

## ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİNDEN BİRİ OLARAK “ÖZEN YÜKÜMÜ (*DILIGENTIA*)”

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.704830>

**Dr. Nilgün DİNÇER ARAZ\***

### Öz

Borçlunun borcuna aykırı davrandığında ne şekilde sorumlu tutulması gerektiğiyle ilgili olarak Roma hukukunda objektif sorumluluktan subjektif sorumluluğa doğru bir ilerleme söz konusuydu. Bu kapsamda ilkin borçlu, hukuka aykırı sonuç meydana geldiğinde sorumlu tutulurken, sonraları ancak kusuru varsa sorumlu tutuluyordu. Kusurun belirlenmesi ise sorumluluk ölçütleriyle yapılmaktaydı. Roma hukuku sürekli bir gelişme gösterdiği için, her dönemde her bir sorumluluk ölçütü geçerli değildi. Ancak araştırma konumuzu oluşturan özen yükümü (*diligentia*), Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve Iustinianus Dönemi'nde teknik olarak sorumluluk ölçütü kabul edilmekle beraber, temelleri Cumhuriyet Dönemi hukukçuları tarafından atılmıştı. Borcun ifasında gösterilmesi gereken özen ve dikkat anlamında *diligentia*, bazı borç ilişkilerinde artık kasit (*dolus*) sorumluluk ölçütünün yetersiz kalması nedeniyle ihmalin (*culpa*) belirlenmesi amacıyla kabul edilmişti. Iustinianus Dönemi'nde ihmal (*culpa*) derecelendirilmiş olmakla birlikte ancak dikkatli ve özenli kimselerin gösterdiği özen anlamına gelen hafif ihmal (*culpa levis*), özen yükümü (*diligentia*) sorumluluk ölçütü aracılığıyla belirlenirdi. Bu kapsamda borçlu bazen özenli bir aile babasının davranışı (*diligens pater familias*) olarak soyut ölçüyü (*culpa in abstracto*), bazen de kişinin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) şeklindeki somut ölçüyü (*culpa in concreto*) alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de göstermeliydi. Ancak özen yükümünün (*diligentia*) bu iki türü, Romalı hukukçuların somut uyumsuzluklar hakkında belirttikleri düşünceler kapsamında oluşmuştu. Yine bu hukukçuların verdiği kararlar çerçevesinde özen yükümü (*diligentia*) kavramı gelişerek borçlunun sözleşmesel sorumluluğu için gerekli ölçütlerden biri haline gelmişti.

### Anahtar Kelimeler

Roma hukuku, sözleşmesel sorumluluk, özen yükümlülüğü, *diligentia*, özenli bir aile babası (*diligens pater familias*), kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*), *culpa*

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: [nilgun.dincer@deu.edu.tr](mailto:nilgun.dincer@deu.edu.tr)) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1522-3971> (Makalenin Geliş Tarihi: 05.09.2019) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.09.2019/Makale Kabul Tarihi: 28.01.2020)

## “DUTY OF DILIGENCE (*DILIGENTIA*)” AS A CONTRACTUAL RESPONSIBILITY CRITERIA IN THE ROMAN LAW

### Abstract

*In the Roman Law, there was a progress from objective responsibility to subjective responsibility about how the debtor should be held responsible when he/she act improperly about his/her debt. Within this scope, while the debtor was held responsible when an unlawful result emerged in the first place, afterwards he/she was held responsible only if he/she was at fault. Determination of the fault was done in accordance with the criteria of responsibility. As Roman Law showed a constant progress, all responsibility criteria were not valid in all the periods. However, our research subject duty of diligence (*diligentia*) was accepted as a responsibility criterion in the Post-classical Law Period and Iustinianus Period, and its foundations were laid by the legists of the Republic Era. Meaning diligence and attention that should be shown for the performance of obligation, duty of diligence (*diligentia*) was accepted for determining culpa because the criterion of deceit (*dolus*) was not enough in some debt relation cases. In the Period of Iustinianus neglect was graded, but only slight negligence, which means the care taken by careful and caring persons, was determined by criteria of responsibility. Within this scope the debtor had to show sometimes the intangible criterion (*culpa in abstracto*) as a behavior of a diligent family man (*diligens pater familias*) and sometimes the tangible criterion (*culpa in concreto*) as the caution and diligence of people that they show in their own businesses (*diligentia quam in suis*) also in the relation of debt. Therefore, there were cases that the debtor did not act against the debt by acting with deceit (*dolus*) and in some cases the debtor was held responsible and his/her responsibility was extended. However, in some cases, when the debtors showed the caution and diligence, they show in their own businesses also in their debt relationship with the creditor instead of a diligent family man for acting in accordance with their debts, it sometimes alleviated the responsibility. In this way, these two types duty of diligence (*diligentia*) were formed within the scope of the thoughts of Roman legists about the tangible disagreements. Moreover, the concept of duty of diligence (*diligentia*) progressed within the framework of the verdicts of these legists and became one of the necessary criteria for the contractual responsibility of debtor.*

