

173 350

**Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve
Günümüz Hukukuna Etkileri**

Elvan SÜTKEN
(Yüksek Lisans Tezi)

Eskişehir, 2003

Anadolu
Mektebi

YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ

ROMA BORÇLAR HUKUKUNDA SORUMLULUK VE GÜNÜMÜZ HUKUKUNA ETKİLERİ

Elvan SÜTKEN

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2003

Danışman: Doç. Dr. A. Nadi GÜNAL

Hukukun her alanında karşılaşılabilen sorumluluk konusu, borç ilişkilerinin önemli ve vazgeçilmez bir unsurudur. Bu çalışmamızda, esasen kapsamlı bir konu olan sorumluluk konusu, özellikle kusur kavramı açısından incelenmiştir. Bu şekilde sınırlandırılan sorumluluk konusu, Roma Hukukuna göre ele alınmış ve Roma Hukukunun günümüze olan etkilerine yeri geldikçe değinilmeye çalışılmıştır.

Tezimizin birinci bölümünde önce, sorumluluk kavramıyla yakından ilişkisi olan borç kavramı, Roma Borçlar Hukuku kaynaklardan edinilen bilgiler ışığında değerlendirilmiştir. Bu kaynaklara göre Roma Hukukunda sorumluluk kavramının başlangıçtaki görünümü hakkında bilgi verilmiştir. Borç ilişkilerini ortaya çıkaran hukukî olaylar çeşitli kaynaklara göre sınıflandırıldıktan sonra, borç ilişkisi doğuran en eski sözleşmenin temeli olan *nexum* incelenmiştir. Daha sonra, kronolojik olarak çeşitli dönemlerde hakim olan sorumluluk ilkeleri değerlendirilmiş ve en sonunda günümüz hukukundaki durum anlatılmıştır.

Tezimizin ikinci bölümünde, Roma Hukukunda kusursuz sorumluluk ve kusura dayanan sorumluluk ilkeleri incelenmiştir. Önce, kusursuz sorumluluk kavramı açıklanmış ve kusursuz sorumluluğun özel halleri değerlendirilmiştir. Daha sonra kusura dayanan sorumluluk ilkesi kavram olarak incelenmiş, kusurun tanımı, varlığının saptanması, ağırlık derecesine göre sınıflandırılması yapılmıştır. Sorumluluk türleri de açıklandıktan sonra en sonunda sorumluluktan kurtulabilmenin şartlarına değinilerek çalışma sona erdirilmiştir.

ABSTRACT**LIABILITY IN ROMAN LAW OF OBLIGATIONS AND ITS EFFECTS IN
CONTEMPORARY LAW****Elvan SÜTKEN****Department of Private Law****Anadolu University Social Sciences Institute, August 2003****Advisor: Assc. Prof. A. Nadi GÜNAL**

Liability, which is a subject that we can encounter in most of the fields of law is an important and indispensable element of the law of obligations. While liability is in principle a comprehensive subject, it has in our study been especially examined with regard to the term, *culpa*. Limited in this way, the subject of liability has been analyzed with regard to Roman Law and the effects of Roman Law on contemporary law has also been mentioned.

In the first part of our thesis, the term obligation, which is closely related with the term liability is evaluated according to the knowledge that is gained from the Roman Law sources. The original form of the term liability has been explained according to these sources. After the legal events that bring forth the relations concerning obligations are classified according to various sources, *nexum*, which is known as the bases of the primitive contract is also examined. Subsequently, the principles of liability are evaluated chronologically and finally, the contemporary situation is also mentioned.


In the second part of the thesis, the objective and the subjective liability in Roman Law are examined. At first, the term objective liability is explained and its special situations are evaluated. Subsequently, subjective liability is examined as a term and *culpa* is defined, its existence determined and it is classified according to its importance. After the explanation of the kinds of subjective liability, the conditions of exclusion clauses are mentioned and the study is concluded.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Elvan SÜTKEN'in "Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri" başlıklı tezi 11 Eylül 2003 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, yüksek lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Doç.Dr.Nadi GÜNAL
Üye : Prof.Dr.Erhan TÜRKER
Üye : Doç.Dr.Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Prof.Dr.Nurhan AYDIN
Atatürk Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü


İÇİNDEKİLER

YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ	ii
ABSTRACT	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
KISALTMALAR	ixx
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE SORUMLULUK KAVRAMI

1. GENEL OLARAK SORUMLULUK KAVRAMI.....	6
1.1. Roma Hukukunda Borç ve Sorumluluk Kavramları	6
1.2. Roma Hukukunda Sorumluluk Kavramının Görünümü.....	10
1.3. Sorumluluk Kavramının Temeli.....	15
1.3.1. Çeşitli Sınıflandırmalar	15
1.3.2. “Nexum” İşlemi	19
2. SORUMLULUK KAVRAMINDAKİ TARİHİ GELİŞME VE SORUMLULUK İLKELERİ.....	22
2.1. Başlangıçtan Günümüze Kadar Olan Gelişme	22
2.1.1. Kısa İlkesi ve Diyet Usulü	22
2.1.2. Bireylerin Birbirlerine Ceza Vermeleri İlkesinin Kaldırılması	23
2.1.3. Endüstri Devrimi ile Başlayan Gelişmeler	24
2.2. Günümüzde Sorumluluk Kavramı.....	25
2.2.1. Sorumluluk Konusunun Sınırlandırılması.....	25
2.2.2. Sorumluluk Hukuku ve Sorumluluk İlkeleri	25

2.7. Kusur Kavramı Açısından Sorumluluk Türleri ve Sorumsuzluk Şartları.....	71
2.7.1. Borçlunun Kasıt(Dolus)'dan Dolayı Sorumluluğu	72
2.7.2. Borçlunun İhmâl(Culpa)'den Dolayı Sorumluluğu	73
2.7.2.1. Fayda ve Menfaat İlkesi	74
2.7.2.2. Borçlunun Kendi İşlerinde Gösterdiği Dikkat ve Özeni Göstermesi(Diligentia Quam Suis Rebus Abhibere Solet) 76	
2.7.2.3. Beklenmeyen Hallerde Sorumluluk	77
2.7.2.4. Mücbir Sebep(Vis Maior) Halinde Sorumluluk	78
2.7.3. Haksız Fiillerden Dolayı Sorumluluk	81
2.7.3.1. Ius Civile Tarafından Tanınan Haksız Fiillerden Dolayı Sorumluluk	84
2.7.3.2. Praetor Hukuku Tarafından Tanınan Haksız Fiillerden ve Haksız Fiil Benzerlerinden Dolayı Sorumluluk	93
2.7.4. Sorumsuzluk Şartları	98
SONUÇ	102
KAYNAKÇA.....	108

KISALTMALAR

a.g.e.	:	Adı geçen eser
a.g.m.	:	Adı geçen makale
A.Ü.H.F.D.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	:	Borçlar Kanunu
Bkz./ bkz.	:	Bakınız
Çev.	:	Çeviren
D.	:	Digesta, Iustiniani
D.E.Ü.H.F.D.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Gai.	:	Gaius
Inst.	:	Institutiones
Iust.	:	Iustinianus
İ.Ü.H.F.M.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İ.Ü.H.F.D.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İ.Ü.Y.	:	İstanbul Üniversitesi Yayınları
m.	:	Madde
M. Ö.	:	Milattan Önce
M. S.	:	Milattan Sonra

MK.	:	Medeni Kanun
pr.	:	Principium
s.	:	Sayfa
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
yy.	:	Yüzyıl

GİRİŞ

Roma, ilk çağ uygarlıkları arasında tarih bakımından bize en yakın olan ve günümüze kadar ulaşabilmiş kaynaklardan edinilen bilgiler ışığında tarihi en iyi bilinen uygarlıktır. Roma uygarlığı, bir çok toplumunun kültürel ve hukukî hayatına damgasını vurmuştur.¹ Roma Hukukunun merkezi, insan kişiliğidir. Roma Hukukunda yer alan birbirine bağlı haklar ve borçlar(*ius* ve *obligatio*) sisteminin, herkese hakkı olanı vermek(*suum cuique tribuere*) ilkesi ve başkasına zarar vermemek(*alterum non laedere*) ilkesine dayanması, bu toplumda adalete ve sosyal barışa ne denli önem verildiğinin göstergesidir. Romalı hukukçular, her zaman, her yerde, herkes için geçerli olabilecek yani mutlak ve sonsuz değerlerle ilgileniyorlardı. Bu nedenle de Roma Hukuku, günümüz hukukçuları için olduğu kadar, gelecekteki hukukçular için de, geçmişte yer almış eşsiz bir yazılı düşünce(*ratio scripta*) örneği olarak nitelenebilmektedir. Nitekim Roma Hukuku tarihi, bin beş yüz yılı kapsayan önemli olayları ve sosyal hayatın birçok alanında gerçekleşen yenilikleriyle, tartışmasız bir yol gösterici(*magistra vitae*) olma özelliğine sahiptir.²

Roma Hukuku, günümüzün Medeni Hukuk, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Usul Hukuku ve bu çalışmadaki inceleme alanımız olan Borçlar Hukuku gibi hukuk kurumlarını derinden etkilediği bir gerçektir. Bu çalışmada sorumluluk kavramı borçlar hukuku çerçevesinde değerlendirilmiştir. Sorumluluk hukuku, Roma Hukukunda ve günümüz hukuk sistemlerinde, borç ilişkileriyle ilgili olan en önemli konulardan biridir.

Roma Hukukundaki *obligatio* terimi, Türkçe'de "borç" anlamına gelmektedir. *Obligatio*'ya göre, alacaklı(*creditor*) borçludan(*debitor*) belli bir şeyin yerine

¹Bülent Tahiroğlu, "Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Cilt no:XLV – XLVII(Ayrı bası, 1982), s.677.

²Reginald H. Barrow, **Romalılar**. Çev.:Ender Gürol (İstanbul: İz Yayıncılık, 2002). s.226.; V. A. Georges, "Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi". Çev.:Bülent Tahiroğlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Cilt no:XLII, Sayı no:1 – 4 (Ayrı bası, 1977). s.5 vd.

getirilmesini isteyebilir. Bununla birlikte, Türkçe'deki borç kelimesi aynı zamanda, Roma Hukukundaki *debitum* kelimesine de karşılık gelir. Ancak Roma Hukukunda *debitum*'da, yalnızca bir tarafın (borçlunun) yükümlülüğü söz konusu iken, *obligatio*'da hem alacaklının hem de borçlunun yükümlülüğü söz konusudur. Borcun ödenmemesi durumunda ne olacağını bildiren sorumluluk kavramı ise, bir kimsenin ya da bir malın, bir borcu güvence altına alması olarak tanımlanıyordu.

Borcun konusu ya da bir şeyden dolayı sorumlu olmak anlamına gelen Roma Hukukundaki *praestare* kelimesi, genel olarak borç ilişkilerini ifade etmek için kullanılıyordu. Bu kelimenin kullanım alanlarından yola çıkılarak da, sorumluluk ve borç kavramlarının yakın ilişkisi olduğunu söylemek mümkündür.

Roma Hukukunda, *vas, praes, sponsor* adlı kimseler sorumluluğun ilk örneklerini oluşturmaktaydılar. *Vindex* denilen kimse ise kefil olarak tanımlanıyordu. Sorumluluk kavramının temeli incelendiğinde, borcun kaynaklarının sınıflandırıldığı görülür. Sorumluluk doğuran borç ilişkilerini ortaya çıkaran hukukî olaylara borcun kaynakları denmekteydi. Bu kaynaklar, dönemlere göre farklılık arz etmekteydi. Türk Borçlar Hukukunun benimsediği sınıflandırmaya göre, borcun kaynakları sözleşmeler ve haksız fiillerdir ve bu sınıflandırma esasen *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde yaptığı sınıflandırmadır. Sözleşmeler söz konusu olduğunda sorumluluk doğuran en eski sözleşmenin temelinde *nexum* işleminin bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

Sorumluluk kavramı zaman içinde sosyal, ekonomik ve kültürel hayatın değişikliğe uğraması ile birlikte gelişmiş ve her dönemlerde farklı sorumluluk ilkeleri benimsenmiştir. İlkel toplumlarda kısas ilkesi ve diyet usulü uygulanırken, zaman içinde bireylerin birbirlerine ceza vermeleri ilkesi kaldırılmış ve bu yetki devletin eline geçmiştir. Sorumluluk hukukunun tarihi gelişimindeki en önemli aşama ise, 19. yüzyılda Endüstri Devriminin gerçekleşmesiyle kaydedilmiştir. Endüstri Devrimi ile birlikte çalışma dünyasında, sosyal ilişkilerde yaşanan reform hukuk alanına da yansımıştır. Bu dönemde kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmaya başlanmıştır.

Sorumluluk kavramını günümüz hukukundaki çeşitli sorumluluk ilkeleri çerçevesinde incelemek, bu kavramının önemini daha da belirginleştirmektedir. Türk

Borçlar Hukuku, Roma ve Pandekt Hukuk Sistemlerine dayanan Kara Avrupası hukuk sistemini temel aldığından³, dar anlamda sorumluluk anlayışını benimsemiştir. Bu anlayışa göre, sorumluluk hukuku sözleşme dışı sorumluluktan ibarettir ve hukuk düzenince yalnızca sözleşme dışı zararlardan doğan tazminat yükümlülüğünü düzenleyen kurallar konmuştur.⁴

Sorumluluk ilkelerinden özellikle ikisi, birbirlerinden farklı esaslara dayandıklarından, zaman içinde farklı dönemlerde biri diğerine hakim olmuş, kimi zaman da ikisi birlikte uygulanmışlardır. Bunlar, kusursuz sorumluluk ilkesi ve kusura dayanan sorumluluk ilkesidir.

Roma Hukukunun tarihi dönemleri; Eski Hukuk Dönemi(M. Ö. 753 – M. Ö. 150), Klasik-öncesi Hukuk Dönemi(M. Ö. 150 – M. Ö. 27), Klasik Hukuk Dönemi(M. Ö. 27 –M. S. 250), Klasik-sonrası Hukuk Dönemi(M. S. 250 – M. S. 527) ve *Iustinianus* Dönemi (M. S. 527 - M. S.565) olarak bilinmektedir.⁵ Roma Hukukunda, Eski Hukuk Döneminde ve Klasik-öncesi Dönemde, kusursuz sorumluluk ilkesi yaygın olarak uygulanmıştır. Klasik Dönemde ise kusursuz sorumluluk ilkesi kusura dayanan sorumluluk ilkesi ile birlikte uygulanmıştır. Klasik-sonrası Dönemde kusura dayanan sorumluluk ilkesi öne geçmiş, nitekim *Iustinianus* Döneminde ise artık kusura dayanan sorumluluk ilkesi sorumluluk hukukuna hakim bir ilke durumuna gelmiştir.

Kusursuz sorumluluğun özel halleri; gözetim(*custodia*) sorumluluğu, *noxal* sorumluluk, kölelerin ve aile evlâtlarının yaptıkları hukukî işlemler nedeniyle ortaya çıkan borçlardan dolayı sorumluluktur.

Kusura dayanan sorumluluğa açıklık getirilebilmek için, öncelikle kusur(*culpa*) kavramının incelenmesi yararlı olacaktır. Bir kimsenin kusurlu davranışta bulunup, bu sebeple sorumluluğunun doğabilmesi için, bu kimsenin kusur ehliyetine sahip olması gerekirdi. Roma Hukukunda kusur, günümüz hukukundaki gibi kasıtlı

³A. Nadi Günal-Erkan Küçükgüngör , *Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), s.15.

⁴Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Altıncı basım. Ankara: Beta Yayınevi, 1998), s.457.

⁵Özcan Karadeniz – Çelebican, *Roma Hukuku* (Yedinci basım, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları), s.36vd.

davranışlardan(*dolus*) ya da ihmâli davranışlardan(*culpa*) kaynaklanmaktaydı. Kusurun varlığının saptanabilmesi için objektif ve subjektif ölçütlerden yararlanılabildi ve ancak bazı şartların gerçekleşmesi, bazılarının da gerçekleşmemesi(gerekli özenin gösterilmemesi gibi) halinde bir davranış kusurlu olarak nitelenebilirdi. Genellikle, zarar görenin değil de karşı tarafın kusurlu olması söz konusuydu, ancak bazen zarar gören ve zarar verenin birlikte kusuru(*omnis culpa*) söz konusu olabilirdi.

Haksız fiiller(*delictum*) ve sözleşmeler(*contractus*), kusura dayanan sorumluluğu doğuran önemli iki kaynaktı. *Ius Civile* tarafından tanınmış olan haksız fiillerin kapsamına *furtum*(hırsızlık), *rapina*(gasp), *damnum iniuria datum*(başkasının malına verilen zararlar) ve *iniuria*(maddi ve manevi kişiliğe verilen zararlar) suçları dahildi. *Praetor* hukuku tarafından tanınan haksız fiillerin en önemlileri ise *dolus*(hile), *metus*(ikrâh) ve *fraus creditorum*(alacaklılara karşı hileli hareketler) idi, ancak bazı Roma Hukuku kaynaklarına göre bunların haksız fiil benzeri(*quasi delictum*) olduğu kabul ediliyordu. Yine bu kaynaklara göre, *si iudex litem suam fecerit*(hakimin anlaşmazlık konusunu kendisine mal etmesi), *actio de posito et suspense*(konmuş ve asılmış şeyin davası), *actio de deiectis vel effusis*(bir binadan yola bir şey düşmesi halinde açılan dava) gibi durumlar ise, haksız fiil benzeri oldukları kesin olarak kabul edilen suçları içermekteydiler .

Roma Hukukunun uygulandığı son dönemlerde kusura dayanan sorumluluktan kurtulabilmek, günümüzdeki sorumsuzluk anlaşmasındakine benzer bir yöntemle mümkün olabiliyordu. Kasıt(*dolus*) ya da ağır ihmâl(*culpa lata*) sebebiyle sorumlu olmak, kişiyi emredici kurallarla bağladığından, sorumluluktan kurtulmak mümkün değildi. Yalnızca *Iustinianus* Döneminde, ancak hafif ihmâle(*culpa levis*) ilişkin olarak taraflarca günümüzdeki sorumsuzluk anlaşmasına benzer bir düzenlemeye gidilebiliyordu.

“Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri” başlıklı bu çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ilk önce, genel olarak sorumluluk kavramı incelenirken bu kavram, yakın ilişkide olduğu borç kavramı ile birlikte ele alınmıştır. Bu kavramlar en eski kaynaklardaki şekilleriyle değerlendirilmiş, borcun kaynakları sınıflandırılmıştır ve borç doğuran en eski

sözleşmenin temeli olan *nexum* işlemi açıklanmıştır. Daha sonra, çeşitli sorumluluk ilkeleri değerlendirilerek, başlangıçtan günümüze değin sorumluluk kavramının geçirdiği değişim açıklanmaya çalışılmıştır.

Tezimizin ikinci bölümünde ise, Roma Hukukundaki kusursuz sorumluluk ve kusura dayanan sorumluluk ilkeleri, yeri geldikçe Türk Borçlar Hukukuna da değinilerek incelenmeye çalışılmıştır. Bu ilkelerin uygulanmasında tarihsel açıdan öncelikli olan kusursuz sorumluluk ilkesi ilk olarak ele alınmış, bu ilke kavram olarak incelendikten sonra kusursuz sorumluluğun bazı özel durumları değerlendirilmiştir. Daha sonra kusura dayanan sorumluluk ilkesi incelenmeye çalışılmıştır. Kusura dayanan sorumluluk ilkesine açıklık getirmek için, önce kusur(*culpa*) kavramı değerlendirilmiş, bu kavramın tanımı yapılmış, kusur ehliyeti açıklanmış, kusurun varlığının ne şekilde saptanabileceği konusuna açıklık getirilmeye çalışılmış ve kusur ağırlık derecesine göre sınıflandırılmıştır. Kusur kavramı açısından sorumluluk türleri, kasıt(*dolus*) ve ihmâl(*culpa*) ve haksız fiiller(*delictum*) esas alınarak incelenmiş ve en son olarak, bir kimsenin sorumluluktan hangi şartlarda kurtulabileceği konusu günümüz hukuku ile karşılaştırmalı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZE SORUMLULUK KAVRAMI

1. GENEL OLARAK SORUMLULUK KAVRAMI

1.1. Roma Hukukunda Borç ve Sorumluluk Kavramları

Günümüz Borçlar Hukukunda ve bunun temeli olarak nitelendirilen Roma Borçlar Hukukunda önemli yeri olan *sorumluluk* kavramını açıklarken, öncelikle *borç* kavramının üzerinde durmak faydalı olacaktır. Borçlar Hukukunun genel teorisi incelendiğinde görüldüğü üzere, bu iki kavramın tanımları, birbirleriyle bağlantıları ve farkları, uzun süre tartışılmıştır.

İnsanoğlu, Roma Hukukunun uygulandığı devirden bu yana ve belki de daha eskilerden beri birçok borç ilişkisiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bir kimse başkasının kişilik haklarına ya da malvarlığına zarar verdiğinde, kıymetli bir evrakın emanet olarak bir kimseye bırakılması ya da bir kitabın ödünç olarak kütüphaneden alınması durumunda ve genel olarak birçok sözleşmeden sonra taraflar arasında borç ilişkisi meydana gelmektedir. Birbirinden farklı borç ilişkilerinin ortak yönü ise, bir kimsenin diğer bir kimseden bir şey istemek hakkına sahip olması, diğer tarafın da ona karşı bir yükümlülük yani borç altında bulunmasıdır: Örneğin, karşı taraftan herhangi bir haksız fiil sonucunda meydana gelmiş olan zararın tazminini istemek, emanet edilen evrakı geri istemek, ödünç alınan kitabı kütüphaneye geri vermek gibi borç ilişkileri sonucunda alacaklı, borçlunun belli bir şekilde hareket etmesini istemek hakkını elde eder. Bu hareket şekli, 'bir şeyin verilmesi ya da yapılması' gibi olumlu bir hareket şekli olabileceği gibi, 'rekabet etmemek' gibi olumsuz bir hareket şekli de olabilir.⁶

⁶Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*(İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997), s.13-14 .; Paul Koschaker, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. Çeviren: Kudret Ayiter(İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları , 1993), s.183.

Roma Hukukundaki *obligatio* kavramı, Türkçe’de “borç” anlamına gelir. Alacaklı ve borçlu arasında meydana gelen borç ilişkisi olarak da tanımlanabilen *obligatio*’ya göre, alacaklı borçlusunun belli bir şeyi ifa etmesini ya da belli şekilde hareket etmesini istemek hakkına sahiptir.⁷ Bununla birlikte, Türkçe’deki borç kelimesi aynı zamanda, Roma Hukukundaki pasif tarafın yükümlülüğü olan *debitum* kavramına da karşılık gelir. Kanımızca, gerçek borç ilişkisi *obligatio* ile ifade edilmektedir. Nitekim *obligatio*’da, biri alacaklı, diğeri borçlu olmak üzere iki tarafı birden kavrayan bir borç ilişkisi ve dolayısıyla hem alacaklının hem de borçlunun sorumluluğu söz konusu iken, *debitum*’da, az önce de belirtildiği gibi, sadece bir tarafın(borçlunun) sorumluluğu söz konusudur.⁸ Roma Hukukunun klâsik kaynaklarında *obligatio* ve *debitum* arasında ayırım yapılmamıştı. Ancak daha sonraları bu iki kavramın ayırt edilebilir olduğu görülmüştür. 1850’li yıllarda bu konuda araştırma yapmış olan Alman Pandekt Hukukçularından Brinz, ‘*debitum*’ kelimesini, eskiden Roma Hukukunda kullanıldığı anlamda kullanmıştır. Ona göre, Roma Hukukunun uygulandığı en eski devirde aile reisinin tuttuğu hesap defterlerinin “zimmet” bölümünü gösterdiği tahmin edilen *debitum* kavramı ile aynı zamanda uygulamada yer almakta olan *obligatio* kavramı, birbirlerine sürekli bağımlılık arz etmezdi. Yani, bunlardan birinin dahil olduğu hukuki ilişki bitse de, diğerinin dahil olduğu hukuki ilişki devam edebilirdi.⁹ Ancak bazı Roma Hukuku kaynakları incelendiğinde, en eski borç ilişkilerinde *debitum*’un olduğu, ancak *obligatio* kavramının işaret ettiği hukuki ilişkiye ise rastlanmadığı görülmektedir.¹⁰ Bu görüşü benimseyen hukukçuların tersine Brinz, önceleri *debitum*’un *obligatio*’dan kaynaklandığını açıkça belirtmemiş ve en eski borç ilişkisindeki *obligatio* ve *debitum*’un kavram olarak kaderlerinin birbirlerine bağlı olmadığını iddia etmişti. Ancak Brinz, bunun sebeplerini açıklamaya giriştiği araştırmasında, *debitum*’un *obligatio*’nun son safhasında yer aldığı, dolayısıyla

⁷ Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**. Çeviren: Ziya Umur(İkinci basım, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1959), s. 347-348.

⁸Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**(İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983), s.54.; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**(İstanbul: Der Yayınevi, 2000), s.18.; Ferid Ayiter, “Borç ve Mesuliyet”, **Türk Hukuk Tarihi Dergisi**. Cilt no: 1, s.146.

⁹Ayiter, a.g.m., s.146.

¹⁰W. W. Buckland, **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian** (Cambridge: Cambridge University Press, 1950), s.407.

debitum'un *obligatio*'dan kaynaklandığı sonucuna varmış ve bunu iddiasına eklemiştir.¹¹

Önemli bir Roma hukuku kaynağı olan *Iustinianus*'un *Institutiones* adlı eserinde, borç ilişkisi ile ilgili olarak aşağıdaki tanım yer almaktadır:

Iust., Ins. 3. 13 pr.:

“Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.”

Iust., Ins. 3. 13 pr.:

“Borç ilişkisi öyle bir hukuki bağıdır ki onunla devletimizin hukuku gereğince, bir kimseye, bir şeyin ifası hususunda zorunlu olarak bağlanırsınız.”¹²

Borç ilişkisi en basit şekliyle incelendiğinde, ilişkinin esas olarak iki taraftan oluştuğu gözlemlenir. Borç ilişkisinin sujeleri olarak nitelendirilen bu taraflar, “alacaklı(*creditor*)” ve “borçlu(*debitor*)” olarak isimlendirilir. Alacaklı(*creditor*), borçludan(*debitor*) borcun konusu olan edimin yerine getirilmesini(ifasını) ister.¹³ Borçlunun ifa ile sorumlu olduğu şeyi yani edim, “alacaklının alacağını elde etmek için

¹¹ Ayiter, a.g.m., s.146-147.

¹² *Iustinianus, Institutiones*. Çeviren: Ziya Umut (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968), s.238-239; Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (Oxford: Oxford Clarendon Press, 1969), s.455-456.; *obligatio*'nun dünyaca ünlü bu tanımı dışında diğer bir ünlü tanımı da, *Iustinianus*'un *Digesta* isimli eserinde hukukçu *Paulus*'a ait aşağıdaki metinde yer alır:

D. 44. 7. 3. pr.: “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*”

D. 44. 7. 3. pr.: “Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet hakkı ya da bir irtifak hakkı sağlamalarında değil, fakat bir kimseyi bize, herhangi bir şeyi vermeye, yapmaya ya da bir edayı ifaya mecbur etmelerinde görülür.”

¹³ Günümüz hukukunda bir borç ilişkisinde, alacaklının karşı tarafı her zaman “borçlu” olarak nitelenmeyebilir. İfa yükümlülüğünün gerçekleştirilmemesi halinde, sorumluluğu taşıyan kimse, borçlu değil de başka bir kimse olabilir. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde sık rastlanan bu duruma göre, beklenen ifanın gerçekleşmemesi halinde, borçlu dışında bir başka kimse, kendi şahıs varlığı ya da malvarlığı ile alacaklıyı tatmin etmekle sorunluymuş ve bu üçüncü kimse, en eski kefil olarak bilinmekteydi. Dolayısıyla söz konusu ilk dönemlerde genel olarak ikili değil de üç taraflı borç ilişkileri oluşturuluyordu: Ayrıntılı bilgi için bkz. Buckland, a.g.e., s. 407., Koschaker, a.g.e., s.208.

borçlusuna karşı kullanabileceği bir zorlama(tazyik) unsuru” olarak tanımlanırken¹⁴, “sorumluluk” ve “borç” kavramlarının birbirlerine sıkı bir şekilde bağlı olduğu görülür.¹⁵

Edim, Latince “*praestatio*”¹⁶, Almanca “*leistung*”, Fransızca “*prestation*”, İtalyanca “*prestazione*” terimlerinde karşılık bulmaktadır¹⁷. *Prestatio*, anlamı halen tartışmalı bir kelime olmakla birlikte, kapsamı da kesin şekilde belirlenmemiş olan bir kelimedir. Bu kelime, “bir şeyden dolayı sorumlu olmak, zarar ziyan ödemek sorumluluğu altına girmek, borcun ödenmesine ilişkin teminat vermek” anlamlarını taşıyabiliyordu.¹⁸ Romalılar, *praestation* kelimesinin kullanıldığı yerlerde, *praestare* kelimesini de kullanabiliyorlardı. *Praestare* ya da *praestation* kelimesinin anlamı, “teminat” olarak incelendiğinde, *praestare* borçlusunu, bir sözleşmeyle borcu teminat altına almayı ya da hasarı üzerine almayı kabul eden bir kimse olarak değerlendirilebilirdi. Dolayısıyla, konusu bir eşyanın mülkiyetinin nakli, bir miktar paranın ödünç verilmesi, emanet olarak bırakılan bir eşyanın iadesi vb. gibi olumlu bir nitelik taşıyabilen ya da, bir kimsenin arazisinden geçmemek, inşaatta bulunmamak vb. gibi olumsuz nitelik de arz edebilen *praestare*, söz konusu vb. borç ilişkilerinde ifanın eksik olarak yerine getirilmesi ya da hiç yerine getirilmemesi durumlarında sorumluluk yüklenmek anlamını da taşıyabilmekteydi. Bunun sonucu olarak, her borç ilişkisi *praestare* kelimesi ile ifade edilebilirdi.¹⁹

¹⁴Rado, **Borçlar**, s.18.

¹⁵Burdick, W. L., **The Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law**(New York: 1938), s.389.

¹⁶*Praestatio*, ya *dare*(vermek borcu yani bir kimsenin bir malın mülkiyetini ya da zilyetliğini nakletmekle sorumlu olması vb. gibi) ya *facere*(yapmak borcu yani her türlü işin yapılması ya da yapılmaması) ya da *praestare*(anlamı tartışmalı olmakla birlikte, *dare* ve *facere*’yi içeren geniş bir anlamda kullanılıyordu ve her borç *praestare* terimiyle tanımlanabiliyordu) şeklinde olabilirdi: Ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**(İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999). s. 298.; Richard Honig, **Roma Hukuku Dersleri**. Çeviren: Şemseddin Talip(İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935). s.105.

¹⁷Andreas Schwarz, **Borçlar Hukuku Dersleri**. Çeviren: Bülent Davran(İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948), s.3-4.

¹⁸Rado, **Borçlar**, s.23.

¹⁹Burdick, W.L., a.g.e. s. 389.; Hilal Zilelioğlu, “**Roma Hukukunda Gözetim(Custodia) Sorumluluğu**”(Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1985), s.20-22.

Anadolu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Nitekim *praestare*'nin Roma kaynaklarında yer alan "*sanum esse praestare*(sağlam olduğunu garanti)", "*dolum praestare*(hileden dolayı sorumluluk)", "*custodiam praestare*(gözetim sorumluluğu) gibi kullanım alanları, sorumluluk ile borç kavramlarının birbirlerine bağlı olarak ele alınmaları gereğini açıklamaktadır.

1.2. Roma Hukukunda Sorumluluk Kavramının Görünümü

Pandekt hukukçularının araştırmaları ile Roma Borçlar Hukukunun en eski yapısını gösteren kaynaklara ulaşılmıştır. Bu kaynaklar aracılığıyla, bir zamanlar Roma Hukukunda geçerli olan şekilleriyle borçların niteliği ve gelişme aşamaları ayrıntılı olarak incelenebilmiştir. Pandekt hukukçularına göre borç, "borç" ve "sorumluluk" denilen iki unsurdan oluşuyordu. Bu araştırmacılara göre "borç", borçlunun bir şey ifa edeceğini ve bunun sonucunda alacaklının eline bir şey geçeceğini gösteriyordu. Borç ifa edilmediği zaman ne olacağını bildiren "sorumluluk" ise, bir kimsenin ya da bir malın bir borcu güvence altına alması olarak tanımlanıyordu. Edim yerine getirilmezse, bunun sonucu olarak alacaklı, sorumlu olan kimseye ya da mala el uzatabilirdi. Alacaklı, sorumlu olan borçlu da olsa, bir üçüncü kimse(*vindex*)²⁰ de olsa, sorumlunun vücut bütünlüğüne(cismine) el koyma, onu alıp götürme ve ona istediğini yapma haklarına sahipti. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde özel bir yeri olan şahıs varlığı ile sorumluluğun önemi, Roma'da dostluk ve güvene dayanarak yürüyen ticari ilişkilerde verilen sözün değerinin çok fazla olmasından kaynaklanmaktaydı.²¹ "Kişisel sorumluluk" olarak da adlandırılan sorumluluğun bu en ilkel şeklinin yerini, *praetor*'ların çalışmalarıyla ancak daha sonraları "malvarlığı ile sorumluluk"

²⁰Roma Hukukunda *vindex* denilen kimse. *manus iniectio*(el koyma işlemi) sırasında, *magistra* önünde, davalıyı *manus*(el koyma)ya maruz kalmak ya da hakimiyet altına girmek)ten kurtarmak için müdahale ederek, davacının iddiaları karşısında savunma yapan, davalının bir dostu ya da akrabasıydı. "Kefil" olarak da adlandırılırdı. Eğer *vindex*, davacıya karşı ileri sürdüğü ve mahkûmiyetin bulunmadığı, ya da mahkûmiyet miktarının ödendiği iddiasında haksız çıkacak olursa, ilk borcunun iki mislini ödemek zorunda kalırdı. Fakir bir vatandaşa herkes *vindex* olabiliyorken, gayrimenkul sahibi vatandaşın *vindex*inin daha zengin olması gerekiyordu. Umur, Lügat, s.223.

²¹Reinhard Zimmerman. *The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civil Trial*(Capetown: 1992), s.11

alabilmiştir²². Günümüzde ise kişisel sorumluluk, malvarlığı ile sorumluluk anlamında kullanılmaktadır.²³

Pandekt hukukçulara göre, sorumluluk ifa edilmemiş edimin yerini tutabilirdi, ancak edimin kendisini hiçbir zaman sağlayamazdı. Sorumlulukta saklı olan bir unsur edimi sağlamaktaydı. Roma'da A, zilyedi olduğu bir eşyayı bana vaat etmişse ve onu vermiyorsa, aleyhine dava açılabilir ve hükme dayanarak yerine göre A'nın şahıs varlığı elde edilebiliyor ve bütün malvarlığı cebri icraya tâbi tutulabiliyordu. Ancak eşyanın kendisi elde edilemiyordu. Dolayısıyla, sorumluluk esasına dayanarak hak elde etme ve aynî hak arasında belirgin bir fark vardı. Nitekim, aynî hak doğrudan doğruya eşyaya yönelmişti ve eşya, bulunduğu her yerde geri alınabiliyordu. Sorumluluk esasına dayanarak bir eşya talep edildiğinde ise, sadece sorumlu olan şeye yani borçlunun şahsına ya da malvarlığına el uzatılabilirdi. Bu yöntem ile tazminat alınabiliyordu ancak eşyanın kendisi elde edilemiyordu.²⁴ Roma'da Klasik Sonrası Dönemde ve günümüz hukukunda, aradaki bu fark ortadan kalkmıştır. Örneğin günümüzde, belli bir eşyaya ilişkin bir borçta, bir hükme dayanarak, resmi infaz makamları aracılığıyla, sorumlu olan kimsede bulunan eşya onun elinden aldırılabilir ve alacağın elde edilmesi sağlanabilmektedir.²⁵

Eski kaynaklar değerlendirildiğinde anlaşıldığı üzere, borç kavramı büyük olasılıkla ilk defa para borçlarında hissedilmiş, daha sonra da bu kavram her türlü borçlara uygulanmıştır. En eski borç dahi sorumluluk ile desteklenmiştir, hiçbir zaman sorumluluğu olmayan bir borç ilişkisinden söz etmek mümkün olmamıştır. Oysa sorumluluk kavramının söz konusu ilk zamanlarda tek başına var olduğu araştırmalar sonucu ortaya çıkmıştır. Daha önce bahsedilen, borçlunun ifa etmek zorunda olup alacaklının da bu yükümlülüğü kabul ettiği borç ilişkisini gösteren *debitum*'a en eski borç ilişkisinde rastlanmaktayken, üstlenilmiş bir sorumluluk, şartlı verilmiş bir söz

²²Pomponius'a ait olan, D. 50. 17. 25: "*Plus cautionis in re est quam in persona*" metninden anlaşıldığı üzere, Roma'da son dönemlerde, kişi ile karşılaştırıldığında eşyanın teminat açısından daha güvenli olduğu fikri yaygındı.

²³Koschaker, a.g.e. s.184-185.

²⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Eşya Hukuku**(Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), s. 7-8.

