıştır. Aynı zamanda, bu sözleşme tiplerinin kimisinin tek tarafa kimisinin sözleşmeye taraf olan herkese bazense sadece belirli durumlarda taraflardan birisine

³⁵ Söğütü, *Contractus*, 379; Şahin Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri*, Ondördüncü Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s. 53.

³⁶ Savaş, s. 555; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2021, ss. 43-64.

³⁷ Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, ss. 128-131.

borç yüklemesi yeknesak bir sorumluluk tipinin uygulanmasını iyice zorlaştırmıştır³⁸. Bundan dolayıdır ki çeşitli sorumluluk türleri aynı anda ama farklı sözleşmeler ya da sözleşmelerin ihlalinde farklı davranışların olması durumu için uygulanmıştır. Bu sorumluluk kıstasları *custodia* yani gözetim sorumluluğu, *diligentia* özen sorumluluğu, *omnis culpa* olarak ifade edilebilecek bütün kusurlardan doğan sorumluluk ve *culpa* kavramının içerisinde yer alan *dolus* ve *culpa* (ihmal anlamıyla) klasik hukuk döneminde uygulanmış çeşitli sorumluluk tipleridir. Klasik sonrası dönemde kendisine tekrar yer bulmuş olan *utilitas* kavramı da bu sorumluluk tipleri içerisinde değerlendirilebilir. *Utilitas* sözleşmeler hukukunda tarafların sözleşmeden elde ettikleri yarar ve zarar dengesini gözeterek, kişinin sorumluluklarının belirlenmesinde bir ölçü olarak kabul edilen *diligentianın* özel bir halidir³⁹. Kısaca bahsetmek gerekirse *custodia* sorumluluğu kişinin üzerine düşen bütün görevleri düzgünce yerine getirmesi halidir. *Custodia* sorumluluğunda, *vis maior* adı verilen mücbir sebebin meydana gelmesi halinde sorumluluk kalkar. Onun haricinde beklenmedik hallerden dahi meydana gelen zararlardan taraflar sorumlu tutulur⁴⁰. *Diligentia* sorumluluğu, özen yükümü olarak kabul edilirken aynı zamanda kendisi hafif ihmalin belirlenmesi yani özenli bir kimsenin göstermesi gereken özeni göstermemesinin değerlendirilmesinde kullanılmıştır. Hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesi için kimi zaman özenli ve dikkatli bir aile babasının (*diligens pater familia*) işlerinde gösterdiği dikkat ve özen ölçütü olarak kabul edilirken kimi zamanda borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) sorumluluğun tespiti için kullanılmıştır⁴¹. *Omnis culpa* sorumluluğuna gelecek olursak kural olarak bütün kusurlardan sorumluluk olarak kabul edilir. Aynı durum Türk Borçlar Kanunu için de geçerlidir. Fakat hafif ihmalden sorumluluk hali sözleşme ile aksi kararlaştırılarak ortadan kaldırılabilen bir olgu olmuştur. *Omnis culpa* hali fayda

³⁸ Alan Watson, “The Evolution of Law: The Roman System of Contracts,” **Law and History Review**, 2, 1, 1984, s. 3.

³⁹ Nilgün Dinçer Araz, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (*Diligentia*),” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 22, 1, 2020, s. 171, 176; Söğütlü, **Contractus**, s. 380.

⁴⁰ James Gordley, “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances.” **The American Journal of Comparative Law**, 52, 3, 2004, ss. 513–30.

⁴¹2. Araz, s. 1175; Söğütlü, **Roma Özel**, 380.

prensibine göre zaman zaman ağırlaştırılıp hafifletilebilmiştir⁴². *Utilitas*, yorumlayıcılar tarafından fayda prensibi olarak kabul edilmiştir. Buna göre bazı sözleşmelerde sorumluluk ve hasarın taşınması bakımından tarafların sözleşmeden elde ettikleri menfaat bulunup bulunmadığına bakılmış ve buna göre borçlunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığına karar verilmiştir⁴³.

Tezin birinci ve ikinci bölümü için Zimmermann tarafından yazılan *The Law of Obligations* isimli eser Roma hukukunu karşılaştırmalı olarak incelemekte, bu hukukun günümüz Alman, İngiliz ve Güney Afrika hukuk sistemleri üzerindeki etkisini Tarihi olarak açıklamaktadır⁴⁴. Özellikle klasik kaynakların kullanılması ve hükümlerdeki değişimlerin zamansal ve mekânsal bağlamda etkisinin incelenmesi bakımından eser Roma hukuku alanında öncül kabul edilmektedir ve çalışmanın tamamlanmasında bu eserden faydalanılmıştır. Tahiroğlu ile Erdoğan tarafından yazılan *Roma Hukuku Dersleri* ve Çelebican tarafından yazılan *Roma Hukuku*, Marzo tarafından yazılan *Roma Hukuku*, Honig tarafından yazılan *Roma Hukuku Derleri* isimli kitaplar Roma hukukunun gelişim dönemleri hakkında bilgi vermekle beraber, metodoloji ve kavram bakımından bu hukuk sisteminin detaylarını anlatmasıyla önem arz etmektedir⁴⁵. Kusur unsurunun metodoloji ve usul kapsamında anlaşılmasında bu eserden faydalanılmıştır. Erdoğan tarafından yazılan *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, Tahiroğlu tarafından yazılan *Roma Borçlar Hukuku*, Akıncı tarafından yazılan *Roma Borçlar Hukuku*, Koschaker tarafından yazılan *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, Söğütlü tarafından kaleme alınan *Roma Özel Hukuku* isimli eserler borçlar hukukunu örnekler ve olaylar üzerinden açıklamaları yönüyle bu hukuk sisteminin anlaşılmasında, kusurun sözleşmeler üzerindeki etkisinin analiz edilmesinde kullanılan temel kaynaklar arasındadır.⁴⁶ Rado tarafından yazılan *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* isimli eser ise Türk ve Roma borçlar hukukunu karşılaştırmalı olarak açıklayarak farklılık ve benzerlikleri göstermesi

⁴² Hilal Zilelioğlu, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış,” **AÜHF**, 39, 1, 1987, s. 260.

⁴³ Söğütlü, **Contractus**, s. 217.

⁴⁴ Zimmermann, s. viii-xiii.

⁴⁵ Tahiroğlu, Erdoğan, ss. xv-xix.

⁴⁶ Belgin Erdoğan, **Roma Borçlar Hukuku**, Birinci Baskı, Der Yayınları, 2005, ss. 3-18; Tahiroğlu, ss. xx-xiii.

bakımından önem arz etmektedir⁴⁷. Günümüz Türk hukuk sistemindeki borç hükümlerinin temelini anlaşılması, kusur unsurunun sözleşmelerdeki etkisinin iki hukuk sistemi arasında karşılaştırmalı olarak analiz edilmesinde bu eserden faydalanılmıştır. Savaş tarafından yazılan “*Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusuru Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi*” makale, bu çalışmada faydalanılan temel kaynaklar arasındadır. Söğütü tarafından kaleme alınan *Roma Hukukunda Contractus(Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Ölçütleri* isimli kitap, Roma hukukunda kusur kavramını derinlemesine incelemiş ve sözleşme tipleri bakımından her bir sorumluluk tipini ayrı ayrı dikkate almıştır. Çalışmamızda kullanılan latince metinler için <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr> adresi, Roma hukukuna dair latince metinleri bünyesinde bulundurmaktadır.

Borçlar hukuku alanında, kusur kavramını anlatmak ve Roma hukukunun buna etkisini göstermek için yazılan üçüncü bölümde Eren tarafından yazılan *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Oğuzman ve Öz tarafından yazılan *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1-2* gerekli kavramların açıklanması, konunun çerçevesinin belirlenmesinde kullanılmıştır. Bu kitaplar genel olarak Türk hukuk sisteminde borçlar hukukunun temel bilgilerini barındırmaktadır. Tandoğan tarafından yazılan *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)* isimli kitaptan Türk hukukunun sorumluluk kavramına yaklaşımları incelenmiştir. Koşar tarafından yazılan *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi* isimli kitap türk hukukunda kusurun sözleşmeden doğan sorumluluğa yansıtılması bakımından haksız fiil hükümlerine yer verilmesini içermektedir. Bahsi geçen kitaplar metin tenkit yöntemiyle incelenerek öğretilerde kusur hakkında yapılan görüşlere yer verilmiştir. Kusurun tanımı, ilgili kurumlarla bağlantısı açıklanmaya çalışılmıştır

Bahsedilen eserlerden farklı olarak, bu çalışma Roma sözleşmeler hukukunda kusur kavramını detaylı olarak incelemeyi amaçlamaktadır. Buna ek olarak Roma

⁴⁷ Rado, ss. 1-5.

hukukundaki kusur unsurunun Türk borçlar hukuku üzerindeki etkisini imkanlar dahilinde analiz etmeyi hedeflemektedir.







BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞME DEN DOĞAN SORUMLULUKTA KUSUR İLKESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak Roma Hukukunda Sorumluluk

Sorumluluk, hukukun bireylerin işledikleri fiillerden doğan sonuçları taşıyabilmeleri için en önemli kavramlarından birisidir. Bu kavram Roma borçlar hukukunda sözleşmelerin hangi şartlar altında, ne tür ölçütlere göre yapılacağı ve kimlerin ne ile yükümlü olduğunun belirlenmesi açısından önemlidir. Sözleşmelerden kaynaklanan zararların tatmin edilmesi, borçlunun ve alacaklının yükümlülüklerinin tespit edilmesi açısından “sorumluluğun” sınırlarının ve kapsamının tespit edilmesi gerekir.

Hukuk sistemleri incelendiğinde sorumluluk konusunda iki temel ilkenin geliştiği gözlenmektedir. Bunlardan ilki kusursuz sorumluluk, ikincisi ise kusur sorumluluğudur. Özellikle ilkel hukuklarda, failin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın zararın oluşması yeterli görülmüştür. Bu sorumluluk türünde önemli olan husus dış dünyaya yansıyan etkidir. Daha gelişmiş toplum ve hukuk düzenlerinde kusur sorumluluğu esas alınmış ve failin olayda kastının olup olmaması yani bir nevi failin niyetinin değerlendirilmesine de başvurulmuştur. Sorumluluk konusunda bu ikili değerlendirme hukuk sistemine girişi, toplumsal ve hukuki düzendeki gelişmeyi işaret eder. Roma hukukunun erken dönemlerinde de yalnızca kusursuz sorumluluk değerlendirmesi hâkimken; zaman içerisinde “kusur” kavramı gelişmiş ve kusur sorumluluğunun değerlendirilmesi yönünde bir geçiş yaşanmıştır¹.

Iustinianus döneminde, Roma hukukunda kusur sorumluluğu temel ilke haline gelmiş ve kusurun hangi ölçütlere göre belirleneceği, hangi durumlarda kusurun sorumluluğu ortadan kaldıracığı, fail ile fiil arasındaki illiyet bağında kusurun sorumluluğa etkisi hususlarında düzenlemeler yapılmıştır. Bu bölümde Roma

¹ Abdurrahman Savaş, “Roma hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi,” **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 80, 2, 2022, ss. 543-544.

sözleşmeler hukukundan kısaca bahsedildikten sonra sözleşmeden doğan sorumluluk çeşitleri (kusursuz sorumluluk ve kusur sorumluluğu) ve kusur sorumluluğu türleri açıklanacaktır².

Roma hukukunda borcun kaynakları ilk olarak haksız fiiller ve sözleşmeler olarak sayılmıştır. Daha sonra Gaius tarafından bu ayrıma 'bazı diğer haller' eklenmiştir. Gaius'un eklediği bu diğer bazı haller Iustinianus tarafından detaylandırılmış ve haksız fiil benzerleri ve sözleşme benzerleri olarak metinlerde yerini almıştır. Bu ayrımlardan anlaşıldığı üzere her ne kadar dörtlü bir ayrıma tabi tutulmuşsa bile borcun kaynakları temelde haksız fiil ve sözleşme olarak kalmaya devam etmiştir. Roma hukukundaki haksız fiil kavramı, günümüz hukukundan tamamen farklıdır. Sözleşme kavramı açısından da bizim kabul ettiğimiz sözleşme tipinden sapmalar söz konusudur. Bu sebeple her bir sorumluluk kaynağı açısından kusurun etkisi ve dönüşümü ile bu dönüşümün modern hukuka etkisi her iki kavram açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Roma hukukunun çok eski dönemlerinde haksız fiiller açısından kişiler kusurları olmasa bile sorumlu tutulmuşlardır. Kişinin kusuru olmadan sorumlu tutulmasında objektif sorumluluk esasının geçerli olduğu kabul edilir³. Objektif sorumluluk esasında kişinin sorumluluğunun doğduğunu kabul etmek için meydana gelen zarar ile fiil arasında illiyet bağının olması yeterlidir⁴. XII Levha Kanunları ile kişiler üzerindeki bu ağır sonuçlardan vazgeçilmiş yavaş yavaş kusur ilkesine doğru yönelmeler başlamıştır. XII Levha Kanunlarına göre kasten adam öldürmenin cezası kısas olarak kabul edilmiş ama kişinin öldürmede kastı yoksa mağdur ailesine diyet ödeyerek kısas cezasından kurtulabileceği kabul edilmiştir⁵. Bu kanunlara göre

² İkinci bölümde sözleşme çeşitleri ve bu sözleşmelerde tarafların kusur sorumluluğu ayrıntılı olarak işlenecektir.

³ Günhan Gönül Koşar, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, Birinci Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2020, s. 12; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, Onsekizinci Baskı, Timurhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 288.

⁴ Özlem Söğütü Erişgin, **Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 374; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Onbirinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 143.

⁵ Halide Gökçe Türkoğlu, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, İkinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2017, 139.

kısaстан, kastın olmadığı taksirin bulunduğu durumlarda kurtulabilme imkânı getirilmiştir. Bu şekilde bir yaklaşım bizlere sorumluluğun doğması için kastın arandığını gösterir. Roma hukukunun ilk dönemlerinde *iniuira* kavramıyla kasten hareket edilen hukuki davranışlar ifade edilmeye çalışılmıştır. Kavram kendi bünyesinde kast iradesini aramıştır⁶.

Roma hukukunda sorumluluk hukukuna egemen olan tek bir ilke olmadığı gibi sorumluluğun tespitine yarayan tek bir sorumluluk ölçütü de bulunmamaktadır. Bu sorumluluk ölçütleri sayesinde borçluya, sözleşmeden doğan zarar yüklenir. Roma hukuku kaynaklarında sözleşmeden doğan sorumluluk ölçütleri *custodia, dolus, culpa diligentia, utilitas* olarak sayılmıştır⁷. Bu sorumluluk ölçütlerinin sözleşmeye uygulanması aşamasında her sözleşme sahip olduğu özelliklere göre değerlendirilir.

1.1. Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, dış unsurlara bakılarak karar verildiğinden tespiti kolay kabul edilen bir sorumluluk türüdür. Edimi ifa etmeme sonucundan ve zarara neden olma sonucundan hareket eden, borçlunun kusurunu araştırmayan, hukuk kuralının objektif olarak ihlalini yaptırma bağlayan sorumluluk ilkesi kusursuz sorumluluk (sonuç sorumluluğu, netice sorumluluğu) olarak adlandırılır⁸. Sorumlu tutulanın davranışıyla zararlı sonuç arasında objektif olarak bir bağ kurulur ve bu bağ nedensellik bağı, illiyet bağı olarak kabul edilir. Roma hukukunda sözleşmeler alanında imparatorluk devrinin sonuna kadar bu sorumluluk türü etkili olmuştur⁹. Dar hukuk dönemi olarak da kabul edilen, hukuk alanında sıkı şekil şartlarının hâkim olduğu Roma hukuku döneminde ferden bir şeyi verme (*dare*) borcu doğuran, *stricti iuris* borçlarda sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmiştir. Borçlunun yüklendiği borcu yerine getirmemesi durumunda neden yerine getirmediği önem

⁶ Belgin Erdoğmuş, **Roma Borçlar Hukuku**, Birinci Baskı, Der Yayınları, 2005, s. 127; Bahar Öcal, “Damnum Iniuria Datum’da Iniuria ve Culpa İlişkisi,” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2, 1, 2016, ss. 345, 354.

⁷ Söğütlü, **Contractus**, s.136.

⁸ Söğütlü, **Contractus**, s.118.

⁹ Savaş, s.543.

taşımazdı¹⁰. XII Levha Kanunları'nda yer alan "Dil ne söylediyse hukuk o olsun"¹¹ prensibiyle kişinin borcuna mutlak manada bağlanması arzulanmıştır.

Kusursuz sorumlulukta önemli olan dış dünyada bir sonucun meydana gelmesidir. Bu yüzden bu sorumluluk türüne netice sorumluluğu da denilmektedir¹². Bu sorumlulukta borç ilişkisiyle arzu edilen sonucun gerçekleşmemiş olması, borçlunun kusuruna bakılmadan sorumlu tutulmasını gerektirir¹³. Ariyet alan borçlunun aldığı çiftlik malzemesini geri vermemesi, satıcının satmış olduğu malı haklı sebebi olmaksızın teslimden kaçınması gibi durumlarda borçlu kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulmaktaydı. Kusursuz sorumluluğun uygulandığı klasik hukuk döneminde kendisine uygulama alanı bulan sorumluluk türü *custodia* sorumluluğudur. Bu sorumluluk esasen bir kusursuz sorumluluk hali olduğu kabul edilmektedir¹⁴. XII Levha Kanunları'ndaki düzenlemelere bakıldığında eski hukuk döneminde sözleşme içi ve sözleşme dışı ilişkilerde kusursuz sorumluluğun uygulandığı kabul edilebilir. Somut olayda sonuçla bağlantısı açısından ihlal eden tarafın davranışı ve sonuç arasında uygun illiyet bağı olduğu kabul edilebilirse borçlu sorumlu tutuluyordu¹⁵.

Şekli sözleşmelerin sosyal yaşamda büyük önem taşıdığı eski hukuk döneminde sözleşmeler alanında da sonuç sorumluluğu ilkesi uygulanmıştır¹⁶. Borçlu, belirli bir şeyin verilmesine ilişkin borçlarda edimin yerine getirilmemesi sonucunu doğuran olumlu fiillerinden sorumlu tutulmaktaydı. Bu sorumlulukta borçlunun kusurunun veya beklenmeyen halin gerçekleşmesinin herhangi bir önemi yoktur. Borçlu belirli bir sonucu taahhüt ettiği için, sonucun yerine getirilmemesiyle beraber sorumluluğu doğuyordu¹⁷. Eski hukuk döneminde sonuç sorumluluğunun temeli *bona*

¹⁰ Savaş, s.555.

¹¹ *Uti lingua nuncupassit, ita ius esto*

¹² Söğütlü, *Contractus*, s.119.

¹³ Söğütlü, *Contractus*, s.119.

¹⁴ Övünç Güvel, "Roma Hukukunda Sorumluluk," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25, 2, 2017, ss. 382-381.

¹⁵ Söğütlü, *Contractus*, s.120.

¹⁶ Söğütlü, *Contractus*, s.125.

¹⁷ Söğütlü, *Contractus*, s.125.

*fides*¹⁸ ilkesine dayandırılmaktadır¹⁹. Belirli davranışlar ve belirli sözlerle kurulabilen şekle bağlı, dar hukuk davasına (*stricti iuris*) konu olan sözleşmelerde taraflar birbirine karşı söz vermektedirler. XII Levha Kanunu'nda dil ne söylemişse öylece hukuk olsun/ ona uymak zorunlu olsun²⁰ sözleriyle, söze bağlılığın derecesi ortaya konulmuştur. *Fides* sözleşmenin içeriğini oluşturan bu sözlerin yerine getirilmesiyle alakalıdır. Borçlunun verdiği sözleri neden yerine getirmediği ya da getiremediği ile ilgilenmez²¹.

Türk hukukundaki kusursuz sorumluluk hallerinin temellerini Roma hukukundan aldığı kabul edilebilir. TMK. m.369'da ev başkanı gözetimi altındakilerin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuştur²². Tam olarak aynı şekilde bir benzerlik olmasa da Roma hukukunda aile reisleri gözetimleri altındaki kölelerin ve aile evlatlarının haksız fiillerinden sorumlu tutulmaktaydı²³. TBK. m.66 ve m.116'da işlenen sorumluluk türlerine bakacak olursak m.66 adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu düzenlemiştir²⁴. Buna göre bir işveren için çalışan kişiler

¹⁸ *Bona fides*, bir kimseni dürüst ve namuslu bir şekilde hareket etmesi manasına ahlaki bir kavram olup gerek aynı haklar gerekse borçlar hukuku sahasında büyük bir ehemmiyeti haizdir. Hüsünüyet. Aynı haklar sahasında, zilyetlik ve müruruyetliği devreden kimseyi malik zannetmek veyahut, malik değilse bile, malikten böyle bir salahiyeti almış bulunduğu kanaatinde olmak, hülasa malike zarar verdiğini bilmemektir. Borçlar hukukunda hüsünüyet, iki taraflı bir akitte, verilmiş bir sözü veya yüklenilmiş bir taahhüdü, namuslu bir insan gibi, dürüst bir şekilde yerine getirmektir. Böyle bir taahhüt halinde meseleyi tetkik eden hâkim, yalnız anlaşmanın kelimelerine bağlı kalmayarak, tarafların halin icabına göre, yapmaları gerekli şeyleri, akitte tasrih edilmiş olmasalar bile nazarı itibara alır, Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955, s. 29.

¹⁹ Talya Şans Uçaryılmaz, **Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi**, Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2018, s. 93.

²⁰ *Uti lingua nuncupassit, ita ius esto*

²¹ Söğütlü, **Contractus**, ss.125-126.

²² TMK. m.369: “Ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur. Ev başkanı, ev halkından akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Zorunluluk hâlinde gerekli önlemlerin alınmasını yetkili makamdan ister.”

²³ Delal Kızılkaya, “**Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu**”, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2019, s. 11; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s.48.

²⁴ Dila Okyar Karaosmanoğlu, “**Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**”, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2019, s.34; TBK. m.66: “Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştırın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın

üçüncü bir kişiye zarar vermişlerse işveren bu zararın tazmin etmele sorumlu tutulmuştur. TBK. m.116'da ise borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenlenmiştir²⁵. Roma hukuku kaynaklarında, Gaius'a ait bir metinde bir sütunun naklini üstlenen kişinin kendisi veya yardımcılarının yüklenme esnasında sütunun kırılmasına sebep olması durumunda, bu yardımcıların kusurları da varsa işin yüklenicisinin kusuru olmasa bile sorumlu olacaklarını düzenlemiştir²⁶. Kusur kelimesi, kusursuz sorumluluk açısından bir soru işareti olarak gözüksede 19. yüzyıl hukukçuları borçlunun borcunu ifa ederken kullandığı şahısların kusurlarından kendi kusuru varmış gibi sorumlu olacağını kabul ederek aslında borçlunun bir kusursuz sorumluluk halinin doğduğunu kabul etmişlerdir. Yine Gaius'a ait bir metinde hancı, gemi ve ahır işleticileri yanlarında çalıştırdıkları kişilerin müşterilere haksız fiiller ile verdikleri zararlardan sorumlu tutulacaklarını beyan etmiştir²⁷. Burada işverenin adam

doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

²⁵ TBK. m. 116: “Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

²⁶ D. 19.2.25.7 (Gai.): “*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.* (Bir sütunun taşınması görevini üstlenen kişi, sütun kaldırılırken, taşınırken veya boşaltılırken kırılmasına sebep olursa, bu durum kendi kusuru ile meydana gelmişse veya çalıştırdığı işçilerden herhangi biri yüzünden ancak çok çalışkan ve dikkatli bir insanın alması gereken tüm önlemler alınır, suçlu olmayacaktır. Elbette aynı kuralın, herhangi birinin fiçileri veya keresteyi ve ayrıca bir yerden başka bir yere nakledilecek diğer şeyleri taşımayı kabul etmesi durumunda da geçerli olduğunu anlıyoruz.)”; Caslav Pejovic, "The Basis of Carrier's Liability: From Roman Law to the Rotterdam Rules," **Asian Business Lawyer** 20, 201, 2017, s.18.

²⁷ D. 44.7.5.6 (Gai.): “*Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.* (Aynı şekilde, gemi kaptanı veya meyhane veya han sahibi, gemide veya meyhane veya handa

seçmede kusurlu olarak davrandığı ve yeteneksiz kişileri kendisine yardımcı seçtiği kabul edilmiştir²⁸. TBK. m.67’de hayvan bulunduranın sorumluluğu düzenlenmiştir²⁹. Buna göre hayvanın bakımıyla ya da yönetimiyle ilgilenen kişi hayvan tarafından verilen zararları tazmin etmekle yükümlenmiştir. Roma hukukunda da dört ayaklı hayvanların verdiği zararların giderimi için mağdura bir imkân tanınmıştır³⁰. Buna göre açılacak olan bir *actio de pauperie* davasıyla, hayvanında doğasına aykırı bir zarar vermesi durumunda hayvan sahibi zararı ödemekle ya da hayvanı zarar görene teslim ederek sorumlu tutulmuştur³¹. TBK. m.69’da ise bina sahibinin binanın yapım veya bozukluğu nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararı tazmin sorumluluğu işlenmiştir³². Roma hukukunda kendisine bir binanın yıkılması dolayısıyla zarar geleceğinden tedirgin olan komşunun, kendisine verilmesi muhtemel bir zararı *cautio damni infecti* (henüz gerçekleşmemiş zarar teminatı) ile güvence altına alırdı³³.

meydana gelebilecek her türlü zarar veya hırsızlıktan dolayı cezai suç sayılabilecek bir suçtan sorumlu tutulur. Suçu kendisi işlemez, ancak gemide, meyhanede veya handa çalıştırdığı biri bunu yapar; çünkü bu dava bir sözleşme nedeniyle kendisine karşı açılmadığından ve kötü adamların hizmetlerinden yararlanmaktan dolayı bir dereceye kadar ihmalkarlık suçundan dolayı suçlu sayıldığından, fiili suç niteliğinden dolayı sorumlu kabul edilmektedir.”; David S. Bogen, “Ignoring History: The Liability of Ships’ Masters, Innkeepers and Stablekeepers under Roman Law”, **The American Journal of Legal History**, 36, 3, 1992, s. 334.; Mehmet Yeşiller, “Roma Hukuku’nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin *Receptum* Sorumluluğu”, **Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 1, 2023, s. 179.

²⁸ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.48

²⁹ TBK. m.67: “Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.”.

³⁰ Nesibe Takcı, “**Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu**”, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2021, ss. 37-41.

³¹ André Mukheibir, “Barking up the Wrong Tree – The Actio De Pauperie Revisited Van Meyeren V Cloete (636/2019) [2020] Zasca 100 (11 September 2020)”, **Obiter**, 42, 2021, s. 705; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss.48,49.

³² Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 32; TBK. m.69: “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar. Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.”.

³³ Buse Aksaray, “Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9, 2019, ss. 84,85.; Şeyda Yörük, “**Taşınmaz Malikin Hukuka Aykırı Sonuçlardan Sorumluluğu**”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, 2022, s. 23.

Klasik öncesi hukuk döneminde topraklarını iyice genişleten ve en zengin dönemlerinden birini yaşayan Roma, tarım toplumundan ticaretin baskın olduğu bir topluma doğru dönüşmüştür. Bu dönemde toplumda gerçekleşen bu dönüşüm beraberinde hukuki reformlar ya da yeni hukuk kaideleri gerektirmiştir. Doğan bu gereksinimler dönemin *praetor*ları tarafından her somut olaydaki ilişkileri göz önüne alarak sorumluluğu bu somut olayın karakterine göre düzenlemiş ve bu sayede farklı sorumluluk türlerinin içine girdiği zengin bir sorumluluk sistemi ortaya çıkmıştır³⁴. Bu dönemde *dolus* ve *culpa* kavramlarına metinlerde yer verildiği göz önüne alınırsa giderek kusursuz sorumluluktan uzaklaşıldığı kabul edilebilir. Bu dönem için tek bir sorumluluk ilkesinden bahsetmekse mümkün değildir. Olayların türlerine göre sorumluluk türleri çeşitlenmiştir.

1.1.1. *Custodia* (Gözetim) ve Kusur

1.1.1.1. *Custodia* Kavramı

*Custodia*³⁵ sadece hukuk alanında kullanılan bir kavram değildir. Hukuk alanındaki anlamıyla incelendiğinde bu kavram “göz önünde tutmak, korumak, dikkatle ve güvenle gözetmek” anlamlarında kullanılmıştır³⁶. Bazı metinlerde “gözetmek, korumak, nöbetçi koymak” anlamları sorumluluk hukukuyla ilişkili olmaksızın kullanılmıştır³⁷. Eşya hukukunda zilyetlik kavramı ile alakalı olarak “el

³⁴ Söğütlü, **Contractus**, s.126.

³⁵ *Custodia* borçlunun elinde bulunan başkasına ait bir malın telef veya zarar göstermesine mâni olmak için, borçlunun sarf etmesi gerekli ve en titiz kimselerden istenen, normalin üstünde ihtimamdır. Bazı hallerde *custodia*, kusursuz mesuliyet halini de göstermektedir mesela, hancılara eşya tevdi halinde olduğu gibi. Bkz. Umur, **Lügat**, s.53.

³⁶ Söğütlü, **Contractus**, s. 134; Özlem Söğütlü, **Roma Özel Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.38.

³⁷ Hamile birinin korunması anlamıyla D. 25.3.1.3 (Ulp.): “*Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem. Non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes marito: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. Mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare, quod non sit ex se praegnas: hoc autem vel ipsi marito vel alii nomine eius facere permittitur.* (Kadın sadece kocasına hamile olduğunu bildirmelidir. Kocasının kendisini gözetlemek üzere muhafızlar göndermesi için bu ihbarı yapmaz, çünkü hamile olduğunu kendisine bildirmesi yeterlidir. Kocasını ya kadını gözetlemeleri için birilerini göndermeli ya da kendisinden hamile olmadığını ona bildirmelidir; bu bildirim bizzat koça tarafından veya onun adına başka bir kişi tarafından yapılması caizdir.)”; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 381.

altında bulundurmak” anlamıyla kullanılırken,³⁸ sorumluluk hukuku bağlamında “*custodiam praestare*” yani gözetim altında tutma ve bu davranışta bulunulmadığında bundan dolayı sorumluluğun doğması³⁹ anlamıyla kullanılmıştır⁴⁰. Sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde *custodia* “gözetme, koruma altında bulundurma anlamlarına gelirken; *praestare*, “garanti etme, ifada bulunma” gibi anlamlara gelmektedir⁴¹.

Custodia sorumluluğu ile yükümlenen kişi kendisinin hakimiyeti alanında bulunan malın gözetimini dışardan gelebilecek zararlara karşı sağlamak zorundadır⁴². *Custodiam praestare, bona fides* unsurunu içeren bazı sözleşmeler taraflara alınan

³⁸ Eşyanın gözetilmesi anlamıyla D. 7.1.73 (Pomp.): “*Si areae usus fructus legatus sit mihi, posse me casam ibi aedificare custodiae causa earum rerum, quae in area sint.* (Boş arazinin intifa hakkı bana vasiyet edilirse, o araziye şahsi mülkiyetin korunması amacıyla kulübe yapabilirim.)”; D.7.9.2 (Paul.): “*Nam fructuarius custodiam praestare debet* (İntifa hakkı sahibi malın gözetimi sebebiyle sorumluluğu üstlenmek zorundadır)”; D.16.3.1.pr. (Ulp): “*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.* (Vedia, başkasına saklanması için verilen şeydir. *Ponere*, yani yer sözcüğünden türetilmiş olup de terimin anlamına eklenen edat, söz konusu eşyanın saklanmasına ilişkin her şeyin tarafın iyi niyetine emanet edildiğini belirtir.)”.

³⁹ Gözetim sorumluluğunun yerine getirilmemesinden dolayı sorumluluğun doğmasına ilişkin D.41.2.3.13 (Ulp.): “*Nerva filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Nam pecus simul atque aberraverit aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia eius sit et tantum cessat interim diligens inquisitio* (Oğul Nerva, bizim sorumluluğumuzda kaldığı sürece köleler dışında taşınır mallara sahip olabileceğimizi düşünüyor; yani eğer istersek, ona doğal olarak sahip olabildiğimiz sürece. Çünkü eğer bir sürü kaybolursa ya da bir vazo bulunamayacak şekilde düşerse, başka hiç kimse ona sahip olamasa da o vazo derhal bizim mülkiyetimiz olmaktan çıkar; ancak benim sorumluluğumda olan herhangi bir şeyin bulunamaması durumunda durum farklıdır, çünkü o hala yakınlardadır ve dikkatli bir arama onu ortaya çıkaracaktır.)”.

⁴⁰ Belgin Erdoğan, “Klasik Roma Hukuku’nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Birinci Cilt, Ed. Baki İlkay Engin, Birinci Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 906; Tahiroğlu, Roma Borçlar, s.69; Söğütlü, Contractus, s. 134; Koschaker’in bu konu hakkındaki ifadesi şöyledir: “... muhafazada ihtimam (*custodia*) derecesi sebebiyle mesuliyet vardır...” Paul Koschaker, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Çev: Kudret Ayiter, Yeni Matbaa, İstanbul, 1961, s.177; Savaş, s.556; William Warwick Buckland, A Text- Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge, Cambridge University Press, 1921, s. 555.

⁴¹ Söğütlü, Contractus, s. 134; Savaş, s. 556; Söğütlü, Roma Özel, s. 382.

⁴² Söğütlü, Contractus, ss. 134,135; Söğütlü, Roma Özel, s. 381.

malın güvenliğini sağlama borcu doğurmuştur⁴³. Bu durumda borçlu, üçüncü kişilerden gelebilecek hırsızlık, zarar görme hatta beklenmeyen hallere karşı malı koruma borcu altına girmiştir⁴⁴. *Custodia* kavramıyla amaçlanan malın dışardan gelebilecek tehlikelere karşı korunmasını sağlamaktır⁴⁵.

1.1.1.2. *Custodia* Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi

1.1.1.2.1. *Custodia* Kavramının Ortaya Çıkışı

Bir sorumluluk türü olarak *custodia* sorumluluğunun, ne zaman ortaya çıktığı öğretilerde tartışmalıdır. İmparator Hadrianus döneminden itibaren uygulandığını ve klasik hukuk dönemine ait bir sorumluluk türü olduğunu belirten yazarlar olduğu gibi, sorumluluğun temellerinin klasik öncesi hukuk dönemine kadar uzandığını ve eski hukuk döneminde kendisine önemli derecede yer bulan sonuç sorumluluğunun bir uzantısı olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴⁶. *Custodianın* sonuç sorumluluğu olduğunu kabul eden yazarlar gemi, han ve ahır işletenlerin sözleşmeye eğer *receptum* kaydı koymuşlarsa ortaya çıkan ağırlaştırılmış sorumluluklarına dayandırmaktadır⁴⁷. Gemi, han ve ahır işletenlerin ilerinde bulunduğu sözleşme tipi istisna sözleşmesi sayılmaktadır. Tarafların hem istisna sözleşmesinden hem de *receptum* kaydından doğan sorumlulukları *praetor edictumları* ile düzenlenmiştir⁴⁸. *Receptum* kaydı ile malı teslim alanlar, aldıkları malı, aldıkları şekilde iade etmekle

⁴³ Koschaker'in bu konu hakkındaki görüşü: "... Bu mesuliyet, bir şeyi muhafazanın, onu muhafaza edenin menfaatine olduğu akitlerde bahse mevzu olur..." Koschaker, s.178; Söğütü, **Contractus**, s. 135; Zimmermann, s. 194;

⁴⁴ Güvel, s.380; Rado, s.29; Savaş, s.556; Söğütü, **Contractus**, s. 135; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 69; Zimmermann, s. 194.

⁴⁵ Söğütü, **Contractus**, s. 135; Zimmermann, s. 194.

⁴⁶ Söğütü, **Contractus**, s. 135.

⁴⁷ Bogen, s. 334; Erdoğan, *Custodia*, s. 900; Savaş, s. 557; Söğütü, **Contractus**, s. 135; *Receptum* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşiller, Tüm makale;

⁴⁸ D. 4.9.1.pr. (Ulp.): "*Ait praetor: Nautae caupones stabularii quod cuisque salvum fore receperint nisi restituent, in oes iudicium dabo. (Praetor, gemi, han ve ahır sahiplerinin ya da işletenlerinin, teslim aldıkları ve güvenli bir şekilde korumayı taahhüt ettikleri şeyi iade etmemeleri ya da edememeleri durumlarında; gemi, han ve ahır sahiplerine karşı bir dava hakkı tanıyacağını söylemektedir.)*".

zorunlu tutulmuşlardır⁴⁹. Bu süreçte mallarının başına bir zarar gelmesi durumunda, beklenmeyen hal durumu bile söz konusu olsa sorumlulukları söz konusu olmaktadır⁵⁰.

Klasik öncesi hukuk dönemiyle beraber Roma İmparatorluğu toprağı, ekonomisi ve ticareti ile genişlemeye başlamış ve hukuki anlamda rızai sözleşmeler *bona fides* ilkesiyle bağlantılı olarak Roma hayatına girmeye başlamış bulunmaktadır⁵¹. Sonuç sorumluluğunu bu süreçte eski hukuk dönemi kadar önem göstermemiş⁵² ve gözetim *yani custodia* sorumluluğuna doğru bir eğilim başlamıştır⁵³. *Digesta* 'da yer alan çeşitli metinler de bunu destekler niteliktedir⁵⁴. Metinlerde irade sahibi olan köleler ile hayvanların gözetim sorumluluklarının farklı olması gerektiğine yönelik hukukçuların tartışmaları bulunduğu görülmektedir. Zaman içerisinde irade sahibi kölelerin gözetim altında tutuldukları yerden kaçmaları durumu mücbir sebep olarak görülmeye başlanmıştır. *Veteres*ler kölenin kaçmasını mücbir sebep⁵⁵ olarak

⁴⁹ Güvel, s. 383.

⁵⁰ Güvel, s. 400; Koschaker, s. 178; Savaş, s.557; Söğütlü, **Contractus**, ss. 135,136; Rado, **Roma Hukuku**, s. 29; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 69; Yeşiller, s.181.

⁵¹ Erdoğan, Custodia, s. 895; Söğütlü, **Contractus**, s. 136.

⁵² Söğütlü, **Roma Özel**, s. 380.

⁵³ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 380.

⁵⁴ D. 13.6.5.6 (Ulp.): “*Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. Nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinculus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.* (Ariyet verilen kölenin gözetiminden sorumlu tutulup tutulmayacağı veteresler arasında tartışmalıydı. Çünkü bazen bir kölenin ödünç verildiğinde zincirlenmesi veya yaşının korunmasını gerektirmesi gibi durumlarda nöbet tutulması gerekir; ancak kendisini isteyen tarafın onu koruması gerektiği yönünde bir anlayış varsa, bunun yapılması gerektiğine inanılmalıdır.)”; D. 13.6.5.9 (Ulp.): “*Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt.* (Ariyet verilen mal açısından ölçü, özenden sorumluluktur. Ariyet alan ariyet konusu malı semere olarak takip eden maldan da sorumludur. Örneğin, ben sana, tayı olan bir at ariyet versem, sen, tay için de gözetim yükümlülüğü altında olmak zorundasın. Bu durum veteresler tarafından da bu şekilde karara bağlanmıştır.)”; D. 18.6.13 (Alf.): “*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.* (Yataklar teslim edilmemişse ve alıcı teslimatı gecikmeyle engellememişse, zarar satıcıya ait olmalıdır.)”.

⁵⁵ Ius. Ins. 3.23.3: “*...Quodsi fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat animadvertendum erit an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit...* (...Ancak kişi kaçarsa veya satıcının kusuru veya sahtekarlığı araya girmeyecek şekilde çalınmışsa, satıcının onu teslimata kadar muhafaza edip etmediğinin belirlenmesi gerekir...)”; Ius. Cod. 4.58.3.pr.-1: “*Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet...*

değerlendirerek gözetim sorumluluğunu yüklenen kişiyi zarardan kurtarmışlardır ki bu da *custodia* sorumluluğunun klasik hukuk döneminde bilindiğini göstermiştir⁵⁶.

1.1.1.2.2. *Custodia* Kavramının Hukuki Değerlendirmesi

Custodia sorumluluğunun kapsamını belirlemenin zorluğu, yapılan *interpolatio*larla⁵⁷ duru bir tanıma ulaşılmamış olması ve *custodianın* çeşitli anlamlarda kullanılması sebebiyle kavram çatışmalarının bulunması ile alakalıdır⁵⁸. Hukukun gelişimi ve duyulan ihtiyaç sebebiyle klasik sonrası hukuk dönemine doğru *custodia* sorumluluğu yerini "*culpa in custodiendo*"⁵⁹ olarak adlandırılan gözetimde ihmal kavramına bırakmıştır⁶⁰.

Custodia sorumluluğunun niteliği öğretilerde tartışma konusudur. Kimi yazarlar tarafından kusur sorumluluğu kimi yazarlar tarafından kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmektedir. Bazı yazarlarda ikisinin arasında bir sorumluluk türü olduğunu beyan etmektedir⁶¹. Glossator'lar sübjektif sorumluluğun temellerini belirlerken bir sistem oluşturarak *culpa lata*, *culpa levis* ve *culpa levissima* olarak *culpayı* üçe ayırmışlardır. Bu sistemde *custodia*, *culpa levissima*'nın içinde değerlendirilmiştir⁶². *Custodia* sorumluluğunu kusur kavramı içerisinde değerlendirilen yazarlar, kişinin gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ihmali harekette bulunmasından,

(Kölenin eski efendisinden kaçtığı öğretilmezse satıştan sonra gerçekleşen kaçış, alıcının aleyhine olur.)".

⁵⁶ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.67;

⁵⁷ *Interpolatio*, yazılı bir metin üzerinde, manasını veya şumulünü değiştirmek bazen kısaltmak veya basitleştirmek için bile bile yapılan değişikliktir. İustinianus'un emriyle *Corpus Iuris Civilis*'i derleyen hukukçuların klasik hukukçulardan parçalar halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişiklikler için kullanılan bir ifadedir. Bunların yapılmasının sebebi, klasik Roma hukukunu zamanın zihniyetine ve adalet fikrine uygun bir hale dönüştürmektir. Bilhassa son yüzyıl içinde yapılan araştırmalar, *Digesta*'nın yarısının *interpolatio* yoluyla değiştirilmiş olduğunu göstermektedir.

⁵⁸ Söğütlü, **Contractus**, s. 138; Hilal Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış," **AÜHFD**, 39, 1, 1987, s. 33, s. 111.

⁵⁹ Gözetim yükümlülüğünün ihmal edilmesi bkz. Söğütlü, **Contractus**, s. 138.

⁶⁰ Söğütlü, **Contractus**, s. 138.

⁶¹ Söğütlü, **Contractus**, s. 138.

⁶² G. C. J. J. Van den Bergh, "Custodiam Praestare: Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia," **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review**, 43, 1-2, 1975, s. 60.

gözetim görevini dikkate almamasından⁶³ dolayı ortaya çıkan zararı, gözetleyici konumundaki kişiye yüklemektedirler. Bu da bünyesinde kusuru barındırmaktadır ve bu yüzden kusur sorumluluğunun içerisinde değerlendirilmektedir⁶⁴. Öğretide hâkim olan görüşe göre ise *custodia* sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir. Çünkü metinlerde kişilerin kusurunun incelenmesinden ziyade, sonuca dikkat edilmekte ve gözetilen malın yok olması ya da zarar görmesi tehlikesinden gözetilen kişi sorumlu tutulmaktadır. Mücbir sebep harici bütün durumlarda malı korumakla görevli kişinin sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁶⁵. Gözetleyen kişi ancak mücbir sebep sonucu malın zayi olduğunu ispatlaması şartıyla sorumluluktan kurtulabilmektedir⁶⁶. Borçlunun edim sonucunu taahhüt ettiği malı aldığı gibi iade edeceğini öngören *custodia* sorumluluğu öğretideki yazarlar tarafından garanti sorumluluğu olarak değerlendirilmiştir⁶⁷. Öğretide ki bir başka yazar *custodia* sorumluluğunu borçlunun beklenmeyen hallerden de sorumlu olduğu bir özen yükümü olarak değerlendirirken bir başka yazar *custodia* sorumluluğunu sigorta sorumluluğu olarak değerlendirmiştir⁶⁸.

Erdoğan *custodia* sorumluluğunun değerlendirilmesi hususunda "... özellikle malın çalınması halinde borçluya kusursuzluğunu kanıtlama olanağı verilmediğinden kanımca *custodia* sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak düşünülmelidir. Ariyet alan gezmeye gitmiş veya uykuya yatmışsa, bunun malın geri verilmesi borcuna aykırı olduğu söylenemez. Eğer malın tabiatından doğmuşsa veya nakliye işlerinde olduğu gibi zarar doğabilecek bir iş yapılıyorsa *custodia* sorumluluğu ortaya çıkmazdı..." demektedir⁶⁹. Güçlü olduğu düşünülen bu görüşe göre *custodia* esasen sonuç sorumluluğu olmakla birlikte klasik hukuk döneminin sonlarına kadar sınırlı sayıda sözleşmede kullanılabilmiştir. İlgili metinlerde mücbir sebep harici olaylar (örneğin kişinin kusurunun bulunup bulunmaması, özen yükümlülüğünün varlığı gibi) *custodia*

⁶³ *Diligentia in custodiendo*, gözetimde gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi bkz. Söğütlü, **Contractus**, s. 138.

⁶⁴ Söğütlü, **Contractus**, s. 138.

⁶⁵ Söğütlü, **Contractus**, s. 138.

⁶⁶ Söğütlü, **Contractus**, s. 138.

⁶⁷ Zimmermann, s. 194.

⁶⁸ Söğütlü, **Contractus**, s. 139.

⁶⁹ Erdoğan, *Custodia*, s. 906.

sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda önem arz etmemiştir. Mücbir sebep olmadığı sürece gözetilen malın uğradığı zararlardan sorumlu tutulmuştur. Beklenmedik hallerden hiç kimsenin önleyemeyeceği, insanın alabileceği önlemi aşan boyutta olan olaylar mücbir sebep olarak adlandırılmaktadır⁷⁰. Bu durumlardan borçluyu sorumlu tutmak mümkün değildir⁷¹. Ariyet verilen atının çete saldırısı sonucunda alınıp götürülmesi durumunda borçlunun herhangi bir kusuru olmadığı gibi üzerine düşen bütün özeni ve hatta iyi bir aile babasının gösterebileceği en yüksek özeni göstermesi durumu *vis maior* olarak kabul edilip ödünç alanın sorumlu olmadığı düşünülmektedir⁷².

1.1.1.3. Roma Hukukunun Tarihi Süreçlerinde *Custodia* Sorumluluğu

Roma hukukunda, klasik hukuk dönemi de dahil olmak üzere genel olarak kabul edilen görüşe göre kusursuz sorumluluk, *custodia* (gözetim) sorumluluğu olarak sözleşmeler hukuku alanında uygulama alanı bulmuştur. Bu sorumluluk klasik öncesi hukuk döneminde sınırlı sayıda sözleşmeye uygulanabilmiştir⁷³. Sözleşmeler için genel bir sorumluluk ölçütünün kabul edilmesi klasik hukuk döneminde olmuştur⁷⁴. Klasik öncesi hukuk döneminde *custodia* sorumluluğu ile borçlunun yüklendiğini kabul edenler, bunu *praetor edictumu* ile düzenlenen gemi, han ve ahır işletenlerin *locatio conductio operis ve receptum*'dan doğan sözleşmeden doğan sorumluluklarına dayandırmaktadır⁷⁵. Buna göre Ulpianus'a ait bir metinde "*salvum fore recipere*"⁷⁶ kaydının sözleşmeye konulması, işletenin sorumluluğu ağırlaştırılmıştır⁷⁷. Ağırlaşan sorumluluğuna göre hırsızlık, beklenmeyen hal sebebiyle malın zarar görmesi gibi durumlarda işletenin sorumluluğuna gidilmiştir⁷⁸. *Custodiadan* sorumlu olan borçluya malın çalınması halinde *actio furti* davası açma imkânı tanınarak borçluya malik gibi

⁷⁰ Bkz. Birinci Bölüm Başlık 2.3.

⁷¹ *Casus fortuitus in nullo contractu praestatur* (Hiçbir sözleşmede tesadüfi halden sorumlu olunmaz.), Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss, 37, 38.

⁷² Erdoğan, "Klasik Roma," s.907.

⁷³ *Commodatum* (Kullanım Ödünç Sözleşmesi) ve *Emptio Venditio* (Alım Satım Sözleşmesi)

⁷⁴ Söğütlü, **Contractus**, s.130.

⁷⁵ Van den Bergh, s. 62.

⁷⁶ Teslim almak, malı aldığı haliyle korumak ve aldığı haliyle korumak.

⁷⁷ D. 4.9.1.pr. (Ulp.), metin için bkz. Birinci Bölüm, dp. 48.

⁷⁸ Söğütlü, **Contractus**, s.138.

davranma imkânı verilmiştir⁷⁹. Klasik hukuk döneminin *custodia* sorumluluğu, klasik sonrası hukuk döneminde *culpa in custodiendo* (gözetimde ihmal) olarak değerlendirilmiştir.

Klasik dönemde geçerli olan *custodia* sorumluluğu, zaman içerisinde en yüksek derecede gösterilen titizlik, özen hali⁸⁰ olarak kabul edilmiş ve bu sorumluluğu yüklenen borçluların en hafif özen eksikliklerinden bile sorumlulukları doğmaya başlamıştır. En hafif özen eksikliğinde kriter çok özenli bir aile babasının davranışı olarak kabul edilmiştir. *Digesta*'da Gaius'a ait bir metinde ödünç verilen mallarda, gösterilmesi gereken özenin derecesi çok dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken özen olarak belirtilmiştir⁸¹. *Digesta*'da yer alan Gaius'a ait bir başka metinde borçlunun çok dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken özeni gösterecek şekilde hareket edilmesi durumunda kusurunun söz konusu olmayacağından bahsedilmiştir⁸².

Iustinianus dönemi hukukunda, klasik dönemde yer alan mücbir sebepten borçlunun sorumlu tutulmayacağına dair olan kural kabul edilmeye devam etmiştir. Mücbir sebep ve beklenmeyen hal sonunda meydana gelen zarar kader sonucu⁸³ olarak kabul edilmiştir. Iustinianus *casus fortuitus*⁸⁴ kelimesiyle edimin zarara uğramasının bu gibi durumlarda borçluya yüklenemeyeceğini belirtmiştir⁸⁵. Zaman içerisinde

⁷⁹ Erdoğan, Custodia, s. 906.

⁸⁰ *Exactissima diligentia*.

⁸¹ D. 13.6.18 (Gai.): “*Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensionis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensionis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu interdidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem* (Mülk ödünç verildiğinde, çok dikkatli bir ev reisinin kendi mülküyle ilgili olarak gösterdiği özenin aynısı gösterilmelidir, böylece karşı konulamaz olanlar dışında bir kazadan sorumlu değildir; örneğin, kölelerin kötü niyeti veya ihmali olmaksızın meydana gelen ölümleri, hırsızların ve düşmanların saldırıları, korsanların oyunları, gemi kazaları, yangınlar ve gözetim altında tutulması olağan olmayan kölelerin kaçışı gibi).”

⁸² D. 19.2.25.7 (Gai.), metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 26.

⁸³ *Damnum fatale*.

⁸⁴ *Casus fortuitus*, borçlunun iradesi dışında, binaenaleyh onun bir kusuru (*culpa*) olmaksızın tabii olarak meydana gelen, önceden kestirilemeyen ve borçlunun ifada bulunmasına engel olan herhangi bir hadise, beklenmedik hal. Borçlunun mesuliyeti bakımından nazarı itibara alınan *casus* mefhumu hakkında değişik tabirler ve görüşler vardır. Kaynaklarda *casus*, bazen *vis maior* ve *damnum fatale* yerine kullanılmaktadır. Umur, **Lügat**, s. 33.

⁸⁵ Erdoğan, Custodia, s. 896; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 43.

custodia sorumluluğu en hafif özensizlik hali olarak algılanarak kusur sorumluluğu içinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Iustinianus *custodiam praestare*yi borçlu için bir yan yükümlülük olarak kabullenmiş ve çok dikkatli bir aile babasının böyle davranmayacağını kabul etmiştir. Gözetimin yetersiz olması ihmal kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır⁸⁶. *Custodia* sorumluluğu, başkasına ait olan bir malı kendi yararı için elinde bulunduran alacaklının, mala gelecek zararlardan kusuru göz önüne alınmadan sorumlu olması olarak nitelendirilebilir⁸⁷. Bu sorumluluk türünde borçludan iyi bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özenen daha fazlası, işlerinde oldukça intizamlı olan bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özenin (*diligentia exactissima*) gösterilmesi kabul edilmiştir⁸⁸. *Custodianın* söz konusu olduğu hallerde borçlu kendisine bırakılan mala sürekli olarak nezaret etmesi halinde önleyebileceği zararlardan sorumlu tutulurken, iş sahibi, yardımcı kişilerin işledikleri hırsızlık ve başkasına verdikleri zararlardan sorumlu tutulmuştur⁸⁹.

1.1.1.4. *Custodia* ve Kusur Arasındaki İlişki

Custodia sorumluluğu, *dolus* (kast) ve *culpa* (ihmal) kavramlarını da bünyesinde barındıran geniş bir sorumluluk türüdür. Çok dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken özenin gösterildiği durumlarda bile borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁹⁰. Bu özen türü dikkate alındığında borçlunun *dolus* ile hareket etmesi halinde sorumluluğunun doğmayacağını düşünmek imkansızdır⁹¹. Nitekim *Digesta*'da yer alan çeşitli metinlerde *dolus* halinde sorumluluğun kaldırılmayacağına yönelik ifadeler bulunmaktadır⁹². *Custodia* önemli olan ihmali

⁸⁶ Erdoğan, *Custodia*, s. 907.

⁸⁷ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 38; Erdoğan, *Custodia*, s. 907; Güvel, s. 382; Rado, s.29.

⁸⁸ Güvel, s. 382.

⁸⁹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 30.

⁹⁰ Erdoğan, *Custodia*, ss. 896, 897.

⁹¹ Rado, s.27.

⁹² D. 2.14.27.3 (Paul.): “*Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.* (Bir kişinin kötü niyetten sorumlu olmayacağı anlaşma ile sağlanamaz; çünkü bir taraf teminat için dava açmamayı kabul etse de, sözleşme hükümlerine göre hile nedeniyle dava açmamayı kabul ediyor gibi görünmektedir ve bu tür bir anlaşma ileri sürülebilir.)”; D. 13.6.17 (Paul.): “*In commodato haec pactione, ne dolus praestetur, rata non est.* (Ariyette, kasttan sorumlu olunmayacağına dair yapılan sözleşme geçersizdir.)”; D. 50.17.23 (Ulp.): “... *quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicia contrarium*”

hareketin sınırının nereye kadar uzandığını belirlemektir. Bu konuda Koschaker “...*custodia* mesuliyetini haklı göstermek için artırılmış olan *culpa* mesuliyeti (*culpa exactissima*) mefhumu kabul edilmiştir.” diyerek *custodia* sorumluluğunun içinde ihmalin derecesini göstermiştir⁹³. Erdoğan ise bu hususu değerlendirirken “...bazı beşerî tedbirlerle, özellikle devamlı gözetim ve nezaret ile önlenilecek görülmüş (*casus minor*) durumlarında borçlunun sorumluluğu *custodia* sorumluluğu kabul edilmiştir.” diyerek borçlunun ihmalinin çerçevesini sürekli gözetim ve nezaket olarak çizmiştir. Borçlu devamlı tedbirle zararın meydana gelmesini önleyebiliyorsa sorumlu tutulacaktır⁹⁴. Beklenmeyen hal (*casus minor*) kavramı da *custodia* sorumluluğunun içerisinde değerlendirilir⁹⁵. Borca aykırı durumun borçlunun kastından veya ihmali hareketinden kaynaklanmadığı durumlarda beklenmedik hal söz konusu olmaktadır. Beklenmeyen hali ifade etmek için *casus* terimi kullanılır. *Casus*, kendi içinde *casus maior* ve *casus minor* olmak üzere ikiye ayrılırdı. *Casus maior* niteliği itibariyle kimsenin önleyemeyeceği bir hal olduğu için borçlu bundan sorumlu tutulmazdı. *Casus minor* ise daha alt düzeydeki sürekli gözetimle önlenilecek durumlardır. Bu durumlarda borçlu *custodiadan* sorumlu tutulmaktaydı. Sorumluluğun doğumu için çok dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken özene rağmen ortaya çıkması muhtemel hırsızlık gibi durumlar söz konusuydu. Başkasına ait malları kendi yararına elde bulunduran kişilerin *custodia* sorumluluğu söz konusudur⁹⁶. Beklenmeyen hal klasik dönemde insan eliyle alınabilecek önlemler, kişinin sürekli olarak gözetim altında tutması gibi hareketlerle önlenilecek nitelikte görülen ve *casus minor*

est: et ita utimur... (... Ancak Celsus’un dediği gibi kasttan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma geçerli olmaz, böyle bir anlaşma iyi niyetin esas alındığı davalarda çelişki yaratır ve biz de bunu uygularız.); *Dolus furutus remitti non potest.* (Müstakbel kastta sorumluluk ortadan kaldırılamaz); *“Dolus semper praestatur.* (Kasttan sorumluluk esastır); *(Nulla pactione effici potest, ne dolus praestatur.* (Kasttan sorumlu olunmayacağına dair hiçbir sözleşme geçerli değildir); Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss.40-41.

⁹³ Koschaker, s. 178.

⁹⁴ “...Borçlu beklenmedik hallerden, yani kendi kusuru olmadan meydana gelen zararlardan da sorumluydu. Bu görüşe göre, borçlu, ariyet aldığı gümüş sofranın özel ve devamlı bir nezaretle önlenmesi mümkün kaybından yani beklenmedik olaylardan da sorumluydu.” Bkz. Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 69.

⁹⁵ Roma hukukunda beklenmeyen haller ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm Başlık 8.1; Erdoğan, *Custodia*, s. 896; Iván Siklósi, “*Casus medius*” in Roman Law? Problems of the Limits of “*Custodia*,” **Pázmány Law Review**, 7, 1, 2022, s. 101; Van den Bergh, s. 61.

⁹⁶ Erdoğan, *Custodia*, ss. 896, 897.

terimiyle ifa edilen hallerdir. Bu haller için borçlunun *custodia* sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu sorumluluğu beklenmeyen hallere kadar genişletebilmek için öncelikle alacaklıya ait bir malın borçlu yararına elde bulundurulması söz konusu olmalıdır. Ariyet sözleşmesinde ariyet alan, kira sözleşmesinde kiracı, eser sözleşmesinde iş gören, rehin alan, ahır, han işletenler ve gemiciler için öngörülen sorumluluk hali *custodia* sorumluluğu olarak öngörülmüştür⁹⁷. Bu sözleşmelerde borçlu malın çalınmasında herhangi bir kusuru olmadığını kanıtlaya bile sorumluluktan kurtulamamaktadır. Gözeten kişi sorumluluktan ancak mücbir bir sebeple malın durumunun kötüleştiği veya yok olduğu iddiasını ispat ederek kurtulabilir⁹⁸.

Custodia, ilgili metinler incelendiğinde borçlunun yararının bulunduğu ya da malikin çeşitli amaçlarla malını kullandığı sözleşmelerde söz konusu olmaktadır⁹⁹.