### Keywords

*Roman law, contractual responsibility, duty of diligence, diligentia, diligent family man (*diligens pater familias*), diligence of people that they show in their own businesses (*diligentia quam in suis*), culpa*

## GİRİŞ

Sorumluluk, borç ifa edilmediğinde ne olacağını gösterir<sup>1</sup>. Borçlunun borcunu yerine getirmediğinde nasıl sorumlu tutulacağı veya alacaklının bu nedenle uğradığı zararları ne derecede tazmin edeceği konusunda Roma hukukunun farklı dönemlerinde farklı sorumluluk ilkeleri hakim olmuştur. Bu ilkelerden biri objektif sorumluluk iken, bir diğeri sübjektif sorumluluk ilkesiydi. Objektif sorumluluk ilkesine göre borçlu, yerine getirmesi gereken sonucu yerine getirmediğinde sorumlu tutulurdu. Yani sadece sonucun yerine getirilmemesi yeterliydi. Borçlunun bu borcunu yerine getirmemede ayrıca kusurunun aranmasına da gerek yoktu. Eğer borçlunun borcunu yerine getirmemede kusuru da aranıyorsa, bu durumda sübjektif sorumluluk ilkesi geçerli olurdu. Objektif ve sübjektif sorumluluk ilkeleri, sadece sözleşmeden doğan sorumluluk alanında değil de haksız fiillerden dolayı sorumlulukta da uygulanmaktaydı. Roma hukukunda sorumluluk ilkeleri konusunda sürekli bir gelişme izlenmişti. Bu kapsamda hem haksız fiillerden hem de sözleşmelerden dolayı sorumlulukta objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa doğru bir gelişme olmuştu<sup>2 3</sup>.

<sup>1</sup> **Tahiroğlu**, Bülent: “Roma Hukukunda Contractus’tan Kaynaklanan Sorumluluk ve Türk Hukukuna Etkileri”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 503.

<sup>2</sup> Kusurun derecelendirmesi olarak kasıt ve ihmal anlamında *dolus* ve *culpa* ayrımı ilk olarak *lex Aquilia* kapsamında mala zarar vermeden doğan haksız fiil sorumluluğunda ortaya çıkmıştı. *Lex Aquilia*’dan sorumluluğun doğması için en küçük bir ihmalin varlığı bile yeterliyken kusur, zarar veren kimsenin yaptığı eyleme (*culpa in faciendo*) dayanırdı. Zararın önlenmesine yarayan eylemin yapılmaması (*culpa in non faciendo*) kusur bakımından dikkate alınmazdı. Buna karşılık ihmalin ağır ihmal (*culpa lata*) veya hafif ihmal (*culpa levis*) olarak derecelendirilmesi, sözleşmesel kusur kapsamında yapılmaktaydı. Sorumluluk ölçütü olarak ihmalin (*culpa*) sözleşmesel borç ilişkilerine aktarımı, Roma’da davalar sisteminin katı kurallara sahip olması nedeniyle uzun süre gerçekleşmemişti. **Visky**, Károly: “La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République”, *Revue Internationale des droits de l’antiquité, Mélanges Fernand de Fisscher II*, 1949, s. 439-440; **Hausmaninger**, Herbert: “Diligentia quam in suis”, *Festschrift Kaser*, 1976, s. 266; **Zilelioğlu**, Hilâl: “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, *AÜHFD 1982-1987, C. XXXIX, S. 1-4*, s. 246, 255-256; **Di Marzo**, Salvatore (Çev.: Ziya Umur): *Roma Hukuku*, İstanbul 1959, s. 86-87; **Somer**, Pervin: *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı*, İstanbul 2008, s. 51-52; **Gönenç**, Fulya İlçin: “Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi”, *Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, MÜHF-HAD 2008, C. XIV, S. 4*, s. 26. Kasıt (*dolus*) yanında ihmalin de (*culpa*) sorumluluk doğurabileceğinin ilk kez *Lex Aquilia*’nın yorumu yoluyla düşünülmesi yönünde ayrıntılı olarak bkz. **Söğütlü Erişgin**, Özlem: *Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta)* Ankara 2002, s. 21.