²⁵Koschaker, a.g.e. s.185.

olarak nitelenen *obligatio*'ya ise daha sonraları rastlanmıştır. Dolayısıyla borç ilişkilerinde *debitum* ve *obligatio* farklı kişiler tarafından yüklenilebilirdi. Örneğin, karz(*mutum*) sözleşmesi yapılmışsa, borçlunun mutlak surette sorumlu olması gerekmezdi, bir kefil de sorumlu olabilirdi. Ancak bu durumda kefil olan kimse borçlu değil, yalnızca sorumluydu. Borçlu ise, esasen sorumluluğa dayanan tazminat borçlarında olduğu gibi, ancak sorumluluğu üzerine almışsa sorumluydu.²⁶

Roma'da sorumluluğun ilk örneklerini oluşturan “*vas*(çoğulu; *vades*)”, “*praes*(çoğulu; *praedes*)” ve “*sponsor*” adlı kimselerin dahil oldukları bazı hukuki ilişkilerde de, borç ve sorumluluğun ayrı kimselere ait olduğu saptanmıştır. *Vas*, *praes* ve *sponsor*, borçlunun gereken ifada bulunamaması halinde, alacaklıya şahsen sorumlu olan kimselerdi.²⁷ Bu ilişkilerin temel teşkil ettiği kefalet kurumu²⁸ ile ilgili olarak, *Iustinianus*'un *Institutiones* adlı eserinde aşağıdaki tanım yer almaktadır.²⁹

Iust., Ins. 3. 20 pr.:

“Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fideiussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.”

Iust., Ins. 3. 20 pr.:

“Bir çok hallerde, taahhütte bulunan yerine, kefil ismi altında, başka kimseler de borçlanırlar: bu da, alacaklıları daha dikkatli bir teminat altına almak için yapılır.”

²⁶Buckland, a.g.e., s.186.; Zilelioğlu, a.g.e., s.3.; Koschaker, a.g.e., s. 186.

²⁷Zilelioğlu, a.g.e., s.5-6.

²⁸Günümüz Hukukunda da önemli bir yeri olan kefaletin tarifi BK. m. 483'te, kefilin sorumluluğu ile ilgili düzenleme ise BK. m. 490'da yer almaktadır. Ayrıntılı bilg için bkz. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt no.2 (İkinci baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1993), s. 371vd.

²⁹*Iustinianus, Institutiones*, s.260-261.

“En eski kefil” olarak tanımlanabilen *sponsor*, günümüz sözleşmelerinin en eski şekli olan *stipulatio*’nun temelindeki *sponsio*³⁰ işlemi ile belirleniyordu. Nitekim, *Gaius*’a ait olan metinlerde de, sözleşme olmaktan çok bir sözleşme yöntemi olarak tanımlanan *sponsio*³¹ işleminde, asıl borçlunun yanında *sponsor*(kefil)’un da bulunmasının şart koşulduğu anlaşılmaktadır. *Sponsio*’nun, asıl borçlu ve alacaklı arasında yapılan ilk sözleşme olma özelliği vardı ve bu sözleşme yöntemi, kefaletle de uygulanabiliyordu.³² Kural olarak, kefalette esas sorumlu kefil idi. Kefalet akdi çerçevesinde borçlunun da sorumlu olabilmesi için, kendi kendisi için kefil(*sponsor*) olması gerekirdi. *Sponsio* yolunu kullanan alacaklı; “*sponsio*’dan dolayı şu miktarı bana vermekle yükümlü olduğumu beyan ediyorum(*Aio te mihi dare oportere ex sponsione*)” sözleriyle iddiasını dile getiriyordu.³³

Kefilin sorumlu olduğu borç miktarı hakkında yine *Iustinianus*’un *Institutiones*’indeki bir metin bizi aydınlatmaktadır:³⁴

Iust., Ins. 3. 20. 5:

Fideiussoresita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quaobligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur: contra vero non potest obligari. Item si ille pure promiserit, fideiussor sub condicione promittere potest: contra vero non potest. Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus

³⁰Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*(Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959), s.198-199.; Kadir Gürten, “*Roma Hukukunda Kefalet Akdi*”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), s.71-72.

³¹Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*(New York:Oxford University Press, 1975), s.193-194.

³²Şakir Berki, *Roma Hukuku*(Ankara, 1949), s.255-256.

³³Michel Villey, *Roma Hukuku Güncelliği*. Çeviren: Bülent Tahiroğlu(İstanbul: Der yayınları, 2000), s.18.; Koschaker. a.g.e. s.214 vd.

³⁴*Iustinianus, Institutiones*, s.260-261.; ayrıntılı bilgi için ayrıca “*Gaius, Ins. 3. 126*” incelenebilir. Bkz. *Gaius, Institutiones ‘Borçlar Kısımı’*. Çeviren: Türkân Rado(İstanbul: Doğan Kardeş Yayınları A. Ş. Basımevi, 1953), s. 37-38.

et plus intellegitur: plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.”

Iust., Ins. 3. 20. 5:

“Kefiller, lehine borçlandıkları kimsenin borcundan daha fazlası için borçlandırılmazlar: zira borçları, esas borca müteferri bir borçtur; müteferri bir borç içinde ise, esas borçtan fazlası olamaz. Buna mukabil, daha az borçlanacak şekilde kefil olabilirler. Bu durumda, örneğin borçlu on altın vaat etmişse, kefil geçerli olarak beş üzerinden borçlanabilir: aksi ise mümkün değildir. Gerçekten, yalnız miktar konusunda değil, zaman konusunda da, daha az ya da daha çok kavramı vardır: bir şeyi derhal vermek daha çok, belli bir zaman sonra vermek daha azdır.”

Bir davalının *magistra* önüne tekrar döneceğini teminat altına alan, *vades* denen kefillerle daha çok usul hukukunda karşılaşılma ile birlikte, bunların dava dışında bazı borçların ifa edilmesinin gerektiği durumlarda da kefil olabildikleri anlaşılmaktadır. *Vades*, davalının belli zamanda *magistra* huzuruna geleceğine, aksi takdirde belli bir parayı bizzat ödeyeceklerine ilişkin, şekle tâbi bir işlem ile taahütte bulunurlardı. Bazı kaynaklara göre bu kimseler *legis actio*'lar ile birlikte ortadan kalkmışlardı, bazı kaynaklara göre ise, *formula* usulünde, *stipulatio* ile taahhüt altına giren kefiller haline gelmişlerdi.³⁵

Vades gibi, *praedes* de, borçlunun esas borcuna kefil olmak yerine, bir kimsenin(örneğin, esas borçlunun) ya da belli bir şeyin belli bir zamanda belli bir yerde(örneğin; yargı makamları önünde) olacağına ya da bunların oraya götürüleceğine ilişkin sorumluluğu üstlenirlerdi.³⁶ *Praedes*, magistranın sorduğu soruya cevap vererek, devletle yapılmış sözleşmeleri garanti altına almak üzere uygulamasını ya da magistranın verdiği cezaların ödenmesini Roma vatandaşlarına karşı taahhüt ederlerdi.

³⁵Umur, *Lügat*. s. 220.

³⁶Max Kaser, *Roman Private Law*. Translated by: Rolf Dannenbring(Durban: Butterword & Co.(South Africa) Ltd., 1965), s.233.

Ayrıca, *legis actio sacramenti*'de³⁷ tarafların yerine getirmek zorunda oldukları edimleri de garanti altına alırlardı.³⁸

Eski hukuk döneminde dinsel bir nitelik taşıması açısından *vas* ve *praes*'ten farklı olan *sponsio*, daha sonraki dönemlerde bu kurumları etkilemiştir. Dolayısıyla en sonunda *vas*, *praes* ve *sponsio*, aynı amaçlar için kullanılır olmuşlardır.³⁹

1.3. Sorumluluk Kavramının Temeli

Her borçlu borcunu yerine getirmek zorundadır. Borçlu borcunu yerine getirmese ya da yerine getiremezse, kural olarak borcundan kurtulmuş sayılmaz. Nitekim bu durumda sorumluluktan söz edildiğini biliyoruz. Sorumluluk doğuran borç ilişkilerini ortaya çıkaran hukukî olaylara ise “borcun kaynakları” denir.⁴⁰

1.3.1. Çeşitli Sınıflandırmalar

Roma Hukuku metinlerinden bazılarında, borcun hangi kaynaklardan doğduğunu gösteren parçalar vardır.⁴¹ Bunlara göre, borç ve dolayısıyla sorumluluk doğuran olaylar üç değişik şekilde sınıflandırılmışlardır.⁴² Hukukçu *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde yer alan en eski ayırım şekline göre, borçlar ya akitten ya da haksız fiilden doğarlardı.⁴³

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Di Marzo, a.g.e., s.114-115.

³⁸ Umur, *Lügat*, s.164.; Schulz, a.g.e., s. 412.

³⁹ Zilelioğlu, a.g.e., s.5.

⁴⁰ Umur, *Ders Notları*, s.306.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.87.

⁴¹ Şakir Berki, “Roma’da Borçların Kaynakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt no:7, Sayı no:3-4(1950), s.378 vd.

⁴² A. Nadi Günal, *Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Nedeniyle Sebepsiz Zenginleşme(Condictio Indebiti)*(Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayınları, 1996), s.2-3.

⁴³ Zimmermann, a.g.e., s.14.; Umur, *Ders Notları*, s.332.; Berki, a.g.e., s.256.; Rado, *Borçlar*, s.56.

Gaius, Ins. 3. 88:

“Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.”

Gaius, Ins. 3. 88:

“Şimdi borçlara geçelim: bunlar iki büyük sınıfa ayrılırlar: nitekim her borç ya bir akitten(ex contractu) ya da bir haksız fiilden(ex delictio) doğar.”⁴⁴

Gaius'un bu ayırım şekli, doğru ve sağlam olduğundan bugün birçok ülkenin borçlar hukuku sistemine esas alınmıştır. Buna göre borçlar, oluşum sebeplerine göre ayrılmaktadırlar. Örneğin Borçlar Kanunumuzun birinci bâbında borç doğuran olaylar düzenlenmiştir. İngilizler de Borçlar Hukukunu, “*Law of Contracts*(akitler hukuku)” ve “*Law of Torts*(haksız fiiller hukuku)” olmak üzere iki temel bölümde incelemişlerdir.⁴⁵

Borçların akitlerden kaynaklandığı olaylarda, akit ile iki tarafın birbirlerine uygun iradelerini açıklamaları söz konusu olduğu için borç doğar. Haksız fiillerden kaynaklanan borç ilişkilerinde ise, taraflardan birisi hukuka aykırı bir harekette bulunmuş olduğu için borç doğmaktadır. Örneğin, bir eşyayı çalma, birini yaralama vb. durumlarda, meydana gelen zararı tazmin etme bir borcu doğmaktadır.⁴⁶ Ancak bu iki çeşit borç kaynağı, bir kimseyi başkasına karşı borçlandırabilecek bütün şartları ve olanakları kapsayacak yeterlilikte değildir. Söz konusu ikili ayırım, borç meydana getiren tüm olayları içermediğinden, Roma Hukuku metinlerinde rastlanan bazı sınıflandırmalar bu iki borç kaynağı ile yetinmemektedirler. Örneğin, vasi ile vesayet altındaki kimse arasındaki yükümlülükte ne akte ne de haksız fiile dayanan bir borç ilişkisi söz konusudur.⁴⁷ Yine, günümüz hukukunda da görüldüğü üzere, sebepsiz mal

⁴⁴Rado, *Borçlar*, s.56.; Oğuzoğlu, a.g.e., s.200.; Umur, *Ders Notları*, s.332.

⁴⁵Tahiroğlu, *Borçlar*, s.85.; Umur, *Ders Notları*, s.332.

⁴⁶Umur, *Ders Notları*, s.332.

⁴⁷Rado, *Borçlar*, s.55-56.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.85.

edinme⁴⁸ ya da adam çalıştırmanın sorumluluğu⁴⁹ ve buna benzer şekilde otelcilerin sorumluluğu da⁵⁰ haksız fiile ya da sözleşmeye dayanmamaktadır.

Digesta'nın “borçlara ve davalara ilişkin”(De obligationibus et actionibus) başlıklı bölümünde yer alan ve büyük olasılıkla *interpolatio* ile değiştirilmiş olan *Gaius*'a ait olan aşağıdaki metinde,⁵¹ *Institutiones*'deki iki borç kaynağına belirsiz bir karakter taşıyan üçüncü bir kaynağın eklenmiş olduğu görülür.⁵²

D. 44. 7. 1 pr.:

“*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex varis causarum figuris.*”

D. 44. 7. 1 pr.:

“Borçlar ya bir akitten, ya bir haksız fiilden ya da diğer çeşitli sebeplerden doğarlar.”

Yukarıdaki metindeki “*variae causarum figurae*” yani, “çeşitli diğer sebepler” olarak anılan ve hiçbir belirliliği olmayan bu üçüncü çeşit borç kaynağının *Gaius*'un metnine Klâsik Sonrası Dönemde eklenmiş olduğu görüşü bugün romanistler tarafından genellikle kabul edilmektedir. Bu sınıflandırmayı İtalyan Medeni Kanunu da benimsemiştir.⁵³

Iustinianus'un *Institutiones* adlı eserinde ise dörtlü ayırım görülmektedir. Fransız Medeni Kanunu tarafından da benimsenen bu ayırıma göre, *Gaius*'un

⁴⁸Ayrıntılı bilgi için bkz. BK. m. 61.

⁴⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. BK. m. 55.

⁵⁰Ayrıntılı bilgi için bkz. BK. m. 478.

⁵¹Hukukçu *Gaius*'a ait birbirinden farklı iki açıklama şekli olması çelişkilidir. Bu durum şöyle açıklanabilir: Büyük olasılıkla *Iustinianus*'tan önceki asırlarda ders kitabı olarak kullanılan *Gaius*'un *Institutiones*inde gerek duyulduğundan böyle bir değişiklik yapılmış ve *Iustinianus* değişik metni aynen almıştı. Bu şekilde olan metin farklılıklarına *glossema* denir: Ayrıntılı bilgi için bkz. Umur, a.g.e., s.332-333.; Umur. *Lügat*, s.95.

⁵²Rado, *Borçlar*, s.56.

⁵³Zimmermann, a.g.e., s.14.; Rado, *Borçlar*, s.56.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.86.

Digesta'da bulunan metnindeki “diğer çeşitli sebepler(*variarum causae*)” adı altında gösterilen kaynağın içeriği burada ikiye bölünerek daha açık bir şekilde belirlenmiştir.⁵⁴

Iust., Ins. 3. 13 .2:

“*Sequens divisio in quattuor species diducitur, aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*”

Iust., Ins. 3. 13. 2:

“Aşağıdaki sınıflandırma bunları dört çeşide ayırır: ya akitten, ya akit benzerinden, ya haksız fiilden ya da haksız fiil benzerinden doğarlar.”

Görüldüğü üzere *Institutiones*'teki bu ayrıma göre, borçlar dört kaynaktan doğmaktadırlar: Akit(*contractus*), akit benzeri(*quasi contractus*), haksız fiil(*delictum* ya da *maleficium*) ve haksız fiil benzeri(*quasi delictum* ya da *quasi maleficium*). Ancak bu dörtlü ayırım da yeterli derecede açıklık getirmez. Burada “*quasi*” yani “benzeri” şeklinde adlandırılarak diğerlerine benzetilen kaynaklar, Bizans Devrinde ortaya konmuşlardır. Var olan boşlukları bu şekilde doldurmak Bizans hukuk okullarının anlayışına uygun bir yöntemdi. Akit benzerleri ve haksız fiil benzerleri aslında ne akit, ne de haksız fiildi, ancak bunlarla akitler ve haksız fiiller arasında bir yakınlık, bir benzerlik görülmüştü. Örneğin akit benzerleri, akitlerle karşılaştırıldığında eksiklik gösteren ancak yine de borç doğuran çeşitli ilişkilerdir. Haksız fiil benzerleri ise, özellikle *praetor*'un haksız fiil olarak kabul ettiği bir takım ilişkilerdir. Hindistan'a özgü Akitler Kanununda, İngiliz ve Amerikan hukuk biliminde de, çok eski olan bu yöntemin etkileri görülmektedir.⁵⁵

Türk Borçlar Kanununda da akit(BK. m. 1-40) ve haksız fiiller(BK. m. 41-60) borç kaynağı olarak kabul edilip, daha sonra da bunlara Roma Hukukunda akit benzerleri arasında yer alan “sebepsiz mal edinmeden doğan borçlar(BK. m. 61)”

⁵⁴Umur, a.g.e. s.333.

⁵⁵Koschaker, a.g.e. s.201-202.. Tahiroğlu, *Borçlar*, s.86.; Umur, *Ders Notları*, s.333.

eklenmiştir. Diğer akit benzerleri, haksız fiil benzerleri ve çeşitli sebeplerden doğan başka borçlar ise, kanunun çeşitli kısımlarına dağılmışlardır. Nitekim, borçlar yalnızca akitlerden değil fakat tek taraflı hukukî işlemlerden de oluştuğundan, Borçlar Kanunumuzdaki akitler ve haksız fiiller şeklindeki ayırım da çok açık değildir; şöyle ki, haksız fiiller arasında düzenlenen olayların tümü, tam anlamıyla haksız fiil olmayıp, örneğin; binalar, inşaat eserleri, hayvanlar nedeniyle sebep olunan zararlarda görüldüğü üzere, sorumluluk doğuran başka tür zararları da kapsamaktadır.⁵⁶

1.3.2. “Nexum” İşlemi

Roma Borçlar Hukukunda önemli bir yeri olan *stipulatio*, her türlü borcu doğurabilme özelliğiyle bilinmekteydi.⁵⁷ Çok şekilci bir yapısı olan sözlü akit *stipulatio*'nun temelinde ise “*nexum*” işleminin yer aldığını ileri sürenler vardır.⁵⁸ Dolayısıyla *nexum*, “borç ilişkisi doğuran en eski sözleşmenin temeli” olarak nitelendirilebilir.⁵⁹

Roma hukukunun en eski devrindeki sözleşmeler sistemine genel olarak bakıldığında *nexum*, sorumluluk doğuran şekli bir işlem olarak karşımıza çıkıyor. İlk devirlerde geçerli bir borç ilişkisi oluşturabilmek için *nexum* 'un şekle ilişkin kurallarını yerine getirmek gerektiği kaynaklardan anlaşılıyor.⁶⁰ Dolayısıyla *nexum* 'un bir sözleşme değil ancak sözleşmelerin temelinde yatan, onları yaratan bir işlem olduğu tespit edilmişti.⁶¹

Kaynakların az olması sebebiyle *nexum* 'un niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, *nexum* denince, en eski devirde sikkenin(basılmış para) ortaya çıkmasından önce, tanıklar önünde maden ve terazi ile, törenle verilen ödünç

⁵⁶Rado, *Borçlar*, s.57-58.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.87.

⁵⁷Di Marzo, *a.g.e.*, s.421.

⁵⁸Koschaker, *a.g.e.*, s.205.

⁵⁹A. M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*(London: MacMillan & Co. Ltd., 1964), s.308.

⁶⁰Oğuzoğlu, *a.g.e.*, s.197.

⁶¹Buckland, *a.g.e.*, s. 430.

işlemi⁶² anlaşılıyordu ve bu işlem ile alacaklıya borçluya el uzatma hakkı tanınıyordu.⁶³ Sikkenin kullanılmaya başlamasından sonra da ödünç işleminin teminindeki önemini korumaya devam eden *nexum*, özellikle Cumhuriyet Devri başlarında, yalnızca para borçlarında değil, her türlü ödünçün teminine yarayan bir yõteme dönüştü. Bu devirden başlayarak *nexum*, bütün misli şeylerin(malların)⁶⁴ ödünçünde kullanılan bir borçlanma işlemi olmuştu. Öyle ki, artık bütün taşınır mallar *nexum* ile ödünç olarak verilebiliyordu.⁶⁵

Diğer bir görüşe göre *nexum*, borçlunun borcunu emeği ile ödemek üzere kendisini alacaklıların egemenliği altına soktuğu özel bir işlemdi.⁶⁶

Nexum'un sorumluluk ile bağlantılı olduğu, bu sözcüğün kökenine dayanılarak ileri sürülebilir. *Nectere* kelimesi, "bağlamak, bir insanı hukuken bağlamak" anlamına gelmektedir. *Nexum*, belli bir formülün söylenmesi ile borç ilişkisi doğuran bir *gestum per aes et libram*(tunç külçe ve terazi ile yapılan işlem) idi. Eskiden, tunç ve terazi kullanılarak çeşitli işlemler yapılıyordu. Bu işlemlerden biri olan *mancipatio*⁶⁷ ile mülkiyet devrediliyordu, diğer işlem *nexum* ile borç ilişkisi meydana getiriliyordu.⁶⁸ Her iki işlemin de yapılış biçimi aynı idi, farklı olan ise, bu işlemlerin yapılış sırasında

⁶²Prichard, a.g.e., s.323.

⁶³Zimmermann, a.g.e., s.755.; Koschaker, a.g.e., s.205.; Oğuzoğlu, a.g.e., s. 197.

⁶⁴Misli mallar, ölçü, sayı ve tartı ile belirlenebilen mallardır: Ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya Umur, **Roma Eşya Hukuku**(İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985.), s.12-13.

⁶⁵Oğuzoğlu, a.g.e., s.197.; Koschaker, a.g.e., s.204-205.

⁶⁶ Koschaker, a.g.e., s.205.

⁶⁷ *Mancipatio*, Roma'da çok eski devirlerin peşin alım satımı idi; henüz basılmış para olmadığından, satın alınan mal karşılığında, para yerine, terazide tartılan belli ağırlıktaki maden verilirdi. Umur, *Lügat*, s.131.; ayrıca, *Gaius, Ins. 1. 119* şöyle demektedir: "*Mancipatio*, önceden de bahsedildiği gibi, bir çeşit hayali satıştır ve aynı zamanda *mancipatio*, Roma vatandaşlarına mahsus olan *ius civile*nin bir parçasıdır. Şu şekilde oluşur: Şahit olarak beş kişiden az olmayacak sayıda Roma vatandaşı ve terazi memuru denen bronz teraziye taşıyacak şahitlerle aynı statüde olan baliğ bir Roma vatandaşı hazır bulundurulurdu. Malın mülkiyetini devralmak isteyen kimse söz konusu malı eli ile kavrayarak, 'Bu malın *Quirites* hukukuna göre bana ait olduğunu ve bu bronz külçe ve bronz terazi ile bana satılmış olduğunu beyan ederim' derdi. Bundan sonra, teraziye bronz külçe ile vurarak, bronz külçeyi malın ücreti olarak mülkiyeti devredene verirdi." *Gaius. The Institutes of Gaius*. Edited by: W.M. Gordon-O.F.Robinson(London: Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997). s. 31-32.

⁶⁸ Şekilci bir devir işlemi olan *mancipatio*'ya benzeyen *nexum* ile aile babası, ödünç aldığı para karşılığı, fiziki varlığı ile de borç aluna giriyordu. Borçlu durumundaki aile babası, beş tanık ve *libripens*(terazi memuru)'in önünde, belli hareket ve sözlerle yapılan törenle, alacaklının egemenliği altına girmeyi kabul ediyordu: Ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Villey, **Roma Hukuku Güncelliği**. Çev.: Bülent Tahiroğlu(Yedinci basım. İstanbul: Der Yayınları, 2000), s.126 vd.

söylenen sözlerdi. Örneğin, yukarıda da belirtildiği üzere *nexum*'da, borçluyu kendi çalışması ile borcunu ödeyerek özgürlüğünü yeniden kazanıncaya kadar alacaklının egemenliği altına sokacak şekilde sözler söylenirdi.⁶⁹

Nexum ile borç altına giren borçlulara *nexi* denirdi.⁷⁰ *Nexi*, borcun ödenmemesi durumunda alacaklı tarafından *Mamus Iniectio*(el koyma)'ya⁷¹ tâbi tutulmakta ve alacaklının evinde hapis edilmekte ya da alacaklı tarafından çalıştırılarak borcunu ödemek için her türlü zorlama ile karşı karşıya bırakılmaktaydılar.⁷² Bu zorlama ise, işkence boyutuna bile varabilmekteydi.

Daha ayrıntılı açıklamak gerekirse, *nexi*'ler, *patrici*'lere⁷³ borçlanmış olan *pleb*'ler⁷⁴ idi. *Pleb*'ler borçlarını ödemezlerse, Roma vatandaşlarının yani *patrici*'lerin her türlü zorlamasıyla karşı karşıya kalabilirlerdi. *Patrici*'ler *pleb*'lere ödünç para vererek onları gerek sermaye, gerek faiz bakımından borçlandırır ve dolayısıyla onlar üzerinde toplumsal egemenlik kurarlardı. *Pleb*'lerin borçlarının tek güvencesi ise kişilikleri ve vücutları idi. Romalı vatandaşlardan olup da, maddi sıkıntı dolayısıyla zengin Romalılarından borç alarak *nexi* durumuna düşmüş olan kişilerin durumu da, aynen *pleb* olan *nexi*'lerinki gibiydi.⁷⁵

⁶⁹Di Marzo, a.g.e., s.421 vd.; Zimmermann, a.g.e., s.755.

⁷⁰Buckland, a.g.e., s.429-430.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya Umur, *Lügat*, s.134.

⁷²Buckland, a.g.e., s. 430.; Oğuzoğlu, a.g.e., s.197.

⁷³*Patrici*'ler, Roma'da aynı soydan gelen, ya da geldikleri kabul edilen ve bu nedenle de aynı soyadını taşıyan kişilerin oluşturduğu aile topluluklarına üye kişilerdi(Roma şehrini kurdukları söylenen bu kimseler, "soylu sınıf" olarak bilinirlerdi). Söz konusu aile toplulukları, toplumsal, ekonomik ve dinsel açıdan bağımsız birliklerdi. Bu aile topluluklarına '*gens*' denirdi: Ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz - Çelebican, *Roma Hukuku*, s.18.; Umur, *Lügat*, s.153.; Mişon Ventura, *Roma Hukuku*, Cilt no.1(İstanbul: Ahnet İhsan Matbaası Ltd., 1934), s.59-60.

⁷⁴*Pleb*'lerin, yani genellikle küçük çiftçi ya da zanaatçı olan ve *Gens*'ler dışında görülen kişilerin kökenleri tartışmalıdır; ancak, o zamanın toplumunda ikinci derecede bir yerleri olduğu görüşü yaygındır. Kamu hukuku alanında, *pleb*lerin siyasal haklardan yararlanmaları, oy vermeleri, asker olmaları ve devletin yüksek kademelerinde görev almaları söz konusu değildi. Özel hukuk alanında da, *patrici*'ler ile evlenmek gibi bazı hakları kısıtlanmıştı. *Patrici*'ler halkın soylu sınıfını, *pleb*ler ise avam sınıfını oluştururlardı. İlk zamanlarda yalnızca *patrici*'ler Roma vatandaşı(*cives*) idi. *Pleb*'ler ancak Cumhuriyet Döneminde asker olmak ve oy vermek haklarını kazanarak, zamanla vatandaş sayılmaya başladılar: Ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz - Çelebican, *Roma Hukuku*, s.18-19.; Umur, *Lügat*, s.158.

⁷⁵Oğuzoğlu, a.g.e., s.197-198.; Buckland, a.g.e., s.430.

Roma'da *nexi* 'lik, halkın fakir ve zengin olarak ikiye ayrılması gibi toplumsal açıdan tehlikeli bir durum yarattı. Şöyle ki, bir gün bir Romalı'nın, kendisine maddi yardımda bulunduğundan dolayı borç altına girip *nexi* durumuna düşmüş olan bir *pleb* 'e kötü davranmasından dolayı M. S. 324 yıllarında bir ihtilâl patlak verdi. Bu ihtilâl sonunda borçlar hukukuna; “*nexi* 'ler borçları yüzünden vücutlarını teminat olarak terk edemezler” şeklinde bir kural yerleşti. Ancak *nexi* 'lerin, şiddet içermemek şartıyla, alacaklıları tarafından *manus iniectio*(el koyma)'ya tâbi tutulacakları kuralı uygulanmaya devam etti.⁷⁶

2. SORUMLULUK KAVRAMINDAKİ TARİHİ GELİŞME VE SORUMLULUK İLKELERİ

Sorumluluk anlayışı zaman içinde sosyal, ekonomik ve kültürel hayatın getirdiği farklılıklara uyum sağlamış ve değişikliğe uğramıştır. Aşağıda, önce başlangıçtan günümüze kadar olan değişim ele alınacak, daha sonra da günümüzdeki sorumluluk anlayışı ana hatlarıyla incelenecektir.

2.1. Başlangıçtan Günümüze Kadar Olan Gelişme

2.1.1. Kıyas İlkesi ve Diyet Usulü

İlkel toplumlarda sorumluluk, tamamen “öç alma” fikrine dayanmaktaydı. Örneğin, bu toplumlarda, “özel suç” denen haksız fiillerin koğuşturulması, tamamen haksız fiilden zarar gören kimselerin “kişisel öç” anlayışına bağlıydı. Kişisel öç anlayışı ise, tamamen içgüdülere dayandığından, ortaya haksız sonuçlar çıkıyordu. Kişisel öçün sınırlarının saptanması doğrudan doğruya zarar gören kimseye bırakıldığından, kişiler ve bu kişilerin aileleri sürekli birbirleriyle çatışma durumundaydılar. Bu karışıklığa engel olmak için devlet, “öç'ün sınırlandırılması”

⁷⁶Oğuzoğlu, a.g.e., s.198.

kuralını koyma yoluna gitti. Buna göre artık, “kıyas” ilkesi uygulanacaktı. Kıyas ilkesine göre “göze göz, dişe diş” kuralı uygulanırdı. “Göze göz, dişe diş” kuralı, tamamen “öç alma” temeline dayandığından, zarar gören kişiye, zarar verene karşı uğradığı zarara eşit ya da benzer bir zararı verme hakkı sağlıyordu. Ancak, bu durum da sakınca yarattığından, devletin müdahalesiyle, tarafların anlaşabilmesi koşuluyla verilen zararı karşılayabilecek miktarda paranın karşı tarafa ödenmesi yoluna gidildi. Bununla, zarar veren zarar görenin öç alma hakkını satın alıyormuşçasına karşılık olarak zarar görene “diyet” denilen ödemeyi yapardı. 12 Levha Kanununda da söz edildiği üzere, diyet usulü ilk uygulanmaya başlandığında, diyet miktarı uzlaşma ile saptandığından buna “ihtiyarî diyet” deniyordu. Ancak 12 Levha Kanununda ayrıca, bazı suçların işlenmesi halinde ödenmesi gereken para miktarından da söz edilmekteydi. Bu da, belli bir zamandan sonra artık ihtiyarî diyet usulünün yerini “zorunlu diyet” usulünün aldığını göstermekteydi.⁷⁷

2.1.2. Bireylerin Birbirlerine Ceza Vermeleri İlkesinin Kaldırılması

Devlet gücü, toplumsal düzenin modern bir yapıya kavuşmaya başlamasıyla, ceza verme yetkisini tek başına elinde bulundurmuş, bireylerin birbirlerine ceza vermesi ilkesi kaldırılmıştır. Kişilerin haklarını korumak ve toplum düzenini sağlamak devletin görevleri arasında olduğundan, meydana gelen zararın sorumlusuna ya da sorumlularına uygulanacak yaptırımı da devletin belirlemesi zorunlu olmuştur. Dolayısıyla, hukuka aykırı bir fiille başkalarına zarar veren kimse, bununla aynı zamanda toplum düzenine de aykırı davranmışsa, onu cezalandırmak yetkisi devlete tanınmıştır. Kural olarak günümüzde de bir kimse, başkasına verdiği zarardan dolayı hukukten sorumludur, zarara uğrayanın zararını gidermek zorundadır. Cezaî sorumluluk ise toplumsal açıdan önemlidir. Zamanla, hukuki sorumluluk cezaî sorumluluktan ayrılmış ve hukuki sorumluluk yalnızca üçüncü kişiye verilen zararı giderme amacını taşır olmuştur.⁷⁸

⁷⁷Karadeniz - Çelebican, *Roma Hukuku*. s.276-277.; Buckland, *a.g.e.* s.430.

⁷⁸Fikret Eren, *a.g.e.*, s.474.; Henri Deschenaux-Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*. Çeviren: Salim Özdemir(Ankara: Kadioğlu Matbaası: 1983), s.5-6.

2.1.3. Endüstri Devrimi ile Başlayan Gelişmeler

Sorumluluk hukukunun tarihi gelişimindeki en önemli aşama, 19. yüzyıldan itibaren başlayan kanunlaştırma hareketinde görülür. Bunun temelinde, 19. yüzyıl sonunda fen bilimlerindeki ilerlemeler(örneğin, buharın makineye uygulanması vb.) yer alır. Fen bilimlerindeki ilerlemeler sonucu meydana gelen Endüstri Devrimi ile, toplumda da değişiklikler olmaya başlamış ve sosyal bilimlerde de ilerlemeler kaydedilmiştir. Endüstri Devriminin tabii sonucu olan sosyal devrim nedeniyle kişiler arasındaki ilişkilerde yaşanan değişim, geleneksel ekonomik düzende de farklılık yaratmıştır. Nitekim, çalışma dünyasında ve sosyal ilişkilerde yaşanan reformun kapsamına hukuk da girmiştir.⁷⁹

Hukuk alanında yaşanan reform, Kıt'a Avrupası'nın büyük medeni kanunlarına yansımış ve önemli değişiklikler yapılmaya başlanmıştır. Söz konusu medeni kanunlar ile, daha sonra ayrıntılı şekilde incelenmeye çalışılacak olan haksız fiiller ve kusur sorumluluğuyla ilgili genel kurallar bağımsız bir bölüm halinde düzenlenmeye başlanmıştır. İlk önce 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun 1382. maddesinde genel bir ilke olarak düzenlenen kusur sorumluluğu ilkesi, daha sonra İsviçre, Alman, ve diğer ülkelerin Medeni Kanunlarında da yer almıştır.⁸⁰

Yine, daha sonra ayrıntılı olarak incelenecek olan kusursuz sorumluluk(sebep sorumluluğu ya da objektif sorumluluk) ilkesinin uygulanmaya başlanması ise, sorumluluk hukukundaki en önemli aşama olarak nitelendirilebilir. Bu ilkeye göre, zarar verenin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın başka kimseye verdiği zararı gidermesi bekleniyordu. Buhar gücünden yararlanılmaya ve demiryollarının kullanılmaya başlanmasıyla daha önce bilinmeyen bazı tehlikelerin(çarpışma, kıvılcım çıkarma vb.) doğması, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasını zorunlu hale getirmişti. Endüstri alanında ilerlemeler kaydedildikçe, başka tehlikeli işletmeler de kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu tutulmaya başlanmıştır. Günümüzde, motorlu araç işletenlerin

⁷⁹ Tahiroğlu, **Borçlar**, s.39.; Eren, a.g.e., s.474.

⁸⁰ Eren, a.g.e., s.474.

sorumluluğu ve diğer tehlike sorumluluğu hallerinde söz konusu ilkenin uygulanıyor olması bu tarihsel geçmişe dayanmaktadır.⁸¹

2.2. Günümüzde Sorumluluk Kavramı

2.2.1. Sorumluluk Konusunun Sınırlandırılması

Sorumluluk, daha çok “kavram” olarak en eski halinden başlayarak günümüze kadar incelenmeye çalışılmıştır. Bu kavramın önemini daha belirgin olarak görebilmek için, günümüz hukukundaki yerine de değinmek gerekir. Ancak, sorumluluğun çok geniş bir kapsamı olduğundan, bu kavramın günümüz hukukundaki yeri, Roma Hukukundaki kapsamı çerçevesinde kalmaya çalışılarak incelenmeye çalışılacaktır. Bu şekilde sorumluluk kavramı açıklanırken, Roma Hukukundaki kapsamının dışına çıkılması ise, zorunlu sebeplerden kaynaklanmaktadır. Sorumlulukla ilgili temel kavramların açıklanması daha önceden yapıldığından ve günümüzde de benzer şekilde uygulandıklarından, tekrar bunların üzerinde durulmayacaktır.

2.2.2. Sorumluluk Hukuku ve Sorumluluk İlkeleri

Günümüzün hukuk düzenlerinde Roma Hukukundan kısmen farklı olarak, her borç ilişkisinde borcun yanında bir de sorumluluk unsuru karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda, sorumluluğun borcun zorlayıcı unsuru olduğu sonucu doğmaktadır. Borçlu, borcunu ödeyeceğini alacaklıya karşı malvarlığı ile garanti etmektedir. Hukuk düzenlerinin, devlet organları aracılığıyla, borcunu ödemeyen borçlunun malvarlığından alacaklıyı tatmin etme görevi vardır. İlkel bir yöntem olan alacaklının kendi gücüyle borçlunun malvarlığına el koyması, günümüzde hukuk düzenine aykırılık teşkil etmektedir.⁸²

⁸¹Eren, a.g.e., s.474-475.; Tahiroğlu, **Borçlar**, s.38-39.

⁸²Tekinay ve diğerleri, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**(Yedinci baskı. İstanbul: 1993), s.20-21.; Schwarz, **Borçlar**, s.79-80.