⁹⁷ Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss. 38, 39; Gai. Ins. 3.205: " *Item si fullo polienda curandaue aut sarcinator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si soluendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem saluam esse.* (Dolayısıyla, eğer giysiler belli bir ücret karşılığında temizlenmek, bitirilmek veya onarılmak üzere teslim edilir ve sonra çalınrsa, eylem sahibine değil, terziye veya örücüye aittir; mal sahibi zararla ilgilenmediği için, değeri geri almak için örücüye veya terziye karşı kiralama sözleşmesine ilişkin davası vardır; Her zaman, örücünün ya da terzinin zararı telafi etmek için yeterli araçlara sahip olduğunu varsayalım. Çünkü eğer alacaklı iflas etmişse, mal sahibi ondan talep etme hakkına sahip olduğunu geri alamayacağı için, hırsıza karşı hırsızlık davasını kendisi sürdürebilir; çünkü bu hipotezde mülkün kaybıyla ilgileniyor.); Gai. Ins. 3.206: "206: *Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.*" (Örücü ve terzi hakkında söylenenler, ödünç alan (borç veren) için geçerlidir; çünkü, ilkinin aldığı ödeme nedeniyle, o şeyin güvenli bir şekilde saklanmasıyla sorumlu tutulurlar, aynı şekilde, ödünç alan, o şeyin kullanımından elde ettiği avantaj nedeniyle, aynı şekilde, onun güvenli bir şekilde saklanmasıyla sorumlu tutulur.); Gaius, **Institutes of Roman Law (C. 160)**, Ed. Whittuck, M.A. B.C.L. Dördüncü Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1904, 3.

⁹⁸ Söğütü, **Contractus**, s.141.

⁹⁹ Gai. 3.203: " *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire.* (Hırsızlık eylemi, malın sahibi olmasa bile, mülkiyetin korunmasında menfaati olan tarafın lehine olacaktır; ve bu nedenle, mülkün tahrip edilmemesiyle ilgilenmediği sürece, bu durum malikin lehine olmayacaktır.); Gai. 3.204: " *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamuis ipse dominus [id est ipse debitor] eam rem subriperit, nihilo minus creditori competit actio furti.* (Dolayısıyla rehin verilen bir eşyanın çalınması halinde alacaklının hırsızlık davası açabileceği ve bu o kadar doğrudur ki, rehin verilen bir eşyanın kendisi yani borçlu çalsa bile bu durum doğrudur. Hırsızlık davası alacaklı tarafından da

Bu sözleşmeler ariyet, *locatio conductio*, satım ve rehin sözleşmeleri olarak sayılabilir¹⁰⁰. Bu sözleşmelerde taraflar sorumluluklarının *custodia* olması hakkında anlaşma gerekliliği hissetmezler. Çünkü bu sözleşmeler bünyelerinde bu sorumluluk tipini barındırmaktadırlar¹⁰¹.

1.2. Roma Hukukunda Kusur Sorumluluğu

Bir görüşe göre Roma hukukunda egemen sorumluluk kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğunun dayandığı sebep özene dayanan genel bir yüküm benimsenerek bu yükümün ihlali kusur olarak kabul edilmesidir¹⁰². Öğretideki bir diğer görüş göre ise egemen sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu anlayışı kabul edilmemektedir. Roma sorumluluk hukukunun haksız fiiller ve sözleşmeler hukuku alanından, kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru giden bir dönüşüm gösterdiğini kabul etmişlerdir¹⁰³. Klasik sonrası hukuk döneminden sonra netice sorumluluğundan yavaş yavaş uzaklaşılarak kusur sorumluluğu ön plana çıkarılmaya başlanmıştır¹⁰⁴.

1.2.1. Dolus (Kast) Sorumluluğu

Kasıtlı hareketlerin yaptırımla karşılaşmalarının sebebi toplum düzenini bozmalarından gelir¹⁰⁵. Toplum düzeni ve kamu barışı hukuk tarafından korunan değerler olduğu için kasttan sorumluluğu ortadan kaldıracak ve önden yapılan bütün

açılabilir.”); Gai. 3.205 ve Gai 3.206 metinleri için bkz. Birinci Bölüm dp. 97; Gai. 3.207: “*Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem saluam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competit.* (Ancak, emanet olarak kendisine emanet edilen mülk, yalnızca kast yaptığı takdirde sorumlu olacağı gibi, aynı şekilde, mülkün kendisinden çalınması durumunda da, emanet etme eylemiyle tazminat ödemesi gerekmediği için, bu nedenle onun korunmasıyla ilgilenmiyor; dolayısıyla hırsızlık davası açamayacaktır ancak bu dava sahibi lehine olacaktır.)”.

¹⁰⁰ Koschaker, s. 178; Söğütü, **Contractus**, s. 141, s. 38; Söğütü, **Roma Özel**, s. 281.

¹⁰¹ Söğütü, **Contractus**, s. 141.

¹⁰² Söğütü, **Contractus**, s.119.

¹⁰³ Söğütü, **Contractus**, ss.119-120.

¹⁰⁴ Söğütü, **Contractus**, s.120.

¹⁰⁵ Melike Belkıs Aydın, “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı,” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11, 2020, s. 129; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 53.

anlaşmalar geçersiz kabul edilmiştir¹⁰⁶. Çünkü kasttan sorumluluk gerek Roma hukukunun gerek günümüz hukuk sistemlerinin emredici prensiplerinden birisidir¹⁰⁷. Roma hukukunda kimseye zarar vermemek olarak geçen bu prensip kasıtlı hareketle zarar vermeyi engellemeyi amaçlamaktadır¹⁰⁸.

Klasik öncesi ve klasik hukuk dönemlerinde *praetorlar* ve hukukçular hukuk faaliyetlerinde en üst seviyeye ulaşmışlardır. Haksız fiil sorumluluğunda hile olarak kullanılan *dolus* bu dönemde *praetorların* faaliyetleri sonucunda sözleşmeler hukuku alanında da kullanılmaya başlamıştır¹⁰⁹. Klasik hukuk döneminde *custodia* ve *custodianın* karşısında yer alan *dolustan* doğan sorumluluk kullanılan başlıca sorumluluk türleri arasında yer almıştır. *Dolusun* içeriği bu dönemde oldukça geniş tutularak ihmali de kapsarken zaman içerisinde *praetorlar* tarafından dürüstlük kurallarına aykırı bütün hareketler *dolus* olarak değerlendirilmeye başlanmıştır¹¹⁰.

1.2.1.1.Dolus Kavramı

Dolus (kast), bile isteye hukuka aykırı davranarak zarar verici sonucu arzu etme halidir¹¹¹. Özel hukuk çerçevesinde, borca aykırı davranma fiilinin bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi, alacaklının uğrayacağı muhtemel zararın istenmesi hali yani borçlunun borcunu ifa etmemek için, bile isteye borca aykırı şekilde hareket etmesi ve zararlı sonucu istemesi halidir¹¹². *Dolus* bünyesinde sadakatsizliği

¹⁰⁶ D. 2.14.27.3 (Ulp.), D. 13.6.17(Paul.), D. 50.17.23 (Ulp.) metinleri için bkz. Birinci Bölüm dp. 92; “*dolus furutus remitti non potest.* (Müstakbel kasttan sorumluluk ortadan kaldırılamaz.)”; “*Dolus semper praestatur* (Kasttan sorumluluk esastır.)”; “*Nulla pactione effici potest, ne dolus praestatur.* (Kasttan sorumlu olunmayacağına dair hiçbir sözleşme geçerli değildir)”; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 40-41; Rado, s. 27.

¹⁰⁷ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 40.

¹⁰⁸ *Neminem laedare*, kimseye zarar vermeme prensibi bkz.: Yıldız Abik, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **AÜHFD**, 59, 2010, s.418.

¹⁰⁹ Söğütü, **Contractus**, s.130.

¹¹⁰ Güvel, s. 387.

¹¹¹ “*Dolus est consilium alteri nocendi* (Kast, başkasına zarar verme düşüncesidir.)”, Bkz. Richard Honig, **Roma Hukuku Dersleri**, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1935, s. 165; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 289; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 36; Güvel, s. 387; Koschaker, s. 174; Söğütü, **Roma Hukukunda**, s. 159; Rado, s. 24.

¹¹² Örn. olarak; “Mesela bir kimse, kasabaya gitmek için aldığı (ariyet akdi), dolayısıyla başkasına ait olduğunu bildiği bir atı, onu geri verilemeyecek hale getirmek için bilerek ve isteyerek öldürürse, kast vardır. Satıcı, sattığı malı teslim etmemek için, malı bozar veya kırarsa, kastı vardır.” Bkz. Tahiroğlu, **Roma Borçlar** s. 52.

barındırmaktadır¹¹³. Bir de kastın, zararlı sonucun istenmemesi fakat yine de sonucun göze alınması hali vardır ki buna ihmali kast denilir¹¹⁴. *Dolus*, hukuka aykırı fiillerin kişi tarafından bilinerek, zararlı sonucun öngörülerek davranılması halidir ki hile haksız fiilini de bünyesinde barındıracak kadar geniş bir şekilde anlaşılmıştır¹¹⁵. Roma hukukunda *dolus* bütün kötü davranışları bünyesinde barındırmaktadır¹¹⁶.

Dolus, kelime anlamı olarak kötü davranışı ifade ederken, haksız fiillerde “hile” anlamında kullanılmış, özel hukukta “kast” anlamında kullanılmıştır¹¹⁷. Latince de *bona fides*in karşıtı olarak kullanılarak kötü niyet olarak adlandırılmıştır¹¹⁸. Alacaklısına zarar vereceğini bilerek hareket eden borçlunun niyeti kötülük etmek olmasa bile kasıtlı olduğu kabul edilmiştir¹¹⁹. Kasttan doğan sorumluluk konusunda Roma hukukunda kusursuz sorumluluğun hâkim olduğu dönemlerde bile kasıtlı olarak fiili işleyen kimseyle kasıtlı olmadan fiili işleyen kimse arasında fark yapıldığına dair XII Levha Kanunu’nda yer alan ceza farklılıkları göze çarpmaktadır. Kasıtlı olarak adam öldürme suçu ile tesadüfen adam öldürme suçu ya da yangının kasıtlı ya da kast olmadan çıkarılması durumlarında faillere farklı cezalar verilmesi öngörülmüştür¹²⁰.

¹¹³ D. 4.3.7.10 (Ulp.): “*Idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est: nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari.* (Üstelik Pomponius, Praetor Caecidianus'un, kendisine borç verilecek belirli bir kişinin borçlarını ödeyebilecek durumda olduğunu iddia eden bir kişiye karşı sadakatsizlik gerekçesiyle dava açmadığını söylüyor ki bu da davanın doğru görüşüdür; Kötü niyet açıkça ve açıkça ortaya çıkmadıkça, kast gerekçesiyle açılan bir davaya izin verilmemelidir); Söğütlü, **Contractus**, s. 159.

¹¹⁴ *Dolus eventualis* (ihmali kast), toplanan halkı korkutmak için havaya ateş eden hırsız balkonda çamaşır asan bir kadını vuruyor, örneği ihmali kast, ariyet aldığı atı satan, aç bırakarak ölmesine sebep olan, borç aldığı parayı geri vermeyen, komşusunun bahçesindeki ağaçları kesen, camını kıran, başkasına küfreden kişi örnekleri kast için verilmiştir, bkz. Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 34.

¹¹⁵ D. 17.2.3.3 (Paul.): “... *quia fides bona contraria est fraudi et dolo.* (... Çünkü iyiniyetin karşıtı hile ve kasttır.)”.

¹¹⁶ Söğütlü, **Contractus**, s. 159.

¹¹⁷ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 53.

¹¹⁸ Güvel, s. 387; Koschaker s.177; Rado, s. 38.

¹¹⁹ Güvel, s. 387.

¹²⁰ Alan Watson, “Hukuksal Evrim ve Kanun Yapma,” Çev: Ahmet Akyazan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 67, 1-2, 2011, s. 238; Güvel, s. 381; Talya Şans Uçarıılmaz, Haluk Emiroğlu, “Roma hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu,” **AÜHF**, 69, 2, 2020, s. 848.

Dolus zamanla sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında *bona fidesin* karşısında yer almış ve her türlü dürüstlüğe aykırı davranış için kullanılmaya başlanmıştır¹²¹. Bu kullanımda kötü niyetli davranma ile sınırlandırılmayarak, güvene aykırı olarak gerçekleştirilen bütün hareketler anlaşılmalıdır¹²². Roma hukukunda *bona fides* borçlunun edim yükümlülüklerinin temeli olarak görülmektedir ve borçlunun namuslu bir insana yakışan şekilde davranmak zorunda olması gerektiğini gösterir¹²³. Kaynaklarda yer alan bilgiye göre Servius isimli bir hukukçu, kastı ‘gerçekte olanı saklamak, farklı göstermek için çevrilen entrika’ olarak tanımlarken bir başka hukukçu (Labeo) ‘başkasını kandırmak, aldatmak, dolandırmak amacıyla yapılan her türlü kurnazlık’ olarak tanımlamıştır¹²⁴.

Dolus kavramının içerisinde değerlendirilen bir başka kavram ise *dolus malus* kavramıdır. *Dolus malus*un içeriği borçlunun borcun tipine göre sorumluluğun *dolus, culpa, custodia* ‘dan hangisinden doğduğu fark etmeksizin hep aynıdır¹²⁵. *Dolus malus* ifanın bile isteye imkânsız kılındığı *bona fides*e aykırı bütün fiilleri kapsamına alır. Aynı zamanda *bona fidesin* zıt anlamlısı olarak bilinçli olarak iyi niyeti ihlal ederek güveni zedeleyen bütün davranışları da kapsamına alır¹²⁶. Borçlu kastı olmasa bile alacaklısına zarar verecek şekilde iyi niyete aykırı bir davranış sergiliyorsa kastı var

¹²¹ Söğütlü, **Contractus**, s. 159; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 34; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 52; William Smith ve diğerleri, **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, London, 1875, s.207; Zilelioğlu, ss. 243-246.

¹²² Söğütlü, **Contractus**, s. 159; Rado, s. 24.

¹²³ Andreas B. Schwarz, “Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku,” Çev. Bülent Davran, **İÜHFD**, 11, 3-4, 1945, s.196; Söğütlü, **Contractus**, s. 159; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 382.

¹²⁴ D. 4.3.1.2 (Ulp.): “*Dolum malum servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. labeonis definitio vera est. (Servius, ‘kast niyetini’, başka bir tarafı aldatmak amacıyla, bir şeyin taklit edildiği ve diğerinin yapıldığı bir plan olarak tanımlar. Bununla birlikte Labeo, bunun bir başkasının aşırı uzanması nedeniyle iddiasız bir şekilde başarılmasının mümkün olduğunu belirtir ve bir şeyin hilesiz yapılması ve başka bir şeyin numara yapılması mümkündür; tıpkı kişilerin bu tür bir benzetme kullanarak ya kendi çıkarlarını ya da başkalarının çıkarlarını koruyan davranışlarda bulunmaları gibi. Bu nedenle, hileli niyetin tanımını şu şekilde verir: "Bir başkasını atlatmak, kandırmak veya aldatmak amacıyla kullanılan bir hile, aldatma veya entrika." Labeo'nun tanımı doğru olandır.)”.*

¹²⁵ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 383.

¹²⁶ Zilelioğlu, s. 246.

gibi kabul edilir¹²⁷. *Dolus*dan doğan sorumluluk klasik hukuk dönemi süresince sözleşme sorumluluğunda önemli bir rol oynamıştır¹²⁸.

1.2.1.2.*Dolus* Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi

1.2.1.2.1.*Dolus* Kavramının Ortaya Çıkışı

Ius Civile tarafından kabul edilen haksız fiillerin yeterli olmaması sebebi ile yeni haksız fiil türleri, *praetorlar* tarafından yayınlanan *edictum*larla Roma hukukuna girmeye başlamıştır¹²⁹. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru MÖ 1. yüzyılda *praetor* Aquilus Gallus, hile ile zarara uğratılmış kişinin zararının tazmin edilmesini sağlamak amacıyla aldatılan kişi lehine *actio doli* adı verilen bir dava imkânı tanımıştır¹³⁰. Böylece ilk dönemlerde varlığı kabul edilmeyen *dolus* (hile), haksız fiil olarak Roma hukukuna girmiş oldu¹³¹. Bu anlamı ile hile bir kişinin zihninde yanlış kanaatler uyandırmak sureti ile gerçek durumu bilseydi yapmayacağı bir hukuki işlemi yaptırmak demektir¹³². Başlangıçta tuzak kurmak, aldatmak ve kurnazlık anlamlarına gelen hile kavramı daha sonra *bona fides*e aykırı tüm davranışları ifade etmek için kullanılmaya başlandı¹³³. *Dolus* kavramının kasti hareketleri tasvir etmek anlamında da kullanılmasıyla hile, sözleşmeler hukukunda yerini almıştır. Klasik öncesi ve klasik hukuk dönemlerinde *praetorlar* ve hukukçular, hukuk faaliyetlerinde en üst seviyeye ulaşarak haksız fiilde hile olarak kullanılan *dolus* bu dönemler de *praetorların* faaliyetleri sonucunda sözleşmeler hukuku alanında da kullanılmaya başlamıştır¹³⁴.

¹²⁷ Söğütü, **Contractus**, s. 159; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 211.

¹²⁸ Söğütü, **Contractus**, s. 159.

¹²⁹ *Praetor*'ların faaliyetleri ile ortaya çıkan ve genel olarak *magistra*'lar tarafından oluşturulan hukukun içerisinde değerlendirilen hukuka *ius praetorium* adı verilmektedir. Bkz Umur, **Lügat**, s. 103; Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 96.

¹³⁰ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 132; Türkoğlu, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, s. 34.

¹³¹ *Dolus* (hile) kelimesinin zaman içerisinde ifade ettiği anlamlar için bkz İpek Sevda Söğüt, **Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def'i)**, Birinci Baskı, Filiz Yayınları, İstanbul, 2020, s. 44.

¹³² Rado, s. 155; Halil İbrahim Yüksel, **Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 140.

¹³³ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 327; Koşar, s. 15-16; Rado, s. 155; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 30.

¹³⁴ Söğütü, **Contractus**, s.164.

*Dolus*un genel kullanım biçimi incelendiği zaman kaynağının haksız fiiller olduğu görülebilir. *Dolus* ilk olarak haksız fiil ile hukuk sistemine girmiş olup sonrasında sözleşme ve sözleşme benzerlerine uygulanmıştır. *Ius Gentium* ve *Ius Honorarium*¹³⁵ kaynaklı metinler incelendiği zaman bu durumun örneklerine rastlanacaktır. *Ius Gentium*'da yer alan sözleşmelerden *locatio conductio*, alım satım sözleşmesi, şirket ve vekalet gibi sözleşmeden doğan borçların kaynağı, tarafların *bona fides*leridir¹³⁶. Bu sözleşmelerin *formularında*¹³⁷ *bona fides*in karşıtı olarak *dolus* yer almıştır¹³⁸. *Ius Honorarium*'da *dolus*, *Ius Civile* ve *Ius Gentium*'dan kaynaklanmayan hukuki ilişkilerin korunmasında kullanılmıştır¹³⁹. *Ius Gentium* kaynaklı sözleşmelerde *dolus*, *bona fides* kavramının *Ius Civile*'de yer alan dar hukuk sözleşmelerinde ihtiyacı karşılayamaması ve *Ius Gentium*'dan kaynaklanan sözleşmelerde tarafların yükümlülüklerini saptamak için kullanılması sebebiyle bu kavramın karşıtı olarak kabul edilmiştir¹⁴⁰. *Dolustan* doğan sorumluluğun *bona*

¹³⁵ *Ius Honorarium*, *edictumlar* vasıtasıyla magistralar tarafından vaz'edilen, örf ve adetlerle kanunlar ve hukukçu içtihatlarından müteşekkil *Ius Civile* karşılığı olan hukuk kaidelerinin heyeti umumiyesine verilen isim. Bu kaidelerin çok büyük ekseriyeti *praetor* beyannamesi vasıtasıyla ortaya çıktığı için, *Ius Praetorium* ismini de alırdı. Postklasik devirden itibaren, *Ius Civile* ile birleşmişti, Bkz. Umur, **Lügat**, s. 75.

¹³⁶ Uçaryılmaz, Doktora Tezi, ss. 146, 245.

¹³⁷ *Formula*, adi mahkemeler nizamında (*ordo iudiciorum privatorum*) *legis actio* 'lardan sonra uygulanan usul. M.Ö. 110 seneleri civarında çıkarılan *Lex Aebutia* ile tek usul olan *formula* usulüne göre, *magistra* taraflar, ihtilaflarına uygun bir *formula* vererek onları hâkime gönderirdi. *Formula*'da evvela tarafların seçtikleri hâkim veya hakimlerin isimleri yazılır, ondan sonra, *intentio* denilen kısımda, şartlı bir cümle ile davacının iddiası belirtilir; *condemnatio* isimli kısımda, hâkime, bu iddia ispat edilebildiği takdirde davalının mahkûm edilmesi, aksi takdirde beraat ettirilmesi emri verilirdi. Bkz Umur, **Lügat**, s. 75.

¹³⁸ Söğütü, **Roma Özel**, s. 382; Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 30, 135, 2018, s.356.

¹³⁹ D. 16.3.1.1 (Ulp.): "*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet. (Praetor şöyle diyor: "Malın emanet edildiği yerde, kargaşa, yangın, bir binanın yıkılması veya gemi enkazı dışındaki herhangi bir nedenle basit zararlar için bir dava açacağım. Emanet edilen mal ile ilgili olarak kötü niyetli olduğu iddia edilen mirasçısına basit zararlar için bir tevdi davası açacağım ve mirasçının bulunması durumunda çifte zararlar için bir dava açacağım. Kendisi kasttan suçlu olmuştur.)"*

¹⁴⁰ D. 50.17.152.3 (Ulp.): "*in contractibus, quibus doli oraestatio vel bona fides inest heres in solidum tenetur (Bona fidese aykırı hareket dolus sorumluluğunu gerektirir.)"*; Remus Valsan, "Fides, Bona Fides, and Bonus Vir: Relations of Trust and Confidence in Roman Antiquity," **Journal of Law, Religion and State**, 5, 2017, s. 74; Söğütü, **Contractus**, s. 165; Zilelioğlu, s. 246.

*fides*den doğan borçları dikkate almakla benzer olduğunu gösteren ve *Digesta*'da yer alan Ulpianus'a ait bir metinde köle satımında görevli bir vekilin, satımı gerçekleştirdikten sonra kölenin kaçması durumundaki sorumluluğu incelenmiş, *dolus*unun bulunması hali ve bulunmaması hali birbirinden farklı değerlendirilmiştir. Metinde iyi niyetin karşısı olarak kötü niyet kullanılmıştır¹⁴¹.

1.2.1.2.2. *Dolus* Kavramının Hukuki Değerlendirmesi

Roma İmparatorluğu vatandaşlarının yaklaşımlarına göre kasıtlı davranışlar toplum düzenini derinden sarstığı için cezalandırılmalı ve toplum düzeni sağlanmalıdır¹⁴². Bu düşünce sadece cezalandırma kapsamında değerlendirilmemiş aynı zamanda tarafların sözleşmelerden doğan sorumluluklarında da uygulanmıştır¹⁴³. Borçlunun *dolustan* doğan sorumluluğu emredici bir hukuk kuralı olarak kabul edilerek kasıtlı hareketiyle zarar veren borçlunun ortaya çıkan bütün zararlardan sorumlu tutulması kural olarak kabul edilmiştir¹⁴⁴. *Dolustan* sorumlu olunmayacağına dair yapılan anlaşmaların geçersiz kabul edileceğine ilişkin metinler bunu kanıtlar

¹⁴¹ D. 17.1.8.10 (Ulp.): “*Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. sed et si restituas, et tradere debes. et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecutus sis.* (Bu nedenle, eğer ben size bir köle satın almanızı emredersem ve siz de bunu yaparsanız, onun teslim edilmesinden sorumlu olursunuz. Ancak, onu satın almayı kasıtlı bir şekilde ihmal ettiyseniz (veya belki de bu amaçla parayı aldıktan sonra, satın alması için başka birine verdiyseniz) veya ağır bir ihmalden suçluyunuz (örneğin, izniniz varsa, başka birinin onu satın almasına izin verdiyseniz) sorumlu olacaksınız. Ancak satın aldığınız köle kaçarsa, bu sizin kötü niyetinizden kaynaklanıyorsa sorumlu sizsiniz. Ancak ne kötü niyet ne de ihmal söz konusu değilse, kölenin elinize geçmesi durumunda onu teslim etmek için teminat göstermeniz gereken kısım dışında sorumlu tutulamazsınız. Ama onu teslim edeceksen, sahipliğini bana vermelisin ve tahliye yoluyla iyileşmesine karşı teminat sağlanmışsa veya size teminat verilmesini isteme hakkınız varsa, bu dava hakkını bana devretmeniz yeterli olacaktır, böylece beni kendi amiriniz olarak atayabilirsiniz. Benim işlerime aracılık edecek ve fiilen elde edeceğinden daha fazlasını yapmak zorunda kalmayacaksınız.)”

¹⁴² D. 44.4.11.1 (Nerat.): “*In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non ali cui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit.* (Genelin içinde izlenen kural şudur ki, kast her zaman cezalandırılmalıdır.)”; Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss. 35, 36; Söğütü, **Contractus**, s. 166.

¹⁴³ Söğütü, **Contractus**, s. 167.

¹⁴⁴ Honig, s. 166; Söğütü, **Contractus**, s. 167.

niteliktedir¹⁴⁵. *Dolus*un Roma hukukunda sahip olduğu anlamın önemi, mahkûmiyet sonucu olarak borçluya şerefsiz unvanının verildiği davalarda borçlunun *dolus*la hareket etmesi durumudur¹⁴⁶. *Dolustan* doğan sorumlulukta önem arz eden bir diğer konu sözleşmeden taraflardan sadece birinin yararı bulunması halidir. Bu yüzden özellikle vedia, şirket, vekalet, vesayet sözleşmesi ve vekaletsiz iş görme durumlarında önem arz etmektedir¹⁴⁷.

1.2.1.3. Roma Hukukunun Tarihi Süreçlerinde *Dolus* Sorumluluğu

Roma hukukunun her döneminde edimini borca aykırı fiili bilerek gerçekleştiren ve *dolus*la alacaklının zarara uğramasına sebep olan borçlu ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmuştur¹⁴⁸. İlk dönemlerde sadece *facere* (yapma) fiiliyle sorumluluk doğsa da zamanla *non facere* (yapmama) fiiliyle de sorumluluğun

¹⁴⁵ D. 50.17.23 (Ulp.): “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.* (Bazı sözleşmeler yalnızca kast içerirken, diğerleri hem kast hem de ihmali içermektedir. Kast içerenler ise güvencesiz bir tapu altında yapılan para yatırma ve transferlerdir; vekâlet, kullanım öduncü, satış, rehin, kiralama, ayrıca çeyiz bahşedilmesi, vesayet ve ticari muamele hem kast hem de ihmali içeren fiillerdir. (Ancak son ikisi olağanüstü bir titizlik gerektirir.) Ortaklık ve mülkün ortak mülkiyeti hem sahtekarlığı hem de ihmali içerir. Ancak bu, farklı sözleşmelerde az ya da çok hiçbir şeyin açıkça kararlaştırılmadığı tek durumdur; çünkü sözleşme bir yasayı empoze ettiğinden, başlangıçta üzerinde anlaşılan şeye uyulmalıdır; fakat, Celsus’un belirttiği gibi, kastın kaldırılmasına (kasttan sorumlu olunmayacağına) dair yapılan anlaşma geçersizdir. Çünkü, böyle bir anlaşma, iyiniyet davalarıyla çelişir ve bu bizim şu andaki uygulamamızdır. Bununla birlikte, hayvanların başına gelebilecek kazalar, ölümleri ya da ihmalden kaynaklanmayan başka herhangi bir olayla ilgili hiçbir sorumluluk kabul edilmez; ya da korunması alışılmış olmayan kölelerin kaçıışı, soyguncular, kargaşalar, yangınlar, su baskınları ve hırsızların saldırıları ile ilgili olarak.)”; D. 16.3.1.7 (Ulp.): “*Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.* (Kasttan sorumlu olunmayacağına kararlandırılması kabul edilemez. Çünkü, bu anlaşma iyiniyete aykırıdır, bundan dolayı dikkate alınamaz.)”; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 34; Koschaker, s. 176; Söğütlü, **Contractus**, s. 167; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 53.

¹⁴⁶ Hangi davaların şerefsizlikle sonuçlandığı hakkında bkz, Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik)**, Seçkin, Ankara 2008, s. 176; Koschaker, s. 177.

¹⁴⁷ Koschaker, s. 176; Söğütlü, **Contractus**, s. 167.

¹⁴⁸ Honig, s. 166; Söğütlü, **Contractus**, s. 167.

doğacağı kabul edilmiştir¹⁴⁹. *Dolus* kavramını ifade etmek için kullanılan kavramlar eski hukuk döneminde farklı olsalar da diğer hukuk dönemlerinde kavramsal bütünlüğe erişilmiştir. Eski dönemlerde kullanılan *fraus* kavramıyla aldatma, düzenbazlık, hile kavramları karşılanmaya çalışılmıştır¹⁵⁰.

Kaynağını haksız fiillerden alan *dolus* klasik öncesi hukuk döneminde *praetorların* çalışmalarıyla sözleşmeye aykırı hareketinde sorumluluk doğuracağı yönünde kendisini göstermiştir¹⁵¹. *Bona fides* kavramıyla tarafların sözleşme ilişkisi içerisinde birbirlerinden talep edebilecekleri şeylerin sınırları çizilmiş ve bu sınırların içerisi hukuki işlem ahlakı ile tanımlanmıştır¹⁵². Ticaret yaşamında ortaya çıkan problemlerin çözümü *praetorlar* tarafından *bona fides* çerçevesinde çözülmeye çalışılmış haklı olan taraf korunarak, tarafların yükümlülüklerinin ne olacağı *praetorlar* tarafından *bona fides*e dayanarak tespit edilmiştir¹⁵³.

Dolustan doğan sorumluluk klasik hukuk dönemi boyunca sözleşme sorumluluğunda *custodia* sorumluluğu ile önemli bir rol oynamıştır¹⁵⁴. Bu dönemde

¹⁴⁹ D. 45.1.91.pr. (Paul.): “*Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpa huius nomine tenetur promissor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.* (Bir köleye şart koşarsam ve kimse temerrüde düşmeden ölürse, vaad eden onu öldürse bile dava açılabilir. Ancak vasiyet eden hasta olduğu halde onu ihmal ederse sorumlu olur mu? Durumun böyle olup olmadığına baktığımızda, bir kölenin geri alınması için dava açılmışsa ve o, onu elinde bulunduran kişi tarafından ihmal edilmişse, o kişi ihmalden dolayı sorumlu olacaktır; tıpkı, şartın atıfta bulunduğu köleyi teslim etmeyi vaat eden birinin, bir şeyi yapmaktan kaçınmadığı için değil, bir şeyi yaparken ihmalkâr olduğunun varsayılması gibi. İkinci görüş onaylanmalıdır, çünkü ödemeyi vaat eden kişi, belirli bir eylemin yerine getirilmesinden değil, ödemedi sorumludur.)”; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, Çev. Ziya Umur, 2. Bası, İstanbul, 1959, s. 364; Söğütlü, **Contractus**, s. 161; Koschaker, s. 177; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 383; Zilelioğlu, ss, 246, 247.

¹⁵⁰ Söğütlü, **Contractus**, s. 160.

¹⁵¹ “Cic. Off. 3.61: “... *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona...* (... Ayrıca, *dolus malus*, daha önceden kanun tarafından yasaklanmıştı. Örneğin, kasıtlı davranan vasiyi cezalandıran Oniki Levha Kanunu, küçüklerin korunması için çıkarılan ve küçüğü aldatanı cezalandıran *Plaetoria* Kanunu gibi. Yasal düzenleme olmadan da, iyiniyetin eklendiği davalarda aynı yasak geçerlidir.)” bkz. Söğütlü, **Contractus**, s. 165.

¹⁵² Söğütlü, **Contractus**, s. 165; Zilelioğlu, s. 246.

¹⁵³ Söğütlü, **Contractus**, s. 165; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 382.

¹⁵⁴ Güvel, s. 387; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 383.

dolus sadece *facere* fiiliyle icra edilebilmiştir¹⁵⁵. Klasik sonrası hukuk döneminde eski dönemlerde kullanılan *fraus*, kavramı yerini *dolus* kavramına bırakmış ve *culpa* (kusur) ve *neglegentia* (özensizlik) kavramlarının karşıtı olarak kullanılmıştır¹⁵⁶. Iustinianus dönemine gelindiğinde ağır ihmalin kast hükümlerine tabi tutulduğuna dair *Digesta*'da yer alan Paulus'a ait bir metinde kanıt bulunmaktadır. Buna göre “ağır ihmal bir kusurdur ve kast hükümlerine tabidir.” denilerek ağır ihmal kasta denk sayılmıştır¹⁵⁷. Klasik devirde vedia alanın ya da *precarium*¹⁵⁸ alanın sorumluluğu kastla sınırlı tutulmuşken, Iustinianus dönemine gelindiğinde ağır ihmalin kasta eşit tutulması sebebiyle, ağır ihmalden de sorumluluk doğmuştur¹⁵⁹.

1.2.2. *Culpa* (Kusur) Sorumluluğu

Culpa ilk olarak ortaya çıkışını *dolus*la yaşamış ve *dolustan* doğan sorumluluğun sınırını çizmek için kullanılmıştır¹⁶⁰. Kural bütün kusurlardan sorumlu olmak olsa da bu sürece gelene kadar *culpa* çeşitli yaklaşımlarla değişip gelişmiştir¹⁶¹. Klasik dönem hukukçuları hem kast hem de ihmal durumunu *culpa* içerisinde değerlendirirken zaman içerisinde sadece ihmal anlamında kullanılmıştır¹⁶². Zararlı ve hukuka aykırı sonucu istememekle beraber bu sonucun ortaya çıkmaması için kişinin üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemesi olarak değerlendirilir ve *culpa* için öngörülebilirlik en temel unsurdur¹⁶³. Roma hukuku kaynaklarında *culpa* ihmal,

¹⁵⁵ Söğütlü, *Contractus*, s. 160.

¹⁵⁶ Söğütlü, *Contractus*, s. 160.

¹⁵⁷ D. 50.16.226 (Paul.): “*Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.* (Ağır ihmal bir kusurdur ve kast hükümlerine tabidir.)”; Koschaker, s.176.

¹⁵⁸ *Precarium*, bir kimsenin, kendisinden bir ricada bulunan başka bir kimseye, kullanması için umumiyetle gayrimenkul bir malın zilyetliğini veya bir hakkını vermesi ve kendi arzusuna göre, istediği zaman ve istediği gibi geri alması imkanını sağlayan, postklasik dönemde isimsiz akitler grubuna giren bir aynî akittir, Umur, *Lügat*, s. 166.

¹⁵⁹ D. 50.17.23 (Ulp.) metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 145; Erdoğan, *Roma Borçlar*, s. 40; Sermet Bengi Sayın Korkmaz, “Roma hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesinde Sorumluluk Ölçütleri,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 2, 2012, s. 176; Rado, s. 27; Stanisław Kordasiewicz, “Designing a System of Contractual Liability: Jacques Cujas Inspired by Roman Law,” *American Journal of Legal History*, 62, 2022, s. 29; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 58.

¹⁶⁰ Söğütlü, *Roma Özel*, s. 384.

¹⁶¹ Rado, *Roma Borçlar*, s. 27.

¹⁶² Söğütlü, *Roma Özel*, s. 384.

¹⁶³ Söğütlü, *Contractus*, s.188; Güvel, s. 389.

özensizlik, kınanan davranış biçimi olarak geçer. İhmalde kasttaki gibi borca aykırı davranma, zarar verme bilinci ve isteği yokken, borçlunun özensizliği söz konusudur¹⁶⁴. *Culpanın* söz konusu olduğu hallerde, gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi halinde ortaya çıkan sonucun önlenmesi mümkündür¹⁶⁵.

1.2.2.1.Culpa Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi

1.2.2.1.1.Culpa Kavramının Ortaya Çıkışı

'*Sculpere*' kelimesinden türetilen *culpa*, ilk olarak Roma ceza hukuku kapsamında kabahat, suç anlamlarında kullanılarak barışın bozulması ve kamu düzeninin ihlal edilmesini anlatmıştır¹⁶⁶. Ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde *culpa* kabahat anlamında kullanılmıştır. Klasik hukuk döneminin hukukçuları tarafından da bu anlamda kullanılmaya devam ettiğini gösteren metinler bulunmaktadır¹⁶⁷. *Culpanın*

¹⁶⁴ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 34.

¹⁶⁵ Söğütü, **Contractus**, s. 189.

¹⁶⁶ Söğütü, **Contractus**, s. 181.

¹⁶⁷ D. 44.7.1.5 (Gai.): "...*Magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere.*(Ağır ihmalin suç işleme kastını kapsadığına karar verilmiştir.); D. 47.9.7 (Callist.) : "*Ne quid ex naufragiis diripiatur vel quis extraneus interveniat colligendis eis, multifariam prospectum est. Nam et divus Hadrianus edicto praecepit, ut hi, qui iuxta litora maris possident, scirent, si quando navis vel inficta vel fracta intra fines agri cuiusque fuerit, ne naufragia diripiant, in ipsos iudicia praesides his, qui res suas direptas queruntur, reddituros, ut quidquid probaverint ademptum sibi naufragio, id a possessoribus recipiant. De his autem, quos diripuisse probatum sit, praesidem ut de latronibus gravem sententiam dicere. Ut facilius sit probatio huiusmodi admissi, permisit his et quidquid passos se huiusmodi queruntur, adire praefectos et ad eum testari reosque petere, ut pro modo culpa vel vincti vel sub fideiussoribus ad praesidem remittantur. A domino quoque possessionis, in qua id admissum dicatur, satis accipi, ne cognitioni desit, praecipitur. Sed nec intervenire naufragiis colligendis aut militem aut privatum aut libertum servumve principis placere sibi ait senatus.* (Gemi kazasında eşyaların çalınmaması, yabancıların gelip malları ele geçirmemesi için pek çok önlem alınmıştır. Çünkü İlahi Hadrianus, deniz kıyısında arazi sahibi olanların, bunlardan herhangi birinin sınırları içinde bir gemi ağır hasar gördüğünde veya parçalandığında, enkazdan hiçbir şeyin çalınmadığından emin olmaları gerektiğini bildiren bir fermana göre ve vilayet valilerinin, ellerinden alındıkları malı arayanlar lehine, gemi kazası sırasında kendilerinden alındığını kanıtlayabilecekleri herhangi bir şeyi geri almalarını sağlamak için onlara karşı dava açması gerektiğini söyledi. Aynı şeye sahipti. Malı aldıkları kanıtlanan kişilere ilişkin olarak Vali, soygunculara olduğu gibi onlara da ağır cezalar vermelidir. Ve bu tür suçların işlendiğinin kanıtını daha kolay hale getirmek için, herhangi bir kayıp yaşadıklarından şikayetçi olanların Vali huzuruna çıkıp ifade vermelerine ve suçlu tarafları aramalarına izin verdi. Suçlarının ağırlığına göre zincirlenerek veya bağlı olarak Vali huzuruna gönderilirler. Ayrıca, kovuşturmadan vazgeçmemek için çalındığı iddia edilen malın sahibinden teminat alınması talimatını verdi. Senato ayrıca ne bir askerinin ne herhangi bir özel şahsın ne bir azat edilmiş kişinin ne de İmparatorun bir kölesinin, gemi kazasında dağılan eşyaların toplanmasına

incelenmesinde öğretide *culpa*nın çeşitlerinden *culpa lata* ile *dolus malus* kavramının kastedildiği, *culpa latanın* ihmal olarak kabul görülemeyeceği, ihmal anlamında ise bir başka kusur çeşidi olan *culpa levisin* kullanıldığını öne süren yazarlar bulunsa da bunun Roma sorumluluk hukukunun gelişimi ile bağlantısı olmadığını bu yüzden bu yaklaşımın doğru olmayacağını söyleyen yazarlar vardır¹⁶⁸. *Culpa lata* kavramı ağır ihmal anlamıyla klasik sonrası hukuk döneminde kendisine yer bulmuştur¹⁶⁹.

müdahale etmemesi gerektiğine karar verdi.)”; D. 48.16.7.1 (Ulp.): “*Si stellionatum quis obiecerit vel expilatae hereditatis crimen et destitit, poenam senatus consulti Turpilliani non subibit, nec si furti vel iniuriarum: sed officio iudicis culpa eius coercebitur.* (Bir kimse, Stellionatus veya bir mülkü yağmalama suçuyla ithamda bulunur ve sonra vazgeçerse, hırsızlık veya yaralama söz konusu olsa bile, Senato'nun Turpillian Kararnamesi'nin cezasına tabi tutulmayacak; ancak kusuru, hâkim tarafından cezalandırıldı.)”; D. 48.20.7.pr. (Paul.): “*Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando (propter quod et in iure civili suorum heredum nomen eis indictum est ac ne iudicio quidem parentis nisi meritis de causis summoveri ab ea successione possunt): aequissimum existimatum est eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum, ne alieno admissio graviolem poenam luerent, quos nulla contingeret culpa, interdum in summam egestatem devoluti. Quod cum aliqua moderatione definiri placuit, ut qui ad universitatem venturi erant iure successionis, ex ea portiones concessas haberent.* (Bir tür zımni yasa olan doğal akıl, çocuklara babalarının mülklerini bağışladığı ve onları bir borç gibi mirasa çağırıldığı için, bu hesaba göre onlara doğrudan mirasçılar adı verilmiştir. Medeni Kanun; öyle ki, iyi bir neden olmadıkça, ebeveynlerinin iradesiyle mirastan çıkarılamayacakları için, bir ebeveynin mahkumiyetinin onu mülkünden mahrum bıraktığı durumlarda bunun tamamen adil olduğu düşünülmüştür. Bu cezanın yanında, suçları kendilerini ilgilendiren başkaları tarafından işlenen suçlardan dolayı onları en büyük yoksulluğa maruz bırakarak daha ağır cezalara maruz kalmaları korkusuyla çocuklar da dikkate alınmalıdır. Bu koşullar altında belli bir ölçülülük sergilenmesi gerektiğine karar verildi; Öyle ki, miras hakkı yoluyla mülkün tamamına hak kazananlar, aynı payın bir kısmının kendilerine verilmesini sağlayabilsinler.)”; Söğütü, **Contractus**, s. 182.

¹⁶⁸ Söğütü, **Contractus**, ss. 182, 183.

¹⁶⁹ D. 47.4.1.2 (Ulp.): “*Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur: culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc, quod damnum qualiterqualiter dederit. Habet itaque certum finem ista actio, ut et dolo fecerit iste et post mortem domini et ante aditam hereditatem. Ceterum si sine dolo, aut dolo quidem, verum vivo domino, non tenebitur hac actione: quin immo et si post mortem post aditam hereditatem, cessabit actio: nam ubi adita hereditas est, iam quasi liber conveniri potest.* (Bu tür azatlı bir kimse, bir şeyi hileli olarak israf ettiği iddia edilmedikçe sorumlu olmayacaktır. Kölenin hürriyeti sağlandıktan sonra kusur ve ihmali mazur görülür; ancak ağır ihmal dolandırıcılığa çok benzer. Dolayısıyla hilesiz bir zarar vermişse bu eylem yalan olmaz; aksi takdirde, Aquilian Kanunu uyarınca her ne şekilde olursa olsun zarara sebep olmaktan sorumlu olacaktır. Bu nedenle, bu eylemin bazı kısıtlamaları vardır; öyle ki köle, yalnızca efendisinin ölümünden sonra değil, mirasa geçilmeden önce de kasttan suçlu olmalıdır. Fakat hile yapmamışsa veya efendisi hayattayken bunu yapmışsa, bu fiilden sorumlu olmaz. Dahası, efendisinin ölümünden ve mirasın kabul edilmesinden sonra

Culpa, kişinin zararlı sonucun ortaya çıkmasını engelleyebilecekken, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek bu sonucun ortaya çıkmasına istemeden sebep olması durumunda kişiye yüklenen sorumluluk doğurucu, ihmal içeren, ayıplanabilir, kınanabilir bir hareket unsurdur¹⁷⁰. Kast halinde zararlı sonucun arzu edilmesi durumu söz konusu iken *culpa* böyle bir arzuyu bünyesinde barındırmayan, önlenmesi mümkün olan zararlı sonucu engelleyici hareketin yapılmayarak zararın doğmasına sebep olan ama zararlı sonucun da istenmemesi halidir.¹⁷¹ *Digesta* da yer alan metinler bunu ortaya koymaktadır¹⁷².

1.2.2.1.2. *Culpa* Kavramının Çeşitleri ve Hukuki Değerlendirmesi

Roma hukukunun farklı dönemlerine göre anlamında değişiklik arz eden *culpa* kavramı ilk olarak haksız fiillerden kişinin hareketsiz kalarak ama zararlı sonucu da istemeyerek ya da öngörmeyerek hareket etmesi olarak kullanılmıştır¹⁷³. Klasik

bile dava devam etmeyecektir; çünkü miras bir kez girildiğinde, özgür bir adam olarak dava edilebilir.”; Söğütlü, *Contractus*, s. 183.

¹⁷⁰ Bülent Tahiroğlu, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Özel Sayısı, MÜHF-HAD**, 14, 4, 2008, s. 158; Söğütlü, *Contractus*, s. 183.

¹⁷¹ Honig, s. 184; Savaş, 563; Söğütlü, *Contractus*, s. 184; Tahiroğlu, Kusursuz Sorumluluk, s. 158.

¹⁷² D. 9.2.31 (Paul.): “*Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.* (Eğer bir kimse, ağaçların budanması sırasında ağaçtan budadığı dalı aşağı atmışsa veya birisi çatıda çalışma sırasında (düşen şey nedeniyle) yoldan geçen köleyi öldürmüşse şu koşulda sorumlu tutulur: Eğer budanan dal, kamuya ait bir yola düşmüşse ve atan kişi önceden seslenmemişse, seslenseydi köle meydana gelen kazadan kaçınabilecek durumda ise. Fakat, *Mucius*, aynı olay, özel bir yolda vuku bulmuş olsa da kusurdan dolayı davanın açılacağını söyler. Gerekli önlemlerin alınmadığı yerde daima kusur vardır. Kişi, ya dikkatli bir kimsenin alması gereken önlemleri almalıdır ya da tehlike artık önlenemeyecek bir noktaya gelmişse uyarmalıdır. Bu prensibe göre, birçok kişinin özel araziden geçmesi sıklıkla gerçekleştiği için, yaralanan tarafın kamuya açık veya özel araziden geçmesi pek bir fark yaratmaz. Eğer orada yol yoksa, taraf sadece yoldan geçen birinin üzerine bir şey attığı takdirde kötü niyetten sorumlu olur; çünkü ihmalden dolayı sorumlu tutulamaz çünkü o yerden kimsenin geçip geçmeyeceğini tahmin edemez.); Söğütlü, *Contractus*, s. 184.

¹⁷³ Güvel, s. 390; Zilelioğlu, s. 256.

sonrası hukuk dönemine kadar kusur kavramının karşılığı olan *culpa*, klasik sonrası hukuk dönemiyle birlikte ihmal anlamında kullanılmaya başlanmıştır. Klasik dönemde genellikle objektif kusur değerlendirmesine tabi tutularak günümüz hukukunda objektif bir tipin davranışlarını kıstas alarak değerlendirme yapılmasını öngören *culpa*, klasik sonrası dönemle birlikte günümüzdeki sübjektif kusur kavramının değerlendirilmesine ışık tutan, bireylerin kişisel özelliklerinin de dikkate alınarak bir kusur değerlendirmesi yapılması şeklinde kullanılmaya başlanmıştır¹⁷⁴.

Klasik hukuk döneminde *culpanın* değerlendirilmesi yapılsa da bu genel olarak kusur kavramı içerisinde değerlendirilerek farklı derecelerdeki kusurlara önem verilmemiştir. Farklı derecelerdeki kusurların değerlendirilip önem arz etmesi klasik sonrası hukuk döneminde meydana gelmiştir. Bu dönemde *culpa* kavramı *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima* olarak üç başlık altında incelenmiş ve her birisi ihmalin farklı bir boyutunu ortaya koymuştur¹⁷⁵.

1.2.2.1.2.1. *Culpa Lata* (Ağır İhmal)

Günümüz hukuk sisteminde sorumluluğun değerlendirilmesinde aranan kusur ölçütlerinden ağır ihmal kavramına karşılık gelen *culpa lata* Roma hukukunda *culpa proxima dolo* (kasta en yakın ihmal) kavramında da kullanılmış olup kast düzeyinde olmayan ağır ihmali ifade etmek için kullanılmıştır¹⁷⁶. *Dolus* sorumluluğunda kullanılan bir kavram olan *neglegentia* ile karıştırılması mümkün olan *culpa lata*, ağır ihmali karşılarken *neglegentia* aşırı özensiz olma durumunu anlatır¹⁷⁷. *Neglegentia*,

¹⁷⁴ Şahin Akıncı, **Roma Borçlar Hukuku**, Sayram Yayıncılık, Konya, 2016, s. 37; Güvel, s. 389; Söğütlü, **Contractus**, s. 188.

¹⁷⁵ Söğütlü, **Contractus**, s. 189; Zilelioğlu, ss, 259, 260.

¹⁷⁶ Söğütlü, **Contractus**, s. 189; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 384.

¹⁷⁷ D. 17.1.29.pr. (Ulp.): “*Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.* (Bir kefil aleyhine dava açılmışsa ve o, paranın borçluya fiilen teslim edilmediğini bilmeden kefalet gereği ödeme yaparsa; vekalet davasında ödediği tutarı geri alıp alamayacağı sorusu ortaya çıkıyor? Ve eğer gerçekleri bildiği halde, kast gerekçesiyle veya para ödenmediği için istisna

olağan üstü derecede özenli olma hali *diligentianın* zıttı olarak kullanılmıştır¹⁷⁸. *Neglegentia*, bu yüzden *culpa lata*yı karşılayan bir kavram olarak kullanılmaz.

Roma hukukunda yer alan kaynaklarda *culpa lata*, herkesin davrandığı gibi davranmamak, aynı olay karşısında ortalama bir kimsenin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemek olarak tanımlanmıştır¹⁷⁹. *Culpa lata*, affedilemez bir düşüncesizlik halini temsil etmektedir¹⁸⁰. Klasik hukuk döneminin sonlarına doğru gelindiğinde sözleşmeden doğan sorumluluğun ortaya çıkışında *culpa lata*, borçlu olan en basit kişinin göstermesi gereken özenin gösterilmemesi hali olarak tanımlanmıştır ve *culpa lata* kasta eşit tutularak sorumluların değerlendirilmesinde *dolus* hükümlerine başvurulmuştur¹⁸¹. Bu sayede *culpa lata* bir sorumluluk ölçütü olarak görülmeye başlanmıştır¹⁸². Klasik sonrası hukuk döneminde *culpa lata*, herkesin alabileceği

başvurusunda bulunmayı ihmal ederse, ağır ihmal neredeyse dolandırıcılığa benzediğinden, dolandırıcılığa katıldığı kabul edilecektir. Ancak gerçeklerden habersiz olduğu takdirde kendisine hiçbir sorumluluk yüklenemez. Aynı prensipte, eğer bir borçlu, örneğin bir anlaşmaya dayanarak veya başka bir sebeple bir istisnaya hak kazanmışsa ve kendisi bunu bilmediği halde bu istisnadan yararlanmıyorsa; Asıl borçlunun, vadesi gelmeyen bir borcu bilmeden ödemesini önlemek için kefilini uyarması ve bunu yapması gerektiği için vekâlet davası açma hakkına sahip olacağı söylenmelidir.); D. 22.6.9.2 (Paul.): “*Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa neglegentia obiciatur: quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi neque neglegentissimi hominis accipiendam, verum eius, qui cum eam rem ut, diligenter inquirendo notam habere possit.* (Ancak gerçeğin bilinmemesi, ağır ihmalden dolayı suçlu olmadıkça kimseye zarar vermez; örneğin, ya kasabadaki herkes kendisinin bilmediği bir şeyi bilseydi? Labeo çok yerinde bir şekilde, ne en meraklı ya da en ihmalkâr insanın bilgisinin kastedildiğinin anlaşılması gerektiğini, bunun yerine onu gayretli bir araştırmayla elde edebilenin bilgisinin anlaşılması gerektiğini söylüyor.); D. 26.10.7.1 (Ulp.): “*Si fraus non sit admissa, sed lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.* (Vasi tarafından kasıtlı hareket değil de kasta çok benzeyen ağır ihmal söz konusu olduğunda, şüpheli olarak görevden alınmalıdır.); Söğütlü, **Roma Özel**, s. 384.

¹⁷⁸ Akıncı, **Roma Borçlar**, s. 391; Güvel, ss. 390, 391; Savaş, s. 561; Söğütlü, **Contractus**, s. 190; Zilelioğlu, s. 257-262.

¹⁷⁹ D. 50.16.213.2 (Ulp.): “*Lata culpa*” est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. (Ağır ihmal aşırı ihmaldir, yani herkesin bildiğini bilmemek); D. 50.16.223.pr. (Paul.): “*Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt.* (Ağır ihmalin tanımı herkesin bildiğini bilmemektir.); Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 36; Söğütlü, **Contractus**, s. 191; Güvel, s. 392; Savaş, s. 563; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 384; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 58.

¹⁸⁰ Di Marzo, 365; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 32; Söğütlü, **Contractus**, s. 191; Koschaker, s. 194; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 58.

¹⁸¹ Söğütlü, **Contractus**, s. 191; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 58; Umur, **Ders Notları**, s. 211.

¹⁸² Koschaker, s. 198; Söğütlü, **Contractus**, s. 192; Zilelioğlu, ss. 259, 260.

önlemleri almama durumu olarak kabul edilmiştir¹⁸³. Iustinianus dönemine gelindiğinde ağır ihmâl, kast hükümlerine eşit tutulmuştur¹⁸⁴.

1.2.2.1.2.2. *Culpa Levis* (Hafif İhmâl)

*Culpa*nın bir başka çeşidi olan *culpa levis* kavramıyla anlatılmak istenen hafif ihmâl durumudur. *Culpa levis*, dikkatli bir aile babası anlamına gelen *bonus pater familias* ya da *diligens bonus pater familias*ın borçlu olması halinde göstermesi gereken özenin gösterilmemesi halidir¹⁸⁵. Objektif kusur görüşünün temelini oluşturan

¹⁸³ Şakir Berki, “Roma’da Borçların Kaynakları”, *AÜHFD* 11, 3-4, 1954, s. 165.

¹⁸⁴ D. 2.13.8.pr. (Ulp.): “*Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit nisi dolo proximam. Dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit.* (Bir bankacının hesaplarını göstermesi istendiğinde ve kasttan etkilenecek bunu yapmadığında cezalandırılır; ancak ihmalden ancak kasta çok yakınsa sorumlu olur. Hesaplarını sahtekarlık amacıyla üreten veya eksik üreten kişi, kötü niyetle suçludur.); D. 11.6.1.1 (Ulp.): “*Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aequè mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire.* (Bu eylem yalnızca olumlu kastın varlığını gerektirir. Çünkü, kadastronun hukuki sorumluluğu olmadığından, yalnızca olumlu kast nedeniyle dava açılabilmesi halinde, tamamen zaptedileceği hükmüne varılmıştı. Bu nedenle, eğer beceri eksikliği gösterdiyse, onu çalıştıran kişi yalnızca kendisini suçlayacaktır; ancak ihmalden dolayı suçluysa, aynı derecede güvende olacaktır; ağır ihmâlin kasta benzediği açıktır. Ancak tazminat aldığı takdirde Ferman hükümlerine göre her türlü ihmalden sorumlu olacak; çünkü şüphesiz Praetor bu tür partilerin para karşılığında çalıştığını biliyor.); D. 17.1.29.pr. (Ulp.) ve D. 26.10.7.1 (Ulp.) metinleri için bkz. Birinci Bölüm dp. 177; D. 34.3.24 (Papin.): “*Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit: itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit. Quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit ideoque repeti potest.* (Mirasçıdan borçluyu ibra etmesi istendiğinde, bunun yalnızca borçtan doğan alacaklar için geçerli olduğu kabul edilir. Dolayısıyla vasiyetname açılmadan önce herhangi bir borcun ödenmesi vakfa dahil edilmeyecektir. Ancak vasiyetname açıldıktan sonra ve merhumun niyetini bilen mirasçı tarafından mirasa geçilmeden önce, borçlu olunan borcun ödenmesi gerekiyorsa bu, kasta çok benzer ve dolayısıyla miktar mirasçı tarafından geri alınabilir.); D. 44.7.1.5 (Gai.): metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 167; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s.37; Savaş, s. 562.

¹⁸⁵ D. 9. 2. 31. (Paul.), metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 172; Güvel, ss. 389-393; Özcan Karadeniz Çelebican, **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1976, s. 178; Savaş, s. 563; Söğütü, **Contractus**, s. 193; Söğütü, **Roma Özel**, s. 385; Tahiroğlu, Kusursuz Sorumluluk, s. 159; Umur, **Ders Notları**, s. 211.

bu görüş bazı sözleşmelerde kendisine yer edinirken birde borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özeni baz alan subjektif kusur görüşünü karşılayan *culpa in concreto*, somut ölçü ile kusurun belirlendiği sözleşmeler bulunmaktadır¹⁸⁶. Bunu karşılamak için *diligentia quam in suis* kavramı kullanılmış ve borçlunun, kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni alacaklısına karşı borçlandığı edimleri yerine getirirken kullanıp kullanmadığı değerlendirilmiştir¹⁸⁷.

1.2.2.1.2.3. *Imperitia*

Imperitia, klasik öncesi hukuk döneminde haksız fiil alanında ihmalin değerlendirilmesinde kullanılan bir kavram iken, klasik hukuk dönemiyle beraber *locatio conductio* sözleşmelerinde uygulanmıştır. Klasik sonrası dönemde bütün sorumluluk türleri için ihmalin bir ölçüsü olarak değerlendirilen, üstlenilen işin yürütülmesinde kişinin üzerinde taşıdığına vaad ettiği özelliklerin olmaması, yeteneksizlik ve tecrübesizlik hali olarak zarar verenin veya borçlunun sorumlu tutulmasını sağlayan bir sorumluluk ölçütüdür.¹⁸⁸ Sanat icra edenlerin belli bir yeteneğe sahip oldukları kabul edilerek kendileriyle sözleşme yapıldığı için daha sonrasında sanatkarın böyle bir yeteneğe sahip olmaması durumu *imperitia* ölçütüyle

¹⁸⁶ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 42; Güvel, s. 393; Savaş, ss. 563, 564; Söğütlü, **Contractus**, s. 191; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 385; Umur, **Ders Notları**, s. 211; Zimmermann, s. 210.

¹⁸⁷ Di Marzo, s. 365; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 42; Söğütlü, **Contractus**, s. 194; Güvel, s. 393; Honig, s. 166; Koschaker, s. 194; Rado, s. 28; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 385.

¹⁸⁸ D. 9.2.27.34 (Ulp.): “*Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. Mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.* (Bir kişinin katır sürmesi için bir köle tutması ve katırın kendi bakımına bırakılması; ve yuların kayışını başparmağıyla bağlar ve katır serbest kalır ve kölenin başparmağını koparır ve sonra yüksekte aşağıya doğru düşer; Mela, vasıfsız bir kölenin hünerli olarak kiralanması durumunda, katırın tahrip olması veya sakat kalması nedeniyle köle sahibine karşı dava açılabileceğini söylüyor; ancak katır bir darbe veya korku nedeniyle heyecanlanmışsa, sahibi (yani hem katırın hem de kölenin sahibi), Lex Aquilia uyarınca, katırın sahibine karşı dava açma hakkına sahip olacaktır. Katır korkutan kişi. Ancak bana öyle geliyor ki sözleşmeye dayalı bir dava söz konusu olsa bile Lex Aquilia kapsamında da dava açılabilir.); D. 50.17.132 (Gai.); “*Imperitia culpa adnumeratur.* (Yeteneksizlik ihmal olarak değerlendirilir.); Söğütlü, **Contractus**, s. 197; Güvel, s. 392; Zimmermann, ss. 386, 387; Savaş, s. 564.

değerlendirilerek sorumluluk kurulmuştur¹⁸⁹. Burada değerlendirme ölçütü *diligens bonus pater familias* olarak kabul edilmemiş, bir sanatkarın yetenek sahibi olması durumu göz önüne alınmıştır. *Locatio conductio operatum* sözleşmesinin imzalanması durumunda müteahhide verilen malzemeler zarara uğramış ve bu zararın meydana gelme sebebi yüklenici müteahhitin beceriksizliği olmuşsa borçlu olarak müteahhitin sorumluluğunun doğacağı veya bir hekimin mesleki uzmanlığı dahilinde bir hastayı ameliyat edip kabiliyetsizliği yüzünden hastanın ölmesi halinde sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir¹⁹⁰.