<sup>3</sup> **Rado**, Türkân: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 1978, s. 28 vd.; **Umur**, Ziya: *Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras*

Kusur (*culpa*) kavramı, Roma sorumluluk hukuku bakımından çok önemli bir yere sahipti. İnsan iradesiyle ilgili olarak kusur kavramı psikolojik bir konudur. Belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan borcun yerine getirilmesi istenmiyorsa ya da yerine getirilmesini isteyecek kadar güçlü değilse, bu irade eksikliği ya da irade bozukluğu kusur olarak adlandırılmaktadır<sup>4</sup>. Ağırlık derecelerine göre kusur, kasıt ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kusurun derecesi olarak kasıt (*dolus*), bir kimsenin bilerek ve isteyerek haksız şekilde hareket etmesinde söz konusu olurken; ihmâl (*culpa*), haksız sonucun yerine getirilmesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinde söz konusu olurdu<sup>5</sup>.

Kusurun çalışmamızı ilgilendiren kısmı, ihmâl (*culpa*) ile ilgili olandır:

D.9.2.31 (*Paulus 10 ad sab.*)

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

“...Dikkatli bir kimse (*diligens*) tarafından önlenmesi mümkün olan önlenmemiş ise ihmâl (*culpa*) vardır...”<sup>6</sup>

İhmâlin ağır ihmâl (*culpa lata*) ve hafif ihmâl (*culpa levis*) olarak derecelendirilmesi *Iustinianus* Dönemi’nde sözleşmesel kusur kapsamında yapılmaktaydı<sup>7</sup>. Herkesin bildiği ya da yaptığı şeyi bilmemek veya yapmamak olarak ağır ihmâl (*culpa lata*), kasıt (*dolus*) ile aynı hükümlere tabi tutulmaktaydı ve büyük bir olasılıkla Klasik Hukuk Dönemi’nde çok geniş bir şekilde uygulanan *dolus* kavramının bu uygulama alanını daraltmak amacıyla doğmuştu<sup>8</sup>. Buna karşılık dikkatli ve özenli bir kimsenin göstermesi gereken özenin gösterilmemesi anlamında hafif ihmâlin (*culpa levis*) belir-

---

Hukuku, İstanbul 1999, s. 306-307; **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2014, s. 28-29; **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2009, s. 40 vd.; **Tahiroğlu**, Contractus, s. 507-508; **Somer**, s. 46 vd.; Söğütü **Erişgin**, Quasi Delicta, s. 12 vd.

<sup>4</sup> **Rado**, s. 30; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 33; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 48.

<sup>5</sup> **Honig**, Richard (Çev.: Şemseddin Talip): Roma Hukuku, İstanbul 1938, s. 230; **Umur**, Roma Hukuku, s. 308; **Rado**, s. 31; **Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 193-194; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 50, 52; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 34.

<sup>6</sup> Türkçe metin **Rado**, s. 31-32.

<sup>7</sup> Zarar, taraflar arasındaki bir borç ilişkisinin ihlalden doğmuşsa kusur sözleşmeseldir. Buna karşılık taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisinin ihlalden doğmayan zararlarda, hukuki kusur söz konusu olur. **Di Marzo**, s. 86-87.

<sup>8</sup> **Koschaker/Ayiter**, s. 198.

lenmesi, özen yükümü (*diligentia*) aracılığıyla gerçekleştirilirdi. Hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde bazen özenli bir aile babasının davranışı (*diligens pater familias*) örnek alınarak soyut ölçü (*culpa in abstracto*) kullanılırken, bazen de borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) olarak somut ölçü (*culpa in concreto*) kullanılmaktaydı<sup>9</sup>.