Borçlunun, borcunu ödemesi için alacaklıya karşı malvarlığı ile sorumlu olması ya da belli bir zararın tazmini yükümlülüğü gibi sorumluluk hallerini düzenleyen hukuk dalına doktrinde “sorumluluk hukuku” adı verilmektedir.⁸³ Borçlunun malvarlığı ile sorumlu olması gerçek ve teknik anlamda sorumluluk olup, buna “...ile sorumluluk” da denmektedir. Diğer bir sorumluluk türü olan “...den sorumluluk” ise, özellikle zararın tazmini yükümlülüğünü gerektirir. Buna göre zarar haksız fiilden, özen borcunun yerine getirilmemesinden, tehlike halinden ya da sözleşmeye aykırı davranılmasından kaynaklanmış olabilir.⁸⁴

Sorumluluk Hukuku düzenlenirken bazı ilkelere bağlı kalınmıştır. Bunlardan “ferdi sorumluluk ilkesi”ne göre, borcun ifa edilmemesinden borçlu kendisi sorumludur, üçüncü kişilerin sorumluluğu söz konusu değildir. “Aynî sorumluluk ilkesi”ne göre, borçlu borcunu ödemezse, alacaklı yalnızca onun malvarlığına başvurabilir ve borçlunun borcu sebebiyle çalıştırılması, hapsedilmesi dolayısıyla alacaklının borçlunun şahsına el koyması mümkün değildir. Bu ilkelere “Tam Sorumluluk İlkesi”ne göre, borçlu bütün malvarlığı ile sorumlu olmakta ancak bazı sosyal düşünceler gereği borçlunun mallarının bir kısmı sorumluluk dışında bırakılmaktadır. Sonuncu ilke olan “Kıymet İtibariyle Sorumluluk İlkesi”ne göre ise, borçlunun malvarlığının aktif kısmı paraya çevrilerek alacaklı tatmin edilir. Buna göre, borçlunun borcunu karşılayacak kadar malı icra organlarınca satılır ve alacaklı alacağını bu malların satım bedelinden alır. Malların aynen alacaklıya verilmesi esasen söz konusu değildir, ancak paraya çevrilemeyen mallar aynen ifaya konu olabilmektedir.⁸⁵

2.2.3. Sorumluluk Türleri

Günümüz hukukunda yer alan aşağıdaki sorumluluk türleri kaynağını Roma Hukukunda bulmaktadır.

⁸³Deschenaux ve Tercier, a.g.e., s.1.

⁸⁴Schwarz, *Borçlar*, s.76-77.; Eren, a.g.e., s.81.

⁸⁵Eren, a.g.e. s.82-83.

2.2.3.1. Şahıs ile Sorumluluk – Malvarlığı ile Sorumluluk

Daha önce de üzerinde durulduğu üzere, “şahıs ile sorumluluk” daha çok ilkel hukuk düzenlerinde rastlanan sorumluluk şeklidir. Bu sorumluluğun konusu olan borçlunun vücut bütünlüğüne alacaklı dilediği gibi el koyabilirdi yani borçluyu köleleştirebilirdi, rehnedebilirdi, hapsedebilirdi hatta onu öldürebilirdi. Buna “kendiliğinden hak alma” da denmekteydi. Borçlunun fiziki varlığı, hayatı, bedeni, ve hürriyeti ile sorumlu olması söz konusu idi. Roma Hukuku kaynaklarından M. Ö. 5. yüzyılda oluşturulan 12 Levha Kanunlarında yer alan bir hüküm, bu konuya ait oldukça şiddetli hükümler içermektedir. Bu hükümlere göre, belli bir zamanda borç ödenmezse, alacaklıların borçluyu parça parça etme hakkına sahip oldukları ve alacaklıların her biri tarafından borçlunun vücudundan alacağına oranla fazla et parçası kesilmiş olmasının bir haksızlık olarak nitelendirilmediği tespit edilmişti(*Tertius nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*). Şahıs ile sorumluluk çerçevesinde uygulanan borçlunun hapsedilmesi Avrupa’da 19. yüzyılda, Türkiye’de ise 1929 yılında ortadan kaldırılmıştır. Ancak hukukumuzda kendiliğinden hak almanın, MK. m. 753, MK. m. 981 ve BK. m. 52 gibi devlet yardımının zamanında yetişemeyeceği istisnai durumlarda uygulanabileceği kabul edilmiştir.⁸⁶

Günümüzün Borçlar Hukuku uygulamalarına göre artık şahıs ile sorumluluğun yerini almış olan malvarlığı ile sorumlulukta, alacaklının alacağını borçlunun yalnızca malvarlığından alma hakkı vardır. Borç ödenmediğinde alacaklının borçluyu köleleştirmesi, rehnemesi, hapsedmesi ve hatta öldürmesi özellikle insanlık onuruna ve kişilik haklarına aykırı olduğundan, ayrıca alacaklının öç alma arzusunun giderilmesinden başka bir işe yaramayıp alacaklı lehine ekonomik bir sonuç da doğurmadığından, “borçlunun malvarlığı ile sorumlu olması” uygulamasına ihtiyaç duyulmuştu. Ancak bu uygulamaya geçiş de aşama aşama olmuştur. Önce alacaklının borçluyu öldürebilmesi hakkından, “borç için kölelik” aşamasına geçilmişti. Buna göre borçlu alacaklının kölesi olurdu ve alacaklı da onun çalışmasından ve iş görmesinden

⁸⁶Schwarz, *Borçlar*, s.82-84.; Baki Kuru ve diğerleri, *İcra ve İflâs Hukuku*(Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), s.28.

yararlanırdı. Şahıs ile sorumluluğun daha hafif bir şekli de “borç için hapis” olup, buna dayanarak alacaklı borç ödeninceye kadar borçluyu hapsedebilme hakkına sahipti. Hapsedebilme hakkıyla amaçlanan, borçluyu kurtarmak için onun akraba ve dostları tarafından borcun ödenmesini sağlamaktı. Borçlu, duruma göre ya alacaklının evinde ya da devletin borçlulara tahsis ettiği özel hapisanelerde ve kalelerde hapsedilirdi. Bu yöntem de, 19. yüzyılda medeni devletlerin çoğu tarafından uygulamadan kaldırılmıştı.⁸⁷

“Malvarlığı ile sorumluluk”, artık borçlunun hapsedilmeyerek ya da öldürülmeyerek borcunu ödeyebilmesi için çalışması ve kazanç elde etmesine olanak verdiğinden, kişi varlığına saygılı olmanın yanında, ekonomik açıdan da alacaklı için daha olumlu bir sonuç yaratmaktaydı. Nitekim kişiler, yaşamak ve kişiliklerinin maddi ve manevi yönlerini geliştirmek haklarına sahiptirler. İnsanın insan tarafından tutsak edildiği, hapsedildiği, öldürüldüğü bir toplumda ise insan haklarına saygıdan, demokrasiden, ve dengeden söz etmek mümkün değildir. “Şahıs ile sorumlu olma” uygulaması bu sebeple de kaldırılmıştır. Günümüzdeki uygulamada yani malvarlığı ile sorumlu olmada ise, borcunu ödemeyen borçlunun malvarlığına alacaklının talebi üzerine devlet organları tarafından el konmakta, alacak miktarına göre malların tamamı ya da bir kısmı satılmakta ve satım bedelinden alacaklının alacağı karşılanmaktadır. Malvarlığı ile sorumluluk, sınırlı ya da sınırsız olabilmektedir. “Sınırsız malvarlığı sorumluluğu”nda, borçlu tüm malvarlığı ile sorumludur. Malvarlığının parayla ölçülebilen yani ekonomik değeri olan taşınır, taşınmaz, maddi ve maddi olmayan(telif, patent, lisans, ruhsat hakları vb.), kıymetli evrak vb. gibi bütün değerleri sınırsız malvarlığı sorumluluğu kapsamına girer. Ancak kanun koyucu, sosyal düşünceler gereği borçlunun tüm malvarlığıyla sorumlu olmasını bazı durumlarda sakıncalı bulmuştur. Bunun sebebi, tüm malları elinden alınmış bir borçlunun bu el koyma işleminden sonra, mesleğini sürdürmesinin ve insanca yaşamasının pek mümkün olmamasıdır. İnsanların hayatlarını asgari şartlarda da olsa devam ettirebilmeleri için bazı malların sorumluluk dışı kalmasını uygun gören kanun koyucu, İİK. m. 82-83’te görüldüğü üzere bazı

⁸⁷ Kenan Tunçomağ. **Borçlar Hukukunun Genel Esasları** (İstanbul: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971). s.13-14.; Schwarz, **Borçlar**, s.83.

malların sorumluluk dışı kalmasını uygun görmüştür. Böylelikle sorumluluk dışı kalan bu mallarla borçlu yeniden geçimini sağlayabilecektir. “Sınırlı malvarlığı sorumluluğu” ise, borçlunun tüm malvarlığı ile değil de, genellikle sözleşmelerle saptandığı üzere malvarlığına giren belli mallarla sorumlu olmasıdır. Örneğin, sermaye şirketlerindeki şirket sözleşmesine göre, şirket ortaklarının şirket borçlarından dolayı yalnızca koydukları sermaye ile sorumlu olmaları bu şekilde sorumluluktur. Sorumluluk konusu olan malların paraya çevrilmesi halinde elde edilen miktar alacağın tamamını karşılamazsa, artık sorumlu kimsenin diğer mallarına dokunulamaz; örneğin, Ticaret Kanunumuzun 948. maddesine göre donatan, yalnızca gemi ve teferruatı ile navlundan oluşan ve “deniz serveti” olarak nitelenen malvarlığı ile sorumlu olduğundan, başka malvarlığı olsa bile onunla sorumlu olamaz.⁸⁸

2.2.3.2. Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk - Sözleşme Dışı Sorumluluk

Sözleşmeye Dayanan Sorumluluk ve Sözleşme Dışı Sorumluluk, “kimseye zarar vermeme(*neminem leadere*)” ilkesine dayanan sorumluluklardır ve her iki sorumlulukla da, bir kimsenin başka birine vermiş olduğu zararı tazmin etmek amaçlanır. Hukukî literatürde, yükümlülükler genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılır. Genel yükümlülük olarak nitelenen kurallar emredicidirler, dolayısıyla herkesin uymak zorunda olduğu, objektif ve soyut kurallardır. Özel(nisbî) yükümlülükler ise, herkesin uymak zorunda olmadığı, yalnızca belli bir kimseyi ya da belli kimseleri bağlayan kurallardır. Bunlar, hukuki işlemlerden ve özellikle sözleşmelerden, ya da kanunlardan doğan yükümlülüklerdir. Sözleşmeye dayanan borç ilişkisinden doğan özel(nisbî) yükümlülükler, alacaklı ve borçlu arasında söz konusudur ve bunlar yerine getirilmediğinde “sözleşme sorumluluğu” doğar. Buna göre, sözleşmeden doğan özel(nisbî) bir yükümlülük olan borç, yalnız borçluyu bağlamaktadır. Sözleşme dışı

⁸⁸Eren, a.g.e. s.83.; Aydın Zevkiler, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**(Birinci bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001). s.32-33.

sorumlulukta ise, “kimsenin malını çalmamak” ya da “kimseyi öldürmemek” gibi herkes tarafından uyulması gereken genel hukuk kuralları söz konusu olmaktadır.⁸⁹

“Sözleşmeye dayanan sorumluluk” ile “sözleşme dışı sorumluluk” arasında, zarar veren-zarar gören ilişkisinin ya da alacaklı-borçlu ilişkisinin zarardan önceki bir zamanda doğup doğmamasına göre de farklılık vardır. Buna göre, sözleşmeye dayanan sorumluluk, taraflar arasında önceden var olan bir ilişkiye(borç ilişkisi) dayanmaktadır ve sorumluluk borca aykırı davranılmasından doğmaktadır. Sözleşme dışı sorumlulukta ise, genel kurallara aykırı davranılmasından önce herhangi bir ilişki söz konusu değildir, bu ilişki zarar verici olayın gerçekleşmesinden sonra doğmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu bu iki sorumluluk türünü farklı hükümlere bağlamıştır.⁹⁰

Sözleşmeye dayanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk söz konusu olduğunda, doktrinde ve uygulamada şu şekilde bir ayırım yapılmıştır: Özellikle Fransız hukukçularının benimsediği bir kavram olan “geniş anlamda sorumluluk hukuku”, hem sözleşme dışı sorumluluğu hem de sözleşmeye dayanan sorumluluğu kapsamaktadır. Alman, Avusturya ve İsviçre hukukçularının benimsediği “dar anlamda sorumluluk hukuku” kavramı ise, yalnızca sözleşme dışı sorumluluğu konu edinmektedir. Bizim de kabul etmiş olduğumuz “dar anlamda sorumluluk” anlayışına göre sorumluluk hukuku, sözleşme dışı zararlardan doğan tazminat yükümlülüğünü düzenleyen objektif kuralları içerir. Sonucusu olan “en dar anlamda sorumluluk hukuku kavramı” ise, yalnızca özel kanunlarda düzenlenmiş olan sebep ve tehlike sorumluluğuyla ilgilidir.⁹¹

⁸⁹Deschenaux ve Tercier, a.g.e., s.218-219.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**(Üçüncü basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), s.472.; Eren, a.g.e., s. 472-473.; Aydın Aybay, **Borçlar Hukuku Dersleri**, (Onbirinci Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), s. 10.

⁹⁰ Eren, a.g.e., s.473.; Deschenaux ve Tercier, a.g.e., s.218-219.

⁹¹Eren, a.g.e., s.457.

2.2.3.3. Hukukî Sorumluluk - Cezaî Sorumluluk

Başkasına zarar veren kimsenin bundan dolayı hukuken sorumlu olduğunu biliyoruz. Ancak bir kimse, yasalara karşı gelir ve topluma da bir zarar verirse ya da zarar tehlikesi yaratırsa, cezaî sorumluluk altına da girmiş olur. Hem hukukî sorumlulukta, hem de cezaî sorumlulukta, yasalara aykırı davranan kimselerin bu davranışları devletin ilgili makamlarınca soruşturulur. Bu sorumlulukların dayandığı temeller ise farklıdır. Hukukî sorumlulukta, zarara uğrayanın zararı giderilmeye çalışılırken, cezaî sorumlulukta suçlunun cezalandırılması yoluyla toplum menfaati korunmaya çalışılır. Alkollü olarak araba kullanan bir kimsenin ceza mahkemeleri önünde trafik kurallarına aykırı davranışın, hukuk mahkemelerinde önünde ise başkalarına verdiği zararın hesabını vermek zorunda olması ise, tek bir eylem sonucu hukukî sorumluluk ve cezaî sorumluluk altına aynı anda girilebileceğini gösterir. Modern devletlerin Anayasaları, ceza ve hukuk alanını ayırma tabii tutmuşlardır ve dolayısıyla sorumluluklar da bu ayırma dahil edilmişlerdir.⁹²

Hukuki sorumluluk ilkeleri sosyal, ekonomik ve kültürel gelişmelere uygun olarak zaman içinde değişime uğramışlardır. Bu ilkelerden özellikle ikisi, birbirlerinden farklı nitelikte olmalarına rağmen, zamanına ve yerine göre biri diğerine hakim olmuş, bazen de ikisi birlikte uygulanmakla önem kazanmıştır. Bunlar, ikinci bölüm başlığı altında daha ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacak olan “kusursuz(objektif) sorumluluk” ve “kusura dayanan(subjektif) sorumluluk” ilkeleridir. Sonuncusuna, “kusur sorumluluğu” ilkesi de denmektedir.⁹³

İlkel hukuklarda geniş bir uygulama alanı olan kusursuz(objektif) sorumlulukta borçlu, kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutuluyordu ve dolayısıyla, sebep olduğu zararı gidermekle yükümlüydü. Daha sonraları, borçlunun kusuru olmadığı halde sorumlu tutulması haksızlık olarak görülmüş ve borçlunun ancak kusurlu olması durumunda sorumlu tutulacağı yani, “kusur sorumluluğu ilkesi” uygulanmaya

⁹²Deschenaux ve Tercier. a.g.e., s.2-3.

⁹³ Umur, Ders Notları, s.307.

başlanmıştır. Bu ilkeye göre, her kim kusuru ile başkasına zarar verirse, onu gidermek(tazmin etmek) zorundaydı. “Kusur sorumluluğu” ilkesi yaygın olarak uygulanırken, artık “kusursuz sorumluluk” ilkesine çok istisnai durumlarda başvurulur olmuştur.⁹⁴

“Kusur sorumluluğu” ilkesi yanında “kusursuz sorumluluk ilkesi”nin yaygın olarak uygulanma gereği ise tamamen ihtiyaç üzerine yeniden doğmuştu. Daha önce bahsedilen, 19. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen endüstri devrimi kapsamında teknik gelişmenin hızla ilerlemesi, kaza sayısının hızla artmasına sebep olmuş ve dolayısıyla sorumluluğun bu aşamasına gelinmişti. “Kusursuz sorumluluk”, önce iş hukuku ve demiryollarının sorumluluğuna ilişkin yasalarda yer almış, daha sonra da tehlikeli görülen her alana yayılmıştır.⁹⁵

Günümüzde de, yaygın olarak “kusur sorumluluğu” ilkesi uygulanmakla birlikte bu uygulama tek başına yeterli olmamakta, çeşitli faaliyetler nitelikleri gereği sürekli olarak tehlike yarattığından “kusursuz sorumluluk” ilkesinin uygulama alanı zamanla genişlemektedir.⁹⁶

⁹⁴ Tahiroğlu. **Borçlar**, s.38.

⁹⁵ Deschenaux ve Tercier, **a.g.e.**, s.6.

⁹⁶ Tahiroğlu. **Borçlar**, s. 40.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA KUSURSUZ SORUMLULUK VE KUSURA DAYANAN SORUMLULUK

1. KUSURSUZ SORUMLULUK

1.1. Kavram

Kusursuz sorumluluk(objektif sorumluluk), sorumlu kimsenin kusurlu davranışını⁹⁷ gerektirmeyen sorumluluktur. Bu sorumluluk gereğince, sorumlu kimsenin kişiliğinin ve irade zayıflığının subjektif olarak kınanması söz konusu değildir, yani, hukuka aykırı bir davranış ya da kusurlu bir insanın davranışı şart kılınmamaktadır. Kusursuz sorumluluğa göre, belli bir olay ya da olaylar(bir yapı eserindeki bozukluk ya da bakım eksikliği, bir hayvanın davranışı sonucunda meydana gelen olaylar vb.) sonucunda doğan zararı gidermek, bu olay ya da olayları ortaya koyduğu, yarattığı ya da ona egemen olduğu kabul edilen bir kimseye yüklenmektedir.⁹⁸

Kusursuz sorumluluk ilkesinin Roma Hukukundaki yerine ilişkin olan *Digesta* 'da yer alan *Ulpianus*'a ait metin şöyledir:

D. 9. 2. 5. 2:

“Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est uerissimum. cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. sed et si infans damnum dederit,

⁹⁷ Kusurlu davranışın nasıl olduğuna ve genel olarak kusur kavramına daha sonra, bu çalışmanın “kusura dayanan sorumluluk” ana başlığı altında değinilecektir.

⁹⁸ Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*(Birinci basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 1981), s.7.

idem erit dicendum. quodsi inpuhes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc putouerum, si sit iam iniuriae capax.”

D. 9. 2. 5. 2:

“Buna göre, temyiz gücünden yoksun bir kimseden kaynaklanan bir zarar varsa, ‘*Lex Aquilia*’ya göre bu durumda sorumluluk doğar mı?’ diye bir soru akla gelebilir. Hukukçu olan *Pegasus*’a göre, böyle bir durumda sorumluluk doğmaz çünkü, temyiz gücüne sahip olmayan biri, doğal olarak muhakeme(usavurma) yeteneğinden de yoksun olacağından, böyle bir kimsenin kusurlu davranmış olduğundan nasıl söze dileyebilir ki? Bu konuda *Pegasus* şüphesiz haklıdır. Aynen, bir hayvanın zarar meydana getirmesi durumunda, ya da bir kiremitin aşağı düşmesi durumunda olduğu gibi, *Lex Aquilia*’ya göre sorumluluk doğuran kusurlu bir davranış bu durumda da söz konusu değildir, nitekim, reşit olmayan bir kimsenin zarar meydana getirmesi de buna benzer bir durum olduğundan, zarar meydana getiren küçük için sorumluluk söz konusu olmamalıdır. Ancak, hukukçu *Labeo* der ki, “küçük yedi yaşın üzerindeyse, artık *Lex Aquilia*ya göre küçük, sorumlu tutulmalıdır çünkü yedi yaşından büyük bir kimse yaptığı hırsızlıktan dolayı nasıl sorumlu tutulabiliyorsa, kusurlu davranışı sonucu meydana gelen zarardan dolayı da sorumlu tutulabilmelidir. Kanımızca bu doğrudur, çünkü, yedi yaşından büyük bir çocuğun doğru ve yanlış ayırt edebilme yeteneğinin artık var olduğu kabul edilmektedir.”

Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu hallerde bu deyim, bu sorumluluğun yalnızca kusurun olmaması durumunda ortaya çıkabileceğini vurgulamak için değil, sorumlu tutulan kimsenin kusuru olmasa da tazminatla yükümlü olduğunu belirtmek için kullanılır. Kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince, bir kimsenin ister kusurlu olsun, ister kusursuz olsun sorumlu tutulması ve meydana gelen zararı tazminle yükümlü olması ilk bakışta adil gözükmeyebilir. Ancak, kusursuz sorumluluğun söz konusu

olduğu olaylarda her zaman için, zarara uğrayan kimsenin, kusursuz sorumlu tutulan kimseden daha masum olduğu kabul edilir ve zarara uğrayanın bu zararının mutlaka tazmin edilmesi gerekir. Bu anlayışın temelinde ise, adaletin herkesin davranışlarının sonuçlarına katlanmasını gerektirdiği düşüncesi vardır. Bir kimse, ödeyemeyeceği ya da ödemeyeceği bir borç altına girerse, ve yine bir kimse, yerine getirmekle yükümlü olduğu bir ödevi yerine getirmezse ya da tam anlamıyla yerine getirmezse dolayısıyla eksik ifa söz konusuysa, birçok hukuk sisteminde görülen kusursuz sorumluluktan bazı istisnai durumlarda(mücbir sebep=*vis maior* vb.) kurtulmak mümkün olabilir. Sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zararlı söz konusu olay arasında bir nedensellik bağı bulunması, kusursuz sorumluluğun doğması için yeterlidir. Nedensellik bağı göz önünde bulundurularak, bu çeşit sorumluluğu “sebeplendirme sorumluluğu” olarak adlandırmak da mümkündür. Borçlu, bir sonucu meydana getirmekle yükümlü olduğundan, sonucun önemi belirtilmek istendiğinde(örneğin borçlunun bir malı teslim etmekle ya da geri vermekle yükümlü olduğu durumlarda) ise “sonuç sorumluluğu” deyimini de yine kusursuz sorumluluk anlamında kullanılır.⁹⁹

Kusursuz sorumluluğu daha iyi ifade edebilmek için, daha sonra incelenmeye çalışılacak olan “kusur sorumluluğu(subjektif sorumluluk)” ilkesine yeri geldiği üzere değinmekte fayda vardır. Borçlunun borcunu ödemediği durumlarda borcun yerine getirilmemesinin sebepleri araştırılırsa, artık kusur sorumluluğu ilkesi devreye girecektir. Kusur sorumluluğu ilkesi olaya uygulanırken, borçlunun içinde bulunduğu şartlar incelenecek, borcu ödememekte bir kusuru olup olmadığına bakılacak ve sorumluluğu ona göre belirlenecek; borçlu kusurlu bir davranışta bulunmuşsa sorumlu olacak ve dolayısıyla zararı tazmin etmek zorunda kalacak, ancak kusurlu bir davranış söz konusu değilse, borcu ödememekten doğan zararı tazmin etmek zorunda kalmayacaktır. Kusur sorumluluğu ile karşılaştırıldığında, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması daha kolaydır, çünkü kusursuz sorumluluk ilkesinde borçlunun subjektif durumları dikkate alınmaz. Borçlunun borcunu yerine getirmemesinin sebebini araştırma ve borçlunun içinde bulunduğu şartları değerlendirerek sorumluluğu buna

⁹⁹W.W. Buckland-Arnold D. McNair, **Roman Law and Common Law**(Cambridge: University Press, 1936), s.197.; Tandoğan, a.g.e. s.8.; Oğuzman ve Öz, a.g.e. s.462-463.

göre belirleme zorunluluğu, kusur sorumluluğu ilkesinin uygulanmasını zorlaştırır. Kusursuz sorumluluk ilkesi kusur sorumluluğu ilkesine göre uygulama açısından çok daha basittir, bu nedenle de, Roma Hukukunun en eski devirlerinde ve ilkel hukuklarda yaygın olarak uygulanmıştır. Kusur sorumluluğu ilkesi ise daha esnek bir ilkedir ve insan psikolojisini daha fazla göz önünde bulundurmaktadır. Bu ilke, Roma'nın Klâsik Hukuk ve Bizans Hukuku devirlerinde, kusur sorumluluğu ilkesinden daha fazla benimsenmiş, *Iustinianus* Döneminde ise artık kusur sorumluluğu ilkesi hukuka hakim bir ilke haline gelmiştir. Roma Hukukunun son devirlerinde, borçlunun kusuru olmadığı halde sorumlu tutulmasının haksızlık olduğu görüşü yaygınlaştığından, Roma Hukukunun son devirlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasına ancak özel durumlarda başvurulur olmuştur.¹⁰⁰

Günümüz hukukunun kusursuz sorumluluk anlayışında, kusur sorumluluğunun ölçütü olarak da nitelendirilebilen “kusur”un yerini, “yasanın öngördüğü durumlar” almaktadır. Bu durumlar ikiye ayrılır: Birincisinde, sorumluluk bir rastlantı sonucu ortaya çıkabilir, bu nedenle objektif sorumluluk aynı zamanda “beklenmedik durumlar sorumluluğu” olarak da adlandırılabilir. İkincisinde ise zarar, sorumlu kimseye tâbi olan başka bir kimse tarafından meydana getirilmiş olsa bile sorumluluk kendisine tâbi olunan kimseye aittir, çünkü kusursuz sorumluluk başkasının eylemlerinden sorumluluğu da kapsamaktadır.¹⁰¹

Aşağıda, günümüz hukukundaki kusursuz sorumluluğun temelini teşkil eden, Roma Hukukundaki *custodia*(gözetim) sorumluluğu, *noxal* sorumluluk, kölelerin ve aile evlâtlarının yaptıkları hukukî işlemler nedeniyle ortaya çıkan borçlardan dolayı sorumluluk, hayvan bulunduranın sorumluluğu gibi bazı özel sorumluluk halleri incelenmeye çalışılacaktır. Bütün bu hallerde, sorumluluk sahibi kimse, zararın meydana gelmemesi için, kişi ya da şeyler üzerinde belli bir ölçüde gözetimde bulunmak zorundadır. Zararın meydana gelmesi halinde ise, mağdurun kayıplarının

¹⁰⁰Tahiroğlu, a.g.e., s.37-38.; Rado, a.g.e., s. 37.

¹⁰¹Deschenaux ve Tercier, a.g.e., s.86-88.

daha kolay ve etkin biçimde tazmin edilmesi düşüncesiyle, önceden de değinildiği gibi, artık kusurun varlığı aranmamaktadır.¹⁰²

1.2. Kusursuz Sorumluluğun Özel Halleri

1.2.1. Gözetim(*Custodia*) Sorumluluğu

Roma Hukukunda “gözetim(*custodia*) sorumluluğu” terimi ile genel olarak bir şeyi gözetme borcu kastediliyordu. Buna karşılık, Roma Hukuku kaynaklarında sık rastlanan “*custodia*” kelimesinin her zaman “gözetmek, bakmak, nezaret etmek, korumak” anlamına geldiğini söylemek mümkün olamamaktadır. Örneğin halk dilinde, aile hukukuna ilişkin olarak “*custodia venture*” yani “ceninin gözetimi” şeklinde bir ifade kullanıldığı gibi, “*custodia partus*(çocuğun gözetimi)” şeklinde velayet ve vesayet ile ilgili bir ifade de kullanılmaktaydı. Yine “*custodia*”, *Digesta*'da yer alan, hukukçu *Paulus*'a ait olan *D. 41. 2. 3. 13* metninde görüldüğü üzere, kişiler ve eşyalar üzerinde kurulan hakimiyet anlamında da kullanılmaktaydı. Buna göre söz konusu kavram, hem zilyetliğin fiili hakimiyet unsurunun devamlılığının sağlanmasında, hem de zilyetliğin elde edilmesinde, “malın korunması” ifadesini genişletmek amacıyla kullanılıyordu. Son olarak, Roma Hukukunda *custodia* kavramının yer aldığı ve bizim bu kavramı genel olarak ele alış şeklimiz olan “gözetim sorumluluğu” ifadesi dışındaki kullanım alanı ise “*custodiam praestare*”dir. Bu sonuncu ifadenin anlamı ise hukukçular tarafından uzun süre tartışılmıştır. Buna göre, bazı hukukçular “*praestare*” ifadesinin bizim benimsediğimiz anlamda yani “sorumlu olma, garanti etmek” anlamında olduğunu kabul ederken, bazıları ise bu ifadenin sorumlulukla ilgili olmayıp , borç ilişkisinin kapsamını belirleyen bir anlama geldiğini ileri sürmüşlerdir. Aşağıda, *custodia* ifadesinin genel olarak “sorumluluk” ile bağlantılı bir kavram olarak değerlendirilip incelenmesinin sebebi ise, Roma Hukukunda herhangi bir şeyin korunması borcu söz konusu olduğunda, aynı zamanda bunun “sorumluluk” anlamına geldiği inancına sahip olunmasıdır. Örneğin; satım sözleşmesi. ya da iade borcunun var

¹⁰²Aybay. a.g.e., s.86 vd.

olduğu ariyet, rehin, *locatio conductio*(kira, hizmet, istisna) sözleşmeleri, bu şekilde özel bir sorumluluk türü olan gözetim sorumluluğunun söz konusu olduğu belli bazı sözleşme tipleriydi.¹⁰³

Iustinianus'a ait olan *Institutiones* adlı eserde yer alan aşağıdaki metinde bu konu ile ilgili bir bölüm yer almaktadır.¹⁰⁴

Iust., Ins. 4. 1. 16(18):

“Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant: nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque, qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam praestare...”

Iust., Ins. 4. 1. 16(18):

“Temizleyici ve terzi hakkında söylediğimizi, eskiler, kendisine ariyet olarak bir şey verilen kimse için de kabul etmekte idiler: Gerçekten, nasıl temizleyici bir ücret karşılığında gözetim(*custodia*) yükümlülüğü altına girmekteyse, kullanmak için bir şeyi ariyet alan kimse de, o şey üzerinde gözetim yükümlülüğü altında idi.”

Klasik Devirde sorumluluğun şartları oldukça ağır olduğundan, kusursuz sorumluluğun uygulama alanının çok geniş olduğunu bilmekteyiz. Bu dönemde yaygın olan “*custodia*(nezaret) sorumluluğu” denen sorumluluk ilkesine göre borçlu, beklenmeyen olaylardan(*casus fortuitus*) bile sorumlu idi. Klasik Devrin hukukçularından bazıları, en eski sorumluluk türü olarak bilinen *custodia*(nezaret) sorumluluğunu, daha çok etik açıdan ele alarak bu kavramı oldukça açık şekilde tanımlamışlardı. Buna göre, bir kimse, gerekli önlemleri almış da olsa, almamış da olsa, kendisine tevdi edilmiş bulunan eşyalar ile ilgili olarak bazı tipik hırsızlık

¹⁰³Zilelioğlu, a.g.e., s.33 vd.; Di Marzo, a.g.e., s.364-365.

¹⁰⁴*Iustinianus, Institutiones*, s.294 vd.

olaylarında(*furtum*) görüldüğü üzere, meydana gelen kayıplardan dolayı şüphesiz sorumlu tutulacaktı, ancak, *gasp(rapina)* gibi şiddet içeren hırsızlıkların ya da buna benzeyen bazı tipik olayların(mala üçüncü kişi tarafından ya da bir hayvan tarafından zarar verilmesi vb.) sonucunda meydana gelen kayıplardan ve teleften . sorumlu tutulmayacaktı. Yalnızca, ileride ayrıntılı olarak incelenecek olan “*vis maior*(mücbir sebep)” nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı *custodia*(nezaret) sorumluluğu doğmazdı.¹⁰⁵ Klasik Devirde hancılar, gemiciler, ahır sahipleri, âriyet alanlar, istisna akdî ile bağlı bulunan terziler, müteahhitler, temizleyiciler ya da elbise boyama işiyle uğraşanlar ve de, rehinli alacaklılar, kiracılar ve hatta tahmin edildiği üzere, satıcılar da “*custodia*(nezaret) sorumluluğu” altında bulunan kimselerdi. Ancak, bir malı vedia olarak muhafaza eden kimsenin *custodia* sorumluluğu yoktu çünkü bu kimse, kendisine bırakılan eşyayı karşılıksız olarak saklamaktaydı, dolayısıyla söz konusu eşyayı kendi yararına saklamamaktaydı. Vedia alan dışında kalan kimseler ise, karşılıklı menfaatin söz konusu olduğu sözleşmeler ile eşyaları gözetim altında bulundurma borcu altına girmiş olduklarından, malın telef olmasından ve her türlü zarara uğramasından tam olarak sorumluydular.¹⁰⁶

Custodia sorumluluğunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu sorumluluğu, istisna akdinin(*locatio conductio operis*'in)¹⁰⁷ söz konusu olduğu bazı halleri esas alarak incelemek faydalı olabilir. Bu anlamda, istisna akdinden dolayı yükümlü olan kimse(*conductor*)'ler arasında yer alan gemi işleten(*nauta*)'lere, hancı(*caupo*)'lara, genel ahır sahipleri(*stabularii*)'ne, depo sahipleri(*horrearii*)'ne, temizleyici(*fullo*)lere, terzi ve örücü(*sarcinator*)'lere, iş sahipleri(*locator*) tarafından kendilerine bırakılan mal ya da malzemeyi korumak konusunda, *custodia* sorumluluğu uyarınca benzer ölçüde görev düşmekteydi. Roma Hukuku kaynakları incelendiğinde, *locatio conductio operis* sözleşmesi uyarınca iş görme yükümlülüğü altına giren kimselerin yani *conductor* 'lerin sorumluluğunun saptanmasında önemli bir etkenin rol oynadığı görülmektedir. Buna

¹⁰⁵Nicholas, a.g.e. s.170.

¹⁰⁶Koschaker, a.g.e. s.197.; Rado, **Borçlar**, 43-44.; *Gaius, Institutiones*(Çev.:Rado). s.92vd.

¹⁰⁷*Locatio Conductio Operis*(istisna akdi)'ne göre, belli bir sonucun elde edilmesine yönelik olarak iş sahibi(*locator*) tarafından verilen ücret karşılığında, *conductor* denen kimse bu işi görme yükümlülüğü altına girerdi. Hastaların tedavisi, bir evin inşası, eşyaların nakli, bir elbisenin dikilmesi, temizlenmesi, bir kölenin eğitilmesi gibi her türlü bedeni çalışmayı gerektiren güç harcaması bu akdin konusunu oluşturabilirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, **Borçlar**, s.185vd.

göre, iş sahibi(*locator*) tarafından işlenmek üzere *conductora* verilen malzemenin, *conductor*'un yani işi görecek olanın mülkiyetine geçmesi(*mutatio dominii*) durumu ile mülkiyetin iş sahibinde kaldığı durumlar arasında, iş görenin sorumluluğunda farklılık söz konusudur. Malzemenin mülkiyetinin işi görecek olana geçmesi durumunda bu kimse(*conductor*)'nin meydana gelebilecek hasardan dolayı sorumluluğu, alım-satım sözleşmesindeki satılan malın mülkiyetini henüz alıcıya devretmemiş olan satıcının sorumluluğuna benzetilirdi. Malzemenin mülkiyetinin işi görecek olana geçmemesi durumunda ise, bu kimse malzemenin maliki değil de vazüyed(*detentor*)'i olduğundan, meydana gelebilecek olan hasar sebebiyle doğacak sorumluluk, buna göre farklı esaslara dayanırdı.¹⁰⁸

Custodia sorumluluğu genel olarak hırsızlığı(*furtum*), üçüncü kişiler tarafından mala verilen zarar(*damnum iniuria datum*)'ları, hayvanların verdikleri zararları(*pauperies*) vb. kapsamaktaydı, ancak, Roma Hukuku kaynaklarında ayrıca, *custodia* ile birlikte “*imperitia*(bilgisizlik, deneysizlik)” dolayısıyla sorumluluktan da bahsedilmekteydi. Hukukçular ise genel olarak, Klasik Dönemde bu iki sorumluluğun yan yana varlığını kabul etmeyip onun yerine, *custodia*'nın *imperitia*'yı kapsadığı görüşündeydiler. Onlara göre, Klasik Sonrası Dönemde borçlunun sorumluluğu artık subjektif nitelik arz eder hale geldiğinden, *imperitia* dolayısıyla söz konusu olan sorumluluk, *diligentia*(özen yükümlülüğü) kapsamında, *custodia* sorumluluğunun yerini almakta idi. Yani, borçluyu beklenmedik durum(*casus*)u da kapsayacak şekilde gözetim ile yükümlü tutan Klasik Dönem doktrinsinde doğal olarak *imperitia* da bu yükümlülüğün kapsamında yer alıyordu. Klasik Sonrası Dönemde ise, objektif sorumluluğun yerini subjektif sorumluluğun alması ile birlikte gözetim(*custodia*) sorumluluğu özen(*diligentia*) yükümlülüğüne dönüştüğünü ve bu dönemde, bilgisizlik ve deneyimsizlik anlamına gelen *imperitia*'nın da artık bu özen yükümlülüğü(*diligentia*)'nın içinde düşünölmeye başlandığını söylemek mümkündü. Nitekim artık bu sonuncu dönemde uygulamada da *custodia*(gözetim) kavramının yerini *diligentia*(özen) kavramı almıştı.¹⁰⁹

¹⁰⁸Özcan Karadeniz, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*(Anakara: Sevinç Matbaası, 1976), s.178vd.