1.2.2.2.Roma hukukunun Tarihi Süreçlerinde *Culpa* Kavramı

Eski hukuk dönemi ve XII Levha Kanunu Dönemi'nde *culpa* sözleşmeden doğan sorumluluk için ihmal anlamında kullanılmamıştır. Daha çok ceza alanında suç anlamında kullanılmıştır¹⁹¹. Klasik öncesi hukuk döneminde *interpolatiolar* sebebiyle ihmal anlamında *culpanın* bir sorumluluk ölçütü olarak kullanılıp kullanılmadığını tespit etmek oldukça güçtür. Bu dönemde *culpa* sorumluluğunun bilinmediğini savunan yazarlar olduğu gibi *culpanın* Cumhuriyet dönemi sonralarında kullanılan bir

¹⁸⁹ D. 19.2.9.5 (Ulp.): “*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.* (Celsus, beceri eksikliğinini ihmal olarak sınıflandırılması gerektiğini belirtir. Bir tarafın beslenmesi için buzağı veya tamir edilmesi için kumaş veya cilalanması için bir eşya kiraladığı durumlarda ihmalden sorumlu olmalıdır ve beceri eksikliğinden dolayı işlediği her türlü hata ihmaldir, çünkü o yetenek sahibi bir zanaatkar olarak görülmüştür.)”; Söğütü, **Contractus**, s. 198; Zilelioğlu, s. 198,

¹⁹⁰ D. 9.2.7.8 (Ulp.): “*Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.* (Proculus, bir doktorun bir köleyi beceriksizce ameliyat etmesi halinde, ya sözleşmeye ya da Lex Aquilia'ya göre bir dava açılacağını savunuyor.)”; D. 19.2.27.29 (Ulp.): “*Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excussatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.* (Eğer bir zanaatkâra cilalanması için bir fincan emanet ederseniz ve o da beceri eksikliğinden dolayı onu kırarsa, haksız zarardan sorumlu olacaktır; ama beceri eksikliğinden dolayı onu kıramazsa ve onu bozan çatlaklar varsa, mazur görülebilir ve dolayısıyla zanaatkarlar, kendilerine bu tür şeyler emanet edildiğinde, genellikle işin risklerinin kendilerine ait olmayacağını bir anlaşmayla sağlamaya alışkındırlar; ve bu, anlaşmaya veya Lex Aquilia'ya ilişkin herhangi bir dava hakkını engeller.)”; Söğütü, **Contractus**, s. 199.

¹⁹¹ Erdoğmuş, **Roma Borçlar**, s. 190; Söğütü, **Contractus**, s. 185; Umur, **Ders Notları**, s. 193; Zimmermann, s. 210.

kavram olduğunu savunan yazarlar da vardır. Klasik hukuk dönemi metinleri arasında yer alan klasik öncesi hukuk dönemi hukukçusu Q. Mucius Scaevola *Digesta*'da yer alan bir metninde *culpanın* tanımını gerekli önlemlerin alınmaması olarak yapmıştır¹⁹². *Culpa* borçlanılan özenli davranma yükümlülüğünün ihmali hareketle yerine getirilmekten kaçınılmasıdır.

Klasik öncesi hukuk döneminden bilgiler içerdiği kabul edilen bazı metinlerde sorumluluğun belirlenmesi için *culpaya* bakılmıştır¹⁹³. Metne göre satım sözleşmesine konu olmuş bir ev mülkiyeti devir işlemi yapılmadan önce yanarak yok olmaktadır. Alacaklı yangının insan davranışı olmadan çıkamayacağını iddia ederken borçlu efendinin, kölesinin hareketsiz kalması, dikkatsiz ve özensiz olmasından dolayı *culpadan* sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir¹⁹⁴. Yine klasik öncesi hukuk dönemine ait olan metinler incelendiğinde haksız fiil sorumluluğunda *culpanın* ihmal anlamında kullanıldığını gösteren ifadeler bulunmaktadır¹⁹⁵. Haksız fiillerde kendisine bu dönemde yer bulan *culpa* kavramının sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulandığını gösteren metinler bulunmaktadır¹⁹⁶.

¹⁹² D. 9.2.31 (Paul.), metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 172.

¹⁹³ D. 18.6.12 (Alf.): “*si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest nequa, si severum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit...*(satılan ev yandığında kusur olmaksızın (bir insan davranışı bulunmaksızın) yangının çıkmayacağı doğru mudur? O, şu hukuki görüşü verir: aile babasının kusuru olmaksızın yangın ortaya çıkabilir ve bu nedenle kölenin ihmali (yangını söndürmekte hareketsiz kalması) malike kusur olarak atfedilemez...)”.

¹⁹⁴ Söğütlü, *Contractus*, s.132.

¹⁹⁵ D. 9.2.52.pr. (Alf.): “*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscienta aut domini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.* (Bir kölenin darbe sonucu ölmesi halinde ve bu durum hekimin bilgisizliğinden veya sahibinin ihmalden kaynaklanmıyorsa, onun ölümü nedeniyle tazminat davası açılabilir.)”; D. 24.3.66.pr. (Iav.): “*In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere servius ait. Ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere.* (Servius, kocanın, para dışında aldığı çeyizinin tüm mallarına ilişkin kast ve ihmalden sorumlu olduğunu söylüyor. Bu aynı zamanda Publius Mucius'un da görüşüdür, çünkü o, Gracchus'un öldürüldüğü ayaklanmada tüm mal varlığı kaybedilen Gracchus'un karısı Licinnia vakasında karar vermiştir; isyanın sorumlusunun Gracchus olması nedeniyle mülkün Licinnia'ya iade edilmesi gerektiğini savundu.)”.

¹⁹⁶ D. 13.6.5.3 (Ulp.): “*Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et*

diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit (Ancak ariyet genel olarak yalnızca ariyet alan kişinin menfaatini içermektedir ve bu nedenle, ariyet alanın, ariyet konusu malın zarar görmesi durumunda hem ihmalden hem de özende ihmalkar davranmaktan sorumlu tutulacağına ilişkin *Quintus Muciusun* görüşü doğrudur. Risk ariyet alan kişiye yüklenmelidir.); D. 13.6.5.7 (Ulp.): “*Sed interdum et mortis damnus ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit.* (Ancak bazen ölüm nedeniyle oluşan zararın ariyet alan tarafça karşılanması gerekir; çünkü eğer ben sana villana götürmen için bir at ödünç verirsem ve onu savaşa götürürsen, ödünç verme davasıyla karşı karşıya kalacaksın; ve aynı kural köle durumu için de geçerlidir. Ancak şurası açık ki, eğer sen onu savaşa götürebilesin diye atı sana ödünç verirsem, risk bana ait olur, çünkü Nanusa, eğer sana bir duvarı sıvamak için bir köle verirsem, o da bir uçurumdan aşağı düşer, diyor. iskele, risk bana ait. Ancak bunun yalnızca onu bir darağacında çalışması için sana ödünç verdiğim durumlarda geçerli olduğunu düşünüyorum; Ama işini yerde yapsa ve sen onu darağacına çıkarsan; veya, söz konusu tarafça tutturulmamasına rağmen, ikincisinde düzgün bir şekilde inşa edilmemiş bir kusur nedeniyle veya halatların veya direklerin eskimesi nedeniyle meydana gelmişse; Ben diyorum ki, ariyet alan tarafın ihmali sonucu meydana gelen kazadan kendisi sorumludur. Mela, bir kölenin taş kesiciye ödünç verilmesi ve iskelenin düşmesi sonucu ölmesi durumunda, iskeleyi dikkatsizce kurduğu için esnafın borç davası açılacağını ifade etti.); D. 13.7.30. (Paul.): “*Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. Si invito ratiario retinisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem.* (Tekne sahibine borç para veren bir taraf, paranın belirlenen zamanda ödenmemesi nedeniyle kendi yetkisiyle tekneyi nehirde alıyordu; ve daha sonra nehir yükselip tekneyi alıp götürdü. Buradaki görüş, alacaklının tekneyi sahibinin rızası dışında alıkoyması halinde, teknenin riskinin kendisine ait olacağı yönündeydi; ancak borçlu bunu kendisinde tutmayı gönüllü olarak kabul etmişse, aşırı güç nedeniyle değil, yalnızca ihmal nedeniyle tazmin edilmelidir.); D. 18.6.12 (Alf.): metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 193; D. 19.2.310.2 (Alf.): “*Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.* (Bir adamın belli bir ağırlığı yüklemek üzere katır kiraladığı ve kiralayan kişinin daha ağır yüklerle katırları yaraladığı durumlarda ne gibi bir dava açılması gerektiği araştırıldı. Cevap, sahibinin ya Lex Aquilia uyarınca ya da kiraya ilişkin bir davada yasal olarak dava açabileceği, ancak Lex Aquilia uyarınca yalnızca o sırada katırları süren tarafa dava açabileceğiydi; ancak, bir başkası onlara zarar vermiş olsa bile, kira davası açarak, onları kiralayan kişiye karşı uygun şekilde dava açabilirdi.); D. 19.2.31 (Alf.); “*...Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum* (Bununla birlikte, malın aynı türün iade edilmesi gerektiği anlayışıyla teslim edilmesi durumunda, ihmal sorumluluğu sözleşmenin her

Culpa sorumluluğu klasik hukuk dönemi boyunca bazı sözleşmelerde diğer sorumluluk türleriyle birlikte uygulanabilmiştir¹⁹⁷. Oldukça sınırlı bir anlam içeren *culpa, dolustan* doğan sorumluluğun kapsamını belirlemek için kullanılmıştır¹⁹⁸. *Culpa* bu dönemde kusur anlamında kullanılmış olup az sayıda olmak kaydıyla hukuka aykırı hareketleri ifade ederken çeşitli metinlerde genellikle ihmal, özensizlik anlamında kullanılmıştır¹⁹⁹. Klasik hukuk dönemindeki metinler incelendiğinde *culpanın* kınanan bir davranış biçimi olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır²⁰⁰.

Klasik sonrası hukuk döneminde ise *culpa* zararlı sonucun istenmediği kusur olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu dönemde hukukçular tarafından *culpa* subjektif olarak değerlendirilmiş, borçlunun kişisel durumları dikkate alınarak bir sorumluluk kurulması yoluna gidilmiştir²⁰¹. Aynı zamanda hukukçular *culpa* kavramını çeşitlendirmiş, her ihmal türüne farklı bir yaklaşım sergileyerek isimlendirmişlerdir. *Omnis culpa*, borçlu olan bireyin kendisi sebebiyle ortaya çıkan kast ve ihmalden doğan sorumluluğu ifade etmekte ve Iustiniaus devrinde sorumluluk kavramını belirtmektedir²⁰².

1.2.3. *Diligentia* (Özen) Sorumluluğu/Yükümlülüğü

Klasik sonrası hukuk dönemi öğretisi savunucuları, *diligentia*'yı bir sorumluluk ölçütü olarak kabul ederek, bazen kusur sorumluluğu olarak *omnis culpayı* bazende kusursuz sorumluluk olan *custodiyayı* ifade etmiştir²⁰³. Klasik hukuk döneminin objektif sorumluluk esasını ifade eden *custodia* sorumluluğunun klasik sonrası dönem ve Iustinianus dönemindeki subjektifleştirilmiş hali *diligentia* sorumluluğu olarak ifade edilmektedir. Hukuki metinlerde *diligentia*, borçlunun

iki tarafın yararına yapıldığı ve ihmalin bulunmadığı durumlarda mevcut olduğundan, onu alan taraf yalnızca ihmalden sorumlu olacaktır.)”.

¹⁹⁷ Söğütlü, **Contractus**, s.187.

¹⁹⁸ Güvel, s. 389; Koschaker, s. 197; Söğütlü, **Contractus**, s. 187; Zilelioğlu, ss. 243, 249, 250.

¹⁹⁹ Zilelioğlu, s. 255.

²⁰⁰ Söğütlü, **Contractus**, s.184; Zilelioğlu, s. 251.

²⁰¹ Güvel, s. 390; Söğütlü, **Contractus**, s. 188.

²⁰² Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 40; Güvel, s. 391; Savaş, s. 562.

²⁰³ Söğütlü, **Contractus**, s.204

haklarını korurken ve borçlarını yerine getirirken özenli ve dikkatli hareket etmesi anlamında kullanılmıştır²⁰⁴.

1.2.3.1. *Diligentia* Kavramı

Sözlükte, çok değer vermek, sevmek ve itibar etmek gibi anlamlara gelen *diligere* fiilinden türetilmiş olan *diligentia*²⁰⁵, hukukî anlam olarak gerek malların idaresinde ve gerekse borçların ifasında, malî idare eden ya da borcu ifa eden kişi tarafından gösterilmesi gereken dikkat ve özeni ifade etmektedir²⁰⁶. *Diligentia* sorumluluğu olan bir borçlu, müspet bir davranışla alacaklının yararını gözetmeli ve zararına olan hareketlerden kaçınmalıdır²⁰⁷. *Diligentia*, halinde borçlunun zarar verici tehlikeyi öngörüp, koruyucu tedbirleri alması durumu söz konusu olduğu için *culpam*ın karşıtı olarak kullanılmıştır²⁰⁸. *Diligentiayı culpadan ayıran şey, diligentia* halinde borçlunun bir davranışı ortaya koyma zorunluluğuyken, *culpada* borçlu bir davranış ortaya koymadığı için sorumlu tutulmaktadır²⁰⁹.

²⁰⁴ Söğütlü, **Contractus**, s.202

²⁰⁵ *Diligentianın* sevgiyle gözetmek anlamı için, D. 32.11.9. (Ulp.): “*Haec verba: "te, fili, rogo, ut praedia, quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas et curam eorum agas, ut possint ad filios tuos pervenire", licet non satis exprimunt fideicommissum, sed magis consilium quam necessitatem relinquendi, tamen ea praedia in nepotibus post mortem patris eorum vim fideicommissi videntur continere.* (Bu sözler, her ne kadar bir emanetin oluşumunu tam olarak ifade etmese de, "Oğlum, eline geçecek olan taşınmazın çocuklarına geçmesi için azami özeni sevginle göstermeni senden rica ediyorum" mülkü çocuklara bırakma yükümlülüğünden ziyade tavsiyeyi ima ettikleri için; yine de söz konusu arazinin tasvip edilmesinin, babalarının ölümünden sonra torunlar yararına bir vakıf hükmünde olduğu kabul edilmektedir.)”; Savaş, s. 560; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 389; Umur, **Lügat**, s. 59;

²⁰⁶ Akıncı, **Roma Borçlar**, s. 34; Umur, **Ders Notları**, s. 59.

²⁰⁷ Pervin Somer, “Roma hukukunda Hekimin Sorumluluğu”, Roma hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, **MÜHF-HAD**, 14, 4, 2008, s. 147; Savaş, s. 560; Söğütlü, **Contractus**, s. 203; Zilelioğlu, s. 262.

²⁰⁸ D. 18.1.68.pr. (Proc.): “*Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.* (Bir arsayı satarken kiracıdan kira olarak alacağınız her şeyin alıcıya ait olacağını sözleşmede belirtirseniz; Söz konusu kiranın tahsilatında sadece iyi niyet göstermekle kalmayıp aynı zamanda titizlik gösterilmesi gerektiğini düşünüyorum; yani sadece kasttan değil, aynı zamanda her türlü ihmalden de kaçınmalısınız.); Söğütlü, **Contractus**, s. 203;

²⁰⁹ D. 50.17.23 (Ulp.): “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta:*

1.2.3.2. *Diligentia* Kavramının Ortaya Çıkışı ve Hukuki Değerlendirmesi

1.2.3.2.1. *Diligentia* Kavramının Ortaya Çıkışı

Diligentia, menfi bir hareketle sorumluluğun doğuşuna sebep olan *culpa*nın ortaya çıkardığı eksikliği doldurmak amacıyla kullanılmıştır. Buna göre *diligentia* halinde borçlu kendisinden sözleşmenin türüne göre belirlenen ölçütlere göre ortaya bir davranış koymakla sorumlu tutulacaktır. *Culpa* halinde borçlu hareket ortaya koymamasından sorumlu tutulurken *diligentia* halinde borçlunun ortaya koyması gereken bir hareket söz konusudur. Hristiyanlığın beraberinde getirdiği kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğu anlayışına göre *diligentia* sorumluluk hali olarak kabul edilmiştir²¹⁰.

1.2.3.2.2. *Digentia* Kavramının Hukuki Değerlendirmesi

Digentia sorumluluğunda borçlunun davranış ölçüsünün ne olması gerektiği araştırılmış ya da belirlenmeye çalışılmıştır. *Custodia* sorumluluğunun, kusura dayandırılması olarak da değerlendirilmiş olan *diligentia*, klasik sonrası hukuk döneminde gözetimde özeni belirlemek için kullanılmıştır. Bu dönemde özen yükümünün yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde *diligentia diligentis* ve *diligentia quam in suis* olmak üzere iki çeşit belirlemeden yararlanılmıştır.

in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur; quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. (Sözleşmeden dolayı kötüniyetten hem kast hem de ihmalden sorumluluk vardır: Vedia ve iğreti sözleşmelerinde kasttan, vekalet, ariyet, satım, rehin, kira, *dos*, vesayet ve vekaletsiz iş görmede kasttan ve ihmalden sorumluluk vardır. Şirket sözleşmesi ve müşterek mülkiyette kast ve ihmali aranır. Ancak daha ağır ve daha hafif ölçü sözleşmelerle kararlaştırılabilir. Celsus'un söylediği gibi, kasttan sorumluluğun doğmayacağı konusunda anlaşmaya varılması durumunda sözleşmenin geçerli olmayacağı durumlar hariç, çünkü bu, sözleşmelere ilişkin iyi niyete aykırıdır ve bu bizim şu andaki uygulamamızdır. Bununla birlikte, hayvanların başına gelebilecek kazalar, ölümleri ya da ihmalden kaynaklanmayan başka herhangi bir olayla ilgili hiçbir sorumluluk kabul edilmez; ya da korunması alışılmış olmayan kölelerin kaçışı, soyguncular, kargaşalar, yangınlar, su baskınları ve hırsızların saldırıları ile ilgili olarak.)”; Savaş, s. 560; Söğütlü, **Contractus**, s. 389.

²¹⁰ Savaş, s. 561; Söğütlü, **Contractus**, s. 389.

1.2.3.2.2.1. *Diligentia Diligentis*

Dikkatli bir aile babasının borçluyla aynı işe sahip olması durumunda göstermesi gereken özenin gösterilip gösterilmediğini ortaya koyan bir özen ölçüsüdür²¹¹. İdeal insan tanımına dayandığı için soyut ölçü olarak kabul edilir²¹².

²¹¹ Araz, s. 185; Savaş, s. 560; Zimmermann, s. 210

²¹² D. 4.4.11.5 (Ulp.): “*Si locupletis heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Iulianus quidem libro quadragensimo sexto sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Iulianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuius patri familias quamvis diligentissimo possit contingere. Sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.* (Bir kimsenin zengin bir adamın mirasçısı olduğu ve mal varlığının aniden yok olduğu; örneğin, depremde toprakların harap olduğu, evlerin yandığı, kölelerin kaçtığı veya öldüğü; Julianus, Kırk Altıncı Kitap'ta reşit olmayan bir kişinin tazminatın tamamını alma hakkına sahip olduğunu ima edecek şekilde konuşuyor, ancak Marcellus, Julianus hakkındaki bir notta, tarafın bu durum nedeniyle aldatılmaması nedeniyle tam tazminata izin verilmeyeceğini söylüyor. değerli bir mülke girdiğinde gençliğinde yaşadığı sakatlık ve kaza sonucu başına gelenin, en dikkatli ev reisinin de başına gelebileceğini; ancak aşağıdaki durumda, reşit olmayan bir kişiye, yani çoğu mülkün ait olduğu ve yıkıma maruz kalabilecek bir mülke girdiği durumda, tazminat verilebilir; örneğin "binaların işgal ettiği, ancak ağır borç yükü altında olan ve kölelerin ölebileceğini, binaların yıkılabileceğini veya bu kadar çok kazaya maruz kalan mülkü yeterince çabuk satamayacağını öngöremediği arazi.)”; D. 22.3.25.pr. (Paul.): “*Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum? Res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse qui dedit legitimis probationibus solutionem adprobaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit: per etenim absurdum est eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.* (Vadesi gelmemiş parayla ilgili bir soru ortaya çıktığında bunu kim kanıtlamalı? Konu öyle ayarlanmalıdır ki, malı aldığı söylenen kişi paranın kendisine ait olmadığını inkar ederse ve parayı ödeyen de ödediğini geçerli delillerle ispat ederse, parayı aldığını kesinlikle inkar eden kişi de, dinlenilmesini isteyen kişi, paranın yasal olarak kendisine verilmesi gerektiğine dair kanıt sunmaya mecbur bırakılmalıdır; çünkü başlangıçta parayı aldığını inkar eden ve daha sonra parayı aldığı gösterilen kişinin, rakibinden paranın kendisine ait olmadığına dair kanıt talep etmesi saçma olurdu. Bununla birlikte, eğer davacı ilk etapta parayı aldığını kabul ederse, ancak bunun kendisine ait olduğunu iddia ederse, karine şüphesiz parayı alan tarafın lehine olacaktır, çünkü ödeyen asla hak sahibi değildir. Parasını tereddüt etmeden çöpe atacak ve vadesi gelmediğinde

Romalılar ideal insanı tanımlarken kendi işlerinde orta derecede bir özen gösteren, ortalama bir titizlikle gerekli tedbirleri alan, makul, feraset sahibi bir insan olarak tanımlamışlardır²¹³. Bu özen objektif kusur görüşünün Roma hukukundaki görünüşüdür.

1.2.3.2.2.2. *Diligentia Quam In Suis*

Diligentia quam in suis, borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özenin somut olayda uygulanıp uygulanmadığının değerlendirilmesi halidir²¹⁴. Bu özen gösterilmişse borçlunun sorumluluğu sona ermektedir. Günümüzün subjektif kusur görüşünün Roma hukukunda görünüş şekli olarak kabul edilir. Bu özen tipi, şirket sözleşmesi, küçüğün vesayeti ve dos tesisinde kullanılmıştır. Bu özen tiplmesi sayesinde borçlunun sorumluluğun hafifletilmesi amaçlanmıştır²¹⁵. Sözleşmenin niteliğine göre bazen alacaklıyı dezavantajlı duruma sokan bu özen türünde, borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özeni alacaklıya karşı ifa etmesi gereken borçlarda ortaya koymaya zorlayarak bazen de alacaklıyı avantajlı konuma sokmuştur²¹⁶.

ödeyecek kadar ihmalkâr ve özellikle de vadesi gelmeyen parayı ödediğini iddia eden tarafın çalışkan ve dikkatli bir hane reisi olduğu durumlarda durum böyledir, çünkü bu türden bir kişinin bu kadar kolay kandırılması inanılmazdır. Bu nedenle, vadesi gelmemiş bir para ödediğini iddia eden kişi, söz konusu paranın, parayı alan tarafın sahtekarlığı yoluyla veya bazı haklı bilgisizlik nedeniyle ödendiğine dair delil sunması gerekecektir ve bunu göstermediği sürece, onu geri almaya hakkı olmayacaktır.”; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 389.

²¹³ Akıncı, **Roma Borçlar**, s.35; Di Marzo, s. 365; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 39; Honig, s. 231; Koschaker, s. 194; Söğütlü, **Contractus**, s. 207; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 62; Umur, **Ders Notları**, s. 211.

²¹⁴ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 38; Rado, s. 28; Savaş, s. 561; Söğütlü, **Contractus**, s. 207; Zimmermann, ss. 210- 212;

²¹⁵ D. 17.2.7 (Gai.): “*Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiaae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirat, de se queri debet.* (Ortak, ihmalden, yani eylemde bulunmaktan ve özen göstermemekten dolayı diğerine karşı sorumludur. Ancak bu durumda ihmâl, en kesin özenin gösterilmemesi anlamına gelmemektedir; çünkü kendi işlerinde yapmaya alıştığı özenin aynısını ortaklık işlerinde de göstermesi yeterlidir; çünkü çok az çaba gösteren bir partneri seçen kişinin suçlayacağı tek kişi kendisidir.)”

²¹⁶ D. 13.6.5.4. (Ulp.): “*Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.* (Ancak yaşlılık veya hastalık nedeniyle bozulma meydana geldiğinde veya mülkün hırsızlar tarafından çalınması veya bu tür herhangi bir şeyin meydana gelmesi

1.2.3.3.Roma Hukukunun Tarihi Süreçlerinde *Diligentia*

Cumhuriyet dönemine tekabül eden klasik öncesi hukuk döneminde temellerinin atıldığı görülen *diligentia*, klasik sonrası hukuk döneminde ve Iustinianus döneminde sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta kullanılan ölçütlerden biri haline gelmiştir. Bu dönemde sadece fikri olarak değil fiili olarak da gayret ederek bir zarar gelmemesi için çabalamak²¹⁷ ve gerekli özenin gösterilmesi anlamında kullanılan *diligentia*'nın tespitinde *culpa levis*'ten (hafif ihmal) hareketle, bazı sözleşmelerde iyi bir aile babasının göstermesi gereken özen derecesi bazı sözleşmelerde ise kişinin kendi işlerinin idaresinde gösterdiği özenin derecesi esas alınmaktaydı²¹⁸. Klasik hukuk döneminin objektif sorumluluk esasını ifade eden *custodia* sorumluluğunun, klasik sonrası dönem ve Iustinianus dönemindeki sübjektifleştirilmiş hali *diligentia* sorumluluğu olarak ifade edilmektedir. Bu sorumlulukla *culpa* ve *diligentia* ölçütleri birlikte değerlendirilerek borçlunun sorumluluğunun kurulması yoluna gidilmiştir²¹⁹. *Iustinianus* döneminde *custodia* sorumluluğunu kusur sorumluluğuyla yaklaştırmak için *diligentissimus pater familiası* yani çok özenli bir aile babasının göstermesi gereken özenle sorumluluğun sınırları çizilmeye çalışıldığını ifade eden yazarlar

durumunda; Şunu söylemek gerekir ki, krediyi alan taraf, kendisinde bir ihmal olmadığı sürece, bunların hiçbirinden dolayı suçlanamaz. Dolayısıyla yangın veya bir binanın yıkılması sonucu herhangi bir hasar meydana gelmişse veya kaçınılmaz bir kayıp meydana gelmişse, taraf sorumlu olmayacaktır; Ödünç verilen malı kurtarabilecekken, kendi malını kurtarmayı tercih etmedikçe.); D.16.3.32. (Cels.): “*Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.* (Nerva'nın ağır ihmalin kast olduğuna dair açıklaması Proculus tarafından kabul edilmese de bana tamamen doğru gibi geliyor. Çünkü bir kimse, insan fitratının gerektirdiği kadar gayretli olmasa bile, emanet konusunda adeti olan bir özeni göstermezse, yine de kasttan kurtulmuş olmayacaktır; zira söz konusu emanete ilişkin olarak kendi mülküyle ilgili olarak gösterdiğinden daha az özen gösterirse iyi niyet korunmayacaktır.)”.

²¹⁷ Söğütlü, *Contractus*, s. 202-203; Zilelioğlu s. 262.

²¹⁸ Araz, s. 185.; Zimmermann, s. 210.

²¹⁹ Söğütlü, *Contractus*, s. 206; Zilelioğlu, s. 262.

olduğu gibi²²⁰ sorumluluğun borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özene göre tespit edildiğini savunan yazarlarda vardır²²¹.

1.2.4. *Utilitas*

Yarar (*Utilitas*) prensibine göre bir sözleşmede menfaati olmayan tarafın sorumluluğunun menfaatini olan kişiye nazarın daha hafif olarak takdir edileceği, başka bir deyişle borçlunun sadece alacaklıya yarar sağlayan borç ilişkilerinde ağır kusur ölçüsüne tabi olmaması gerektiği kabul edilmişti. Buna göre mesela vedia akdi ücretsiz olduğu için, vedia alan (saklama sözleşmesi) kast ve ağır ihmalden sorumluydu. (saklama karşılığında ivaz verilecekse, o zaman muhafaza eden tüm kusurlarından sorumlu tutulurdu). Ariyet akdi (kullanım ödünçü) ücretsiz ve sadece ariyet (ödünç) alanın menfaatine yapıldığından gözetimde dahil bütün kusurlarından sorumlu tutulmuştu. Buna karşılık ariyet (ödünç) veren istisnai hallerde borç altında girdiği gibi sorumluluğu da hafifti. Buna rağmen Iustinianus yarar prensibini mutlak olarak uygulamamıştır. Roma’da daima ücretsiz olan vekalet akdinde vekil, vekaletsiz iş idaresinde işgören ve vesayette vasi ihmallerinden de sorumlu tutulmuştur²²². Buna

²²⁰ D. 44.7.1.4 (Gai.): “*Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam accepit amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.* (Ancak ariyet alan kişi, aldığı herhangi bir kaza sonucu kaybederse yine de sorumlu olmaya devam eder; ancak kullanılmak üzere bir eşya alan kişi, aldığı insan zayıflığının karşılayamayacağı bir kaza (örneğin yangın, bir binanın yıkılması veya gemi kazası gibi) nedeniyle kaybederse sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte, ödünç verilen makalenin bakımı konusunda son derece titiz davranmaktadır; Bir başkasının onu korumak için daha dikkatli davranması koşuluyla, insani zayıflığın neden olduğu bir kaza sonucu elde ettiğini kaybetmesi de yeterli olmayacaktır. Ayrıca malın kaybolması kendi hatası olduğu halde önlenemeyen olaylardan da sorumludur; örneğin, arkadaşlarını akşam yemeğine davet eden bir kimse, bu amaçla gümüş takım ödünç alırsa ve daha sonra bir yolculuğa çıkıp gümüş takımları yanına alırsa ya bir gemi kazası nedeniyle ya da hırsızların ya da düşmanların saldırısı sonucu gümüş takımını kaybederse.)”; Akıncı, **Roma Borçlar**, s. 35; Savaş, s. 561; Söğütü, **Contractus**, s. 205; Söğütü, **Roma Özel**, ss. 388, 389; Zilelioğlu, s. 243- 261;

²²¹ Rado, s. 28

²²² D. 50.17.36 (Pomp.): “*culpa est immiscere se rei ad se non pertinet.* (Bir kimsenin kendini ilgilendirmeyen bir işe karışması kusurlu harekettir.)”.

karşılık alım satım, kira Sözleşmelerinde olduğu gibi her iki tarafın da sözleşmeden yararı (uytriusque contrahentis utilitas) varsa, tüm kusurlarından sorumluydular.

Klasik öncesi ve klasik hukuk dönemlerinde sözleşme sorumluluğu, sözleşmeden sözleşmeye farklı ölçütlerin kullanılması sebebiyle değişkenlik göstermiştir. Buna göre sözleşmeden elde edilecek olan menfaat kullanılacak olan sorumluluk türünü belirlemektedir. Bunun sebebi sorumluluk alanı da dahil olmak üzere belirli bir kural koymak yerine her bir olayın ayrı ayrı çözümlenmesine dayanan bir Roma hukuku düşüncesidir²²³.

Roma hukukunda sözleşmeler bakımından sorumluluk seviyesinin belirlenmesinde dikkate alınan *utilitas* (menfaat) ilkesidir²²⁴. Fayda ve menfaat anlamına gelen *utilitas* sorumluluk ölçütünün belirlenmesinde borçlunun menfaatinin bulunup bulunmamasına göre, borçlunun ağır veya hafif ihmalden dolayı sorumlu tutulmasının kriterlerini belirlemek üzere genel ve umumi olarak takip edilmekle beraber mutlak olmayan temayülleri içermektedir²²⁵. Fayda prensibi ağırlıklı olarak Iustinianus devrinde sözleşme sonucunda ortaya çıkan sorumluluğun mahiyetinin belirlenmesi için tarafların menfaatinin değerlendirilmesini esas almaktadır²²⁶. Bu kapsamda kast veya ihmalden farklı olarak tek başına bir değer ifade etmemekte fakat sözleşme beraberindeki diğer kıstaslarla birlikte değerlendirilmektedir.

Kişinin bütün kusurlarından sorumlu olduğuna ilişkin genel prensibin yanı sıra Iustinianus döneminde başka prensipler de kişinin sorumluluğunun olup olmadığını belirlenmesinde dikkate alınmıştır. *Utilitas* yani yarar prensibine göre, sözleşmeden yarar elde etmeyen tarafın sorumluluğu için daha hafif ölçüt belirlenmektedir. Sözleşmeden yarar elde eden taraf hafif ihmal dâhil tüm kusurlarından sorumlu tutulurken, yarar elde etmeyen taraf sadece kastı ve ağır ihmali sebebiyle sorumlu

²²³ Söğütlü, **Contractus**, s.130.

²²⁴ Uçaryılmaz, Doktora Tezi, s.271.

²²⁵ Umur, **Ders Notları**, s. 216.

²²⁶ Savaş, s. 565.

tutulmuştur. Tarafların her ikisinin de sözleşmeden yarar elde ettiği durumlarda, taraflar tüm kusurlarından sorumlu olurlar²²⁷.

Vekil kavramının muhteva ve sorumluluğu incelenirken değinilmesi gereken bir konu da *utilitas* prensibine ilişkindir. Bu prensip klasik hukuk döneminde ortaya çıkmış, ancak hukuk düzeni tarafından *omnis culpa* esasını hafifletmek ve sorumluluk derecelerini saptamak için ağırlıklı olarak Iustinianus döneminde kullanılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda *utilitas* prensibine göre, sözleşmeden menfaati olan tarafın sorumluluğu da daha ağır olur ve hafif ihmalin bulunmaması istenirdi. Ancak bu prensip mutlak bir şekilde uygulanmamıştır ve içinde bulunulan şart ve durumlar kapsamında istisnalar içermektedir²²⁸.

Kiracı ve kiraya verenin, birbirlerine karşı bütün kusurlarından sorumlu olmaları fayda ve menfaat ilkesine (*utilitas*) uygun bir durum arz etmektedir. Zira kira sözleşmesi de hem kiracının hem de kiraya verenin menfaatine yapılan bir sözleşmedir. Bu ilkeye göre borçlunun borç ilişkisinden yararı varsa, sorumluluğu tayin edilirken bu durum göz önünde bulundurulmalı ve borçlunun sadece alacaklıya yarar sağlamak için borç ilişkisine girdiği hallerden farklı olarak daha ağır bir sorumluluğa tâbi tutulmalıdır. Bu esas, menfaati olan borçludan daha fazla bir dikkat ve özen beklenebileceği düşüncesine dayanmaktadır²²⁹. Genel olarak Iustinianus döneminde baskın olan bu sorumluluk *humanitas*, *iustitia*, *benignitas*, *utilitas* ve *bona fides* kapsamında adalet, hakkaniyet, eşitlik gibi kavramların hakimiyetini yansıtması bakımından kullanılmıştır²³⁰.

Roma hukukunda çeşitli sözleşme tiplerinde, tarafların sorumluluğunu saptamakta etkili olan ölçütler, hafiften ağıra doğru sıralanacak olursa, en hafif sorumluluk ölçütü olarak *dolus* ve *dolus culpa lata*, *dolus proxima* ve *dolus*

²²⁷ Buse Aksaray, **Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Kusur**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2017, s.13.

²²⁸ Bengi Sayın Korkmaz, **Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2013, s. 161.

²²⁹ Emine Sevimli, **Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi (Locatio Conducto Rei)**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, 2007, s. 82.

²³⁰ Tamas Notari, "Summum Ius Summa Iniuria—Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation," **Acta Juridica Hungarica**, 45, 1, 2004, s. 315.

aequiparatur şeklindeki dereceleri ile karşılaştırılır. Kusurun ağırlığına göre *culpa-lata culpa levis* olarak ayrılan *culpa*, borçlunun kendi işlerine göstermiş olduğu özen eksikliği anlamındaki *culpa in concreto*, Romalıların *culpa in concreto*'ya karşı olarak kullandıkları *culpa in abstracto* ikinci sırayı alır. Üçüncü olarak, borçlu tarafından gösterilmesi gereken *diligentia*'nın daha yumuşak karşılığı *neglegentia* ve bu sorumluluktan kaynaklanan bir hareket olarak '*diligens pater familias*' ve fayda (*utilitas*) prensibine göre saptanan çeşitli derecelerdeki *diligentia*'lar gelir. Son olarak, büyük ölçüde objektif sorumluluk özelliklerine sahip, özen göstermeyi kapsamına alan, kişiyi hırsızlık ve mala verilen zararlardan sorumlu tutan *custodia* (gözetim), umulmayan hallerde bile sorumluluğun devam ettiği en ağır sorumluluk ölçütüdür²³¹.

2. Roma Hukukunda Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu Sınırlandıran Sebepler

Roma hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluğu sınırlandığı bilinen iki türlü sebep vardır. Bunlar *casus* ve *vis maior* olarak ifade edilmektedir²³².

2.2. *Casus*

2.2.1. Bir Kavram Olarak *Casus*

Casus Roma hukukunda beklenmeyen hal ve mücbir sebep kavramlarını karşıladığı kabul edilmektedir²³³. *Casusun* bu geniş kavramı sözleşmeden doğan sorumluluk için borçlunun edimine ilişkin ortaya çıkabilecek zararlar olarak görülmektedir. *Casusun* varlığı halinde edimin imkansızlaşması söz konusudur ve bu durum borçluya yüklenemez²³⁴. *Casusun* doğması durumunda kimin mal varlığı

²³¹ Zileli, s. 244.

²³² Özlem Söğütlü Erişgin, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumlulukta *Casus* ve *Vis Maior*", Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan, Birinci Baskı, Ed. Abuzer Kendigelen, Oniki Levha Yayınları, 2020, İstanbul.

²³³ Söğütlü, *Casus*, s. 510.

²³⁴ Di Marzo, s. 366; Söğütlü, *Casus*, s. 512; Söğütlü, *Contractus*, s. 215.

bundan etkilenerek zarar görmüşse ortaya çıkan sorumluluğu da onun taşıması gerektiği iddia edilmiştir²³⁵.

Casus dar anlamıyla mücbir sebepten daha hafif olarak telakki edilen beklenmeyen hali anlatmaktadır²³⁶. Beklenmeyen haller borçlunun tasarruf alanında gerçekleşen, borçlunun edimi ifa etmesini imkânsız hale getiren olaylardır²³⁷. Mücbir sebepten bu yönüyle ayrılan beklenmeyen hal borçlunun egemenlik alanında gerçekleşirken mücbir sebep borçlunun egemenlik alanının dışında gerçekleşerek edimi imkânsız hale getirebilir²³⁸. Mücbir sebep genellikle borçlu için sorumluluktan kurtulma imkânı verebilirken beklenmeyen hallerde sorumluluktan kurtulmak her zaman mümkün değildir²³⁹.

2.2.2. *Casusun Sözleşmeden Doğan Sorumluluktaki İşlevi*

Casus, *casus maior* ve *casus minor* olarak iki türe ayrılır²⁴⁰. Eski hukuk döneminde netice sorumluluğunun uygulanması ve *dolusun* biliniş *culpanın* bilinmemesi sorumluluğun kapsamını genişlemesine sebep olmuştur²⁴¹. *Culpa* kavramı klasik öncesi hukuk dönemiyle birlikte hukukta kendisine yer bulduca, sorumluluktan kurtulma imkânı veren olayların değerlendirilmeye başlamasına sebebiyet vermiştir²⁴².

²³⁵ D. 46.3.107 (Ulp.): “*Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit.* (Sözlü bir yükümlülük doğal veya medeni olarak yerine getirilir. Doğal olarak, örneğin ödeme yoluyla veya vaad edenin kusuru olmaksızın, sözleşmede sözü edilen malın ortadan kalkması gibi hallerde kurtulur. Medeni olarak, örneğin şart koşan ile vaad edenin haklarının aynı kişide birleşmesi gibi ibra yoluyla ortadan kaldırılır.)”; Di Marzo, s. 366; Söğütlü, **Contractus**, s. 215.

²³⁶ Söğütlü, **Casus**, s. 513;

²³⁷ Söğütlü, **Contractus**, s. 215.

²³⁸ Söğütlü, **Contractus**, s. 215.

²³⁹ Söğütlü, **Casus**, s. 512; Söğütlü, **Contractus**, s. 215; Tahiroğlu, **Kusursuz Sorumluluk**, ss. 163-165; Zilelioğlu, s.244.

²⁴⁰ Söğütlü, **Casus**, s. 510.

²⁴¹ Söğütlü, **Contractus**, s. 216.

²⁴² Söğütlü, **Contractus**, s. 216.

Custodia sorumluluğu klasik öncesi hukuk döneminde uygulanırken bazı beklenmeyen hallerden de sorumluluğun doğduğunu kabul etmiştir²⁴³. Gemi, han ve ahır işletmecilerinin *receptum* kaydı koymaları durumunda üçüncü kişilerin ve yardımcı kişilerin yardımcı kişiler ve üçüncü kişilerin mala verdikleri zararlardan kusurları bulunmasa dahi sorumlu olacakları düzenlenmiştir²⁴⁴.

Kaynaklarda *casusun* değerlendirmesi yapılırken borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen zarar verici olayı tanımlamak için kullanılan *periculum* kavramı iki farklı anlamda kullanılmıştır. *Periculum vis maior, vis maior* tarafından malın yok olması tehlikesini kavrarken, *periculum custodiam praestare* gözetim tehlikesi olarak kabul edilmiş ve borçlunun, kendi gözetimine bırakılan mallarda malın gözetilmesiyle alakalı tehlikeli durumlardan sorumlu tutulmasını ifade etmek için kullanılmıştır²⁴⁵. Roma hukukunda çeşitli kaynaklarda yer alan metinlerden hangi olayların *casus* çerçevesinde değerlendirileceği anlaşılmaktadır²⁴⁶.

²⁴³ Savaş, s. 557; Söğütlü, **Contractus**, s. 216; Tahiroğlu, Kusursuz Sorumluluk, s. 157.

²⁴⁴ Söğütlü, *Casus*, s. 514; Söğütlü, **Contractus**, s. 216.

²⁴⁵ Savaş, s. 556; Söğütlü, *Casus*, ss. 514,515; Söğütlü, **Contractus**, ss. 216,217.

²⁴⁶ D. 13.6.5.5 (Ulp.): “*Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.* (Ödünç verilen mülkle ilgili olarak özenli bir özen göstermesi gerektiği şüphe götürmez.”; Gai. Ins. 3.205-206 metinleri için bkz. Birinci Bölüm dp. 97; Gai. Ins. 3.207: “*Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem saluam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competit.* (Ancak, emanet olarak kendisine emanet edilen mal, yalnızca kasıtlı olarak yaptığı takdirde sorumlu olacağı gibi, aynı şekilde, malın kendisinden çalınması durumunda da, emanet etme eylemiyle tazminat ödemesi gerekmediği için, bu nedenle onun korunmasıyla ilgilenmiyor; dolayısıyla hırsızlık davası açamayacaktır ancak bu dava sahibi lehine olacaktır.”); Ius. Ins. 4.1.15: “*Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit quam si eius intersit rem non perire.* (Ancak hırsızlık eyleminden sorumluluk, sahibi olmasa bile, onun menfaati eşyanın kurtarılması olan kişiye aittir: bu nedenle, eşyanın yok olmaması onun menfaatine olduğundan başka hiçbir şekilde sahibine ait değildir.”); Ius. Ins. 4.1.16: “*Unde constat, creditorem de pignore subrepto furti agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere quam in personam agere: adeo quidem ut, quamvis ipse debitor eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti.* (Dolayısıyla, bir rehin çalındığında, borçlusu borcunu tam olarak ödeyebilecek durumda olsa bile, rehin alan kişi dava açabilir; çünkü kişisel bir dava açmak yerine rehin almak onun için daha avantajlıdır: ve bu kural o kadar katıdır ki, bir piyonu çalan rehin veren bile rehinci tarafından yapılan hırsızlık nedeniyle dava edilebilir.”); Ius. Ins. 4.1.17: “*Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest eam rem non perisse, cum iudicio locati a fullone aut*

2.3. *Vis Maior*

2.3.1. Bir Kavram Olarak *Vis Maior*

Vis maior önlem alınması mümkün olmayan borçlunun egemenlik alanının içinde ya da dışında gerçekleşmesi mümkün olan, karşı konulamaz büyüklükteki olaylardır²⁴⁷. Bir olayın mücbir sebep olup olmadığını anlayabilmek için öngörülemezlik, önüne geçilemezlik, karşı konulamazlık, olağan dışılık, dışsallık ve kusurun bulunmaması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir²⁴⁸. Bu özellikler soyut özellik olarak kabul edilir ve mücbir sebep söz konusu olduğunda hiçbir insan buna karşı koyamaz. Bu durumda borçlunun kastının veya ihmalinin olayda bulunup bulunmaması önem taşımaz²⁴⁹. Bu olaylar genellikle doğüstü olarak kabul edilen olaylardır²⁵⁰.

2.3.2. *Vis Maiorun Sözleşmeden Doğan Sorumluluktaki Yeri*

Vis maiorun söz konusu olduğu durumlarda sorumluluğun ortadan kalkması prensibi klasik öncesi, klasik, klasik sonrası ve Iustinianus dönemi olması fark

sarcinatore rem suam persequi potest. Sed et bonae fidei emptori, subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodum et creditor. fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit, quam si solvendo sint, hoc est si domino rei aestimationem solvere possint: nam si solvendo non sunt, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. idem est et si in parte solvendo sint fullo aut sarcinator. (Yani, belli bir ücret karşılığında elbiselerin temizlenmesi, bitirilmesi veya onarılması için teslim edilmesi ve daha sonra çalınması halinde, hırsızlığa karşı dava açabilecek olan, sahibi değil, tamirci veya terzi; çünkü mal sahibi, malını geri almak için terziye veya terziye karşı kiraya verme davası açarak zarardan hiçbir zarar görmez. Aynı şekilde iyi niyetli bir alıcı da, kendisine iyi bir malik sıfatı verilmemiş olsa bile, mülkün çalınması halinde tıpkı rehinci gibi hırsızlık davası açabilir. Bununla birlikte, dava, bir terzinin veya tamircinin davasında, kendisi ödeme gücünde olmadığı sürece, yani sahibini tamamen tazmin edemediği sürece sürdürülemez. Eğer borçlu iflas etmişse, mal sahibi ondan tazminat alamaz ve bu hipoteze göre mülkün geri alınmasıyla ilgilendiğinden dolayı hırsıza karşı dava açabilir. Çamaşırcının veya terzinin tamamen çözücü olmak yerine yalnızca kısmen çözücü olduğu durumlarda kural aynıdır.); Söğütlü, **Contractus**, s. 217.

²⁴⁷ Söğütlü, Casus, s. 520; Söğütlü, **Contractus**, s. 217.

²⁴⁸ Söğütlü, Casus, s. 518;

²⁴⁹ Söğütlü, Casus, s. 518; Söğütlü, **Contractus**, s. 218.

²⁵⁰ D. 4.2.2. (Paul.): “*Vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest.* (Mücbir sebep öyle büyük bir güçtür ki ona karşı konulması mümkün değildir.)”.

etmeksizin uygulanmıştır²⁵¹. *Custodia* sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda bile *vis maiorun* meydana gelmesi sorumluluğu kaldırmıştır²⁵². *Culpa* ve *diligentianın* sorumluluk için önem arz ettiği dönemlerde de yine *vis maior* sorumluluğun belirlenmesi için bir sınır olarak kabul edilmiştir²⁵³.

²⁵¹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 35, Erdoğan, *Custodia*, s. 907; Savaş, s. 557; Söğütlü, *Casus*, ss, 521,522.

²⁵² D. 13.7.13.1 (Iul.): “*Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.* (Ariyet durumunda olduğu gibi bu eylemin konusu da hem kast hem de ihmal olabilir. Koruma da buna dahildir ancak karşı konulamaz şiddet kapsamına girmez.)”; D. 19.1.31.pr. (Nerat.): “*Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.* (Satış sözleşmesi uyarınca teslim etmekle yükümlü olduğum mal, benden zorla alınır, onun muhafazasından sorumlu olmam gerektiği halde, benden sadece başkasına devretmenin istenmesi daha doğrudur. Alıcıya söz konusu mülkün geri alınmasına ilişkin dava haklarımı devrederim. Çünkü güce karşı gözetimin etkisi pek azdır (mücbir sebep varsa gözetim boşa gider). Size sadece karla ilgili dava haklarımı değil, aynı zamanda zararlı ilgili dava haklarını da devretmeliyim ki, tüm kazancı elde edebilirsiniz ve masraftan da sorumlu olabilirsiniz.)”.

Ius. Cod. 8.13.19: “*Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.* (Alacaklı, (rehin aldığı malı iade etme yükümlülüğünü) mücbir sebep ortaya çıktığında yerine getirmek zorunda olmadığı gibi, kast ve suçun yanı sıra velayet hakkını da göstermek zorunda kalır.)”; Söğütlü, **Contractus**, s. 218.

²⁵³ D. 18.6.2.1 (Gai.): “*Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.* (Ayrıca satıcının, ölçülmek üzere belirlenen süre gelmeden önce şarabın bakımını nasıl yapması gerektiğini görelim; Tam veya olağan özeni göstermeli mi, yoksa yalnızca kastından mı sorumlu? Satıcının yalnızca olağan özeni göstermesi gerektiğini ve kaçınılmaz bir kaza veya üstün güç gösterisi durumunda mazur görülebileceğini düşünüyorum.)” D. 19.5.17.4 (Ulp.): “*Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinuas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.* (Bana kıyafet satmayı planladığında, bu konularda benden daha yetenekli olanlara göstermek için onu bana bırakmanı istedim ve bu, yangınla ya da karşı konulamaz başka bir güçle yok edildi; Değerinden dolayı size karşı hiçbir şekilde sorumlu olmayacağım. Buradan, yalnızca olağan bakım eksikliğinden sorumlu olduğum açıkça görülüyor.)”; D. 44.7.1.4 (Gai.), metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 220; Ius. Ins. 3.14.2: “*Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is*

casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum. (Aynı şekilde, kendisine bir şeyi kullanmak üzere ödünç verilen kişi de gerçek bir yükümlülük altına girmiş olur ve kullanma amacıyla ödünç verme davasına karşı sorumludur. Bu durum ile tüketim amaçlı bir kredi arasındaki fark oldukça büyüktür, çünkü burada amaç, ödünç verilen nesneyi, dolayısıyla aynı şeyi geri vermekle yükümlü olan borçlunun mülkiyetine geçirmek değildir. Yine, karz alan kişi, yangın, bir binanın yıkılması, gemi kazası veya hırsızların veya düşmanların saldırısı gibi bir kaza sonucu aldığı şeyi kaybederse yine de bağlı kalır: ancak borç alan kişi kullanım için, Kendisine ödünç verilen şeyi saklama konusunda en büyük özeni göstermekten sorumlu olmasına rağmen - ve eğer bir başkası bu konuda daha gayretli olabilseydi, kendi işlerine genellikle gösterdiği kadar özen göstermesi yeterli değildi - kendi hatasından kaynaklanmadığı sürece, kontrolü dışında meydana gelen yangın veya kazadan kaynaklanan kayıplardan sorumlu olmayacaktır. Aksi takdirde durum elbette farklıdır; örneğin, size kullanım için ödünç verilen bir şeyi yanınıza alıp, onu düşmanların veya hırsızların saldırısına uğrayarak veya bir gemi kazası sonucu kaybederseniz, bu, restorasyonundan sizin sorumlu olacağınız şüphe götürmez. Hizmet karşılığında herhangi bir ücret alınır veya üzerinde anlaşmaya varılırsa, bir şeyin kullanım için ödünç verildiği söylenemez; çünkü durum böyle olduğunda, bir şeyin kullanımının kiraya verildiği kabul edilir ve sözleşme farklı türdedir, çünkü kullanım için verilen borç her zaman karşılıksız olmalıdır.”); Ius. Ins. 3.14.3: “*Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpaem autem nomine, id est desidiaem atque negligentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui negligentem amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet.* (Yine, velayet için kendisine bir şey emanet edilen kimsenin üstlendiği borç gerçektir ve emanet davasıyla kendisine dava açılabilir; o da emanet edilen şeyin geri getirilmesinden sorumludur, ancak bu, yalnızca kendisinin olumlu bir eylemiyle kaybolması durumundadır: çünkü dikkatsizlikten, yani dikkatsizlik ve ihmalden sorumlu değildir. Bu nedenle, kendisinden bir şey çalınan ve kendisine karşı son derece dikkatsiz davranılan bir kişiden hesap sorulamaz; çünkü bir adam, mülkünü dikkatsiz bir arkadaşının gözetimine emanet ederse, kendisinden başka suçlayacak kimsesi yoktur. Dikkatli olmadığı için.”); Ius. Ins. 3.14.4: “*Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse impediri creditum petere.* (Son olarak, bir şeyi rehin alan alacaklı gerçek bir borç altındadır ve rehin davasıyla o şeyi kendisi geri vermekle yükümlüdür. Ancak rehin her iki tarafın da yararına; borçlunun daha kolay borç almasına olanak sağladığı için, alacaklının ise geri ödeme konusunda daha iyi güvenceye sahip olduğu için; buna göre rehin alanın, rehinin muhafazasında azami özeni göstermekten daha fazla sorumlu tutulamayacağı yerleşik bir kuraldır; Bunu gösterirse ve yine de bir kaza sonucu kaybederse, kendisi de borç için dava açma hakkını kaybetmeden her türlü sorumluluktan kurtulur.”); Ius. Ins. 3.23.3 metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 55; Ius. Ins. 3.24.5: “*Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.* (Kiracı, sözleşmenin tüm şartlarına uymalı ve açık

Digesta'da yer alan metinlerde eski hukuk döneminde dahi *vis maior* kavramının bilindiği görülmektedir²⁵⁴. XII Levha Kanunları'nda yer alan bilgilerle göre casusun meydana gelmesi suçu hafifletici bir sebep sayılmaktadır²⁵⁵. Daha önceki başlıklarda *casus*un geniş anlamıyla kullanıldığında *vis maior* kavramını da bünyesinde barındırdığından bahsedilmiştir. Her ne kadar bu olağanüstü olayların meydana gelmesi hafifletici bir sebep sayılsa da bu dönemde sorumluluğu kaldırdıkları kabul edilmemiştir²⁵⁶.

Klasik öncesi hukuk döneminde gelindiğinde *vis maior* kavramını ifade etmek için farklı terimler kullanılmıştır²⁵⁷. Klasik öncesi hukuk döneminde hukukun

bir anlaşmanın olmadığı durumlarda, yükümlülükleri adil ve hakkaniyete uygun olana göre belirlenmelidir. Bir adam elbise, gümüş ya da yük hayvanı kullanmak üzere vermiş ya da kiralama sözü vermişse, onun sorumluluğunda, bir ailenin en çalışkan babasının kendi işlerine gösterdiği özeni göstermesi gerekir. ; Bunu yaparsa ve yine de kazara kaybederse, onu veya değerini geri verme yükümlülüğü altında olmayacaktır.)"; Söğütlü, **Contractus**, s. 219.

²⁵⁴ D. 47.9.9 (Gai.): "*ui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum conbusserit, vincetus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur.* (Bir evi veya evin yakınındaki bir tahıl yığınına ateşe veren kişi, eylemi bilerek ve kasten yapmış olması koşuluyla zincirlenecek, kırbaçlanacak ve ateşle öldürülecektir. Ancak kazara yani ihmalden meydana gelmişse, zararı tazmin etmesi emredilecektir veya borçlu ise hafif bir azap görür. Ev kavramına her türlü yapı dahildir.)";

²⁵⁵ Söğütlü, *Casus*, s. 524; Söğütlü, **Contractus**, s. 221;

²⁵⁶ Söğütlü, **Contractus**, s. 221

²⁵⁷ D. 18.6.2.1 (Gai.), metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 247; D. 9.2.49.1 (Ulp.): "*Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.* (Haksız zararın Lex Aquilia uyarınca kovuşturulabileceğinin belirtildiği durumlarda, bu, fiilin aşırı güç zorlaması altında işlenmediği sürece, haksız zararın zararlarla birlikte yanlış yapıldığında işlendiği anlamına geldiği anlaşılmalıdır; Celsus'un, yangını kontrol altına almak amacıyla bitişikteki bir evi yok eden bir partiden söz ederek belirttiği gibi; çünkü bu örnekte Lex Aquilia kapsamında hiçbir davanın açılmayacağını söylüyor, çünkü adam, yangının kendi mülküne ulaşabileceği yönündeki haklı bir endişe nedeniyle bitişikteki evi yok etti ve yangının bunu yapıp yapmadığını veya daha önce söndürülüp söndürülmediğini söyledi. Lex Aquilia uyarınca dava açılmayacağını düşünüyor.)"; D. 39.2.24.4 (Ulp.): "*Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae deiectae damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum vel qua alia ratione, quae vim habet divinam. Labeo et rationem adicit, quo, si hoc non admittatur, iniquum erit: quo enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris aut tempestatis aut ruinae incendii aut terrae motus vim sustinere possit?* (Servius ayrıca, vaat edenin evinden komşusunun evinin üzerine rüzgârda

savrulan kiremitlerin düşmesi durumunda, birincisinin yalnızca bunun kendi binasındaki bir kusurdan kaynaklanması ve bunun sadece bir nedenden kaynaklanmaması durumunda sorumlu olacağını söylüyor. Fırtınanın şiddetiyle ya da İlahi aracılığın neden olduğu başka bir felakette. Labeo buna gerekçe olarak bu kuralın benimsenmemesi halinde haksızlık yapılacağını belirtiyor; çünkü bir nehrin, denizin, fırtınanın, yıkımın, yangının veya depremin şiddetine dayanacak kadar güçlü bir ev nerede bulunabilir?); D. 39.2.43.pr. (Alf.): “*Damni infecti quidam vicino repromiserat: ex eius aedificio tegulae vento deiectae ceciderant in vicini tegulas easque fregerant: quaesitum est, an aliquid praestari oportet. Respondit, si vitio aedificii et infirmitate factum esset, debere praestari: sed si tanta vis venti fuisset, ut quamvis firma aedificia convelleret, non debere. Et quod in stipulatione est "sive quid ibi ruet", non videri sibi ruere, quod aut vento aut omnino aliqua vi extrinsecus admota caderet, sed quod ipsum per se concideret.* (Bir adam komşusuna zarar verme tehdidinde karşı tazminat sözü verdi. Rüzgar, kendi binasının kiremitlerini komşusunun kiremitlerinin üzerine fırlattı ve kırdı. Tazminatın ödenip ödenmeyeceği sorusu ortaya çıktı. Cevap, kazanın binanın herhangi bir kusurundan veya zayıflığından kaynaklanması durumunda bunun yapılması gerektiği, ancak rüzgarın kuvveti, sağlam inşa edilmiş binaları bile yıkabilecek kadar güçlü olması durumunda tazminatın tahsil edilemeyeceği yönündeydi. Şartnamede herhangi bir şey düşse bile tazminatın ödeneceği hükme bağlanmış olsa da, rüzgârın şiddetiyle ya da herhangi bir dış kuvvetin etkisiyle yere düşen bir şey düşmüş sayılmazdı. kendinden ne düştü.)”; D. 19.2.59 (Iav.): “*Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.* (Marcus, Flaccus tarafından bir ev inşa etmek için işe alındı. Çalışmanın bir kısmı tamamlandıktan sonra bina deprem nedeniyle yıkıldı. Massurius Sabinus, eğer kaza deprem gibi doğadan gelen bir güçle gerçekleşmişse Flaccus'un riski üstlenmesi gerektiğini söylüyor.)”; D. 19.2.30.4 (Alf.): “*Perinde ac latronum incurso id acciderit.* (Soyguncuların saldırısında olduğu gibi)”; D. 19.2.15.2 (Ulp.): “*Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incurso hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re orientur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.* (Kötü hava koşullarının kiracının kaybına yol açtığı durumlarda, kiraya verenin kiracı adına herhangi bir şey yapmak zorunda olup olmadığını ele alalım. Servius, kiraya verenin, direnilemeyen her türlü şiddet nedeniyle kiracıyı tazmin etmesi gerektiğini söylüyor; örneğin nehirlerin taşması, farklı türdeki kuşların sebep olduğu kazalar veya benzer kazalar veya düşmanların istilası sonucu meydana gelen kazalar gibi. Mülkte herhangi bir kusur ortaya çıkarsa zarar kiracıya ait olmalıdır; örneğin şarabın ekşimesi veya mahsulün yabancı otlar nedeniyle mahvolması gibi. Ancak deprem olur ve tüm ürünler yok olursa, kiracı, tohumun kaybının yanı sıra arazi kirasını da ödemeye zorlanamayacağından, zarar kiracıya ait olmayacaktır. Bununla birlikte, zeytin mahsulünün yangın nedeniyle bozulması veya güneşin olağandışı sıcaklığı nedeniyle bu durumun meydana gelmesi durumunda, arazi sahibi zararı karşılamalıdır; ancak olağanüstü bir durum olmazsa bundan kiracı sorumlu olacaktır. Aynı şey, oradan geçen bir ordunun sırf ahlaksızlıkla her şeyi ortadan kaldırdığı durumlarda da söylenmelidir. Ancak bir tarla deprem nedeniyle harap olmuş ve geriye hiçbir şey kalmamışsa, zarar sahibine ait olmalıdır; zira o, araziyi kiracıya, faydalanabileceği şekilde vermekle

sistematik olarak gelişmekte olması ve yetkin bir hukuk anlayışının olması kavramların çeşitlenmesine sebebiyet vermiştir. Davalının olayda mevcut bir karşı konulamaz olay olduğunu iddia etmesi ve *praetorum* iddia edilen olayın karşı konulamaz derecede olduğuna karar vermesi gerekmektedir²⁵⁸. *Digestada* yer alan metinlerden anlaşıldığı kadarıyla olağanüstü olayların yaşanması bu dönemde bu olaylara hukuki bir sonuç bağlandığını göstermektedir²⁵⁹.