Borçlunun kusuru olmadan da sorumlu olduğu kabul edilirse çok ağır sorumlu olduğu; kastı veya ağır ihmalinin varlığı durumunda, sorumluluğunun hafif olduğu; hafif ihmalinin varlığında sorumlu olduğu kabul edilirse, sorumluluğunun ağır olduğu kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

İhmalin (*culpa*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) olarak derecelendirilmesi *Iustinianus* Dönemi'nde yapılmış olsa da, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde kullanılan özen yükümünün (*diligentia*) temelleri Cumhuriyet Dönemi hukukçularınca atılmıştı. Özen yükümü (*diligentia*) ölçütü ilkin, borçlunun sadece kastından sorumlu olmasının yetmediği bazı durumlarda sorumluluğunu ihmali (*culpa*) de kapsayacak şekilde genişletmek amacıyla kullanılmıştı. Bu durum da borçlunun sorumluluğunun ağırlaşmasına neden olmaktaydı. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde özen yükümünün (*diligentia*) bu görevi değişime uğramıştı. Böylece özen yükümü (*diligentia*) kural olarak hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde, soyut ölçü esas alınmadan ihmal (*culpa*) sorumluluğunu hafifletmek amacıyla kullanılmıştı. Bu kapsamda çalışmanın konusunu oluşturan sözleşmesel sorumluluk ölçütlerinden özen yükümü (*diligentia*) de ilkin kavramsal olarak açıklanacak, sonrasında türleri ve uygulama alanları Romalı hukukçuların somut uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararlar çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır.

## I. ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

### A. Genel Olarak Roma Hukukunda Geçerli Olan Sorumluluk Ölçütleri

Sorumluluk ölçütüyle ifade edilmek istenen, sözleşmeden doğan zararın borçluya yüklenmesine olanak sağlamaktır<sup>11</sup>. Roma hukukunun bütün dö-

<sup>9</sup> Rado, s. 33; Umur, Roma Hukuku, s. 211-212, 309; Erdoğmuş, Borçlar Hukuku, s. 34 vd.; Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 55 vd.

<sup>10</sup> Tahiroğlu, Borçlar Hukuku, s. 64; Tamer, Diler: Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009, s. 71. Aynı yönde bkz. Di Marzo, s. 325.

<sup>11</sup> Tahiroğlu, Contractus, s. 506.

nemlerinde her bir sorumluluk ölçütüne rastlanmamaktadır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, Roma hukukunda sorumluluk ilkeleri sürekli bir gelişme göstermiştir. Borç ilişkisinin türü değiştikçe borçludan beklenen hareket tarzı da değiştiği için, borçlunun sorumluluğu hakkında genel bir kural mevcut değildi<sup>12</sup>; ancak, sorumluluk ölçütlerinin tümüne Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve *Iustinianus* Dönemi'nde rastlanmaktaydı. Belirtilen dönemler esas alındığında Roma hukukunda geçerli olan sorumluluk ölçütleri kasıt (*dolus*), ihmal (*culpa*), özen (*diligentia*) ve fayda-menfaat, yarar- (*utilitas*) idi. Ancak bu ölçütlere bir de Klasik Hukuk Dönemi'nde geçerli olan gözetim (*custodia*) sorumluluk ölçütünü eklemek gerekir<sup>13</sup>.

Yukarıda bahsedildiği üzere, sözleşmesel sorumluluk ölçütleri Roma hukukunun dönemlerinde farklılık gösterdiği için, açıklamaları dönemlere göre ayrı ayrı yapmak gerekir. Öncelikle belirtilmelidir ki, Eski Hukuk Dönemi'nde objektif sorumluluk ilkesi geçerliydi. Borçlu kendi edimini kusuru olmadan veya umulmayan bir hal nedeniyle gerçekleştiremezse sorumluluğu doğardı<sup>14</sup>. Çünkü bu dönemde borçlu, alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde bir sonucun doğumunu taahhüt ederdi. Klasik Hukuk Dönemi'ne gelindiğinde yine kusurun aranmadığı objektif sorumluluk ilkesinin görünüm biçimi olan *custodia* sorumluluğu görülmekteydi. *Custodia* sorumluluğu, borçlunun sözleşmenin konusunu oluşturan malı kendi yararına elinde bulundurduğu sözleşmelerde<sup>15</sup> hırsızlık, tartışmalı olsa da üçüncü kişiler ya da hayvanlar tarafından mala verilen zararlar nedeniyle borçlunun sorumlu tutulduğu gözetim sorumluluğuydu<sup>16</sup>. Yani borçlu, malın çalınması ya da mala zarar verilmesi gibi beklenmeyen hallerden sorumlu tutulmuştu. Ayrıca bu dönemde kasıttan (*dolus*) doğan sorumluluğa ve bazı sözleşmelerde de

<sup>12</sup> **Di Marzo**, s. 324.