¹⁰⁹Karadeniz, *Roma'da İş İlişkileri*, s.183-184.

Klasik Devirde yer alan bu objektif sorumluluk gerektiren gözetim sorumluluğunun oldukça ağır olan şartları, *Iustinianus* Devrinde hafifletilmiştir ve gözetim(nezaret) altında bulundurma sırasında yalnızca dikkatsizlikten dolayı söz konusu olabilecek bir sorumluluğa yani kusura dayanan sorumluluğa dönüşmüştür. Sorumluluğun bu son şekline “*omnis culpa*(bütün kusurlardan sorumluluk)”¹¹⁰ da denirdi. Hancıların, ahır sahiplerinin ve gemicilerin sorumluluk şartlarında ise bu dönemde bir değişiklik olmamıştır, bunların kusursuz sorumluluk ilkesine tâbiyetleri devam etmiştir.¹¹¹

Günümüz hukukunda ise, Roma Hukukundakine benzer bir şekilde gözetim sorumluluğunun etkileri varlığını sürdürmektedir. Örneğin; Borçlar Kanunumuzun 478., 479., ve 480. maddelerinde düzenlenmiş olan “otelcilerin sorumluluğu” ve yine bu kanunun 481. maddesinde düzenlenmiş olan “umumi ahır idare edenlerin sorumluluğu” incelendiğinde, bu sorumlulukların Roma Hukukundaki *custodia* sorumluluğuna dayandığı görülür.

1.2.2. *Noxal* Sorumluluk

Aile babasının yani *paterfamilias*'ın ya da *dominus*'un, egemenliği altında bulunan bir kimse tarafından işlenen suçlardan yani haksız fiillerden kaynaklanan sorumluluğu “*noxal* sorumluluk” olarak adlandırılıyordu.¹¹²

Iustinianus'un *Digesta* adlı eserinde yer alan, hukukçu *Ulpianus*'a ait aşağıdaki metin *noxal* sorumluluk ile ilgilidir:

¹¹⁰Bütün kusurların kapsamına *culpa levis*(hafif ihmâl), *culpa lata*(ağır ihmâl) ve *dolus*(kasıt) giriyordu. *Culpa levis*'den sorumlu tutulan kimse, ağır ihmâlinde ve kastından öncelikle sorumlu tutulacağından, hafif ihmâl sorumluluğuna *omnis culpa* yani “her türlü kusurdan sorumluluk” denmekteydi: Bkz. Umur, *Lügat*, s.146.

¹¹¹Rado, a.g.e. s.44.; Koschaker. a.g.e., s.197.

¹¹²Honig, a.g.e. s.157-158.

D. 9. 2. 44. 1:

“*Quotiens sciente domino servus vulnerat uel occidit, Aquilia dminuteneri dubium non est.*”

D. 9. 2. 44. 1:

“Bir köle, efendisinin bilgisi dahilinde birini öldürür ya da yaralarsa, efendi, şüphesiz olarak *Lex Aquilia*'ya göre sorumlu tutulur.”

İleride “kusura dayanan sorumluluk” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacak olan “haksız fiiller” dolayısıyla esasen kişisel sorumluluk doğması gerekmekte ve buna göre herkesin kendi işlediği haksız fiilden sorumlu tutulması gerekmektedir. Ancak Roma Hukukunda, aile babasının egemenliği altındaki aile evlâtlarının(*filius familias*) ve kölelerin işledikleri özel suçlar dolayısıyla kişisel olarak sorumlu tutulmaları bazı sakıncalar doğuruyordu. Kamu yararına aykırı davrandıkları kabul edilen ve bu nedenle de devlet organlarınca koğuşturulan kamu suçlar(*crimina publica*) bakımından ise hem efendiler ya da aile babaları, hem de aile evlâtları ve köleler arasında ayırım gözetilmiyordu, adı geçen kimselerin tümü devlet organlarınca koğuşturuluyor ve cezalandırılıyordu. Özel suçlar için zorunlu diyet yönteminin uygulandığı eski devirlerden başlayarak aile reisleri, egemenlikleri altındaki kimselerin meydana getirdikleri haksız fiillerden ilke olarak sorumlu değillerdi. Bu kimseler kendi fiillerinden bizzat sorumluydular. Köleler ve aile evlâtları, yaptıkları hukuki işlemler dolayısıyla borçlanabiliyorlar ve işledikleri haksız fiillerden dolayı da sorumlu tutulup, para cezası ödeme borcu altına giriyorlardı. Kölelerin ve aile evlâtlarının haksız fiillerinden dolayı söz konusu olan sorumluluklarının dava ile de takip edilmesi de mümkündü. Ancak bu davanın açılabilmesi için kölenin azad edilmesinin¹¹³ ve aile evlâdı(*filius familias*)'nın da *suis iuris* hale gelmesinin beklenmesi gerekirdi. Ancak böyle bir şartın hiçbir zaman gerçekleşmeme olasılığı da vardı. Bu sebeple de suçlunun egemenliği altında olduğu aile babasının durumu ile zarar görenin menfaati arasında adalet açısından dengesizlik oluşuyordu, zarar gören haksızlığa uğruyordu. Aile

¹¹³“Kölelerin azad edilmesi” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu. “Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt no: 38, Sayı no:1-4(1973), s.524 vd.

evlâtlarının ve kölelerin babalarına ya da efendilerine kendi vücutlarının değerinden fazla bir zarar vermeleri ise yine haksızlık yaratacağından, suçtan zarar gören kimse, kölenin ya da aile evlâdının tâbi olduğu efendiden ya da aile reisinden, suçlunun kendisine teslimini ya da suçun karşılığı olan para cezasının kendisine ödenmesini isteyebilme hakkına sahipti. Nitekim aile reisinin ya da efendinin sorumluluğunun sınırı, suçlunun değeri idi. Uğranılan zararın miktarı bu sınırı aştığı takdirde, suçlunun karşı tarafa teslim edilmesi(*noxae deditio*) ya da para cezasının ödenmesi(*noxiam sarcire*) için bu sebeple dava hakkı doğuyordu. İleri devirlerde *actio noxalis* olarak adlandırılan bu davanın uygulama alanı *praetor* 'ların faaliyetleri ile genişlemişti ve her ceza davasının buna benzer şekilde aile reisi ya da efendiye karşı açılabilceği anlayışı yerleşmişti. Örneğin, bir aile evlâdı ya da köle, başkasının malını çalmış ya da hayvanını öldürmüşse, zarar gören kimse suçluya karşı açabileceği davaları bunun yerine efendiye ya da aile reisine karşı açarak, çalınan şeyin değerinin iki mislini ya da öldürülen hayvanın son yıl içinde eriştiği en yüksek değer kendisine ödemesini isteyebilirdi. Efendi ya da aile babası bunu kabul etmezse, zarar gören suçlunun kendisine teslim edilmesini(*noxae deditio*) isterdi.¹¹⁴

Actio noxalis, dava açılacağı sırada suçlu kimin egemenliği altındaysa ona karşı açılırdı. Suç işleyen aile evlâdı aile reisi tarafından hakimiyetten çıkarılmış ya da suç işleyen köle azat edilmiş ya da başkasına devredilmişse, artık aile reisi ya da efendiye karşı dava açılmazdı. Artık dava, eğer varsa, suçu işlemiş olan kimseyi son olarak egemenliği altında bulunduran kimseye karşı açılırdı. Böylelikle, *actio noxalis* denen dava suçlunun şahsını takip ederdi ve Roma Hukukunda bu ilkeye *noxia caput sequitur* denirdi. Bu ilkenin doğal sonucu olarak, dava açıldığı sırada köle azat edilmiş ya da aile evlâdı *sui iuris* durumuna gelmiş ise, artık *actio noxalis* davası düşerdi ve zarar veren köle ya da evlâat doğrudan doğruya haksız fiilden doğan dava ile takip edilirdi. *Actio noxalis* açılmadan önce suçlu ölmüşse, bu durumda artık aile reisine ya da efendiye karşı bir dava açılmazdı.¹¹⁵

¹¹⁴Rado, *Borçlar*, s.212-213.; Honig, *a.g.e.*, s.158.; Karadeniz - Çelebican, *Roma Hukuku*, s.172.; Kaser, *a.g.e.*, s.210.; Günal - Küçükgüngör, *a.g.e.*, s.78.

¹¹⁵Koschaker, *a.g.e.*, s.261.; Nicholas, *a.g.e.*, s.223.

Efendinin ya da aile babasının, kölenin ya da aile babasının suç işleyeceğinden haberi varsa(*sciente patre vel domino*) ve bunlar, suç işlenmesini önleyebilecek durumdayken önlememişlerse, aile babası ya da efendi bu durumdan sorumlu olurdu. Bununla ilgili olarak önemli olan bir nokta, bu sorumluluğun kaderinin egemenliğe bağlı olmaması yani, egemenliğin kalkması durumunda dahi sorumluluğun devam etmesidir.¹¹⁶

Iustinianus Döneminde, Klasik Dönemde suç işlemiş olan köle ya da aile evlâdının aile reisi tarafından zarar görmüş olana terk edilmesi ile ilgili olan *noxae deditio* ilkesi, aile evlâtları açısından uygulanmaz olmuştur. Bu durum, *Iustinianus* hukukunda aile evlâtlarının mamelek ehliyetine kavuşmuş olmalarından kaynaklanıyordu.¹¹⁷ Bu dönemde, doğrudan doğruya para cezası ödemeleri için aile evlâtları aleyhine dava açılabilirdi. *Noxae deditio* ilkesi ve dolayısıyla *noxal* sorumluluk, bu son dönemde yalnızca köleler için söz konusuydu.¹¹⁸

Roma Hukukunda *noxal* sorumluluk, cansız şeylere ilişkin olarak uygulanmamaktaydı, ancak hayvanlar tarafından meydana getirilen zararlar söz konusu olduğunda bu sorumluluğunkine benzer bir ilke uygulanmaktaydı.¹¹⁹ 12 Levha Kanunu'ndan süregelen uygulama gereğince, sahipli ve dört ayaklı(*quadrupedes*) hayvanların başkalarına zarar vermeleri durumunda, *actio de pauperie* denen bir dava ile bu hayvanların sahiplerinden meydana gelen zararın tazmini isteniyordu. Kendisine *actio de pauperie* açılan kimsenin iki seçeneği vardı; ya meydana gelen zarar ve ziyanı tazmin ederdi(*noxiam sorcire*), ya da hayvanını zarar gören kimseye teslim ederdi(*in noxam dedere*). Bu dava, doğasına aykırı davranan(*contra naturam suam*) hayvanların başkasına zarar vermesi durumunda açılan bir dava idi, vahşi bir hayvanın zarar vermesi durumunda bu davaya başvurulamazdı. Nitekim, bir ayı ya da aslan ait olduğu yerden kaçıp giderse, artık bunların kaçtığı andan itibaren "sahipsiz" oldukları kabul edilirdi, dolayısıyla bu vb. hayvanların sahiplerine her zaman *actio de pauperie* açılamazdı,

¹¹⁶ Alan Watson, *Roman Law & Comparative Law*(Georgia: The University of Georgia Press. 1991), s.75.; Honig, a.g.e., s.158.; Leage(Ed.: Prichard), a.g.e., s.424.

¹¹⁷ Berki, a.g.e., s.268.

¹¹⁸ Koschaker, a.g.e., s.262. Watson, a.g.e., s.75.

¹¹⁹ Nicholas, a.g.e., s.224.

ancak onun yerine *actio Legis Aquiliae Utilis* isimli dava açılabilirdi. Doğası gereği vahşi olan aslan, erkek domuz, ayı vb. hayvanların sahiplerinin bu hayvanları kamuya açık geçit alanlarına yakın yerlerde barındırmaları bazı hukukî düzenlemelerle(*edictum*'lar ile) yasaklanmıştı. Yasağa uymayıp hayvanlar kamuya açık alanların yakınında barındırılırsa ve bu hayvanlar orada bulunan herhangi bir Roma vatandaşını yaralarsa, bunların sahipleri, bu zararı tazmin etmek zorunda kalırlardı, başka türlü bir zararın meydana gelmesi halinde ise hayvanın sahibi, zarar gören kimseye meydana gelen hasarın iki katı tutarındaki tazminatı ödemekle sorumluydu. Vahşi olarak nitelendirilebilecek hayvanların sahiplerinin bu yasağa uymamaları halinde artık bunlara karşı da *actio de pauperi*'nin açılması mümkündü.¹²⁰

Roma Hukukunda önemli bir yeri olan *noxal* sorumluluktakine benzer bir sorumluluk arz eden hukukî düzenleme¹²¹, günümüz hukukunda da yer almaktadır. Buna göre ve kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince, Roma Hukukundaki gibi günümüz hukukunda da, hiçbir kusuru olmayan bir kimse, başkasının fiillerinden sorumlu tutulabilmektedir. Nitekim, "istihdam edenlerin mesuliyeti" konusunda düzenleme getiren BK. m. 55'e göre¹²², adam çalıştıran kimseler, çalıştırdıkları kimselerin bu hizmeti görürlerken meydana getirdikleri zararlardan dolayı sorumludurlar. Bu sorumluluğun tarihsel açıdan, Roma Hukukundaki *dominus*'un ya da *paterfamilias*'ın, egemenlikleri altında bulunan aile evlâtlarının ve kölelerin işledikleri haksız fiillerden dolayı kusursuz olarak sorumlu kabul edilmeleri esasına dayandığı söylenebilir. Yine Roma Hukukundakine benzer şekilde, Borçlar Kanunumuzun 56. ve 57. maddelerine göre¹²³ hayvan idare eden kimseler de, bu hayvanların verdiği zararlardan dolayı tazminatla yükümlü bulunmaktadır.¹²⁴

¹²⁰R. W. Lee, *The Elements of Roman Law*(London: Sweet & Maxwell Limited , 1956). s.407-408.; Honig, a.g.e., s.158.

¹²¹Buckland-Mc Nair, *Roman Law & Common Law*(Cambridge: Cambridge University Press. 1936), s.312-313.

¹²²Borçlar Kanunumuzun 55. maddesinde düzenlenen "istihdam edenin mes'uliyeti" konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, s.109 vd.; Von Tuhr, a.g.e., s.392vd.; Eren, a.g.e., s.597vd.

¹²³Borçlar Kanunumuzun 56. ve 57. maddelerinde düzenlenen "hayvanlar tarafından yapılan zararlardan mes'uliyet" konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s.123vd.; İnre, a.g.e., s.165vd.; Oğuzman ve Öz, a.g.e., s.575vd.

¹²⁴Rado, *Borçlar*, s.214.

hayatın gelişmesini önlediği gibi, hukuksal açıdan da sakıncalı olduğunu gözlemleyen *praetor*'lar, aile evlâtlarının ve kölelerin taahhütlerinden dolayı, aile babasına ve efendiye karşı kullanılmak üzere alacaklı kimselere dava hakkı tanıdılar. Bu davalara, “eklenmiş davalar” anlamına gelen “*actiones adiecticiae qualitatis*” dendi. Bu davalar ile aile reisinin ve efendinin sorumluluğu, aile evlâdı ve kölenin sorumluluğuna eklenmekteydi, “temsil” kurumu ise söz konusu değildi. Aşağıda, bu davaların en önemli olanları yer almaktadır.¹²⁶

Actio quod iussu denen davaya göre, aile reisi aile evlâdına, ya da efendi kölesine bir hukuki işlemde bulunma yetkisi ya da emri(*issum*) verdiği takdirde, aile evlâdı ya da köle bu hukuki işlemde doğan bütün borçlardan(*in solidum*) aslen sorumlu olmakla birlikte, efendi ya da aile reisi de bunlara ek olarak sorumlu tutulmaktaydı.¹²⁷

Aile reisi ya da efendi, evlâdına ya da kölesine, işleterek kullanması amacıyla *peculium* denen bir miktar sermayeyi vermişse, genellikle aile reisi ya da efendi, bunların yapmış olduğu hukuki işlemlerden kaynaklanan borçlardan dolayı, *peculium* tutarınca sınırlı şekilde sorumlu olurlardı. Aile evlâdı ve köle, bu sermayeyi kullanır, idare eder ve ondan yararlanırdı. Ancak hukuk düzenince bu sermayenin asıl sahibinin aile reisi ya da efendi olduğu kabul edildiğinden, *peculiumu* kullanarak yapılan işlemlerden doğan borçlar sebebiyle alacaklıların *peculium* verene karşı açtıkları davaya *actio de peculio* denirdi. Bazı durumlarda ise, aile reisinin ya da efendinin sorumluluğu *peculium* tutarından daha fazla olabiliyordu. Egemenlik altında bulunan kimsenin, “vekâletsiz iş gören(*negotiorum gestor*)” sıfatıyla, aile reisi ya da efendisi yararına, onun mamelekini arttırıcı bir işlemde bulunması durumunda, alacaklılar doğrudan doğruya aile reisine karşı “*actio de in rem verso*” adlı davayı açarak alacaklarını elde etme olanağına sahiptiler. Ancak, aile reisi ya da efendi, sermayeye faydalı olabilecek çalışmaları doğrudan doğruya kendileri yapmışlarsa, *peculiumun* öncelikli alacaklısı sıfatıyla, diğer alacaklılardan önce kendi alacaklarını isteme ayrıcalığına(*ius deductionis*) sahiptiler.¹²⁸

¹²⁶Rado, *Borçlar*, s.207-208.

¹²⁷Koschaker, *a.g.e.*, s.275-276.

¹²⁸Honig, *a.g.e.*, s.156.; Günal - Küçükgüngör, *a.g.e.*, s.29.

Peculium ticari bir işte de kullanılmış olabilirdi. Aile reisi ya da efendinin bilgisi dahilinde köle ya da aile evlâdı işlem yaparsa ve bu işlemler ticari nitelikteyse, bunlardan doğmuş olan borçlar için alacaklıların tatmin edilmesi konusunda eşitlik vardı. Yani bu durumda, aile reisi ya da efendi “*ius deductionis*” hakkını kaybederdi ve *peculiumun* borçlanılmış olan kısmı, alacaklılar arasında alacakları oranında bölüştürülürdü. Alacaklılar, bu bölüştürme işlemi adaletsiz bulurlarsa, efendi ya da aile reisine karşı *actio tributoria* adlı davayı açarak zararlarının tazminini isteyebilirlerdi.¹²⁹

Aile reisi ya da efendi, aile evlâdını ya da kölesini, ticarî işletmesinin başına geçirmişse, örneğin onu gemisine kaptan(*magister navis*) yapmışsa, artık aile babası ya da efendi(*exercitor navis*), egemenliği altında bulunan kimsenin gemiyi işletmesi ve idare etmesi için yaptığı bütün hukuki işlemlerden doğan borçlardan sınırsız olarak sorumlu olurdu. Bu iş sırasında söz konusu olabilecek borçlar sebebiyle alacaklılar tarafından gemi sahibine karşı “*actio exercitoria*” davası açılabilirdi. Söz konusu ticarî işletme gemi değil de mağaza ya da başka bir müessese ise, bu durumda alacaklıların müessese sahibine karşı açacakları davaya “*actio institoria*” denirdi. Bu ticarî işletmelerin başına geçirilen kimse hür biri de olabilirdi. Ancak alacaklı, bu hür kimseye de alacağı için dava açabileceği gibi, bu kimsede uğradığı zararları tazmin edecek yeterliliği görmezse, her zaman için müessesenin asıl sahibine yani *exercitora* aynı amaçla başvurabilirdi.¹³⁰

¹²⁹Rado, a.g.e., s.210.; Günel - Küçükgüngör, a.g.e., s.29.

¹³⁰Koschaker, a.g.e., s.279-280.; Rado, a.g.e., s.210-211.

2. KUSURA DAYANAN SORUMLULUK

2.1. Kavram

Kusur, iradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi ya da hukuka aykırı bir sonucun önlenmesinin gerektiği durumda buna uygun iradenin oluşturulmamasıdır.¹³¹ Hukuka uygun olmayan ve hukuk düzeni tarafından kınanan irade ya da irade eksikliği de kusur olarak adlandırılır. Hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen, ve hukuka aykırı sonucu isteyen kimse kusurludur¹³². Hukuk, genel olarak bütün durumlarda kişilerden belli şekilde davranılmasını bekler. Kişi iradesinin, belli bir gereklilik ölçüsünde bu davranış şekline yönelmesi zorunludur. Bu şekilde davranılmadığında oluşan kötü davranış ya da irade zayıflığı sonucu, yasanın yüklediği bir ödev yerine getirilmezse, kusur söz konusu olur.¹³³

Kusurlu bir davranışta bulunan kimsenin, hukuk düzenince beğenilmeyen zihin ve ruh hali içinde bulunduğu farz edilir. Kusurlu davranışta bulunan kimsenin nasıl bir iradeye ve tasavvura sahip olduğu araştırıldığında, onu bu şekilde davranmaya yönlendiren psikolojik etkenler göz önünde bulundurulur. Buna göre, eğer hukuk düzeni, sözü edilen iradî ve zihnî etkenleri kötü gözle görmekteyse, kusur söz konusudur. Kişi, hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu biliyor ya da bilmesi

¹³¹Günümüzde dahi, kusur kavramı ile ilgili olarak ne Medeni Kanunumuzda ve Borçlar Kanunumuzda, ne de oldukça önem taşımasına rağmen Ceza Kanununda belli bir tanımlama yapılmamıştır. BK. 41/T'de, kusur sorumluluğunda kurucu bir unsur olarak kusur kavramı düzenlenmiş olmasına rağmen, yine de kusurun tanımı yapılmamıştır. Bu tanımı yapmak doktrine ve uygulamaya bırakılmıştır. Bkz. Eren, a.g.e., s.551.

¹³²Türk Borçlar Hukukuna hakim olan ilkelerden biri de, sorumlulukta kusur ilkesidir. Buna göre, sorumluluğun temelinde, kişilerin davranışlarının sonuçlarını muhakeme edebilme yeteneğine sahip oldukları düşüncesi de yer almaktadır. Borçlar Hukukuna göre, bir kimse zararlı sonuçlar doğabileceğini muhakeme etmesine rağmen başkalarına zarar verecek davranışlara giriyorsa, hukuk düzenince kınanır ve davranışının kusurlu olduğu kabul edilir. Bu şekilde kusurlu davranışta bulunan kimse, mağdurun zararını gidermekle yükümlüdür. Öyle ise, Borçlar Kanunumuzda, gerek haksız fillerden, gerekse sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olan kusur eğer yoksa, giderim yükümlülüğü genelde doğmamaktadır. Ancak, sorumluluk söz konusu olduğunda kusur kavramına sıkı sıkıya bağlı kalmak, bazı durumlarda yeterli olmadığından, kanun koyucu istisnai durumlarda kusuru sorumluluğun şartı olmaktan çıkarmıştır. Bkz. Zevkliler, a.g.e., s.16-17.

¹³³Schwarz, **Borçlar**, s.106 vd.; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**(Onbirinci basım, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1997), s.138.; Deschenaux ve Tercier, a.g.e., s.48 vd.

gerekiyorsa ve dolayısıyla hukuka aykırı sonucun meydana gelmesini istiyorsa kusurlu kabul edilir. Yine, hukuka uygun hareket edebilmek olanağına sahip olduğu halde böyle hareket etmeyen bir kişi, yine kusurlu olarak nitelendirilir.¹³⁴

Kusur kavramının önemi, hukuki açıdan sorumluluğun doğması için kusurun aranması şart koşulduğunda daha iyi anlaşılabilir. Bu durumda, kusurun aranması ile kişiler dikkatli ve tedbirli davranmaya sevk edilirler. Nitekim, bazı sorumluluk doğuran olaylarda kusur aranmaz ise, kusuru olsa da olmasa da sorumlu tutulacağını düşünen kişiler, kendilerini kontrol etme ihtiyacı hissetmeyerek ya girişecekleri bir faaliyetten vazgeçerler ya da bu faaliyetleri sırasında dikkat ve özeni göstermezler. Bunun sonucu olarak her iki durumda da toplum zarar görür. Kusurun dikkate alınması eğilimine göre, sorumluluklarda bu unsuru aramak adalete uygun sonuçlar doğuracağı gibi, ahlâki açıdan da olumluluk arz edecektir.¹³⁵

Roma kaynaklarına göre kusur(*culpa*), “akdî” olabileceği gibi, “akıt dışı(hukukî) de olabilir. Hukuka aykırı durum, bir akît sonucu ya da başka nitelikte bir ilişki sonucu yani daha önceden meydana gelmiş bir borç ilişkisine aykırı davranılmasından doğmuşsa, kusur akdîdir. Hukuka aykırı durum, zarar gören kimse ile akdedilmiş hukukî bir ilişkinin ihlâlinden kaynaklanmıyorsa, kusur hukukîdir. M. Ö. 286 yılında, kendisi ile hiçbir borç ilişkisinde bulunulmayan bir kimsenin malları üzerinde meydana gelen zarara ilişkin olarak bazı düzenlemeler içeren *Lex Aquilia*¹³⁶,ya göre, hukuki anlamdaki kusurun “*Aquiliana*” olarak da tanımlanabildiği görülür.¹³⁷

Iustinianus'un *Institutiones* eserinde, *Lex Aquilia*'ya göre bir kimsenin kusurlu olarak kabul edildiği durumlardan biri aşağıda yer almaktadır:¹³⁸

¹³⁴ Tekinay ve diğerleri. a.g.e., s.492.

¹³⁵ Oğuzman-Öz. a.g.e., s.462.

¹³⁶ M. Ö. 287 senesinde *magistra* olan *Aquilius*'un çıkarttığı bu kanun(*plebiscitum*) ile, başkasının malına verilen zararın(*damnum iniuria datum*) ne şekilde giderilmesi gerektiği düzenlenmekteydi: Ayrıntılı bilgi için bkz. Umur. *Lügat*, s.114.

¹³⁷ Di Marzo, a.g.e., s.98.

¹³⁸ *Iustinianus. Institutiones*, s.302-303.

Iust., Ins. 4. 3. 8:

“*Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, aequae culpa tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui, cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*”

Iust., Ins. 4. 3. 8:

“Bir katır çobanı, beceriksizliği yüzünden katırlarının azgınlığını önleyemez ve katırlar bir kimsenin kölesinin ezilmesine sebebiyet verirse, bundan dolayı katır çobanı sorumludur. Eğer çoban, takatsizliği dolayısıyla kölenin ezilmesine engel olamamışsa, daha kuvvetli bir kimse ezilmeyi önleyebilecek durumda olsa bile yine de çoban kusurlu kabul edilir. Ata binmiş olup da, kuvvetsizliği ve beceriksizliği yüzünden atın azgınlığını önleyememiş olan kimse için de aynı şekilde karar verilmiştir.”

Bunlardan başka, kusur, olumlu bir fiile ya da yapılmayan bir şeye dayalı olabiliyordu. Bunlardan birincisi, ifa konusu olan şeye zarar vermek gibi, zarar veren kimsenin, olumlu olarak işlediği bir fiile dayanan kusur diye nitelendirilebilecek olan *culpa in faciendo*(yapmağa dayalı kusur) idi, diğeri ise, *culpa in non faciendo* denen, ifa ile yükümlü olunan bir ödevin yerine getirilmemesi durumundaki kusur(örneğin, borcun ödenmemesi durumunda söz konusu olduğu gibi), yani, zarar veren kimsenin zararı önleyebilecek olan bir işi yapmamasına dayalı kusur idi.¹³⁹

Kusur kavramı ile ilgili olarak, *Iustinianus*'a ait *Digesta* adlı eserde yer alan hukukçu *Paulus*'a ait aşağıdaki metni de incelemekte fayda vardır:

D. 2. 14. 27. 3:

“Illud nulla pactioe effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, ut ipsa id pactus uideatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.”

D. 2. 14. 27. 3:

“Kanuna uygun olan hiçbir akit, hileli davranışlar sebebiyle sorumluluğun doğmayacağına ilişkin hüküm içeremez ise de, bir şeyin emanet olarak bırakılması ile ilgili olarak yapılacak olan vedia sözleşmesinde, bu sözleşmeden doğabilecek davaların kanunen geçerli olmayacağına yani, bu sözleşme ile ilgili olarak dava açılmayacağına ilişkin bir hüküm yer alıyorsa, bu sözleşme uyarınca vedia alan hileli davranışlarda bulunsa da, artık bu kimsenin doğal olarak herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.”

Bir borcun asıl konusu olan edim kısmen ya da tamamen ifa edilemez hale gelirse, ya da edim gecikerek ifa edilirse, asıl edimin yerini tazminat alır. Tazminat ödenmesi ise kusurun varlığı şartına bağlıdır; kusur yoksa tazminat ödenmez. Roma Hukukunda borçlunun kusuru aynen günümüzdeki¹⁴⁰ gibi *dolus*(kasıt), ya da *culpa*(ihmâl)'dan oluşur. Daha sonra ayrıntılı şekilde incelenmeye çalışılacak olan *dolus*(kasıt), kişiler tarafından bilerek ve doğuracağı olumsuz sonuçlar göz önünde bulundurulup, hukuka aykırı olan bu sonuçlar istenerek yapılan davranışlardır. Örneğin,

¹³⁹Di Marzo. a.g.e., s.98.

¹⁴⁰BK. m. 41/T de de kusur. “kasıt” ve “ihmâl” olarak ikiye ayrılmıştır.

kendisine *depositum(vedia)*¹⁴¹ olarak bir şey bırakılmış olan bir kimse, bu şeyi kendisine mal ediyorsa, kusurlu bir davranışta bulunmaktadır. *Culpa*(ihmâl) ise, kişinin hukuka aykırı bir niyeti olmamasına rağmen, gerekli irade gücüne sahip olamamasından kaynaklanan kusurdur. Örneğin, bir malı *depositum(vedia)* olarak saklayan kimse onu bir yere kapatmadan ortada bırakırsa ve bunun sonucunda mal çalınırsa, *vedia* alan kimsenin ihmâli söz konusudur.¹⁴²

Yapılan bir sözleşmenin taraflarından her birinin, borcun doğasının gerektirdiği şekilde, farklı sözleşmelerin farklı şartlarına uygun olarak belli şekilde hareket etmeleri beklenmektedir. Buna göre, borçlanan tarafın sorumluluğunun sınırları genel olarak belirlenmiş olur. Kasıt söz konusu olduğunda, herkes hukuki açıdan hatalı sonuçlar doğuran kastî davranışlarından sorumludur. Bir sözleşme uyarınca, tarafların kastî olarak hukuka aykırı davranışlarda bulunmalarına açık ya da örtülü bir şekilde izin verilirse, bu sözleşme hükümsüzdür. Ancak genelde, sözleşmelerde daha fazla gereksinme duyulan bir şey vardır ki, o da, belli bir ölçü çerçevesinde tarafların borçlarının gerektirdiği şekilde davranmalarına özen göstermek zorunda olmalarıdır. Esasen, sözleşme dolayısıyla menfaati daha fazla korunan taraf, dikkat ve özen gösterme açısından daha fazla sorumluluk altına giren taraftır. Bu sebeple, doktrindeki yaygın olan görüş uyarınca da, satıcı olmak, alıcı olmaktan dikkat ve özen gösterme açısından daha az sorumluluk gerektirir çünkü, alacaklı-borçlu ilişkisinde mağdur duruma düşme olasılığı daha yüksek olan alıcı, bu sebeple hukuk düzenince satıcıya oranla daha fazla korunduğundan, bu ilişkide daha fazla korunmanın yarattığı dengesiz durumun ortadan kalkması için, yasalar gereğince dikkat ve özen gösterme açısından daha fazla sorumluluk yüklenmiştir. Yine, bunun gibi, bir malını başkasına emanet(*depositum*) olarak bırakan bir kimse(*depositor*), bu malı emanet olarak alan kimseden, gereken dikkat ve özeni gösterme açısından daha fazla sorumluluk sahibidir. Ancak sözleşmeye göre her iki tarafın menfaatleri eşitse, artık her iki tarafın da eşit ölçüde dikkat ve özen göstermesi gerekecektir. Özen gösterme borcu, olaylara olumlu yönden bakıldığında karşılaşılan bir sorumluluktur. Özet olarak, bir kimsenin

¹⁴¹ *Depositum(vedia)*, taşınır bir malın, ücretsiz olarak saklanması ve istenildiği zaman geri verilmesinden doğan, eksik iki taraflı, parça borcu ve hüsnüniyet davası doğuran aynı akittir. *vedia* akdidir. Bkz. Umur, *Lügat*, s.57.

¹⁴² Koschaker, *a.g.c.*, s. 193-194.

kusurundan dolayı sorumlu olduğunun başka bir şekilde ifadesi, onun dikkat ve özen göstermekle yükümlü olduğudur.¹⁴³

2.2. Kusur Ehliyeti ve Ehliyeti Ortadan Kaldıran Sebepler

İradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi yani kastî davranışlarda bulunulması ya da ihmali davranışlarda bulunarak hukuka aykırı sonucun önlenmesi konusunda gerekli iradenin sarf edilmemesi hallerinde doğan zararlardan sorumlu tutulabilme ehliyetine “kusur ehliyeti” denir. Kusur ehliyetine bazı hukukçular tarafından “hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti” ya da “hukuki sorumluluk ehliyeti” de denir. Kusurlu ya da kusursuz davranabilme yeteneğine sahip olan kimseler için söz konusu olabilecek bir unsur olan kusur, kişinin yaptığı fiillerin sonuçlarının bilincine varabilecek durumda olmasını ve hukuk düzeninin kurallarına uyabilme yeteneğinin bulunmasını gerektirir. Bu yeteneği olan kimseler ise kusur ehliyetine sahip kimselerdir. Söz konusu ehliyet gereğince, buna sahip olan kimse hem hukuki işlemlerden dolayısıyla da sözleşmelerden doğan borca aykırı davranışı sebebiyle sorumlu tutulabilir, hem de herhangi bir haksız fiilinden dolayı sorumlu tutulabilir.¹⁴⁴

Roma Hukukunda kusur ehliyeti, kusura dayanan sorumluluk(subjektif sorumluluk) ilkesinin uygulandığı durumlarda önem taşıyordu. Bu durumlarda kişinin sorumlu tutulabilmesi için, kusurlu ya da kusursuz davranabilme yeteneğine, başka bir deyişle yaptığı fiillerin sonuçlarının bilincine varabilme(temyiz)¹⁴⁵ gücüne sahip olup olmadığı araştırılıyordu. Roma’da 7 yaşından küçük olanların temyiz gücüne sahip olmadıkları kabul edildiği için, bunların haksız fiillerden dolayı sorumlu olmayacakları kabul ediliyordu. Roma Hukukuna göre, 7 ile 12-14 yaşları arasında olanlar¹⁴⁶ yani

¹⁴³R. W. Lee, a.g.e. s.287-288.

¹⁴⁴Aytekin Ataay, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**(Üçüncü bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981), s.69.; Karadeniz - Çelebican, **Roma Hukuku**, s.289.

¹⁴⁵M.K. m. 13’te “temyiz gücü” tarif edilmiştir. Bu maddeye göre, yaşının küçüklüğü sebebiyle ya da akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı ya da sarhoşluk ve buna benzer sebeplerden birinden dolayı makul şekilde hareket etmek gücünden yoksun olmayan herkesin mümeyyiz(temyiz gücüne sahip) olduğu kabul edilmektedir.

¹⁴⁶Roma Hukukuna göre küçükler(*minores*) 25 yaşını doldurmamış olan kimselerdi. Bunlar, hukuki işlem ehliyeti ve dolayısıyla kusur ehliyeti bakımından ergen(baliğ) olup olmamalarına göre ikiye ayrılıyorlardı: ergenlik yaşına ulaşmamış küçükler(*impuberes minores*) ve ergenlik yaşına ulaşmış

çocukluk çağını geçirmiş olmakla birlikte henüz ergenlik(buluğ) çağına ulaşmamış olan küçüklerin haksız fiil ehliyetleri bakımından durumları tartışmalıydı. Genel görüş, işlenen fiilin hukuka aykırı nitelikte olduğunu anlayabilecek yaşta(12-14 yaş) olan küçüklerin bu fiillerden dolayı sorumlu tutulabilmeleri gerektiğiydi. 12-14 yaşından büyük olan(ergenlik çağına ulaşmış) küçüklerin ise haksız fiil ehliyetine tam olarak sahip oldukları kabul ediliyordu. Yine Roma Hukukunda, temyiz gücü olmayan kimselerin yani akıl hastalarının doğal olarak haksız fiil ehliyetine sahip olmadıkları kabul edilmişti.¹⁴⁷

Roma Hukuku ile günümüzün hukukundaki kusur ehliyetini düzenleyen hükümler karşılaştırıldığında durumun farklı olduğu görülür. Günümüzün özel hukuk düzenlerinin çoğunda, kusur ehliyetinin tek şartı temyiz gücüne sahip olunması gerektiğidir. Buna göre de, yaptığı fiillerin anlam ve önemini kavrama yeteneğine sahip olan herkesin kusur ehliyetine sahip olduğu kabul edilir. Nitekim, Medeni Kanunumuza göre, kusur ehliyetine sahip olabilmek için ayrıca kişinin reşit(18 yaşını doldurmuş) olması da şart değildir, temyiz gücüne sahip olan küçük ve mahcurların haksız fiiller açısından sorumluluğu tamdır.¹⁴⁸ Roma Hukukunda fiil ehliyeti ve dolayısıyla haksız fiil ehliyeti açısından yaş sınırının günümüz hukukuna göre daha yüksek tutulduğunu ve yalnızca “temyiz gücü” ile yetinilmediği görülmektedir. Bunun sebebi, Roma Hukukunda bütün haksız fiillerin suç sayılmasından dolayı hem cezaî hem de tazmin ettirici olmak üzere iki çeşit yaptırımın doğması ile açıklanmaktadır. Günümüz hukukunda ise yalnızca “tazmin ettirici yaptırım” söz konusudur, bu sebeple de yalnızca temyiz gücünün varlığı yeterli görülmektedir. Nitekim günümüzde, haksız fiillerin ceza

küçükler(*puberes minores*): Kızlarda 0-12 yaş arası, erkeklerde ise 0-14 yaş arası küçükler *impuberes minores* yani “buluğa ermemiş küçükler” denirdi. Bunlar da ikiye ayrılıyordu: 0-7 yaş arasındaki çocuklara “*infantes*”, 7-14 yaş arasındaki çocukluk yaşını geçirmiş olan küçükler ise “*impuberes infantia maiores*” deniyordu. Latince'deki *Pubes* kelimesi “ergen”, *impubes* kelimesi ise “ergen olmayan” anlamına geliyordu. 12(kızlarda) ile 14(erkeklerde) yaşını tamamlamış yani ergenliğe ulaşmış olmakla birlikte 25 yaşına varmamış olan kimselere ise *puberes minores*(baliğ küçükler) deniyordu: Ayrıntılı bilgi için bkz. Koschaker, a.g.e., s.90 vd.; Karadeniz - Çelebican, **Roma Hukuku**, s.204 vd.