Klasik hukuk dönemine gelindiğinde *Digesta'da* yer alan metinlerden öğrendiğimiz kadarıyla *vis maior* olayları sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahip olaylar olarak kabul edilmiştir²⁶⁰. Bu kavram klasik hukuk döneminin sonlarına doğru artık soyutlaştırılmış ve öngörülemeyen, karşı konulamayan durum olarak ifade edilmeye başlanmıştır²⁶¹. Söğütlü, bu döneme ilişkin *vis maior* olarak kabul edilen olayları “düşman saldırısı, korsan baskını, yağma, isyan, deniz kazası, su baskını, deprem, büyük şehir yangını, sözleşmenin konusunu oluşturan köle ya da hayvanın yaşlılık veya hastalık sonucu doğal yoldan ölmesi ve gözetimi üstlenilmeyen sözleşmenin konusunu oluşturan kölenin kaçarak kaybolması” olarak sıralamıştır²⁶².

yükümlüdür.”; *Damnum fatale*(alın yazısı), *vis magna* (büyük güç), *vis divina* (tanrıdan gelen güç, ilahî güç), *vis extrinsecus admota* (dıştan gelen çok büyük güç), *vis naturalis* (doğadan gelen güç), *casus fortuitus* (karşı konulamaz olay), *casus cui resisti non potest* (karşı konulamayan olay) kavramları ve detaylı bilgi için bkz. Söğütlü, **Contractus**, ss. 221,525; Söğütlü, *Casus*, s. 517; Rado, s. 37.

²⁵⁸ Söğütlü, **Contractus**, s. 221;

²⁵⁹ D. 19.2.30.4 (Alf.), D. 39.2.43.pr. (Alf.) metinleri için bkz. Birinci Bölüm dp. 251; Söğütlü, **Contractus**, s. 223; Söğütlü, *Casus*, s. 526.

²⁶⁰ D. 39.2.24.3 (Ulp.): “*Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod iniuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? Et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit.* (Bu hüküm sadece yaralanmadan kaynaklanan zararları mı, yoksa dışarıdan meydana gelen tüm zararları mı kapsıyor? Ve Labeo gerçekten de bir şeyin depremle, nehrin kuvvetiyle ya da başka bir tesadüfle meydana gelmesi durumunda verilen hasarla başa çıkmanın mümkün olmadığını yazıyor.”); D. 39.2.24.4 (Ulp.), D. 19.2.59 (Iav.), metinler, için bkz. Birinci Bölüm dp. 251; Söğütlü, *Casus*, ss. 538, 539; Söğütlü, **Contractus**, s. 226;

²⁶¹ D. 19.2.9.2 (Ulp.): “*Ulianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse.* (Julianus, Özetin On Beşinci Kitabında şunu söylüyor: Bir kimse, karşı konulamaz bir güç kullanımı sonucu başına bir şey gelmesi durumunda, bundan kendisinin sorumlu olacağı koşuluyla bir arazi kiralsın; sözleşmeye uymak zorundadır.”); Söğütlü, **Contractus**, s. 227;

²⁶² Söğütlü, *Casus*, ss. 518,519;

Klasik sonrası hukuk ve Iustinianus dönemi hukukunda klasik dönemde kabul edilen mücbir sebep halleri hukukçular tarafından onaylanmıştır. *Custodia* ve *diligentia* sorumluluğundan kurtaran her olayın *vis maior* olduğu ve sorumluluğu kaldıracağı kabul edilmiştir²⁶³. Bu dönemde kusur sorumluluğuna dair dönüşümün başlaması borçlunun edimine yönelik mücbir sebeplerinin kabul edilmeye başlamasına sebebiyet vermiştir. Bu mücbir sebep konusunda objektif yaklaşımdan sübjektif bir yaklaşıma doğru gidilmesine yol açmıştır. Borçlanılan edimin yerine getirilmemesine sebep olan olaylar kusurun yokluğuna sebebiyet verir²⁶⁴. Bu dönem kamulaştırmanın da *vis maior* olarak kabul edildiği bir dönemdir.

²⁶³ Söğütlü, *Casus*, ss. 522, 543;

²⁶⁴ D. 44.7.1.4 (Gai.), metin için bkz. Birinci Bölüm dp. 220

Söğütlü, *Contractus*, s. 231;

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA KUSURUN BAZI MÜNFERİT SÖZLEŞMELERDE İNCELENMESİ

1.Roma Hukukunda Borcun Kaynakları

Romalılar borcun kaynaklarını, kendilerine borç doğurucu etki tanıyan olgular olarak görmüşlerdir. Buna göre her borcun bir kaynağı olmalıdır¹. Gaius isimli ünlü Roma hukukçusu borcun kaynaklarını sözleşme ve haksız fiil olarak ikiye ayırmıştır². Bu borç kaynakları tasnif sistemi hukuk düzenlerinin çoğunluğunu etkilemiştir³. Gaius'un, borcun kaynaklarının bu şekilde tasnifine ek olarak "diğer çeşitli nedenler" olarak borcun kaynaklarını üçe çıkardığı kendisine ait metinden anlaşılmaktadır⁴. Bu metne eklenen diğer çeşitli nedenler kısmının postklasik bir hukukçuya ait olduğuna dair iddialar öğretilerde mevcuttur⁵. Diğer çeşitli sebepler Romalıların sözleşme ya da haksız fiilin içerisinde değerlendiremedikleri borç doğurucu olguları anlatmak için kullandıkları bir borç kaynağıdır. Iustinianus, diğer çeşitli sebepleri kendi içerisinde sözleşme benzerleri ve haksız fiil benzerleri olarak çeşitlendirerek borcun kaynaklarını dörde çıkarmıştır⁶. Borcun tarafların iradesine dayandığı durumlarda borcun sözleşmeden doğduğu kabul edilirken, iradenin olmadığı durumlarda borcun haksız

¹ Özlem Söğütü, **Roma Özel Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.427; Paul Koschaher, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları**, Çev: Kudret Ayiter, Yeni Matbaa, İstanbul, 1961, s. 182.

² Gai. Ins. 3.88: "*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.* (Şimdi, esas olarak iki sınıfa ayrılan diğer yükümlülükler geçelim; çünkü her yükümlülük ya bir sözleşmeden ya da bir haksız fiilden doğar.)".

³ Söğütü, **Roma Özel**, s. 428.

⁴ D. 44.7.1. pr. (Gai.): "*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.* (Borçlar sözleşmeden, haksız fiil veya kanun gereği diğer çeşitli sebeplerden doğar.)"

⁵ Salvatore Di Marzo, **Roma hukuku**, Çev. Ziya Umur, 2. Bası, İstanbul, 1959, s. 357; Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Onbirinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021, s. 56; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 332-333.

⁶ Ius. Ins. 3.13.2: "*Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aequae quattuor species sunt.*(Başka bir ayrıma göre bunlar, sözleşme, sözleşme benzeri, haksız fiil ve haksız fiil benzeri olmak üzere dört sınıfa ayrılır...)"

fiilden doğduğu prensibi benimsenmiştir⁷. Sözleşme benzerleri kuruluş bakımından sözleşmeye benzemezken ortaya çıkan sonuçlar açısından sözleşmeden doğan borçlara benzerlik göstermektedir⁸. Sözleşme benzerlerinin kurulması için tarafların iradelerinin uyuşması aranmazken ortaya koyulan faaliyet aynı sözleşmeler gibi kanun tarafından kabul edilmiş şeylerdir⁹. Haksız fiil benzerleriyle anlatılmak istenen şey kusur aranmaksızın bir zararın doğduğu ya da zarar doğmadan önce zarar tehdidinin ortadan kaldırıldığı durumlar açıklanmaya çalışılır. Kusurun aranmadığı sorumluluk durumları haksız fiil benzerleri başlığı altında incelenmiştir¹⁰.

2. Roma Hukukunda Sözleşme Kavramı

Roma hukuku Batı'da fazlaca benimsenip geliştirilen bir hukuk sistemidir. Bu hukuk sisteminin en orijinal ve takdir edilen kısmı belki de sözleşmeler hukukudur. Toplumda meydana gelen sosyal ve ekonomik gelişmeler sonucu farklı sözleşme türleri ortaya çıkmış ve bunların bir kısmı devlet tarafından tanınmıştır¹¹. Romalıların kabul ettiği sözleşme tiplerinden herhangi birine uymadan yapılan muamelelere “*pactum* (anlaşma)” denilmiştir¹². *Pactum*ların bazıları bu tür sözleşmelere örnek verilebilir. Erken dönemlerde borç doğurmayan hukuki işlemler olan *pactum*ların bazılarına dava hakkı tanınmış ve gerçek bir sözleşme olarak kabul edilmiştir¹³.

⁷ Söğütlü, **Roma Özel**, s.429

⁸ Koschaker, s. 182; Söğütlü, **Roma Özel**, s.429.

⁹ Örnek olarak, vekaletsiz iş görme, vesayet sebepsiz zenginleşme verilebilir; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 429.

¹⁰ Örnek olarak, yargıcın sorumluluğu, gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğu verilebilir; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 429

¹¹ Alan Watson, “The Evaluation of Law: The Roman System of Contracts,” **Law and History Review**, 2, 1, 1984, s.2.

¹² Di Marzo, s. 406; Koschaker, s. 218; Özlem Söğütlü Erişgin, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 41; Richard Honig, **Roma Hukuku Dersleri**, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1935, s. 206; Söğütlü, **Roma Özel**, s.532; Şakir Berki, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949, s. 301.

¹³ Bengi Sermet Sayın, “**Roma Hukuku’nda Pactum’lar (Anlaşmalar)**”, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2008, s. 1; Berki, s. 301; Di Marzo, s. 409; Honig, s. 206; Koschaker, s. 218.

Sözleşme anlamına geldiği kabul edilen *contractus* terimi *contrahere* kelimesinden türemiş olup, hukuk dilinde “bir bağa maruz kalmak” anlamında kullanılmaya başlamıştır¹⁴. Bu kavram zaman içerisinde hukuki bir sonuç doğuran her türlü hukuki işlemi meydana getirmek anlamında kullanılmıştır¹⁵. Roma hukuku kaynaklarında karşılıklı şekilde yapılan hukuki işlemlerin *contractus* olarak kabul edileceği yazılmıştır¹⁶.

Sözleşme (*contractus*) terimi günümüz hukuk sisteminde iki veya daha fazla taraf arasında yapılan anlaşmalar olarak tanımlanırken Roma hukukunda, borç doğuran belirli sözleşme çeşitlerini ifade etmek için kullanılmıştır¹⁷. Daha kapsamlı olarak ifade etmek gerekirse Roma hukukunda *contractus*, tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla birlikte *Ius Civile* tarafından sözleşme olarak kabul gören hukuki işlemlerden birisinin yapılmasıyla gerçekleşen borç doğuran sözleşmeleri ifade etmek için kullanılan bir terimdir¹⁸. Dolayısıyla Roma hukukuna göre geçerli bir sözleşmeden doğan yükümlülükten söz edebilmek için, hem belirli tipteki biçimlere uygun irade uyuşması hem de hukuk düzeninin tanıdığı tipik sözleşmeden doğan amaçları gerçekleştirmeye yönelik hukuki işlemlerin varlığı gerekir¹⁹. Klasik hukuk döneminden itibaren tarafların iradelerinin sözleşmelerin kurulması için önem

¹⁴ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 434; Söğütlü, **Contractus**, s. 29; Dren Hilmi Dauti, 2021. “Real Contracts in Roman Law and Their Development in Positive Law With Special Emphasis on Loan Contracts (Mutuum): Array”. Acta Universitatis Danubius. Juridica 17 (1). <https://dj.univ-danubius.ro/index.php/AUDJ/article/view/713>. S. 8 (1-23).

¹⁵ Söğütlü, **Contractus**, s. 30.

¹⁶ D. 50.16.19 (Ulp.): “*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sunallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.* (Labeo, Şehir Praetoru Üzerine Birinci Kitap'ta, "hareket etmek", "işlem yapmak" ve "sözleşme yapmak" terimlerini şu şekilde tanımlamaktadır. Labeo, hareketin ya sözlerle ya da şeyin kendisiyle yapılmış olanları, örneğin *stipulatio* ya da ödünç gibi, gösteren genel bir uygulamaya sahip olduğunu söyler. Bununla birlikte sözleşme, bir borçtan daha geniş bir anlama sahiptir. Çünkü sözleşme Yunan'da olduğu gibi bir karşılıklılığı gerektirir, satım, *locatio conductio*, şirket gibi. İşlem terimi, sözler olmaksızın yapılmış olan şeyleri gösterir.)”

¹⁷ Di Marzo, s. 358; Koschaker, s. 184; Söğütlü, **Contractus**, s. 30; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 434; Sayın, s. 6;

¹⁸ Di Marzo, s. 358; Koschaker, s. 184; Söğütlü, **Contractus**, s.35; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 435; Sayın, ss. 6-7.

¹⁹ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 437;

taşımaya başlamasıyla beraber *contractus* terimi, sözleşmeler alanında dar ve teknik bir anlam kazanmıştır denilebilir²⁰.

3. Roma Hukukunda Münferit Sözleşme Tipleri

Ius Civile'ye göre sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların belirli merasimleri yerine getirmesi aranmaktadır²¹. Roma borçlar hukukunda sözleşmelerin büyük bir kısmında tipe bağlılık (*numerus clausus*) prensibi geçerlidir²². Yani *Ius Civile*'de yer alan hukuki işlemlere göre gerçekleştirilen anlaşmalar, *contractus* (sözleşme) olarak kabul edilirken, bunun dışındakiler ise sözleşme olarak değerlendirilmemekle birlikte hukuki açıdan da bir koruma altına alınmamıştır. Dolayısıyla Roma sözleşmeler sisteminde irade uyuşmasından bir borç ilişkisinin doğması için tarafların, Roma sözleşmeler sisteminde yer alan *contractus*lardan birini gerçekleştirmeleri gereklidir. Digestada yer alan bir metinde hukuki işlem olarak ifade edilebilen *actusun* söz, malın verilmesi ve yazı ile kurulabileceği belirtilirken²³, Roma kaynaklarında yer alan başka metinlere göre sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin dört şekilde gerçekleşeceğini ifade etmiştir²⁴. İlgili metinden anlaşılacağı üzere Roma hukukunda sözleşmeler; ayni (*re*), yazılı (*litteris*), rızai (*consensu*) ve sözlü (*verbis*) olmak üzere dört kategoride değerlendirilmiştir. Bu dört kategori incelendiğinde sözlü

²⁰ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 434.

²¹ Söğütlü, **Contractus**, s. 31; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 435.

²² Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 122; Di Marzo, s. 359; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s.49; Koschaker, s. 184; Söğütlü, **Contractus**, s. 33; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 436; Umur, **Ders Notları**, ss. 334-335.

²³ Bkz. Birinci Bölüm dp. 16

²⁴ D. 46.3.80 (Pomp.): “*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.* (Bir borç, sözleşmenin yapıldığı şekilde yerine getirilebilir. Bir şeyi sözleşmeye bağladığımızda o şey için ödeme gereklidir. Tıpkı borç verdiğimizde borcun para olarak geri ödenmesi gibi veya sözle bir anlaşma yaptığımızda doğan yükümlülüğün fiilen ya da sözle yerine getirilmesi gerekir. Aynı şekilde, bir alım satım ya da kira sözleşmesi yapıldığında bunlar açık rıza ile yerine getirilebildiğinden aksine bir sözleşme ile bunlar feshedilebilir.)”; Gai. Ins. 3.89.: “*Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.* (Öncelikle dört farklı türü olan sözleşmelerden doğanları inceleyelim; Bir yükümlülük, malın teslimi yoluyla, sözlü, yazılı veya rıza yoluyla akdedilmiştir.)”; Ius. Ins. 3.13.2, metin için bkz. İkinci Bölüm dp. 6.

sözleşmelerin belirli sözcüklerin kullanımıyla doğduğu görülürken, aynı sözleşmelerin kurulması için tarafların iradelerinin bu yönde uyuşması ve üzerinde anlaşma yapılan malın karşı tarafa teslim edilmesi gerekmektedir²⁵. Yazılı sözleşmelerin kurulmasında tarafların sahip oldukları borç defterlerine borcun geçirilmesi durumu söz konusudur. Rızai sözleşmelerin ise tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulacağı görülmüştür. Ne kadar dört biçimde sınırlandırılmış olsa da Roma hukukunda farklı sözleşmelerinde varlığı bulunmaktadır²⁶. Sınırlı sayıda olan bu rızai sözleşmeler *praetor* faaliyetleri sonucunda *pactumlar* yoluyla genişletilmiştir²⁷. *Ius Civile* tarafından tanıma sözleşmelerin dışındaki bir edimi yerine getirmek için yerine getirmek üzere anlaşılması durumunda tarafların çıkarları *actio in factum* davası ile korunurken bu sözleşmelerde isimsiz sözleşme olarak adlandırılmıştır²⁸.

3.1. Yazılı Sözleşmeler

Roma hukukunda yazılı sözleşmeler günümüzdekinden daha farklı bir niteliğe ve anlama sahiptir²⁹. *Litteris contrahitur* olarak adlandırılan bu yazılı sözleşmeler, klasik hukuk dönemine kadar kullanılan, paraya ilişkin işlemlerle ilgili özenli aile babaları tarafından tutulan gelir gider defterine yazılan kayıtlardır³⁰. Defterin bir sayfasına gelirler bir sayfasına ise giderler yazılmaktaydı. Yazılan defterler aile babasının özenli ve saygın kişiler olduğuna delalet ederdi³¹. Bundan dolayı defterdeki kayıtların doğruluğuna inanılarak ihtiyaç duyulduğunda tarafların alacak ve borçlarını ispat için bu defterlere başvurulurdu³².

Yazılı alacak, alacaklı tarafından *codex accepti et depensi* olarak isimlendirilen ailenin gelir ve giderlerinin yer aldığı, defterlere borçluya belirli bir miktar para

²⁵ Söğütü, *Contractus*, s. 32.

²⁶ D. 19.5.4. (Ulp.): “*natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula.* (İsimlerden daha fazla hukuki işlemin varlığı eşyanın doğası gereğidir.)”.

²⁷ Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku*, Birinci Baskı, Der Yayınları, 2005, s. 102; Söğütü, *Contractus*, s. 32; Söğütü, *Roma Özel*, ss. 436-437.

²⁸ Söğütü, *Contractus*, s. 33.

²⁹ Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, Onuncu Baskı, Sayram Yayıncılık, Konya, 2019, s. 117; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 189; Rado, s. 84; Söğütü, *Roma Özel*, s. 442;

³⁰ Erdoğan, s. 69; Söğütü, *Contractus*, s. 36; Rado, s.84.

³¹ Söğütü, *Contractus*, s. 36; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s.189; Söğütü, *Roma Özel*, s. 442; Koschaker, s. 186.

³² Tahiroğlu, *Roma Borçlar* s.189; Söğütü, *Contractus*, s. 36.

verildiğine dair kayıt düşülmesiyle meydana gelirdi³³. Bu yazılı alacaklar borcun nakdi verilip verilmemesine göre iki kısma ayrılmaktadır. *Nominia arcaria*³⁴, nakit ödenmiş para borçlarının kaydedilmesi durumudur ve bu işlem yeni bir borç doğurmaz lakin borcun verildiğine kanıt teşkil ederken *expensilatio* olarak adlandırılan yazılı sözleşmeler olarak kabul edilmişlerdir³⁵. *Nominia transscripta* ise nakit olarak ödenmemiş olup borçlunun rızası ile defterlere düşülen kayıtlardır³⁶. İki şekilde gerçekleştirilen bu kayıtların borç doğurucu etkisi vardır³⁷. Bunlardan ilki bir kimsenin bir sebepten doğan borcunun yazılı hale dönüştürüldüğü *transscripta a re in personam*; ikincisi ise bir kimsenin borcunun bir başka kimsenin borcu olarak kaydedildiği *transscriptio a persona in personam*dir³⁸. Yazılı sözleşmelerin bu türü sadece Roma vatandaşları arasında kullanılmıştır³⁹.

Sözleşmelerin yazılı şeklinden anlaşılması gereken sözleşmenin kâğıt üzerine geçirilmesi olup kişilerin, diğer bir ifadeyle saygın aile reislerinin, malvarlığı ile ilgili bilgilerin kaydedilmesinden kaynaklanmaktadır. Böyle bir kaydın varlığı durumunda defterde adı geçen kişiler arasında bir borç ilişkisi kurulur ve gerektiğinde taraflar alacak ve borçlarını kanıtlamak için defterlerdeki kayıtlara dayanabilmekteydiler. Fakat bu sözleşmeler toplumda hukuki suiistimallerin vuku bulması sebebiyle *Iustinianus* döneminde uygulanma olanağını kaybetmişlerdir⁴⁰. Bahsi geçen yazılı

³³ Söğütlü, *Contractus*, s. 36; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 189; Koschaker, s. 186.

³⁴ “Para borçlarından doğmuş alacak” bkz. Söğütlü, “*Roma Hukukunda*”, s. 36.

³⁵ Erdoğan, *Roma Borçlar*, s.69; *Contractus*, s. 36; Şakir Berki; “Roma’da Borçların Kaynakları,” *AÜHFD*, 7, 1954, ss. 404-405; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 189; Rado, s. 84; Söğütlü, *Roma Özel*, s. 442.

³⁶ Söğütlü, *Contractus*, s. 36; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 190; Söğütlü, *Roma Özel*, s. 442;

³⁷ Erdoğan, *Roma Borçlar*, s.69.

³⁸ Erdoğan, *Roma Borçlar* ss. 69-70; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 190; Rado, ss. 84,85

³⁹ Söğütlü, *Contractus*, s. 36; Söğütlü, *Roma Özel*, s. 442.

⁴⁰ Ius. Ins. 3, 21- 3, 22, 3: “*Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur: quae nomina hodiae non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerate post mutuum temporis exceptionem oppone non potest: hoc emin saepissime constitutum est. Sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scripture obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione.* (Bir zamanlar nomenlerle yapıldığı söylenen bir yazılı borç akdetme şekli vardı: bu nomina (alacaklar), bugün meriyette değildir. Mamafih bir kimse, kendisine verilmemiş olan bir miktar parayı, borç olarak kaydetmişse, uzun bir müddet sonra verilmemiş paranın defini (exceptio pecuniae minime numeratae) dermeyen edemez: emirnameler, birçok defalar, böyle karar vermişlerdir. Bu itibarla, bugün dahi, itiraz etmeye hakkı olmadığı için, yazı ile borçlanılmış olur: ve

sözleşmelerin konularının para borcu olması ihtimali bulunurken bu borçların sebepleri kayıt esnasında gösterilmemektedir⁴¹. Dolayısıyla açılacak davalarda *actio certae creditae pecunia*dir⁴². Para borcunun söz konusu olduğu durumlarda cins telef olmaz ilkesi gereğince borçlunun her zaman parayı ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kusuruyla para borcunun ödenmesinin imkânsız olmasına sebep olunamaz. Borçlunun para borcunu vadesinde ödememesi durumunda temerrüt söz konusu olmaktadır. Roma hukukunda borçlunun ödemede temerrüde düşmüş sayılması için kusurunun bulunup bulunmaması gerekliliği bir tartışma konusudur⁴³. Roma hukukunda temerrüt şartının oluşması ödemenin gecikmesi değil ifada direnme unsuru aranmıştır⁴⁴. İfade direnmek bir nevi kusurun mevcut olayda bulunmasının şart olarak kabul edildiğini göstermektedir⁴⁵. Haklı sebeplerin olması durumunda borçlunun sorumluluğunun doğmasını kabul etmeyen bazı metinler kusuru şart olarak kabul etmişlerdir. Nitekim bazı yazarlar, ifa zamanını öğrenmiş olan borçlunun ifayı yerine getirmemesini kusur olarak kabul etmişlerdir⁴⁶. Bu durumda ifa etmemede bile isteye direnmek kast olarak kabul edilebilir ve temerrüdün doğması için borca aykırı olan bu davranış kusurdan doğan sorumluluğun söz konusu olmasına sebep olabilir.

3.2. Sözlü Sözleşmeler

Tarafların sözleşme yapma iradelerini belirli sözlerle ve belirli şekillerde açıklamak zorunda olduğu sözleşmelere sözlü sözleşmeler denilmiştir⁴⁷. Sözlü sözleşmeler *stipulatio*, *dotis dictio* ve *promissio iuratta liberti* olmak üzere üç çeşittir.

bundan, tabii sözlü bir borcun bulunmaması şartıyla, bir *conductio* doğar.”); Söğütlü, **Contractus**, ss.36-37.

⁴¹ “... Bu akit, farazi bir karzın bir vesikaya raptedilmesidir. Bunda eski real akde yaklaşan noktalar görüyoruz. Borçlu hakikatte almamış olduğu ödünç parayı aldığı yazılı olarak beyan eder ve onu iade etmek taahhüdü altına girerdi. Bu suretle taahhüt re olarak doğmaz, yazılı şekilde doğardı.” bkz.:Koschaker, s. 186

⁴² Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 190.

⁴³ Sevgi Kayak, “Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdü (Mora Debitoris) Kavramının Genel Çizgileri”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15, 2, 2020, s. 401.

⁴⁴ Kayak, s. 400.

⁴⁵ Koschaker s. 200.

⁴⁶ Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 761 vd.

⁴⁷ Honig, s. 35; Söğütlü, **Contractus**, s. 37; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 443.

Bunlardan en önemlisi *stipulatio* adı verilen sözleşmelerdir⁴⁸. *Stipulatio*, alacaklı ve borçluya sözleşmenin kapsamını belirleyen bir soru sorulması, borçlunun da bu kapsamdaki borcu yerine getireceğine ilişkin kayıtsız bir cevap vermesidir⁴⁹. Erdoğan, *stipulatio*yu “alacaklının belirli kelimeler kullanarak sorduğu soruya borçlunun aynı kelimeleri kullanarak olumlu ve sözlü olarak cevap vermesiyle oluşan sözleşme,”⁵⁰ *dotis dictio*yu “evlenecek kadının veya aile reisinin veya bunların talimatıyla borçlulardan birisinin tek taraflı olarak yaptığı cihaz verme akdi,”⁵¹ ve *promissio iurata libertiyi* “bir azatlı[nın] eski efendisine (*patronus*) hizmetlerde ve mal ifasında bulunmaya yemin etmesi”⁵² şeklinde tanımlamıştır. Dolayısıyla sözlü sözleşme alelade sözlerin söylenmesiyle değil, belirli sözlerin belirli şekillerde söylenmesi ile meydana gelen sözleşmelerdir. Sözselsel ve şekli uygunluk bu sözleşme türünde önemli bir yere sahiptir. Eğer böyle bir uygunluk yoksa sözleşme hukuken geçerli olmaz⁵³.

Stipulatio sadece vaat edeni borç altına sokan ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁴. Hukuk düzeni sınırları içinde yapıldığı takdirde yapılan her vaat borç ilişkisi doğurmaktadır⁵⁵. *Stipulatio* sebebe bağlı ya da sebepten mücerret olmak üzere iki şekilde yapılabilmektedir⁵⁶. Sebep gösterilmiş ise alacaklının hem *stipulationun* yapıldığını hem de sebebin geçerliliğini kanıtlaması gerekir⁵⁷. Fakat *stipulationun* sebebi olmasına rağmen bu sebebin akdin içeriğinden anlaşılabilmesi durumunda alacaklı ve borçlunun kanıtlanma yükümlüğü farklıdır. Böyle bir durumda alacaklı sadece *stipulationun* varlığını kanıtlamakla yükümlüken borçlu sebebin

⁴⁸ Söğütlü, *Contractus*, s. 37.

⁴⁹ Ius. Ins. 3, 14, 3 -3, 15 pr: “*Vebris obligatio contrahitur ex responsu, cum quid dari fierive nobis stipulamur. Ex qua duae proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.* (Bir şeyin size verilmesini veya yapılmasını bir soru ve bir cevapla taahhüt ettiğiniz vakit, sözlü borç münasebeti akdolunur (*stipulatio*); bundan, *stipulatio* mevzu muayyen ise *condictio*, gayri muayyen ise *actio ex stipulatu*, olmak üzere iki dava hakkı doğar.)”; Honig, s. 35; Söğütlü, *Roma Özel*, s. 444.

⁵⁰ Erdoğan, *Roma Borçlar*, ss.63-64.

⁵¹ Erdoğan, *Roma Borçlar*, s. 69.

⁵² Erdoğan, *Roma Borçlar*, s.69.

⁵³ Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 124; Honig, s.35.

⁵⁴ Söğütlü, *Contractus*, s. 37; Söğütlü, *Roma Özel*, s. 444; Tahiroğlu, *Roma Borçlar*, s. 128.

⁵⁵ Di Marzo, s. 377; Söğütlü, *Roma Özel*, s. 443.

⁵⁶ Söğütlü, *Roma Özel*, s. 444.

⁵⁷ Söğütlü, *Contractus*, ss.37-40.

gerçekleşmediğinin yani yokluğunu bir *exceptio doli generalis* ileri sürerek bunu kanıtlamak zorundadır⁵⁸.

Sözlü sözleşmeler tarafların iradelerini belirli sözleri kullanarak ifade etmeleriyle kurulur (*verbis contrahitur*)⁵⁹. Bu tür sözleşmelerde, sözlü şekil akdin kurulması için gereken bir kurucu unsurdur. Aynı ve rızai sözleşmelerde iradenin sözle ifade edilmesi söz konusu olmasına rağmen sözlü şekil akdin kurucu unsurları arasında yer almaz⁶⁰. Genel bir sözleşme türü olarak her türlü borcu doğurabilen bir karaktere sahip olan sözlü sözleşmeler, sözlü şekil uygunluğu şartını taşıması yönüyle aynı ve rızai sözleşmelerden ayrılır.

Stipulatio şeklinde yapılan her türlü sözleşme dava ile takip edilebilir ve güvenilir bir borç doğururdu⁶¹. Alacaklının sözleşmenin içeriğini kapsayan bir sorusuna karşılık borçlunun da bu sözleşmenin kapsamını yerine getireceğine dair anında ve herhangi bir şart koşmadan verdiği bir cevapla meydana gelen *stipulatio* şeklinde yapılan sözleşmelerde tarafların birlerini duyması, iradelerini sözlü beyan etmesi ve kelimelerin anlamlarını idrak etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, sağır ve dilsizlerin, akıl hastaları ve çocukların bu tür sözleşmeleri yapmalarına izin verilmemiştir⁶².

Klasik hukuk döneminde borçlunun cevabının, alacaklının sorusunun hemen akabinde verilmesi gerekmekteydi. Bu da soru ile cevabın tek bir hukuki işlemi (*unitas actus*) doğurduğuna işaret eder. Hukuki işleme alacaklının, borcun bütün içeriğini içeren sorusu ile başlanırdı. *Stipulari* kelimesi ile bu tarz borcun bütün içeriğini içeren

⁵⁸ Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss.64-65; Söğütü, **Roma Özel**, ss. 444-445.

⁵⁹ Gai. Ins. 3. 92: “*Verbis Obligatio Fit Ex Interrogatione Et Responione, Uelut Dari Spondes? Spondeo, Dabis? Dabo, Promittis? Promitto, Fiderpromittis? Fiderpromitto, Fidevbes? Fidevbeo, Facies? Faciam.* (Sözlü Borç Münasebeti Sual Ve Cevaptan Doğar, Mesela Dari Spondes? Spondeo (Verileceğini Taahhüt Ediyor Musun? Taahhüt Ediyorum) Dabis? Dabo (Verecek Misin? Vereceğim) Promittis? Promitto (Vaat Ediyor Musun? Vaat Ediyorum), Fidepromittis? Fideromittio (Şerefın Üzerine Vaat Ediyor Musun? Şerefim Üzerine Vaat Ediyorum), Facies? Faciam (Yapacak Mısın? Yapacağım.)”, Gaius, **Institutiones**, (çev. Türkan Rado), Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953, s.10; Akıncı, **Roma Borçlar**, ss. 16-17; Rado, ss. 67-70.

⁶⁰ Rado, s. 67.

⁶¹ Rado, s. 68; Söğütü, **Roma Özel**, s. 443; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss. 131-135.

⁶² Erdoğan, **Roma Borçlar**, s.64; Umur, **Ders Notları**, ss. 198-199.

soru sorulması ifade edilirdi. Bundan dolayı soruyu soran taraf *stipulator* olarak isimlendirilmiştir. Borçlunun sorulan soruya derhal verdiği bir cevapla sözleşme kurulmuş olurdu. Borçluya, vaad eden taraf anlamına gelen *promissor* denilirdi⁶³. *Stipulatio*, hazırlar ve konuşabilen kişiler arasında yapılırdı. Soru ve cevabında birbirine uyması gerekmektedir. Soru ve cevap için yalnızca Roma vatandaşlarının kullanımı için kabul edilen *spondeo*⁶⁴ ifadeler kullanılabilir. *Stipulatio*da tarafların üzerinde anlaştıkları şey belirliydi, sözleşmenin kurulmasıyla borçlu borç altına girerdi. *Stipulationun* en zayıf tarafı kurulduğunu ispatlama güçlüğüdür. Borçlunun böyle bir sözleşmenin yapılmadığını iddia etmesi durumunda, sözleşmenin kurulmasında şahitlerin bulunmaması, yazılı delillerin kabul edilmemesi sebebiyle alacaklı zarara uğratılabilmekteydi. Zaman içerisinde *stipulationun* bu şekilci ve sözlü içeriğine mutlak anlamda bağlı yapısı çevresel faktörlerin etkisiyle zayıflayarak ortadan kalkmıştır⁶⁵.

Dar bir hukuki sözleşme özelliği taşıyan *stipulatio*da, taraflardan yalnızca vaadeden taraf her zaman borç altına girer⁶⁶. Bu sözleşmeden doğan borçlar belirli (*certa*) veya belirsiz (*incerta*) nitelikte olabilirler. Roma usul hukukunda sözleşmeden doğan borçların belirli ya da belirsiz olmasına göre farklı *actio*lar kullanılmıştır. *Stipulationun* konusunu oluşturan borç, bir verme (*dare*) borcu ise genellikle borcun belirli, bir yapma borcu ise borcun belirsiz olduğuna işaret etmekteydi. *Stipulationun* konusu belirli ise karz akdinden doğan *actio*lara başvurulurken, belirsiz ise *actio ex stipulatu* adı verilen dava kullanılmaktaydı⁶⁷.

Verme borcu *stipulatio* ile dava konusu olmuşsa borcun para borcu olup olmadığına bakılırdı. Eğer para borcu söz konusuysa açılması gereken dava para karzı

⁶³ Rado, s.68.

⁶⁴ *Spondeo* kelimesi taahhüt etmek anlamına gelmektedir. Bkz., Yılmaz, s. 683. *Spondere* ise belli bir şekle uyarak söylenen sözlerle vaadde bulunmak; taahhüt altına girmek anlamındadır. *Stipulatio* kullanırken kelime *spondes*, *spondeo* olmaktadır. Bu kapsamda kullanılan diğer bir terim ise *sponsiodur* ve bir kimseyi borç altına sokar veya esas borçlu yerine feri borçlu haline getirir. Bkz, Umur, **Lügat**, s. 197.

⁶⁵ Rado, s.69-70.

⁶⁶ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 444;

⁶⁷ Fırat Korkmaz, **Roma Hukuku'nda Stipulatio**, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2014, s. 52; Rado, s. 70.

için kullanılan *actio certae creditae* davasıdır. Söz konusu borç paradan başka bir şey ise açılacak dava *actio condictio certae reidit*⁶⁸. Yapma borçları söz konusu ise borcun konusunun belirsiz olduğunun kabul edildiğinden yukarıda bahsetmiştik. Bu tarz borçlarda ise açılacak dava *actio ex stipulatu*'dur⁶⁹. Borçların niteliğinin ne olduğunu tespit etmek kusurun tespiti için önem arz etmesi muhtemeldir⁷⁰. Bununla birlikte *stipulatio* ile yüklenen borcun parça borcu veya cins borcu olması durumunda da kusurun tespit edilmesi hususundaki yaklaşım tarzını değiştirebilmektedir.

Roma hukukunda sözlü sözleşmeler çeşitli amaçlarla kullanılmaktadır. Özellikle Roma borçlar hukukunda tipe bağlılık prensibi gereğince normal şartlarda yapıldığında borç doğurmayacak ve dava edilemeyecek bazı anlaşmalar *stipulatio* ile yapıldığında geçerli hale gelmektedir⁷¹. Kefalet, bağışlama vaadi, müteselsil borçlar ve alacaklar, yenileme cezai şart gibi anlaşmalar bu tür sözleşmeler örnek verilebilir. Dolayısıyla *stipulatio* sözlü bir sözleşme türü olması ve neredeyse bütün borç ilişkileri için kurulabilir olmasından dolayı kusurun burada tespiti oldukça zordur. Nitekim kaynaklarda da somut olaylar bazında bir kusur değerlendirilmesi yapılmıştır. Örnek olarak Paulus'a ait D.45.1.91.'de kölenin verilmesine ilişkin yapılan bir *stipulatio*da temerrüt (*mora*) olmaksızın, kölenin kaybı halindeki sorumluluk incelenmiştir. Durum ikiye ayrılmıştır. Borçlu yani vaadeden tarafından doğrudan doğruya köleye yapılmış bir saldırı varsa borçlu kastından (*dolus*) sorumlu tutulmuştur. Eğer kölenin bakımında bir ihmal gösterilmişse (*neglectys infirmum*) bu durumda borçlunun sorumluluğuna gidilmiştir⁷². Burada vaadeden borçlu yalnızca bir davranışı sebebiyle (*culpa in*

⁶⁸ Korkmaz, s. 53; Rado, s.70; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 141

⁶⁹ Korkmaz, s. 53; Rado, s.70.

⁷⁰ *Dare, facere, non facere* gibi çeşitli borçlarda kusurun derecesi hesaplanırken farklı yaklaşımlar kullanılmıştır.

⁷¹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s.66; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 443.

⁷² D. 45.1.91.pr. (Paul.): "si *servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor, consideranbidur, utrum, quemadmodum in cindicatime hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpaie huinus nomine tenetur possessor, ita et eticum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipi enda sit, non'in faciendo? quod maqis propandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.*(Bir köle için şart koşarsam ve kimse temerrüde düşmeden köle ölürse, vaad eden onu öldürse bile dava açılabilir. Ancak vasiyet eden hasta olduğu halde onu ihmal ederse sorumlu olur mu? Durumun böyle olup olmadığına baktığımızda, bir kölenin geri alınması için dava açılmışsa ve o, onu elinde bulunduran kişi tarafından ihmal edilmişse, o kişi ihmalden dolayı sorumlu

faciendo) verdiği zarardan sorumlu tutulmuş ve öğretilerde bu eleştirilmiştir⁷³. *Culpa* klasik hukuk döneminde verme borcu doğuran sözlü bir sözleşmede (*stipulatio in dando*) zarar sonucu doğuran pozitif bir hareket (*culpa debitoris*) olarak değerlendirilmiştir⁷⁴.

3.3.Aynî Sözleşmeler

Aynî sözleşmeler, tarafların rızalarını yanında fiili bir olayın eklenmesi (*res*) ile kurulabilen borç sözleşmeleridir. Fiili olaydan kast alacaklının borçluya yaptığı edimlerdir. Bu edimler bazen mülkiyeti, bazen elde bulundurmaya (*detentio*) bazen de zilyetliği geçirmeyi (*possessio*) ifade edebilir⁷⁵. Edimle birlikte borçlu aldığı edimi geri iade etmek ya da onun yerine başka bir edimde bulunma taahhüdü altına girer⁷⁶. Modestinus'un Kaideler adlı ikinci kitabında bundan bahisle "aynî olarak malın kendisi de verildiği zaman borçlanırsınız." denilmektedir⁷⁷. Elde bulundurma ve sonrasında iade etme borcunun olduğu durumlarda, borçlunun kendi üzerine düşen koruma ve bakım yükümlülüklerinin söz konusu olduğu söylenebilir.

Aynî sözleşmelerin kapsamında bir genişlemenin olduğunu gözlemlemek mümkündür. Gaius'un *Institutiones*'inde aynî sözleşmelerin kapsamında yalnızca karz (*mutuum*) zikredilmişken, Iustinianus'un *Institutiones*'inde karz (*mutuum*) ile ariyet (*commodatum*), vedia (*depositum*), rehin (*pignus*) de aynî sözleşmeler arasında sayılmıştır⁷⁸. Aynî bir tasarruf işlemi niteliğinde olan inançlı sözleşme (*fiducia*) ise,

olacaktır; tıpkı, şartın atıfta bulunduğu köleyi teslim etmeyi vaat eden birinin, bir şeyi yapmaktan kaçınmadığı için değil, bir şeyi yaparken ihmalkâr olduğunun varsayılması gibi. İkinci görüş onaylanmalıdır, çünkü ödemeyi vaat eden kişi, belirli bir eylemin yerine getirilmesinden değil, ödemedenden sorumludur.)

⁷³ Hilal Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış," **AÜHF**, 39, 1, 1987, s. 254.

⁷⁴ Zilelioğlu, s. 255.

⁷⁵ Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss. 49-50.

⁷⁶ Honig, ss. 245,246; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 152.

⁷⁷ D. 44.7.52.1: "*Re obligamur, cum res ipsa intercedit.* (Bize teslim edildiğinde mal nedeniyle bir yükümlülük altına gireriz.)

⁷⁸ D. 44.7.1.2-6. (Gai.): "2.*Re contrahitur obligatio mutui datione. Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. 3. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur. 4. Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio ruina naufragio, rem quam*

accepit amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit. 5. Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. Sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. Magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere. 6. Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur. (2. Tüketim ödöncü alınması durumunda borç, ödöncü verilen mülke ilişkin olarak akdedilir. Böyle bir mal, tartılabilen, sayılabilen veya ölçülebilen eşyalardan oluşur; örneğın şarap, yağ, tahıl ve para; aynı tür ve kalitede başka eşyaların da bize verilmesi beklentisiyle, mülkiyeti onları alan kişiye ait olacak şekilde ödöncü veririz. 3. Kullanmak üzere bir şey ödöncü verdiğımız kişi, mülkün devredilmesi nedeniyle bize karşı sorumludur, ancak aynı zamanda almış olduğu şeyi de geri vermekle yükümlüdür.4. Ancak tüketim için ödöncü alan kişi, aldığın herhangi bir kaza sonucu kaybederse yine de sorumlu olmaya devam eder; ancak kullanılmak üzere bir eşya alan kişi, aldığın insan zayıflığının karşılamayacağı bir kaza (örneğin yangın, bir binanın yıkılması veya gemi kazası gibi) nedeniyle kaybederse sorumluluktan kurtulur. Bununla birlikte, ödöncü verilen makalenin bakımı konusunda son derece titiz davranmaktadır; Bir başkasının onu korumak için daha dikkatli davranması koşuluyla, insani zayıflığın neden olduğu bir kaza sonucu elde ettiğini kaybetmesi de yeterli olmayacaktır. Ayrıca malın kaybolması kendi hatası olduğu halde önlenemeyen olaylardan da sorumludur; örneğın, arkadaşlarını akşam yemeğine davet eden bir kimse, bu amaçla gümüş takım ödöncü alırsa ve daha sonra bir yolculuğa çıkıp gümüş takımları yanına alırsa ya bir gemi kazası nedeniyle ya da hırsızların ya da düşmanların saldırısı sonucu gümüş takımını kaybederse. 5. Kendisine mal emanet ettiğımız kişi de bundan dolayı bize karşı sorumludur ve kendisine teslim edilen eşyanın aynısını iade etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, kendisine emanet edilen şeyi ihmâl nedeniyle kaybederse, bu sorumluluğu kendi yararına değil, aldığın kişinin yararına aldığın için sorumluluktan muaf olacaktır. Yalnızca herhangi birinin kast nedeniyle kaybolması durumunda sorumlu olacaktır. Ancak, malını dikkatsiz davranan bir arkadaşına emanet eden kişi, ihmalden dolayı sorumlu olmayacaktır, çünkü suçlanacak tek kişi kendisidir. Yine de kast suçuna ağır ihmâlin dahil olduğuna karar verildi. 6. Rehin olarak mal alan alacaklı da bu bakımdan sorumludur ve aldığın malı aynen iade etmekle yükümlüdür.)”; Ius. Ins. 3.14.pr.; “Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. mutui autem obligatio in his rebus consistit quae pondere, numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando aut metiendo aut adpendendo in hoc damus ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur. unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. ex eo contractu nascitur actio quae vocatur condictio. (Bir borç, örneğın bir mutuum vermek suretiyle, şey tarafından sözleşmeye bağlanmış olabilir. Bu her zaman şarap, yağ, mısır, madeni para, pirinç, gümüş veya altın gibi tartılabilen, numaralandırılabilen veya ölçülebilen şeylerden oluşur. Bunları sayı, ölçü veya tartıya göre veririz, onları alanların malı olsun diye yapıyoruz. Ödöncü verilenlerin aynılarını iade edilmez, yalnızca aynı nitelik ve niteliktekiler iade edilir ve dolayısıyla mutuum terimi, çünkü benim olmaktan dolayı verdiğım şey senin olur. Bu sözleşmeden condictio adı verilen fiil doğar.)”; Ius. Ins. 3.14. 2.: “Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda

Iustinianus tarafından kaynaklardan çıkarıldığı için aynı sözleşmeler kapsamında kabul edilip edilmediği kesin olarak bilinmemekle birlikte, bir malın verilmesiyle kurulan bir sözleşme olması yönüyle aynı sözleşmeler kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁹.

Aynı sözleşmeler (*re contrahitur*), tarafların birbirine uygun, karşılıklı irade beyanları (*consensus*) yanında, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin (*res*), ya zilyetliğinin ya vazüyetliğinin ya da mülkiyetinin sözleşmenin diğer tarafına geçirilmesi (*res prestita*) veya bir işin yapılmasıyla kurulurdu⁸⁰. *Ius Civile* tarafından tanınan real sözleşmeler daha önce alınmış bir edimin geri verilmesini kapsar⁸¹.

tenetur. et is quidem qui mutuuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum. (Kendisine bir şeyin emtia olarak verildiği kişi de, kendisine bu hakkı kullanması verilmiştir, yeniden bağlıdır ve actio commodati'ye tabidir. Ancak mutuuum alan kişiyle arasında çok büyük bir fark vardır; çünkü bu şey ona kendi malı olsun diye verilmemiştir ve bu nedenle aldığı şeyin aynısını geri vermek zorundadır. Ve yine, herhangi bir kaza sonucu, yangın, bir binanın yıkılması, gemi kazası, hırsızların veya düşmanların saldırısı gibi bir mutuuum alan kişi, aldığı kaybederse, yine de bağlı kalır. Ancak, kullanımı için ödünç bir şey alan kişi, onu korumak ve muhafaza etmek için gerçekten de azami gayreti göstermek zorundadır; Daha dikkatli bir kişinin onu güvenli bir şekilde koruyabileceği görülüyorsa, kendi malına bakmaya alıştığı aynı özeni göstermesi de yeterli olmayacaktır; ancak, kaza kendi kusurundan kaynaklanmadığı sürece, üstün güçten veya olağanüstü kazadan kaynaklanan kayıplardan sorumlu değildir. Ancak, eğer bir yolculuğa çıkarken, kullanmak üzere size ödünç verilen şeyi yanınıza alırsanız ve onu düşmanların, soyguncuların saldırısı ya da bir gemi kazasında kaybederseniz, hiç şüphesiz onu geri getirmeniz kaçınılmazdır. Herhangi bir karşılık verilmeden veya üzerinde anlaşmaya varılmadan, onu kullanmanın tadını çıkarmanıza izin verildiğinde, bir şeyin uygun bir şekilde emtia olduğu söylenir; çünkü eğer bir karşılık varsa, sözleşme locatio sözleşmesidir, bir şey olarak commodatum olması için karşılıksız olarak ödünç verilmesi gerekir.)"; Söğütü, **Contractus**, s. 40.

⁷⁹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 63.

⁸⁰ Honig, s. 246.

⁸¹ Gai. Ins. 3.90.; "Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.(Örneğin karz verilmesi durumunda, mülkün teslimi

3.3.1. Mutuum (Karz Akdi / Tüketim Ödücü Sözleşmesi)

Tüketim ödücü, bir kimsenin başka bir kimseye belirli bir miktarda misli eşyanın mülkiyetini, aynı cinsten şeyleri aynı miktarda iade etme borcu altına girdiği sözleşmelerdir⁸². Ödünç akdi, malın mülkiyetinin ödünç alana geçirilmesiyle kurulduğu için sadece rızaların uyuşması yetmez⁸³. Bu yüzden tüketim ödücü sözleşmesi Roma hukukunda aynı sözleşmeler başlığı altında incelenmiştir.

Ödünç verenin malın mülkiyetini ödünç alana geçirmesi⁸⁴ ve ödünç alanın buna karşılık aldığı şeyi aynı cins ve miktarda iade etmesinden dolayı bu sözleşmede taraflardan sadece birisi borç altına girmektedir⁸⁵. Karz sözleşmesinin kurulması için malın mülkiyetinin ödünç alana geçirilmesi gerektiği için hukukçular bunu alacak sebebiyle devir (*traditio credendi causa*) olarak nitelendirmişlerdir. Burada alacaklı devrettiği mala karşılık, borçludan sadece aldığı geri verme sözünü almış olmaktadır⁸⁶.

Karz sözleşmesi kökeninde tamamen faizsiz bir sözleşme olmasına rağmen ancak alacaklı tarafından bir faiz *stipulatio* yapılmışsa faizin talep edilebilme ve dava edilebilme hakkı doğardı⁸⁷. Ödünç sözleşmesinin konusu misli mallardan oluşurdu ve bu cins (*genus*) borcu doğururdu⁸⁸. Karz sözleşmesinde doğan borç cins

yükümlülüğü sözleşmeye bağlanmıştır. Bu genellikle tartılmaya, sayılmaya veya ölçülmeye duyarlı nesnelere ilişkin olarak gerçekleşir; para, şarap, yağ, tahıl, bronz, gümüş ve altın gibi. Bu tür bir mülkü, onu alan kişiye ait olacağı ve er ya da geç aynı eşyanın değil, aynı nitelikte başka bir eşyanın başka bir eşyaya ait olacağı anlayışıyla sayarak, ölçerek veya tartarak devrediyoruz. Bize alınan malın niteliğinde olan şey geri döndü ve bu nedenle bu tür bir yükümlülüğe mutuum denir, çünkü benim tarafımdan sana verilen şey benim olmaktan çıkıp senin olur.”; Di Marzo, ss. 362, 363; Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss. 45-58; Söğütlü, **Contractus**, ss. 39-40; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 445; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss. 143-183.

⁸² Berki, **Roma Hukuku**, s. 280; Di Marzo, s. 367; Honig, s. 248; Koschaker, s.187; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 446.

⁸³ Di Marzo, s. 368; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 446.

⁸⁴ Koschaker, s. 187.

⁸⁵ Honig, s. 248; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 447.

⁸⁶ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 153.

⁸⁷ Berki, **Roma Hukuku**, ss. 280,281; Di Marzo, s. 368; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 53; Honig, s. 248; Koschaker, s. 188; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 447.

⁸⁸ Gai. Ins. 3,90: “*re contrahitur obligatio uleut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus concontigit, quae pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur...* (Ödünç nakit para, şarap, zeytinyağı, tahıl, bakır, gümüş ve altın

borcu olduğundan dolayı ödünç alan o cinsten olan şey yeryüzünde bulunduğu müddetçe borcundan kurtulamaz⁸⁹. Ödünç alınan mal çalınsa da kaybolursa da borçlunun iade yükümlülüğü devam eder⁹⁰.

Digesta'da yer alan D.12.1.3. metnine göre ödünç alan kişinin borçlarını, aldığı şeyin kalitesine ve miktarına uygun şekilde geri iadesi sağlanmalıdır⁹¹. Bundan hareketle diyebiliriz ki kişinin borcunu geri iade ederken aldığı şeyle aynı kalitede aynı nevide olmasına dikkat etmiyorsa kişi bu hususta sorumlu tutulabilmekteydi. Karz sözleşmesinde karz alanın kusurunu incelemeye gerek yoktur, çünkü borcu çeşit borcudur ve hasar kendisine aittir.

3.3.2. *Commodatum* (Ariyet Akdi/ Kullanım Ödücü Sözleşmesi)

Commodatum, ariyet veren tarafın ücretsiz olarak ve ariyet alanın aralarındaki anlaşmaya uygun olarak tüketilemeyecek bir malı kullanmasını ve kararlaştırılan sürenin sonunda bu malın geri iade edilmesidir⁹². Ariyet alan, verilen malın kullanma amacını gerçekleştirdikten veya süresini doldurduktan sonra aynen iade borcu yükümlülüğü altına girer⁹³. Dolayısıyla buradaki kullanmanın kural gereği karşılıksız olması gerekmektedir. Kullanma fiili için para alınırsa ariyet sözleşmesinin kira

gibi tartı, sayı ve ölçü ifade eden mallarla olur... Bu malları sayarak veya ölçerek yahut tartarak, alanın mülkiyetine geçmesi için ve bize aynı malları değil, fakat aynı cinsten başka malları geri versin diye, veririz.)”.

⁸⁹ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 447.

⁹⁰ Ius. Ins. 3.14.2 "*Et is quidem qui mutuuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incurso, nihilo minus obligatus permanet.*(Tüketmek için tutulma alan kimsenin duyulduğu yangın, bir binanın çökmesi, gemi batması, düşman ya da hırsızların saldırısı gibi yaratıklar kaybetse bile hala borçlu kalır.)”; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 447; Ümit Vefa Özbay, **Roma hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz Sözleşmesi)**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2015, s. 34.

⁹¹ D.12.1.3. "*Cum quid mutuuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriore rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro veteri.* (Tüketim ödücü sözleşmesinde aynı kalitede bir şeyin geri verilecek olması şart koşulmamış olsa da, borçlunun aynı nevide ancak aynı kalitede olmayan bir şeyi geri vermesine izin verilmemiştir. -Yıllanmış şarap yerine yeni bir şarap iade etmek gibi-)."

⁹² Berki, s. 282; Di Marzo, s. 369; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 53; Güzide Burcu Günveren, "Roma hukukunda Kullanım Ödücü (Ariyet) Sözleşmesi (Commodatum)," **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9, 2, 2019, 311-363; Honig, s. 250; Koschaker, s. 189; Söğütlü, **Contractus**, s. 143; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 449.

⁹³ Honig, s. 250; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 450.

ilişkinine dönüşeceği kabul edilirdi⁹⁴. Örneğin bir kimse bir başkasına arabasını kullanması için hiçbir karşılık almaksızın verirse ariyet kapsamında, bu kullanımdan bir ücret veya karşılık alınırsa kira sözleşmesi kapsamında değerlendirilir⁹⁵.

Roma hukukunda aynı sözleşmeler altında incelenen ariyet sözleşmesi irade (*consensus*) ve mal (*res*) şeklinde formüle edilen bir sözleşmedir; fakat burada *res*, elde bulundurmanın (*detentio*) ödünç alana tevdi edilmesini ifade eder⁹⁶. Diğer bir ifadeyle, malın mülkiyeti ödünç alana devredilmez. Ödünç alan zilyet/malik dahi kabul edilemezdi. Dolayısıyla elde bulunduran konumunda olan ödünç alan malın *detentiosuna* sahipti. Malın *detentiosunun* ödünç alana geçirilmesiyle ariyet sözleşmesinin kurulduğu kabul edilirdi⁹⁷. Malın sadece fiili hakimiyeti ödünç alana devredildiği için kullanım ödünç sözleşmesini kurmak için malın maliki olmaya gerek yoktur⁹⁸. Ariyet sözleşmesinde edimin konusunu tüketilemeyecek türden bir mal oluşturur ve bu mal belirli bir şekilde kullanılmak için verilir⁹⁹.

Ödünç alan aldığı malı anlaşma sınırları içerisinde veya günün hal ve şartlarına göre normal olan neyse o şekilde kullanmak zorundadır¹⁰⁰. Ariyet sözleşmesinde doğan borç parça borcu olarak kabul edilir. Dolayısıyla ödünç alan aldığı malı aynen geri iade etmekle yükümlüdür¹⁰¹. Ödünç alan aldığı malın *detentoru*¹⁰²

⁹⁴ “*Gratum debet esse commodatum.* (Kullanma ödünç (ariyet) karşılıksız, ücretsiz olmalıdır.)”

⁹⁵ D. 13.6.5.12. (Ulp.); “*Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneris, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit...* (Alacaklına rehin vermen için sana bir şey verdim; bunu rehin verdin, ama sen onu bana geri vermek için kullanmadın. Labeo, bu durumda ariyete ilişkin bir davanın yalan olacağını söylüyor ve bir miktar para almadığım sürece bu görüşün doğru olduğunu düşünüyorum ve bir miktar para alsaydım dava aslında kiralama ve kiralama sözleşmesine ilişkin olacaktır.)”; Di Marzo, s. 369; Koschaker, s. 189; Söğütü, **Roma Özel**, s. 451.

⁹⁶ *Detentio*, bir mal üzerinde, müruru zamanla iktisaba götürmeyen ve *interdictumlarla* himaye edilmeyen fiili hakimiyettir. Umur, **Lügat**, s. 57; Honig, s. 250.

⁹⁷ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 55; Koschaker, s. 189; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 166.

⁹⁸ Di Marzo, s. 369.

⁹⁹ *Non potest commodari, quod usu consumitur*: Kullanma yolu ile tüketilen ariyet olarak verilemez.; Söğütü, **Roma Özel**, s. 449.

¹⁰⁰ Tahiroğlu kitabında örnek olarak çiftliğe gidip gelmek için ariyet alınmış bir atın sadece bu amaçla kullanılabileceğini vermiştir.; Di Marzo, s. 367.

¹⁰¹ Koschaker, s. 189.