<sup>13</sup> **Rado**, s. 33 vd.; **Umur**, Roma Hukuku, s. 308 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 39 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 61 vd.; **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 242, 258 vd.; **Söğütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016, s. 133 vd.

<sup>14</sup> "*Dolus*" karşısı tüm durumlar, Oniki Levha Kanunu'nda "*casus*" olarak anlaşılmalıdır. **Visky**, s. 437-438.

<sup>15</sup> **Koschaker/Ayiter**, s. 197. Bu sözleşme türleri kullanım öduncü -ariyet- (*commadatum*), alım-satım (*emptio-venditio*), *locatio conductio* ve rehin (*pignus*) sözleşmelerinden oluşmaktayken; her halükarda otelciler, gemiciler ve hancılar (*caupones*, *nautae* ve *stabularii*) kendilerine bırakılan eşyalardan bu şekilde sorumluuydu. **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 22-23; **Koschaker/Ayiter**, s. 197.

<sup>16</sup> **Erdoğan**, Belgin: "Klasik Roma Hukuku'nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 897-898.

ihmalden (*culpa*) doğan sorumluluğa rastlanmaktaydı<sup>17</sup>. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmal (*culpa*) sorumluluğu, bir ölçüt haline gelmemiştir<sup>18</sup>. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren de objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa doğru gelişme devam etmiştir. Hatta bu dönemde özen yükümü (*diligentia*), sorumluluk ölçütü olarak kabul edilerek gözetim (*custodia*) sorumluluğunun yerine konulmuştur. Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıkıp Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde genel ilke halinde uygulanan fayda veya menfaat (*utilitas*) ilkesine göre ise, belirli sözleşmelerde tarafların sorumluluk ve hasarın taşınması kapsamında sözleşmeden bir yararı olup olmamasına göre sorumluluklarının çerçevesi belirlenmiştir. *Iustinianus* Dönemi'ne geldiğinde artık beklenmeyen hallerden sorumluluk söz konusu olmamakla birlikte, borçlunun kastına (*dolus*) ve ihmaline (*culpa*) dayanan sübjektif sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu husus bütün kusurlardan sorumlu tutulma (*omnis culpa*) şeklinde ifade edilmekteydi<sup>19</sup>. Yine bu dönemde ihmal (*culpa*), herkesin bildiğini bilmemek veya yaptığını yapmamak şeklinde ağır ihmal (*culpa lata*) ve dikkatli, özenli bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi şeklinde hafif ihmal (*culpa levis*) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesi özen yükümü (*diligentia*) ile gerçekleşmekteydi. Borçlu bazen özenli bir aile babasının davranışını (*diligens pater familias*) göstermeliyken, bazen de kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) yaptığı işte de göstermeliydi. *Iustinianus* Dönemi'nde, ağır ihmal (*culpa lata*) ve kasıt (*dolus*) aynı sonuçları doğurmaktaydı. Bu dönemde geçerli olan sübjektif sorumluluk ilkesi nedeniyle borçlu, bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu sayılmakla birlikte, fayda veya menfaat ilkesi (*utilitas*) gereğince bu ilkenin istisnaları kabul edilmiştir. Ancak hangi sorumluluk ölçütü kabul edilirse edilsin sözleşmesel sorumluluğun her dönemdeki sınırını, mücbir sebep (*vis maior*)<sup>20</sup>, yani hiçbir insani kuvvetle önlenemeyecek olaylar oluşturmaktaydı<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmal (*culpa*), verme (*dare*) borçlarında kullanılmıştır. **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 251.

<sup>18</sup> **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 243.

<sup>19</sup> **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 39.