¹⁴⁷Karadeniz - Çelebican, **Roma Hukuku**, s.290.; Honig, a.g.e., s.66-67.

¹⁴⁸MK. m. 16'ya göre, temyiz gücüne sahip olan küçükler ve mahcurlar(ihtiyarlık, ayıyıklık, akıl zayıflığı vb. sebeplerle kısıtlı olduğu kabul edilenler), haksız fiillerinden doğan zararlardan dolayı sorumludurlar. Bununla birlikte, BK. m. 54 incelendiğinde, temyiz gücüne sahip olmayanların bazı durumlarda hakkâniyetin gerektirdiği ölçüde sorumlu olacakları belirtilmiştir: Ayrıntılı bilgi için bkz. Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**(İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949), s.189-190.

hukuku tarafından da yaptırıma bağlanan suçlar arasına girebilmesi için, yalnızca temyiz gücünün varlığı yeterli görülmemiş, Roma Hukukunda yer alanlardan daha yüksek yaş sınırları konmuştur.¹⁴⁹

2.3. Kusurun Varlığının Saptanması

2.3.1. Objektif Ölçüt

Objektif ölçüt, Roma Hukukunda “*Bonus Pater Familias*(iyi bir aile babası)” olarak belirtilen ölçüdür. İngiliz Hukukunda ise “Reasonable Man(makul kimse)” ve “Ordinarily Prudent Man(normal şartlarda dikkatli bir kimse)” deyimleri aynı amaç için kullanılmaktadır.¹⁵⁰

Bir davranışın kusurlu olup olmadığı saptanırken objektif ölçüte göre hareket edildiğinde, zararı meydana getiren kimsenin kişisel durumu değil, objektif bir tip ele alınmaktadır. Objektif tip denen, failin içinde bulunduğu sosyal grupta, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makûl insan tipi akla gelmelidir. Objektif tipin davranışı, örnek(model) davranış olarak ele alınmaktadır ve bununla zararı meydana getiren kimsenin davranışı karşılaştırılmaktadır. Eğer zararı meydana getiren kimsenin bu davranışı söz konusu örnek davranışa uymuyorsa, artık bu davranış kusurlu olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, zararı meydana getirenin kişisel durumu , yetenekleri, fizikî ve fikrî gücü gibi özellikleri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif(makul) bir insan tipinin bu özellikleri esas alınır. Toplum halinde yaşama zorunluluğu herkesin fikrî, meslekî ve fizikî yönden belirli bir düzeyde olmasını gerektirir. Bu düzeyde olmayan kişilerin davranışları, genellikle objektif ortalama davranış düzeyinin altında olacağından, uyumsuzluk ve dolayısıyla kusur her zaman gerçekleşmiş olacaktır. Bundan dolayı da, bu tür kimseler, belli davranışlarda bulunmaları durumunda, başkalarına verebilecekleri zararı gidermek zorunda

¹⁴⁹Karadeniz - Çelebican. **Roma Hukuku**. s.290.; Umur, **Ders Notları**, s.212.; Eren, a.g.e., s.555.

¹⁵⁰Ferit Saymen-K. Halid Elbir. **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**(İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966), s.396.

kalacaklardır. Burada da kusurun saptanması, aşağıda incelenmeye çalışılacak olan subjektif ölçütteki gibi, sonucun önceden görülebilmesi unsuru ile, böyle bir sonuçtan kaçınma unsurunu içermektedir ancak objektif ölçüte göre bunlar, zarar verenin yaşadığı sosyal çevredeki objektif bir tipe göre değerlendirilmektedir.¹⁵¹

2.3.2. Subjektif Ölçüt

Subjektif ölçüt kusuru, zararı meydana getiren kimsenin psikolojik ve moral şartlarına göre değerlendirir. Bir davranışın kusurlu olup olmadığını saptarken, bu davranışın sahibinin zarar meydana getiren fiilde bulunurken içinde bulunduğu psikolojik ve fikrî şartları, kişisel yeteneklerini, yetişme ve eğitim düzeyini, fizikî güçlerini ve mesleki becerilerini göz önünde tutmak gerekir. Burada kusur, bu kimsenin zarar verici davranışı ile değil, onun iradi ve zihni yapısıyla ilgilidir. Bir davranış kişiye kusur olarak yükletilirken, onun bireysel nitelikleri ve yetenekleri de değerlendirmeye alınır. Subjektif ölçüye göre kusur, faildeki bir irade eksikliği ya da irade zayıflığıdır. Kusur, bir kimsedeki davranış hatası ya da kınanabilir bir tutum olarak da nitelendirilebilir. Zararı meydana getiren, davranışının zararlı sonucunu önceden görerek bundan kaçınma ve başka türlü davranma olanağına sahip olduğu halde gerekli çabayı gösterip böyle yapmadığı için kusurludur. O halde, subjektif ölçüye göre kusuru bertaraf edebilmek, somut bir olayda hem söz konusu davranışın zararlı sonuçlarını önceden görebilmeyi, hem de bu sonuçlardan kaçınabilmeyi gerektirir. Buna göre, “somut olayda, kusurlu olup olmadığı tartışılan kimse, yeteneklerine göre zararın gerçekleşmesini önceden görüp, bunu önleyebilir miydi?” sorusu sorulduğunda, “söz konusu kimsenin yeteneklerinin zararın önlenmesinde yeterli olacağı” sonucuna varılırsa, bu kimsenin kusurlu bir davranışta bulunduğu söz edilebilir.¹⁵²

¹⁵¹Eren, a.g.e., s.553.

¹⁵²Eren, a.g.e., s.552.

2.4. Kusurun Sorumluluk Hukukundaki Yeri

Sorumluluk Hukukundaki temel kavramlardan biri olan kusur, kusura dayanan sorumlulukta¹⁵³ kurucu unsur olma özelliğini taşır. Buna göre kusur, zarar ve sorumluluğun bir başka kişiye yükletilmesini haklı gösteren bir sorumluluk unsurudur. Roma Hukukundan süre gelen bir anlayışla, “*Casum sentit dominus*” yani, “zarara zarar gören katlanır” ilkesinin var olduğu düşünüldüğünde, bu ilkenin olumsuz sonuçlarını kaldırmak için arayış içine girilmiş ve kusur ilkesine bu sebeple başvurulmuştur. Nitekim kusur, öyle bir kavramdır ki bununla zararın, zarar görenden başka bir kimseye aktarılabilmesini sağlayan haklı sebep oluşur. Kusurlu davranışta bulunulduğunda söz konusu olan “bir başka kimse”, kusurlu davranışıyla zarar görene zarar veren kimsedir. Bütün bunların yanında kusur, daha önce de belirtildiği gibi, tazminat miktarının dolayısıyla sorumluluğun belirlenmesinde de önemlidir. Buna göre, ödenmesi gereken tazminat miktarı kusur oranında olacağından, kusurun sorumluluğu sınırlayan bir unsur olduğu görülmektedir. Kusursuz sorumlulukta ise kusur, sorumluluğun kurucu şartlarından birisi olmamakla birlikte, zarar veren ve zarar gören kimseler yönünden yine önemli roller oynamaktadır.¹⁵⁴

¹⁵³Roma’da *Iustinianus* Döneminde yaygın olan kusur sorumluluğu ilkesi diğer hukuk alanları gibi Türk Borçlar Kanununu da oldukça etkilemiştir. Kusurlu bir davranış söz konusu olan borçlu, BK. m. 41’e göre haksız fiil işlediği için, BK. m. 96’ya göre ise borcunu ödemediği için sorumlu olabilir. Bu maddelerden BK. m. 41’de, sorumluluk şartları başlığı altında; kasıt, ihmal ya da tedbirsizlik ile haksız bir şekilde başkasına zarar veren kimsenin o zararı tazmin etmekle yükümlü olduğuna ve yine başkasını ahlâk ve adaba aykırı olarak kasden zarara uğratan kimsenin de tazminatla yükümlü olduğuna hükmedilmiştir. BK. m. 96’da ise, borçlunun sorumluluğu başlığı altında; borcunu hiç ödemeyen ya da gerektiği gibi ödemeyen borçlunun, kendisine hiçbir kusur düşmeyeceğini ispat etmedikçe, bundan doğan zararı ödemekle yükümlü olduğuna hükmedilmiştir: Ayrıntılı bilgi için bkz. BK. m. 41 ve BK. m. 96.

¹⁵⁴Bu önemli rol günümüz açısından ele alındığında, konunun daha iyi anlaşılması sağlanabilir. Şöyle ki, zarar verenin kusurlu olması durumunda, bu kusur; Roma Hukukunda *vis maior* olarak bilinen mücbir sebep, üçüncü kişilerin kusuru ya da zarar görenin kusuru sebebiyle sorumluluktan kurtulmayı olanaksızlaştırır. Çünkü, zarar verenin kusuru bu durumda doğal olarak sayılan sebeplerin illiyet bağınu kesmesini önler. Kusursuz sorumlulukta zararlı sonuç, zarar verenin ve zarar görenin kusurlu davranışları sonucunda meydana gelmişse, ek kusur(kusursuz sorumluluk hallerinde dahi kusurlu davranılmış olunması hali) zarar görenin şahsi kusurunu etkisiz hale getirdiğinden, zarar gören indirim yapılmaksızın tüm tazminatı alır. Bunun sebebi, kusursuz sorumlulukta sorumlu kusursuz olsa dahi zararı tazmin edecekken onun bir de kusurlu olmasının sorumluluğunu bu şekilde ağırlaştırmasıdır. Böylelikle, ek

2.5. Ağırlık Derecesine Göre Kusurun Sınıflandırılması

Romalıların kusur için genel olarak “*culpa*” terimini kullandıkları bilinmektedir. Kişilerin iradelerinin gerektiği kadar kuvvetli ve yoğun olup olmamasına göre kusur, bazı hallerde daha ağır, bazı hallerde ise daha hafif olabilir. Örneğin, bir kitabı okumak için (âriyet olarak) alan kimse, okumak yerine bu kitabı satmışsa ve dolayısıyla kitabı iade etmiyorsa, bu kimsenin ağır kusuru söz konusudur. Âriyet aldığı kitabı çaldırması olduğu için iade edemeyen kimsenin kusuru ise hafiftir. Bu şekilde, kusurun az ya da çok, büyük ya da küçük olmasına göre dereceleri vardır. Ağırlık derecesine göre kusur, “kasıt” ve “ihmâl” olarak ayrılır. Kusuru derecelendirmenin önemi, borçlunun hafif olan kusur halinde de sorumlu olup olmayacağı ya da sorumlu olması için kusurunun mutlaka ağır olmasının gerekip gerekmeyeceği tartışmasına girildiğinde ortaya çıkar. Bunun sonucunda, borçlunun normal olarak hafif kusur halinde de sorumlu tutulabildiği, ancak bazı hallerde yalnızca ağır olan kusurundan dolayı sorumlu tutulması gerektiği görülmektedir.¹⁵⁵

Bu konu ile ilgili olarak, *Iustinianus*'a ait *Digesta* adlı eserde yer alan, hukukçu *Ulpianus*'a ait metin önem taşır:

D. 50. 17. 23:

“Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatam, commodatum, uenditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam...”

kusur, kusursuz sorumluluk hallerinde dahi tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayabilir. Bkz. Eren, a.g.e., s.553-554.

¹⁵⁵Umur, *Ders Notları*, s. 308.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.41-42.; Karadeniz - Çelebican, *Roma Hukuku*, s.287-288.

D. 50. 17. 23:

“Bazı akitlerde yalnızca kasıt(*dolus*)’tan dolayı sorumluluk doğar, bazılarında ise kastın yanında ihmâl(*culpa*)’den dolayı da sorumluluk söz konusudur. Vedia sözleşmesi ve *precarium*’da yalnızca kasıttan dolayı sorumluluk söz konusudur. Vekâlet sözleşmesi, ariyet, satım, rehin, kira, çeyiz vaadi, vesayet, vekâletsiz iş görme vb. sözleşmelerde ise, hem kasıt, hem de ihmâlden dolayı sorumluluk doğar ve esasen, dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklanan sorumluluğu da bu sorumlulukların arasına dahil etmek mümkündür...”

2.5.1. Kasıt(*Dolus*)

Bir kimse bilerek ve isteyerek, haksız bir şekilde hareket ederek başkasına zarar verirse, ya da bu kimse bilerek ve isteyerek borcun ödenmesini olanaksızlaştırırsa, o kimsenin kasti¹⁵⁶ söz konusudur. Kasıt kelimesi, haksız ve kötü davranışı ifade eder. Roma Hukukunda “*dolus*” kelimesi, kasıt anlamındadır. Yine Roma Hukukunda *dolus*, haksız fiillerde “hile” anlamındadır. Ayrıca, *dolus* kelimesi ile Latince’de, *bona fides*(iyiniyet)’in zıddı yani “kötüniyet” ifade edilir. Örneğin, bir kimse, başkasına ait olduğunu bildiği bir atı kasabaya gitmek için âriyet olarak alırsa ve onu geri vermemek için bilerek ve isteyerek öldürürse, bu kimsenin kasıtlı davranışı söz konusudur. Yine, sattığı malı teslim etmemek için o malı bozan ya da kıran bir satıcının kasti vardır. Bir borçlunun kötülük etme niyeti olup olmadığı araştırılmaz, borçlunun alacaklısına zarar vereceğini bilerek hareket etmesi onun kasıtlı olduğunu gösterir.¹⁵⁷

Kasıt, kusurun en ağır derecesidir. Örneğin, at arabası süren bir kimse, kızdığı bir kimseye isteyerek çarparsa, arabayı süren kimse arabayı o kişinin üzerine doğru

¹⁵⁶Kasıt söz konusu ise, kasıtlı davranan kimsenin irade ve bilinci de söz konusudur. “Bilinç, haksız sonucun dayanağıdır, irade ise bu sonucun düşünülen biçimi ile kabulüdür” denebilir: Bkz. Deschenaux ve Tercier, *a.g.e.*, s.52.

¹⁵⁷Rado, *Borçlar*, s.38.; *Umur. Ders Notları*, s.308.

sürdüğünde atların o kişiye çarpıp onu yaralayacağını tahmin etmekte ve bunu isteyerek arabayı onun üzerine sürmektedir. Burada, at arabasını süren yaralama fiilini kasten işlemiştir ve bu tür kasıt *dolus directus*(doğrudan kasıt) olarak adlandırılır. Ancak, kusurlu davranışta bulunan kimse, sonucu doğrudan doğruya istememekle birlikte bu sonucun meydana gelmesi olasılığını göze alarak hareket etmişse, dolaylı ve ihtimalî kasttan yani *dolus eventualis*den söz edilir. Örneğin, at arabasını süren kimse bir yere acil olarak yetişmek istediğinden, bazı kimselere çarpma olasılığını göze alarak kalabalık bir yerde aşırı hızla giderken başka bir kimseye çarparsa, ihtimalî kasıt söz konusudur. Nitekim sürücü, birine çarpmayı istemiş değilse de, böyle bir çarpma ihtimalini göze alarak hareket etmiştir.¹⁵⁸

Kasıtlı davranan bir kimsenin bundan dolayı sorumlu olması için doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi gerekmez, onun hukuka aykırılık bilincine sahip olması yeterlidir¹⁵⁹. Örneğin, A'yı dolandıran B, dolandırıcılığın hukuka aykırı olduğunu bilmesede dolandırıcılık suçunu kasten işlemiştir. Buna karşılık, işlenen suç sebebiyle meydana gelen sonuç, bu fiili işleyen istediği sonuçtan farklı ise o zaman, kastın varlığından söz edilemez. Örneğin A, B'nin malını kendi malı zannederek bozarsa, A'nın işlediği fiil hukuka aykırıdır ama kasten işlemiş değildir çünkü olayda aslında A, B'nin malını bozmak istememiştir. Ancak A, bu fiilinden kusuru sebebiyle sorumludur. A'nın buradaki kusuru kasıt değil, daha sonra ayrıntılı şekilde incelenecek olan ihmâldir. Yine, kasten verilen zararlarda, söz konusu kasıtlı davranış ile meydana gelen zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı olmasa da, kasıtlı davranan kimsenin bundan dolayı sorumlu olması gerektiğini savunanlar vardır. Buna göre, öngördüğü ve arzu ettiği hukuka aykırı sonucun doğmasına davranışıyla sebep olan kimse, bunun hayatın olağan akışına uygun olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. Örneğin A, B'nin arabasını devirmek için yoluna taş koysa ve aslında fizik kanunlarına göre arabanın devrilmesine yol açacak büyüklükte olmayan bu taş, boyutları sebebiyle

¹⁵⁸Oğuzman-Öz. a.g.e., s.505.

¹⁵⁹Borçlar Kanunumuza göre de kastın varlığını kabul için, zarar gibi, fiilin doğuracağı diğer sonuçların istenilmiş olması gerekmeyip, yalnızca hukuka aykırı sonucun istenilmiş olması yeterlidir. Bunun tek istisnası, BK. m. 41/II'de. "ahlâka aykırı olarak bir kimseyi bilerek zarara uğratan kimse, bu zararı gidermelidir" ibaresi yer aldığı üzere, zarar da istenilmiş olmalıdır.

değil de B'nin dikkatinin dağılmasına sebep olarak arabanın devrilmesine yol açsa, A'nın bu sonuçtan dolayı sorumlu tutulması gerekir.¹⁶⁰

Bir sofrta takımını âriyet alan bir kimse bunu geri vermezse ya da bu sofrta takımını satarsa, yine bunun gibi, bir kimse başkasının hayvanını ya da kölesini çalar, öldürür ya da yaralarsa, bu örneklerin hepsinde Roma Hukukuna göre *dolus*(kasıt) söz konusuydu.¹⁶¹

Digesta adlı eserde, hukukçu *Paulus*'a ait aşağıda metin bu konuyla ilgilidir:

D. 13. 6. 17. pr.:

“In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est.”

D. 13. 6. 17. pr.:

“Âriyet sözleşmesi söz konusu olduğunda, âriyet konusu şeye kasten verilebilecek zararları sorumluluk kapsamına almayan sözleşme hükümleri geçerli değildir.”

Görüldüğü üzere, Roma Hukukunda kasıtlı davranışı söz konusu olan kimse, bu davranışından her zaman ve her durumda sorumlu tutulmaktaydı. BK. m. 99 incelendiğinde, günümüzdeki durumun da bundan farklı olmadığı görülür.

2.5.2. İhmâl(*Culpa*)

İhmâl, kasıt kadar ağır olmayan kusurdur. Buna Lâtince'de *culpa* ya da *neglegentia* denmektedir. İhmâl söz konusu olan hallerde, yeterli dikkat ve özen gösterilmemiş, haksız sonucun meydana gelmesini engellemek için gerekli tedbirler alınmamıştır, yoksa ihmâlde bulunan bir kimsede haksızlık ve hukuka aykırılık niyet ve isteği bulunmamaktadır. Örneğin, arkadaşımızın şapkasını güneşten korunmak için

¹⁶⁰Oğuzman-Öz. a.g.e., s.506.: Umur, **Ders Notları**, s. 308.

¹⁶¹Tahiroğlu. **Borçlar**, s.42.

alsak ve farkında olmadan bunu köprüden geçerken düşürsek, bu durumda ihmâl söz konusudur ve artık şapkanın geri verilmesi olanaksızlaşmıştır.¹⁶²

Roma Hukukunda, ifanın imkânsızlığını ya da kötü ifayı oluşturabilecek her türlü kınanabilecek davranış “ihmâl” olarak nitelendirilirdi. Nitekim borçlu, bir zarara sebep oluyorsa, yükümlülüğünü yerine getirmemiş demektir. Borçlunun somut olaylarda gösterebileceği dikkat, iradesi doğrultusunda akitlerin niteliğine göre değişebilirdi ve ihmâl ya da dikkatsizlik, doğrudan doğruya zararlı sonuç istenmeden oluşurdu.¹⁶³

Roma Hukukunun önemli kaynaklarından olan *Digesta*'da yer alan hukukçu *Paulus*'a ait aşağıdaki metne göre, ihmâlin söz konusu olduğu durumlar şöyle belirtilmiştir:

D. 9. 2. 31:

“...Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri potuerit non esset provisum...”

D. 9. 2. 31:

“...Önlenmesi mümkün olan bir zarar, dikkatli bir kimse(diligens) tarafından önlenmemiş ise ihmâl söz konusudur...”

Borçlar Kanunumuzda ihmâl kelimesi yerine “teseyyüp(özensizlik), dikkatsizlik, kusur, hata” gibi terimler de kullanılmıştır. Ceza Kanunumuzda ise ihmâl yerine “taksir” terimi kullanılmıştır. Örneğin A, ahırındaki B'ye ait atı, uzun zamandır hasta olan ve işe yaramaz bir durumda olan kendi atı zannederek vurmıştır. Bu durumda A'nın, başkasına ait atı öldürmek gibi hukuka aykırı bir sonucu asla istemediği ancak, yeterince dikkatli olabilseydi bu atın B'ye ait olduğunu şüphesiz fark edebileceği

¹⁶²Umur, *Ders Notları*, s.308.

¹⁶³Tahiroğlu, *Borçlar*, s.43

görülmektedir. Bu durumda, A'nın taksirli bir davranışta bulunduğunu söylemek mümkündür.¹⁶⁴

Ödünç alınan ya da emanet olarak bırakılan şeylere dikkat edilmez ve bunlar kaybedilirse, âriyet olarak alınan bir ceket bir yerde unutulursa, vedia olarak verilen mücevherler açıkta bırakıldığı için çaldırılırsa, ameliyat yapan bir doktor dikkatsizlikle yaranın içinde bir alet unutursa, bir eczacı yanlış bir ilaç vererek hastanın ölümüne sebep olursa, bütün bu hallerde yine ihmâl söz konusudur. Nitekim, bu hallerin tümünde yeterli dikkat ve özen gösterilmemiş, hukuka aykırı sonucun, zararın ortaya çıkmasını önlemek için gerekli tedbirler alınmamıştır. Örneklerde de görüldüğü üzere, ihmâlin ölçütü objektif bir nitelik taşır. Yani, belli bir olayda ihmâlin ya da başka bir deyimle savsamanın bulunup bulunmadığı belirlenirken, ölçüt olarak, normal ve tedbirli bir insandan, söz konusu olayın şartlarında beklenen davranış esas alınarak değerlendirme yapılır. Kanunlarda ya da diğer emredici hukuk kurallarında öngörülen tedbirler alınmamışsa, ihmâl vardır. İhmâlin toplumda genel bir alışkanlık haline gelmiş olması ve kişilerin genel olarak ihmâli davranışlarda bulunuyor olmaları(örneğin, günümüzde trafik kurallarına uyulmaması durumunda olduğu gibi), bu kurallara uymayan kimseleri sorumluluktan kurtarmaz.¹⁶⁵

Daha önce de belirtildiği gibi, Roma Hukukunda *dolus*, belli bir hareket ve irade şeklinin var olup olmadığını belirtirken *culpa*, ihmâlin yani dikkatsizlik ve tedbirsizliğin çeşitli derecelerini belirtmekteydi. Ödünç alınan çanta bahçe duvarının üzerinde ya da bahçenin içinde unutulmuşsa ya da kapı açık olduğu halde evin girişinde bırakılmışsa, bu örneklerde ağırlık dereceleri farklı olmakla birlikte ihmâl vardır.

Borçlar Kanununun 99. maddesinden, borçlunun genel olarak her türlü kusurundan sorumlu olduğu anlaşılır ve bundan da dolaylı olarak ihmâlin farklı türleri olabileceği sonucu çıkmaktadır. İhmâl, genel olarak, daha önce de belirtildiği gibi dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu oluşur. İhmâlin tipik hali olan bu sorumluluk kriteri, hiçbir teknik ve mesleki niteliği olmayan ifalarla ilgilidir ve borçluyu özenle hareket etmek ve dikkatsizliğinden sorumlu olmak yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu tipik

¹⁶⁴Tahiroğlu, *Borçlar*, s.44.; Tekinay, *a.g.e.*, s.494-495.; Reisoğlu, *a.g.e.*, s.139-140.

¹⁶⁵Rado, *Borçlar*, s.38.; Koschaker, *a.g.e.*, s.194.

ihmâl ölçütünün yanında, aynı nitelikte özel bir ölçüt de bulunur. Bu özel ölçüte göre, mesleğine ilişkin olarak bir akit yapan teknik içerikli bir edimin borçlusu, ifasının teknik eksikliklerinden sorumludur ve tabii olarak, ifanın teknik eksikliklerini yerine getirmek zorundadır. Bunun için de, gerekli bilgilere sahip olması ya da bu bilgileri dürüstlüğe aykırı şekilde kullanmaması ya da aşırı aceleciliği ya da kayıtsızlığı olmaması gerekir. Gerekli ve yeterli ehliyet ile bilgiye sahip olmayan kimse, başaramayacağı, zarara sebep olacağı bir işe girişirse kusurludur ve zararından dolayı sorumludur. O halde, Romalı hukukçulardan bu yana devam eden anlayışla, bu şekildeki bir borç ilişkisinde, ifa ile yükümlü olan kimsenin yetenekli olmak (*imperitiam praestare*) zorunda olduğu kabul edilir. Yine Roma Hukukuna göre, ifa ile yükümlü olan kimsenin, kamu makamlarının gerektirdiği özel durumlara ve belli şekilde davranılmasını gerektiren kurallara ya da bir anlaşmada öngörülen kurallara aykırı davranışlarından dolayı da ihmâli söz konusu olabileceğinden, hukukçular tarafından bu alanda da düzenlemeler yapılmıştır. Bu konu ile ilgili olarak *Digesta* adlı eserde yer alan aşağıdaki metinlerden birincisi *Ulpianus*'a, ikincisi ise *Alfenus*'a aittir:

D. 19. 2. 9. 5:

“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.”

D. 19. 2. 9. 5:

“Digesta”nın sekizinci kitabında hukukçu Celsus’un belirttiği üzere, yeteneksizliğin de ihmâl olarak nitelendirilmesi gerekmektedir, şöyle ki; eğer bir kimse, buzağıları otlatmak için ya da bir şeyi onarmak ya da ona çeki düzen vermek için akit yaptıysa, ihmâli dolayısıyla sorumlu tutulacaktır, kusurunun sebebi yeteneksizliğinden kaynaklanmışsa, söz konusu kusuru ihmâl olarak nitelendirilir çünkü açıkça anlaşıldığı üzere, başlangıçta ona

böyle bir iş verilmesinin sebebi, mesleki açıdan yeterli olduğunun düşünülmesidir.”

D. 19. 2. 30. 2:

“*Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit uel lege Aquilia uel 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.*”

D.19. 2. 30. 2:

“Katırlarını kiraya veren bir kimse, katırların taşıyabilecekleri azamî yük miktarı konusunda da akdin karşı tarafıyla anlaşmaya varmıştır. Kiracı, katırların kararlaştırılan miktardan daha fazla yüklenmesine sebep olmuş ve bunun üzerine kiraya veren, uğradığı zararın giderilmesi için dava açabilmesi konusunda soru sormuştur. Hukukçu *Servius*’un verdiği cevap, *Aquilian* Kanununa göre ya da kira akdine göre bundan dolayı dava açılmasının mümkün olduğunu ve kiracıya karşı açılan davanın yalnızca *Aquilian* Kanunu çerçevesinde, aşırı yüklenmiş durumdayken sürüyü idare eden başka bir kimse olması halinde düşeceğini, buna karşılık kiraya verenin sürüsünün, kiracı ya da sürü aşırı yüklü durumdayken sürüyü idare eden kimse değil de, üçüncü bir kimse tarafından zarara uğratılması halinde ise, artık söz konusu kira akdine dayanan davayı kiracıya karşı açmanın mümkün olmayacağını ifade ediyordu.”

İhmâlin söz konusu olabileceği çeşitli durumlar örneklerle açıklanmaya çalışıldı. Ancak buraya kadar ihmâl, genel olarak ele alınmıştır. Ağırılık derecelerine göre ihmâlin sınıflandırılması ve bunu yaparken başvurulacak ölçütler ise aşağıda karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılacaktır. “Ağır ihmâl(*culpa lata*)” ve “hafif ihmâl(*culpa levis*)”

olarak yapılan bu sınıflandırma, *Iustinianus* döneminden başlayarak içinde bulunduğumuz zamana kadar güncelliğini koruyabilmiştir. Nitekim, modern hukuk doktrini ve kanunlar tarafından da aynı sınıflandırma yapılmaktadır.¹⁶⁶

2.5.2.1. Ağır İhmâl(*Culpa Lata*)

Çeşitli durumlarda kişilerin göstermesi gereken dikkat ve özen, olaydan olaya farklı şekillerde takdir olunur. Dolayısıyla, ağır ihmâli ve aşağıda incelenecek olan hafif ihmâli belirleyen ölçüt çok açık değildir. Orta seviyede ve tedbirli olarak nitelendirilebilecek olan bir kimsenin alabileceği en basit önlemin dahi alınmaması durumunda ağır ihmâl(*culpa lata*) söz konusudur. Örneğin, elyazması bir kitabı ödünç alan kimse, evde küçük bir çocuk bulunmasına rağmen ortada bırakmışsa ve kitap çocuk tarafından yırtılmışsa, bu kimsenin ağır ihmâli vardır. Ancak, evde küçük bir çocuk bulunmadığı için, gerekli tedbiri almaya gerek duymayıp ödünç alınan elyazması kitabı ortada bırakan bir kimse, aniden eve gelen bir konunun çocuğunun kitapla oynarken yırtması durumunda, tedbirsizlikten dolayı aşağıda incelenecek olan hafif ihmâlden dolayı sorumludur.

Bazı yazarlar, ağır ihmâli değerlendirirken, “herkesin anladığını anlamamak, herkesin yaptığını yapmamak, herkesin bildiğini bilmemek yani herhangi bir kimsenin alacağı tedbiri almamak” ölçütünün kullanılması gerektiğini savunurlar. Örneğin, misafir olarak kalınan evin kapıları açık ve anahtar kapının üzerinde bırakılıp bir yere gidildiğinde, evdeki eşyaların çalınma ihtimalinin çok yüksek olduğunu herkes bilir ve genelde böyle tedbirsiz bir şekilde davranılmaz.¹⁶⁷

Roma Hukukunun Klâsik Dönem hukukçularından olan *Ulpianus*'a göre ağır ihmâl(*culpa lata*) şöyle tanımlanmıştır:

¹⁶⁶Rado, *Borçlar*, s.39.

D. 50. 16. 213. 2:

“...*lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt.*”

D. 50. 16. 213. 2:

“...*culpa lata* en ağır ihmâldir, bu, herkesin bildiğini bilmemek demektir.”

Daha önce de değinildiği gibi, Romalı hukukçular, ağır ihmâli hafif ihmâlden ayırmışlar ve ağır ihmâli yani *culpa lata*'yı, *Iustinianus* Döneminde kasıt(*dolus*) ile hemen hemen aynı hükümlere tâbi tutmuşlardır. Bu kural, günümüz hukukunda da uygulanmaktadır.¹⁶⁸ Bu konuyla ilgili olarak, hukukçu *Paulus*'a ait olup *Digesta* 'da yer alan aşağıdaki metni incelemekte yarar vardır:

D. 50. 16. 226:

“*Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est.*”

D. 50. 16. 226:

“Ağır ihmâl ‘kusur’ sayılır: Kusurun bu ağır şekli, dolayısıyla ‘kast’ olarak adlandırılır.”

2.5.2.2. Hafif İhmâl(*Culpa Levis*)

Dürüst, tedbirli ve dikkatli kimselerin gösterebileceği özen(*diligentia*)in gösterilmemiş olması halinde ise hafif ihmâl(*culpa levis*) söz konusudur. Bu soyut ve

¹⁶⁷ Ataay. a.g.e. s.68-69.

¹⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BK. m. 99/I

objektif ölçüt, Lâtince *culpa in abstracto* olarak da ifade edilirdi. Buna göre, hafif ihmâl değerlendirilirken, Romalılar genellikle kendine ait mameleki bulunan ve kendi işlerini idare eden özgür bir Roma vatandaşının, her şartta gösterebileceği dikkat ve özeni(*diligentia boni patris familias*) ölçüt olarak kabul ederlerdi. Buna uyulmaması halinde hafif ihmâl(*culpa levis*) söz konusu olurdu. Bunun yanında, hafif ihmâli belirlemek için, soyut nitelikteki ölçütün yanında, somut ve subjektif bir ölçüt de(*culpa in concreto*) kullanılırdı, yani, hafif ihmâli söz konusu olan kimsenin genellikle kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özene göre bir değerlendirme yapılırdı. Bu değerlendirme biçimi Lâtince “*diligentia quam suis rebus adhibere solet*” olarak ifade edilirdi. Örnekle açıklamak gerekirse, şirket akdi(*societas*)’nde ortaklar, iş ile ilgili konularda her zaman kendi işlerinde gösterdikleri özen ve dikkati göstermekle yükümlüydüler¹⁶⁹. Yine, vasinin küçüğün mallarını idare ederken ya da kocanın da karısının getirdiği cihazı idare ederken gösterecekleri özenin ölçüsü somut nitelikte idi, dolayısıyla bunlar(vasi ve koca) da söz konusu durumlarda şirket ortakları gibi, kendi işlerinde gösterecekleri dikkat ve özeni göstermekle yükümlüydüler.¹⁷⁰

Kusura dayanan sorumluluk ilkesinin uygulandığı durumlarda borçlunun hangi kusurundan dolayı sorumlu tutulacağı yani kasıt, ağır ihmâl ya da hafif ihmâl ile ilgili hükümlerden hangi birinin ya da hangilerinin olaya uygulanacağı konusuna, aşağıda “Kusur Kavramı Açısından Sorumluluk Türleri ve Sorumsuzluk Şartları” başlığı altında açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

2.6. Birlikte Kusur(*Compensatio Culparum*)

Zararın oluşmasında hem alacaklının hem de borçlunun kusurunun birlikte var olduğu bazı durumlarda “kusurların karşılıklı olması” yani alacaklının ve borçlunun “ortak(birlikte)” kusuru söz konusuydu. Alacaklı ve borçlu ya da zarar veren ve zarar

¹⁶⁹Günümüz hukukunda da buna benzer bir düzenleme vardır: BK. m. 528/1 incelendiğinde görüldüğü üzere, şirket ortaklarından her birinin şirket işlerinde göstermeleri beklenen çaba ve özen, kendi kişisel işlerinde gösterdikleri çaba ve özen gibi olmalıdır.

¹⁷⁰Zevkliler, a.g.e., s.120.; Umur, Ders Notları, s.309.; Tahiroğlu, Borçlar, s.45.; Rado, Borçlar, s.40.

gören bu durumda zarara birlikte sebep olmaktaydılar.¹⁷¹ Bu durumda, alacaklının ya da zarar görenin, zararın meydana gelmesinde bir ölçüde bile olsa katkısı bulunmaktaydı. Buna Roma Hukukunda *compensatio culparum*(karşılıklı kusurların takası) denmekteydi. *Compensatio culparum* gereğince alacaklının da kusuru var olduğundan, alacaklının kendi ihmâli ile borçlunun ihmâlinin birleşmesi sonucunda bu iki ihmâlin birbirini götürmesi ve bu nedenle de borçlunun zararı tazmin etme yükümlülüğünün ortadan kalkması söz konusuydu. Örneğin, iki kişi arasında vekâlet akdi varsa ve vekil olan kimse, başkasına götürülmek üzere kendisine verilen mektubu kaybetmişse, ancak zarfın içinde para bulunduğunu bu konuya ilişkin olarak uyarılmamış olmasından dolayı bilmemekteyse, bu gibi durumlarda zarar görenin de kusurlu davranmış olduğu, bu nedenle de vekilin tazminat yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul ediliyordu.¹⁷²

Compensatio culparumun var olduğu durumlarda önemli olan nokta, borçlu kasıtlı davranışı ile zarara sebep olmuşsa, alacaklının ihmâli de olsa durumun değişmemesi yani borçlunun tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkmamasıydı. Ancak, zararın borçlunun ihmâli ile meydana gelmesi ve alacaklının ihmâlinin de bu zararın meydana gelişine yardım etmiş olması durumunda(yani alacaklının gerekli özeni göstermiş olması durumunda bu zarar meydana gelmeyecek idi ise), borçlunun tazmin yükümlülüğü ortadan kalkardı. Örneğin, eşyası çalınan kimse, kilitli olması gereken evinin kapısını ihmâli sonucu açık unutmuşsa ve eve hırsız girmişse, ev sahibinin bu ihmâlinin dolayısı ile hırsız tazminat borcundan kurtulmazdı çünkü hırsızın bu olayda kasıtlı davranışı söz konusuydu. Bir diğer durumda, zarar veren kimsenin yani tazminat davasındaki borçlunun kasıtlı davranışı yanında, zarar görenin de kasıtlı davranışta bulunduğu gözlenmişse durum değişirdi, şöyle ki, yasal olmayan şartlarda amelîyat

¹⁷¹Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Tahir Gürsoy, "Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt no:30, Sayı no:1-4(1973). s.57 vd.