¹⁰² *Detentor*: el koyan; vaziüyed, bir mal üzerinde malik sıfatıyla olmayan zilyetlik; söz gelimi kiracının zilyetliği. Yılmaz, s.182; *Detentor*: bir mal üzerinde, kendisinin olma niyeti

konumundaydı¹⁰³. Roma hukukunda iyi niyet sözleşmeleri arasında değerlendirilen ariyet sözleşmesinin konusu ferden belirlenen eşyadır; fakat aynen iade edilmesinin kararlaştırılması durumunda misli bir eşyanın da bu tür sözleşmeye konu olabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Ariyet sözleşmelerinde hem ödünç alanın hem de ödünç verenin kusurlarından sorumlu tutulduğu ifade edilebilir. Ödünç alanın kusur sorumluluğu ödünç verenin kusur sorumluluğundan daha fazladır. Ariyet sözleşmesinde ödünç alan her zaman borç altına girerken, ödünç veren sadece bazı hallerde borç altına girebilmektedir. Ödünç alanın en önemli borcu aldığı şeyi aynen iade etme borcudur. Eğer aldığı malı geri iade edemiyorsa ödünç alanın sorumluluğu söz konusu olur ve malın geri iade edilmemesinde kusurunun bulunup bulunmadığı araştırılır. Klasik dönem hukukunda, ödünç alanın sorumluluğu daha da ağırlaştırılmıştır. Buna göre ödünç alan casus veya devamlı gözetimle (*custodia*) sorumlu tutulmuş ve bu sorumluluk türüne göre beklenmedik olaylardan dahi ortaya çıkan zararı telafi etmekle yükümlü tutulmuştur¹⁰⁵. Bu ağır sorumluluğun sebebi ise Gaius tarafından, ödünç alanın aldığı maldan sadece kendisinin menfaatinin bulunması olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁶. Iustinianus hukukuna göre sorumluluk kusur temeline oturtulmaya çalışıldığı için ödünç alanın sorumluluğu bütün kusurlarından sorumluluk (*omnis culpa*) yani en hafif ihmalden bile sorumlu olarak kabul edilmiştir¹⁰⁷. Burada kusurun ağırlaştırılmış hali

bulunmaksızın hakimiyet icra eden kimse. Roma hukukunda, ariyet alan, vedia alan, kiracı, zilyet (*possessor*) değil, *detentor* durumunda idiler. Umur, **Lügat**, s. 57.

¹⁰³ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 450;

¹⁰⁴ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.169.

¹⁰⁵ D. 13.6.5.3. (Ulp.); “*Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.* (Ve eğer maş teslim edilmeden önce değerlendirme yapılmışsa, tüm risk, değerlendirme tutarından sorumlu olmayı kabul eden kişi tarafından üstlenilmelidir.”); Di Marzo, s. 370; Koschaker, s. 189; Söğütlü, **Contractus**, s. 143; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 450;

¹⁰⁶ Gai. Ins. 3.206: “*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eddem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque ütendi commodum percipendo similiter necesse habet custodiam praestare.* (Temizleyici veya terzi hakkında söylediklerimizi, kendisine bir şeyi ariyet olarak verdiğimiz kimseye de tatbik edebiliriz. Nasıl ki onlar bir ücret almakla nezaret (*custodia*) sorumluluğu altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyin kullanmasındaki menfaati dolayısıyla aynı şekilde nezarette (*custodia*) mükelleftir”); Söğütlü, **Roma Özel**, s. 450-451; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.170;

¹⁰⁷ Honig, s. 250; Söğütlü, **Contractus**, s. 144.

ortaya çıkmış ve ‘*culpa in custodiendo*’ sorumluluğu altında ariyet verenin sorumluluğu değerlendirilmiştir¹⁰⁸. Ödünç alan kişi malı kullanırken herhangi bir kusurda, ihmalde ya da herhangi bir beceriksizlikte bulunmuşsa ve ödünç malda bir zarara sebep olmuşsa, mala gelen zarardan sorumlu tutulmuştur¹⁰⁹. Ödünç alan aldığı malın korunmasında dürüst bir aile babasının (*bonus pater familias*) gösterdiği dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür¹¹⁰. Buna karşılık ödünç alan beklenmedik olaylardan ve mücbir sebepten kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulmaz¹¹¹. Ariyet konusu malın bir köle olması durumu normalden farklı değerlendirilmiştir. Ariyet verilen kölenin kaçması durumunda bu beklenmeyen hal değil bir mücbir sebep olarak kabul edilmiş ve ariyet alanın sorumluluğu bu durumda hafifletilmiştir¹¹².

Normal şartlarda kusurun tüm derecelerinden sorumlu olan ödünç alan bazı durumlarda sadece kastından olup olmamasına göre sorumlu tutulmuştur. Özellikle ariyet sözleşmesi sadece ödünç verenin menfaatine kurulmuş ise bu durumlarda borçlu yani ödünç alan yalnızca kastından sorumlu tutulurdu. Örneğin kendi resmini çizmesi için kıymetli fırçalarını ressama ödünç veren kimsenin fırçalarının yere düşüp kırılması durumunda ressamın kastının olup olmaması değerlendirilir. Ressamın herhangi bir kastının olmadığı tespit edilmesi durumunda sorumlu tutulmaz. Çünkü böyle bir durum menfaat ödünç verendedir. Bununla birlikte ariyet sözleşmesinde tarafların, ariyet alanın sadece kastından sorumlu olduğuna dair anlaması durumunda da ariyet alanın sorumluluğu hafifletilmiş ve yalnızca kastında sorumlu tutulmuştur. *Digesta*’da yer alan metinde bu hususa değerlendirilmiştir¹¹³. Bu metinde Roma

¹⁰⁸ Koschaker, s.189; Söğütlü, **Contractus**, s. 144; Söğütlü, **Roma Özel**, ss. 450-451.

¹⁰⁹ *Non videbitur reddita est, quae deterior facta redditur*; bir malı kötüleşmiş halde geri vermek, geri vermemiş olmak olarak kabul edilir.

¹¹⁰ Honig, s. 250; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 450.

¹¹¹ Berki, **Roma Hukukunda**, s. 282.

¹¹² D. 13.6.5.6. (Ulp.): “*Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. Nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vincus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.* (Ancak bir kölenin ödünç verildiği durumlarda bu gözetimin kullanılmasının gerekip gerekmediği eski otoriteler tarafından şüpheliydi; çünkü bazen bir kölenin ödünç verildiğinde zincirlenmesi veya durumunun korunmasını gerektirmesi gibi durumlarda nöbet tutulması gerekir; ancak kendisini isteyen tarafın onu koruması gerektiği yönünde bir anlayış varsa, bunun yapılması gerektiğine inanılmalıdır.)”; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 450; Söğütlü, **Contractus**, s. 143.

¹¹³ D.13.6.5.10: “*Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo*

nişanlısına ya da karısına kendisini en iyi şekilde temsil etmek üzere elbise verilmesi veya düzenlenen oyunların daha gösterişli ve ihtişamlı olması için *praetor* tarafından oyunları düzenleyenlere belirli malzemelerin verilmesi durumunda¹¹⁴ ödünç alanlar sadece kastlarından sorumludur. Çünkü her iki örnekte de menfaat ödünç veren aittir ve (açık olmamakla) taraflar ödünç alanın sadece kastından sorumlu tutulması hususunda anlaşmışlardır. Olağan durumlarda kusurun tüm hallerinden sorumlu olan ödünç alanın sorumluluğu bu şekilde hafifletilmiştir.

Bir diğer hal olarak hem ödünç verenin hem de ödünç alanın menfaatlerinin olması durumu değerlendirilir. Bu durumda tarafların kusuru değerlendirilirken kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen baz alınarak bir kusur tespiti yapılır¹¹⁵.

Ödünç alan aldığı malı sözleşme şartları çerçevesine uygun olarak kullanmışsa olağan kullanımdan kaynaklanan bozulmalardan sorumlu tutulmaz. Ödünç verenin kendi durumundan dolayı bir zararın ortaya çıkabileceği de kabul edilmiştir¹¹⁶. Ödünç alan malı sözleşmede kararlaştırılan amacın dışında kullanırsa sorumluluğunun arttığı kabul edilir. Eğer bu kullanımında kastı varsa kullanım hırsızlığından da sorumlu tutulabilecektir¹¹⁷. Bu kullanım sırasında malın mücbir bir sebeple yok olması halinde dahi ödünç alanın sorumluluğu doğacaktır¹¹⁸.

honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit. (Ariyet sözleşmesine taraf olanların, borçlunun sadece kastından sorumlu olduğu hususunda anlaştığı ya da nişanlısına veya karısına kendisini şerefine yakışır bir vaziyette temsil etmesi için giysi verdiği ya da praetor tarafından düzenlenen oyunlarda oyunculara ariyetin temin edildiği gibi menfaatin sadece ariyet verene ait olduğu örnekler, ariyet alanın sadece kastından sorumlu olduğu hallerdir.)”

¹¹⁴ Di Marzo, s. 369.

¹¹⁵ Di Marzo, s. 370.

¹¹⁶ D.13.6.23: "*Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: name ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit. (Sana belli bir yere gitmen için bir at ariyet ayeti, senin hiçbir kusurun olmadan yolculuklar sırasında gitme durumu kötüleşse, ariyet davası ile sorumlu tutulmazsın, aslında o açığı koruyabilecek kadar güçlü bir at vermediğim için kusurlu olan benim.)”*

¹¹⁷ Berki, s. 283; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 451.

¹¹⁸ D. 13.6.5.7. (Ulp.): "*Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse namusa ait: sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si*

Kusurun, ödünç verende olduğu durumlardan da bahsetmek mümkündür. Ödünç alanın aldığı malın bozuk olmasından, beklenen amaca uygun olmamasından

machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit. (Ancak bazen ölüm nedeniyle oluşan zararın ödünç alan tarafından karşılanması gerekir; çünkü eğer ben sana evine götürmen için bir at ödünç verirsem ve onu savaşa götürürsen, ödünç verme davasıyla karşı karşıya kalacaksın; ve aynı kural köle durumu için de geçerlidir. Ancak şurası açık ki, eğer atı savaşa götürmen için sana ödünç verirsem, risk bana ait olur, çünkü Nanusa, eğer sana bir duvarı sıvamak için bir köle verirsem diyor ve o da bir uçurumdan düşüyor. İskeleden düşme riski bana ait. Ancak bunun yalnızca onu bir darağacında çalışması için sana ödünç verdiğim durumlarda geçerli olduğunu düşünüyorum; Ama işini yerde yapsa ve sen onu darağacına çıkarsan; veya, söz konusu tarafça tutturulmamasına rağmen, ikincisinde düzgün bir şekilde inşa edilmemiş bir kusur nedeniyle veya halatların veya direklerin eskimesi nedeniyle meydana gelmişse; Ben diyorum ki, ödünç alan tarafın ihmali sonucu meydana gelen kazadan kendisi sorumludur. Mela, bir kölenin taş kesiciye ödünç verilmesi ve iskelenin düşmesi sonucu ölmesi durumunda, iskeleyi dikkatsizce kurduğu için esnafın borç davası açılacağını ifade etti.); D. 13.6.18.pr. (Gai.): “*In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.* (Malın ödünç verildiği durumlarda, çok dikkatli bir aile babasının kendi malı konusunda gösterdiği özenin aynısı gösterilmelidir; böylece karşı çıkılmayacak kazalar dışında bir kazadan sorumlu olmaz; Örneğin, kölelerin kötü niyet veya ihmali olmaksızın gerçekleşen ölümleri, soyguncuların ve düşmanların saldırıları, korsanların manevraları, gemi kazaları, yangınlar ve gözetim altında tutulması alışlagelmiş olmayan kölelerin kaçıışı gibi. Soyguncular, korsanlar ve gemi kazaları ile ilgili söylediklerimize atıfla, bunu, bir adama yolculukta yanına alabileceği şekilde bir malın ödünç verilmesi; Bununla birlikte, arkadaşlarını akşam yemeğine davet edeceğini söylediği için birine gümüş tabak ödünç verirsem ve o da onu ülke dışına çıkarırsa, hiç şüphe yok ki, olacak olan her şeyden o sorumlu olacaktır. Korsanların ve soyguncuların eylemleri veya gemi kazası nedeniyle bile. Bu, mülkün yalnızca borçluya iyilik olsun diye ödünç verildiği, ancak bu her iki tarafın da yararına yapılmışsa, örneğin ortak bir arkadaşımızı akşam yemeğine davet ettiğimizde ve bu durumu idare etme görevini üstlendiğiniz durumda söz konusudur. Mesela ve sana tabağı ödünç veriyorum; Bazı otoritelerin sizin yalnızca kastınızdan sorumlu olduğunuzu kabul ettiğinin farkındayım, ancak ihmalden de sorumlu olup olmadığının dikkate alınması gerekir, çünkü ihmalin belirlenmesi genellikle mülkün rehin olarak verilmesi veya rehin verilmesiyle aynı prensipte yapılır. Çeyiz olarak.); Günveren, s. 348; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 451; Zimmermann, s. 196.

kaynaklanan veya malın uygun olmayan bir zamanda geri alınmasından kaynaklı zararlarda ödünç veren sorumlu tutulurdu¹¹⁹. Ödünç verenin sorumluluğu klasik hukuk döneminde menfaati bulunmadığı için sadece kastından, Iustinianus Dönemi'nde ise kastından ve ağır ihmalden olacak şekilde belirlenmiştir¹²⁰. Mesela ödünç alınan atın hastalığının ödünç alanın atlarına bulaşması, ödünç alınan fiçılardaki arızadan dolayı içine konulan şarabın veya yağın akması, bozulması durumlarında ödünç verenin kastı ve ağır ihmali olup olmadığı araştırılırdı¹²¹. Bu gibi durumlarda ödünç verenin verdiği maldan kaynaklanan zararlardan yükümlü tutulması, ancak bu kimsenin kusurunun bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla ödünç verenin kastının veya ihmalinin tespiti durumunda, meydana gelen zarar ödünç veren tarafından telafi edilir.

Ödünç verenin sözleşmeye dayalı sorumlu tutulabilmesi için verdiği mal hakkında kanaat sahibi olup olmadığının tespiti önemlidir¹²². Bu minvalde uzun bir yolculuğun zahmetini kaldıramayacak durumda olan bir atın böyle bir yolculuk için verilmesi¹²³ ve kölesinin hırsızlık yapacağı konusunda kanaat sahibi olan bir efendinin böyle bir köleyi ödünç olarak vermesi¹²⁴ örnek verilebilir. Ariyete konu olan mal

¹¹⁹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 56.

¹²⁰ Honig, s. 250; Koschaker, s. 189; Söğütü, **Roma Özel**, s. 451;

¹²¹ D. 13.6.18.3.(Gai.); “*Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.* (Ayrıca, bir kimse kusurlu kapları ödünç verirse ve bu kaplara konulan şarap veya yağ bozulursa veya biterse, bu nedenle aleyhine hüküm verilmesi gerekir.)”.

¹²² Söğütü, **Roma Özel**, s. 451.

¹²³ D.13.6.23.(Pomp.); “*Si commodavero tibi equum, quo uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.* (Eğer sana, belli bir yere seyahat etmen için bir at ödünç versem ve senin hiçbir ihmalin olmaksızın, yolculuktan dolayı atın değeri azalmışsa, ödünç verme davasına maruz kalmazsın; ama ben, bu kadar uzun bir yolculuk için yorgunluğa dayanamayan bir atı ödünç verdiğim için ihmalkâr davrandım.)”.

¹²⁴ D.13.6.17.3.(Paul.); “*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam*

sebebiyle bir zararın ortaya çıkması durumunda ödünç verenin sorumlu tutulması için bir kusurunun olması gerekir. Bu kusurun tespit edilmesi, ariyet alanın malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesini sağlamaktadır. Ödünç verenin sorumluluğu, ödünç alana göre daha hafiftir. Sadece kast veya ağır ihmalden sorumlu tutulmuştur.

Malın ödünç alanla ödünç verenin ortak bir menfaati için ariyet olarak verilmesi durumunda ödünç alanın kusur sorumluluğu hafifletilerek kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen olarak belirlenmiştir¹²⁵.

3.3.3. *Deposium* (Vedia Akdi/ Saklama Sözleşmesi)

Saklama sözleşmesiyle satışının bir malın ücretsiz olarak saklanması ve korunması için başka bir kişiye verilmesi anlaşılır¹²⁶. Malı alan kişinin aldığı malı kullanmaması saklama sözleşmesini, kullanım ödünç sözleşmesinden ayıran temel

tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est. (Kullanım amaçlı mal verilmesi zorunluluktan ziyade özgür irade veya nezaket eylemi olduğu gibi, aynı şekilde iyilik bahşeden tarafın da bunlara ilişkin şartlar ve sınırlar belirleme hakkı vardır. Ancak bu yapıldıktan sonra (yani borç verildikten sonra), şartların belirlenmesi ve geri dönülmesi ve tarafın ödünç verilen mülkten mevsimsiz olarak yoksun bırakılması, yalnızca gösterilen nezakete müdahale etmekle kalmaz, aynı zamanda malı verme ve almanın yarattığı yükümlülükle de. Çünkü işleme her iki taraf da katılmaktadır ve bu nedenle her iki tarafta da dava hakkı doğar; öyle ki, başlangıçta bir cömertlik ve iyi niyet eylemi olan şeyin, bir tarafın, orada bulunmayan birinin işiyle ilgilenmeye başlaması durumunda olduğu gibi, karşılıklı yükümlülükler ve medeni dava haklarına dönüştüğü açıktır; çünkü işin cezasız bir şekilde ihmal edilmesine izin veremez, çünkü kendisi üstlenmemiş olsaydı, belki başka biri bunu yapardı, çünkü bir vekâletin üstlenilmesi iradeye bağlıdır, ancak bunu yerine getirmek bir zorunluluk meselesidir. Dolayısıyla borçlunun bana teminat vermesi için bana tabletleri ödünç verirseniz, bunların uygun olmayan bir zamanda geri verilmesini doğru bir şekilde talep edemezsiniz; çünkü eğer onları ödünç vermeyi reddetseydin ya başkalarını satın alırdım ya da şahitler bulurdum. Aynı kural, bir evi desteklemek için bana kereste ödünç verdiğinizde ve sonra onları kaldırdığınızda, hatta çürümüş olduğunu bildiğiniz bir kısmını bilerek bana ödünç verdiğinizde de geçerlidir; çünkü bir iyilik yapıldığında bundan faydalanmalı ve aldanmamalıyız. Bu tür durumlarda karşı davanın da açılabilceğinin kabul edilmesi gerekir.)”

¹²⁵ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.171.

¹²⁶ Berki, **Roma Hukuku**, s. 281; Di Marzo, s. 371; Erdoğmuş, **Roma Borçlar**, s. 58; Honig, s. 251; Koschaker, s. 189.

unsurdur¹²⁷. Vedia alan taraf, mal istendiğinde, aldığı zaman olduğu gibi malı geri verme borcu altındadır¹²⁸.

Saklama sözleşmesinin kurulabilmesi için vedia verenin malın kullanımını (*detentio*) vedia alana vermesi gerekmektedir¹²⁹. Bu *consensus + res* formülüyle ifade edilir¹³⁰. Buna göre verilen malın maliki olunmasına gerek yoktu¹³¹. Saklama sözleşmesinin konusunu yalnızca taşınır mallar oluştururdu¹³². Taşınmazların emanet olarak bırakılması durumunda vekalet sözleşmesinin doğacağı kabul ediliyordu¹³³. Malı saklamak için elinde bulunduran kişi ise *detentor* olarak adlandırılırdı¹³⁴. Saklama sözleşmesi kural olarak ücretsiz yapılmalıdır¹³⁵. Ücret kararlaştırılması durumunda *locatio conductio operis* söz konusu olurdu¹³⁶.

Saklama sözleşmesi eksik iki taraflı bir iyiniyet akdiydi¹³⁷. Vedia alan taraf her zaman borçluydu. Saklama sözleşmesinden doğan borç parça borcuydu. Saklama sözleşmesi XII Levha Kanunları Dönemi'nden beri bilinen bir sözleşme olup, vedia alan tarafın sözleşmeye aykırı davranması sonucunda aldığı malın bedelinin iki misli bir ceza ödemek zorunda bırakılmıştır¹³⁸. Vedia alanın malı saklamaktan doğan bir

¹²⁷ *Aliud est eredere, aliud deponere*: Bir şeyi borçlanmak, saklamaktan farklıdır, tüketim ödücü verek başka saklama sözleşmesi başkadır.

¹²⁸ Di Marzo, ss. 371,372; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58; Koschaker, s. 190; Söğütlü, **Contractus**, s. 168.

¹²⁹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58.

¹³⁰ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58.

¹³¹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58.

¹³² Di Marzo, s. 372; Söğütlü, **Contractus**, s. 168; Zimmermann, ss. 214,215.

¹³³ Söğütlü, **Contractus**, s. 168.

¹³⁴ Berki, **Roma Hukuku**, s. 281; Di Marzo, s. 372.

¹³⁵ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58; Nursal Erdem, **Roma ve Türk Hukuku'nda Vedia Sözleşmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2008, s. 26.

¹³⁶ Di Marzo, s. 372; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58.

¹³⁷ Honig, s. 251.

¹³⁸ D. 16.3.1.1 (Ulp.): "*Praetor ait: "Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo.* (Praetor şöyle diyor: "Malın emanete bırakılması durumunda, kargaşa, yangın, bir binanın yıkılması veya gemi kazası dışında herhangi bir nedenden dolayı ortaya çıkan basit zararlar için malın bedelinin iki kat tazminat davası açacağım. Yukarıda belirtilen davalarda emanetçiye, emanet edilen malla ilgili olarak kötü niyetle suçlandığı iddia edilen mirasçıya karşı adi tazminat, mirasçının bu durumu tespit etmesi halinde ise çifte tazminat davası açacağım. Kendisi kasttan sorumluydu.)"; Di Marzo, s. 371; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58; Erkan Küçükgüngör, **Roma Hukukunda Vedia**

faydası söz konusu değildi. Bu da vedia alan tarafın sorumluluğunun hafifletilmesini gerektirirdi. Saklama sözleşmesine konu edilen malın vedia alan tarafından iade edilmemesi durumunda vedia alanın hasardan sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir¹³⁹. Klasik hukuk döneminde vedia alanın, malı saklamakta herhangi bir yararı söz konusu olmadığı için sadece kastından (*dolus*) sorumlu olduğu kabul edilirdi¹⁴⁰. Tarafların

Sözleşmesi (Depositum), Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 31; Honig, s. 251; Koschaker, s. 190; Söğütü, *Contractus*, s. 168.

¹³⁹ Söğütü, *Contractus*, s. 168.

¹⁴⁰ D. 4.9.3.1 (Ulp.): “*Ait praetor: "Nisi restituent, in eos iudicium dabo". Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.* (Praetor diyor ki: Eğer bunu geri getirmezlerse, onlara karşı dava açacağım. Bu Fermanın kaynaklanan eylem fiili olarak tektir. Bununla birlikte, bir tarafın hukuk davası açabileceği bir durum söz konusu olduğundan, bunun gerekli olup olmadığını değerlendirelim; yani herhangi bir tazminat söz konusu olduğunda kiralama veya kiralamaya dayalı bir eylem söz konusu olacaktır. Ancak geminin tamamının kiralandığı durumlarda bunu yapan taraf, eksik eşyalar için bile bu gerekçeyle dava açabilir; ancak kaptan malın taşınması için sözleşme yapmışsa, ona karşı kira davası açılabilir ve eğer malları bedava alırsa Pomponius, vedia davası açılacağını söylüyor. Bu nedenle, hukuk davaları uygulanabilir olduğundan, praetorian bir davanın başlatılmasına şaşırması; Kendisinin belirttiği gibi, Praetor'un bu tür kişilerin kastının olup olmadığını kontrol etmek istediğinin bilinmesini sağlamak amacıyla olmadığı ve kiralama ve kiralama durumlarında bir kişinin ihmalden sorumlu olduğu durumlar hariç; sadece kast amaçlı para yatırma; ancak, bu Ferman uyarınca, kaçınılmaz bir zarara neden olacak bir durum meydana gelmediği sürece, mal kaybolursa veya kendi hatası olmaksızın hasar meydana gelse bile, malı alan taraf mutlak olarak sorumludur. Dolayısıyla Labeo, bir gemi kazası veya korsanların şiddeti sonucu herhangi bir şeyin kaybolması durumunda, mal sahibine bir istisna tanımının uygunsuz olmadığını savunuyor. Bir ahırda ya da handa karşı konulamaz güç kullanıldığında da aynı şeyin söylenmesi gerekir.”); D. 16.3.1.47 (Ulp.): “*Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? Et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.* (Bu davada sadece kast söz konusu olduğundan, mirasçının, vasiyetçiye emanet edilen veya kullanım için kendisine ödünç verilen mülkü satması durumunda, söz konusu mülkün emanet veya ödünç verildiğinden habersiz olması durumunda, mirasçının bu mülkü satıp satmayacağı veya ödünç vereceği konusunda bir soru ortaya çıktı. Sorumlu olacak mıdır? Kastla hareket etmediği için maldan sorumlu olmayacaktır. Yine de en azından eline geçen şeyin bedelinden sorumlu olacak mı? Daha iyi görüş, eline geçen şeyden vazgeçmemekle kastı bulunduğu için sorumlu olacaktır.”); Gai. Ins. 3.207: “*Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non*

anlaşarak vedia alanın sorumluluğunu genişletebildikleri ama kasttan doğan sorumluluğu ortadan kaldıramayacakları kabul edilmekteydi¹⁴¹. Klasik sonrası hukuk dönemine gelindiğinde ağır ihmalin kasta eşit tutulması vedia alanın ağır ihmalden

praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit; qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem saluam esse, furti [itaque] agere non potest, sed ea actio domino competit. (Ancak, emanet olara³⁷²; Erdoğan'ın verilen kişi, yalnızca kastının bulunduğu durumda sorumlu olacağı gibi, aynı şekilde, kişi malın kendisinden çalınması durumunda da, vedia verilmesi fiiline tazminat ödemesi gerekmediği için, onun korunmasıyla ilgilenmeyecektir; dolayısıyla hırsızlık davası açamayacaktır ancak bu dava malikin lehine olacaktır.”; Di Marzo, s. 372; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 58; Honig, s. 252; Koschaker, s. 190; Küçükgüngör, ss. 54-57; Söğütü, **Contractus**, s. 168; Warwick Buckland, **A Text- Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge, Cambridge University Press, 1921, ss. 467, 468.

¹⁴¹ D. 13.6.5.3.2 (Ulp.); “*Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.* (Şimdi ödünce ilişkin bir davada, kast mı, ihmâl mi, yoksa her türlü riskin mi dikkate alınması gerektiğini incelememiz gerekiyor ve aslında sözleşmelerde bazen kasttan, bazen de ihmalden sorumluyuz. Çünkü malın emanet edildiği taraf herhangi bir fayda sağlayamayacağından, o zaman için (daha önce belirtildiği gibi) tazminat ödenmediği sürece yalnızca kastın dikkate alınması makul olacaktır. Kararlaştırılmışsa, ihmâl dahildir) veya başlangıçta malın kendisine teslim edildiği tarafın hem ihmalden hem de kazadan sorumlu olacağı konusunda anlaşmaya varılmışsa. Bununla birlikte, bir satış, kiralama, çeyiz, rehin veya ortaklık durumunda her iki tarafın da avantajı söz konusu olduğunda hem kast hem de ihmalden sorumluluk doğar. Bir krediyle ilgili olarak, tahakkuk eden avantajın tamamı genellikle malın ödünç verildiği tarafa aittir. Dolayısıyla tarafın ihmalden sorumlu olması ve aynı zamanda özen göstermesi gerektiğini düşünen Quintus Mucius'un görüşü daha doğrudur.”; D. 16.3.1.6 (Ulp.); “*Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur; rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt.* (Vediaya ilişkin ihmalden vedia alanın sorumlu olacağı kararlaştırılırsa, sözleşmeler hukuku sözleşmeye bağlı olduğundan sözleşme geçerlidir.”); D. 16.3.1.7 (Ulp.); “*Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.* (Üzerinde anlaşmaya varılsa dahi kasttan kaynaklanan zararın telafi edilmeyeceği kabul edilmeyecektir; Zira bu tür bir sözleşme iyi niyete ve güzel ahlaka aykırı olduğundan uyulmaması gerekir.”); D. 16.3.1.35 (Ulp.); “*Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. Sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.* (Bırakılan mal veya paranın, örneğin tarafların özellikle bunu kabul ettiği durumlarda, riskin emanet edildiği tarafa bırakıldığı sıklıkla görülür. Bununla birlikte Julianus, eğer herhangi biri kendisini vedia alan olarak teklif ederse, saklama riskini garanti altına aldığını, dolayısıyla onun sadece kasttan değil, aynı zamanda ihmâl ve saklamadan da sorumlu olması gerektiğini, ancak kazalardan sorumlu olmadığını belirtiyor.”); Buckland, s. 468; Küçükgüngör, s. 64 vd.; Söğütü, **Contractus**, s. 169; Zimmerman, s. 168, 208.

de sorumlu tutulması gerektiği fikrini doğurmuştur¹⁴². Iustinianus hukukunda ise geriye doğru bir dönüş yaşanmış ve vedia alanın herhangi bir yararının bulunmaması sebebiyle sadece kastından sorumlu olacağı fikri yerleşmiştir¹⁴³. Vedia alanın malı kullanması durumunda sorumluluğu ağırlaştırılarak hafif ihmalden de sorumlu tutulması söz konusuydu. Vedia alan kişi kendisi malı saklamayı teklif etmişse sorumluluğu ağırlaştırılarak beklenmeyen hallerden de sorumlu tutulmuştu¹⁴⁴. Sebebi bu teklifle beraber vedia alanın hasarı üzerine yüklenmesidir¹⁴⁵.

Vedia verilirken vedia alanın sorumluluğunun ağırlaştırılabileceği kabul edilmekteydi. Yani taraflar anlaşırca vedia alan taraf kast ve ağır ihmalinin yanı sıra hafif ihmalden de sorumlu tutulabilmekteydi¹⁴⁶. Buna karşın vedia alanın sorumluluğunun kaldırılamayacağı kabul edilmekteydi¹⁴⁷. Taraflar sorumlu tutulmayacağını kararlaştırmış olsalar dahi vedia alan kastından her zaman sorumlu tutulmaktaydı¹⁴⁸. Vedia alan, kendisine bırakılan malı zorunlu haller dışında kullanırsa kullanma hırsızlığı fiilini işlediği kabul edilmektedir¹⁴⁹. Bu durumda sorumluluğunun ağırlaştığı ve hafif ihmalden dahi sorumlu tutulduğu bilinmektedir¹⁵⁰.

¹⁴² Di Marzo, ss. 372, 373; Söğütü, **Contractus**, s. 169;

¹⁴³ D.44.7.1.5. (Gai.): “*Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. sed is etiamsi neglegenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit, in eo solo tenetur; si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur; quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimine cadere.* (Kendisine mal emanet ettiğimiz kişi de bundan dolayı bize karşı sorumludur ve kendisine teslim edilen malı geri vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, kendisine emanet edilen şeyi ihmal nedeniyle kaybederse, bu sorumluluğu kendi yararına değil, aldığı kişinin yararına aldığı için sorumluluktan muaf olacaktır. Yalnızca herhangi birinin kastı nedeniyle kaybolması durumunda sorumlu olacaktır. Ancak, malını dikkatsiz davranan bir arkadaşına emanet eden kişi, ihmalden dolayı sorumlu olmayacaktır, çünkü suçlanacak tek kişi kendisidir. Yine de ağır ihmalden de buna dahil olduğuna karar verilmiştir.)”; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s.59; Söğütü, **Contractus**, s. 169.

¹⁴⁴ Di Marzo, s. 373.

¹⁴⁵ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss.174-175.

¹⁴⁶ Di Marzo, s. 373; Erdem, s.64.

¹⁴⁷ Di Marzo, s. 373.

¹⁴⁸ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.176.

¹⁴⁹ Di Marzo, s. 373; Honig, s. 251.

¹⁵⁰ Gai. Ins. 3.196; “*Itaque si quis re, quae apud eum deposita sit, utatur, furtum committit; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, ueluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam inuitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod ueteres*

Zorunlu vedia durumunda vedia verenin vedia alanı araştırma imkanının olmaması vedia alan kişinin sorumluluğunun ağırlaşması sonucunu doğurmaktaydı. Zorunlu vediaya aniden ortaya çıkan ve malın zarar görme tehlikesinin bulunduğu hallerde malı saklama sözleşmesine konu etme halidir¹⁵¹.

Vedia verenin bazı hallerde sorumluluğu söz konusu olabilmekteydi. Vedia verenin kendi kusuruyla bir zarar meydana gelmişse vedia verenin sorumluluğu doğar. Saklama sözleşmesinde, vedia verenin menfaati olduğu için sorumluluğunun ağırlatılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla vedia veren bütün kusurlarından (omnis culpa) sorumlu tutulmaktadır¹⁵².

3.3.4. *Pignus* (Rehin Sözleşmesi)

Rehin sözleşmesi, alacaklıya, borçlu veya üçüncü kişi bir kişi tarafından teminat olarak bir malın verilmesiyle kurulan aynı bir sözleşmedir¹⁵³. Alacak ödenmediği takdirde, alacaklıya rehinli malın satılarak borcun satış bedeli üzerinden alacağını alma hakkı verilir¹⁵⁴. Tarafların her ikisinin de menfaati bulunmaktadır¹⁵⁵. Rehin sözleşmesinin kurulabilmesi için *consensus + res* olarak ifade edilen iradelerin uyuşması ve malın tesliminin gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁵⁶. Rehin sözleşmesinde

scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset. (Dolayısıyla, bir kimse kendisine emanet edilen bir malı, kullanırsa hırsızlık yapmış olur; bir eşyayı kullanmak amacıyla almışsa, onu başka bir amaç için kullanırsa hırsızlıktan sorumlu olur; örneğin, arkadaşlarını akşam yemeğine davet eden biri gümüş tabağı ödünç alır ve onu uzak bir yere götürürse; ya da bir kimse kendisini belli bir yere taşımak için bir at ödünç alır ve onu çok daha uzaklara götürürse ya da eski hukukçuların örnek olarak belirttiği gibi atı savaşa götürürse.)”; Di Marzo, s. 373; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 59; Küçükgüngör, s. 81; Söğütlü, **Contractus**, s. 170; Zimmermann, s. 205.

¹⁵¹ Berki, **Roma Hukuku**, s. 282; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 60; Honig, s. 252; Küçükgüngör, s. 170; Söğütlü, **Contractus**, s. 170.

¹⁵² Berki, **Roma Hukuku**, s. 283; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 61; Honig, s. 253; Koschaker, s. 190; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.180.

¹⁵³ Di Marzo, s. 375; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 457.

¹⁵⁴ D. 44.7.1.6: “*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.* (Rehin alan alacaklı da o şeye bağlıdır: Aldığı şeyi geri vermekle yükümlüdür.)”; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 180.

¹⁵⁵ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 62; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 457;

¹⁵⁶ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 61; Söğütlü, **Contractus**, s. 156; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 457; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 181.

rehin alana malın zilyetliği devredildiği için rehin alan, zilyet (*possessor*) konumundadır¹⁵⁷. Rehın hakkı şahsi haklar arasında deđerlendirilmiřtir¹⁵⁸.

Digesta'da yer alan metinlerde rehin alanın sorumluluğunun farklı değerlendirilmelere tabi tutulduğu görölmektedir¹⁵⁹. Genel olarak kabul edilen görüşe göre sorumluluk klasik dönem hukukunda *custodiadan* Iustinianus döneminde *omnis culpadan* kurulmuřtur¹⁶⁰. Az sayıda taraftar bulan sorumluluğun sadece *custodiadan* doğacağına dair görüřü¹⁶¹ eleştirenler taraflardan sadece birinin faydasına olarak kurulan bir sözleşme olmaması dolayısıyla *omnis culpadan* sorumlu tutulmanın daha makul olacağını Romalıların *utilitas* presibini genel olarak uyguladıklarını savunmuřlardır¹⁶².

¹⁵⁷ Berki, **Roma Hukuku**, s. 283; Di Marzo, s. 375; Erdoğmuş, **Roma Borçlar**, s. 61; Honig, s. 253; Söğütlü, **Contractus**, s. 156; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 181;

¹⁵⁸ Söğütlü, **Contractus**, s. 156;

¹⁵⁹ D. 13.7.13.1 (Iul.): “*Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.* (Ariyet sözleşmesinde olduğu gibi bu davanın konusu da hem kast hem de ihmal olabilir. Gözetim de buna dahildir ancak karşı konulamaz haller. (Mücbir sebep) kapsamına girmez.)”; D.50.17.23 (Ulp.): “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus...* (Bazı sözleşmeler yalnızca kasttan sorumluluğu içerirken, diğerleri hem kast hem de ihmali içermektedir. Sadece kasttan sorumluluğu içerenler ise güvencesiz bir tapu altında yapılan para yatırma ve transferlerdir; vekâlet, ariyet, satış, rehin, kiralama, ayrıca çeyiz bahşedilmesi, vesayet ve ticari muamele hem kastı hem de ihmali içeren fiillerdir. (Ancak son ikisi olağanüstü bir titizlik gerektirir.) Ortaklık ve malın ortak mülkiyeti hem ksatı hem de ihmali içerir. Ancak bu, yalnızca farklı sözleşmelerde az ya da çok hiçbir şeyin açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda geçerlidir; çünkü sözleşme bir yasayı empoze ettiğinden, başlangıçta üzerinde anlaşılan şeye uyulmalıdır...)”; Söğütlü, **Contractus**, ss. 156, 157;

¹⁶⁰ Di Marzo, s. 376; Honig, s. 253; Söğütlü, **Contractus**, s. 157; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 184;

¹⁶¹ Gai. Ins. 3.204; “*Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamuis ipse dominus [id est ipse debitor] eam rem subriperit, nihilo minus creditori conpetat actio furti.* (Dolayısıyla çalınan rehin konusunda alacaklının hırsıza karşı zilyet gibi hareket edebileceği açıktır; Öyle ki, her ne kadar malikin kendisi [yani borçlunun kendisi] bir şeyi çalmış olsa da, hırsızlık fiili alacaklı açısından daha az sorumlu değildir.)”

¹⁶² Ius. Ins. 3.14.4: “*Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.* (Rehin alan alacaklı da o şeyle bağlıdır ve kendisi de rehin davasıyla almış olduğu şeyi geri

3.4.Rızai Sözleşmeler

Rızai sözleşmeler *consensus obligationes* olarak bilinir¹⁶³. Bu uygulamayı yabancılarla ticaretin gelişmesi üzerine, *bona fides*'e dayandırarak Roma hukuk hayatına sokan yabancılar *praetoru* olmuştur¹⁶⁴. *Emptio venditio* (alım satım sözleşmesi), *locatio conductio* (kira, hizmet, istisna sözleşmeleri), *societas* (şirket sözleşmesi veya adi ortaklık sözleşmesi) ve *mandatum* (vekalet sözleşmesi) Roma hukukunda rızai sözleşmeler kapsamındadır¹⁶⁵. *Ius Gentium* içinde doğmuş daha sonra *Ius Civile* kapsamına dahil edilmişlerdir. Rızai sözleşmelerin özelliği, tarafların sözleşmenin asli unsurları üzerinde, özellikle de sözleşmenin tipi ve konusu üzerinde iradelerinin uyuşmasıyla (*consensus, conventio*) kurulmalarıdır¹⁶⁶.

Zamanla toplumsal ve ekonomik yapılarıdaki gelişmelerden dolayı rızai sözleşmelerde birtakım değişiklikler meydana gelmiş ve borcun kaynakları arasında yer almayan anlaşma olarak nitelendirilen *pactumlar* da rızai sözleşmeler kapsamına dahil edilmiştir¹⁶⁷. Rızai sözleşmelerin kapsamı *pactumların* eklenmesiyle

vermekle yükümlüdür. Ancak rehin, hem paranın emanet edilmesi daha muhtemel olan borçlunun hem de borcun daha güvenli bir şekilde emanet edildiği alacaklının lütfuyla verildiğinden, rehin vermesinin yeterli olacağına karar verildi. Şeyi korumak için tam bir özen göstermeli, kredi istemekten alıkonulmamalıdır.”; Söğütü, **Contractus**, s. 158; Söğütü, **Roma Özel**, s. 457; Zimmermann, s. 158.

¹⁶³ Honig, s. 257.

¹⁶⁴ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 70; Honig, s. 257; Koschaker, s. 186; Söğütü, **Roma Özel**, ss. 460, 461; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.193.

¹⁶⁵ Iust, Ins. 3,21-3,22,3: “*Consensu fiunt obligationesin emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia ne que praesentia animo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.*(Alım satım (emptio venditio); kira, hizmet, istisna (loca conductio), şirket (societas) ve vekalet (mandatum) akitlerinde, borç münasebetleri sırf rıza ile meydana gelirler. Bu hallerde borç münasebeti rıza ile teessüs eder, denir, zira borcun doğması için ne yazıya, ne tarafların hazır bulunmasına, ne de bir şeyin verilmesine lüzum vardır, muameleyi yapanların sadece rızalarını beyan etmeleri kafidir. Binaenaleyh bu muameleler, karşı kaşıya olmayanlar arasında da, mektup (epistula) veya muhbir (nuntius) vasıtası ile aktedilebilirler. Keza bu akitlerde, bir taraf sadece bir şey talebinde bulunur, diğer taraf vaat eder.)” Iustinianus, s.263; Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss. 71-112.

¹⁶⁶ Berki, **Roma Hukuku**, s. 282; Honig, s. 257; Söğütü, **Contractus**, s.41.

¹⁶⁷ D.50.12.3.pr. (Ulp.): “*Pactum est duorum consensus atque conventio...* (Anlaşma, iki kişinin iradelerinin uyuşması ve rızasıdır ...).”

genişlemiştir. Roma hukukunun erken dönemlerinden itibaren kullanılan *pactum* terimi çeşitli durumları ifade etmek için kamu hukuku ve özel hukuk alanında farklı şekillerde kullanılmıştır¹⁶⁸. *Ius Civile*'nin erken dönemlerinde kamu hukuku alanında kullanılan *pactum* terimi daha sonraları özel hukukta, “iki veya daha fazla kişi arasında yapılan ve *Ius Civile* tarafından tanınan sözleşme tiplerinden birine girmeyen tüm anlaşmaları”¹⁶⁹ ifade etmek için kullanılmıştır. Erişgin, *pactum* teriminin kamu ve özel hukuktaki kullanım farklılığına işaret etmiş ve kamu hukuku alanında *Ius Civile* dışında kalan, *praetor*, klasik hukuk dönemi hukukçuları ve imparator tarafından tanınan rızai sözleşmelerin *pactum* terimi ile ifade edildiğini belirtmiştir¹⁷⁰. Özel hukukta alanında ise iki veya daha fazla kişi arasında yapılan fakat *Ius Civile*'nin tanıdığı sözleşmelerden (*contractus*) hiçbirine girmeyen dolayısıyla da bir dava ile takip edilemeyen anlaşmalar için *pactum* terimi kullanıldığına işaret etmiştir¹⁷¹. Sayın ve Erişgin'in açıklamaları doğrultusunda erken dönem Roma hukukunda *contractus* ve *pactum* arasındaki fark, *contractus*lar *Ius Civile*'de öngörülen davalar tarafından korunurken *pactum*lara herhangi bir dava hakkının tanınmamış olmasıdır. Fakat sonraki dönemlerde hukukun gelişmesi ve toplumun gereksinimleri doğrultusunda *praetor*, imparator ve imparatorluk hukuku tarafından bazı *pactum*lara hukuki güvence sağlanarak dava hakkı tanınmasıyla *contractus*lar ve *pactum*lar fark asgari düzeye inmiştir¹⁷². Böylece bazı *pactum*lar hukuki geçerlilik kazanmış ve rızai sözleşmeler kapsamında değerlendirilmiştir. Bunlara isimsiz sözleşmeler denmesinin nedenini, bu borç ilişkilerinde edimlerin hiçbirinin, karşılıklı olarak edimlerin değişimini öngören ve *Ius Civile* tarafından tanınan sözleşmelerin kapsamına girmemesi ve karşılıklı edimlerin birbirinden çok farklı olması oluşturmaktadır. İsimsiz sözleşmeler sözleşme

¹⁶⁸ Sayın, Roma hukukunda sözleşme sistemleri ile ilgili yaptığı çalışmasında *pactum* teriminin kamu hukuku ve özel hukukta çeşitli durumları ifade etmek için kullanıldığını belirttiğinden sonra *pactum*un özel hukuktaki anlamını ve kullanımın şeklini detaylı bir şekilde açıklamıştır. Sayın, “Roma Hukuku’nda Pactum’lar”, s. 1, 26-85.

¹⁶⁹ Sayın, s.1.

¹⁷⁰ Söğütü, **Contractus**, s. 42.

¹⁷¹ Söğütü, *pactum*ların tarihsel kökeni itibariyle özel hukukta, borç kurmayan aksine borcu ortadan kaldıran irade uyuşmaları olduğunu ifade etmiştir. Söğütü, **Contractus**, s.43.

¹⁷² Sayın, s. 6; Söğütü, **Contractus**, s. 42.

serbestisine geçişin yapı taşını oluşturmuştur. Trampa (iğreti), satım için bırakma ve sulh sözleşmesi isimsiz sözleşmeler grubuna girer¹⁷³.

Bir tarım toplumunun ilişkilerini düzenleyen, gelenek görenek hukuku biçiminde gelişen, şekle bağlı ve katı bir hukuk olan *Ius Civile* sadece Roma yurttaşlarına uygulanmaktaydı. Eski hukuk döneminde borç ilişkileri basit ve ilkel düzeydeydi. Sözleşmeler hem sınırlı sayıda hem de şekle bağlıydı. Real sözleşmeler arasında yer alan ödünç (ariyet ve vedia) sözleşmesinin eski hukuk döneminde gelişmiş olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁴. Sözleşmeler ya tanıklar önünde terazi ve maden külçesi eşliğinde belirli kelimelerin söylenmesiyle ya da bir merasim eşliğinde belirli kelimelerin söylenmesi ile kuruluyordu¹⁷⁵. *Lex Poetilia* ile kişinin şahsı ile sorumlu olma durumu ortadan kalkmıştır. *Mancipatio*, bir *res mancipi*nin kazanılmasını sağlayan peşin alış-veriş işlemidir. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru sözleşmenin taraflarının satım konusu ve semen üzerinde anlaşmalarıyla satım sözleşmesinin kurulacağı ve şekle bağlı bir işlem olmadığı düşüncesine ulaşıldığında *mancipatio* işlemi peşin satım olmaktan çıktı ve *res mancipi* malların mülkiyetinin devrinde kullanılan bir devir işlemi halini aldı¹⁷⁶.

Ius Civile'yi uygulamak durumunda olan şehir *praetor*ları Roma halkının yararı için (*propter utilitatem publicam*) *Ius Civile*'yi üç farklı yönden geliştirerek kanunları daha detaylı hale getirmişlerdir. Bunlar:

- *Ius Civile*'yi ayrıntılarla açıklayıp, onun uygulanmasını sağlama;
- *Ius Civile* tarafından düzenlenmemiş konularda kurallar koyarak, bu hukuk sistemini tamamlama;
- *Ius Civile*'nin artık toplumun gerisinde kalan, gereksinimleri karşılamayan hukuk kurallarını değiştirme, düzeltme¹⁷⁷.

¹⁷³ Söğütlü, *Contractus*, s. 46.

¹⁷⁴ Söğütlü, *Contractus*, s. 50

¹⁷⁵ Söğütlü, *Contractus*, s. 53; Söğütlü, *Roma Özel*, s. 460.

¹⁷⁶ Söğütlü, *Contractus*, s. 54

¹⁷⁷ Söğütlü, *Contractus*, s. 57.

Roma vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli *praetor urbanus* (şehir praetoru)'nun, kural olarak sınırsız yargılama yetkisine (*ius dictio*) dayanarak tanıdığı dava ve diğer hukuki korunma yolları aracılığı ile oluşan hukuk *Ius Praetorium* olarak adlandırılmaktadır.

Consensus'tan borç doğamasının kabulü Roma hukukunda bir yenilik olarak kabul edilmelidir¹⁷⁸. Bu tarz Sözleşmeler taraflardan birinin irade açıklaması diğer tarafın ise bu açıklamaya karşılık açık veya örtülü irade beyanı ile olur¹⁷⁹. Sözleşme yapma teklifinin taraflardan hangisinden geldiği bir önem arz etmez. Bu sözleşmeler rızaya dayandığı için tarafların *stipulatio*'daki gibi hazır olmalarına gerek yoktur. Sözleşme hazır olmayanlar arasında ve hatta mektupla bile kurulmuş olabilir yeter ki tarafların iradeleri birbirleriyle uyuşmuş olsun. Rızai sözleşmeler, alım satım, *locatio conductio*, şirket ve vekalet Sözleşmelerinden oluşur. Bu Sözleşmeler tam iki taraflı, iyiniyet Sözleşmeleridir¹⁸⁰.

3.4.1. *Emtio Venditio* (Satış/ Alım-Satım Sözleşmesi)

Satış sözleşmesi tarihin her döneminde insanlar için önem arz etmiş bir sözleşme tipidir. Alım satım (*emptio venditio*) satıcının bir malı teslim etmeyi alıcının ise buna karşılık bir satış bedeli (semen) ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir¹⁸¹. Satıcı için malın teslimi, alıcı içinse karşılığını para olarak ödeme yükümlülüğü doğurmaktadır¹⁸².

Alım satım sözleşmesi Roma hukukunda tasarruf işlemi değildir, sadece borç yükler¹⁸³. Mülkiyetin nakli alım satım sözleşmesinin kurulmasıyla gerçekleşmez. Sözleşmenin kurulmasıyla satıcı malın mülkiyeti nakil borcunu yüklenir. Bir taraftan malın diğer taraftan paranın mülkiyetini nakletmek için gerekli tasarruf işlemlerinin¹⁸⁴

¹⁷⁸ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 70; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.192.

¹⁷⁹ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.193.

¹⁸⁰ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.193.

¹⁸¹ Berki, **Roma Hukuku**, s. 283; Di Marzo, s. 385; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 71; Honig, s. 258; Koschaker, s. 203; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 194.

¹⁸² Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.194.

¹⁸³ Di Marzo, s. 385; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 194.

¹⁸⁴ Tasarruf işlemleri için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 173 vd.

yapılması gerekmektedir. Alım satım borçlandırıcı bir işlemdir, borç doğurur¹⁸⁵. Roma hukukunda satıcı, alıcının mala rahat zilyetliğini sağladığı sürece malı devir borcundan kurtulabilmekteydi. Malın mülkiyetini devir borcu söz konusu değildi¹⁸⁶.

Alım satım tam iki taraflı (*signallagmatik*), rızai bir sözleşmedir¹⁸⁷. Taraflar satılacak mal ve satış bedeli üzerinde anlaşmalarıyla alım satım sözleşmesi kurulmuş olur ve taraflar borç altına girerler¹⁸⁸. Rızaların uyuşmasının yeterli kabul edilmesi sebebiyle herhangi bir şekil şartı söz konusu değildir¹⁸⁹. Taraflar arasında yapılan sözleşme ödemenin sebebini ve mülkiyeti alıcıya devreden teslim işleminin hukuki sebebini (*iusta causa*) oluşturur¹⁹⁰.

Alıcının borcu semeni ödemek, satıcının borcu satılan mal nakledilinceye kadar muhafaza edip sonra alıcının mala rahat zilyetliğini sağlamaktır¹⁹¹. Semeninin mutlaka para olması gerekmektedir¹⁹². Satıcının borcu, alıcının maldan istifade etmesi için gerekli muameleyi yapmaktır¹⁹³. Yapılan işlemlerden sonra alıcı malik olmasa bile

¹⁸⁵ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 71; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 195.

¹⁸⁶ Söğütü, **Roma Özel**, s. 474; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss.193-195.

¹⁸⁷ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 71; Söğütü, **Roma Özel**, s. 467; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 196.

¹⁸⁸ Koschaker, s. 203; Söğütü, **Roma Özel**, s. 466.

¹⁸⁹ D. 18.1.9.pr. (Ulp.): “*In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem.* (Tüm alım satımlarda her iki tarafın rızasının gerekli olduğu açıktır. Fiyatta veya satışla ilgili başka bir konuda farklılık gösterirlerse bu sözleşme geçerli olmaz.. Bu nedenle, eğer ben Cornelian Field'ı satın aldığımı düşünürsem ve siz de bana Sempronian Field'ı sattığınızı düşündüyseniz, işlemin konusunda anlaşamadığımız için satış geçersiz ve hükümsüz olacaktır. Aynı kural, bana Stichus'u sattığınız izlenimine kapıldığım ve orada olmayan Pamphilus'u bana sattığınıza inandığımız durumlarda da geçerlidir; Zira mal konusunda ihtilaf olduğu zaman, satışın hiçbir hükmünün olmadığı açıktır.)”; Berki, **Roma Hukuku**, s. 284; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 71; Honig, s. 258; Honig, s. 258; Koschaker, s. 204; Söğütü, **Roma Özel**, s. 467; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 197.

¹⁹⁰ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.197.

¹⁹¹ Berki, **Roma Hukuku**, s. 285; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 73; Söğütü, **Roma Özel**, s. 470; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss. 195, 199.

¹⁹² Berki, **Roma Hukuku**, s. 284; Di Marzo, s. 385; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 75.

¹⁹³ Berki, **Roma Hukuku**, s. 284; Honig, s. 259; Koschaker, s. 204; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 194.

aldığı malda rahat zilyetliğini devam ettiği sürece satıcıya karşı bir iddiada bulunamaz¹⁹⁴.

Teslim hemen gerçekleşmediği zaman, satıcı malı muhafaza etmek gibi bazı yükümlülüklerin içerisine girer¹⁹⁵. Bu borcu yerine getirirken iyi bir aile babasının (*bonus pater familias*) mala göstereceği dikkat ve özene göre hareket etmelidir¹⁹⁶. Kusurun derecesi burada *culpa levis in abstracto* (soyut hafif ihmal) olarak belirlenmiştir¹⁹⁷. Bu ihmal türünde dikkatli birinin kaçınması gereken acemilik, unutmama, ihmal gibi bütün kusurlar kapsanmaktadır. Satıcı malı henüz teslim etmeden önce malda bir zarar meydana gelirse, hafif ihmali de dahil olmak üzere bütün kusurlarından sorumlu tutulur¹⁹⁸. Kusuru olmaksızın meydana gelen zararlarda hasar alıcının üzerine yüklenir¹⁹⁹. Klasik hukuk döneminde, gözetim riski mal teslim edilene kadar satıcının üzerine yüklenmiştir²⁰⁰. Malın teslimine hazır olmasından itibaren bu yükümlülük mücbir sebeple malın telef olması hali de dahil olmak üzere alıcıya geçmektedir²⁰¹. Klasik dönem için *Digestada* yer alan metinler incelendiğinde satıcının *custodia* sorumluluğu ile yüklendiği görülmektedir²⁰². Buna göre satıcı

¹⁹⁴ Di Marzo, s. 385; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.197.

¹⁹⁵ D. 18.6.3 (Paul): “*Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.* (Satıcı, eşyaların kullanım için ödünç verildiği durumlarda göstermesi gereken özenin aynısını göstermelidir; yani kendi malına göre daha titiz davranmalıdır.)”; Berki, **Roma Hukuku**, s. 285; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 471; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 198.

¹⁹⁶ Honig, s. 260; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 475; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 198.

¹⁹⁷ Burcu Zengin Özküçükparlak, **Alacaklı Temerrüdünün Şartları, Hükümleri ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları**, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2021, s.51.

¹⁹⁸ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 198.

¹⁹⁹ Berki, **Roma Hukuku**, s. 287; Di Marzo, s. 385; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 73; Koschaker, s. 209; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 479; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss. 208, 209.

²⁰⁰ Söğütlü, **Contractus**, s. 154.

²⁰¹ Söğütlü, **Contractus**, s. 154; Honig, s. 260.

²⁰² D.18.6.2.1 (Gai.): “*Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.* (Ayrıca satıcının, ölçülmek üzere belirlenen süre gelmeden önce şarabın bakımını nasıl yapması gerektiğini görelim; Tam veya olağan özeni göstermeli mi, yoksa yalnızca kastından mı sorumlu tutulmalı? Satıcının yalnızca olağan özeni göstermesi gerektiğini ve kaçınılmaz bir kaza veya büyük güç gösterisi (mücbir sebep) durumunda mazur görülebileceğini düşünüyorum.)”; bkz. Üçüncü bölüm, dp. 191; Söğütlü, **Contractus**, s. 155; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 471; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss.198-199.

beklenmeyen hallerin söz konusu olması durumunda göstermesi gereken bütün özeni gösterse bile sorumlu tutulmaktaydı²⁰³. Iustinianus dönemine gelindiğinde ise *custodia* kendisini daha çok kusur sorumluluğuna bıraksa bile malın çalınması, bir zarara

²⁰³ D. 9.2.11.9 (Ulp.): “*Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere.* (Iulianus, giysinin herhangi birine ödünç verildiği ve yırtıldığı durumlarda, bu kişinin *Lex Aquilia* uyarınca dava açamayacağını ancak giysi sahibinin bunu yapabileceğini söylüyor.)”; D. 18.6.4.1 (Gai.): “*Si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. Ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere: difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet. Quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit: dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit.* (Şarabın toplu olarak satılması halinde satıcı yalnızca onun muhafazasından sorumludur; Buradan da anlaşılıyor ki, tadına bakmak şartıyla satılmazsa, satıcının eksiliğinden veya küfünden sorumlu tutulmayacağı, ancak tüm riski alıcının üstleneceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kimsenin şarabı tatmadan satın alınması alışılmadık bir durumdur; ve bu nedenle, eğer bu amaç için bir gün belirlenmemişse, alıcı onu istediği zaman tadabilir ve bunu yaptığı zamana kadar, satıcı onun eksiliğinden veya küfünden sorumlu olmalıdır; çünkü tadım günü belirlendiğinde bu, alıcının durumunu daha iyi hale getirir.)”; D. 19.1.31.pr. (Nerat.): “*Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.* (Satış sözleşmesi uyarınca teslim etmekle yükümlü olduğum mal, benden zorla alınırsa, onun muhafazasından sorumlu olmam gerektiği halde, benden sadece başkasına devretmenin istenmesi daha doğrudur. Alıcıya, söz konusu mülkün geri alınmasına ilişkin dava haklarını devrederim; çünkü şiddetin uygulandığı yerlerde güvenli bir şekilde muhafaza edilmesinin çok az avantajı vardır. Size sadece karla ilgili dava haklarını değil, aynı zamanda zararlarla ilgili dava haklarını da devretmeliyim ki, tüm kazancı elde edebilirsiniz ve masraftan da sorumlu olabilirsiniz.)”; D. 19.1.36 (Paul.): “*Venditor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuum possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem: et ideo si id neglexerit, tenebitur emptori.* (Bir evin satıcısı, mülkün zilyetliğini teslim etmeden önce gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğundan ve bu da söz konusu özen ve özenin bir parçası olduğundan, bunu devretmeden önce zarar tehdidinde ilişkin bir şart koşmalıdır. Böyle bir şart koyma konusunda özen gösterecektir ve bu nedenle bunu ihmal ederse alıcıya karşı sorumlu olacaktır.)”; D. 19.2.41 (Ulp.): “*Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.* (Ancak Iulianus, bir başkasının işlediği zarar nedeniyle bir kişiye karşı dava açılmayacağını söylüyor; zira bir başkasının hukuka aykırı zarar vermesini ne derece dikkatli bir şekilde önleyebilir? Ancak Marcellus, bunun bazen, tarafın mülke zarar vermeyecek kadar özen göstermiş olabileceği veya bizzat kendisinin sorumluluğu üstlenerek zararı işlediği durumlarda yapılabileceğini söylüyor. Marcellus'un bu görüşü onaylanmalıdır.)”; Koschaker, s. 205; Söğütlü, **Contractus**, s. 155; Rado, s. 155; Zimmermann, s. 287.

uğraması halleri satıcının malı yeteri kadar özenli gözetmediği ile ilişkilendirilmiş ve satıcının kusurlu olması sebebiyle sorumluluğuna gidilmiştir²⁰⁴.

Alicının semeni ödeme borcu bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir²⁰⁵. Para borcu cins borcu olarak kabul edildiği için cins telef olmaz²⁰⁶ ilkesi gereğince parayı ödeyememesi durumundan söz edilmeyecektir²⁰⁷.