<sup>20</sup> Hiçbir insani güçle önlenemeyecek olaylar (*casus cui resisti non potest*) *vis*, *extraria vis*, *fortuitus casus*, *vis maior*, *casus* olarak kaynaklarda yer almaktayken, Cumhuriyet Dönemi hukukçuları (*veteres*) tarafından tanımlaması yapılmamış ve fakat mücbir sebebi oluşturan olaylar ayrı ayrı sayılmıştır. **Visky**, s. 483.

<sup>21</sup> **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 22-23, 128-133, 211, 214, 220. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. **Zilelioğlu**, Sorumluluk, s. 242 vd.; **Rado**, s. 33 vd.; **Umur**, Roma Hukuku, s. 310 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 39 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 61 vd.

Farklı dönemlerde benimsenen sorumluluk ölçütlerinin ağırlık dereceleriyle ilgili olarak belirtilmelidir ki, Klasik Hukuk Dönemi'nde *custodia* sorumluluğu söz konusu olduğundan borçlunun sorumluluğu çok ağırdı. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde henüz sorumluluk ölçütü olarak kabul edilmese bile, gitgide ihmalden (*culpa*) sorumluluğun uygulanması söz konusuydu. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve *Iustinianus* Dönemi'nde uygulanan bütün kusurlardan (*omnis culpa*) sorumluluk, en azından hafif ihmalin varlığını aradığından, *custodia* sorumluluğuna nazaran daha hafif idi<sup>22</sup>. Buna karşılık borçlunun hafif ihmalden sorumluluğu, zarar verme kastının olmamasından başka, gerekli dikkat ve özenin bulunmasını kapsamı açısından da, kastından sorumluluğuna nazaran daha ağır bir sorumluluk ölçütüydü<sup>23</sup>.

## B. Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk

Sözleşmesel sorumluluk, Roma hukukunda “*praestare*” terimiyle ifade edilmekteydi<sup>24</sup>. Borçlu verme (*dare*) veya yapma (*facere*) şeklindeki ana borcunu, hiç veya gerektiği şekilde yerine getirmedeğinde *praestare* terimiyle belirlenen sözleşmesel sorumluluk ortaya çıkardı. O halde *praestare*, borcun hiç yerine getirilmemesinden veya kötü yerine getirilmesinden doğan zararların tazmin edilmesine hizmet etmekteydi. *Praestare* borcu, hiçbir zaman bağımsız bir durumdan doğmazdı. Bilakis verme (*dare*) veya yapma (*facere*) borcuyla ilişkili bir şekilde ortaya çıkardı. Bu nedenle iyiniyet davalarının (*iudicia bonae fidei*)<sup>25</sup> formulası'nın<sup>26</sup> *intentio*<sup>27</sup> bölümünde sadece

<sup>22</sup> **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 61-62.

<sup>23</sup> **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 64; **Tamer**, Roma Hukuku, s. 71.

<sup>24</sup> **Dunand**, Jean-Philippe/**Schmidlin**, Bruno/**Winiger**, Bénédict: Droit Privé Romain II, Obligations, Bruxelles 2010, s. 163; **Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 646; **Dunand**, Jean-Philippe/**Pichonnaz**, Pascal: Lexique de droit romain, Genève, Zurich, Bâle 2006, s. 131. Anlamı tartışmalı olan *praestare* kavramı aynı zamanda ifanın yapılması veya ifaya dair teminat göstermek anlamlarında da kullanılmaktaydı. **Monier**, Raymond: Petit Vocabulaire de droit romain, Paris 1942, s. 232; **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975, s. 165; **Rado**, s. 15.

<sup>25</sup> **Iudicia bonae fidei**: Borcun içeriğinin “iyiniyet (*bona fides*) icabı yapılması veya verilmesi lazım gelen her şey” olarak hakimin takdirince belirlendiği davalardı. **Rado**, s. 44 vd.; **Umur**, Lügat, s. 95.