¹⁷²Günümüz hukukunda da bu tip olaylara oldukça sık rastlanmaktadır. Ancak günümüz hukukunda, borçlunun tazminat yükümlülüğü Roma Hukukundaki gibi her zaman tamamen ortadan kalkmaz: BK. m. 44 uyarınca hakim takdir hakkını kullanır ve duruma göre karar verir, tazminat miktarını kaldırır ya da indirir. bazen de Roma Hukukundaki gibi tazminat miktarını tamamen ortadan kaldırma yoluna gider. Günümüzde, Roma Hukukunda olduğu gibi alacaklının kendi kusuru sebebiyle belli bir oranda da olsa tazminat talep edememesinin açık bir haksızlığa yol açacağı görüşü yaygın olduğundan, bu gibi olaylarda zararın ilgililer arasında bölüştürülmesi yani tazminat yükümlülüğünün indirilmesi daha adil ve iyiniyete daha uygun görülmektedir: Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, **Borçlar**, s.60-61.; Deschenaux ve Tercier, **a.g.e.** s.57.

olacak olan bir kimse, ameliyat sonrası sakat kalma olasılığının çok yüksek olmasına rağmen ameliyat öncesinde bu durumu kabul etmişse ve sonuçta ameliyat olup sakat kalmışsa, bu kimsenin kasıtlı olarak ameliyata rıza göstermiş olması, zararın indirilmesi sebebiydi.¹⁷³

2.7. Kusur Kavramı Açısından Sorumluluk Türleri ve Sorumsuzluk Şartları

Sorumluluk ilkeleri konusunda Klâsik Hukuk Dönemi ile *Iustinianus* Dönemi arasında bazı farklar vardır. Klâsik Dönemde kusursuz sorumluluk ilkesi geçerli olduğundan, kusurlu olmadığı halde ifa edemediği borcun zararını tazmin etmekle yükümlü bulunan borçlunun sorumluluğu oldukça ağırdı. Borçlunun hafif ihmâlinin dahi değerlendirmeye alınması da, sorumluluğunu ağırlaştırıyordu. Borçlunun yalnızca kastından dolayı ve ağır ihmâlden dolayı sorumlu tutulması, buna rağmen hafif ihmâlinin değerlendirmeye alınmaması ise sorumluluğunu hafifletiyordu. *Iustinianus* Döneminde, esas olarak kusura dayanan sorumluluk ilkesi uygulandığından, borçlu bütün kusurlarından yani *omnis culpa*(*dolus*, *culpa lata* ve *culpa levis*)'den sorumlu tutulurdu yani, borçlunun hiç kusuru olmasa bile en az hafif ihmâlinin bulunması sorumlu olması için yeterliydi. Bazı hallerde borçlunun sorumluluğu, tarafların anlaşmasıyla ya da hukuk düzeni tarafından daha ağır ya da daha hafif tutulabilirdi. Ancak genel olarak *Iustinianus* Hukukunda borçlunun sorumluluğu, Klâsik Dönemdeki kadar ağır değildi. Roma Hukuku kaynaklarında yer alan sorumluluk ile ilgili metinlerin çoğu gerekli özen gösterilmeksizin Bizans Döneminde *interpolatio*¹⁷⁴ yoluyla değiştirildiğinden, var olan metinlerin çoğu birbiriyle çelişmektedir. Son yıllarda yapılan araştırmalar sonucunda, Bizans Dönemine ilişkin klâsik metinler üzerinde yapılmış olan değişikliklerden bazıları tespit edilebilmiştir.¹⁷⁵

¹⁷³Rado, *Borçlar*, s.50.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.60-61.

¹⁷⁴Klâsik Roma Hukukunu zamanın hukuk anlayışına uydurabilmek için yani bilerek, yazılı bir metin üzerinde, söz konusu metnin anlamını ya da içeriğini başka hale dönüştürmek, kısaltmak ya da basitleştirmek yoluyla yapılan değişikliktir. Bkz. Umur, *Lügat*, s.95.

¹⁷⁵Rado, *Borçlar*, s.40-41.

2.7.1. Borçlunun Kasıt(*Dolus*)’dan Dolayı Sorumluluğu

Borçlunun, *dolus*’dan dolayı her zaman sorumlu olması ilkesi, sözleşme ile ortadan kaldırılamayan bir ilkedir, istisnası yoktur, dolayısıyla emredici hüküm olma özelliğini taşır. *Dolus*’un söz konusu olduğu durumlarda, bundan dolayı sorumlu olunmayacağı hükmünü içeren her anlaşma, hüsnüniyete, ahlâka ve adaba aykırı olarak kabul edildiğinden, bu anlaşmalar esasen hükümsüzdürler¹⁷⁶. *Iustinianus* Döneminde, hiç kimsenin gösteremeyeceği kadar ağır bir ihmâli göstermek kasıtlı davranmaktan farksız sayıldığından, *culpa lata*(ağır ihmâl) da *dolus*(kasıt) ile aynı hükümlere tâbi tutulmuştur.¹⁷⁷

Bu konu ile ilgili olarak, hukukçu *Paulus*’a ait aşağıdaki *Digesta* metninin incelenmesi faydalı olacaktır:

D. 13. 6. 17. pr.:

“In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est. ”

D. 13. 6. 17. pr.:

“Âriyet sözleşmesi söz konusu olduğunda, âriyet konusu şeye kasten verilebilecek zararları sorumluluk kapsamına almayan sözleşme hükümleri geçerli değildir.”

¹⁷⁶BK. m. 99/T’de yer alan. “borçlunun kasıt ya da ağır kusur halinde sorumluluğunun önlenmesine ilişkin önceden yapılacak her anlaşmanın hükümsüz olacağı” ifadesi de Roma Hukukundaki bu anlayıştan kaynaklanmaktadır.

¹⁷⁷Umur, **Ders Notları**, s.311.

2.7.2. Borçlunun İhmâl(*Culpa*)’den Dolayı Sorumluluğu

Hafif ihmâl dolayısıyla sorumluluk söz konusu olduğunda, her hangi bir kusur(*omnis culpa*) halinde yani hafif ihmâlde bulunulsa bile sorumluluk doğardı.¹⁷⁸

Bu konu ile ilgili olarak *Iustinianus*’un *Digesta* adlı eserinde yer alan, hukukçu *Ulpianus*’a ait aşağıdaki metin önemlidir:

D. 9. 2. 44. pr.:

“*In lege Aquilia et levissima culpa venit.*”

D. 9. 2. 44. pr.:

“*Lex Aquilia*’ya göre, kusur(*culpa*)’un en hafif derecesi bile hesaba katılır.”

Ancak hem günümüzde hem de Roma Hukukunda, hafif ihmâlden sorumlu olma derecesinin belirlenmesinde sözleşmenin tarafları serbestti. Bu sorumluluğun ölçüsü taraflarca kimi zaman normal sorumluluk derecesinden daha ağır, kimi zaman daha hafif olarak saptanabiliyordu. Hafif ihmâlin olup olmadığını saptarken önceden de belirtildiği gibi, genellikle borçlunun iyi bir aile babası(*diligentia bonus pater familias*) gibi hareket edip etmemiş olmasına göre değerlendirme yapılırdı. Ancak bazen, sorumluluk hafifletilir ve borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özen(*diligentia quam suis rebus abhibere solet*)’e göre değerlendirme yapılırdı. Aşağıda, *omnis culpa*’dan yani bütün kusurlardan sorumluluk ilkesinin doğrudan doğruya hukuk düzeni tarafından hafifletildiği bu ve benzeri durumlar açıklanmaya çalışılacaktır.¹⁷⁹

¹⁷⁸BK. m. 98’in ilk fıkrasında da borçlunun genel olarak bütün kusurlarından sorumlu olacağı hükmü yer alır. Ancak bu enredici bir hüküm değildir, aksi sözleşme ile kararlaştırılabilen yedek hüküm olma niteliğini taşır.

¹⁷⁹Rado, *Borçlar*, s.42-43.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.53.; Schwarz, *Borçlar*, s.112-113.

2.7.2.1. Fayda ve Menfaat İlkesi

Borç ilişkilerindeki sorumluluk ölçüsünün önceden saptanabilmesi her zaman mümkün olamazdı çünkü kişiler, aralarında gelişen türlü ilişkiler sonucunda değişik şekillerde ve çok sayıda sözleşmeler oluşturabilirlerdi. Bu nedenle, borçlunun borç ilişkisindeki durumuna bakılarak değerlendirme yapılırdı ve bunu yaparken kimi zaman “fayda ve menfaat(*utilitas*) ilkesi”¹⁸⁰ uygulanırdı. Genellikle *Iustinianus* Hukukunda uygulanmış olan bu ilkeye göre, borçlunun sorumluluğu, onun borç ilişkisindeki menfaati göz önünde bulundurularak belirlenirdi. Buna göre, borçlunun borç ilişkisinden menfaati olduğu zamanki sorumluluğunun, bu ilişkiden menfaati olmadığı zamana göre daha ağır olması gerektiği yani, hafif ihmâlin dahi bulunmaması gerektiği inancı vardı. Örneğin, âriyet aldığı bir eşyayı kullanmak bakımından bir menfaati olan kimsenin sorumluluğu, aldığı vediayı yalnız saklama borcu altına girmiş olan vedia alaninkinden daha ağırdı, şöyle ki; vedia alan yalnız kasıt ve ağır ihmâlden sorumlu tutulduğu halde, âriyet alan hafif ihmâllerinden dahi ve hatta klâsik hukuka göre bazı beklenmedik olaylardan doğan zararlardan da sorumlu tutulmaktaydı. Fayda ve menfaat ilkesi hakkında belirtilmesi gereken bir nokta da, bu ilkenin bazı durumlarda gerek günümüz hukuklarında, gerek Roma Hukukunda uygulama açısından genel bir ilke olmadığıdır. Yani, birtakım özel ilkeler söz konusu olduğunda fayda ve menfaat ilkesi uygulama dışı kalabilmektedir. Örneğin, vekâlet akdî söz konusu olduğunda Roma Hukukunun Klâsik Döneminde yalnızca kastından sorumlu tutulan vekil, vekâlet akdî ücretsiz bir akît olduğundan, bir menfaati olmamasına rağmen *Iustinianus* Hukukunda hafif ihmâli dahil, bütün kusurlarından sorumlu tutulmuştur. Buna benzer şekilde, vekâletsiz iş gören kimse için de aynı durum söz konusuydu.¹⁸¹

Bu konu ile ilgili olarak *Iustinianus*'un *Digesta* adlı eserinde hukukçu *Ulpianus*'a ait bir metin bulunmaktadır:

¹⁸⁰BK. m. 98/I incelendiğinde görüldüğü üzere, günümüz hukukunda da bu ilke uygulanmaktadır.

¹⁸¹Koschaker, a.g.e. s.195-196.: Rado, *Borçlar*, s. 42.

D. 13. 6. 5. 2:

“Nunc uidendum est, quid ueniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an uero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius uersatur 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 conuenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas uertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.”

D. 13. 6. 5. 2:

“Sorumluluk konusunda âriyet sözleşmesi ile ilgili davalarda kasıtlı bir davranış ya da kusurlu bir davranış sebebiyle bir zarar meydana geldiğinde ve hatta kusursuz sorumluluktan dolayı risk doğduğunda sorumluluğun kime ait olacağı sorusuna cevap aranmalıdır. Akitler söz konusu olduğunda bazen kasıtlı davranışlara göre, bazen de ayrıca kusurlu davranışların her çeşidine göre sorumlulukla ilgili bu soru cevaplandırılmalıdır. Vedia sözleşmesi söz konusu olduğunda kastî olarak meydana getirilecek zarar, genel olarak sorumluluk doğurur çünkü, vedia alanın bu sözleşmeden herhangi bir menfaati yoktur, dolayısıyla yalnızca kastî bir zarar söz konusu ise vedia alanın sorumluluğu doğar. Öte yandan, satımı, kirayı, başışı, rehini, ortaklığı konu alan sözleşmelerde ise, sözleşmenin her iki tarafının da menfaati söz konusu olduğundan, hem kasıtlı davranışların hem de diğer kusurlu davranışların sorumluluğun doğmasına sebebiyet vermesi mümkündür.”

2.7.2.2. Borçlunun Kendi İşlerinde Gösterdiği Dikkat ve Özeni Göstermesi(*Diligentia Quam Suis Rebus Adhibere Solet*)

İhmâli davranışlar sebebiyle doğacak sorumluluğun hafifletilmesinde ölçü olarak kullanılan unsurlardan birisi de budur. Roma hukukunda geçerli olan ve günümüzde de geçerli olan bu unsura göre bazı hallerde, borçludan en az kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermesi beklenir. Hafif ihmâldeki bu sorumluluk ölçüsü, soyut bir ölçü olan “iyi bir aile babasının dikkat ve özeni” olarak belirlenen ölçü ile karşılaştırıldığında, ondan daha hafif kalıyordu ve daha somuttu. Daha önce de bahsedilmiş olan¹⁸² bu konuya açıklık getirmek için, *Iustinianus*'un *Digesta* adlı eserinde hukukçu *Gaius*'a ait olan aşağıdaki metnin incelenmesinde yarar vardır:

D. 17. 2. 72:

“Socius socio etiam culpae nomine tenetur id, est desidiaae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissiman diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, qui parum diligentem sibi, socium acquirit, de se queri debet.”

D. 17. 2. 72:

“Şirket ortağı, diğer ortağa karşı, ihmâl ve dikkatsizliğinden de yani *culpa*sından da sorumludur. Ancak *culpa*(ihmâl), tam dikkat ve özene göre hesaplanamaz çünkü, kişinin her zaman kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni şirket işlerinde de göstermesi yeterlidir; şöyle ki, dikkatsiz bir kimse ile ortaklık yapan kimse, ancak kendi kendinden şikâyetçi olmalıdır.”

¹⁸²Bu somut ölçü şirket akdi, vesayet akdi ve cihazın idaresinde uygulanabiliyordu.

2.7.2.3. Beklenmeyen Hallerde Sorumluluk

Borcun yerine getirilmesi borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelirse, *Iustinianus* Döneminde uygulanan hukuka göre, borçlunun bu durumda artık sorumlu olmadığı kabul edilir. Çünkü, bu imkânsızlığın beklenmedik bir olaydan kaynaklandığı düşünülür. Lâtince “beklenmeyen olaylar”, *casus* terimi ile ifade edilirdi. “*Casus fortuitus*”, “*casus minore*” gibi terimler de aynı amaçla kullanılıyordu. *Casus*, “olay” anlamına geliyordu, “*fortuitus*” ve “*minore*” kelimeleri ise, “tesadüfi” demektir.¹⁸³

Beklenmeyen hal kavramı göreceli(nispi) bir kavramdır. Bazı hukukçular, bu kavramı “kusurun dışında kalan ve somut hallerde sorumluluğu gerektiren şey” olarak açıklıyorlardı. Bu hukukçulara göre, ağır ihmâl(*culpa lata*)den dolayı sorumlu olanın beklenmeyen hal sebebiyle söz konusu olan durumu, hafif ihmâl(*culpa levis*)den sorumlu olaninkinden daha ağırdır.¹⁸⁴

Bir kimse, ödünç aldığı sofra takımı çalındığı için bunu ödünç verene iade edemiyorsa, oysa sofra takımını saklamak için gerekli özeni göstermişse, dolayısıyla bir kusuru yoksa, bu kimsenin sorumluluğu ne şekilde olacaktır sorusunun cevabı, uygulanacak ilkeye göre değişecektir. Kusursuz sorumluluk(objektif ya da sonuç sorumluluğu) ilkesi uygulanırsa, kişi sorumlu tutulacaktır, ama kusura dayanan(subjektif) sorumluluk ilkesi uygulanırsa kişi kural olarak sorumlu olmayacaktır. Şöyle ki, genel ilke olarak borçlu, *casus*’dan yani, bir insanın kolaylıkla tahmin edemeyeceği ihtimâller sonucunda, kendi kusuru olmadan meydana gelen zararlardan sorumlu tutulamazdı. Ancak *Iustinianus* Döneminde hakim olan bu ilkenin istisnası yok değildi; bazı durumlarda borçlunun sorumluluğunun daha ağır olması gerekiyordu ve bu tip olaylara objektif sorumluluk ilkesi uygulanıyordu.¹⁸⁵ Örneğin, bu

¹⁸³ Tahiroğlu, *Borçlar*, s.51.; Abdullah Pulat Gözübüyük, *Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*(İkinci Bası. Ankara, 1957), s.13.

¹⁸⁴ Koschaker, *a.g.e.* s.195.

¹⁸⁵ Gözübüyük, *a.g.e.* s.23.; Rado, *Borçlar*, s. 43.; Umur, *Ders Notları*, s. 311.

çalışmada “kusursuz sorumluluk” ana başlığı altında incelenen “gözetim(*custodia*) sorumluluğu” konusu çerçevesinde ele alınan “hancıların(*stabularii*)¹⁸⁶, otelcilerin(*caupones*), ahır sahiplerinin¹⁸⁷ ve gemicilerin(*nautae*) yolcuların kendilerine bıraktıkları eşyalardan dolayı olan sorumluluğu” bu tür sorumluluk olma niteliğini taşıyordu. Bu kimseler, işlettikleri yerlerde başkasına ait olan her türlü eşyayı gözetmek zorundaydılar, dolayısıyla beklenmedik olaylar sonucunda bile meydana gelmiş olsa, her türlü zarardan sorumluydular.¹⁸⁸

“Beklenmeyen hal” kavramı, pek çok kavram gibi Roma Hukukundan günümüze kadar güncelliğini koruyabilmiş bir kavramdır. Öyle ki, Türk hukukunda yer alan Yargıtay ve Danıştay içtihatlarından da anlaşıldığı üzere, beklenmeyen olayları, “sözleşmenin malî şartlarını altüst eden, olağanüstü, önceden sezilemeyen ve kusurdan uzak, gerçek olaylar” olarak nitelenebilir.¹⁸⁹ Aşağıda, “mücbir sebep” ve “beklenmeyen hal” kavramları birbirleriyle karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılmış ve bunların günümüz hukukundaki kullanılış şekline değinilmiştir.

2.7.2.4. Mücbir Sebep(*Vis Maior*) Halinde Sorumluluk

Bir borçlunun borcunu yerine getirmesine insan gücünün üstünde bir takım kuvvetler engel olursa, *vis maior*(mücbir sebep) söz konusu olurdu. Genel olarak *vis maior*(mücbir sebep), “sezilemeyen ve karşı konulamayan olaylar” olarak da nitelenebilirdi. Yıldırım düşmesi, su baskını, fırtına, düşman saldırısı, deprem, fırtına, yangın vb. olaylar mücbir sebebe konu olabilirdi. Lâtince mücbir sebep demek olan *vis maior*, “en büyük kuvvet” anlamına gelirdi. Romalılar mücbir sebep yerine “kaçınılmaz

¹⁸⁶Hancılar(*stabularii*), insanlar ile birlikte hayvanların ya da arabaların da barındırılabilceği yerlerdi: Bkz. Koschaker, a.g.e., s. 197.

¹⁸⁷Günümüz hukukunda da durum böyledir; şöyle ki; daha önceden de değinilmiş olan BK.’nın 478., 479., 480. maddelerinde otelcilerin sorumluluğu anlatılmaktadır ve yine, BK. m. 481’de umumi ahır idare edenlerin sorumluluğu anlatılmaktadır. Bu maddelerden anlaşıldığı üzere, günümüzde beklenmeyen hallerdeki sorumluluğun dayandığı esas da Roma Hukukundan kaynaklanmaktadır.

¹⁸⁸Umur, Ders Notları, s.311-312.

¹⁸⁹Gözübüyük, a.g.e., s.143.

zarar(*damnum fatale*)” terimini de kullanırlardı. Roma Hukukundan günümüzün hukuk sistemine kadar gelebilmiş olan “mücbir sebep” teriminin borçlunun şahsı ve iradesi dolayısıyla onun davranışlarıyla ilgisi yoktu. İlke olarak, borçlu mücbir sebepten dolayı borcunu ifa edemiyorsa bundan sorumlu tutulamazdı. Öyle ki, Klasik Hukuk Devrinde *custodia* sorumluluğunun uygulandığı hallerde bile mücbir sebeplerden doğan zararlardan sorumlu olunmazdı. Mücbir sebepten meydana gelen zararın borçluya yükletilmesi olanaksızdı bu nedenle de, borçlu bu durumlarda borcundan kurtulurdu. Örneğin, hayvanları ve eşyaları ile birlikte bir handa konaklayan kimsenin sel baskını nedeniyle eşyaları ve hayvanları telef olursa, han sahibinin bu olayda sorumluluğu söz konusu olamazdı. Ancak, mücbir sebebin var olmasına rağmen, bazı istisnai durumlarda sorumluluk doğabilirdi. Örneğin, arîyet alan bir kimsenin kusurlu davranışı sonucu, mücbir sebep sonucunda arîyet konusu mal telef olmuşsa, artık bu durumda arîyet alan meydana gelen zarardan sorumlu tutulurdu.¹⁹⁰

Günümüz hukukunda, Roma hukukundan farklı olarak, “mücbir sebep” ve yukarıda açıklanmaya çalışılan “beklenmeyen hâl” kavramlarının birbirleriyle hukuken aynı anlamda kavramlar olup olmadığı uzun süre tartışılmıştır. Örneğin, Türk Hukukunda, gerek kanunlarda gerekse Yargıtay kararlarında bu iki terim anlamdaş olarak kullanılmıştır.¹⁹¹ Buna karşılık, Fransız Hukukunda bu iki terimin hukuki hüküm bakımından farklı olmadığı kabul edilmekle birlikte, bazı Fransız hukukçulara göre bu iki terimin esasen birbirinden farklı olduğu ileri sürülmektedir. Dolayısıyla günümüz hukukunda, beklenmedik haller ve mücbir sebep kavramları hakkında doktrin ve mahkeme kararları arasında görüş ayrılığı söz konusu olabilmektedir.¹⁹² Bu iki kavramı

¹⁹⁰Gözübüyük, a.g.e., s.13 vd.; Rado, **Borçlar**, s.44.; Tahiroğlu, **Borçlar**, s.53.

¹⁹¹Örneğin, BK. m. 96’da yer alan “...borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe...” ibaresinden anlaşıldığı üzere borçlu, borcunu yerine getirememesinin nedeninin mücbir sebepten ya da beklenmedik olaydan kaynaklandığını ispat edebilirse, bu durumda kusurlu olmadığını da ispat etmiş olur ve sorumluluk söz konusu olmaz. Aynı zamanda buradaki durum, Roma Hukukunda *Iustinianus* devrine hakim olan subjektif sorumluluk ilkesinin günümüzdeki görünümüdür. O halde, “beklenmedik hal” ve “mücbir sebep” kavramları arasındaki fark, kusursuzluğun ispatı söz konusu olduğunda ortadan kalkabilmektedir. Öğretiye göre, bu iki kavramın aynı anlama geldiği Borçlar Kanunumuzun 96. maddesinde anlatılmak istenen olaylar, “tabii olayların(aşırı yağın kanı yolları kapatması vb.)” ve “insana bağlı fiiller sonucu meydana gelen olaylar(savaş, isyan vb.)” olarak ikiye ayrılır: Bkz. Tahiroğlu, **Borçlar**, s.53.

¹⁹²Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, a.g.e., s.13 vd.

karşılaştırmak, Türk Hukukunda da önem taşıyan bu konuya açıklık getirmek açısından faydalı olacaktır:

Günümüz hukukuna göre beklenmeyen haller, borcun yerine getirilmesini esasen güçleştiren ancak borcu ortadan kaldırmayan olaylardır. Mücbir sebep ise, borcun yerine getirilmesini olanaksızlaştıran, hiçbir şekilde önüne geçilemeyecek olan, dolayısıyla borcu ortadan kaldıran olaylardır.¹⁹³ Beklenmeyen haller genel olarak sözleşmenin yenilenmesini gerektirmektedirler ancak mücbir sebepler mutlaka sözleşmenin feshini gerektirirler. Beklenmeyen haller sebebiyle borçlu yalnızca uğradığı zararın tazminini isteyebilir, kazancında meydana gelen kaybı isteyemez. Mücbir sebepten dolayı ise, ne alacaklı ne de borçlu tazminat isteyemez, ancak sebepsiz zenginleşme dolayısıyla haksız kazanç söz konusu olmuşsa, haksızlığa uğrayan taraf bu kazancın miktarı kadar tazminat talep edilebilir. Beklenmeyen hallerde sözleşme yürürlükten kalkmaz, borçlu sözleşmede taahhüt ettiği edimi yerine getirmek zorundadır, dolayısıyla borçlu, sözleşmenin feshini değil, belli bir tazminat verilmesini isteyebilir.¹⁹⁴ Buna karşılık mücbir sebebin söz konusu olduğu hallerde, sözleşme hükümleri yürürlükten kaldırılır ve borçlunun edimi yerine getirme zorunluluğu bulunmaz, nitekim sözleşme yargıç kararıyla fesholunabilir.¹⁹⁵

¹⁹³Bu iki kavram arasındaki fark, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi incelendiğinde açıkça görülür. Buna göre, "işletilen aracın dışında oluşan", olağanüstü bir sebepten(deprem, üzerinden geçilen köprüünün yıkılması, göktaşı düşmesi vb.) dolayı trafik kazası olursa, zararın mücbir sebepten kaynaklandığı kabul edilir. Ancak, "işletilen aracın içinde oluşan" bazı olaylar(lastığın patlaması, şoförün ansızın ölmesi ya da baygınlık geçirmesi vb.) sonucunda kaza olursa, zararın beklenmedik hallerden kaynaklandığı kabul edilir. Bkz. **Karayolları Trafik Kanunu**; Tahiroğlu, **Borçlar**, s.54-55.

¹⁹⁴Beklenmedik hallerden sorumluluğa ilişkin bir düzenleme de BK. m. 102'nin ilk fıkrasında yer almaktadır. Burada, kaza halinde mes'uliyet başlığı altında, borçlunun temerrüt halindeyken, ifanın gecikmesinden dolayı tazminat ödemek zorunda olduğu gibi, meydana gelebilecek bir kazadan da sorumlu olduğuna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

¹⁹⁵Öğretide, bunların yanında, her mücbir sebebin beklenmeyen bir hal olduğu ancak, her beklenmeyen halin bir mücbir sebep olmadığı ve buna ek olarak, beklenmeyen hal ve mücbir sebebin aynı zamanda birlikte var olmalarının mümkün olabileceği fikri yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, **a.g.e.**, s.130.

2.7.3. Haksız Fiillerden Dolayı Sorumluluk

Roma Hukukunda borçların ve dolayısıyla borçlardan kaynaklanan sorumlulukların başlıca iki kaynağı, daha önce incelenmiş olduğu üzere haksız fiiller ve akitler idi.

Kişiler arasında varolabilecek sınırsız sayıda ilişkiden kaynaklanan borçlar ile ilgili konuların akitler dahilinde düzenlenebileceği tartışmasızdır. Akitler söz konusu olduğunda, önceden tespiti mümkün olmayacak kadar yani çok sayıda kusura dayanan sorumluluk yaratan durum ile karşılaşılabileceğinden ve bunları teker teker ele almanın imkânsızlığından dolayı, çalışmamızın bundan sonraki kısımlarında kusura dayanan sorumluluk haksız fiiller ve haksız fiil benzerleri açısından incelenmeye çalışılmıştır. Nitekim, yukarıda kusur(*culpa*) kavramının tanımının yapıldığı bölümde ve yine kasıt(*dolus*) ve ihmâl(*culpa*) kavramlarının açıklandığı bölümlerde kusur ile ilgili olarak haksız fiil sorumluluğuna ve sözleşmelerden doğan sorumluluğa yeri geldikçe değinilmiştir.

Haksız fiillere Lâtince’de *delictum* ya da *maleficium* denirdi. Roma Hukukunda haksız fiiller, *delicta privata*(özel suçlar) ve *delicta publica*(kamu suçları) olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Roma Hukukunda devlet, fertlerin birbirlerine karşı işledikleri haksız fiiller yani *delicta privata*(özel suçlar) ile resen ilgilenmezdi, yani, kendi organları ile faaliyete geçmezdi. Suçluyu takip etme işi zarar gören kimseye ya da onun yakınlarına bırakılmıştı. Ancak devlet, *delicta publica*(kamu suçları) yani vatana ihanet, düşmanla işbirliği yapmak, yangın çıkarmak, devlet yöneten kimseye suikast, ya da aile reisinin öldürülmesi gibi kamu yararına aykırı olan çok ağır bazı suç(*crimina*)ların işlenmiş olması durumunda, doğrudan doğruya harekete geçme yetkisine sahipti. Bunun sonucunda devlet suçluyu ele geçirebilirse onu zarar görenin hâkimiyetine teslim ederdi ya da ona, zarar görenin hesabına olmak üzere bir ceza verirdi.¹⁹⁶ İlk zamanlarda durum böyle olmakla birlikte, son devirlerde Devlet tarafından takip edilen ve cezalandırılan haksız fiillerin sayısı artmıştı. Roma’da eski devirde, haksız fiillerle ilgili olarak ve yukarıda birinci bölümde incelenmiş olan “kisas ilkesi” ve “diyet usulü”nün

¹⁹⁶ A. B. Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*. Çev.: Türkan Rado Cilt no:1(Üçüncü basım. İstanbul: 1948), s.96vd.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.233vd.; Nurcan İpek, *Roma Hukukunda Gasp(Rapina)*(İstanbul: Der Yayınları, 2001), s.23vd.; Di Marzo, *a.g.e.*, s.468vd.

uygulandığını biliyoruz. Bunların uygulanmasıyla söz konusu olan haksız fiillerin cezası zamanla, kanuni yaptırımlar altında, hakim tarafından tayin edilen bu sebeple de mahkemede bir davanın görülmesinden sonra belirlenen para cezalarına dönüştü(*poena*). Roma Hukukunda haksız fiilin faili, işlediği fiil sonucunda zarar görene karşı borçlanırdı ancak bu borç günümüz hukukundaki zararı tazmin etme borcu olmayıp, söz konusu cezanın ödenmesi borcu(*poena*) idi. Nitekim Roma Hukukunda haksız fiillerin takibindeki amaç, zarar görenin malvarlığında sebep olunan azalmayı ortadan kaldırmak değil ama suçluyu cezalandırmaktı. *Poena* doğrudan doğruya zarar görene ödendiği için de, malvarlığında meydana gelen zarar sonuç olarak kendiliğinden giderilmiş oluyordu. Çünkü, Roma Hukukunda özel suçlar sebebiyle ödenen cezalar bugün olduğu gibi Devlet hazinesine değil, zarar görene ödenirdi. Durum böyle olmakla birlikte, Roma Hukukunun son devirlerinde Devlet tarafından takip edilen ve cezalandırılan haksız fiillerin sayısı oldukça artmıştır. Bu suçlardan dolayı zarar gören kişiler, ceza Devlet tarafından verildiğinden, yalnızca tazminat isteme yoluna gidiyorlardı. Eski devirlerden beri uygulanan usuller yani zarar görenin ceza davası açma olanakları devam etmekle birlikte, Devlet tarafından takibi yapılan suçların sayısının artması ile birlikte, günümüz hukukundaki duruma aşama aşama yaklaşılmış oluyordu. Nitekim son zamanlarda, bazı davalarla hem ceza hem de tazminat amacı takip edilebileceği kabul edilmişti. Dolayısıyla, ceza devlet tarafından takip edilirken, tazminat ise zarar gören tarafından takip ediliyordu.¹⁹⁷

¹⁹⁷Günümüz hukukunda da haksız fiiller sözleşmelerden sonra en önemli borç kaynağıdır. Ancak haksız fiilin neticeleri açısından günümüz hukuku ile Roma Hukuku arasında çok büyük farklar vardır: Günümüz hukukunda haksız fiillerin sonuçları hem ceza hukuku yani kamu hukuku bakımından hem de özel hukuk bakımından olmak üzere çeşitli açılardan ele alınır ve hükme bağlanır. Buna göre, eğer bir haksız fiil, ceza hukukunun cezalandırdığı suçlar arasına giriyorsa, suçu işleyen kimse doğrudan doğruya devlet organları tarafından takip edilir. Öte yandan, işlenen haksız fiil sebebiyle zarar gören kimsenin malvarlığında meydana gelen zararların giderilmesi ise özel hukuk hükümlerine göre yani BK. m. 41 ve bunu takip eden Borçlar Kanunu maddelerine göre istenir. Günümüzde haksız fiiller özel hukuku yalnızca zararların giderilmesi bakımından ilgilendirir, çünkü, haksız fiili işleyen kimse ile zarar gören kimse arasında da bir borç ilişkisi doğmaktadır ve buna göre ortaya çıkan zararı haksız fiili işleyen kimse gidermek zorundadır. Nitekim BK. m. 41/I, sorumluluk şartları ile ilgili olarak, "İster kasit ile olsun, ister taksir ile olsun, başkasını hukuka aykırı olarak zarara uğratan kimse tazminat ile mükelleftir." demektedir. Görüldüğü üzere, haksız fiili işleyen kimse, kamu hukuku açısından, ceza davası ile devlete ve bunun yanında topluma karşı olan sorumluluklarından dolayı yargılanırken, özel hukuk açısından da sebep olduğu zararı tazmin etmek zorunda kalarak, kişilerin malvarlığı düzeninde yarattığı karışıklık hukuk düzenince giderilmeye çalışılır. Ceza davası ile amaçlanan, suçu işleyen şahsını devlete karşı cezalandırmaktır, dolayısıyla söz konusu suç sebebiyle mirasçılara sorumlu tutmak doğru olmayacağından, ceza davası mirasçılara karşı açılmaz. Ancak, zarar görenin maddi açıdan tatmin edilmesini amaçlayan özel hukuk davası ya da tazminat davası ise mirasçılara karşı açılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rado, *Borçlar*, s.181 vd.; Umur, *Ders Notları*, s.389-390.

Roma'da 12 Levha Kanunlarından başlayarak yani çok eski devirlerden beri haksız fiiller, özel suçlar(*delicta privata*) ve kamu suçları(*delicta publica* ya da *crimina*) olmak üzere ikiye ayrılırdı. Aşağıda incelenecek olan haksız fiiller ise özel hukuk alanında yer alanlardır. Bu haksız fiiller, belli bir kimseye karşı işlenirler ve doğal olarak o kimsenin haklı tepkisine yol açarlardı çünkü haksız fiil sebebiyle, zarar gören kimsenin menfaatleri hukuka aykırı olarak ihlâl edilmiş olurdu. Haksız fiiller şahsa ya da mala karşı işlenirlerdi.¹⁹⁸

Bir fiilin haksız fiil olarak nitelenebilmesi için bazı unsurları¹⁹⁹ içermesi gerekirdi. Bu unsurlar şunlardı: İşlenen fiilin “hukuka aykırı” olması gerekirdi, işlenen fiil sonunda bir “zararın” meydana gelmesi gerekirdi, zarar ile işlenen fiil arasında bir “neden-sonuç ilişkisinin” var olması yani ortaya çıkan zararın işlenen fiilden doğmuş olması gerekirdi ve hukuka aykırı fiili işleyen kimsenin bu fiilden sorumlu tutulabilmesi yani “sorumluluk”²⁰⁰ unsuru gerekirdi. Bu sonuncu unsura göre, haksız fiili işleyen kimsenin, bu fiil sonucunda doğacak hukuka aykırı durumu anlayabilmesi gerekirdi. Örneğin, Roma Hukukuna göre yedi yaşından küçükler ve akıl hastaları, temyiz kudretinden yoksun oldukları için, haksız fiillerden sorumlu tutulamazlardı. Buna benzer şekilde, aile reislerinin ve köle sahiplerinin egemenlikleri altında bulunan kimseler tarafından işlenen suçlar durumunda sorumlu tutulmaları durumunda görüldüğü gibi istisnaî durumlar söz konusu olsa da,²⁰¹ genellikle hiçbir kusuru(*culpa*) olmayan kimse, haksız fiilden dolayı sorumlu tutulamazdı.²⁰² Bazı hukukçular

¹⁹⁸Karadeniz - Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 274 vd.

¹⁹⁹Roma Hukukundaki haksız fiillerin unsurları sistematik olarak İsviçre-Türk Hukuk sistemini derinden etkilemiştir: İsviçre-Türk hukuk sistemindeki durumu ayrıntılı olarak incelemek için bkz. Yeşim M. Atamer, “**Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**”. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996), s.24 vd.