3.4.2. *Locatio Conductio*

Yapılan sözleşme sonucunda belirli bir ücret (*merces*) ödeme yükümlülüğü altına giren borçlu tarafın, bir maldan istifade edilebilmesi imkanını temin etmek, belirlenen hizmetleri yerine getirmek, belirlenmiş bir işi ifa etmek şeklinde gerçekleşen rızaya dayalı, iki tarafın bulunduğu (*synallagmatik*) iyi niyet davaları doğuran sözleşmeler bu grupta değerlendirilmektedir²⁰⁸. *Locatio* çok geniş bir sözleşme alanını kapsamakla birlikte, anlaşmanın muhtevasına göre farklı değerlendirilmekte ve muhtevadaki farklılıklara göre hükümlerde de farklı uygulamalara başvurulmaktadır. Borcun veya yerine getirilmesi gereken hizmetin muhtevası bakımından kira, istisna ve hizmet akdi olmak üzere üç temel gruba

²⁰⁴ Ius. Ins. 3.23.3.a: "...*Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione. (...Ve eğer satılan bir köle satıcının herhangi bir ihmali ya da hatası olmaksızın kaçar ya da çalınırsa, satıcının teslimat yapılana kadar onu güvenli bir şekilde tutmayı açıkça taahhüt edip etmediğine bakılmalıdır; çünkü bunu yapmışsa zararı üstlenmek kendisine düşer, aksi takdirde hiçbir sorumluluk üstlenilmez: ve bu, tüm hayvanlar ve diğer nesnelere için geçerli olan bir kuraldır. Bununla birlikte satıcı, nesnenin veya zararların tazmini için tüm dava haklarını alıcıya devretmekle yükümlü olacaktır; çünkü nesneyi henüz alıcıya teslim etmemiş olmasına rağmen satıcı hâlâ onun sahibi olarak kalacaktır ve aynı durum hırsızlık ve kanuna aykırı zarara ilişkin cezai işlemler için de geçerlidir.)"; Di Marzo, s. 365; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 75; Söğütü, **Contractus**, s. 155; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 208; Zimmermann, s. 287.*

²⁰⁵ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 75; Honig, s. 260; Koschaker, s. 204; Söğütü, **Roma Özel**, s. 471.

²⁰⁶ *Genus non perit.*

²⁰⁷ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 95; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s.199.

²⁰⁸ Berk, **Roma Hukuku**, s. 289; Di Marzo, s. 394; Honig, ss. 263,264; Koschaker, s. 210; Söğütü, **Roma Özel**, s. 495; Umur, **Ders Notları**, s. 127.

ayrılmaktadır²⁰⁹. Muhafazalı bir süreç (*ubi remedium, ibi ius*) altında gelişen hukuk sistemlerine önem kazandıran şekilde kira, istisna veya hizmet sözleşmesi türüne bakılmaksızın, tüm *locatio conductio* türlerinin dava edilme hakkı bulunmaktadır²¹⁰. Kiralayanlar, kiracılar, işverenler, çalışanlar, müşteriler ve yüklenicilerin hepsi için yasal koruma bulunmaktadır ve davalar iyi niyet (*bona fides*) kapsamında işleme alınmaktadır²¹¹. *Locatio conductio* grubuna gire sözleşmelerde her iki tarafında menfaatinin olması klasik hukuk dönemi ve Iustinianus döneminde tarafların *culpa* ve *dolustan* sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmuştur²¹². Klasik hukuk döneminde kiracı, işçi ve müteahhidin sorumluluğunun *custodiadan* doğacağı kabul edilmektedir²¹³.

3.4.2.1. *Locatio Conductio Rei* (Kira Sözleşmesi)

Kira akdi olarak bilinen *locatio conductio rei*, tüketilmeden menfaatinden yararlanılabilen bir malın muayyen bir bedel karşılığında kullanım hakkının karşı tarafa verilmesidir²¹⁴. Malını kiralayan kişi *locator* olarak bilinirken, malın kullanım hakkını kiralayan kiracı ise *conductor* olarak bilinmektedir²¹⁵. Köleler, hayvanlar, ambarlar, depolar, evler ve tarım arazileri gibi taşınabilen ve taşınamayan malların hepsi *locatio conductio rei*nin konusu olabilmektedir²¹⁶. Tarım arazilerinin kiralınmasında kiralama *ius utendi* ve *ius fruendi*yi kapsayan şekilde intifa hakkı kirası yani hasılat kirası olarak bilinmektedir ve bazen ev kiralalarıyla birlikte tarım

²⁰⁹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 95; Honig, s. 263; Koschaker, s. 210; Rado, ss. 101-102; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 494; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 225; Zimmermann, ss. 338-340, 342.

²¹⁰ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 495.

²¹¹ Berki, **Roma Hukuku**, s.290; Di Marzo, s. 396; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 96; Honig, s. 264; Koschaker, s. 210; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 496; Söğütlü, **Contractus**, s. 145; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 225.

²¹² Honig, s. 264; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 496.

²¹³ Söğütlü, **Contractus**, s. 145.

²¹⁴ Honig, s. 264; Koschaker, s. 211; Söğütlü, **Contractus**, s. 145; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 497; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 226.

²¹⁵ Rado, **Roma Borçlar**, s. 103.

²¹⁶ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 96; Söğütlü, **Contractus**, s. 145.

arazilerinin kiralanmasının sosyal ve ekonomik açıdan toplumda problemlere sebep olduğu durumlar ortaya çıkmaktadır²¹⁷.

Kira sözleşmelerinde kiracı kiralanın malın zilyetliğine sahip olamaz. Sadece *detertoru* olarak kabul edildiği için kiralanın malla ilgili davaları üçüncü kişilere karşı *locator* açar²¹⁸. Kira sözleşmelerinde *conductor* kiraladığı maldan veya malın menfaatinden faydalanma imkanının *locator* tarafından sağlanmaması halinde *actio conducti* kapsamında dava açabileceği gibi, *locator* da *conductorun* kira bedelini ödememesi sebebiyle *actio locati* kapsamında dava açma imkanına sahiptir²¹⁹. Taraflar miktarı belirlenmiş bir kira bedeli, *merces* üzerinde anlaşma sağlamış olmalıdır. Ödenmesi üzerinde ittifak edilen kira bedeli para şeklinde olabileceği gibi tarım arazisinin kullanılmasıyla hasat sezonunda ürünler üzerinden maddi bir bedel şeklinde de ödenebilmektedir²²⁰. Bu kira sözleşmelerine *colonia partiaria* denilmiştir. Ödemenin şekli tarafların tercih ve mutabakatına bağlı olmaktadır²²¹. Gayrimenkullerden ev gibi yapıları kiralayanlara *inquilinus*, arazileri kiralayanlara da *colonus* denilmektedir²²². Gayrimenkuller üzerine yapılan kira sözleşmeleri önemli olmakla birlikte genel olarak bu dairelerde kiracı olanlar fakir tabakalara aittirler²²³. İmparator Caracalla tarafından yayınlanan bir emirle mal sahibi tarafından kira bedelini düzenli bir şekilde ödeyen kiracının sebepsiz olarak gayrimenkulden çıkartılamayacağı, bunun ancak maldan bizzat istifade etme durumunda, malda tamir ve tadilat olması halinde ya da kiracının kiralanın ürünü kötü kullandığının belgelenmesiyle gerçekleşebileceğini belirtmiştir²²⁴.

²¹⁷ Söğütlü, **Roma Özel**, s. 497; Zimmermann, ss. 351-152.

²¹⁸ Erdoğmuş, **Roma Borçlar**, s. 96; Koschaker, s. 211; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 227.

²¹⁹ Umur, **Ders Notları**, ss. 3, 9, 127.

²²⁰ Koschaker, s. 211.

²²¹ Rado, **Roma Borçlar**, s. 103.

²²² Di Marzo, s. 396; Zimmermann, ss. 352-353; Rado, **Roma Borçlar**, s. 103; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 227.

²²³ Söğütlü, **Contractus** s. 145; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 497.

²²⁴ Di Marzo, s. 397; Zimmermann, s. 356; Rado, **Roma Borçlar**, s. 104; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 228.

Kira akdinde iki tarafta menfaatten faydalandığı için²²⁵, taraflar her türlü kusurunda (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaktadır²²⁶. Kiracı kendi kusurundan kaynaklanan her türlü zarardan sorumlu tutulur ve klasik öncesi ve klasik dönemde bu sorumluluk *custodia* kapsamında değerlendirilmiştir²²⁷. Kiralanan malın tarafların kusuru olmadan tamamen zayi olması durumunda *conductor* o tarihten sonraki döneme ait olarak ödediği kiraların iadesini *actio conducti* kapsamında isteme hakkına sahiptir²²⁸. Tarafların etkisi olmadan malın bir kısmının zarar görmesiyle hala kullanılabilir olduğu durumlarda ise, ödenen *merces* miktarı hasar ölçüsünde azaltılarak kira akdi devam ederdi²²⁹. Kiracı *locatorun* onayı olmadan kiraladığı malın orijinal şeklini bozacak veya değiştirecek bir işlem yaparsa bundan dolayı sorumlu

²²⁵ Berki, **Roma Hukuku**, s. 290.

²²⁶ Erdoğmuş, **Roma Borçlar**, s. 97; Koschaker, s. 211; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 498; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 229.

²²⁷ D. 19.2.13.7 (Ulp.): “*Exercitu veniente migravit conductor; dein de hospitio milites fenestras et cetera sustulerunt. Si domino non denuntiavit et migravit, ex locato tenebitur: Labeo autem, si resistere potuit et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est. Sed et si denuntiare non potuit, non puto eum teneri.* (Bir ordunun yaklaşması üzerine bir kiracı binayı terk etti ve daha sonra askerler evin pencerelerini ve diğer eşyalarını tahrip etti; kiracı, ayrılırken mal sahibine haber vermemişse, kiraya verme davasıyla yükümlü olacaktır. Labeo, direnebilseydi ve bunu yapmasaydı sorumlu olacağını söylüyor ve bu görüş doğrudur. Ancak ev sahibine bildirimde bulunmazsa sorumlu olacağını düşünmüyorum.)”; D. 19.2.29 (Alf.): “*In lege locationis scriptum erat: "Redemptor silvam ne caedito neve cingito neve deurito neve quem cingere caedere urere sinito". Quaerebatur, utrum redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet an etiam ita silvam custodire, ne quis id facere possit. Respondi verbum sinere utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem casu vidisset silvam caedere, prohiberet, sed uti curaret et daret operam, ne quis caederet.* (Kira sözleşmesinde şu ifadeler yer alıyordu: "Kiracı, ağaçları kesemez, kuşaklayamaz, yakamaz, kimsenin de bunları kuşatmasına, kesmesine, yakmasına izin veremez." Kiracının bu tür bir şey yaptığını gördüğü herhangi birini engellemesi mi yoksa ağaçları kimsenin yapamayacağı kadar nöbet tutması mı gerektiği sorusu ortaya çıktı. "İzin" kelimesinin her iki anlamı da içerdiğini, ancak kiraya verenin, kiracının sadece ağaçları kestğini gördüğü kişileri engellemekle kalmayıp, aynı zamanda dikkatli olmasını ve kimsenin kesemeyeceği önlemleri almasını amaçlamış gibi görüldüğünü söyledim.)”; D. 47.2.14.12 (Ulp.): “*Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.* (Bir kimse bir mülkü kiralamışsa, onun ihmali sonucu çalınmış olması şartıyla, hırsızlık davası açma hakkına sahip olacaktır.)”; D. 47.2.83.1 (Paul.): “*Frugibus ex fundo subreptis tam colonus quam dominus furti agere possunt, quia utriusque interest rem persequi.* (Mahsullerin araziden çalındığı durumlarda, mülk sahibi kadar kiracı da hırsızlık davası açabilir, çünkü mülkün geri alınması her ikisinin de çıkarımadır.)”; Di Marzo, s. 396; Söğütlü, **Contractus**, s. 146; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 229.

²²⁸ Honig, s. 265.

²²⁹ Erdoğmuş, **Roma Borçlar**, s. 96,97; Rado, **Roma Borçlar**, s. 105; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 229.

tutulur ve bu davalar da *actio locati* kapsamında değerlendirilirdi²³⁰. Kira sözleşmelerinde *locator* kiralanan malla ilgili yükümlülüklerini yerine getirmediği hallerde *omnis culpa* kapsamında bütün kusurlarında sorumlu tutulmuştur²³¹. Mal sahibi olan *locator* kira akdine konu olan malın menfaatinden kiracının faydalanması için malı uygun hale getirerek bakımını yapmak ve malı belirlenen şartlara uygun teslim etmekle mükelleftir²³².

3.4.2.2. *Locatio Conductio Operis* (İstisna Sözleşmesi)

İstisna sözleşmesi olarak bilinen *locatio conductio operis*, işveren tarafından belirli bir ücretin ödenmesi karşılığında diğer tarafın belirlenen işin (*opus*) ifasını yerine getirme taahhüdü altına girmesini ifade etmektedir. Temel amacı belirlenen bir hedefin üretilmesi olan istisna sözleşmesinde kişi işverenin yapacağı ödeme karşılığında bir eseri (*opus*) üretme borcu altına girmektedir²³³. Sadece maddi unsurların vaat edilmesi değil manevi unsurların vaat edilmesi de istisna sözleşmesinin konusu olabilir²³⁴. *Conductor* vadettiği işi belirlenen tarihte tamamlayarak *locatora*

²³⁰ Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 229.

²³¹ D. 19.2.25.2 (Gai.): “*Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque si cum eo agatur, repudiationis ratio habenda est. Eadem intellegemus, si Ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.* (Komşunun ev inşa ederken odanın ışığını kesmesi durumunda ev sahibi kiracıya karşı sorumlu olacaktır. Bu tür bir durumda kiracının kira sözleşmesinden vazgeçebileceğine şüphe yoktur; ayrıca aleyhine kira davası açılması halinde tazminatın da dikkate alınması gerekir. Ev sahibinin hasar görmüş veya tahrip olmuş kapı veya pencereleri onarmaması durumunda da aynı kuralın geçerli olduğunu biliyoruz.)”; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 100; Zimmermann, ss. 360, 365-369; Rado, **Roma Borçlar**, s. 106.

²³² Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 97; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 231.

²³³ Berki, s. 291; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 102; Honig, s. 266; Koschaker, s. 212; Rado, **Roma Borçlar**, s. 107; Söğütü, **Contractus**, s.149; Söğütü, **Roma Özel**, s. 509; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

²³⁴ D. 2.11.3 (Ulp.): “*Qui vinum de Campania transportandum conduxisset, deinde mota a quodam controversia signatum suo et alterius sigillo in apothecam deposuisset, ex locato tenetur; ut locatori possessionem vini sine controversia reddat, nisi culpa conductor careret.* (Bir tarafın Campania'dan şarap nakliyesi için hizmet alması ve ardından kendisi ile bir başkası arasında bir tartışma çıkması üzerine fiçileri kendisinin ve diğer kişinin mührüyle mühürlendi ve şarabı bir depoya koydu; Çalışan ihmalkarlıktan suçlu olmadığı sürece, şarabın mülkiyetini herhangi bir anlaşmazlık olmaksızın işverene iade etmek için dava açmakla yükümlü olacaktır.)”; D. 2.11.4 (Ulp.): “*Inter conductorem et locatorem convenerat, ne in villa urbana faenum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. Ait Labeo teneri conductorem ex locato, quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem.* (Bir şehirde binaya saman konulmaması konusunda kiralayan ile kiracı arasında anlaşmaya varıldı.

teslim etmekle yükümlüdür. Eğer tarih belirlenmemişse, muadili olan işlerin yapılma süresi göz önünde bulundurulur. Bu sözleşmede iş yaptıran, iş sahibi olan kişi *locator*, iş yapmayı kabullenen kişi de *conductordur*. Bir terzinin işveren tarafından verilen kumaşla bir kıyafet dikmesi, bir evin duvarlarının tamir edilmesi, bir tablonun yapılması gibi sözleşmeler bu kapsamda değerlendirilmektedir²³⁵. Fakat bu

Yine de oraya yerleştirildi ve daha sonra samanları ateşe veren bir köle kendini öldürdü. Labeo, kiracının, kira şartlarını ihlal ederek samanı getirerek felakete kendisinin sebep olması nedeniyle dava açmakla yükümlü olduğunu söylüyor.”; D. 2.19.7 (Gai.): “*Si quis mulierem vehendam navi conduxisset, deinde in nave infans natus fuisset, probandum est pro infante nihil deberi, cum neque vectura eius magna sit neque his omnibus utatur, quae ad navigantium usum parantur.* (Bir kimsenin, bir kadının deniz yoluyla taşınması için sözleşme yapması ve daha sonra gemide bir çocuğunun doğması halinde, çocuktan dolayı hiçbir borcun olmayacağı sabittir; çünkü ulaşım daha pahalı değildi ve çocuk, gemiyi kullananların kullanımı için sağlanan hiçbir şeyi tüketmedi.)”; Söğütü, **Roma Hukukunda**, s. 149; Söğütü, **Roma Özel**, s. 509; Zimmermann, s. 394;

²³⁵ D.7.8.12.6 (Ulp.): “*Operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet, et ita Labeo: quemadmodum enim concedere alii operas poterit, cum ipse uti debeat? Idem tamen Labeo putat, si fundum conduxerit quis, usuarium servum posse ibi operari: quid enim interest, in qua re opera eius utatur? Quare et si lanam conduxerit usuarius expediendam, poterit etiam per usuarias ancillas opus perficere, idemque, si vestimenta texenda redemerit vel insulam vel navem fabricandam, poterit ad haec operis uti usuarii: nec offendetur illa Sabini sententia ancillae usu dato ad lanificium eam non mitti nec ex operis mercedem capi, sed sibi lanam facere iure cogere: sibi enim facere videtur, qui non operas eius locavit, sed opus quod conduxit expedit. Idem et Octavenus probat.* (Miras bırakan, kullanıma tabi bir kölenin hizmetlerini kiralayamaz veya bir başkasına devredemez; ve bu Labeo'nun görüşüdür. Çünkü bir insan kendisinin faydalanması gereken başka bir hizmete nasıl geçebilir? Ancak Labeo, bir tarafın bir çiftlik kiraladığı durumda, kullanabileceği bir kölenin orada çalışabileceğini savunuyor; emeğini ne şekilde kullandığının ne önemi var? Bu nedenle, kullanım hakkına sahip olan taraf, yün eğrilmesine ilişkin bir sözleşme yaparsa, bunu, kullanım hakkına sahip olduğu kadın kölelere yaptırabilir ve ayrıca, elbise dokumak veya bir ev veya gemi inşa etmek için bir sözleşme yaparsa, kullandığı kölenin emeğini çalıştırabilir. Bu görüş Sabinus'un, bir kadın kölenin kullanımına izin verildiğinde onun bir yün fabrikasına gönderilemeyeceği ve emeğinin karşılığının alınamayacağı yönündeki görüşüyle çelişmez; ancak mirasçı, yasaya uygun olarak yünü kendisinin işlemesini sağlamalıdır; çünkü erkeğin onun emeğini kiralamadığı, ancak yapmayı kabul ettiği iş yaptığı durumlarda bunu onun adına yapmasına izin verilir. Octavenus da bu görüşü onaylıyor.”; D. 19.2.2.1 (Gai.): “*Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. Ut ecce si cum aurifce mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.* (Alım satımın, esere o kadar benzediği düşünülür ki, bazı durumlarda, işlemin satın alma ve satış mı yoksa eser mi olduğu konusunda araştırma yapmak gelenekseldir; örneğin, bir kuyumcuyla bana belirli ağırlıkta ve belirlenmiş biçimde birkaç yüzük yapması için bir sözleşmem varsa ve o bunları üç yüz aurei karşılığında yapmayı kabul ederse; Bu bir alım satım mı, yoksa eser mi? Bunun yalnızca tek bir işlem olduğu ve eserden ziyade bir satın alma ve satış olduğu kabul

sözleşmeleri hizmet akdinden ayıran temel nokta bir bağımlılık ilişkisinin olmaması, vaat edilen sonucun ortaya konulması mecburiyeti, ve istisna akdinde işlerin akdi yapandan ziyade üçüncü kişilere yaptırılabilmesi imkanındır²³⁶. Bu sözleşmede *conductor*, *locator*un kararlaştırılan ücreti kendisine ödememesi durumunda *actio conducti* kapsamında dava açabildiği gibi, *locator* da tarafların anlaşmasıyla kararlaştırılan işin yapılmaması durumunda *conductora* karşı *actio locati* kapsamında dava açma hakkına sahiptir²³⁷. İş yapmayı vaat eden kişinin bu ürünü kendi elinde bulunan ürünlerle tamamlaması durumunda, bu alım-satım sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir²³⁸. Muhteva bakımından farklılık göstermesine rağmen Roma

ediliyor. Ama eğer ona altın verirsem ve işinin karşılığı üzerinde anlaşmaya varılırsa, bunun bir eser sözleşmesi olduğuna hiç şüphe yok.”; D. 19.2.9.5 (Ulp.): “*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.* (Celsus ayrıca Özetin Sekizinci Kitabında beceri eksikliğinin ihmal olarak sınıflandırılması gerektiğini belirtir. Bir tarafın beslenmesi için buzağı veya tamir edilmesi için kumaş veya cilalanması için bir eşya kiraladığı durumlarda ihmalden sorumlu olmalıdır ve beceri eksikliğinden dolayı işlediği her türlü hata ihmaldir, çünkü o bir zanaatkardır.”); D. 19.2.60.7 (Gai.): “*Servum meum mulionem conduxisti: neglegentia eius mulus tuus perit. Si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret.* (Benim katırcı bir kölemi çalıştırdın ve onun ihmali yüzünden bir katırını kaybettin. Eğer kiralayan kendisi seçmişse, benim yararına kullanılan mal nedeniyle, size olan zararı telafi etmem gerektiğine inanıyorum, ancak yalnızca kölenin kişisel özellikleri ölçüsünde. Ancak onu kendim kiralamış olsaydım, kast ve ihmalden başka hiçbir şeyden size karşı sorumlu olmayacağım. Ama eğer benden, şahsını belirtmeden bir katırcı kiraladıysan ve ben de ihmali yüzünden hayvanın telef olduğu kişiyi sana teslim edersem, sana ihmalden sorumlu olacağımı söylerim, çünkü sana zarar veren köleyi ben seçtim.”); Di Marzo, s. 397; Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss. 102,103; Koschaker, s. 212; Söğütü, **Contractus**, s.149; Söğütü, **Roma Özel**, ss. 509,510; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

²³⁶ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 102; Honig, s. 266; Rado, **Roma Borçlar**, s. 108; Söğütü, **Contractus**, s.149; Söğütü, **Roma Özel**, s. 509; Zimmermann, ss. 393-395.

²³⁷ Umur, **Ders Notları**, ss. 3, 9, 127.

²³⁸ D. 18.1.20 (Pomp.): “*Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitu.* (Sabinus, eğer bizim için bir şeyler yapılmasını istiyorsak; örneğin bir heykel, bir vazo ya da bir giysi gibi; buna paradan başka bir şey vermememiz şartıyla; bunun gerçek bir satış olduğu ve malzemenin kendisi için üretileceği tarafça sağlanmaması durumunda bunun bir kiralama olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Üzerine bir ev inşa edeceğimiz zemini hazırladığımda durum farklıdır; çünkü bu örnekte yapının özünü oluşturan şey benim tarafımdan sağlanıyor.”); D. 19.2.2.1 (Gai.): “*Adeo autem familiaritatem aliquam habere*

hukukunda nakliye veya taşımacılık alanında gerçekleştirilen sözleşmeler de bu grupta değerlendirilmektedir²³⁹.

Bu sözleşmede her iki tarafında menfaati olduğu için taraflar bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuşlardır²⁴⁰. Klasik hukuk döneminde

*videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. Ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? Sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit. (Alım-satım, eser sözleşmesine o kadar benzemektedir ki, bazı durumlarda işlemin satın alma ve satış mı, yoksa eser mi olduğu konusunda araştırma yapmak gelenekseldir; örneğin, bir kuyumcuyla bana belirli ağırlıkta ve belirlenmiş biçimde birkaç yüzük yapması için bir sözleşmem varsa ve o bunları üç yüz aurei karşılığında yapmayı kabul ederse; Bu bir alım satım mı, yoksa kiralama ve kiralama mı? Bunun yalnızca tek bir işlem olduğu ve kiralama ve kiralamadan ziyade bir satın alma ve satış olduğu kabul ediliyor. Ama eğer ona altın veririm ve işinin karşılığı üzerinde anlaşmaya varılırsa, bunun bir kiralama ve kiralama olduğuna hiç şüphe yok.)”; Gai. Ins. 3. 147: “Item quaeritur, si cum aurifice mihi conuenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet uerbi gratia denarios CC, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem uenditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et uenditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, conuenit locationem conductionem contrahi. (Aynı şekilde, bir kuyumcu ile benim aramda, kendi altınlarından bana belirli bir ağırlıkta ve tarzda birkaç yüzük yapması ve örneğin iki yüz dinar alması konusunda anlaşmaya varıldığı zaman; Bir alım satım sözleşmesinin mi, yoksa kiralama sözleşmesinin mi yapıldığı sorusu ortaya çıkıyor. Cassius, malzemenin satın alma ve satma nesnesi olduğunu, ancak emeğin bir kiralama ve kiralama sözleşmesine bağlı olduğunu söylüyor; yine de, daha fazla sayıda yetkili, sözleşmenin alım-satım sözleşmesi olduğu görüşündedir. Ama ona kendi altınımı veririm ve işin fiyatı üzerinde anlaşmaya varılırsa, sözleşmenin kiralama ve kiralama sözleşmesi olduğu kabul edilir.)”; Ius. Ins. 3.24.4: “Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? et Cassius ait, materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit, tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit. (Yine kuyumcu Titius'la anlaşıp kendi altınlarından belli ağırlıkta ve belli biçimde yüzükler yapması ve örneğin on parça altın alması konusunda anlaşıp anlaşmadığı sorulur. Bir satın alma ve satış sözleşmesi mi yoksa kiralama mı? ve Cassius, malzemelerin alım satımının sözleşmeyle yapılacağını, ancak emeğin kiralama gerektğini söylüyor. Ancak sadece alım-satım sözleşmesi yapılmasına karar verildi. Eğer Titius yaptığı işlerin karşılığı olarak altınımı vermişse, bunun bir kira olduğuna şüphe yoktur.); Di Marzo, s. 397; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 102; Koschaker, s. 212; Söğütü, **Contractus**, s.150; Söğütü, **Roma Özel**, s. 509;*

²³⁹ Berki, s. 291; Di Marzo, s. 398; Erdoğan, **Roma Borçlar**, ss. 103, 104; Söğütü, **Roma Özel**, s. 509; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

²⁴⁰ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 103; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

conductorun sorumluluğu daha geniş bir çerçevede değerlendirilerek, kendi kusuru olmadan *locator* tarafından kendisine verilen malzemelerde meydana gelen zararlardan dahi sorumlu tutulmuştur. Bu durum *custodia* sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiş mücbir sebepler haricinde karşılaşılan tüm zararlardan mesul kabul edilmiştir²⁴¹. *Custodia* sorumluluğunun ilk olarak terziler ve örücüler için kullanıldığı kabul edilmektedir²⁴². Bu kişilerin *custodia* sorumluluğunun hırsızlık, üçüncü kişilerin yol açtığı zararlar hayvanlar tarafından verilen zararları kapsadığı metinlerden anlaşılmaktadır²⁴³. Çamaşırcılarla beraber müteahhitlerinde sorumluluğu *custodia* ile

²⁴¹ Erdoğmuş, **Roma Borçlar**, s. 103; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 509; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

²⁴² Koschaker, s. 212; Söğütlü, **Contractus**, s. 150; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 509.

²⁴³ D. 9.1.2.pr. (Paul.): “*Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati.* (Bu dava sadece sahibine değil, aynı zamanda ödünç verilene göre ilgilenen kişiye ve aynı zamanda çamaşırcıya da aittir, çünkü ellerinde bulundurdukları şeyden zarar görmüş gibi görünürler.)”; D. 12.7.2. (Ulp.): “*Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.* (Elbisesini yıkamak için çamaşırcı tutar, sonra kiraladığı toplantının bedelini kaybettikten sonra sahibine öder, sonra sahibi de elbiseyi bulursa, verdiği bedeli ne şekilde geri almalıdır? Ve Cassius sadece hizmetçi olarak hareket etmekle kalmayıp efendiye komuta edebildiğini söylüyor. Bulunan kıyafetler sebepsiz yere verilmiş gibi görünüyor.)”; D. 19.2.13.6 (Ulp.): “*Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. Et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.* (Eğer bir çamaşırcıya temizlenecek bir giysi verilirse ve onu fareler kemirirse, buna karşı önlem alması gerektiği için işe alma davasıyla karşı karşıya kalacaktır. Bir çamaşırın, abasını değiştirip bir başkasına. Ait olanı başkasına verirse, bunu bilgisizce yapmış olsa bile, davaya maruz kalır.)”; D. 19.2.25.8 (Gai.): “*Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et conditionem cedere.* (Eğer bir çamaşırcı veya terzi elbisesini kaybederse ve sahibini tatmin ederse, sahibi, malı geri almak için dava hakkını ona devretmelidir.)”; D. 47.2.12.pr. (Ulp.): “*Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit: praestare enim custodiam debet. Si autem solvendo non est, ad dominum actio redit: nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est.* (Bu nedenle, elbiseyi onarmak ve temizlemek amacıyla teslim alan çamaşırcının, onun muhafazasından sorumlu olması nedeniyle her zaman dava hakkı vardır. Ancak borcunu ödeyemiyorsa mülk sahibi dava açabilir, çünkü kaybedecek hiçbir şeyi olmayan kişi hiçbir riske girmez.)”; D. 19.2.60.2. (Lab.): “*Vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet.* (Eğer bir çamaşırcı elbisenizi kaybederse ve onu geri alma olanağınız varsa ama bundan yararlanmak istemiyorsanız; yine

belirlenmiştir²⁴⁴. Gaius, bu tür malların *conductora* iken çalınması durumunda *conductora* karşı *actio furti* (hırsızlık davası) açılabileceğini belirtmiştir²⁴⁵. Iustinianus döneminde bu sorumluluğun çerçevesi biraz daraltılarak *omnis culpa* kapsamında değerlendirilmiştir fakat *conductorun* tecrübesizliğinden dolayı ortaya çıkan zararlardan onun kusursuz olmasına rağmen sorumlu tutulma esası vardır. Iustinianus döneminde ise zanaatkarların sorumluluğu bazı beklenmedik halleri içinde barındıran çok dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken özen olarak belirlenmiştir²⁴⁶.

3.4.2.3. *Locatio Conductio Operarum* (Hizmet/İş Sözleşmesi)

İş veya hizmetin temin edilmesini temeline dayanan *locatio conductio operarum*, ‘Bir kimsenin, ücret karşılığında başka bir kimseye hizmetlerini arz etmesi’ olarak tanımlanmaktadır²⁴⁷. Rızaya dayalı olan bu sözleşmede *locatio conductio rei* ile çok benzerlik gösteren hükümlere tabidir. Kiralanacak olan hizmet (*operae*) ve hizmet karşılığında ödenecek olan ücret (*merces*) *locatio conductio operarumun* temel unsurlarını oluşturmaktadır²⁴⁸. Bu sözleşme kapsamında *locator* ve *conductor* kendi aralarında anlaşarak, karşılıklı rızaya dayalı bir hizmetin tamamlanmasına yönelik sözleşme yapabilirler. Bu sözleşme türünde sonucun taahhüt edilmesi söz konusu değildir²⁴⁹. *Locator* ve *conductor* arasında bağımlılık ilişkisi söz konusudur²⁵⁰. Bu sözleşmede *conductor*, *locatorun* belirlenen hizmeti tamamlayamaması halinde, hizmetin yerine getirilmemesi sebebiyle *actio conducti* kapsamında dava açabildiği gibi *locator*, *conductorun* mutabakata varılan ücreti ödememesi gibi sebeplerle *actio*

de çamaşırcıya karşı kira davası açabilirsiniz. Ancak hâkim, hırsıza karşı dava açıp malınızı ondan geri almanın sizin için daha iyi olup olmayacağına karar vermelidir; elbette çamaşırcının pahasına. Ancak bunun imkânsız olduğunu düşünürse, davayı açana karşı sizin lehinize karar vermeli ve sizi, dava haklarınızı kendisine devretmeye zorlamalıdır.’; Söğütlü, **Contractus**, s. 150; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 509.

²⁴⁴ Söğütlü, **Contractus**, s. 150.

²⁴⁵ Rado, **Roma Borçlar**, ss. 108-109; Söğütlü, **Contractus**, s.150.

²⁴⁶ Koschaker, s. 212; Söğütlü, **Contractus**, s. 151.

²⁴⁷ Berki, **Roma Hukukunda**, s. 290; Di Marzo, s. 398; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 101; Koschaker, s. 237; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 504; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 236.

²⁴⁸ Söğütlü, **Contractus**, s. 148; Zimmermann, ss. 384-385.

²⁴⁹ Söğütlü, **Contractus**, s. 148;

²⁵⁰ Di Marzo, s. 398; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 101; Honig, s. 132; Söğütlü, **Contractus**, s. 148;

locati kapsamında dava açma hakkına sahiptirler²⁵¹. Roma hukukunda bu sözleşme türü, halledilmesi gereken işlerin daha çok köleler tarafından yerine getirilmesi sebebiyle çok fazla bir gelişme gösterememiştir²⁵².

Sözleşmeyi yapan kişi belirlenen işleri yapmakla mükelleftir ve ücretini ay, hafta veya gün bazlı ödemeler şeklinde alır²⁵³. Roma hukukunda belirli bir eğitim seviyesi veya ihtisas gerektiren, toplum içerisinde saygınlık gören doktorluk, öğretmenlik gibi görevlerin ifa edilmesinde ücret talep edilmesi toplumsal açıdan olumsuz karşılandığı için bu sözleşme türü dar bir kapsamla temel olarak vücut hizmeti gerektiren işlerde kullanılmıştır. Mesela tarlada çalışacak işçilerin kiralanması, yemek pişirmek için aşçının kiralanması gibi beden çalışması gerektiren sözleşmeler bu kapsamdadır. Ayrıca köle kullanımının yaygın olması sebebiyle köleler tarafından yapılan işler için bu sözleşmeler söz konusu değildir. Sadece kölelerin sahipleri tarafından belirli işleri yapması için başkalarına kiraya verilmesi uygulaması bulunmaktadır. Hizmet sözleşmesine konu olan işler ihtisas gerektirmeyen alt seviyede hizmetler olarak kabul edilmekte ve hür bir Roma vatandaşının ücret için bu işlerde çalışması hoş karşılanmamaktaydı²⁵⁴. İhtisas gerektiren (*opera liberales*) işler için profesör, avukat, doktor gibi kişilerle yapılan sözleşmeler ise hizmet sözleşmesi kapsamında değil vekalet sözleşmesi (*mandatum*) kapsamında değerlendirilmekte, verilen hizmet karşılığında bunlara *honorarium* ödemesi yapılmakta, bu konuyla alakalı davalar ise *extra ordinem* muhakemesi kapsamında değerlendirilmektedir²⁵⁵. İş

²⁵¹ Umur, **Ders Notları**, ss. 3, 9, 127; Rado, s. 106.

²⁵² Berki, s. 290; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 101; Koschaker, s. 238; Söğütlü, **Contractus**, s. 147; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 504; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

²⁵³ Berki, s. 291; Rado, **Roma Borçlar**, s. 106.

²⁵⁴ Di Marzo, s. 398; Koschaker, s. 238; Söğütlü, **Contractus**, s. 148; Söğütlü, **Roma Özel**, ss. 504,505.

²⁵⁵ D. 38.1.26.pr. (Afr.): “*Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id ius est nec ne? Respondit ius esse, dummodo liberas operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret.* (Azatlı kölelerinin hekimlik yapmaması durumunda çok daha fazla hastası olacağını düşünen bir hekimin, kendisini takip etmesini ve mesleğini yapmamasını talep etmesi üzerine, bunu yapmaya hakkı olup olmadığı sorusu ortaya çıktı. Cevap, onlardan yalnızca onurlu hizmetler talep etmesi koşuluyla bu hakka sahip olduğuydu; yani öğlen dinlenmelerine izin verecek, namuslarını ve sağlıklarını korumalarını sağlayacaktı.)”; D. 39.5.27 (Pap.): “*Aquilius regulus iuvenis ad nicostratum rhetorem ita scripsit: "Quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo*

için belirlenen sürenin dolması, işin tamamlanması ya da işçinin ölmesi ile hizmet sözleşmesi son bulmaktadır.

Locatio conductio operarum sözleşmesi iki tarafında menfaatini içeren bir yapıya sahip olduğundan taraflar bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaktadırlar²⁵⁶. Klasik dönem hukukunda taraflara ait kusurlar daha çok *custodia* sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir²⁵⁷. Zimmermann, Gaius'un hizmeti

eoque uti". Defuncto regulo controversiam habitationis patiebatur nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Quod si expulsus nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit. (Aquilius Regulus adındaki genç bir adam, retorik öğretmeni Nicostratus'a şunları yazdı: "Her zaman babamın yanında kaldığın ve belagat ve ilginle bana fayda sağladığın için, burada kalmana ve konuşmana izin veriyorum ve falanca dairenin kullanımı için izin veriyorum." Regulus öldüğü için Nicostratus'un daire üzerindeki hakkı tartışmalıydı; ve bana danıştığına ona, Regulus'un eyleminin sadece bir bağış olarak kabul edilemeyeceğini, ancak hizmetlerinden dolayı kendisine ücret ödediğini ve tazminat olarak bu ayrıcalığı ona verdiğini ve bu nedenle bağışın gerekli olduğunu söyledim. Regulus'un ölümünden sonraki süre için geçersiz sayılmamalıdır. Eğer Nicostratus ihraç edilmiş olsaydı, mahkemeye gidebilir ve bir intifa hakkının kendisine verilmesi yoluyla dairenin kullanımını elde ettiği gibi, kendisini bir yasaklama yoluyla koruyabilirdi.)"; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 101; Honig, s. 132; Pervin Somer, "Roma hukukunda Hekimin Sorumluluğu", Roma hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, **MÜHF-HAD**, 14, 4, 2008, ss. 145-148; Rado, **Roma Borçlar**, s. 107; Söğütü, **Contractus**, s. 147; Söğütü, **Roma Özel**, s. 505; Zimmermann, ss. 389-391;

²⁵⁶ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 102; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

²⁵⁷ D. 19.2.25.7 (Gai.): "*Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest.* (Bir kolonun taşınması görevini üstlenen kişi, kolon kaldırılırken, taşınırken veya boşaltılırken kırılırsa, bu durum kendi kusuru ile meydana gelmişse veya çalıştırdığı işçilerden herhangi biri. Ancak çok çalışkan ve dikkatli bir insanın alması gereken tüm önlemler alınır, suçlu olmayacaktır. Elbette aynı kuralın, herhangi birinin fiçileri veya keresteyi ve ayrıca bir yerden başka bir yere nakledilecek diğer şeyleri taşımayı kabul etmesi halinde de geçerli olduğunu anlıyoruz.)"; D. 50.17.23 (Ulp.): "*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.* (Bazı sözleşmeler yalnızca kast içerirken, diğerleri hem kast hem de ihmali

kiralanan bir katırcı hakkında verdiği bilgilerden çıkararak²⁵⁸, bu sözleşmede işverenin *custodiadan* değil yalnızca *culpadan* sorumlu tutulabileceğini bunun da *imperitia culpa adnumeratur* kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini açıklamaktadır. Hizmet sözleşmesinde gerçekleşen katır kazasıyla ilgili olan bu olayda katırın yönetilmesi ve iş yaptırılmasının özel bir beceri gerektirdiğinden bahsedilmiştir. Kazanın olduğu esnada katırcının sınırlı becerisinden dolayı onun hatasından sorumlu tutulması zor olsa da katırcı katırı kontrol etmekle yükümlüdür. Kazanın gerçekleşmesine sebebiyet veren katırcının temel hatası gücü yetmeyen bir hizmet sözleşmesini teklif etmesidir, çünkü *conductor* doğal olarak *locatorun peritia* ve *firmita* becerilerine sahip olduğunu düşünerek onunla hizmet sözleşmesi yapmıştır²⁵⁹. İşin yürütülmesi sırasında kullanılan

İçermektedir. Kast içerenler ise güvencesiz bir tapu altında yapılan para yatırma ve transferlerdir; vekâlet, ariyet, satış, rehin, kiralama, ayrıca çeyiz bahşedilmesi, vesayet ve ticari muamele hem kast hem de ihmali içeren fiillerdir. (Ancak son ikisi olağanüstü bir titizlik gerektirir.) Ortaklık ve mülkün ortak mülkiyeti hem kastı hem de ihmali içerir. Ancak bu, yalnızca farklı sözleşmelerde az ya da çok hiçbir şeyin açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda geçerlidir; çünkü sözleşme bir yasayı empoze ettiğinden, başlangıçta üzerinde anlaşılacak şeye uyulmalıdır; Celsus'un söylediği gibi, hiçbir kasttan sorumlu tutulmayacağı gerektiği konusunda anlaşmaya varılması durumunda sözleşmenin geçerli olmayacağı durumlar hariç, çünkü bu, sözleşmelere ilişkin iyi niyete aykırıdır; ve bu bizim şu andaki uygulamamızdır. Bununla birlikte, hayvanların başına gelebilecek kazalar, ölümleri ya da ihmalden kaynaklanmayan başka herhangi bir olayla ilgili hiçbir sorumluluk kabul edilmez; ya da korunması alışılmış olmayan kölelerin kaçışı, soyguncular, kargaşalar, yangınlar, su baskınları ve hırsızların saldırıları ile ilgili olarak.”; Di Marzo, s. 398; Söğütlü, **Contractus**, s. 148; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 504; Rado, **Roma Borçlar**, s. 106; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 232.

²⁵⁸ D. 9. 2. 27. 34. (Ulp.): “*Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. Mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.* (Bir kişinin katır sürmesi için bir köle tutması ve katırın kendi bakımına bırakılması; ve yuların kayışını başparmağıyla bağlar ve katır serbest kalır ve kölenin başparmağını koparır ve sonra yüksekte aşağıya doğru düşer; Mela, vasıfsız bir kölenin hünerli olarak kiralınması durumunda, katırın tahrip olması veya sakat kalması nedeniyle köle sahibine karşı dava açılabilirliğini söylüyor; ancak katır bir darbe veya korku nedeniyle heyecanlanmışsa, sahibi (yani hem katırın hem de kölenin sahibi), Lex Aquilia uyarınca, katırın sahibine karşı dava açma hakkına sahip olacaktır. Katır korkutan kişi. Ancak bana öyle geliyor ki sözleşmeye dayalı bir dava söz konusu olsa bile Lex Aquilia kapsamında da dava açılabilir.)”;

Ius. Cod. 4.65.28: “*Imperatores Diocletianus, Maximianus . In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.*(kiralama ve eser sözleşmelerinde, kiraya verenin, kaçınılmaz bir kaza nedeniyle değil, kast veya gözetimsizlik nedeniyle dava açabileceği düzenlenmiştir.)

Söğütlü, **Contractus**, s. 148; Zimmermann, s. 386.

²⁵⁹ Zimmermann, ss. 386-387.

işverene ait malzemelerin iadesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda mücbir sebepten doğan durumlar hariç tutulmak üzere işçinin sorumluluğu *custodiadan* belirlenir²⁶⁰.

3.4.3. *Societas* (Adi Ortaklık Sözleşmesi)

Klasik hukuk döneminde tam iki taraflı, rızaya dayalı, iyi niyet davalarına sebebiyet teşkil eden *societas*, Roma'nın ilk dönemlerinde müşterek mirasçıların ortak bir şekilde malik olarak ellerinde bulundurduğu malvarlıklarını açıklamak için kullanılmıştır²⁶¹. Gaius vefat durumunda geriye kalan mirası ortaklık olarak açıklamıştır: “Fakat yalnız Roma vatandaşlarına mahsus bir şirket daha vardı. Gerçekten, eskiden aile reisinin ölümü ile, mirasçılar arasında *ercto non cito* yani taksim edilmemiş mülkiyet denilen kanuni ve tabi bir şirket meydana gelirdi; nitekim *erctum* mülkiyet demektir, dolayısıyla malike de *erus* deniyordu; diğer taraftan *ciere* ise bölmek demektir...”²⁶². Sadece Roma'ya özel bir uygulama olarak mirasın bölünmeden mirasçılara intikal etmesi ile tarafların iradesi dışında bir şirket ortaklığı meydana gelmektedir. Miras ortaklığında görülen bu uygulamanın zaman içerisinde gelişerek akrabalık bağı olmayan taraflar arasında da gerçekleştirilmeye başlanması ile rızaya dayalı şirket sözleşmelerinin temeli atılmıştır. Zimmermann'ın aktardığına göre klasik dönemde sistemleşmeye başlayan bu ortaklık türü, sonraki dönemlerde ortaya çıkan tüm şirket ortaklıklarının temelini teşkil etmiştir²⁶³. Şirket

²⁶⁰ Söğütlü, **Contractus**, s. 149

²⁶¹ D. 17.2.52.1 (Ulp.): “*Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides.* (Ortaklığa ilişkin bu eylemde iyi niyet önemli bir unsurdur.)”; Berki, s. 291; Honig, s. 267; Koschaker, ss. 239, 240; Söğütlü, **Contractus**, s. 171; Umur, **Ders Notları**, s. 195.

²⁶² Gai. Ins. 3.154.a; “*Est autem alium genus societatis proprium civium Romanorum, Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellatur ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est.* (Artık Roma vatandaşlarına özgü başka bir topluluk türü daha var. Bir zamanlar babanın ölümü üzerine, ailenin mirasçıları arasında, erct olarak adlandırılan, yani bölünmemiş bir alan olarak adlandırılan, belirli bir tür yasal ve doğal ortaklık oluştu: çünkü erct, bir alan adıdır, buradan kaynaklanır. Erus lordu denir.)”; Rado, **Roma Borçlar**, s. 111; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 516; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 240; Zimmermann, ss. 450-451.

²⁶³ Zimmermann, s. 453.

sözleşmelerinde mallar üzerinde ortakların müşterek mülkiyeti vardır, alacaklar, borçlar ortaktır, dava ortaklara karşı açılır.

Socius olarak bilinen iki veya ikiden daha fazla ortak arasında kazanç temeline dayalı yasal bir menfaat sağlamak amacıyla mal veya emek ortaklığı üzerine kurulan bir sözleşme türüdür²⁶⁴. Meşru kazanç amacıyla iştirak hissesi olarak bilinen mal veya emeklerin bir araya getirilmesi *societas* 'ın temel şartlarından²⁶⁵. Ortaklığın meşru kazanç üzerine kurulması zaruretiyle kast, hırsızlık gibi amaçlarla şirket sözleşmesi kurulması durumunda bu sözleşme batıl kabul edilir²⁶⁶. Tarafların ortaklık üzerine

²⁶⁴ D. 19.5.13.1 (Ulp.): “*Julianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatam, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorreere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum domini tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem iulianus dandam, id est praescriptis verbis. Ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. Idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.* (Julianus Özetin On birinci Kitabında şunu belirtir: "Eğer bana ait olan boş bir arazinin mülkiyetini, üzerine bir ev inşa ettikten sonra bana da aynı hisseyi devretmeniz şartıyla veririm; bu Bu işlem bir satış değildir, çünkü fiyat yerine kendi mülkümün bir kısmını alıyorum; karşılıksız olmadığı için bir vekalet de değil, hiç kimse bir ortaklığa girmekten vazgeçmediği için bir ortaklık da değil. Kendi malının sahibi olmaktır." Ancak söz konusu araziye size bir oğlan çocuğunu eğitmek, bir sürüyü otlatmak veya bir oğlan çocuğunu geçindirmek amacıyla veririm, eğer bu arazi belirli bir süre geçtikten sonra satılırsa, satın alma parası aramızda paylaşılacak; bu, boş araziye ilişkin işlemden çok farklı bir işlemdir, çünkü bu durumda, daha önce mülkün sahibi olan kişi, o mülkün sahibi olmaktan çıkmaz ve dolayısıyla ortaklık davası açılacaktır. Bununla birlikte, genç bir kölenin mülkiyetini size devredersem, arazi durumunda olduğu gibi aynı kural geçerli olacaktır, çünkü mülkiyet eski sahibine ait değildir. Peki kural nedir? Iustinianus, fiili bir davanın, yani sözleşmenin yorumlanması için bir davanın açılması gerektiğini düşünüyor. Dolayısıyla, taraf arazinin mülkiyetini devretmezse, ancak arazinin veya satılması halinde fiyatının paylaşılacağı anlayışıyla üzerinde inşaat yapmanıza izin verirse, bu bir ortaklık olacaktır. Aynı prensip, malikin arazinin bir kısmının mülkiyetini devretmesi, geri kalanının mülkiyetini saklı tutması ve aynı koşullar altında bir ev inşa edilmesine izin vermesi durumunda da geçerlidir.”); Berki, s. 291; Di Marzo, s. 399; Erdoğan, **Roma Borçlar** s. 106; Honig, ss. 266,267; Koschaker, s. 239; Söğütü, **Contractus**, s. 171; Söğütü, **Roma Özel**, s. 516; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 239.

²⁶⁵ Rado, **Roma Borçlar**, s. 110; Söğütü, **Roma Özel**, s. 516; Zimmermann, ss. 454-455.

²⁶⁶ D. 17.2.57 (Ulp.): “*Nec praetermittendum esse Pomponius ait ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.* (Pomponius, bu kuralların yalnızca onurlu ve yasal bir amaç için bir ortaklık kurulduğunda

gerçekleştirdikleri rızaları bir şekilde bağlı olmaksızın geçerlidir²⁶⁷ fakat ortaklardan birinin vazgeçmesi durumunda şirket tüm ortaklar için sona erer. Tarafların tüm mallarını ortaya koyarak gerçekleştirdikleri ortaklık *societas omnium bonorum* olarak bilinirken, belirlenmiş bir ticari işlem gerçekleştirmek amacıyla kurulan ortaklıklar ise *societas alicuius negotiationis*²⁶⁸. Bir çiftliği işletmek veya bir evi yaptırmak gibi sadece bir tek mal veya işin gerçekleştirilmesi için kurulan ortaklıklar ise *societas unius rei* olarak bilinmektedir.

Şirket sözleşmelerinde kar ve zararın nasıl paylaşılacağına dair geçerli bir hüküm varsa buna uygun bir paylaşım, bir açıklama yoksa eşit bir şekilde bölüm yapılmaktadır²⁶⁹. Bu sözleşme sonucunda tarafların her birisi vadettiği görevi ifa etme yükümlülüğü altına girerken, taraflar birbirlerine karşı *actio pro socio* kapsamında hesap vermekle yükümlü kabul edilmişlerdir²⁷⁰. *Actio pro socio* şirket sözleşmelerinde tarafların görevlerini ifa etmemeleri veya eksikliğin, ihmalin bulunması durumunda birbirlerine karşı doğrudan iyi niyet davası açmalarına imkân tanımaktadır²⁷¹. İlk dönemlerde ortaklar ihmallerinden sorumlu tutulmayıp sadece *dolus* durumunda sorumlu tutulmuşlardır²⁷². Mesela, ortaklardan birisinin uygun olmayan bir şekilde

geçerli olduğu gerçeğinin gözden kaçırılmaması gerektiğini söylüyor; çünkü eğer kanunu çiğnemek için kurulmuşsa, namussuz konularda ortaklık olamayacağına genel olarak inanıldığından geçersiz olacaktır.”; Erdoğan, **Roma Borçlar** s. 106.

²⁶⁷ Erdoğan, **Roma Borçlar** s. 106.

²⁶⁸ Berki, s. 292; Di Marzo, s. 399; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 106; Honig, s. 267; Koschaker, s. 239; Rado, s. 112; Söğütü, **Roma Özel**, s. 516; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss. 240,241.

²⁶⁹ Honig, s. 268; Zimmermann, s. 458.

²⁷⁰ Berki, s. 292; Di Marzo, s. 399; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 108; Honig, s. 268; Koschaker, s. 239; Söğütü, **Roma Özel**, s. 520; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, ss. 241,246.

²⁷¹ Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 106; Koschaker, s. 240; Söğütü, **Contractus**, s. 172; Söğütü, **Roma Özel**, s. 516; Zimmermann, s. 457, 460; Umut, **Lügat**, s. 11.

²⁷² D. 2.13.9.pr. (Paul): “*Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. Veluti cum procurator res rationesve nostras administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. Et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio. Sed nec tutorem cogit praetor pupillo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere.* (Bu Ferman uyarınca Praetor tarafından zorunlu tutulmamasına rağmen hesaplarımızı sunmakla yükümlü olan bazı kişiler vardır; örneğin, bir vekilin işimizi yürüttüğü veya hesaplarımızı tuttuğu durumlarda, fiili bir dava korkusu nedeniyle Praetor tarafından hesaplarını sunması gerekmemektedir, çünkü bunu vekâlet üzerine bir dava ile elde edebiliriz. Ayrıca, bir ortağın ortaklık işlerini hileli bir şekilde gerçekleştirmiş olması halinde, Praetor bu madde uyarınca kendisine karşı

ortaklıktan çekilmesi sonucunda bu ortak elde ettiği karı diğerleriyle paylaşmaya ve bu hareketten kaynaklanan diğer ortakların zararını karşılamakla yükümlü tutulmuştur²⁷³. Bir ortağın ortaklık payı olarak kendi emeğini ortaya koyması ve olması gereken beceriyi ortaya koyamaması durumunda bu ortak *imperitiadan* sorumlu tutulmuştur²⁷⁴. Mücbir sebep sonucunda bir malın yok olması durumunda

dava açamaz, zira ortağı adına bir dava söz konusudur; Praetor da bir vasiyi vesayeti altına hesap vermeye zorlayamaz çünkü onu vesayet eylemiyle bunu yapmaya zorlamak adettir.”;

²⁷² Di Marzo, s. 400; Erdoğan, s. 108; Söğütlü, **Contractus**, s. 172; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 516; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 242; Zimmermann, s. 462.

²⁷³ Paul, D. 17.2.65.4 (Paul): “*Item si societatem incamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris earn emere ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeris, teneberis quanti interest mea.* (Ayrıca, bir malın satın alınması için ortaklık kurarsak ve daha sonra bunu kendiniz satın almak isterseniz ve bu nedenle ortaklıktan çekilirseniz, o maldaki payınız ölçüsünde sorumlu olursunuz. Ancak satın alma işlemi hoşunuza gitmediği için geri çekilirseniz, ben satın alsam bile bundan sorumlu olmayacaksınız; çünkü bu durumda kast söz konusu değil. Bu görüşler Iulian tarafından da savunuldu.)”; Söğütlü, **Contractus**, s. 172; Zimmermann, s. 462.

²⁷⁴ D. 17.2.52.2 (Ulp.): “*Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.* (Bir ortağın sadece kasttan mı sorumlu olduğu, yoksa aynı zamanda ihmalden mi sorumlu olduğu sorusu ortaya çıkıyor. Celsus, Özet’in Yedinci Kitabında, ortakların sahtekarlığın yanı sıra ihmalden de birbirlerine karşı sorumlu olduklarını belirtir. Ve diyor ki, eğer bir ortaklık kurarken içlerinden biri, örneğin ortaklaşa tutulan bir sürünün otlatılması gibi bir durumda, kendi becerisini ve emeğini sunmayı taahhüt ederse; ya da bir tarafa ıslah edilmesi ve mahsullerin ortak olarak toplanacağı bir tarla veririz; bu durumda emeğinin ve becerisinin değeri dikkate alındığından kesinlikle ihmalden sorumlu olacaktır. Ortaklardan birinin ortak mala zarar vermesi halinde ihmalden de sorumlu olacağı kabul edilir.)”; D. “7.2.52.3 (Ulp.): “*Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnus est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.* (Öngörülemeyen, yani kaçınılmaz olan kazalardan ortaklar sorumlu değildir. Bu nedenle, bir sürü, kıymet takdiri yapıldıktan sonra bir ortağa teslim edilirse ve hırsızların saldırısı veya yangın nedeniyle kaybolursa, parayı alan tarafın herhangi bir kastı veya ihmali bulunmadığı takdirde, zararın ortaklaşa karşılanması gerekir. Değerlemesi yapıldıktan sonra sürü dedi. Ancak hırsızlar tarafından çalındığında, zararın emanet edildiği tarafça karşılanması gerekir, çünkü sürüyü değerlemesinden sonra alan kişi ona bakmak zorundaydı. Bu görüşler doğrudur ve sürü, takdir edilmiş olmasına rağmen ortaklık kurmak amacıyla otlatmaya teslim edilmişse ortaklık davası açılacaktır.”); D. 17.2.72 (Gai.): “*Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiaae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet.* (Bir ortak

buna ortaklar beraber katlanırdı. Klasik sonrası dönem ve Iustinianus döneminde ise bu hüküm ağırlaştırılarak *omnis culpa* sorumluluğu şekline getirilmiş, ihmalin belirlenmesinde hafif ve somut ölçüler kullanılmıştır²⁷⁵. Yani tarafların kendi işlerine gösterdikleri özen ve ihtimamı ortaklaşa yaptıkları işte de göstermeleri beklenmekte ve taraflar gösterdikleri özen kapsamında (*diligentia quam suis*) sorumlu tutulmaktadırlar²⁷⁶. Ortaklık için kusurlu bir mal getiren veya malında bozukluk bulunan kişi diğer ortaklarına karşı sorumlu tutulmaktadır. *Actio pro socio* kapsamında açılan davalarda hâkim her bir ortağı kendi gücü nispetinde değerlendirerek, yapamayacağı bir hükme mahkûm etmezdi fakat dava sonucunda mahkûm edilen ortak *infamis* kabul edilirdi²⁷⁷.

Şirket sözleşmeleri, bu sözleşmesin kurulmasıyla hedeflenen amaca ulaşılması durumunda, belirlenen sürenin dolması durumunda, şirket mallarının bitmesi halinde, şirket sözleşmesinin feshedilmesiyle, taraflardan birinin ortaklıktan çekilmesiyle sona ermektedir²⁷⁸. Ortaklardan bir tanesinin ölmesi durumunda, ölenin mirasçıları onun yerine geçemez ve ortaklık son bulurdu. Ortaklığın sonlandırılması durumunda taraflar

diğerine karşı ihmalkarlık, yani tedbirsizlik ve dikkatsizlik nedeniyle sorumludur. Ancak bu durumda ihmâl, en kesin özenin gösterilmemesi anlamına gelmemektedir; çünkü kendi işlerinde yapmaya alıştığı özenin aynısını ortaklık işlerinde de göstermesi yeterlidir; çünkü çok az çaba gösteren bir partneri seçen kişinin suçlayacağı tek kişi kendisidir.”; Söğütlü, **Contractus**, s. 172; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 520; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 242; Zilelioğlu, s. 249; Zimmermann, s. 464.

²⁷⁵ Di Marzo, s. 400; Zimmermann, ss. 462-464; Rado, **Roma Borçlar**, s. 114; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 520.

²⁷⁶ Ius. Ins. 3.25.9: “*Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidia atque negligentiae, nomine, quaesitum est: praevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est suae id imprudentiae imputare, debet.* (Bir ortağın, diğer ortağına karşı sadece kasttan mı yoksa ihmalden de mi sorumlu olduğu sorusu tartışmalıdır. İhmalden de sorumlu olacağı görüşü ağır basmaktadır. İhmalin ölçüsü en büyük özen ölçüsü değildir. Ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni, ortaklığın işleri için de göstermiş olması yeterlidir. Özensiz bir ortak seçen kişi suçu kendisinde aramalıdır.”); Berki, s. 292; Erdoğan, s. 108; Söğütlü, **Contractus**, s. 173; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 520; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 242.

²⁷⁷ Erdoğan, s. 108; Koschaker, s. 239; Söğütlü, **Contractus**, s. 172; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 520; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 241.

²⁷⁸ D. 17.2.70 (Paul): “*Nulla societatis in aeternum coitio est.* (Hiçbir şirket sonsuza kadar bir araya gelmez.)”; Berki, s. 292; Honig, s. 269; Koschaker, s. 240; Söğütlü, **Contractus**, s. 172; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 520; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 245; Zimmermann, ss. 455-457.

borçların ödenmesi veya şirket mallarının bölüştürülmesi için *actio communi dividundo* davasına başvurulardı.