<sup>26</sup> **Formula**: *Legis actiones* (kanuni davalar) usulünde, kanunun öngörmediği bir dava açılmazken, kanunun verdiği bir dava da *magistra* tarafından durdurulamazdı. Davanın nasıl yürütüleceğine ilişkin hakime talimat veren ve *praetor*'un yazdığı belge niteliğindeki *formula* ile *legis actiones* usulünün sakıncaları giderilmeye çalışılmıştı. *Praetor*'lar bir yıl için yapılan beyannamelerinde ihtiyaca uygun olan *formula*'ları teklif ve ilan ederlerdi. Her dava için ayrı *formula* hazırlanırdı. **Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin:



verme-yapma (*dare-facere*) terimi yer alırken<sup>28</sup>, *praestare* terimi yer almamaktaydı. İyiniyet davasıyla (*iudicia bonae fidei*) sadece verme (*dare*) veya yapma (*facere*) borcunun yerine getirilmiş olduğu belirtilirdi ve verme-yapma (*dare-facere*) borcunun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun tazmin edilmesi amaçlanırdı<sup>29</sup>.

Klasik Hukuk Dönemi'nde sorumluluk ölçütlerinin incelenmesi, o dönemde geçerli olan *formula* yargılamasında, *formula*'nın hazırlanış biçimine uygun ilkeler göz önünde tutularak yapılmalıdır. *Formula*, dava konusunun belirli -muayyen- (*res certa*) veya belirsiz -gayrı muayyen- (*res incertum*) olmasına göre iki türde hazırlanmaktaydı. *Formula*'nın bu farklılığı açılacak davaların da iyiniyet davası (*iudicia bonae fidei*) veya dar hukuk davası (*iudicia stricti iuris*) olmasına neden olmaktadır. Örneğin bir şeyin teslim edilmesi *stipulatio* aracılığıyla taahhüt edilmişse, dava *actio certa* olurken, aynı şeyin teslimi, alım-satım sözleşmesi dolayısıyla gerçekleşmişse *actio incerta*'dan meydana gelen ve davalının vermekle ve yapmakla mükellef olduğu ne ise onu içeren (*quidquid...dare facere oportet*) iyiniyet davasına (*iudicia bonae fidei*) ilişkin olurdu<sup>30</sup>.

Sözleşmelerden (*contractus*) veya sözleşme benzerlerinden (*quasi contractus*) doğan sorumlulukta Romalı hukukçular, her bir davadan (*actio*) değil de, onların ait olduğu dava grupları içindeki sorumluluk ölçütlerini benimsemişlerdi. İyiniyet davalarıyla (*bonae fidei iudicium*) müeyyidelendirilen borç ilişkilerinde borçlu, en başta muhtemelen sadece *dolus malus*'dan, yani hukuki işlemlerde *dolus* olarak ifade edilen hileden<sup>31</sup> sorumluydu. *Dolus malus*'dan anlaşılması gereken, kasten iyiniyete (*bona fides*) aykırı davranış sergilemekti. Bu borç ilişkilerinden mahkumiyet de şerefsizlik (*infamis*)<sup>32</sup> sonucunu doğururdu. Bu kapsamda Klasik Hukuk Dönemi'nde

Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 236-237.

<sup>27</sup> **Intentio:** *Formula*'da davacının talebinin belirtildiği en önemli bölümdü. Davanın konusu belirli bir talebi kapsıyorsa *formula certa* söz konusu olurken, mahkumiyeti istenilen şey önceden kesin değilse *formula incerta* söz konusu olurdu **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 244-245.

<sup>28</sup> “Davalının davacıya hüsnüniyet icabı vermesi veya yapması lazım gelen her şey=*Quidquid Numerius Negidius Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona.*” **Rado**, s. 45, 91; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 245.

<sup>29</sup> **Schmidlin**, Bruno/**Cannata**, Carlo Augusto: *Droit Privé Romain II, Obligations Successions Procédure*, Lausanne 1987, s. 119; **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 163.

<sup>30</sup> **Robaye**, René: *Le droit romain*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles 2005, s. 305.

<sup>31</sup> **Umur**, Lügat, s. 60; **Umur**, Roma Hukuku, s. 210.

<sup>32</sup> **Infamia:** *Censor*, sayımda vatandaşları sayıp sınıflandırırken bazı genel ahlak anlayışına aykırı olarak hareket edenleri veya bazı haksız fiil ya da sözleşmelerden doğan dava-

ortaklık (*societas*)<sup>33</sup>, vekalet (*mandatum*)<sup>34</sup>, vedia (*depositum*)<sup>35</sup> sözleşmeleriyle, sözleşme benzerlerinden olan vesayet (*tutela*)<sup>36</sup> ilişkisinde borçlunun sorumluluğu *dolus malus* sorumluluk ölçütüyle belirlenirdi<sup>37</sup>. Ancak henüz Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren vesayet davası (*actio tutelae*) ile ortakların sorumluluğunda kasıt (*dolus*) yanında açıkça ihmâl (*culpa*) de yer almaya başladı<sup>38</sup>.