²⁰⁰Haksız fiili işleyen ve zarar veren kimsenin sorumlu tutulmasında birincisi objektif sorumluluk(kusursuz sorumluluk) ve ikincisi de subjektif sorumluluk(kusura dayanan sorumluluk) olmak üzere iki farklı ilkenin benimsendiği konusu, daha önce bu çalışmada ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır: Ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz - Çelebican, **Roma Hukuku**, s.286-287.

²⁰¹ Bu istisnaî durumlar aşağıda “Başkalarının Haksız Fiillerinden Sorumluluk” başlığı altında incelenecektir: Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, **Borçlar**, s.259vd.

²⁰²Kişiler arasında yer alan bir borç ilişkisine aykırı davranılması durumunda akdî kusur, bir kimseye haksız bir zarar verilmesi(bir kimsenin kölesinin öldürülmesi, hayvanının yer alanması vb. gibi) durumunda ise akit dışı kusur söz konusu olurdu. Roma Hukukunda haksız fiillerde kusur meselesini düzenleyen ilk kanun *Lex Aquiliana*(M.Ö. 287) olduğundan, Romalılar haksız fiillerdeki kusura “*culpa Aquiliana*” diyorlardı. Bu kanunda yer alan önemli bir nokta ise, haksız fiillerdeki ihlâlin akitlerdeki sorumlulukta olduğu gibi “hafif ihmâl” ve “ağır ihmâl” olarak derecelendirilmemesi ve en hafif ihmâlin dahi sorumluluk kapsamına alınmasıydı: Bkz. Rado, **Borçlar**, s.184.

tarafından, kusurun haksız fiilin subjektif unsuru olduğu, hukuka aykırılık unsurunun ise haksız fiilin objektif unsuru olduğu ileri sürülmüştü²⁰³. Bu unsurlardan oluşan haksız fiil davalarından mahkum olanlara *infamis*(şerefsiz) denirdi.²⁰⁴

Roma Hukukunda haksız fiiller sorumluluk kavramı açısından incelendiğinde, bu fiillerin dayandığı, sorumluluk ile ilgili genel bir ilkenin olmadığı görülür. Nitekim, Roma Hukukunda hukuk düzeni tarafından tanınmış olan belli haksız fiiller vardır. Bunların dışında kalan haksız fiiller, zaman içinde özel kanunlarla ya da *praetor*ların çalışmalarıyla teker teker yaptırıma bağlanmışlarsa da, Roma Hukukunda hiçbir zaman günümüz hukukundaki gibi genel bir ilke uygulanmamıştır. Bununla birlikte Roma Hukukunda haksız fiiller, “*ius civile* tarafından tanınmış ve yaptırıma bağlanmış haksız fiiller” ve “*praetor* hukuku tarafından tanınmış ve yaptırıma bağlanmış haksız fiiller” olarak iki gruba ayrılmışlardı. *Furtum*, *rapina*, *damnum iniuria datum* ve *iniuria* suçları *ius civile* tarafından tanınmış olan haksız fiiller idi. *Dolus*(hile), *metus*(ikrah) ve *fraus creditorum*(alacaklılardan hileli şekilde mal kaçırma halleri) ise *praetor* hukuku tarafından tanınmış olanlardı.²⁰⁵

2.7.3.1. *Ius Civile* Tarafından Tanınan Haksız Fiillerden Dolayı Sorumluluk

Ius Civile tarafından tanınan haksız fiillerden “*furtum*”, genellikle “hırsızlık” anlamına karşılık gelmekle birlikte aslında daha geniş bir kavram olup, “emniyeti kötüye kullanma suçunu” da kapsardı. *Furtum* kelimesinin kökeninde *furum* yani “kara” kelimesi yer almaktadır, çünkü, bu suç gizli olarak ve karanlıkta yani genellikle geceleri işlenmekteydi. Yine bu kelimenin kökeninde, Yunanca’da hırsızlık anlamına da gelen “*fraus*(hile)” ya da “*fere*(alıp götürmek)” anlamlarının yer aldığı da söylenebilir. Romalı hukukçulardan *Gaius*’a göre, hem başkasına ait bir malı götürmek üzere alan bir

²⁰³Tandoğan, *Mes’uliyet Hukuku*, s.61.

²⁰⁴Umur, *Ders Notları*, s.390-391.

²⁰⁵Borçlar Kanunumuzun 41. maddesi incelendiğinde, günümüz hukukundaki durumun bundan farklı olduğu görülür. Söz konusu maddeye göre haksız fiillerden doğan sorumluluğun genel bir ilkeye dayandığı açık şekilde görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rado, *Borçlar*, s.188.

kimse, hem de malikin iradesine aykırı olarak ya da onun izin vermeyeceği şekilde(*invita domino*), mal kendisininmiş gibi davranan kimse(örneğin, âriyet aldığı bir atı, şehirde kullanmak yerine savaşa götürülen kimse) *furtum* suçunu işlemekte idi. *Furtum*'a konu olabilecek eşyanın taşınabilir olması gerekirdi. Bu suçun oluşması için hırsızın kasten ve bir menfaat elde etmek için bu suçu işlemesi gerekirdi. Roma'da bir kimsenin kendi malı üzerinde dahi bu suçu işlemesi mümkündü. Örneğin borçlu rehin olarak verdiği malı, alacaklının haberi olmadan almışsa *furtum possessionis*(zilyetlik *furtum*'u)suçunu işlemiş olurdu.²⁰⁶ Nitekim *furtum* kavramı, malın alınıp götürülmesi(*amotio rei*) yanında malın ele geçirilmesi durumlarını da kapsayınca, *furtum* birçok olayda uygulanır olmuştu. Roma hukuku kaynaklarından *Digesta*'da yer alan bir metinde *furtum*'un, "bir malın ya da kullanılmasının ya da zilyetliğinin hileli bir şekilde ve kazanç amacıyla elde edilmesi" olduğu belirtilmişti. Buna göre *Iustinianus* Hukukuna göre *furtum* üçe ayrılmıştı: *Furtum rei*(malın hırsızlığı), *furtum usus*(kullanma hırsızlığı) ve *furtum possessionis*(zilyetlik hırsızlığı). Bir hırsızın başkasının evine girerek antika değerindeki yemek takımını çalması durumunda *furtum rei*(malın hırsızlığı) suçu işlenmiş olurdu. Bir malı kiralayanın, âriyet alanın ya da onu vedia olarak saklayanın malı söz konusu amacın dışında kullanarak emniyeti kötüye kullanması durumunda *furtum usus*(kullanma hırsızlığı) söz konusu olur. Malikin kendi malını, zilyetlik hakkı olan kimseden(örneğin rehin alandan) alması durumunda ise *furtum possessionis*(zilyetlik hırsızlığı)'de bulunulmuş olur. *Furtum possessionis*(zilyetlik hırsızlığı)'in yerini daha sonra *furtum usus*(kullanma hırsızlığı) almıştır.²⁰⁷

Iustinianus'un *Digesta* adlı eserinde yer alan ve *furtum usus* ile ilgili olan hukukçu *Ulpianus*'a ait metinlerden biri de şöyledir:

²⁰⁶Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Furtum*,(İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975), s.13-14.; Koschaker, a.g.e., s.263.; *Iustinianus. Institutiones*, s.289. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: *D. 42. 2; D. 44. 7. 4; D. 47.2. 1. 3.*

²⁰⁷John Spencer Muirhead, *An Outline Of Roman Law*(London: William Hodge and Company, Limited, 1947), s.178-179.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.237-238.; ayrıntılı bilgi için ayrıca *D. 47. 21. 3* incelenebilir: Bkz. *Iustinianus, Digesta*(Vol. IV), s.792.; Günel – Küçükgüngör, a.g.e., s.77.

D. 13. 6. 5. 7:

“*Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogauit pertinet: nam si tibi equum commodauero, ut ad uillam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine...*”

D. 13. 6. 5. 7:

“Bundan başka, âriyet alan kimsenin âriyet alınan şeyin yok olmasının(bir hayvanın ölümü vb.) sebep olduğu hasarı yüklenmesinin söz konusu olduğu durumlar vardır. Örneğin, ben sana çiftlikte kullanman üzere bir at versem, senin bu atı alıp savaşa götürmen durumunda, âriyet sözleşmesinin gerektirdiği şekilde davranmamış olman sebebiyle buna ilişkin bir davayı sana açabilirim ve bu dava sonucunda sen bana tazminat ödemekle sorumlu olursun. At yerine köle veririm, yine aynı durum geçerlidir...”

Furtum, hırsızın suçüstü yakalanıp yakalanmamasına göre de, bir başka ayrıma tâbi tutulmuştu: Suçüstü hırsızlık(*furtum manifestum*) ve suçüstü olmayan hırsızlık(*furtum nec manifestum*). Bu ayrım, çok eski bir ayrımdı ve Roma Hukukunun son devirlerine kadar devam etmişti. Hırsız, hırsızlığı yaptığı yerde yani çaldığı malı götürmeyi tasarladığı yere götüremeden yakalanırsa suçüstü hırsızlık(*furtum manifestum*)suçunu işlemiş olurdu. *Furtum manifestum* halinde verilen ceza, *furtum nec manifestum* suçunun işlenmesi halinde verilen cezaya oranla çok daha ağırdı. *Furtum manifestum* suçunun işlenmesi durumunda, *praetor*'ların koydukları kanunlar gereğince hırsıza karşı *actio furti manifesti*²⁰⁸ açılırdı. Bunun sonucunda hırsız ceza olarak, çalmış olduğu şeyin değerinin dört misli(*quadruplum*)ni ödemekle sorumlu tutulurdu. Ancak hırsız suçüstü yakalanmamışsa, *actio furti nec manifesti* davası açılırdı. Bu son durumda ise hırsızlık yapmış olan kimse, çaldığı malın değerinin iki misli(*duplum*)ni ödemekle sorumlu tutulurdu. Suçüstü yakalanan hırsıza daha ağır ceza verilmesinin sebebi, malı

²⁰⁸*Furtum* sonucunda, öncelikle hırsıza karşı bir ceza davası açılırdı ve buna *actio furti* denirdi. Ancak hırsızın yakalanış şekline ve de suçun işleniş şekline göre bu dava ile takip edilen ceza değişebilirdi: Bu davalar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, *Furtum*, s. 126 vd.

çalınan kimsenin hırsızın yakalandığı andaki öç alma duygusunun daha yoğun olduğu görüşünün yaygın olmasıydı. Hırsızlığa yardım edenlerin sorumluluğu ise şöyleydi: Hırsızlığı tavsiye edenler, hırsızlık yapılması halinde sorumlu olmazlardı ancak, hırsızlığı hem tavsiye edenler, hem de teşvik edenler ve hırsıza yardım edenler, suç ortağı olarak kabul edilirdiler. Bu kimseler, suçüstü olmayan hırsızlık davası(*actio furti nec manifesti*) davası ile sorumlu tutulurlardı. Çalınmış olan malı saklayanlara yani yataklık edenlere açılacak dava sonucunda ise, söz konusu malın değerinin üç katını ödeme cezası verilirdi.²⁰⁹

Hırsızlık suçunun işlenmesine yardımcı olmada ölçüt olarak kabul edilen bir duruma, *Digesta*'da yer alan hukukçu *Ulpianus*'a ait olan aşağıdaki metinde açıklık getirilmiştir:

D.47. 2. 50. 2:

“Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consillium uel opem ferre sine dolo malo posse.”

D. 47. 2. 50. 2:

“Pedius der ki, hırsızlıkta, kasıtlı davranışı söz konusu olmayan hiçbir kimse sorumlulukta baş rol sahibi olarak kabul edilmediğinden, bu şekilde, benzer bir davranışı söz konusu olmayan hiç bir kimse de suç ortağı olarak nitelendirilemez.”

Furtum suçu işlenmesi sebebiyle açılacak ceza davalarının tümü sonucunda mahkûm olan hırsız, “şerefsiz(*infamis*)” ilân edilirdi. Malın sahibi, hırsızlık konusu mal kimin elinde bulunursa bulunsun(hırsız, hırsızın mirasçıları, üçüncü kişiler vb.), o kimseye ya kimselere karşı mülkiyet hakkından doğan *rei vindicatio*(istihkak davası)

²⁰⁹Rado, *Borçlar*, s.191-192.; Di Marzio, *a.g.e.*, s.475.; Umur, *Ders Notları*, s.392.

açabilir ve malını geri isteyebilirdi. Nitekim, çalınmış olan mal(*res furtiva*)ın zamanaşımı(*usucapio*) ile kazanılması olanaksızdı.²¹⁰

Ius Civile tarafından tanınan haksız fiillerden bir diğeri ise “*rapina*(gasp)” idi. *Rapina*, bir malın sahibinden zorla alınması suçuydu. Bu suç, özel hukuk alanına giren bir haksız fiil olmakla birlikte aynı zamanda, toplumda tehlike yaratan, kamu yararını ihlâl eden bir suçtu, çünkü, silahlı ya da silahsız olarak işlenen bu suçun yarattığı kontrolsüzlük insan toplumunu tehdit ediyordu. Bu sebeple de cezası oldukça ağır olan bir suçtu. Roma Hukukunda uzun bir süre *rapina* kavramı *furtum*un içinde yer aldığından, bu kavram *furtum*’un cebir ve şiddet kullanılarak yapılan özel bir şekli olarak kabul ediliyordu. Daha sonra ise *rapina*, *praetor* beyannamesi ile ayrı bir haksız fiil sayılmış ve *ius civile* tarafından tanınan diğer haksız fiiller arasında yer almıştır.²¹¹

Iustinianus’un *Digesta* adlı eserinde yer alan hukukçu *Paulus*’a ait aşağıdaki metin, *rapina* ile ilgilidir:

D. 47. 8. 1:

“*Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et ui bonorum raptorum in quadruplum. Sed si ante actum sit ui bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur.*”

D. 47. 8. 1:

“Bir eşyayı cebir ve şiddet kullanarak alan bir kimse, hem ‘suçüstü olmayan hırsızlık’ suçundan dolayı eşyanın değerinin iki katı ile, hem de ‘bir şeyi cebir ve şiddet kullanarak almak’ suçundan dolayı söz konusu şeyin değerinin dört katı ile sorumlu tutulur. Eğer önce, ‘cebir ve şiddet kullanarak almak’ suçundan dolayı dava açılmışsa, ‘hırsızlık’ suçundan dolayı açılacak dava artık reddedilir, ancak, adalette dengeyi sağlayabilmek için, önce ‘hırsızlık’ suçundan

²¹⁰ Çelebican, *Eşya Hukuku*, s.189; Rado, *Borçlar*, s.192-193.

²¹¹ İpek, *a.g.e.*, s.28 vd.

dolayı dava açılmışsa, artık diğer davanın hükümsüz duruma geleceği kabul edilmiştir.”

Rapina kavramı yağmacılık, soygunculuk, yol kesme, eşkıyalık gibi suçları içeriyordu. *Ius civile* tarafından kabul edilen *actio vi bonorum raptorum*(şiddet kullanarak gasbedilmiş şeylerin davası)²¹² isimli özel bir dava ile bu suçu işlemiş olan bir kimse, suçu suçüstü işlemiş olup olmadığına bakılmaksızın, bu davanın bir yıl içinde açılması durumunda, gasp edilen şeyin değerinin dört katını(*quadruplum*) ödemeye mahkûm edilirdi. Söz konusu dava bir yıl geçtikten sonra açılırsa ancak o şeyin kendi değeri(*simplum*) istenebilirdi. Gasp suçunun konusu hem taşınırlar hem de taşınmazlar olabilirdi. Bu suçu işleyenler de “şerefsiz(*infamis*)” sayılırlardı.²¹³

Damnnum iniuria datum(başkasına ait olan bir kölenin öldürülmesi, hayvanın yer alanması, ağacın kesilmesi gibi başkasının malına verilen zararlar) ise haksız fiiller kapsamında yer alan bir başka suçtu. Mala verilen zararlar ve bu zararlar sebebiyle uygulanacak olan yaptırımlar M. Ö. 267 yılında çıkarılmış olan *Lex Aquilia* ile düzenlenmişti. Bu kanun üç bölümden oluşuyordu. Birinci bölümde, başkasına ait olan bir kölenin ya da bir sürü hayvanının(dolayısıyla köpekler ve yabani hayvanlar bunlara dahil değildi) öldürülmesinden, ikinci bölümde alacaklının zararına hileli bir şekilde borçluyu ibra etmiş olan *adstipulator*(ek alacaklı)’dan ve son olarak üçüncü bölümde mallara verilen her türlü zarardan(yakmak, kırmak, bozmak vb.) söz ediliyordu. Malın bu şekilde zarara uğraması halinde, değerinin otuz misli zarar görene ödenirdi. *Lex Aquilia*’nın birinci ve üçüncü bölümünün uygulama alanı zamanla artarken, buna karşılık, ikinci bölümünün önemi azalmıştı. Bu kanun bir bütün olarak ele alındığında, kapsamının ve uygulama alanının zamanla hukukçular tarafından genişletilmiş olduğu, bunun sonucunda ise, özel hukuk suçunun hukukî niteliğinin zaman içinde tamamen

²¹²Klâsik Dönemde gasp suçunu işleyene karşı açılabilen bu dava bir ceza davası(*actio poenalis*) niteliğindedir. *Iustinianus* Döneminde karma dava(*actio mixta*) niteliğini kazanmıştı. Bu nedenle, Klâsik Dönemde malı gasp edilmiş olan kimse, açabileceği *condictio furtiva* davası ile, malını ya da zararının tazminini isteyebilirdi. *Iustinianus* Döneminde ise karma dava ile, daha önceden *condictio furtiva* ile istenebilecek olan malın değerinin dört katı yine talep edilebiliyordu ancak söz konusu malın değerinin üç katı ceza, bir katı da tazminat sayılıyordu ve artık ayrı bir tazminat davası açılmıyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rado, *Borçlar*, s.193.; İpek, *a.g.e.*, s.75 vd.

²¹³Buckland, *a.g.e.*, s.585.; Di Marzo, *a.g.e.*, s.476.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 240-241. Ayrıca, ayrıntılı bilgi için bkz.: *Iust. Ins.* 4. 2. pr.; *D.* 47. 8.; *D.* 4. 2. 1; *D.* 48. 7. 7

değişmiş olduğu görülür. Nitekim, *Lex Aquilia*'daki söz konusu değişimin, haksız fiillerden doğan borç ve sorumlulukların günümüz hukukundaki görünümüne kaynaklık ettiği söylenebilir.²¹⁴

Lex Aquilia ile düzenlenmiş olan “*damnum iniuria datum*” suçunun işlenmesi halinde açılan *actio legis Aquiliae* ceza davası olma niteliğini taşıyordu ve süreye bağlı değildi yani her zaman açılabilirdi. Ayrıca bu dava, karma(*mixta*) bir dava idi. Şöyle ki; *damnum iniuria datum* halinde, tazminat davası(*condictio*) gibi başka bir dava açılması olanağı kanunun tarafından tanınmamıştı. Ancak hukukçu *Gaius*'a göre, bu davadaki ceza davası olma karakteri zamanla zayıflamıştı. Ona göre bu davanın ceza niteliği kanundaki cezadan değil, davalının söz konusu haksız fiili işlediğini reddetmesi durumunda mahkûmiyetin iki misline(*in duplum*) yükselmesinden kaynaklanıyordu. Bu davanın açılması için ise, bazı şartlar gerekirdi: Öncelikle, haksız olarak(*iniuria*) meydana getirilmiş bir zarar söz konusu olmalıydı, o halde, meşru müdafaa hallerinde haksızlık söz konusu olmazdı. Ayrıca, *Lex Aquilia*'nın uygulanabilmesi için, zarar verenin kusurlu bir davranışta bulunmuş olması gerekirdi. Hafif ihmâl de dahil olmak üzere kusurun her derecesi sorumluluğun doğması için yeterliydi. Bazı hukukçular, *Lex Aquilia*'da yer alan kusur kavramı ile akitten doğan kusur kavramını birbirine benzetirlerdi. Kusur kavramının *Lex Aquilia*'dan kaynaklanıp daha sonra akitler alanına yayıldığı söylenmekteydi. Nitekim, haksız fiil failin malvarlığında zarar meydana getirirken, akitler söz konusu olduğunda mala verilen zarar ile mağdurun malvarlığında azalma meydana geliyordu. *Lex Aquilia* ile malın kaybedilen değeri ödetiliyordu ve uğranılan zararın bu şekilde tazmin edilmesini sağlamak amaçlanıyordu. Söz konusu sorumlulukla ilgili olarak kusur kavramının önemi, aşağıda görüldüğü üzere *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde de vurgulanmıştı.²¹⁵

²¹⁴Koschaker, a.g.e., s.265.; Rado, **Borçlar**, s.194.; Tahiroğlu, **Borçlar**, s.241.; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. *D. 4. 2. 13; D. 48. 7. 7.*

²¹⁵Tahiroğlu, **Borçlar**, s.243 vd.; *Gaius, Institutiones*(Çev.: Rado), s. 95 vd.; Romalıların *Aquila* sorumluluğu ile Borçlar Kanunumuz arasındaki tek fark, Romalı hukukçuların “başkasının malına zarar vermek” ifadesi yerine Borçlar Kanunumuzda “diğer kişiye zarar vermek” ifadesinin kullanılmasıdır. Bu farka göre, Roma'da mülkiyeti koruyan hukuki bir kurum varken, günümüzde bunun yerini malvarlığının genel olarak korunmasını sağlayan hukuki bir kurum almıştır. Roma Hukukunda zamanla, özel hukukun farklı haksız fiil tiplerinin yerini tek bir kural almış ve böylelikle *Aquila* sorumluluğu, herhangi bir haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun ortak şekli haline gelmiştir. Nitekim günümüzde de durum böyledir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahiroğlu, **Borçlar**, s.246.

Gaius, Ins. 3. 211:

“Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.”

Gaius, Ins. 3. 211:

“Haksız olarak öldürölmek ifadesi ile anlatılmak istenen, bunun kast ya da ihmâl(*dolo aut culpa*) sonucu meydana gelmesidir, aksi halde haksız olarak nitelendirilemeyen bir davranışın sonucunda meydana gelen zararı hiçbir kanun cezalandırmaz; dolayısıyla kastı ve ihmâli olmadan kaza sonucu bir zarar veren kimse ceza görmez.”

Lex Aquilia'nın uygulanabilmesi için gerekli olan son şarta göre, haksız fiil, fail tarafından yapılan hareketle(dokunmak gibi) doğrudan doğruya zarar gören şey üzerinde gerçekleştirilirdi, yani zararın bedenen(*corpore corpori*) verilmiş olması gerekirdi. Örneğin, bir köleyi ya da hayvanı köprüden iterek nehre düşmesine sebep olan kimse sorumlu olurdu ancak, kuyunun başında duran bir köleyi uzaktan korkutarak kuyuya düşmesine sebep olan kimse sorumlu olmazdı. Aynı şekilde, başkasına ait bir hayvana zehirli et yediren kimse ya da, başkasının kayığının ipini çözererek kayığın kıyıda uzaklaşmasına sebep olan kimse sorumlu tutulmazken, ipi keserek kayığın uzaklaşmasına sebep olan kimse sorumlu tutulurdu.²¹⁶

Roma Hukukunda yer alan haksız fiillerden sonuncusu ise *iniuria* suçu idi. Roma'da, her türlü haksızlık ve hukuka aykırılık *iniuria* kelimesi ile ifade edilirdi ancak haksız fiiller söz konusu olduğunda ayrı bir suç tipini ifade etmek için kullanılan bu kelime ile, “kişiliğe karşı verilen zararlar yani maddi ve manevi kişiliğe yapılan

²¹⁶Berki, a.g.e.. s.263-264.; Tahiroğlu, *Borçlar*, s.245-246.; Umur, *Ders Notları*. s.395.

saldırıları” kastedilmekteydi. *Iniuria*, Roma Hukukunun en eski devirlerinden(12 Levha Kanununun uygulandığı zamandan) beri bilinen bir suçtu. Eski devirde bu suçun kapsamına, bir kimsenin bedenine yapılan tüm saldırılar yani müessir fiiller(bir kimseyi yaralamak vb.) girmektedir. 12 Levha Kanununda sayılan bu tür suçların en ağırı ise “bir organın koparılması(*membrum ruptum*)” suçu idi.²¹⁷ *Praetor* hukukunda *iniuria*’nın kapsamı daha da genişledi, artık bir kimsenin kişiliğine yapılacak maddi(yaralamak vb.) ve manevi(hakaret etmek, bir kimsenin evinin önünde bağırıp çağırmak vb.) her türlü saldırı bu suç kapsamında yer alıyordu. Sonraları ise, klâsik hukukçular *iniuria* kavramını daha da genişlettiler; bir kimsenin kamuya açık yerlerden yararlanmasına(bir yoldan geçmesine ya da tiyatroya girmesine vb.) engel olmayı, kamu yararına aykırı durumlardan sayılan kadınlara ya da gençlere yapılan bazı manevi saldırıları da bu suçun kapsamına soktular. Bu konuyla ilgili olarak *Institutiones*’te yer alan aşağıdaki metni incelemekte de yarar vardır.²¹⁸

Iust., Ins. 4. 4 pr.:

“*Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit:...*”

Iust., Ins. 4. 4 pr.:

“Genellikle, hukuka aykırı olarak yapılan her şeye, *iniuria* denir...”

Iniuria suçunun işlenmesi durumunda, saldırıya uğrayana “*actio iniuriarum aestimatoria*” adlı ceza davasını açma hakkı tanınmıştı. Bu dava ile verilebilecek cezayı belirlemeye yetkisi olan hakim, cezanın miktarını tespit ederken, fiilin ağırlığını ve saldırıya uğrayanın sosyal ve ekonomik durumunu göz önünde bulundururdu. Örneğin, suçun kamuya açık bir yerde işlenmesi ya da devlet görevlilerinden birine karşı işlenmiş olması durumunda ağırlaştırıcı sebebin bulunduğu kabul edilirdi. Ancak ağırlaştırıcı sebebin olması halinde bile hakim, *praetor* tarafından daha önceden kararlaştırılmış olan azamî bir miktardan fazlasına hükmedemezdi. *Actio iniuriarum*’dan dolayı

²¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Di Marzo, a.g.e., s.479.

²¹⁸ Rado, *Borçlar*, s.197-198.; Alan Watson, *Roman Law and Comperative Law*, s.73.; *Iustinianus, Institutiones*, s.306-307.; ayrıca, ayrıntılı bilgi için bkz.: *D. 47. 10. 1 pr.*; *D. 47. 10. 13. 7.*

mahkum olan, diğer haksız fiillerde olduğu gibi “şerefsiz” sayılırdı. Bu dava, saldırıya uğrayanın öç alma duygularının etkisinde(*vindictam spirans*) açılmış bir dava olarak kabul edildiğinden, haksız fiilin işlendiği andan başlayarak ancak bir yıl içinde açılabilirdi. Cumhuriyet Devri sonunda ise bu suç artık kamu suçu haline gelmiştir.²¹⁹

2.7.3.2. *Praetor* Hukuku Tarafından Tanınan Haksız Fiillerden ve Haksız Fiil Benzerlerinden Dolayı Sorumluluk

Ius Civile 'nin tanıdığı haksız fiiller sınırlı sayıda suçlardı. Bunlardan ayrı olarak, *Praetor* Hukukunun tanıdığı birtakım haksız fiiller vardı. Bazı Roma kaynaklarında bunlara *quasi delictum* yani “haksız fiil benzerleri” de denmekteydi. Bunlara “haksız fiil benzerleri” denmesinin sebebi, bunların aslında haksız fiil olmamaları ancak yine de bunlardan ceza borçlarının doğması idi. Ortada bir zarar olduğundan, bundan dolayı zarar görenlere tazminat davası açma hakkı verilmişti. Bu suçlardan bazılarında hafif ihmâlde bulunmak, bazılarında ise hiçbir kusuru olmamak dahi sorumlu tutulmak için yeterliydi. Bu suçların işlenmesi halinde açılan davalar, bir yıllık zamanaşımı süresine tâbi idiler. Söz konusu davalar ceza davası niteliğinde olduklarından dava taraflarının yakınlarına karşı açılmazlardı. Bazı Roma kaynaklarına göre bu suçlardan *dolus*(hile), *metus*(tehdit) ve *fraus creditorum*(alacaklılara karşı hileli hareketler) ayrı olarak “*praetorlar* tarafından tanınmış olan haksız fiiller” başlığı altında incelenirken, bazı Roma kaynaklarında bunlar birtakım başka suçlar ile birlikte “*quasi delictum*(haksız fiil benzerleri)” başlığı altında incelenmiştir. Roma hukukunda *si iudex litem suam fecerit*(hakimin anlaşmazlık konusunu kendisine mal etmesi), *actio de deiectis vel effusis*(bir binadan yola bir şey düşmesi halinde açılan dava), *actio de posito et suspenso*(konmuş ve asılmış şeyin davası) gibi durumlarda söz konusu olan suçlar ise, tartışmasız olarak haksız fiil benzerleri(*quasi delictumlar*) başlığı altında yer almaktaydı. Aşağıda sırasıyla, önce haksız fiil benzeri mi yoksa *praetor* tarafından

²¹⁹Tahiroğlu. *Borçlar*, s.248-249.; Oğuzoğlu. a.g.e., s.202-203.

tanınan haksız fiillerden mi olduğu tartışmalı olan *dolus*, *metus* ve *fraus creditorum* incelenecek, daha sonra da haksız fiil benzeri oldukları kesin olarak kabul edilen fiiller üzerinde durulacaktır.²²⁰

Haksız fiil benzerlerinden en önemli ikisi *dolus*(hile) ve *metus*(Türkçe karşılığı; tehdit ya da ikrâh) idi. Hukuki işlemlerin meydana getirilmesinde söz konusu olan *dolus*(hile) kavramı, kasıt anlamına gelen *dolus* kavramından farklı olarak, menfaat sağlamak amacıyla bir kimseyi kandırarak, gerçek durumu bilseydi yapmayacağı bir hukuki işlemi ona yaptırmak anlamına gelirdi. Bir kimseyi dürüst olmayan davranışlarla hataya düşüren ve iradesini kastettiği şekilden başka türlü beyan etmesine sebep olan birinin, hileli davranışta bulunduğu kabul ediliyordu. Bunun sonucu olarak da, bir kimsede yanlış düşünceler uyandıracak yolsuz, dolandırıcı ve aldatıcı davranışlarla, bu kimsenin normalde yapmayacağı bir hukuki işlemi yapması sağlanırdı. *Dolus* kavramı sonradan daha da genişlemiş ve dürüstlüğü(*bona fides*) aykırı tüm fiillerin bu kavramın kapsamına girdiği kabul edilmiştir. *Ius civile* hileyi cezalandırmamıştır, ilk defa *praetor*'lar hileyi yaptırıma bağlamışlardır. *Aquilius Gallus* adındaki *praetor*, hileli davranışlar sonucu zarar gören kimseleri korumak için, bu kişiler yararına bir hile davası(*actio doli*) ve de hile defii(*exceptio doli*) olanağı sağladı. Hile defii, hile ile kandırılarak bir hukuki işlemi yapan kimseye bu işlemden doğan borcunu henüz yerine getirmediği durumlarda tanınan bir haktı. Kandırılan kimse, karşı tarafın dava açması durumunda kandırıldığını hile defii(*exceptio doli*) olarak ileri sürebiliyor ve bunu ispatlarsa mahkûmiyetten kurtuluyordu. Hukuki işlemden doğan borcunu ödedikten sonra *dolus*'un varlığını öğrenen bir kimse ise, kendini kandırılmış olan kimseye karşı, ceza davası niteliğindeki *actio doli*'yi(hile davasını)açabiliyordu. Hileli davranış sonucu zarar gören kimse, ancak başka bir dava olanağının kendisine tanınmamış olması halinde bu davayı açabiliyordu. *Actio doli*, hile ile yapılmış işlemin iptalini sağlamazdı ancak, bu dava ile hukuki işlem gereğince verilmiş şeylerin geri verilmesi, hileden doğan zararın giderilmesi ve hile yapanı cezalandırmak için saptanan bir miktar paranın ödenmesi istenebilirdi. Bu dava sonucunda mahkûm olan yine şerefsiz(*infamis*) sayılırdı. Hilenin hafif olduğu durumlarda ise, hile ile yapılan işlemlere ilişkin olarak

²²⁰Umur. Ders Notları. s.396.; Rado. Borçlar, s.199.; Leage, a.g.e. s. 419-420.

“eski duruma getirme(*restitutio in integrum*) olanağı *praetor*larca tanınmıştı. Bununla, hileli davranışta bulunanın hile sonucunda elde ettiğini dava sona ermeden geri vermesi durumunda, *actio doli* 'nin ağır sonuçları engellenmiş oluyordu.²²¹

Metus ise, bir kimseyi tehdit ederek yani zorlayarak ona hukukî işlem yaptırılmasıydı.²²² *Metus* söz konusu olduğunda, maddi değil ancak manevi anlamda zorlama vardı, yani, bir kimse, doğrudan doğruya kendisinin ya da yakınlarının şahsına ya da mallarına zarar geleceği tehdidi altında kalması sonucunda normal zamanda yapmayacağı bir hukukî işlemi yapmak zorunda kalırdı. *Metus* etkisi altında yapılmış olan hukukî işlemler de *ius civile* 'ye göre geçerli sayılırdı. Bunların geçersiz sayılacağı *praetorlar* tarafından kabul edilmişti. *Praetorlar*, *metus* etkisi altında kalarak hukukî işlem yapan kimselere üç olanak tanımışlardı: İkrâh defî(*exceptio metus*), ikrâh davası(*actio metus*), eski duruma getirme(*restitutio in integrum*). *Exceptio metus*(ikrâh defî) ile, ikrâh sonucu hukukî işlem yapan kimse, kendisine tanınan bu hak ile yapılan hukukî işlem sebebiyle borçlanmış olmasına rağmen bu borçtan kurtulabiliyordu. *Actio metus* ise, tehdit edilenin doğrudan doğruya tehdit edene açabileceği bir ceza davasıydı. Bu dava ile, tehdit edilmiş olan kimse, uğradığı tehdit sebebiyle korkarak karşı tarafa verdiği şeylerin dört mislini(*quadruplum*) tehdit edenden isteyebilirdi. Son olarak, tehdit edilen kimseye tanınan *restitutio in integrum* olanağı ile bu kimse, kendisine hiçbir dava açılmadan durumu eski haline iade ettirmeyi isteyebilirdi ve bunun kabul edilmesi durumunda, tehdit altında yapılmış olan hukukî işlem hiç yapılmamış sayılırdı.²²³

Borçlunun alacaklıları aleyhine hileli şekilde mal kaçırmaması(*fraus creditorum*) da, *praetorlar* tarafından haksız fiil olarak kabul edilen diğer bir durumdu. Örneğin borçlu, alacaklılarının zor duruma düşeceklerini bilmesine rağmen, kendi mallarını muvazaalı olarak satabilir ya da bağışlayabilirdi. Bu durum için *praetorlar* iki türlü olanak sağlamışlardı: Zarar görenler ya itiraz ederek yapılmış olan hukukî işlemlerin eski hale iadesini *restitutio in integrum* yoluyla isteyebilirlerdi ya da alacaklılardan her

²²¹ Karadeniz - Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 233.; Ziya Umur, **Roma Hukuku**(İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984), s.479vd.

²²²Roma Hukukundaki *dolus*(hile) ve *metus*(tehdit), günümüz hukukunda da yer alan kavramlardır. Borçlar Kanunumuzun 28. ve 31. maddeleri arasında yer alan bu kavramlar, hukuki işlemin geçerliliğini bozan sebepler arasında sayılmışlardır.

²²³Berki, a.g.e., s.265-266.; Günal – Küçükgüngör, a.g.e., s.73.

biri *interdictum* yoluyla yapılmış olan hukukî işlemin iptalini ve kaçırılan malların geri verilmesini isteyebilirdi. *Iustinianus* hukukunda, bu iki olanak *Actio Pauliana* adlı dava şeklinde ileri sürülebiliyordu. Bu dava ile hileli işlemlerin iptali ve zararların tazmini istenebiliyordu. Hem hileli hukukî işlemi yapan kişilere, hem de bu hukukî işlemde yararlananlara karşı açılacak olan bu dava için, alacaklının fiilen zarar görmüş olması, borçlunun söz konusu hukukî işlemi yaparken alacaklının zor durumda kalacağını bilmesi(*consilium fraudis*) ve bağışlanan ya da muvazaalı malı iktisap edenin de borçlunun içinde bulunduğu durumu(*scientia fraudis*) biliyor olması gerekirdi.²²⁴

Si iudex litem suam fecerit(hakimin anlaşmazlık konusunu kendisine mal etmesi) durumunda ise, bir davanın görülmesi sırasında görevini eksik olarak yerine getiren hakim para cezasına mahkûm edilirdi. Örneğin hakim, davanın görülmesi sırasında tarafsız davranmazsa ya da kendi dikkatsizliği ve ihmali yüzünden taraflardan biri zarar görürse(karar verirken davalıyı *formulada* gösterilen miktardan çoğuna ya da azına mahkûm etmesi gibi), *praetor* hakime karşı kullanmak üzere bir *actio in factum* tanırıdı. Bu davayla, haksız karar yüzünden uğranılan zarara göre hesaplanan bir miktar para istenirdi. Hakimin bu haksız kararı verirken kasıtlı davranmış olması gerekli değildi, örneğin, davanın delillerini incelemeyi unutmuşsa ortada bir zarar varsa sorumlu tutulurdu, ancak kasıtlı olduğu anlaşılırsa, davanın değerini ödemek zorunda kalırdı. İlk zamanlarda bu suçun cezası daha da ağırdı, öyle ki, 12 Levha Kanununa göre, rüşvet alan hakim idam edilmekteydi. Sonuç olarak, kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmasından dolayı, hakimin sorumluluk derecesinin oldukça ağır(*casus* sorumluluğu) olduğunu söylemek mümkündür.²²⁵

Bir binadan kamuya ait bir geçit yerine ya da yola dökülen ya da atılan şeyler yüzünden zarar gören kimseye de, *praetor*ca bir dava hakkı tanınmıştı. *Actio de deiectis vel effusis* denen bu dava ile zarar görmüş olan kimse binada oturandan(*habitor*) gördüğü zararın iki mislini(*in duplum*) ödemesini isteyebilirdi. Bir kimsenin bir binadan bir şey atarak başkasına zarar vermesi durumunda bu hareket normal olarak bir *delictum*(haksız fiil) sayılacağından bu suça *Lex Aquilia* uygulanırdı. Bu zararı vermiş

²²⁴Umur, Ders Notları. s.396-397.