3.4.4. *Mandatum* (Vekalet Sözleşmesi)

Eski Roma döneminde imparatorun taşra bölgelerinde görev yapan valilere gönderdiği talimat olarak da bilinen *mandatum*, taraflardan birisinin diğerine emanet ettiği bir vazifeyi ücretsiz olarak yerine getirmeye mecbur bırakan rızaya dayalı, eksik iki taraflı iyi niyet davalarına sebep teşkil eden sözleşmelerdir²⁷⁹. Rızaya dayalı olması sebebiyle *emptio venditio* ve *deposituma* bezerken karşılıksız olması sebebiyle *commodatum* ve *deposituma* benzemektedir²⁸⁰. Vekalet yetkisini başkasına devreden kişi olan müvekkil *mandans* veya *mandator* olarak bilinirken, vekalet yetkisini üzerine alan kişi olan vekil *mandatarius* veya *procurator* olarak isimlendirilmektedir²⁸¹. Rızai sözleşme grubunda olan vekalette tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşma ile sözleşme kurulmuş olur ve bu sözleşme de şekil zorunluluğu yoktur. Vekalet sözleşmesinin temel özelliği belirli bir ücret şartının olmamasıdır²⁸², ücret ödemesinin yapıldığı durumlarda bu vekalet sözleşmesi olarak değil hizmet veya istisna sözleşmesi kapsamında değerlendirilir²⁸³. Sadece vekile yaptığı iş karşılığında *honorarium* olarak isimlendirilen bir şeref ücretinin ödemesi yapılabilirdi²⁸⁴. Yine yüksek seviyeli işler hizmet sözleşmesine konu olamayacağı için vekalet sözleşmesi

²⁷⁹ D. 17.1.1.4 (Paul): “*Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.* (Bir vekâlet, karşılıksız olmadığı sürece geçersizdir; kökenini görev ve dostluktan alır, dolayısıyla tazminat, göreve karşıttır; çünkü paranın söz konusu olduğu yerde, işlem daha ziyade kiralama ve işe alma ile ilgilidir.)”; Berki, s. 292; Di Marzo, s. 401; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s.109; Haluk Emiroğlu, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (*Mandatum*) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, **AÜHFD**, 51, 1, 2003, s. 101; Honig, s. 269; Koschaker, s. 242; Söğütlü, **Contractus**, s. 174; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 521; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 246.

²⁸⁰ Zimmennman, s. 413.

²⁸¹ Di Marzo, s. 401; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 521.

²⁸² D. 17. 1.6.pr. (Ulp.): “*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.* (Ücret yoluyla bir onur bahşedilmişse, vekalet davası açılacaktır.)”; Honig, s. 269; Söğütlü, **Contractus**, s. 177; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 522; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 248.

²⁸³ Zimmermann, ss. 413-416; Rado, ss. 116-117.

²⁸⁴ Emiroğlu, s. 105; Söğütlü, **Contractus**, s. 176; Söğütlü, **Roma Özel**, s. 521; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 252.

kapsamında değerlendirilirdi²⁸⁵. Gaius *Institutiones*'de bu görüşü destekleyerek bir kişinin ücret ödemeksizin kıyafetlerini temizletmeye ve ütületmeye göndermesinin vekalet sözleşmesi olduğunu, bunun bir ücret ödemesi ile yapılmasının ise bir istisna sözleşmesi olduğunu belirtmiştir²⁸⁶. Bu işlerde minnet borcunun ödenmesi için para kararlaştırılıp daha sonra ödenmemesi halinde eski hukuk ve klasik hukuk döneminde dava açılması kabul edilmezken, klasik sonrası hukuk ve Iustinianus hukuku döneminde sistem dışı yargılamaya başvurulabileceği kabul edilmiştir²⁸⁷. Vekalet sözleşmesinin diğer bir özelliği ise vekil müvekkili adına işlem yapsa dahi doğrudan temsil tanınmadığı için vekil yaptığı işlemlerden bizzat kendisi sorumlu tutulur. Vekil müvekkille üçüncü taraf arasında aracı konumunda olduğu için müvekkilin onaylaması durumunda borç gibi işlemlerin müvekkile devri gerçekleşir. Müvekkilin veya üçüncü tarafların menfaatini muhafaza etmek amacıyla vekalet yapılabileceği gibi vekil menfaatine de vekalet yapılabilmekte fakat bu tavsiye niteliğinde değerlendirilmektedir²⁸⁸.

Vekalet sözleşmesinden doğan davalar *actio mandati* kapsamında değerlendirilmekte, vekil ya da müvekkilin davacı olması durumuna göre farklılık göstermektedir. Iustinianus döneminde alacaklı durumda olan müvekkil vekalet

²⁸⁵ Honig, s. 270; Koschaker, s. 242; Söğütü, **Contractus**, s. 175; Söğütü, **Roma Özel**, s. 521.

²⁸⁶ Gai. Ins. 1.3.162. “*In suma sciendum, est, quotiens faciendum aliquid, gratis dederim, quo nomine si mercede statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem ueluti si fulloni polienda curandaue uestimenta dederim aut sarcinatori sarcienda.* (Kısaca bilinmelidir ki, ben bir şeyi bedava olarak verdiğimde, ki bu ad altında bir ücret belirlersem, kira ve kiralama sözleşmesi yapılırsa, bu bir emir işidir, sanki cilalansın, bakılsın diye kıyafet vermişim gibi. bir çamaşırcı tarafından veya giysilerin bir paketleyici tarafından onarılması için.)”.

²⁸⁷ D. 50.13.1.5 (Ulp.): “*Proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonesta, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. Quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.* (Dolayısıyla bir ilin Valisi Medeni Hukuk profesörlerinin ücretine göre karar vermez, çünkü onların bilgeliği son derece kutsal kabul edilir; ancak parasal değerine göre tahmin edilmemeli veya talimatları karşılıksız olarak vereceğine dair yemin etmesi gereken bir kişi tarafından tazminat talep edildiğinde itibarsızlaştırılmamalıdır. Yine de, teklif edildiğinde katkılar onurlu bir şekilde kabul edilebilir, ancak talep edilmesi durumunda bu onursuz bir davranış olacaktır.)”; Honig, s. 269; Söğütü, **Contractus**, s. 176; Söğütü, **Roma Özel**, s. 523.

²⁸⁸ Berki, s.293; Di Marzo, s. 402; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 110; Honig, s. 270; Koschaker, s. 242; Söğütü, **Roma Özel**, s. 525; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 252.

şartlarının yerine getirilmesiyle ilgili sorumlulukların gerçekleşmesini sağlamak için *actio mandati directa* kapsamında dava açabileceği gibi, vekalet görevini ifa etmek için masraf yaparak zarara uğramış olan vekil, zararlarının giderilmesi için *actio mandati contraria* kapsamında dava açma yetkisine sahiptir²⁸⁹. Vekil klasik dönemde herhangi bir menfaat elde etmeden sadece kastından sorumlu tutulurken²⁹⁰, klasik

²⁸⁹ Honig, s. 270; Koschaker, s. 243; Umur, **Lügat**; s. 9.

²⁹⁰ D. 17.1.8.8 (Ulp.): “*Quod et ad actionem fideiussoris pertinet. Et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: "Catullo Iuliano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te". Igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: si scierunt, incumbere eis necessitas provocandi, ceterorum dolo versati sunt, si non provocaverunt. Quid tamen, si paupertas eis non permisit? Excusata est eorum inopia. Sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare.* (Bu aynı zamanda, İlahi Kardeşlerin Catullus Julianus'a hitaben yazdığı bir fermanın anlaşılabilirliği üzere, kefilin hak sahibi olduğu dava için de geçerlidir: "Eğer kefaletiniz haline gelen taraflar, onlara karşı daha büyük bir meblağ karşılığında hüküm verilmişse ve eğer onlar akıllı ve gerçeklerden haberdar oldukları için temyize başvurmayı ihmal ederlerse, vekalet üzerine dava açarlarsa mahkemenin adaletine başvurarak kendinizi koruyabilirsiniz." Bu nedenle, eğer gerçeklerden habersizlerse, cehaletleri mazur görülebilir; fakat eğer gerçeklerden haberdarlarsa, temyize başvurmak onların sorumluluğundaydı ve bunu yapmamakla kötü niyetle suçlu olmuşlardı. Peki ya yoksulluk nedeniyle engellenirlerse? O zaman onların mazeretleri fakirlik olmalıdır, ancak eğer asıl borçlu ile şahitler huzurunda, onun uygun olduğunu düşünmesi halinde temyize başvurması gerektiği yönünde bir anlaşma yapmışlarsa, ben onların doğru davrandıkları kanaatindeyim.); D. 17.1.8.10 (Ulp.): “*Proinde si tibi mandavi, ut hominem emerem, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. Sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum. Sed et si restituas, et tradere debes. Et si cautum est de evictione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis.* Dolayısıyla eğer sana bir köle satın almanı emredersem ve sen de bunu yaparsan, onun tesliminden sen sorumlu olacaksın. Ancak onu satın almayı kasıtlı bir şekilde ihmal ettiyseniz (veya belki de bu amaçla para almışsanız, satın alması için onu bir başkasına verdiyseniz) veya ağır ihmalden suçlu iseniz (örneğin, bir iyilik nedeniyle, başka birinin onu satın almasına izin vermelisiniz) sorumlu olacaksınız. Ancak satın aldığımız köle kaçarsa, bu sizin kötü niyetinizden kaynaklanıyorsa, bunun sorumlusu siz olursunuz. Ancak kast ya da ihmal yoksa, kölenin elinize geçmesi durumunda onu teslim etmek için güvence sağlamanız gereken ölçü dışında sorumlu olmayacaksınız. Ama eğer onu teslim edeceksen, onun mülkiyetini bana vermelisin ve eğer onun tahliye yoluyla kurtarılmasına karşı teminat verilmişse veya size teminat verilmesini isteme hakkınız varsa, bu dava hakkını bana devretmeniz ve böylece beni sizin vekiliniz olarak atamanızın yeterli olacağını düşünüyorum. Vekili benim işlerimde hareket edecek ve gerçekte elde ettiğinizden daha fazlasını yapmak zorunda kalmayacaksınız.); D. 17.1.22.11 (Paul): “*Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet, nisi renuntiatum sit (renuntiari autem ita potest, ut integrum ius mandatori reservetur vel per se vel per alium eandem rem commode explicandi) aut si redundet in eum captio qui susceptit*

sonrası hukuk dönemi ve Iustinianus döneminde ücret almamasına, menfaat elde etmemesine rağmen tüm kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaya başlanmıştır²⁹¹. Vekilin *actio mandati directa* kapsamında mahkûm edilmesi *infamia* (şerefsizlik) ile sonuçlanmaktadır²⁹².

Vekalet sözleşmesi konu olan vazifenin tamamlanmasıyla, sürenin sona ermesiyle, tarafların anlaşmasıyla, vekilin görevden azledilmesiyle (*revocatio*) vekilin

mandatum. Et quidem si is cui mandatum est ut aliquid mercaretur mercatus non sit neque renuntiaverit se non empturum idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri eum convenit: nec amplius tenebitur, sicuti Mela quoque scripsit, si eo tempore per fraudem renuntiaverit, cum iam recte emere non posset. (Bununla birlikte, tıpkı bir kişinin bir vekâleti kabul etmeme özgürlüğü olduğu gibi, eğer kabul edilirse, iptal edilmedikçe yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca, konuyu rahatlıkla halletme yetkisini veren tarafın gerek kendisi gerekse başkası tarafından hakkı saklı kalacak şekilde geri alınabileceği gibi veya görevi yerine getiren kişinin nerede yararlanabileceği. Ve kendisine bir şeyi satın alma yetkisi verilen kişi bunu yapmaz ve satın almayacağını beyan etmezse, başkasının ihmalden değil, kendi ihmalden sorumlu olacaktır ve vekâlet davasına tabi olacağı kararlaştırıldı. Satın alma işlemi düzgün bir şekilde yapmadığı bir zamanda hileli bir şekilde vekaletini iptal etmesi halinde (Mela'nın da söylediği gibi) yine de sorumlu olacaktır.)"; Di Marzo, s. 403; Koschaker, s. 243; Söğütlü, **Contractus**, s. 177; Zilelioğlu, s. 246; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 249.

²⁹¹ D. 50.17.23 (Ulp.): "*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.* (Bazı sözleşmeler yalnızca kastı içerirken, diğerleri hem kastı hem de ihmali içermektedir. Sadece kastı içerenler güvencesiz bir tapu altında yapılan para yatırma ve transferlerdir; vekâlet, ariyet, satış, rehin, kiralama, ayrıca çeyiz bahşedilmesi, vesayet ve ticari muamele hem kast hem de ihmali içeren fiillerdir. (Ancak son ikisi olağanüstü bir titizlik gerektirir.) Ortaklık ve mülkün ortak mülkiyeti hem kastı hem de ihmali içerir. Ancak bu, yalnızca farklı sözleşmelerde az ya da çok hiçbir şeyin açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda geçerlidir; çünkü sözleşme bir yasayı empoze ettiğinden, başlangıçta üzerinde anlaşılacak şeye uyulmalıdır; Celsus'un söylediği gibi, kastın olması durumunda sorumluluğun doğmayacağına dair anlaşmaya varılması durumunda sözleşmenin geçerli olmaz. Çünkü bu, sözleşmelere ilişkin iyi niyete aykırıdır ve bu bizim şu andaki uygulamamızdır. Bununla birlikte, hayvanların başına gelebilecek kazalar, ölümleri ya da ihmalden kaynaklanmayan başka herhangi bir olayla ilgili hiçbir sorumluluk kabul edilmez; ya da korunması alışılmış olmayan kölelerin kaçışı, soyguncular, kargaşalar, yangınlar, su baskınları ve hırsızların saldırıları ile ilgili olarak.)"; Di Marzo, s. 403; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 110; Honig, s. 270; Koschaker, s. 242; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 249.

²⁹² Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 110; Koschaker, s. 243; Rado, **Roma Borçlar**, s. 119; Söğütlü, **Contractus**, s. 177; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 249; Zimmermann, ss. 426-429.

istifası, ölümü veya vekalet ehliyetinin kaybedilmesi gibi şart ve durumların gerçekleşmesi ile sona ermektedir²⁹³. Vekilin görevden azledilmesi durumunda bu durumdan haberdar olana kadar yaptığı işlemleri müvekkilinin kabul etmesi gerekmektedir.

²⁹³ Berki, s. 293; Di Marzo, ss. 402,403; Erdoğan, **Roma Borçlar**, s. 112; Honig, s. 270; Tahiroğlu, **Roma Borçlar**, s. 252.Umur, **Lügat**, s. 130; Zimmermann, ss. 424-425.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUKTA KUSUR ŞARTI VE ROMA HUKUKUNUN ETKİSİ KUSUR ŞARTINA ETKİSİ

1. Sözleşme ve Sorumluluk Kavramları

1.1.Sözleşme Kavramı

Kanun koyucu, TBK. m.1’de “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamasıyla kurulur.” diyerek sözleşmenin kuruluş esaslarını belirtmiştir. Öğretide belirli bir hukuki sonucu elde etmek niyetiyle yapılan birbirine uygun irade açıklamalarının sözleşmenin kurulması için yeterli olduğu kabul edilmiştir¹. Zaman olarak önce yapılan irade beyanına ‘öneri’, öneriyi takip eden ve öneride belirtilen hususların onayladığını belirten irade beyanına ‘kabul’ denilir². Sözleşme ile borç sözleşmesi aynı şeyleri karşılamaz³. Sözleşme bütün medeni hukuku kapsar. Türk Medeni Kanunu’na göre evlenme, dernek kurma, evlat edinme gibi sözleşmelerin varlığı bunun kanıtlarından birisidir⁴. Kişiler bu sözleşmeleri yaparak kendi üzerlerinde birtakım haklar ve yükümlülükler doğururlar. Bu yükümlülüklerle aykırı davranışları durumunda ise sorumlulukları ortaya çıkar.

1.2.Sorumluluk Kavramı

Hukuki sorumluluk halleri, sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşme sorumluluğu olarak iki başlık altında incelenebilir. Kişinin sorumluluğunun bir sözleşmeden

¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ondokuzuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 229 vd; Necip Kocayusufpaşaoğlu ve diğerleri, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 130; İsmail Kayar, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler / Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 49; Osman Gökhan Antalya, **Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt V/1,1**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 303; Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 151.

² Kayar, s.57; Antalya, **Marmara Hukuku V/1,1**, s. 295; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 165 vd.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 179-208; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 243-260.

⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 97; Elif Ayan, **Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2013, ss. 4-5; Eren, **Borçlar Hukuku**, ss. 199-203; Ayan, **Borçlar Hukuku**, ss. 151,152.

doğmasına gerek yoktur. Kişiler, hukukun kendilerine tanıdığı davranış kalıplarının sınırları içerisinde davrandıkları sürece sorumluluklarının doğması muhtemel değildir. Kişiler bu sınırları aşmaya başladıklarında ise sorumluluk doğar ve sorumluluk hukuku kişinin davranışlarının sonuçlarını yüklenmesini talep eder. Buna göre kişi, genel hukuk kaidelerinin kendisine çizdiği sınırlara aykırı davranıyor ve hukuka aykırı bir davranışla hukuk düzeni tarafından istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet veriyorsa haksız fiil sorumluluğundan bir diğer ifadeyle ‘dar anlamda sorumluluktan’ bahsedilir⁵. Sorumluluk kavramı “-den sorumluluk” ve “-ile sorumluluk” olarak iki farklı şekilde kullanılmaktadır. “-ile sorumluluk” kavramıyla borcunu gereği gibi ifa etmeyen borçlunun malvarlığına devlet eliyle el konulması anlatılır⁶. Tarafların yaptıkları sözleşmelerle, birbirlerine yükledikleri yükümlülükler aykırı davranışlarında sözleşmeden doğan sorumluluktan bahsedilir⁷. Bu sorumluluk türleri ‘-den sorumluluk’ başlığı altında incelenmektedir⁸. Haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluğunun tamamına ise ‘geniş anlamda sorumluluk’ denilmektedir⁹. Sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluk aynı olayda birbiriyle yarışabilmektedir¹⁰.

Sorumluluk hukukunun temel amacı meydana gelen zararın kim tarafından ve ne oranda tazmin edileceğinin tespit edilebilmesidir¹¹. Ama sözleşmeden doğan sorumluluğunun kast ve ağır ihmâl durumu hariç olmak üzere kaldırılabilme yahut sınırlandırılabilme imkânı bulunmaktadır¹². Kaldırılma halinde alacaklının, borçluyu hafif ihmâlden sorumlu tutabilme hali tamamen ortadan kaldırılırken, sınırlandırılma

⁵ Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 247; Başak Baysal, **Haksız Fiil Hukuku**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.49 vd.

⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 480; Oğuzman, Öz, 2002b, s. 461; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 3 vd.

⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, ss. 508-209.

⁸ Antalya, 2019a, s. 117; Kayar, s. 94

⁹ Antalya, 2019a, s. 117;

¹⁰ Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 248; Baysal, **Haksız Fiil**, ss.51,52; Burak Türk ve Çiğdem Yılmaz, “Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması,” **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, 2018, Ed. Başak Baysal, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 378-382.

¹¹ Oğuz, s. 278.

¹² Ayan, **Borçlar Hukuku**, ss, 399,400; Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, ss.237, 238; Kayar, s. 167.

durumunda borçlunun belirli hallerden dolayı sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir¹³. Sınırlandırmanın, sorumluluk doğmadan gerçekleştirilmesi mümkün olmadığından sorumluluğun doğması için aranan tüm şartların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, asli edim yükümlülüklerini ve yan edim yükümlülüklerini içerdiği için borçlunun yükümlülüklerin gereklerini yerine getirmemesi kendi sorumluluğunu doğurur¹⁴. TBK. m.114/2’de “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır.” hükmüyle hâkimin durum ve şartlar gerektiriyorsa haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine gidilebileceğini göstermiştir. TBK. m.114’te yapılan atıf sayesinde haksız fiilden doğan sorumluluğun doğması için aranan şartların sözleşmeden doğan sorumluluk için de aranacağı kabul edilmektedir¹⁵. Bu cihetle, TBK. m.51/1’de “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.” diyerek hâkimin tazminatın kapsamını belirlerken somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmiştir. Bu hüküm borca aykırı davranışın somut olayda bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, zararın tazmin edilmesinde hâkime takdir yetkisini vermesi bakımından önemlidir. Sorumluluk şartları bakımından sözleşmeler hukukunun kurallarına gidilir ve kanunun bu yöndeki değerlendirmeleri göz önüne alınır. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerden uygulanabilir olanlar TBK. m. 114, kapsamında hâkim tarafından değerlendirilerek somut olay gerektiriyorsa uygulanır.

2.Kusur İlkesi ve Kusur İlkesinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Açısından Önemi

İster sözleşmeden doğan sorumluluk açısından ister haksız fiilden doğan sorumluluk açısından fark etmeksizin istisnai durumlar hariç tutulmak üzere Türk

¹³ Ayan, **Sözleşme Sorumluluğu**, ss. 6,7.

¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 31-36,1035; Erol Cansel, Çağlar Özel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 139.

¹⁵ Baysal, **Haksız Fiil**, s.50.

Borçlar Kanunu m.49 ve m.112 birlikte değerlendirildiğinde, kusur olmaksızın sorumluluktan bahsedilmez¹⁶. Sorumluluk bağlamında Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerine bakıldığında sorumluluğu doğuran diğer şartların yanı sıra kusur ilkesinin ayrı bir kavram olarak ele alındığı açıkça görülür¹⁷. Fransız hukuk sisteminde ise kusur hukuka aykırılık kavramı içerisinde incelenmektedir¹⁸. Kusur sorumluluğunun kurucu unsuru olmasının yanı sıra kusur, sorumluluğun etkisini sınırlandırarak tazminat miktarına etki edebilmektedir¹⁹.

Sorumluluğun ortaya çıkmasını tetikleyen farklı olaylar mevcuttur. Bunlar temerrüt hali, kötü ifa, sonraki kusurlu imkânsızlık, *culpa in contrahendo* halleri olarak sıralanabilir. Borçlunun bu hallerde sorumluluğu doğarken zararın tazmin edilme şekilleri farklılık göstermiştir. Özellikle kusurlu sonraki imkânsızlık hali için, haksız fiil şartlarına TBK. m.114'le atıf yapılarak sorumluluk için aranan şartlar belirtilmiştir.

Türk hukukunda kusur olmadan sorumluluk doğmaz prensibi kabul edilmiştir²⁰. Bu da Türk hukukunda kusur ilkesinin sorumluluğun oluşmasında asli bir şart olduğunu göstermektedir. Kişinin üzerine isnat edilebilecek herhangi bir olgunun olmaması durumunda sorumluluğun bu kişi üzerine kurulabilmesi için kanunun açık bir şekilde bunu düzenlemiş olması gerekmektedir²¹. Haksız fiilden doğan sorumluluk şartlarına yapılan atıf sebebiyle sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olması için, kişinin (borçlunun) zarar verirken kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille hareket edip

¹⁶ O. Sabri Güven, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri I," **Yargıtay Dergisi**, 7, 4, 1981, s. 577; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.532.

¹⁷ Alper Uyumaz, "Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri," **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 13, 1, 2023, s. 520 ;Eren, **Borçlar Hukuku**, s.644; Ali Naim İnan ve Özge Yüce, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.265; Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s.20 vd., s.31 vd; Yıldız Abik, "Normun Koruma Amacı Teorisi," **AÜHFD**, 59, 3, 2010, ss345- 448, 425.

¹⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 644; Uyumaz, s. 520.

¹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 644; Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 69; Osman Gökhan Antalya, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler," **MÜHF-HAD**, 14, 4, 2008, s. 68; Uyumaz, s. 520.

²⁰ Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 234; "Eğer ifa imkânsızlığı, borçlunun kusurundan ileri gelmemişse veya ona isnadı kabil değilse, borcun sukutu sebebi sayılır." Bkz. Halûk Tandoğan, **Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 395.

²¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 617

etmediği araştırılmıştır. Öğretide buna dayanarak sorumluluğun şartlarını, zarar, kusur, davranış ve uygun illiyet bağı şeklinde sıralamıştır.

Türk hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk değerlendirilirken borçlunun, genel olarak her türlü kusurundan sorumlu tutulması esas kabul edilmiştir. Kusurun, değerlendirmesi yapılırken hukuk düzeninin kişilere “kimseye zarar vermeme emri” bulunduğu göz önüne alınmalıdır²². Liberal hukuk düzenlerinde kişilerin seçimlerinin kısıtlanmaması, seçimlerinde özgürce harekette bulunmaları kabul edilmektedir²³. Bu kabulün bir sonucu olarak da kişilerin yaptıkları seçimlerin sonuçlarına katlanmaları gerektiği kabul edilmektedir. Kişi hür iradesiyle karşı tarafa zarar vermeyi tercih ediyorsa, yaptığı seçimin, kusur ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi normal karşılanmalıdır²⁴. Haksız fiilden doğan sorumluluk ve sözleşmeden doğan sorumluluk arasında karşılaştırma yapılırken göz önünde tutulması gereken bir unsur sözleşmeden doğan sorumluluk için her zaman kusurun aranmasına gerek olmadığıdır²⁵. Borçlu ve alacaklının, kurdukları sözleşmelerde karşılıklı bir güven unsurunun içerisinde buldukları, haksız fiilden farklı olarak göz önüne alınmalıdır²⁶. Bu unsura dayalı olarak kendisini kusur karinesinde gösteren borçlunun zararın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını ispat etmesi aksi takdirde kusurlu olarak değerlendirileceği kabul edilmiştir²⁷.

2.1. Kusurun Tanımı

Öğretide çeşitli kusur tanımları bulunmaktadır. Bir görüşe göre kusur, “kınanabilirliği olan bir davranış ve hukuka aykırı davranışta bulunan kişi ile ilgili yürütülen değer yargısı çeşidi”²⁸ olarak tanımlamıştır. Tandoğan, kusur kavramını hukuk düzeninin bir hareket tarzını “takbih ve muaheze etmesi” olarak tanımlayarak

²² Baysal, **Haksız Fiil**, s. 56.

²³ Halis Çetin, “Liberalizmin Temel İlkeleri,” **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2, 1, 2001, s. 234.

²⁴ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 56.

²⁵ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 57; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 102.

²⁶ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 57.

²⁷ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 57.

²⁸ Nomer, **Borçlar Hukuku**, 114; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2002, ss. 154-155.

bunun sebebini bireyin kendisinden beklenen hareket tarzına uygun davranmaması olarak yorumlamıştır²⁹. Haksız fiil sorumluluğu altında incelenen kusur kavramının, sözleşmeler hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi yapıldığında hukuka aykırı davranış kavramı yerini borca aykırı davranış kavramına bırakmaktadır. Bu tanımlarda ağır basan bir ahlakilik unsuru söz konusu olmaktadır. Kusur ahlaki bir çerçeveden değerlendirildiğinde sorumluluk için kusur, sübjektif unsur; hukuka aykırılık ya da borca aykırılık ise objektif unsur olarak kabul edilir. İkisini bir arada değerlendirerek hukuka aykırı davranma yönünde seçim yapan kişinin kınanması gerektiği savunulur³⁰. Bu görüşü savunanlar kusuru, borca aykırı hareket ederek alacaklıya zarar veren borçluyula alakalı olarak bir sübjektif değerlendirme olarak kabul etmiştir. Kusur tanımında yaklaşımların farklı olmasının temelinde kusurun sübjektif ve objektif olarak değerlendirilmesi vardır. Hukuk düzeni kişinin kusurlu olup olmadığını değerlendirirken, kişinin temel yeteneklerini ve bilgi düzeyini göz önüne almalıdır deniyorsa sübjektif kusur görüşü kendini gösterirken; kişiden beklenen özenin derecesi göz önüne alınmalıdır deniliyorsa objektif kusur görüşü kendini göstermektedir.

2.1.1. Sübjektif ve Objektif Kusur Görüşleri

Sübjektif ve objektif kusur görüşleri arasındaki fark kusur türlerinden ihmal için önem taşımaktadır. Kişinin kasıtlı bir davranışı gerçekleştirmesinde sübjektif veya objektif kusur görüşünün değerlendirilmesi sonucu değiştirmez. Bilerek ve isteyerek hareket eden kişi kusurlu kabul edilir. İhmali davranışlarda ise kişinin, davranışının sonuçlarını öngörememesi veya istememesi söz konusuysen davranışının sonuçlarından kurtulmak için gerekli olan özeni göstermemesi onun kusurunu doğurur³¹. Kişinin göstermesi gereken özen belirlenirken dikkate alınacak ölçütlerin sübjektif mi yoksa objektif mi olacağı öğretide tartışma konusudur³².

²⁹ Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 46.

³⁰ Oğuzman, **Öz 2002b**, s. 45; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 114.

³¹ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 60; Oğuzman, **Öz 2002b**, s. 54; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 48.

³² Baysal, **Haksız Fiil**, s. 60.

2.1.1.1. Sübjektif Kusur Görüşü

Sübjektif kusur görüşü kişinin verdiği kararlarda özgür olduğu prensibine dayandığı için borçlunun kendi iradesiyle verdiği kararlara dayanarak ortaya koyduğu davranışlardan sorumlu olması gerektiğini kabul eder³³. Kişinin bu özgürlüğe sahip olduğunun kabul edilebilmesi için kendisinde ayırt etme gücünün bulunması ve aynı zamanda fiilin kendisine yüklenebilir durumda olması gerekmektedir³⁴.

Sübjektif kusur görüşüne göre kişinin kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, kişinin şahsına münhasır özellikleri dikkate alınmalıdır. Öğretide bu görüşü savunan yazarlar kusuru “ahlaki olarak kınanabilir bir davranış” olarak ele almışlardır. ‘Kınama’ yargısında bulunurken kişilerin içerisinde buldukları nitelik ve kabiliyetlerinin göz ardı edilmesi doğru olmaz; bundan dolayı kusurun tespitinde kişinin “*içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartlar, kişisel yetenekleri, yetişme, eğitim ve öğrenim düzeyi, fiziki güçleri, meslek becerileri*” dikkate alınmalıdır³⁵.

Sübjektif kusur görüşünün temellerinde kişinin kusurlu sayılması için sübjektif değerlendirme yapılması ve ahlaki olarak kınanması vardır. Kişinin sübjektif özellikleri ve içinde bulunduğu durum ve şartlar, kişinin yaptığı davranışın haksız yere olmadığı sonucunu ortaya çıkarıyorsa kişi artık kınanamaz. Dolayısıyla hukuken kınanamayan bir davranış sonucunda kişi kusurlu sayılamaz³⁶. Bu görüşü kabul edenlere göre, kusur zarar verende bulunan bir irade zayıflığı halidir³⁷. Bir davranış zarar verene kusur olarak yükletilirken, bu bir davranış hatası, kınanabilir bir tutum

³³ Uyumaz, 503-546.

³⁴ Günhan Gönül Koşar, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, Birinci Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2020, s. 72.

³⁵ Karş. Eren, **Borçlar Genel**, s.595. Sübjektif niteliklerin nazara alınmasının, bir kimseyi çok üzüntülü olduğu için gerekli tedbirleri almamış olması gibi istisnai mazeretleri kapsamadığını belirterek, sübjektif görüşü sınırlamıştır. Bkz. Oğuzman, **Öz 2002b**, s. 162. “...Sübjektif ölçüde, ortalama bir tip yerine bizzat failin zekâ ve irade kudreti, mahareti, kabiliyeti, fiziki özellikleri, cinsiyeti, yaşı, mesleği, bilgisi, alışkanlıkları, deneyimleri ve sair özellikleri nazara alınır...” bkz. Erman Benli, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü,” **MÜHF-HAD**, 26, 1, 2020, ss. 305; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 50; Baysal, **Haksız Fiil**, s. 61.

³⁶ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 61; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.595.

³⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.595; Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 72; Koşar, **Haksız Fiil**, s. 72; Zafer Saka, “Kusur Kavramı,” **Adalet Dergisi**, 6, 1973, s. 442; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 313.

olarak kabul edilir ve kişinin sahip olduğu kişisel özelliklerden ayrı olarak düşünülemez³⁸.

Kişinin, davranışının zarar verici sonuçlarını önceden tahmin ederek, bu davranışının sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde davranmaması durumunda kusurlu kabul edilmesi gerekmektedir³⁹. Kişiyi örnek bir davranış kalıbında davranmaya mecbur tutmak konusunda, subjektif görüş taraftarları kişinin böyle davranması gerektiği bilincinde olmasının beklenemeyeceği varsayımıyla hareket etmektedir⁴⁰. Hukuki olarak korunan kamu düzeni tarafından kişinin kınanmasının sebebi, kusurlu davranıştan farklı davranma iradesi bulunurken bunu yapmayarak zarara sebebiyet vermesidir. Kişinin iradesi bu şekilde davranmaya ihtimal vermiyorsa, kişiyi örnek davranışa uymaması sebebiyle kınamak onun hukuk düzeni tarafından haksızlığa uğratılmasına sebebiyet verecektir⁴¹. Subjektif kusur görüşü değerlendirildiğinde, kusur, zarar veren kişinin bünyesinde taşıdığı yeteneklere göre belirlenir. Zararlı sonucun önceden farkında olarak, zihni kabiliyeti ve mesleki becerilerini kullanıp, bu zararlı sonuçtan kaçınabilme olasılığı bulunurken bu şekilde davranmayıp, zararlı sonucun doğmasına sebebiyet vermesi kişinin kusurlu olarak kabul edilmesine sebep olmaktadır⁴². Subjektif kusur görüşüne yöneltilen bir eleştiri kişinin haklı güveninin

³⁸ Uyumaz, s. 510.

³⁹ Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 72; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 313; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 642; Fırat Korkmaz, **Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi**, Doktora Tezi, 2021, Kırıkkale Üniversitesi, Kırıkkale, 2021, s. 84, 85; Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, Dokuzuncu Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016, s. 247; Uyumaz, s. 510.

⁴⁰ Koşar, s. 73; Uyumaz, s. 510.

⁴¹ Oğuzman, Öz bir taraftan subjektif kusur teorisine atıfta bulunmak suretiyle objektif ölçünün katı şekilde uygulanmasını eleştirmekte, diğer taraftan, subjektifliğin kusuru imkânsızlaştıracak kadar abartılmaması gerektiğini belirtmektedir. Oğuzman, Öz **2002b**, s. 531, dpt. 137 ve 137a; Uyumaz, s. 510. "...Geniş anlamda objektif ölçüde başlangıç noktası, varsayımsal ortalama bir tiptir. Buna karşılık, subjektif ölçüde başlangıç noktası, failin bizzat kendisi ve davranışlarıdır. Geniş anlamda objektif ölçüde, varsayımsal ortalama tipten beklenen hareket tarzına eklenen failin bazı kişisel vasıfları, subjektif ölçüde başlangıç noktasını teşkil eden failin kişisel özelliklerini bütünüyle yansıtmaktan uzaktır. Dolayısıyla, geniş anlamda objektif ölçü ile subjektif ölçünün başlangıç noktaları farklı olduğu gibi, failin kişisel vasıflarının dikkate alınması noktasındaki kapsamları da farklıdır..." bkz. Benli, s.305;

⁴² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 595; Koşar, s. 76.

hukuk tarafından korunması gerektiği ama kusurun sübjektif hale getirilmesi halinde kişilerin bu haklı güvenlerinin korunmayacağı yönündedir⁴³.

2.1.1.2. Objektif Kusur Görüşü

Objektif kusur görüşü kişinin davranışlarında örnek tipe uygun şekilde davranmasını belirtmektedir. Buna göre kişinin kusurunun olup olmadığı değerlendirilirken sahip olduğu öznel nitelikler dikkate alınmaz. Zarar veren değil, ortalama makul bir kişinin davranışları dikkate alınır⁴⁴. Ortalama makul bir kişinin tespit için, kişinin içerisinde bulunduğu zaman ve mekânda bulunan, onunla aynı niteliklere sahip ortalama bir birey, değerlendirme kriteri olarak kabul edilir⁴⁵. Objektif kusur görüşünde, kusur değerlendirmesinden daha ziyade özen değerlendirilmesi yapılmaktadır. Model davranışın değerlendirilmesinde, kişiyle aynı yaş, zaman, mekân, mesleki ve fiziksel özelliklere sahip ortalama bir bireyin davranışları ve gösterdiği özen dikkate alınırken, kişinin şahsi özellikleri dikkate alınmaz⁴⁶. Objektif kusur görüşünü savunanlar bu konuda kişinin iradesinin tam olarak ne olduğunun bilinemeyeceği, bu yüzden kusur tayin edilirken ortalama bir kişinin davranışlarının esas alınması gerektiğini belirtmiştir⁴⁷. Sübjektif kusur görüşünü savunanlar kişiye yüklenebilecek bir davranış hatası yokken sırf ortalama bir kişinin davranışına uygun hareket etmediği için kişiye kusur yüklemenin hukuk düzeni ile bağdaşmayacağını, kusur olmadan kusur sorumluluğunu doğuracağını ve kişi ancak kendisiyle aynı durumda olan ortalama bir tipin davranışına uymak zorunda olduğunun bilincinde ise kusur sorumluluğunun doğabileceğini öne sürmüşlerdir⁴⁸.

⁴³ Atamer, **Haksız Fiil**, s. 31; Baysal, **Haksız Fiil**, s. 60.

⁴⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 595.

⁴⁵ Atamer, **Haksız Fiil**, s. 31; Eren, **Borçlar Genel**, s. 595.

⁴⁶ Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 72; Atamer, **Haksız Fiil**, s. 31; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 314; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.595,596; Koşar, s. 79; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 50-54; Uyumaz, s. 511; Sübjektif ve objektif kusur görüşlerinin ayrı ayrı uygulanması hakkında, bkz. Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayıncılık, 2007, s.235-236.

⁴⁷ Zahir İmre, "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler," **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, 45-47, 1-4, 1979-1987.

⁴⁸ Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 114; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 595; Oğuzman, **Öz 2002b**, s. 163.

2.1.2.Kusurun Sübjektif ve Objektif Yönleri

Kusurun değerlendirilmesi için kullanılan sübjektif ve objektif kusur görüşlerinin yanı sıra kusurun kendi içerisinde sübjektif ve objektif yönü olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Kusurun objektif yönünde ortalama davranış tipinden farklı davranma durumu gösteren kasti veya ihmali davranış değerlendirilirken, sübjektif yönünde zarar veren kişinin sorumlu tutulup tutulmama durumu değerlendirilir⁵⁰. Kusurun bu yönlerinin kabul edilmesi, zarar vereni yaptığı davranıştan sorumlu tutabilmek için zarar verenin ayırt etme gücünün bulunmasını gerektirir.

3. Kusur ve Ayırt Etme Gücü Arasındaki İlişki

Kusur sorumluluğunda, zararlı sonuca neden olan davranışın borçluya isnat edilebilir olması gerekmektedir⁵¹. Bir şahsın kusurundan bahsedebilmek için Bu şahsın ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilebilmelidir⁵². Sözleşme sorumluluğunun doğumu için ayırt etme gücü temel şarttır. Davranışlarının sonuçlarını kavrayabilecek kişilerin, kural olarak ayırt etme gücüne sahip oldukları kabul edilir. Göreceli bir kavram olmasından dolayı borçlunun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir. TMK.m.13'e göre herkes ayırt etme gücüne sahiptir⁵³. Kişinin bu güçten yoksun olduğu somut olayda ispat edilmelidir. Ayırt etme gücünün bulunmadığını iddia eden taraf bunu ispatlamakla mükelleftir.TMK.m.13'e göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk ya da benzeri sebeplerden biriyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes ayırt etme gücüne sahiptir.TMK.m.15'e göre ayırt etme gücü olmayan kişinin fiilleri hukuki

⁴⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 644.

⁵⁰ Akıncı, **Borçlar Hukuku**, s. 247; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 314; Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi," **AÜHFD**, 53, 4, 2004, s. 4; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 645; Koşar s. 156; Uyumaz, s. 519.

⁵¹ Erwin Deutsch, "Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri," Çev. Şeref Ertaş, **DEÜHFD**, 2, 2, 1981, s. 246.

⁵² Koçhisarlıoğlu, s. 1.

⁵³ TMK.m.13: "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir."

sonuç doğurmaz⁵⁴. Buna göre borçlunun ayırt etme gücüne sahip olduğu hallerde kusurlu davranışlarının sorumluluğunu yüklenebileceği kabulü gerekir⁵⁵. Borçlunun ifa etmemeden dolayı sorumluluğuna gidebilmek için kusur ehliyeti bulunmalıdır. Kusurun bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, somut olayın özellikleri ve ortaya konan davranış göz önüne alınır. Somut olayda kişinin ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sınırlayan bir sebebin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Kişinin ayırt ancak ayırt etme gücü varsa davranış anında genel kusur ehliyetine sahip olduğu kabul edilebilir.

4. Kusur Sorumluluğun Diğer Şartları ve Kusur Arasındaki İlişki

Sözleşmeden doğan sorumluluğunun söz konusu olması için somut olayda borca aykırı bir davranış, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı şartlarının bir arada gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁵⁶. Sözleşmeden doğan sorumluluk, borcun gereği gibi ifa edilmemesinin yanı sıra borçlunun kusuru ile borcun imkânsız hale gelmesinden de doğabilir⁵⁷. Borçlunun temerrüdü ile ifanın imkânsız hale gelmesi durumunda ortaya çıkan sorumlulukta, kusur sorumluluğunun genel şartlarından ziyade TBK. m.117 vd. düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanmaktadır⁵⁸. TBK. m.114 gereği sözleşmeden doğan sorumluluğa, haksız fiilden doğan sorumluluğun şartları, borçlunun kusurlu olarak, borcunun gereklerini yerine getirmemesi halinde uygulanmaktadır. Alacaklı, ancak borçlunun kusurlu bir şekilde sözleşmeye aykırı davranışta bulunarak bir zarara uğraması durumunda borçludan zararının giderilmesini talep edebilecektir. Bu sırada borçlunun sözleşmeye aykırı hareketi ile doğan zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması da

⁵⁴TMK.m.15: “Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.”

⁵⁵ Fatih Gündoğdu, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları**, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, 2011. s.190.

⁵⁶ Cansel, s. 316-219; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1051.

⁵⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1027.

⁵⁸ TBK. m.117: “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bugünün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s.11.

gerekmektedir. Burada iki özellik bakımından haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerinden ayrılmaktadır. İlk olarak ifa etmeme sebebiyle tazminatın talep edilebilmesi için somut olayda mutlaka sözleşmeye aykırı bir davranış bulunmalıdır. Haksız fiilde hukuka aykırı bir harekette bulunulmuş olması sorumluluğun doğması için yeterlidir. Lakin sözleşme ile borçlunun aslında hukuka uygun bir hareketi yasaklanmış olabilir. İkinci olarak sözleşmeden doğan sorumluluk için kusurun ispatı yükü mağdurun üzerinden alınarak, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiği kabul edilmiştir⁵⁹.

4.1. Davranış ve Kusur

Sözleşmeler hukukunda borca aykırı davranış terimi, haksız fiil hukukundaki hukuka aykırı davranış teriminin yerini almıştır. Bu davranışlar insan iradesinin bir ürünü olarak kabul edilir. Bu iki kavram birebir olarak birbirlerinin yerine kullanılamamaktadır. Hukuka aykırılık denildiği zaman yazılı veya sözlü genel davranış kurallarına aykırılık ve hukuken korunan herhangi bir menfaate aykırı fiillerin tamamından bahsedilmektedir⁶⁰. Sözleşmeye aykırı davranış kavramıyla ise tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranışları ifade edilmektedir⁶¹. Bu yükümlülüklerin sözleşmeden doğduklarını kabul etmek için illaki taraflarca kararlaştırılmasına gerek yoktur. Kanundan doğan fakat sözleşmenin tarafı olmaya bağlanan yükümlülükler de sözleşmeden doğmuş kabul edilir⁶². Buna ek olarak hâkimin sözleşmeyi tamamlayıcı hükümleri kullanarak tamamlaması halinde

⁵⁹ Gündoğdu, s. 174; Zeynep Damla Taşkın, “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi,” **MÜHF-HAD**, 26, 2, 2020, s.1325.

⁶⁰ Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 23,1, 2017, ss.468-480.

⁶¹ Barış Demirsatan, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2019, s.107. Kira sözleşmesinden örnek olarak: Yargı. HGK., 2.10.2013, 13-94/1415 (Kazancı) “Kiracının, kiralayanın bilgisi ve rızası olmaksızın ve haklı bir nedene de dayanmaksızın, kira süresinin bitiminden önce kiralananı tahliye etmesi sözleşmeye aykırı davranış (haksız fesih) sayılır; böylesi bir durumda kiracı, kiralayanın bu yüzden uğradığı zararı tazminle sorumludur.”; Yargı. 6. HD., 2.7.2012, 5533/9835 (Kazancı).

⁶² Eren, **Borçlar Hukuku** ss. 1050,1051; Özge Erbek Odabaşı, “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması,” **İzmir Barosu Dergisi**, 85, 3, 2020, s. 67; Yeşim. M. Atamer, “Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler,” **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 63, 2005, s. 178.

doğan yükümlülüklerle aykırılık durumu da sözleşmeye aykırı davranış tanımının içinde değerlendirilecektir⁶³.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde borca aykırı olan ve alacaklı tarafın zarara uğramasına yol açan davranış, taraflardan biri veya onun ifaya yardımcı kişisi tarafından borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesidir. Hiç ifa etmeme sözleşmeyle kararlaştırılan şekilde ifanın artık mümkün olmaması, gereği gibi ifa edilmemesi ise ifanın niteliğinin sözleşmeye uygun olmamasıdır. Hiç veya gereği gibi ifa edilememe durumuna somut olaydaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin vasıflarına bakılarak karar verilir. Borcunu ifa edebilmek için üzerine düşen her şeyi yapmakla yükümlü olan borçlu aynı zamanda bir ifa engelinin ortaya çıkmasına sebep olabilecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Bu yükümlülüklerine aykırı davranan borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığı kabul edilir. Borçlunun bu yükümlülüklerine aykırı davrandığının kabulü için hangi ölçüde çaba göstereceği dürüstlük kuralının somut olayda değerlendirilmesine göre yapılacaktır.

Ancak geçerli bir sözleşmenin bulunması halinde sözleşmeye aykırı davranıştan bahsedilebilir. TBK. m.1'e göre sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile doğan hukuki bir işlemdir⁶⁴. Bu hukuki işlem sebebiyle alacaklı, borcun ifa edilmemesi halinde ya aynen ifa talebinde bulunacak ya da alacağının hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinden hareketle TBK. m.112'ye dayanarak borçludan bir tazminat talep edebilecektir. Taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunmuyorsa bir hukuki bağ ve bundan dolayı sözleşmeden doğan yükümlülüklerden bahsedilmeyecektir. Akdin esaslı unsurları üzerinde anlaşılmamış olunması, taraflardan birinin ehliyetsizliği, akdin konusunun imkânsız olması, irade beyanındaki sakatlıklar, işlemde muvazaanın bulunması ya da temsil yetkisinin yokluğu halinde de geçerli bir Sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁶⁵.

⁶³ Eren, **Borçlar Hukuku** s.475-480; Gündoğdu, s.175.

⁶⁴ TBK, m.1: "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir." Eren, **Borçlar Hukuku**, ss. 6-10.

⁶⁵ Gündoğdu, s.176; Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü," **AÜHF**, 60, 2011, s. 501.

Bir sözleşmeden asli ve yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler doğar. Bunlara aykırı davranılması halinde TBK. m.112'ye göre borçlu alacaklıya bir tazminat ödeme yükümlülüğü altına girer. Borçlu sözleşmeden doğan bu yükümlülüklerini yerinde ve gereği gibi ifa etmeye çalışmalıdır. Ancak edim sonucu ve davranışı arasındaki ayırım ispat yükü bakımından önem arz eder. Kusur sorumluluğu çerçevesinde değerlendirildiğinde ise sözleşmeden doğan yükümlülükler, sözleşmeye uygun hareket edilmesiyle yerine getirilmiş olur. Borçlu, sözleşmeye uygun davranmasına rağmen istenilen sonuç veya sözleşmeden elde edilmesi umulan fayda elde edilemiyor ve borçlunun başka sebeplerden de sorumluluğuna gidilemiyorsa, borçlu bu sonuçtan sorumlu tutulamaz⁶⁶.

İfa, borç ilişkisinin konusu olan edimin, borçlu tarafından alacaklıya karşı yerine getirilerek borcun sona erdirilmesidir. Alacaklının hakları sözleşmeye uygun olarak yapılan ifa ile son bulur. Edim sonucunun vaat edildiği hallerde borçlunun bir sonuç meydana getirme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilir. Bu hallerde borçlunun sonucu meydana getirmeye yönelik hareket etmesi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğinin kabulü için yetmez, ayrıca sonucun meydana gelip gelmemesi aranır⁶⁷.

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri açısından hukuka aykırılık, sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi anlamını taşır. Alacaklının, borçluyu ifa etmemeden sorumlu tutabilmesi için borcun muaccel olduğu anı beklemesi gerekmektedir⁶⁸. Edim ya sözleşmeyle kararlaştırılan ya kanundan doğan ya da durum ve şartların gerektirdiği doğru zamanda, doğru yerde, doğru kişiye ifa edilmiş ve ifa edilen edimin kalitesi kararlaştırılan ya da durum ve şartların gerektirdiği kalitede ise ifa kabul edilmelidir⁶⁹. Bu niteliklere aykırı olan her türlü ifa halinde borca aykırılık

⁶⁶ Gündoğdu, s.179.

⁶⁷ Eyüp İpek, “**Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar**,” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2016, s.96; Selahattin Sulhi Tekinay, ve diğerleri, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7, Filiz Yayıncılık, İstanbul, 1993, s. 758; Eren, **Genel Hükümler**, s. 906; Oğuzman,Öz, **2002a**, s. 257; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 458.

⁶⁸ Bünyamin Çitil, “Özel Hukukta Muacceliyet ve Temerrütün Vergi Hukukundaki Takas ve Tahsille Mukayesesi,” **Sayıştay Dergisi**, 109, 2018, s. 185.

⁶⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.907; İpek, s.124.

söz konusu olacaktır. Bu yüzden borcun vadesinde ödenmesi gerekmektedir⁷⁰. Ancak borç muaccel olduğu halde alacaklının temerrüdü söz konusuysa veya borçlu bir def'i imkanına sahipse borca aykırılık hallerinden bahsedilemez⁷¹. Edimin ifası borçlunun kusurlu bir davranışıyla imkansızlaşmışsa borca aykırı davranıştan bahsedilir. Lakin borçlunun eğer imkansızlığı ortaya çıkan durumda bir kusurlu davranışı söz konusu değilse o zaman TBK. m.136'ya dayanarak borçlu sorumlu tutulmayacaktır. Görüldüğü üzere borca aykırı davranış tek başına sorumluluğun doğması için yeterli değildir. Aynı zamanda borçlunun borca aykırı davranışı gerçekleştirirken kusurlu olması aranır⁷².

4.2. Zarar ve Kusur

Borcun ihlal edilmesi sebebiyle alacaklının zarara uğraması sorumluluğun bir diğer şartıdır⁷³. Alacaklı ile borçlunun kurdukları sözleşmenin ihlali sonrasında alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi olmaksızın bir azalma meydana geliyorsa bu azalma sözleşmeden doğan zarar kapsamında değerlendirilir⁷⁴. Dar anlamda zarar kavramıyla, kişinin malvarlığında kendi rızası dışında meydana gelen eksilme anlaşılmalıdır. Geniş anlamda zarar kavramında ise hukukça korunan varlıklarda, borca aykırılık halinde, davranış öncesinde ve sonrasında oluşan farktan bahsedilmektedir⁷⁵.

İfanın gereği gibi yerine getirilmemesi durumunun ortaya çıkması ya da borçlunun kusurlu davranışı nedeniyle ifanın imkânsız hale gelmesi durumunda alacaklı maddi bir zarara uğramışsa, TBK. m.112 kapsamında borçludan maddi tazminat talebinde bulunabilir. Buna göre ortada bir zarar yoksa borçlu tazminat

⁷⁰ İpek Yücer, "Yenileme (Tecdit)," **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9, 1, 2007, s. 241.

⁷¹ Tuğçe Tekben, "Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları," **MÜHF-HAD**, 22, 3, 2016, s. 2061.

⁷² Gündoğdu, S.184.

⁷³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1052.

⁷⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1052.

⁷⁵ Cansel, s. 309; Özge Bilici Köse, **Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Uyarınca Sözleşme Sorumluluğuna Etki Eden Nedenler**, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2022, s.25; Oğuzman, Öz, 2002a, s. 405.

ödemekle yükümlü tutulamayacaktır⁷⁶. Zarar kavramı ve zararın hesaplanması gibi konularda TBK. m.114/2’de yer alan atıf sebebiyle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır⁷⁷.

Zarar öğretide maddi ve manevi zarar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Maddi zarar alacaklının malvarlığının mevcuttaki fiili durumu ile borca aykırı davranış olmasaydı alacağı hal arasındaki farkı ifade etmektedir⁷⁸. Maddi zararın öğretilde, fiili zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere iki kalemden oluştuğu kabul edilmektedir. Fiili zarar kavramıyla anlatılmak istenen malvarlığının aktif kısmında azalmaların olması ya da pasif kısmında birtakım artışların meydana gelmesidir. Yoksun kalınan kâr terimiyle ise alacaklı eğer borca aykırı davranışa maruz kalmasaydı malvarlığının göstereceği artış ifade edilir. Ekonomik değer arz etmeyen salt duygusal değerlerin ihlali ise maddi zarar olarak kabul edilemez ve alacaklı, borçludan TBK. m.112 ve devamındaki hükümlere göre herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz. Maddi zararın kaynağı, malvarlığı değerlerinin ihlali de olabilir kişilik varlığı haklarının ihlali de olabilir. Kişilik varlığı haklarının ihlaliyle maddi bir zarardan bahsetmek için bu ihlalin alacaklının malvarlığı üzerinde negatif yönde ekonomik etkiler doğurup doğurmadığına bakılır⁷⁹.

Karşılaşılan zararın tespit edilmesi ve hesaplanmasında göz önüne alınması gereken tarih alacaklının seçimine bırakılabilir. Buna göre ifa tarihi ya da hüküm tarihi seçilebilir. Lakin temerrüdün söz konusu olduğu durumlarda zarar temerrüdün gerçekleştiği tarihe göre hesaplanır.⁸⁰

⁷⁶ Köse, s.26; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26 Baskı, Turhan Kitapevi, 2022, s. 637; Oğuzman, Öz 2002a, s.405; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.411; Tandoğan, **Mes’uliyet** Tekinay, s. 855

⁷⁷ TBK. M.114: “Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”

⁷⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1052.

⁷⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, ss. 1052,1053.

⁸⁰ Hasan Tahsin GÖKCAN, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 4. Bası, s. 851vd.; Köse, s. 29; Oğuzman, Öz, 2002a, s. 258;

Sözleşmenin ihlal edilmesi alacaklı açısından manevi bir zarara sebebiyet veriyse, TBK. m.114/2'den dolayı TBK. m.56'ya göre alacaklının manevi tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır⁸¹. Manevi zararın, sübjektif görüş taraftarlarınca kişilik hakkı zedelenen kişinin ruhsal stabilizesinin bozulması, fiziki ve/veya manevi acı duyması, yaşama sevincini kaybetmesi gibi durumlarda söz konusu olacağı kabul edilmiştir⁸². Buna karşılık objektif görüş taraftarları ise manevi zararı, haksız fiil sonucunda kişilik varlığı haklarının ihlal edilen zarar görenin, kişi varlığında meydana gelen objektif eksilme olarak tanımlamaktadır⁸³. Sözleşmenin yükümlülüklerine aykırı davranmaktan doğan zararlar genellikle maddi zarar kapsamında değerlendirilir. Alacaklının iç huzurunun bozulması manevi dünyasının çöküş yaşaması, ticari hayatta var olan saygınlığının zedelenmesi gibi durumlarda gerekli olan diğer şartlarında gerçekleşmesi ile manevi tazminat talep edilebilir⁸⁴. Bununla alacaklının kişiliğinin uğradığı saldırı para karşılığı tazmin edilmeye çalışılır. Sözleşmeye aykırılık dolayısıyla manevi tazminat talep edilecekse borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının, kişilik varlığı haklarının ihlali söz konusu olmalıdır⁸⁵. Sözleşmeye aykırılıktan dolayı uğranılan manevi tazminatın kapsamı belirlenirken TBK. m.51 ve m.52'de ki indirim sebepleri dikkate alınmalıdır⁸⁶.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta maddi zarar, imkânsızlık nedeniyle elde edilemeyen edimin değeri, giderler ve bazı diğer unsurlardan oluşmaktadır. Edimin ifa

⁸¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1054.

⁸² Yargı.3.HD., 18.09.2001 T., 8170/7791, "Manevi zarar, kişilik haklarına saldırı nedeniyle alacaklının (davacının) duyduğu cismani ve manevi acı ve ıstırapı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder."

⁸³ Gökhan Antalya, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi," **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 11, 145-146, 2016, ss. 35-47.

⁸⁴ Köse, s.27; Baysal, **Haksız Fiil**, s. 544; Eren, **Borçlar Genel**, s. 806; Oğuzman, Öz, **2002a** s. 259

⁸⁵ Arzu Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2008, ss. 78-83; Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.143-144; Haluk Tandoğan, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallerine Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", **AÜHFD**, 20, 1-4, 1968, s.13.

⁸⁶ Köse, ss. 28-29; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1092; Tekinay, s. 982; Tandoğan, Mesuliyet, s. 538.

edilemez durumda olması maddi zararın oluşması için bir şarttır. Alacaklının edim imkânsız hale gelmediği sürece dava açarak aynen ifa talebinde bulunabilme imkânı bulunmaktadır⁸⁷. Kusurlu olarak edimin ifasının mümkün olmadığı durumlarda alacaklının edimin aynen ifasını talep etme hakkı sona ermiştir. Borçlunun bundan dolayı uğradığı zarar bu çerçevede tazmin edilmeye çalışılmaktadır. Aynen ifayı talep hakkı olduğu sürece malvarlığında bir azalma dolayısıyla bir zarar bulunmamaktadır⁸⁸. Alacaklının yapmış olduğu bazı giderler zararın giderimi kapsamına girer. Örnek olarak sözleşmenin noter huzurunda yapılması, malı teslim için yapılan seyahat giderleri verilebilir⁸⁹. Bir başka ayırım türü olan müspet ve menfi zarar ayırımı sözleşmeden doğan sorumluluk için önemlidir.

Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaatidir. Müspet zarar, edimin borçlu tarafından tam ve gereği gibi ifa edilmesi halinde alacaklının malvarlığın alacağı değer ve mevcut hali arasındaki fark olarak da ifade edilebilir⁹⁰. Müspet zarar kendi içerisinde fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak ayrılabilir. Malvarlığının aktif kısmının azalması ya da pasif kısmının artması halinde fiili zararın söz konusu olduğu yukarıda bahsedilmiştir. Fiili zararın bu tanımının içerisine alacaklının, borçlunun edimi yerine getirmesine güvenerek yaptığı sözleşme, bu sözleşmelerin ihlali dolayısıyla ödediği ceza koşulları da girer⁹¹. Yoksun kalınan karda müspet zararın bir parçası olarak alacaklının borca aykırı davranış olmasaydı malvarlığının göstereceği artış olarak ortaya çıkar. Sözleşmenin ihlal edilmesi malvarlığındaki muhtemel bir artışın önüne geçerek engellemiş ve alacaklıyı olası gelirlerinden mahrum etmiştir. Yoksun kalınan kar, kısacası malvarlığının aktif kısmının artmaması ya da pasif kısmının azalmaması halidir. Müspet zarar, borcun ifasının kusurlu imkansızlığında, borcun gereği gibi ifa edilmediği durumlarda,

⁸⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1054.

⁸⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1055.

⁸⁹ Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, ss. 419-432.

⁹⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1056.