²²⁵Rado, Borçlar, s.203.

olanı saptamak her zaman kolay olmadığından, *praetorlar*, bu gibi durumlarda *actio de deiectis vel effusis* adlı davayı zarar gören kimseye tanıyarak, zarar veren şey başkası tarafından atılmış olsa dahi bu zarardan o binada devamlı oturanı sorumlu tutma yoluna gitmişlerdi. Dolayısıyla, zarardan dolayı kimin gerçekten sorumlu olduğunu araştırma yoluna dahi gidilmezdi. Ancak, binadan atılan şey yüzünden bir kimse ölmüşse durum değişirdi ve bunun üzerine herhangi bir vatandaş Roma halkı adına bir dava açarak 50.000 sesterslik yani 50 altın değerindeki para cezasının ödenmesini isteyebilirdi. Kamu davası niteliğindeki bu son davaya *actiones populares* denirdi.²²⁶

Yine, buna benzer şekilde, bir binanın bir yerine aşağıya düşebilecek ve oradan geçenlere zarar verebilecek şekilde bir şey asan ya da koyan kimseden, henüz ortada bir zarar olmamasına rağmen, tehlike yaratabilecek bir durum söz konusu olduğundan 10.000 sesters yani 10 altın değerindeki nakdî para cezası istenirdi. Bu davayı da herhangi bir Roma vatandaşı açabilirdi ve binada oturan kimsenin(*habitor*) kusuru olup olmamasına bakılmazdı. Nitekim, zarar verebilecek şeyi oraya kendisi koymadığı halde, konulmasına izin vermiş olan kimse, doğrudan doğruya sorumluydu. Bu durumda açılacak dava da kamu davası niteliğindeki *actiones populares* idi.²²⁷

Roma Hukuku kaynaklarında yer aldığı üzere, bu fiillerden doğan sorumluluklar yanında, gemici, otelci, hancı ve ahırcılara karşı da, bu kimselere ait işletmelerde çalışan hizmetliler tarafından yolcuların eşyalarının çalınması ya da bu eşyalara zarar verilmesi durumunda haksız fiil benzeri bir durum söz konusu olduğundan, dava açılabilirdi. Davanın hırsızlık sebebiyle açılması durumunda mahkûmiyet iki mislini gerektiriyordu. *Iustinianus* Hukukunda, hizmetlileri çalıştıranların bu sorumluluğu, çalıştırdıkları kişileri seçmelerindeki kusurlarından(*culpa in eligendo*) kaynaklanan bir sorumluluk olarak kabul edilmişti. Zarar görenin mirasçıları tarafından da açılabilen ancak hancı, gemici ya da ahırcının mirasçılarına karşı açılmayan bu davaya *actiones in factum* denirdi.²²⁸

²²⁶Di Marzo, a.g.e., s.482.

²²⁷Koschaker, a.g.e., s.270.; Nevzat Koç, **Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu**(Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990), s.18.

²²⁸Tahiroğlu, **Borçlar**, s.252.; Di Marzo, a.g.e., s.483.

Haksız fiil benzerleri ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir nokta da, bu hallerde bazen kusura dayanan sorumluluğun, ancak bazen ve hatta daha sık olarak da kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu idi. Bazı yazarlar, bu fiillerin “haksız fiil” değil de “haksız fiil benzeri” olarak nitelenmesini de sorumlulukla ilgili bu duruma bağlamışlardır.²²⁹ Haksız fiil benzerleri kapsamına giren suçlarda kusura dayanan sorumluluk hallerine de rastlandığından ve haksız fiil benzerlerini inceleyebilmek için önce bu halleri ve ayrıca haksız fiilleri incelemek gerektiği için, bu çalışmada haksız fiil benzerleri “kusura dayanan sorumluluk(subjektif sorumluluk)” başlığı altında incelenmiştir.

2.7.4. Sorumsuzluk Şartları

Roma Hukukunda ve günümüzde, borçlunun sorumluluğunun sınırının gerekli görüldüğü yerlerde kanun tarafından geniş ya da dar tutulduğu görülmektedir.²³⁰ Buna benzer şekilde günümüzde, herhangi bir sözleşmenin tarafları da, aralarında yapacakları ek bir sözleşme ile borçlunun sorumluluğunun sınırını kanunda belirtilenden daha geniş ya da daha dar olarak belirleyebilirler.²³¹ Borçlu tarafından, borç ilişkisini içeren

²²⁹Rado, **Borçlar**, s.204-205.

²³⁰Örneğin, BK. m. 99'un I.fikrasında, borçlunun kasten ya da ağır ihmâl dolayısıyla sebep olabileceği zararlardan doğan sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak önceden yapılan anlaşmaların geçersiz olacağı hükmü yer alır. Aynı maddenin II. fıkrasında ise, borçlunun hafif ihmâli halinde söz konusu olabilecek sorumsuzluk anlaşmasının kural olarak geçerli olacağını, ancak bunun da iki durumda yargıcın takdiri ile geçersiz sayılabileceği hükmü yer alır. Bu iki durumdan birincisi, alacaklının sorumsuzluk anlaşmasının kurulduğu anda borçlunun hizmetinde bulunmasıdır, ikincisi ise, borçlunun hükümet tarafından verilen imtiyazla hareket edip, ekonomik olarak daha güçsüz ve desteksiz olarak hareket eden bir kimse ile bu anlaşmayı yapmasıdır. Bunun yanında, borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin sonuçları arasında yer alan söz konusu Borçlar Kanunu hükmü, borcun vadesinde yerine getirilmemesi(temerrüt) halinde de uygulanır. Borçlunun temerrüdünün sebep olacağı zararlara ilişkin önceden yapılan bir sorumsuzluk anlaşması, ancak bu hüküm çerçevesinde geçerli olabilir: Bkz. Galip Sermet Akman, **Sorumluluk Anlaşması**, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976), s.49 vd.

²³¹ Örneğin, BK. m. 98'e göre, söz konusu sözleşmenin borçlu için bir yarar sağlamadığı durumlarda sorumluluk daraltılmıştır. Ayrıca, bazı hallerde, borçlunun göstermesi gereken özenin ölçüsü de, borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özen ile sınırlı tutulmuştur. Buna benzer bir şekilde, ileride inceleneceği üzere, BK. m. 43'e göre, haksız fiillerde zarar verenin sorumluluğu kusuru oranında saptanırken, zarar görenin de olayda kusurunun bulunması, zarar verenin ödeyeceği tazminatın azaltılmasına sebep olur. Yine bunlar gibi, borçlunun beklenmeyen hallerden de sorumlu tutulduğu durumlarda, sözleşmelere yalnızca bu ağır sorumluluğu kaldıran bir hüküm konabilir ya da mücbir sebebin söz konusu olduğu durumlardan bazıları ile ilgili bir istisna öngörülebilir. Bazı durumlarda ise sorumluluğun alanı genişletilebilir, şöyle ki, borçlu kanunen mücbir sebepten bile sorumlu tutulabilir: Bkz. Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**(Ankara: Olgaç Matbaası, 1977), s.88-89.

sözleşmeye konacak bir şart ile ya da en geç sorumluluğun ortaya çıkmasından önce taraflar arasında yapılabilecek ek bir sözleşme ile borcun gereği gibi yerine getirilmemesinden doğacak sorumluluğun ortadan kaldırılmasını sağlayan kayıt ve şartlara, “sorumluluk şartları” denir.²³² Sorumluluk şartları söz konusu olduğunda göz önünde bulundurulması gereken en önemli nokta, bunların sözleşmelere tek tarafın iradesiyle konan kayıtlar(şartlar) olmayıp, karşılıklı iradelerin açıklanması ve bu iradelerin birbiriyle uyuşması sonucu dolayısıyla tarafların anlaşması sonucu sözleşmelere konan kayıtlar olmalarıdır. Bu sebeple de, sorumluluk şartları hukuki açıdan sözleşme niteliğindedirler.²³³ Sorumluluk şartları, Roma Hukukundan beri bilinmektedir ancak bunların yaygın olarak uygulanmasına 19. yüzyılın ortalarında başlanmıştır.²³⁴

Özel hukuka hakim olan ilkelerden birisi de sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Roma Hukukundan beri varolan bu ilke, günümüz hukukçuları tarafından iki anlamda kullanılır: Bu kavram, hem sözleşme yapma özgürlüğü yani kişilerin sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmeyi kiminle yapacağını serbestçe kararlaştırabilme hakkı, hem de sözleşmenin konusunu serbestçe belirleyebilme özgürlüğü anlamına gelir.²³⁵

Sorumluluk şartları, bu ilke açısından da önem taşır. Şöyle ki, herhangi bir sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanarak özgür iradeleriyle borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldıran bazı şartları(ya da şartı) kabul edebilirler. Tarafları sorumluluk şartları belirlemeye yönelten en önemli sebep, sorumluluk hukukunda genellikle her türlü kusurundan(kastından, ağır ihmalden ve hafif ihmalden) sorumlu tutulan borçlunun, ağır bir yük altında olmasıdır. Nitekim borçlu, hiçbir kusuru olmadığını ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacaktır. Borçlunun söz konusu sorumluluğunun hafifletilebilmesi için, sözleşmenin tarafları aralarında

²³² Halûk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*(Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961), s.453-454.

²³³ Oğuzman-Öz, *a.g.e.* s.342 vd.

²³⁴ 19. yüzyılın ortalarına doğru, teknik ilerlemeler sonucu taşıma araçları gelişmiş ve dolayısıyla yüklenme ve boşaltma işlerindeki artışla birlikte taşıma işletmelerinin tehlikeleri fazlaşmıştır. Bu işletmelerin sahipleri, iş kazaları ve diğer mesleki tehlikeler çoğalınca, sorumluluklarını aza indirebilmek ya da ortadan kaldırmak için, söz konusu “sorumluluk şartları”nı içeren sözleşmeler yapmaya başlamışlardır: Bkz. Ali Erten, *a.g.e.*, 35 vd.

²³⁵ Erten, *a.g.e.*, s.73.

kararlaştırarak, sorumsuzluk şartları niteliğini taşıyan bazı şartları esas sözleşmelerine eklemeyi uygun görebilirler. Ancak söz konusu “sözleşme özgürlüğü” ilkesi uyarınca taraflar hiçbir zaman mutlak yani sınırsız özgürlüğe sahip değillerdir. Bu ilkenin mutlak olarak uygulanabileceği, yani her türlü sorumsuzluk şartının var olabileceği kabul edilirse, iyiniyet kurallarına aykırı bir anlayış doğabilir. O halde, sözleşme özgürlüğü ilkesi uygulanırken, kamu düzeninin ve kişilik haklarının korunması gereken, ayrıca genel ahlâk kurallarının da gözetilmesi gereken durumlarla karşılaşıldığı takdirde, sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanmasında istisnalar söz konusu olmalıdır. Doktrinde, sorumsuzluk şartlarını kabul etmeyen bazı hukukçular da vardır. Bunlara göre, sorumsuzluk şartlarının kabulü, alacaklının sözleşme özgürlüğüne ihlâl edilmesi sonucunu doğurur. Nitekim bu hukukçuların gerekçesi, sözleşmenin taraflarından birinin diğerine oranla ekonomik yönden daha güçlü olduğu ve uygulanacak sözleşme şartlarının önceden genel sözleşme şartları olarak saptama olanağının bulunduğu bazı tipik sözleşmeler göz önünde bulundurulduğunda haklı bir nitelik kazanır. Ancak bunlar istisnai durumlar olduğundan, “sorumsuzluk şartlarının alacaklının sözleşme özgürlüğüne ihlâl edeceği” düşüncesi çok katı bir düşüncedir. Çünkü, olayların birçoğunda, alacaklının söz konusu şartları kabul etmek gibi bir zorunluluğu yoktur. Menfaatinin zedelendiğini hissedenden alacaklı, bu şartları kabul etmeyebilir. Öyle ise, sözleşmeler yapılırken, gerçek bir kabulün şartlarını sağlamak için gerekli olanakları sağlamak daha uygun olabilir. Bunun için de, sorumsuzluk şartlarının geçerlilik sınırlarını belirlemek, bu şartların karşı tarafça anlaşılmasını sağlayacak önlemleri almak, önemli bazı durumlarda da kanunlarda özel düzenlemeler yapmak iyi bir çözüm olabilir. Bu düzenlemeler yapılırken, sorumsuzluk şartlarının geçerlilik kazanması için bazı sınırlamalara gidilmesiyle bu şartların daha sağlam temellere dayanmasını sağlanabilir.²³⁶

Roma Hukuku kaynaklarından anlaşıldığı üzere, sorumsuzluk anlaşması ile ilgili olarak günümüz hukukunda yer alan düzenlemelerin dayandığı esasların benzerleri *Iustinianus* Döneminde de görölmekteydi. Roma Hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk, hafif ihmâl halinde tarafların anlaşması ile değiştirilebilir yani ağırlaştırılabilir ya da azaltılabilirdi. Sorumluluğun hafifletilmesi, günümüzdeki

²³⁶ Akman, a.g.e., s.12 vd.; Erten, a.g.e., s.67 vd.; Zevkliler, a.g.e., s.53-54.; Reisoğlu, a.g.e., s.288-289.

sorumsuzluk anlaşması yapılmasına benzer bir yöntem ile mümkün olabiliyordu. Ancak, borçlunun kast(*dolus*)tan sorumlu olduğu yolundaki esas, bilindiği üzere emredici bir kuraldı. Kasttan doğan sorumluluktan kurtulmaya yönelik bir anlaşma, iyiniyete aykırı ve dolayısıyla geçersiz sayılıyordu. Ağır ihmal(*culpa lata*) de kasta eşit olduğundan, kast ile aynı hükümlere tâbiydi.²³⁷

²³⁷Koschaker, *a.g.e.*, s.195.; Akman, *a.g.e.*, s.50-51.

SONUÇ

Borçlar Hukukunun genel teorisi incelendiğinde, sorumluluk ve borç kavramlarının tanımlarının, birbirleriyle bağlantılarının ve farklarının uzun süre tartışıldığı görülür. Roma Hukukundaki *obligatio* terimi, Türkçe’de borç anlamına gelmektedir. Türkçe’de borç kelimesi, Roma Hukukundaki *debitum* anlamına da gelmekteydi. Roma Hukukunun klâsik kaynaklarında *debitum* ve *obligatio* arasında ayırım yapılmamıştı, daha sonra bu iki kavramın ayırt edilebilir olduğu görülmüştü. Nitekim *debitum* ile yalnızca borçlunun yükümlülüğüne, *obligatio* ile hem alacaklının hem de borçlunun yükümlülüğüne işaret ediliyordu.

Borcun ödenmesine ilişkin teminat vermek yani sorumluluk yüklenmek anlamını taşıyan *praestare* kelimesi, genel olarak her türlü borç ilişkilerini ifade etmek için kullanılıyordu. Buradan yola çıkarak sorumluluk ve borç kavramlarının birbirlerine bağlı olarak ele alınmaları gerektiğini söylemek mümkündür. Pandekt Hukukçular da, Roma Borçlar Hukukunun en eski yapısını gösteren çalışmalarında, borç ve sorumluluk denen iki unsurun borç ilişkisini oluşturduğunu belirtmişlerdi. Onlara göre, sorumluluk, ifa edilmemiş bir edimin yerini tutabilirdi ancak edimin kendisini hiçbir zaman sağlayamazdı. Edimi sağlayan, sorumlulukta saklı olan bir unsurdur. Bunun anlamı, borcunu ödemeyen bir kimseye dava açılarak tazminat elde edilmesinin mümkün olması ancak eşyanın kendisinin elde edilmesinin mümkün olmamasıydı. Klâsik-sonrası Dönemde ve günümüz hukukunda ise bu durum ortadan kalkmıştı yani, eşyaya ilişkin bir borçta, açılmış olan bir dava sonucunda verilen hükme dayanarak resmi makamlar aracılığıyla sorumlu kimsedeki eşya onun elinden alınılabiliyor ve alacağın elde edilmesi bu şekilde sağlanabiliyordu.

Eski kaynaklar değerlendirildiğinde, sikkenin basılması ile birlikte borç kavramının ilk defa para borçları ile ilgili olarak ortaya çıktığı ve en eski borç ilişkisinin dahi sorumlulukla desteklenmiş olduğu görülür. Roma Hukukunda *vas*, *praes* ve *sponsor* denilen kimselerin dahil olduğu hukukî ilişkiler, kefalet kurumunun ilk örneğini oluşturmaktaydı.

Sorumluluk kavramının temeli değerlendirildiğinde, borç ve dolayısıyla sorumluluk doğuran olayların üç değişik şekilde sınıflandırıldığı görülür: *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde borçların akitlerden ya da haksız fiillerden kaynaklandığı belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu da bu sistemi benimsemiştir. *Iustinianus*'a ait olan *Digesta*'da yer alan, yine hukukçu *Gaius*'a ait olan metinde ise borçların akitler, haksız fiiller ya da diğer çeşitli sebeplerden kaynaklandığı belirtilmiştir. *Gaius*'a ait olan önceki metne, yeterince açık olmayan “diğer çeşitli sebepler” ifadesinin Klâsik-sonrası Dönemde eklendiği görüşü hukukçularca kabul edilmiştir. *Iustinianus*'a ait *Institutiones* adlı eserde ise, borçların kaynaklarının akitler, akit benzerleri, haksız fiiller ve haksız fiil benzerlerinden oluştuğu belirtilmişti. En eski akdin temelinde ise *nexum* işlemi yer almaktaydı. Zaman içinde *nexum*, her türlü ödücün teminine yarayan bir yonteme dönüşmüştü.

Sorumluluk, ilkeler esas alınarak kronolojik olarak incelendiğinde, ilkel toplumlarda öç alma fikrine dayanan kısas ilkesi ve diyet usulünün uygulandığı görülür. Toplum düzeninin modern bir yapıya kavuşmasıyla birlikte zamanla güçlenen devlet, ceza vermeyi tek başına elinde bulundurur duruma gelmiş ve dolayısıyla bireylerin birbirlerine ceza vermeleri ilkesi kaldırılmıştır. 19. yüzyılda gerçekleşen Endüstri Devrimi ile birlikte sorumluluk hukukunda da önemli gelişmeler olmuştur. Bu dönemde, daha önceden bilinmeyen bazı tehlikelerin doğması olasılığına karşı, kusursuz sorumluluk ilkesi uygulanmaya başlanmıştır. Bu ilkeye göre, zarar verenin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, başkasına verdiği zararı gidermesi gerekiyordu.

Sorumluluk kavramının günümüz hukukundaki yeri de, bu kavramın Roma Hukukundaki kapsamı çerçevesinde kalınarak incelenmeye çalışılmıştır. Günümüz hukuk sistemlerinde, Roma Hukukundan farklı olarak her borç ilişkisinde zorunlu olarak, borcun yanında bir de sorumluluk unsuru karşımıza çıkmaktadır. Bugün, devlet organları aracılığıyla borcunu ödemeyen borçlunun malvarlığına el konabilmekte ve böylelikle alacaklının uğradığı zarar giderilebilmektedir.

Günümüzde, borcunu ödemekle yükümlü olan borçlunun, alacaklıya karşı malvarlığı ile sorumlu olması ya da belli bir zararın giderilmesi yükümlülüğü gibi halleri düzenleyen hukuk dalı, sorumluluk hukuku olarak bilinmektedir. Sorumluluk

hukuku düzenlenirken bazı ilkelere bağlı kalınmıştır. Bunlardan ferdî sorumluluk ilkesine göre, borçlu borcundan dolayı yalnızca kendisi sorumludur ve kefalet sözleşmesi söz konusu olmadıkça, üçüncü kişilerin sorumlu oldukları kabul edilmez. Aynî sorumluluk ilkesine göre, alacaklının yalnızca borcunu. ödemeyen borçlunun malvarlığına başvurması mümkündür. Tam sorumluluk ilkesine göre, borçlunun tüm malvarlığına el konabilmektedir ancak sosyal düşünceler gereği malların bir kısmı sorumluluk kapsamı dışında bırakılabilmektedir. Kıymet itibariyle sorumluluk ilkesine göre mallar aynen borçluya verilmez ancak, malvarlığının aktif kısmı paraya çevrilerek alacaklı tatmin edilebilir. Şahıs ile sorumluluk - malvarlığı ile sorumluluk, sözleşmeye dayanan sorumluluk - sözleşme dışı sorumluluk, hukukî sorumluluk - cezaî sorumluluk, kusursuz sorumluluk - kusura dayanan sorumluluk gibi sorumluluk türlerinin ise, sorumluluk hukuku kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

İlkel toplumlarda uygulanan kusursuz sorumluluk ilkesine göre borçlu her durumda, kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutuluyordu. Daha sonraları, bu durumun haksızlık doğurduğu düşünülmüş ve borçlunun ancak kusurlu bir davranışta bulunması halinde sorumlu tutulacağı yani kusura dayanan sorumluluk ilkesi yaygın olarak uygulanmaya başlanmıştır. Kusursuz sorumluluk ilkesi ise tehlike durumlarında tamamen ihtiyaç üzerine, istisnâi olarak uygulanır olmuştur. Ancak, modern toplumda uğraşılan çeşitli faaliyetler nitelikleri gereği sürekli tehlike yarattıklarından, kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanının zamanla genişlemekte olduğu görülmektedir.

Kusursuz sorumluluk ilkesine göre, adaletin herkesin davranışlarının sonuçlarına katlanması gerektirdiği düşüncesi esas alınır ve bazı hallerde zarara uğrayan kimsenin uğradığı kayıpların mutlaka tazmin edilmesinin gerektiğine inanılır. Çünkü bu olaylarda, zarara uğrayan kimsenin her zaman için kusursuz sorumlu olduğu kabul edilen kimseden daha masum olduğu düşünülür. Tarihsel açıdan değerlendirme yapıldığında, kusursuz sorumluluk ilkesi, kusurun olup olmadığı araştırılmadan olaylara uygulanabildiğinden yani basit bir yöntem olduğundan, Roma Hukukunun uygulandığı en eski devirlerde uygulanan tek yöntemdi. Daha esnek olan kusura dayanan sorumluluk ilkesinde ise, insan psikolojisini ön planda tutmak ve buna göre değerlendirme yapmak belirgin bir özellikti.

Kusursuz sorumluluğun özel halleri olarak gözetim(*custodia*) sorumluluğu, *noxal* sorumluluk ile kölelerin ve aile evlâtlarının yaptıkları hukukî işlemler nedeniyle ortaya çıkan borçlardan dolayı sorumluluk yer alır. Bu sorumluluklardan *noxal* sorumluluk, Borçlar Kanunumuzda düzenlenmiş olan istihdam edenin sorumluluğu ve hayvan idare edenlerin sorumluluğu ile ilişkilendirilmektedir. Gözetim(*custodia*) sorumluluğu ise, Borçlar Kanunumuzdaki otelcilerin sorumluluğu ve umumî ahır idare edenlerin sorumluluğu ile ilişkilendirilmektedir.

Kusura dayanan sorumluluk ilkesine açıklık getirilmesi, öncelikle kusur(*culpa*) kavramının incelenmesiyle mümkündür. İradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi kusur(*culpa*) olarak nitelendirilir. Kusur kavramının önemi, hukukî açıdan sorumluluğun doğması için kusurun aranmasının şart koşulduğunda daha iyi anlaşılır. Nitekim bu durumda kusurun aranması ile kişiler dikkatli ve tedbirli davranmaya yönlendirilirler.

Roma kaynaklarına göre kusur akdî olabileceği gibi hukukî(akit dışı) de olabilirdi. Yine kusur, olumlu bir fiile dayalı(*culpa in faciendo*) olabileceği gibi, yapılmayan bir şeye dayalı(*culpa in non faciendo*) da olabilirdi. Ağırılık derecesine göre ise kusur kasıt(*dolus*) ya da ihmâl(*culpa*) olarak ayrılırdı. İhmâl de, ağır ihmâl(*culpa lata*) ve hafif ihmâl(*culpa levis*) olarak ikiye ayrılırdı. Kasıtlı davranışlar, kişiler tarafından bilerek ve doğuracağı olumsuz sonuçlar göz önünde bulundurularak yapılan davranışlardı. İhmâlî davranışlar ise, kişinin hukuka aykırı bir niyeti olmamasına rağmen, gerekli irade gücüne sahip olmamasından kaynaklanmaktaydılar. Kasıtlı davranışlara açık ya da örtülü olarak izin veren sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilirdi. Ağır ihmâl, *Iustinianus* Döneminde kasıt ile aynı hükümlere tâbi tutulmuştu.

Sözleşme dolayısıyla menfaati daha fazla korunan taraf, dikkat ve özen göstermek açısından daha fazla sorumluluk altına giren taraftı. Bir kimsenin kusurlu davranışları sebebiyle sorumlu olabilmesi için, kusur ehliyetine sahip olması gerekirdi.

Kusurun varlığının saptanabilmesi için objektif ve subjektif ölçütten yararlanılırdı. Objektif ölçüte göre, zararı meydana getiren kimsenin kişisel durumu değil, objektif bir tip ele alınırdı. Bu objektif tip ise, iyi bir aile babası(*bonus pater*

familias) olarak belirtilirdi. Subjektif ölçüte göre kusur, zararı meydana getirenin psikolojik şartlarına göre değerlendirilirdi.

Kusur, zarar ve sorumluluğun bir başka kimseye yükletilmesini haklı gösteren bir sorumluluk unsuruydu. Tazminat miktarı kusur oranında belirlenirdi. Nitekim, Borçlar Kanunumuzun 41. maddesine göre, kusurlu davranışı söz konusu olan kimse, haksız fiil işlediği için sorumludur. Bu kanunun 96. maddesine göre ise, kusurlu davranışta bulunan kimsenin sorumlu olmasının sebebi borcunu ödememiş olmasıdır.

Alacaklı ve borçlunun kusurunun birlikte var olması(*compensatio culparum*) durumunda borçlunun zararı tazmin etme yükümlülüğü ya ortadan kalkardı, ya da indirime uğrardı. Klâsik Dönemde sorumluluk *Iustinianus* Dönemine oranla daha ağırdı. *Iustinianus* Döneminde borçlu hafif ihmâli dahil olmak üzere bütün kusurlarından(*omnis culpa*) sorumluydu. Ancak bu sorumluluk, Klâsik Dönemde kusursuz olmaya rağmen sorumlu kabul edilmekle karşılaştırıldığında daha hafif kalıyordu. Kasttan dolayı sorumlu olmak sözleşmeyle düzenlenemezken, hafif ihmâlden dolayı sorumlu olmanın derecesi sözleşmeyle düzenlenebiliyordu. Mücbir sebep(*vis maior*) halinde, tüm dönemlerde sorumluluk ortadan kalkardı. Beklenmedik hallerde(*casus*) ise, Klâsik Dönemde sorumluluk ortadan kalkmazdı ancak *Iustinianus* Döneminde istisnâî durumlar dışında sorumluluk ortadan kalkardı.

Roma Hukukunda haksız fiiller(*delictum*) ve sözleşmeler(*contractus*), en önemli borç kaynakları olarak bilinmekteydi. Roma Hukukunda haksız fiiller, 12 Levha Kanunlarının uygulandığı devirlerden başlayarak özel suçlar(*delicta privata*) ve kamu suçları(*delicta publica*) olarak ikiye ayrılırdı. Çalışmamızda ele alınan ise özel suçlardır. Bir fiilin haksız fiil olabilmesi için, hukuka aykırılık, zarar, neden - sonuç ilişkisi ve sorumluluk unsurlarını içermesi gerekirdi. Roma Hukukunda, hiçbir zaman günümüz hukukundaki gibi genel bir ilke uygulanmamıştır. Bunun yerine, hukuk düzeni tarafından tanınmış belli haksız fiiller söz konusuydu. Haksız fiillerin Roma Hukuk sistemi içindeki yeri, *praetor* hukuku tarafından tanınmış ve yaptırıma bağlanmış olanlar ve *ius civile* tarafından tanınmış ve yaptırıma bağlanmış olanlar şeklinde ikiye ayrılmaktaydı. *Furtum*(hırsızlık), *rapina*(gasp), *damnum iniuria datum*(başkasının malına verilen zararlar), *iniuria*(maddi ve manevi kişiliğe yapılan saldırılar) gibi haksız

fiiller, *ius civile* tarafından tanınmış olanlardı. *Dolus*(hile), *metus*(ikrâh), *fraus creditorum*(alacaklılardan hileli şekilde mal kaçırma halleri) ise, *praetor* hukuku tarafından tanınmış olan haksız fiillerdi.

Ius civile tarafından tanınan haksız fiiller sınırlı sayıda suçlardı. *Praetor* hukuku tarafından tanınan bazı suçlar ise Roma Hukukunun bazı kaynaklarında haksız fiil benzeri(*quasi delictum*) olarak nitelendirilirlerdi. Bunlara haksız fiil benzeri denmesinin sebebi, bunların aslında haksız fiil olmaması ancak yine de bunlardan ceza borcu doğmasıydı. *Dolus*(hile), *metus*(ikrâh), *fraus creditorum*(alacaklılardan hileli şekilde mal kaçırma halleri) gibi suçların haksız fiil benzeri olup olmadıkları tartışmalıydı. Ancak, hakimin anlaşmazlık konusunu kendisine mal etmesi, bir binadan yola bir şey düşmesi, bir binaya umuma açık yerlere düşecek şekilde bir şey konması ya da asılması hallerinde tartışmasız olarak haksız fiil benzeri durumların söz konusu olduğu kabul edilmişti.

Roma Hukukunda ve günümüzde, borçlunun sorumluluğun sınırlarının kanun tarafından geniş ya da dar tutulduğu görülmektedir. Günümüzde, bazı durumlarda, herhangi bir sözleşmenin taraflarının da, aralarında yapacakları ek bir sözleşme ile bu sınırı genişletebildikleri ya da daraltabildikleri görülmektedir. Taraflar bunu, sözleşme özgürlüğüne dayanarak yaparlar. Tarafları sorumsuzluk şartları belirlemeye iten sebep ise, sorumluluk hukukunda genellikle her türlü kusurundan(kastından, ağır ihmâlınden ve hafif ihmâlınden) sorumlu tutulan borçlunun ağır bir yük altında olmasıdır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR:

Akman, Galip Sermet. **Sorumsuzluk Anlaşması**. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.

Ataay, Aytekin. **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi**. Üçüncü bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.

Aybay, Aydın. **Borçlar Hukuku Dersleri**. Onbirinci baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.

Barrow, Reginald H. **Romalılar**. Çev.: Ender Gürol. İstanbul: İz Yayıncılık, 2002.

Berki, Şakir. **Roma Hukuku**. Ankara, 1949.

Buckland, W. W. **A Text - Book of Roman Law from Augustus to Justinian**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

Buckland, W. W. and Arnold D. McNair. **Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline**. Cambridge: Cambridge University Press, 1936.

Burdick, W. L. **The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law**. New York: 1938.

Deschenaux, Henri ve Pierre Tercier. **Sorumluluk Hukuku**. Çev.: Salim Özdemir. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983.

Di Marzo, Salvatore. **Roma Hukuku**. Çev.: Ziya Umur. İkinci basım. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1959.

- Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Altıncı basım. Ankara: Beta Yayınevi, 1998.
- Erten, Ali. **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**. Ankara: Olgaç Matbaası, 1977.
- Gaius. **Institutiones, 'Borçlar Kısmı'**. Çev.: Türkân Rado. İstanbul: Doğan Kardeş Yayınları A.Ş. Basımevi, 1953.
- Gaius. **The Institutes of Gaius**. Edited by: W. M. Gordon – O. F. Robinson. London: Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat. **Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller**. İkinci Bası. Ankara: 1957.
- Günel, A. Nadi. **Roma Hukukunda Varolmayan Bir Borcun İfası Sebebiyle Sebepsiz Zenginleşme(Condictio Indebiti)**. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1996.
- Günel, A. Nadi ve Erkan Küçükgüngör. **Çağdaş Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukuku Pratik Çalışmaları**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- Honig, Richard. **Roma Hukuku Dersleri**. Çev.: Şemseddin Talip. İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935.
- İmre, Zahit. **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- İpek, Nurcan. **Roma Hukukunda Gasp(Rapina)**. İstanbul: Der Yayınları, 2001.
- Iustinianus. **Institutiones**. Çev.: Ziya Umur. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1968.
- Iustinianus. **The Digest of Justinian**. Edited by: Theodor Mommsen – Paul Kruger – Alan Watson. Philadelphia: Pennsylvania Press, 1985.

- Kaser, Max. **Roman Private Law**. Translated by: Rolf Dannenbring. Durban: Butterword & Co. Ltd., 1965.
- Karadeniz – Çelebican, Özcan. **Roma Eşya Hukuku**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- Karadeniz – Çelebican, Özcan. **Roma Hukuku**. Yedinci basım. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 2000.
- Karadeniz, Özcan. **Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri**. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- Koç, Nevzat. **Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu**. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990.
- Koschaker, Paul. **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**. Çev.: Kudret Ayiter. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **İcra ve İflâs Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Lee, R. W. **The Elements of Roman Law**. London: Sweet & Maxwell Limited, 1956.
- Muirhead, John Spencer. **An Outline of Roman Law**. London: William Hodge and Company, Limited, 1947
- Nicholas, Barry. **An Introduction to Roman Law**. New york: Oxford University Press, 1975.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Üçüncü basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Oğuzoğlu, Cahit. **Roma Hukuku**. Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1959.

- Prichard, A. M. **Leage's Roman Private Law**. London: MacMillan & Co. Ltd., 1964.
- Rado, Türkân. **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997.
- Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Onbirinci basım. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1997.
- Saymen, F. ve K. Halid. Elbir. **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966.
- Schulz, Fritz. **Classical Roman Law**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1969.
- Schwarz, Andreas. **Borçlar Hukuku Dersleri**. Çev.: Bülent Davran. İstanbul: Kardeşler Basımevi, 1948.
- Schwarz, Andreas. **Roma Hukuku Dersleri**. Çev. T. Basman. Cilt no:1. İstanbul: İ.Ü.H.F.Y., 1952.
- Tahiroğlu, Bülent. **Roma Borçlar Hukuku**. İstanbul: Der Yayınları, 2000.
- Tahiroğlu, Bülent. **Roma Hukukunda Furtum**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975.
- Tandoğan, Halûk. **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**. Birinci basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Tandoğan, Halûk. **Türk Mes'uliyet Hukuku**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Tekinay, Selahattin S., Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop. **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Yedinci basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Tunçomağ, Kenan. **Borçlar Hukuku Genel Esasları**. İstanbul: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999.

Umur, Ziya. **Roma Eşya Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Lügatı**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.

Ventura, Mişon. **Roma Hukuku**. Cilt no:1 İstanbul: Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1934.

Villey, Michel. **Roma Hukuku Güncelliği**. Çev.: Bülent Tahiroğlu. İstanbul: Der Yayınları, 2000.

Yavuz, Cevdet. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. Cilt no:2. İkinci baskı. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., 1993.

Zevkliler, Aydın. **Borçlar Hukuku Dersleri**. Birinci bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.

Zimmerman, Reinhard. **The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civil Trial**. Capetown: 1992.

DERGİLER

Ayiter, Ferid. "Borç ve Mesuliyet", **Türk Hukuk Tarihi Dergisi**. Cilt no: 1, 1950.

Berki, Şakir. "Roma'da Borçların Kaynakları", **A.Ü.H.F.D.** Cilt no: 7. Sayı no:3-4, 1950.

Georges, V. A. "Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi.", Çev.: Bülent Tahiroğlu. **İ.Ü.H.F.M.** Cilt no: XLII. Sayı no: 1-4(Ayrı bastı), 1977.

Gürsoy, Kemal Tahir. "Birden fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu", **A.Ü.H.F.D.**, Cilt no:30. Sayı no: 1-4, 1973.

Tahiroğlu, Bülent. "Roma Devletinin İktisadi Krizleri." **İ.Ü.H.F.M.**, Cilt no: XLV - XLVII(Ayrı bastı), 1982.

Tahiroğlu, Bülent. "Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri", **İ.H.F.M.** Cilt no:38. Sayı no: 1-4, 1973.

TEZLER

Atamer, Yeşim M. "Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması."

Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1996.

Gürten, Kadir. "Roma Hukukunda Kefalet Akdi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. A.Ü.S.B.E., 2000.

Zilelioğlu, Hilâl. "Roma Hukukunda Gözetim(*Custodia*) Sorumluluğu." Yayınlanmamış Doktora Tezi. A.Ü.S.B.E., 1985.

KANUNLAR

Türk Borçlar Kanunu, 1926.

Türk Medenî Kanunu, 2002.

Karayolları Trafik Kanunu, 1983.

Türk Ticaret Kanunu, 1956.