⁹¹ Şefika Deren Gündüz, **Olumlu Zarar**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2019, ss. 242-253; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1056; Nomer, 235; Tekinay, s. 342

gecikmiş ifa nedeniyle istenilen tazminatta veya temerrüt sonucunda ifadan vazgeçilerek tazminat talebinde, sürekli borç ilişkilerinde, borç ilişkisinin geleceğe yönelik sona erdirilmesinde ve nadire sözleşme öncesi görüşmelerde kusur sorumluluğu (*culpa in contrahendo*) olumsuz zarardan kalan kısımlar için kullanılır. Menfi zararda ise sözleşmenin kurulamaması ya da geçersiz olmasından doğan bir zarar söz konusudur⁹². Başka bir deyişle menfi zarar sözleşmenin hüküm doğurmasına güvenilmesi sebebiyle ortaya çıkan zarardır. Menfi zararın en önemli kalemi sözleşmenin kurulması dolayısıyla yapılan giderlerdir⁹³. Daha sonra yapılan sözleşmenin geçerliliğine güvenerek yapılmaktan vazgeçilen sözleşmeler, ekonomik fırsatlar, bu sözleşmeyi yapmış olsaydı mal varlığının elde edeceği olumlu kazanımlar değerlendirmeye alınır⁹⁴. Örnek olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin yapılmasında, borçlunun ayırt etme gücünden yoksun olması dolayısıyla ortada geçersiz bir sözleşme vardır. Burada alacaklının yapmışsa noter masrafları menfi zarar olarak kabul edilir. Borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığının iyileşme miktarı tazminatın hesaplanmasında önem arz eder. Müspet ve menfi zararların birlikte istenemeyeceği kabul edilir⁹⁵.

4.3. Uygun İlliyet Bağı ve Kusur

Uygun illiyet bağı borçlunun sorumluluğunun kurucu unsurlarından birisini oluşturur. Türk hukukunda her sebebin sorumluluğu doğurması değil sebepler arasında değer verilebilir olanlar illiyet bağı için önem arz eder⁹⁶. Borçlunun ifa etmeme ya da kötü ifa sebebiyle alacaklıya karşı sorumluluğunun doğabilmesi için sözleşmenin ihlal edilmesi ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu hiçbir zararın sebepsiz meydana gelmeyeceği anlayışına dayanır⁹⁷. Borçlunun uygun

⁹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1057.

⁹³ Mehmet Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2007, ss. 38-46; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 538;

⁹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1057.

⁹⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1084; Köse, s. 32; Oğuzman, **Öz 2002a**, ss. 396, 397;

⁹⁶ Nuri Erişgin, "Tehlike Bağı", **AÜHFD**, 49, 1, 2000, s. 138.

⁹⁷ Aslı Üner, "Nedensellik İlkesi: Hume'a Karşı Kant", **Mavi Atlas**, 3, 2014, s. 105; "Her hadisenin bir sebebi vardır." Nuri Kahveci, "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından 'İlliyet Bağı'nı Kesen Sebepler," **Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 5, 10, 2007, ss. 94-96.

illiyet bağının mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru, zarar görenin ağır kusuru sebepleriyle kesildiğini iddia etmesi durumunda bunu ispat etmediği sürece sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁹⁸.

Uygun illiyet bağı teorisinde ortaya çıkan zarar, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre borca aykırı davranışın olağan sonucu olarak kabul edilebiliyorsa borçlu sorumlu tutulacaktır⁹⁹. Bu yaklaşım çerçevesinde tabii illiyet bağı borçlunun sorumluluğu için yeterli kabul edilmemektedir. Borca aykırı davranışın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar olarak kabul edildiği için borçlu tarafından tazmin edilmesi gerekir¹⁰⁰. Uygun illiyet bağı sorumluluğu kuran bağ olarak tanımlanır.

Uygun illiyet bağına ilişkin görüşlerin tamamında doğal nedensellik bağı kavramından uzaklaşarak hukuki nedensellik bağı üzerinde durulmuştur. Bazı görüşlerde ise uygun illiyet bağı sebep sonuç ilişkisinin öngörülebilirliği üzerine kurulmuştur. Öngörülebilirlik kavramı kusur ile sıkı ilişki içinde gözükmektedir. Buna göre kişi öngörebildiği sonuçları fark edebilirse iradesini bu yönde şekillendirebilir. Bu sayede seçimlerini yaparak gerektiğinde bu seçimlerin sorumluluğunu üzerine alır. Uygun illiyet bağı kavramı bugün Türk-İsviçre hukuk sisteminde kabul edilmektedir¹⁰¹.

5. Kusurun Derecesi ve Çeşitleri

5.1. Kusurun Derecesi

Zarar veren borçlunun ne zaman kınanabilir bir hareket tarzında bulunduğu belirlenmesi için kusurun derecesinin irdelenmesi gerekmektedir. Kişinin sergilediği hareketin meydana gelen her somut olay için kusur olarak kabul edilip edilmeyeceği hareketin şekline göre farklılık gösterir. Bir sözleşmede borçlunun yararı varken ortaya

⁹⁸ Akıncı, **Borçlar Hukuku**, s. 247.

⁹⁹ Akıncı, **Borçlar Hukuku**, s. 247; Köse, s.36; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 86; Oğuzman Öz, **2002a**, s. 405; Kılıçoğlu, s. 638; Nomer, s. 169, Von Tuhr, s. 90; Tekinay, s. 573

¹⁰⁰ Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 83.

¹⁰¹ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 74; Oğuzman, Öz **2002b**, s. 138; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 76.

koyduğu hareketle zarar vermesi veya borçlunun herhangi bir yararı yokken gösterdiği davranışla zarar vermesinin aynı şekilde değerlendirilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Her hareketin sorumluluk hukukunda her olay için özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kusurun derecesinin ne olduğu sorumluluğun doğması açısından önemli değildir. Zarar veren borçlu kasten veya ihmali olarak bir zarara sebebiyet vermişse bunu tazmin etmekle yüklenmiştir. En hafif ihmal bile somut olayda sorumluluğun doğmasına sebebiyet verebilir.

5.2. Kusurun Çeşitleri

Sorumluluk hukuku çerçevesinde kusur kast ve ihmal olarak iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Kusurun tipi, ceza hukukunda olduğu kadar önem taşıyorsa bile, tazminatın belirlenmesi için önem arz etmektedir¹⁰². Zarar veren borçlu, alacaklıya karşı her türlü kusurundan dolayı sorumlu tutulacaktır¹⁰³. Kusur, kast ve ihmal olarak iki alt başlık altında incelenmektedir¹⁰⁴.

5.2.1.Kast

Kast, kusurun en ağır derecesidir¹⁰⁵. Somut bir olayda kastın varlığını tespit etmek için kullanılacak çeşitli görüşler bulunmaktadır. İrade teorisine göre kast halinde kişinin sahip olduğu iradenin borca aykırı sonuca yönelik olması gerekmekte ve borçlunun ortaya çıkan sonucu kendisinin istemesi gerekmektedir¹⁰⁶. Kişi irade teorisine göre kast halinde davranışını bile isteye ve sonucu öngörece şekilde

¹⁰² TBK. m.51/1: “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.”

¹⁰³ Kılıçoğlu, s. 408; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 314; Erdoğan, s. 124; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 643; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 339; Güven, s. 584- 585; İnan, **Borçlar Hukuku**, s. 265-266; Oğuzman, **Öz Borçlar Hukuku**, s. 119.

¹⁰⁴ ; TBK. m.49’da her ne kadar kusurun türleri incelenmemiş olsa da İsviçre Borçlar Kanunu bu konuda kast ve ihmal olmak üzere iki ayrı türü de incelemiştir. Bkz. Baysal, **Haksız Fiil**, s. 65; Nomer, **Borçlar Hukuku Genel**, s. 114; Oğuzman, **Öz 2002b**, s. 156.

¹⁰⁵ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 66.

¹⁰⁶ Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 46.

gerçekleştirmişdir¹⁰⁷. Bu görüş kastın bünyesinde iki unsuru taşıdığını kabul etmektedir. Buna göre tasavvur ve irade bir olayda beraber bulunuyorsa kast halinin varlığı kabul edilir¹⁰⁸.

Tasavvur görüşü olarak adlandırılan diğer görüşe göre ise hareketin önceden düşünülmüş olması yeterlidir. Kasti olarak yapılan davranışın sonuçlarının istenmesi gerekmemektedir¹⁰⁹.

Öğretide kast; zarar verme amacı içeren kast, doğrudan kast ve olası kast olarak üçe ayrılmıştır. Bunlardan zarar verme amacı içeren kastta kişi zarar verme amacıyla hareket etmekte sonucu istemekte iken,¹¹⁰ doğrudan kastta, zarar verici durumu doğrudan doğruya istemezken buna yönelik hareketlerde bulunur. Olası kast halinde ise zarar veren zarar verici sonucu istemezken, buna yönelik davranışlarda bulunmaktan geri durmaz¹¹¹. Olası kast ile ağır ihmal halleri birbirlerine çok yakın iki kusur türüdür. Ayrımı “zarar veren olası kast halinde zararı öngörür ve kabullenir, ağır ihmal durumunda ise zarar pekâlâ mümkündür ama zararı veren bunu ihtimaller dahilinde görmez ve bunun olmayacağına güvenir.”¹¹². Bu ayrım borçlunun tazmin borcunun tespiti için önem taşırken aynı zamanda ahlaka aykırılık nedeniyle doğan sorumluluğun meydana çıkması için kusurun kast derecesinde ağır olması gerekmektedir¹¹³.

Borçlunun kasıtlı olmasıyla söylenilmek istenilen, davranışının sonuçlarının ne olduğunu bilmesine rağmen borcuna aykırı davranış sergilemesidir. Borçlu kast halinde sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek ve isteyerek ihlal etmektedir¹¹⁴.

¹⁰⁷ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 66.

¹⁰⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 647; Güven, s. 585; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 46.

¹⁰⁹ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 66; Güven, s. 586.

¹¹⁰ Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 76; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 315-316; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 648; Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 340; Güven, s. 586; İnan, **Borçlar Hukuku**, s. 266; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 409; Oğuzman, **Öz Borçlar Hukuku**, s. 56.

¹¹¹ Barlas, Serozan’a Armağan, s.428

¹¹² Baysal, **Haksız Fiil**, s.66

¹¹³ Barlas, Serozan’a Armağan, s. 68

¹¹⁴ Akıncı, **Borçlar Hukuku**, s. 248; Antalya, **Borçlar Hukuku**, s. 74; Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 315; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1061; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s. 409; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s. 178; Oğuzman, **Öz Borçlar Hukuku**, s. 56; Yargıtay Hukuk Genel

Borçlu uymakla yükümlü olduğu, ortalama insan davranışından sapmıştır diye kabul edebilmemiz için borçlunun yüksek bilgi ve yeteneğe sahip birisi olmaması gerekmektedir¹¹⁵. Kast kendi içerisinde doğrudan kast ve dolaylı kast olarak ikiye ayrılmaktadır. Borçlu sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal ederken doğacak sonuçları öngörebiliyor ve istiyorsa, bu ihlali kendisi tasarlayabiliyorsa doğrudan kast; sonuçları öngörebiliyor ama doğacak kötü sonuçları istemeyerek göze alabiliyorsa dolaylı kasttan söz edilir¹¹⁶. Borçlunun iradesinin borca aykırı harekete yönelik olması kast için yeterli kabul edilir. Kast teorisine göre borçlunun davranışının sonuçlarını biliyor olmasına rağmen bu davranışları yapmaktan çekinmemesi gereklidir. Sadece davranışının sonuçlarını tahmin etmesi yeterli değildir. Kastın varlığı için hukuka aykırılığın biliniyor olması gerekmektedir. Buna göre kastın iki temel unsurunun olduğu kabul edilebilir. İlk olarak borçlunun borca aykırı hareketinin sonucunu önceden öngörüp tasarlamış olması, ikincisi ise borçlunun öngördüğü sonucun gerçekleşmesini istemiş olmasıdır¹¹⁷. Özel hukukta fail kastından ve ihmalden eşit derecede sorumlu tutulmaktadır. Kusurunun derecesi, kast ve ihmal halleri tazminatın miktarının ve sorumsuzluk anlaşmalarının hangi oranda geçerli olacağını tespiti konusunda önem taşır. Sorumsuzluk anlaşması borçlu için, sonucu doğan zarar kast ile meydana gelmişse ve kastını içeren bir anlaşma yapıldıysa geçersizdir¹¹⁸. Borçlunun ağır ihmali veya kastının bulunması halinde kanun tarafından sorumluluğu doğmaktadır¹¹⁹.

5.2.2. İhmal

Özel hukuk için borçlunun sorumluluk derecesini değiştirdiği için kasttan daha önemli olduğu kabul edilen kusur türü ihmaldir. İhmal halinde borçlu, borca aykırı

Kurulu'nun 08/07/1966 tarihli kararı ve E.1966/8467, K. 1966/7421 sayılı kararı (İstanbul Barosu Dergisi, 1967, S. 24, s. 156)

¹¹⁵ Uyumaz, s. 525.

¹¹⁶ Ayan, **Borçlar Hukuku**, s. 14; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1061; Uyumaz, s. 526.

¹¹⁷ Uyumaz, s.526.

¹¹⁸ TBK. m.115. gereği borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair önceden yapılmış anlaşmalar geçersizdir.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 359; Oğuzman/Öz, 2002a, s. 359; Nilgün Başalp, **Sorumluluk Anlaşmaları**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 141; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 455;

¹¹⁹ Satım sözleşmesi ile ilgili olarak TBK. m.220 ve m.225, eser sözleşmesiyle alakalı olarak m.476; Gündoğdu, s.197.

sonucun meydana gelmemesi için üzerine düşen özeni göstermemiş, dolayısıyla borca aykırı davranmış olur¹²⁰. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) işlerde gösterilmesi gereken özene dikkat edilmemesi ihmal¹²¹ olarak tanımlanmış ve somut olaydaki tehlikenin öngörülebilir ve önlenabilir olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla borçlunun bireysel kabiliyetleri, tecrübesi gibi sübjektif özellikleri gerekli özenin gösterilip gösterilmemesi bakımından önem taşımayacaktır¹²². İhmal, öğretilde borçlunun borca aykırılıktan doğan sonucu istememekle beraber, bu sonucu önlemek için gereken dikkat ve özeni göstermemesi halidir¹²³. Oğuzman- Öz ihmali tanımlarken kişinin “iradesini yeter derecede kullanmaması” şeklinde bir ifade kullanmıştır. Özenin derecesi için kullanılan ölçütlerin belirlenmesi uygulama açısından önem taşımaktadır. Kişi makul özene uygun davranmamışsa kusurlu kabul edilecektir. Sübjektif ve objektif kusur teorileri ihmal için önem arz etmektedir. Objektif kusur görüşünde ortalama bir kişinin aynı durum ve şartlar altında göstermesi gereken dikkat ve özen dikkate alınırken, sübjektif kusur görüşünde kişinin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen dikkate alınır.

İhmalin belirlenmesinde öğreti Amerikan hukukunda uygulanan Hand Formülü sisteminin kullanılabileceğini ileri sürmüştür¹²⁴. Bu formüle göre ihmalin belirlenmesinde, zararın gerçekleşme olasılığı ile zararın çarpımı risk değerini ortaya koyarken bu risk değerini ortadan kaldırmak için alınması gereken önlemlerin maliyeti özen maliyeti olarak gösterilmiştir. Özen maliyeti risk değerinden az ise kişinin tedbir alma yükümlülüğü bulunurken, özen maliyetinin risk değerinden fazla olması durumunda kişinin kusursuzluğu söz konusu olmaktadır¹²⁵.

Borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi somut olayda kurulan sözleşmenin özelliklerine göre tayin edilecek ve borçlunun söz konusu borç ilişkisinden doğan edimi yerine getirebilmesi için sahip olması gereken sübjektif

¹²⁰ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 68; Oğuzman, Öz 2002b, s. 159; Tandoğan, **Mes’uliyet**, s. 48; Eren, s. 60; Kerem Cem Sanlı, “İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: “Hand Formülü,” **MUHF-HAD**, 14, 4, 2008, s. 99.

¹²¹ BGB §276 Abs. 2

¹²² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1062; Gündoğdu, s.198.

¹²³ Erdoğan, s. 126.

¹²⁴ Sanlı, “Hand Formülü,” s. 100

¹²⁵ Sanlı, “Hand Formülü,” ss. 116-126.

özellikler (mesleki ve teknik bilgisi) ihmalin varlığı değerlendirilirken göz önüne alınacaktır¹²⁶. Fakat ticaret hayatına olan güvenin sarsılmaması için borçlunun kişisel özelliklerinin, ihmalin değerlendirilmesinde ilk olarak göz önüne alınması istenmemekte genel olarak ortalama bir insanın nasıl davranması gerektiğinin göz önüne alınması arzu edilmektedir¹²⁷. Doğal olarak borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi borcun niteliğine, içeriğine ve kapsamına göre tayin edilip sonra borçlunun üyesi olduğu sosyal çevrede bulunan makul, mantıklı, dürüst ve orta düzeyli bir borçlunun hal ve hareketlerinin böyle bir borç ilişkisinde nasıl olacağı tayin edilerek tespit edilir¹²⁸. Borçlunun ihmali, edimini ifa ederken alacaklının bu edimden doğan menfaatini korumak için gerekli özeni göstermediği durumlarda söz konusu olacaktır. Özel hukuk alanında objektifleştirilmiş ihmal kavramı bulunmaktadır. Buna göre temelde önemli olan şey borçludan hangi davranışların beklenebilir olduğudur.

İhmal, Alman hukukunda bazı yazarlar tarafından bilinçli ihmal ve bilinçsiz ihmal olarak ikiye ayrılmış ve bilinçli ihmal halinde borca aykırı davranışta bulunan kişinin zararlı sonucu öngörebilecek ve buna uygun önlemleri alabilecek durumdayken bu engellemeye yönelik bir harekette bulunmaması söz konusu olmuşken, bilinçsiz ihmal durumunda zararlı sonuç öngörülemez ve dolayısıyla kişi gerekli tedbirleri almamıştır. Bilinçli ihmal olası kast durumuna benzer gibi gözükse de olası kasttan ayrıldığı kısım kişinin zararlı sonucu öngörmemesi durumuyla alakalıdır¹²⁹.

İhmalin ilk şartına göre olayda öngörülebilir bir ifa engeli tehlikesi bulunmalıdır. Sözleşmenin kurulması esnasında bu tehlikeyi dikkate almayan borçlu sorumluluktan kurtulamaz. Borçlunun basit önemler olarak söz konusu tehlikeyi önleyebileceği kabul edilen durumlarda tehlikenin öngörülebilir olması söz konusudur.

İhmale ilişkin yapılan bir diğer ayırım ise ihmalin derecesine göredir. Buna göre ihmal kendi içerisinde ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹³⁰.

¹²⁶ Gündoğdu, s. 198.

¹²⁷ Mahmut Kızır, “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi,” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 19, 2, 2011, s. 249.

¹²⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, ss. 1062,1063.

¹²⁹ Baysal, **Haksız Fiil**, s. 69.

¹³⁰ Oğuzman, Öz, 2002b, s. 159.

Öğretide kimi yazalar orta ihmali kavramına yer verseler de hafif ihmali, orta ihmali de içine alabilen bir ihmali türü olarak kabul edilir¹³¹.

5.2.2.1. Ağır İhmal

Borçlunun, kedisine göre makul ve ortalama bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermediği hallerde ağır ihmali olduğu kabul edilir¹³². Başka bir ifadeyle borçlunun içerisinde bulunduğu şartlar değerlendirildiği zaman kendisinden beklenen en düşük derecedeki özeni göstermemesi böylece borca aykırı sonucu önleyebilecekken önlememiş olması durumunda ağır ihmalden söz edilir¹³³. Ağır ihmalle hafif ihmali arasındaki fark sözleşme sorumluluğuna etki eder çünkü ağır ihmali kasta yakın sonuçlar doğurabilmektedir. TBK. m.115'e göre borçlunun kastından ve ağır ihmalden sorumlu tutulamayacağına dair yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüz kabul edilmiştir¹³⁴. Ağır ihmali her normal insanın aynı durum ve şartlar altında göstereceği kabul edilen dikkat ve özenin gösterilmemesi halidir. Buna göre ağır ihmali halinde objektif özen yükümlülüğü ağır şekilde ihlal edilmiş kabul edilir.

5.2.2.2. Hafif İhmal

Dikkatli bir kişinin kendisinden beklenen özeni, borçlunun göstermemesi halinde ise hafif ihmali bulunduğu kabul edilir¹³⁵. Uygulamada hafif kusur (*culpa levis*) olarak da tanımlanmaktadır. Hafif ihmalde borçlunun sahip olduğu sübjektif özellikler dikkate alınarak göstermesi gereken özenin gösterilip gösterilmediği değerlendirilecektir¹³⁶. Kusurun hafif ihmali olması tazminatın kapsamının belirlenmesi aşamasında önem arz etmektedir. Buna göre kusurun hafif ihmalden tayin edildiği durumlarda zararın tamamını değil küçük bir kısmını ödemekle borçlu

¹³¹ Eren, **Sorumluluk Hukuku**, s. 191.

¹³² Benli, s. 301; Baysal, **Haksız Fiil**, s. 70; Nomer, **Borçlar Genel**, s. 114.1; Oğuzman, Öz 2002b, 159; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 55;

¹³³ Korkmaz, **Türk Borçlar**, s. 40.

¹³⁴ TBK. m.115: "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."

¹³⁵ Nomer, **Borçlar Genel**, s. 114.1.; Oğuzman, Öz 2002b, s. 159; Tandoğan, **Türk Mesuliyet**, s. 55; Kenneth S. Abraham, "Strict Liability In Negligence," **DePaul Law Review**, 61, 2, 2012, s. 274.

¹³⁶ Gündoğdu, s. 201.

sorumluluktan kurtulabilme imkanına sahip olabilecektir¹³⁷. Örnek olarak bağışlama sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde bağışlayanın sorumluluğu için hafif ihmâl yetmeyecektir. Burada kaynağını Roma hukukundan alan bir fayda prensibi ilkesi geçerlidir. Maddî zararın ödenmesinin yanı sıra borçlunun sebep olduğu davranış sonucu kişilik haklarında bir zarar meydana gelmişse borçlu bunu da tazmin etme yükümlülüğü altında olacaktır. Kusurun burada da ağır veya hafif olması önem arz eder¹³⁸. Hafif ihmâl, tarafların sorumsuzluk anlaşması yapma imkanına da olanak sağlayan bir kusur tipi olarak kabul edilebilir. Buna göre alacaklı ve borçlu karşılıklı anlaşarak borçlunun sadece kastı ve ağır ihmâlden sorumlu tutulacağını kararlaştırabilir¹³⁹.

6. Kusurun İspatı ve Kusur Karinesi

TMK m. 6 hükmüne göre kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür ve BK m. 50'ye göre zarar gören zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Bu maddeyle kanun koyucu iddia eden tarafın iddiasını ispatla yükümlü olduğunu göstermiştir. Bu durum kanun tarafından bazı hallerde tersine çevrilmiştir¹⁴⁰. Bunlardan birisi olan sözleşmeden doğan sorumlulukta ise TBK. m. 112'de bu ispat yükü, borçlunun üzerine yüklenmiş ve borçlunun sorumluluğun doğumunda kusurlu olduğu kabul edilerek kusursuzluğunu ispatlaması gerektiği ortaya konulmuştur. Bir diğer hüküm ise geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişinin bu süreçte bir zarar vermesi durumunda kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiği öngörülmüştür¹⁴¹.

Sözleşmeye aykırılık durumunda borçlunun verdiği zarardan dolayı tazmin yükümlülüğünün doğması için aranan kusuru ispat yükü haksız fiil sorumluluğunda

¹³⁷ Erdoğan, s. 129.

¹³⁸ Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü," **AÜHFD**, 35, 1978, s. 419.

¹³⁹ Uyumaz, s. 522.

¹⁴⁰ Necdet Uzel, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı," **Sorumluluk Hukuku, Seminerler- Makaleler 2017**, ed. Baysal, İstanbul, 2017, s. 375; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 262.

¹⁴¹ İlhan Helvacı, "Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine," **İÜHF**, 55, 4, 1997, s.165.

olduğu gibi zarar gören yani alacaklı üzerinde değildir. Kusur karinesi olarak kabul edilen karineye göre sözleşmeye aykırı davranan borçlu kusurlu kabul edilir ve zararın tazmin yükümlülüğü söz konusu olur. Borçlunun alacaklının kusurlu olduğunu ve bu yüzden zararın arttığını kendisine yüklenen tazmin sorumluluğunun azaltılmasını iddia etmesi durumunda ise genel kurala tabi olarak borçlu alacaklının kusurunu ispat etmekle yükümlü olacaktır. Bu kusur karinesinden dolayı borçlunun kusur sorumluluğunun ağırlaştığı ve kusursuz sorumluluğa doğru bir yaklaşım olduğu öğretide bazı yazarlar tarafından iddia edilmektedir. Kusurun sözleşmeden doğan sorumluluktaki bu durumu, onun haksız fiildeki kadar önemli olmadığı fikrini doğurmuştur¹⁴². Haksız fiil ve sözleşmeden doğan sorumluluktaki bu farkın, haksız fiil haline sorumluluk bir ihtimal durumundan doğarken sözleşmeden doğan sorumluluğun kişilerin aralarındaki sözleşmeden doğan güven unsurunu barındırmasından dolayı olduğu ifade edilmektedir.

7. Kusurun Ortadan Kalktığı Haller

Türk hukukunda sonradan ortaya çıkan bazı durumlar borçlunun sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebebiyet vermiştir. Bunlar sırasıyla edimin beklenmeyen hal, mücbir sebep, karşı tarafın veya üçüncü bir şahsın kusurundan dolayı imkansızlaşması olarak sıralanabilir¹⁴³. Borçlu edimin kendi kusuru olmadan, imkânsız hale geldiğini iddia ederse bunu ispatla mükelleftir.

7.1. Beklenmeyen Hal

Beklenmeyen hal Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Öğreti ise bu kavramı borçlunun kusuru bulunmaksızın gerçekleşen, sözleşmenin yapım safhasında öngörülemeyen ve edimin ifa edilmesini imkânsız hale getiren davranış olarak tanımlamıştır¹⁴⁴. Borçlunun edimin ifasının imkansızlaştığını ispat ederken bunun tabii ya da hukuki bir olay sonucu olduğunu ispat etmesi gerekmektedir¹⁴⁵. Borçlanılan

¹⁴² Atamer, Serozan Armağanı, s. 327;

¹⁴³ BAŞARA, Gamze Turan. "Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi". *Cankaya University Journal of Law* 7, sy. 1 (Şubat 2010): 1-22;

¹⁴⁴ Başara, s. 12; Feyzioğlu, s. 220; Tandoğan, s. 461; Oğuzman, 2002a, Öz, s. 357;

¹⁴⁵ Başara, s. 13; Tandoğan, Mes'uliyet, ss. 396,397;

edim ortaya çıkan bu tabii ya da hukuki sebep sonucunda imkânsız hale gelmelidir¹⁴⁶. Beklenmeyen halin borçlu için öngörülemeyen ve kaçınılamaz olması gerekmektedir¹⁴⁷. Borçlu için önlenemezlik değerlendirilirken aynı durum ve koşullar altında olan ortalama bir insanın tedbir kabiliyeti esas alınır¹⁴⁸.

7.2. Mücbir Sebep

Mücbir sebep, borçlunun tasarruf alanı dışında meydana gelerek edimin ifa edilmesi imkanını ortadan kaldıran öngörülemeyen ve önlenmesi imkânsız olan olağanüstü durumlardır¹⁴⁹. Bir olayın mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için bunun borçlunun tasarruf alanının dışında gerçekleşen ve borçlu ile bağlantılı olmayan bir olay olması gerekmektedir¹⁵⁰. Meydana gelen bu olayın herkes için kaçınılması ve önlenmesi imkânı bulunmamalıdır¹⁵¹. Meydana gelen olayın sonuçlarının öngörülmemesi gerekmektedir¹⁵². Meydana gelen olay ile borcun ifa edilmemesi durumu arasında uygun illiyet bağı olmalıdır¹⁵³.

7.3. Karşı Tarafın veya Üçüncü Kişinin Kusuru

Alacaklının, kusurlu bir davranışı sonucunda borçlanılan edimin ifası imkânsız hale gelmişse borçlu edimi ifa borcundan kurtulabilir. Dışardan başka etkenler söz konusu olmaksızın alacaklının davranışı sonucu edim imkânsız hale gelmişse borçlu borcundan kurtulur. Başka etkenlerle beraber alacaklının kusurlu bir davranışı varsa borçlunun edimi ifa borcu devam eder lakin bu zararın tazmini aşamasında tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilir¹⁵⁴. Yine üçüncü bir kişinin kusurlu davranışının olayda olması, borçlunun bu ispat etmesi şartıyla borçlunun edimi ifa borcundan kurtulmasını sağlar. Üçüncü kişinin davranışının borçluyu edimi ifa borcundan

¹⁴⁶ Başara, s. 13; Tandoğan, Mes'uliyet, ss. 461,462; Oğuzman, Öz, 2002a, s. 358; Feyzioğlu, s. 223;

¹⁴⁷ Başara, s. 13; Hatemi, s. 334; Nomer, s. 357; Tekinay, s. 1341;

¹⁴⁸ Başara, s. 13; Feyzioğlu, s. 222; Hatemi, s. 334; Nomer, s. 357 Tandoğan, Mes'uliyet, s. 462;

¹⁴⁹ Başara, s. 14; Tekinay, s. 344; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 464; Oğuzman, Öz, s. 357;

¹⁵⁰ Başara, s. 15; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 465;

¹⁵¹ Feyzioğlu, s. 228; Tandoğan, Mes'uliyet, s.463;

¹⁵² Başara, s. 15; Feyzioğlu, s. 227;

¹⁵³ Başara, s. 15; Feyzioğlu, s. 278; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 463;

¹⁵⁴ Başara, s. 16;

kurtarabilmesi için tek başına edimin ifasını imkânsız hale getirecek nitelikte olması gerekmektedir¹⁵⁵.

8. Sorumluluk Hukukunda Kusur Şartının Ahlaki ve Felsefi Temelleri

Kusur ilkesi sayesinde sorumluluğun borçlunun ya da zarar verenin üzerine yükletilmesi, kusuruna bakılması bir hukuki teamül olarak kabul edilmektedir. Bu durum beraberinde bazı ahlaki ve felsefi yaklaşımları getirmiştir. Buna göre kusur ilkesi adalet fikrine dayanmalı irade hürriyetine geniş bir alan tanımalı ve bireyin sorumluluğunu tayin ettiği için ferdiyetçilik fikriyle yakın bir temas içerisinde bulunmalıdır¹⁵⁶.

Adalet fikrine göre sorumluluğun fiili yapan kişiye yüklenmesinin gereksinimi kişinin önceden ortaya koyduğu davranışın sonuçlarını öngörerek ortaya çıkan zararlı sonuçları engellemek yerine görmezden gelmesine dayanmaktadır¹⁵⁷. Bu şekilde davranan bir kimsenin ahlaken kınanması mümkün kabul edilmektedir¹⁵⁸. Kınamanın sebebi failin, hukuka aykırı davranışı gerçekleştirerek hukuk kurallarına uygun davranabileceği bir noktada bu davranışı göstermemesidir¹⁵⁹. Ahlaki ve hukuki olan bir kınama da bulunulması için kişinin ahlaken kınanabilir bir fiil ortaya koyması gerekmektedir. Hukukun ahlaka uygunluğu kabul edildiğinden ahlaki olarak kınanabilen bir hareketin hukuk açısından değeri olduğu kabul edilir. Bu yüzden zarar verenin verdiği zarardan sorumlu tutulmasını kusura dayandırmak adalete uygun bir yaklaşımdır¹⁶⁰. Adalet ancak ahlaken ve hukuken kınanabilir durumda olan kimselere sorumluluğun yüklenmesi gerektiğini; eğerki bir kimsenin iradesi hukuka aykırı

¹⁵⁵ Başara, s. 16; Tekinay, s. 345; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 465; Oğuzman, Öz, s. 358;

¹⁵⁶ Korkmaz, **Haksız Fiiller**, s. 65.

¹⁵⁷ Eren, **Borçlar Genel**, s. 557; Korkmaz, **Haksız Fiiller**, s. 66; Oğuzman, Öz 2002b, s. 2.

¹⁵⁸ Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1981, s. 1; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 89.

¹⁵⁹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 557; Oğuzman, Öz 2002b, s. 2; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s. 1.

¹⁶⁰ Eren, **Borçlar Genel**, s. 557; Oğuzman, Öz 2002b, s.2; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s.1; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s. 89.

sonuca yönelmemişse veya yaptığı fiil sebebiyle ortaya çıkması muhtemel zararları önleyebilecek tedbirleri almışsa kişinin sorumlu tutulmamasını gerektirir¹⁶¹.

İrade hürriyeti ve kusur ilkesi birlikte değerlendirildiğinde en önemli sonuçların sözleşmeler alanında olduğu görülür. Nitekim bugün TBK'nin en önemli ilkelerinden birisi sözleşme serbestisi ilkesidir. Sözleşme serbestisi temellerini irade hürriyeti ilkesinden almaktadır¹⁶². Sözleşmenin tarafları, sözleşme yapmak yönünde bir iradede buldukları zaman bunu dış baskılardan uzak durarak kendi hür iradeleriyle yapmalıdırlar¹⁶³. Bu yüzden kişiler yapmış oldukları davranışların sorumluluğunu almaları gereken iradeye sahip olmalıdırlar. Bu iradeleri sebebiyle ortaya koydukları davranış hukuk düzeni tarafından kabul edilen bir davranış değilse kusur ilkesi ortaya çıkacak bu da sorumluluğu doğuracaktır. Çünkü sorumluluk, kişinin davranışlarının sonuçlarını öngörebildiği durumda ortaya çıkmaktadır. Bilhassa sübjektif kusur görüşünün savunucuları irade hürriyetine bu konuda değer vermektedirler. Objektif kusur görüşünün savunucuları ise kusur ve irade arasındaki bu derin bağlantının azaltılması ve kusurun davranışla bağlantısının kuvvetlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Ferdiyetçilik ilkesi ise kusurda zarardan çok zararlı davranışı ortaya koyan kişinin değerlendirilmesi gerektiğini savunduğu için önem arz etmektedir. Kusur ilkesi ile zarar varsa sorumluluk vardır fikrinden ziyade kusur varsa sorumluluk vardır denilerek kişinin bir kusuru söz konusu değilse sorumluluğun yüklenemeyeceği ortaya konulmuştur.

¹⁶¹ Eren, **Borçlar Genel**, s. 557; Korkmaz, **Haksız Fiiller**, s. 66; Oğuzman, Öz 2002b, s.2; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan**, s.1; Tandoğan, **Mes'uliyet**, s.52 s. 89.

¹⁶² Akıncı, **Borçlar Genel**, s. 10 vd.; Eren, **Borçlar Genel**, s. 17,18;

¹⁶³ Eren, **Borçlar Genel**, s. 17-18.





SONUÇ

Roma hukukunda kişilerin sorumlu tutulmasında, ait oldukları hukuk dönemlerine göre çeşitli sorumluluk tipleri ile sorumlu tutulmuşlardır. Temel kaynaklarda yer alan metinlerin zaman içerisinde ortaya çıkan hukuk faaliyetleri ile değiştirilmesi kavramların net ifadelerinin ortaya çıkarılmasında sorun yaratmıştır. Roma hukukunun sorumluluk türleri incelenirken kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa doğru bir geçiş olduğu gözlemlenmiştir. Fail ile ortaya koyduğu davranış arasındaki illiyet bağı ortaya konularak kusur ilkesi değerlendirilmeye çalışılmıştır. Roma hukukunda sorumluluk değerlendirilirken *custodia*, *dolus*, *culpa*, *diligentia*, *utilitas* kavramları kullanılmıştır. *Custodia* sorumluluğun, bir kusursuz sorumluluk türü olduğu belirtilerek borçlunun mücbir sebep harici ortaya çıkan bütün durumlardan sorumlu tutulduğu bir sorumluluk tipi olduğu kabul edilmiştir. Kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmesinin sebebi borçlunun şahsından ayrılarak ortaya çıkan sonuca odaklanması ve istenilen sonucun ortaya çıkıp çıkmadığının değerlendirilmesidir. *Dolus* ilk olarak hileyi tanımlayan bir haksız fiil türü olarak kabul edilse de hukukun gelişimi içerisinde doğan ihtiyaçlar sebebiyle sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun kasti hareketle zarar verdiği durumlar için kullanılmaya başlanmıştır. Roma İmparatorluğu'nda, kasıtlı hareketle alacaklıya zarar veren borçlunun sorumlu tutulacağı ve bu sorumluluğun sözleşme ile önceden kaldırılamayacağını öngören Roma hukuku metinleri, alacaklının borçlunun kasıtlı hareketleriyle zarara uğramasının kabul edilemez olduğunu göstermiştir. *Culpa*, kavram olarak değişiklik gösteren bir sorumluluk türüdür. Kimi metinlerde kusur anlamında kullanılırken kimi metinlerde borçlunun ihmali hareketlerini ortaya koymak için kullanılmıştır. Çeşitli sözleşmelerde ihmalin değerlendirilmesi yapılırken ya borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özenin dikkate alınması ya ortalama bir bireyin kendi işlerinde ortaya koyduğu özen ya da çok dikkatli bir aile babasının kendi işlerinde gösterdiği özen dikkate alınarak belirlenmiş ve sözleşmelere göre bu değişiklik arz etmiştir. *Culpa*, kendi içerisinde ağır ihmali ifade eden *culpa lata* ve hafif ihmali gösteren *culpa levis* olarak değerlendirilmiştir. Ağır ihmalin, kast hükümlerine eşit tutulacağı ve sözleşme ile önceden bundan doğan sorumluluğun ortadan kaldırılamayacağı kabul edilmiştir. Tarafların sözleşmeden yararlanma durumlarına göre sorumluluğun bazen ağır ihmal bazen de hafif ihmal üzerinden kurulduğu görülmüştür. Özellikle *locatio conductio*

grubu içerisinde *culpa*'nın bir başka kriteri olan *imperia*'nın göz önüne alındığı ve kişinin sorumluluğunun doğuşunda vaat ettiği özelliklere sahip bir bireyin davranışları değerlendirilerek sorumluluk kurulduğu görülmüştür. *Diligentia* sorumluluğuyla borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi göz önüne alınmaya çalışılmıştır. Buna göre borçlunun kurulan sözleşmenin türüne göre ortaya koyması gereken özenin derecesi belirlenerek sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özenin ya da çok dikkatli bir aile babasının gösterdiği özenin gösterilmesi durumunda sorumluluğun kaldırılabilceği saptanmıştır. Bu sorumluluk türleri kurulan sözleşmeye göre değişiklik göstermiştir. *Utilitas*, bir fayda, sözleşmeden yarar sağlama oranını ortaya koyan bir göstergedir. Sorumluluğun tespitinde tarafların sözleşmeden yararlarının bulunup bulunmaması söz konusu olmaktadır. Buna göre sözleşmeden elde edilen menfaat sorumluluğun türünü belirleyici bir rol üstlenmektedir.

Sözleşmelerin ayrı ayrı incelendiği ikinci bölümde, yazılı sözleşmeler alanının özellikle para borçlarında önem arz ettiği görülmüştür. Sözlü sözleşmelerde ise değerlendirilen *stipulatio* ile kurulan sözleşmelerin muhtevalarına göre sorumluluğun tespit edileceği ortaya konulmaktadır. Şekli olarak kurulan ve borçlunun sözüne sadık kalması prensibine dayanan bu sözleşmelerde ilgili sözlerin söylenmiş olması sözleşmenin kurulması için yeterlidir. *Stipulationun* bütün sözleşme türlerinde kurulabilir olmasından dolayı sorumluluğun tespitinin her olayda ayrı ayrı incelenmesi gerektiği genel özelliklerinden anlaşılmıştır. Aynı sözleşmeler bünyesinde çeşitli sözleşmeleri barındıran bir gruptur. *Mutuum* da borcun çeşit borcu olmasından ve cins telef olmaz ilkesi gereğince borçlu sözleşme konusu şey yeryüzünde olduğu sürece onu ifa etmekle yükümlü tutulmuştur. Bu yüzden kusurun değerlendirmesinde borçlunun ortaya koyduğu davranışların öneminin olmayacağı anlaşılmıştır. *Commodatum* halinde belirli bir eşyanın kullanımı üzerine bir sözleşmedir. Bu sözleşme, Roma İmparatorluğu'nun tarımla uğraşmasından dolayı kaynaklardaki metinlerde kendisine en çok yer bulan sözleşmedir. Borçlunun sorumluluğu bu sözleşmede değerlendirilirken menfaatinin bulunup bulunmaması araştırılrsa da genel olarak borçlunun menfaatine olduğu bilinen bu sözleşmede borçlunun en hafif ihmalden dahi sorumlu tutulduğu sonucuna ulaşılmıştır. *Depositum* borçlunun menfaatinin olmadığı bir sözleşme türü olarak görülmüştür. Bu sebeple borçlunun

sorumluluğu hafifletilmiş, ağır ihmal ve kastından sorumlu tutulduğu, lakin tarafların daha önceden anlaşma durumları varsa hafif ihmalinden de sorumlu tutulabileceğinin kabul edildiği sonucuna ulaşılmıştır. *Pignus*, alacaklının kendini veya bir üçüncü kişiyi koruması için borçlu tarafından bir malın verilmesiyle kurulabilen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede her iki tarafında menfaati bulunmaktadır. Tarafların bütün kusurlarından sorumlu olduğunun kabul edildiğini rivayet eden yazarlar olduğu gibi sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk türü olan *custodia* olduğunu kabul eden yazarlarda bulunmaktadır.

Rızai sözleşmeler tarafların iradelerinin uyuşması ile kurulabilen sözleşmelerdir. *Emptio venditio*, satım sözleşmesini karşılıken tarafların her ikisinin de menfaatinin bulunmasından dolayı iyi bir aile babasının gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmesi durumunda sorumluluğun doğmayacağı kabul edilmiştir. *Locatio conductio* Roma İmparatorluğunda önemli bir yere sahip sözleşmeler grubudur. Bu sözleşme içerisinde yer alan kira sözleşmesinde borçlunun bütün kusurlarından sorumlu tutulduğu görülmüştür. İstisna sözleşmesinde ise borçlunun sahip olduğu özellikleri bünyesinde bulundurup bulundurmamasına göre değerlendirme yapılmıştır. Bunun için *imperia* kıstası kullanılmıştır ve borçlunun sahip olduğunu vaat ettiği özelliklerin kendisinde bulunmaması sorumluluğunu doğurmuştur. Yine tarafların sorumluluğunun *omnis culpa* ile tespit edildiği görülmüştür. Hizmet sözleşmesinde yine her iki tarafın menfaatinin olmasından dolayı sorumluluk *omnis culpa* üzerinden kurulduğu görülmüştür. *Societas*, adi ortaklık sözleşmesi olup Roma hukukunun ilk dönemlerinde ortaklar sadece kast üzerinden sorumlu tutulmuşlarsa da Iustinianus dönemine gelindiğinde bu *omnis culpa* sorumluluğuna dönüştüğü tarafların bütün kusurlarından sorumlu tutulduğu görülmüştür. *Mandatum*, güvene dayalı bir sözleşmedir. Roma hukukunun ilk dönemlerinde sadece kastından sorumlu tutulaktayken, ilerleyen dönemlerde bu sorumluluğun güven unsurunu bünyesinde barındıran bir sözleşme olmasından dolayı ağırlaştırıldığını ve *omnis culpa* üzerinden sorumluluk değerlendirilmesi yapıldığı görülmüştür.

Türk hukukunda sorumluluk türleri ve Roma hukukunda kabul edilen kusur ilkesinin Türk hukukuna etkisi üçüncü bölümde incelenmiştir. Sorumluluk değerlendirmesi yapılırken ikili bir ayırım kullanılmaktadır ve sırasıyla kusursuz sorumlulu ve kusur sorumluluğu olarak isimlendirilmektedir. Kusur sorumluluğu ise

kendi içerisinde haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluk olarak ikiye ayrılmıştır. Bu sorumluluk türü Türk Borçlar Kanunu tarafından yapılan atıfla, kendisinde hüküm bulunmayan hallerde haksız fiil sorumluluğunun şartlarının el verdiği ölçüde uygulanabilmesi imkanını sağlamıştır. Bununla birlikte kusur münferit olarak incelendiğinde kast ve ihmal, ihmal de kendi içerisinde ağır ihmal ve hafif ihmal olarak değerlendirilmiştir. Bazen sözleşmelerin muhtevasına göre somut olayların değerlendirilmesinde borçlunun şahsı ön planda tutulmuşken bazen bireylerin bazense toplumda kabul edilen ortalama bir bireyin hareketleri baz alınarak kusur değerlendirmesi yapılmıştır. Haksız fiilden doğan sorumluluk şartları kusur, hukuka aykırı davranış, zarar ve uygun illiyet bağı olarak öğreti tarafından dört başlığa ayrılmıştır. Bu şartların uygun düştüğü sürece sözleşmeden doğan sorumluluğun kurulması için aranacağı kanun tarafından kabul edilmiştir. Kusurun bulunmadığı yerlerde kanundan doğan istisnai kusursuz sorumluluk halleri hariç tutularak sorumluluğun doğmayacağı kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- ABİK**, Yıldız; “Normun Koruma Amacı Teorisi,” **AÜHFD**, 59, 3, 2010, 345-448.
- ABRAHAM**, Kenneth S; “Strict Liability In Negligence,” **DePaul Law Review**, 61, 2, 2012, 271-302.
- AKINCI**, Şahin; **Borçlar Hukuku Bilgisi**, Dokuzuncu Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016.
- AKINCI**, Şahin; **Roma Borçlar Hukuku**, Onuncu Baskı, Sayram Yayıncılık, Konya, 2019.
- AKINCI**, Şahin; **Roma Hukuku Dersleri**, Ondördüncü Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2019.
- AKMAN**, Ahmet; **İslam Hukuku’nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat (Türk Borçlar Hukuku Mukayeseli)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- AKSARAY**, Buse; **Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Kusur**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2017.
- ANTALYA**, Gökhan; “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi,” **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 11, 145-146, 2016, 35- 47.
- ANTALYA**, Osman Gökhan; **Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt V/1,1**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ANTALYA**, Osman Gökhan; “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler,” **MÜHF-HAD**, 14, 4, 2008, 63-83.
- ARAZ**, Nilgün Dinçer; “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (*Diligentia*),” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 22, 1, 2020, 171-218.
- ARIDEMİR**, Arzu; **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- ATAMER**, Yeşim M; **Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- ATAMER**, Yeşim M; “Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler,” **Journal of Istanbul University Law Faculty**, 63, 2005, 187-253.
- AYAN**, Elif; **Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2013.
- AYAN**, Mehmet; **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AYBAY**, Aydın; **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm**, Onüçüncü Baskı, İstanbul, 2011.
- AYDIN**, Melike Belkıs; “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı,” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11, 2020, 126-138.
- BAŞALP**, Nilgün; **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2009.
- BAŞARA**, Gamze Turan, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, **Cankaya University Journal of Law**, 7, 1, 1-22.

- BAYSAL**, Başak; **Haksız Fiil Hukuku**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- BAYSAL**, Başak; **Zarar Görenin Kusuru**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- BENLİ**, Erman; “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü,” **MÜHFHAD**, 26, 1, 2020, 300-316.
- BERKİ**, Şakir; “Roma’da Borçların Kaynakları,” **AÜHFD**, 11, 3-4, 1954, 134-173.
- BERKİ**, Şakir; **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949.
- BOGEN**, David S; “Ignoring History: The Liability of Ships' Masters, Innkeepers and Stablekeepers under Roman Law,” **The American Journal of Legal History**, 36, 3, 1992, 326-360.
- BUCKLAND**, William Warwick; **A Text- Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge, Cambridge University Press, 1921.
- CANSEL**, Erol, ve Çağlar Özel; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 1, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- CONSENTINI**, Cristoforo; Kudret Ayiter, “Corpus Iuris Tetkiklerinde Tenkidi Çalışmaların Yeni İstikameti,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11, 1, 1954, 563-580.
- CELEBİCAN**, Özcan Karadeniz; **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1976.
- CELEBİCAN**, Özcan Karadeniz; **Roma Hukuku**, Onsekizinci Baskı, Timurhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- ÇETİN**, Halis; “Liberalizmin Temel İlkeleri,” **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2, 1, 2001, 217-235.
- ÇİTİL**, Bünyamin; “Özel Hukukta Muacceliyet ve Temerrütün Vergi Hukukundaki Takas ve Tahsille Mukayesesi,” **Sayıştay Dergisi**, 109, 2018, 183-202.
- DAUTİ**, Dren Hilmi. “Real Contracts in Roman Law and Their Development in Positive Law With Special Emphasis on Loan Contracts (Mutuum): Array”. **Acta Universitatis Danubius. Juridica**, 17, 8, 2021, 1-23.(1).
- DEMİR**, Kübra, “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”, **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, 8, 1-2, 67-88.
- DEMİRSATAN**, Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2019.
- DEUTSCH**, Erwin; “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri,” Çev. Şeref Ertaş, **DEÜHFD**, 2, 2, 1981, 245-257.
- DI MARZO**, Salvatore; **Roma Hukuku**, Çev. Ziya Umur, 2. Bası, İstanbul, 1959.
- DÖNMEZ**, Cansu; “CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması,” **Public and Private International Law Bulletin** 39, 2019, 111-143.
- DURSUNSÜT**, Elif; “Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi,” **Usul İslam Araştırmaları**, 12, 2009, 159-170.
- EMİROĞLU**, Haluk, “Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (*Mandatum*) ve Hukuki İşlemlerde Temsil”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 51, 1, 2003, 101-111.

ERDEM, Nursal; **Roma ve Türk Hukuku'nda Vedia Sözleşmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2008.

ERDOĞAN, İhsan; "Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru," **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 3, 1, 1990, 109-134.

ERDOĞMUŞ, Belgin; "Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia," **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Birinci Cilt, Ed. Baki İlkey Engin, Birinci Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, 895- 908.

ERİŞGİN, Özlem Söğütlü; "Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumlulukta Casus ve Vis Maior", **Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan**, Ed. Abuzer Kendigelen, Birinci Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, 503-544.

ERDOĞMUŞ, Belgin; **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2005.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ondokuzuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

EREN, Fikret; **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.

ERGÜNE, Mehmet Serkan; **Olumsuz Zarar**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2007.

ERİŞGİN, Nuri; "Tehlike Bağı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 49, 1, 2000, 137-154.

ERKAN, Vehbi Umut ve Yücer, İpek; "Ayırt Etme Gücü," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 60, 2011, 485-522.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.

GAIUS; Institutes of Roman Law (C. 160), Ed. Whittuck, M.A. B.C.L. Dördüncü Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1904.

GAIUS; Institutiones, çev. Türkan Rado, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953.

GORDLEY, James; "Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances," **The American Journal of Comparative Law**, 52, 3, 2004, 513-530.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, 4, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

GÜNDOĞDU, Fatih; **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları**, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, 2011.

GÜNDÜZ, Şefika Deren; **Olumlu Zarar**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2019.

Güzide Burcu Günveren, "Roma Hukukunda Kullanım Ödücü (Ariyet) Sözleşmesi (Commodatum)," **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9, 2, 2019, 311-363.

GÜNVEREN, Güzide Burcu; "Roma Hukukunda Kullanım Ödücü (Ariyet) Sözleşmesi (Commodatum)," **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9, 2, 2019, 311-363.

GÜVEL, Övünç; "Roma Hukukunda Sorumluluk," **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 25, 2, 2017, 375-404.

GÜVEN, O. Sabri; "Kusur kavramı ve çeşitleri I," **Yargıtay Dergisi**, 7, 4, 1981, 570-588.

HELVACI, İlhan; “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine,” **İÜHF**M, 55, 4, 1997, 145-172.

HONIG, Richard; **Roma Hukuku Dersleri**, Çev. Şemsettin Talip, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1935.

İMRE, Zahit; “Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler,” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, 45-47, 1-4, 1979-1987.

İNAN, Ali Naim ve Özge Yücel; **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

İPEK, Eyüp; “Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar,” Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2016.

KAHVECİ, Nuri; “İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından ‘İlliyyet Bağı’ nı Kesen Sebepler,” **KSÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 5, 10, 2007, 91-111.

KARAGÖZ, Havva; “Justinianus’un Digestası’nın “Eski Hukukun Çeşitli Kuralları Hakkında” Faslı’nın (D. 50, 17) Latince’den Türkçeye Çevirisi,” **Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan**, Ed. Abuzer Kendigelen, Birinci Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

KARAOSMANOĞLU, Dila Okyar; **Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu**, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2029.

KAYAK, Sevgi; “Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdü (Mora Debitoris) Kavramının Genel Çizgileri”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15, 2, 2020, s. 393-411.

KAYAR, İsmail; **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler / Özel Borç İlişkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KILIÇOĞLU, Mustafa, **Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26 Baskı, Turhan Kitabevi, 2022.

KIZILKAYA, Delal, **Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu**, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2019.

KİZİR, Mahmut; “Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi,” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 19, 2, 2011, 247-279.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip ve diğerleri; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz; “Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi,” **AÜHF**D, 53, 4, 2004, 1-17.

KORKMAZ, Bengi Sayın; **Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium)**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2013.

KORKMAZ, Bengi Sayın; “Roma Hukuku’nda Vekâlet Sözleşmesinde Sorumluluk Ölçütleri,” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3, 2, 2012, 157-186.

KORKMAZ, Bengi Sayın, **Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium)**, **Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2013.

KORKMAZ, Fırat; **Roma Hukuku’nda Stipulatio**, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2014.

KORKMAZ, Fırat; **Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi**, Doktora Tezi, 2021, Kırıkkale Üniversitesi, Kırıkkale, 2021.

KORDASIEWICZ, Stanisław; "Designing a System of Contractual Liability: Jacques Cujas Inspired by Roman Law," **American Journal of Legal History**, 62, 2022, 20-40.

KOSCHAHER, Paul; **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, Çev: Kudret Ayiter, Yeni Matbaa, İstanbul, 1961.

KOŞAR, Günhan Gönül; **Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi**, Birinci Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2020.

KÖSE, Özge Bilici; **Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümleri Uyarınca Sözleşme Sorumluluğuna Etki Eden Nedenler**, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2022.

KURTULAN, Gökçe; "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru," **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 23,1, 2017, 465- 503.

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

MUHHEİBİR, André, "Barking up the Wrong Tree – The Actio De Pauperie Revisited Van Meyeren V Cloete, 100, **Obiter**, 42, 2021, 703-713.

NOMER, Haluk Nami; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

NOMER, Haluk Nami; **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.

NOTARI, Tamas; "Summum Ius Summa Iniuria—Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation," **Acta Juridica Hungarica**, 45, 1, 2004, 301-321.

ODABAŞI, Özge Erbek; "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması," **İzmir Barosu Dergisi**, 85, 3, 2020, 61-155.

OĞUZ, Hatip; "Sorumluluk Hukukunda Kusur," **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 28, 2016, 273-286.

OĞUZMAN, Kemal ve Nami Barlas; **Medeni Hukuk**, Yirmialtıncı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

OĞUZMAN, Kemal ve Turgut Öz; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2002. (2002a)

OĞUZMAN, Kemal ve Turgut Öz; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2002. (2002b)

ÖCAL, Bahar; "Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi," **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2, 1, 2016, 345-387.

ÖZBAY, Ümit Vefa; **Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz Sözleşmesi)**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2015.

ÖZDEMİR, Gökçe Türkoğlu; **Roma Hukukunda İnfamia (Şerefsizlik)**, Seçkin, Ankara 2008.

ÖZKÜÇÜKPARLAK, Burcu Zengin; **Alacaklı Temerrüdünün Şartları, Hükümleri ve Satım Sözleşmesi Açısından Sonuçları**, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2021.

PEEJOVIĆ, Caslav, "The Basis of Carrier's Liability: From Roman Law to the Rotterdam Rules," **Asian Business Lawyer** 20, 201, 2017, 15-36.

RADO, Türkan; **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Onbirinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.

SAKA, Zafer; “Kusur Kavramı,” **Adalet Dergisi**, 6, 1973, 441-455.

SANLI, Kerem Cem; **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayıncılık, 2007.

SANLI, Kerem Cem; “İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: “Hand Formülü,” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 14, 4, 2008, 99-131.

SAVAŞ, Abdurrahman; Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi,” **İÜHFMD**, 80, 2, 2022, 537-583.

SAYIN, Bengi Sermet; **Roma Hukuku’nda Pactum’lar (Anlaşmalar)**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi, 2008.

SCHWARZ, Andreas B; “ Roma hukuku ve İngiliz Hukuku,” Çev. Bülent Davran, **İÜHFD**, 11, 3-4, 1945, 180-202.

SEVİMLİ, Emine; **Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi (Locatio Conducto Rei)**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul, 2007.

SIKLÓSI, Iván; “*Casus medius*” in Roman Law? Problems of the Limits of “*Custodia*,” **Pázmány Law Review**, 7, 1, 2022, 99-119.

SMITH, William ve diğerleri; **A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, London, 1875.

SOMER, Pervin; “Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu”, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, **MÜHF-HAD**, 14, 4, 2008, 133-151.

SÖĞÜT, İpek Sevda; **Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def’i)**, Birinci Baskı, Filiz Yayınları, İstanbul, 2020.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem; **Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

SÖĞÜTLÜ, Özlem; **Roma Özel Hukuku Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

TAHİROĞLU, Bülent; “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Özel Sayısı**, **MÜHF-HAD**, 14, 4, 2008, 157-170.

TAHİROĞLU, Bülent; **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2021.

TAHİROĞLU, Bülent ve Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersler**, Der Yayınları, İstanbul, 2022.

TAKCI, Nesibe, “Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu”, **Yüksek Lisans Tezi**, Erciyes Üniversitesi, 2021.

TANDOĞAN, Haluk; **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1981.

TANDOĞAN, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallerine Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **AÜHFD**, 20, 1-4, 1968, 1-36.

TANDOĞAN, Haluk; **Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TAŞKIN, Zeynep Damla; “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi,” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 26, 2, 2020, 1305-1348.

TEKBEN, Tuğçe; “Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları,” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22, 3, 2016, 2597-2621.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7, Filiz Yayıncılık, İstanbul, 1993.

TOPUZ, Murat; **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

VON TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2**, Çev. Cevat Edege, Filiz Kitapevi, Ankara, 1983.

TÜRK, Burak ve Çiğdem Yılmaz; “Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması,” **Sorumluluk Hukuku Seminerler**, 2018, Ed. Başak Baysal, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

TÜRKOĞLU, Halide Gökçe; **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, İkinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

UÇARYILMAZ, Talya Şans; “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi,” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 30, 135, 2018, 267-314.

UÇARYILMAZ, Talya Şans ve Haluk Emiroğlu; “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 69, 2, 2020, 835-868.

UÇARYILMAZ, Talya Şans; **Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi**, Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2018.

UMUR, Ziya; **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955.

UMUR, Ziya; **Roma Hukuku Ders Notları**, Üçüncü Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

UYUMAZ, Alper; "Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı Ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri," **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 13, 1, 2023, 503-546.

UZEL, Necdet; “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı,” **Sorumluluk Hukuku, Seminerler- Makaleler** 2017, ed. Baysal, İstanbul, 2017.

ÜÇOK, Coşkun; “Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 7, 1, 1950, 292-321.

ÜNAL, Mehmet; “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 35, 1978.

ÜNER, Aslı; “Nedensellik İlkesi: Hume’a Karşı Kant,” **Mavi Atlas**, 3, 2014, 100-108.

VALSAN, Remus; “Fides, Bona Fides, and Bonus Vir: Relations of Trust and Confidence in Roman Antiquity,” **Journal of Law, Religion And State**, 5, 2017, 48-85.

VAN DEN BERGH, G. C. J. J; "Custodiam Praestare: Custodia-Liability or Liability for Failing Custodia," **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Legal History Review**, 43, 1-2, 1975, 59-72.

WATSON, Alan; "Hukuksal Evrim ve Kanun Yapma", Çev: Ahmet Akyazan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 67, 1-2, 2011, 231-253.

WATSON, Alan; "The Evaluation of Law: The Roman System of Contracts," **Law and History Review**, 2, 1, 1984, 1-20.

YEŞİLLER, Mehmet; "Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu", **Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 1, 2023, 177-191.

YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

YÖRÜK, Şeyda, "Taşınmaz Malikin Hukuka Aykırı Sonuçlardan Sorumluluğu", **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, 2022.

YÜCER, İpek; "Yenileme (Tecdit)," **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9, 1, 2007, 233-259.

YÜKSEL, Halil İbrahim; **Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

ZİLELİOĞLU, Hilal; "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 39, 1, 1987, 241-264.

ZIMMERMANN, Reinhard; **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, Oxford, 1996.