Başkasına ait bir malın borçlunun yararı için elinde bulundurulduğu iyiniyet davası doğuran ariyet (*commodatum*)<sup>39</sup> sözleşmesinde ariyet alanın, rehin (*pignus*)<sup>40</sup> sözleşmesinde rehin alanın, alım-satım (*emptio-venditio*)<sup>41</sup>

lardan mahkum edilenleri işaretlerle damgalardı. Şerefsiz (*infamis*) ilan edilen bu kimseler, özel hukuk alanında diğer kimseleri temsil edemezken, kamu hukuku alanında da *senatus* üyeliği yapamazdı ve önemli kamu hizmetlerini göremezdi. **Umur**, Lügat, s. 85.

<sup>33</sup> Ortaklık sözleşmesi (*societas*) hakkında bkz. aşağı III, C.

<sup>34</sup> **Mandatum**: Kökeni dostluğa dayandığı için ücretsiz olan vekalet sözleşmesi, tarafların iradelerinin uyuşmasıyla meydana geldiğinden rızai bir sözleşmeydi. Maddi, hukuki veya fikri işlerin görülmesi ücretsizse bu sözleşme kapsamında görülürdü. Ancak fikri hizmetler için kararlaştırılan şeref ücreti (*honorarium*) nizam harici usulle (*cognitio extra ordinem*) talep edilebilirdi. Vekaletin konusu kanunlara, örf ve adete aykırı olmamalıydı. Vekil (*mandatarius*) her zaman, vekalet veren (*mandans*) de bazı durumlarda borç altına girdiğinden, eksik iki taraflı bir borç ilişkisi meydana gelirdi. Vekil, işi taahhüt edilen şekilde yapmak, bu işten elde ettiğini vekalet verene devrederek yaptığı işin hesabını vermek borcu altındaydı. Vekalet veren ise vekilinin masraflarını veya zararını ödemek zorundaydı. Vekile karşı *actio mandati directa* açılırken, vekalet verene karşı *actio mandati contraria* açılırdı. Dostluğa ve güvene dayanan bir sözleşme olması dolayısıyla, vekilin mahkumiyeti aynı zamanda şerefsiz (*infamia*) ilan edilme sonucunu da doğururdu. Vekalet sözleşmesi sürenin bitmesiyle, işin tamamlanmasıyla veya taraflardan birinin ölümüyle sona ererdi. **Rado**, s. 148 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 109 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 239 vd.

<sup>35</sup> Vedia (*depositum*) sözleşmesi için bkz. aşağı III, A.

<sup>36</sup> Vesayet (*tutela*) hakkında bkz. aşağı III, E.

<sup>37</sup> **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 167.

<sup>38</sup> **Kaser**, Max/**Knütel**, Rolf/**Lohsse**, Sebastian: Römisches Privatrecht, München 2017, s. 222-223. Aynı yönde bkz. **Koschaker/Ayiter**, s. 197.

<sup>39</sup> **Commodatum**: Ariyet -kullanım ödünçü- sözleşmesi, tüketime konu olamayan bir malın kullanılması amacıyla belirli bir süre karşı tarafa ücretsiz olarak verilmesiyle meydana gelirdi. Ariyet alan her zaman, ariyet veren de bazı durumlarda borç altına girdiğinden, eksik iki taraflı bir borç ilişkisi meydana gelirdi. Ariyet alınan mal, kullanım amacı dışında kullanılırsa kullanım hırsızlığı (*furtum usus*) suçu işlenmiş olurdu. Ariyet alana karşı *actio commodati directa*, ariyet verene karşı *actio commodati contraria* açılırdı. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 161 vd.; **Rado**, s. 70 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 55 vd.

<sup>40</sup> **Pignus**: Borcun ifasını garanti etmek için, alacak ödenmediği takdirde, borçlu veya üçüncü kişi tarafından aynı teminat olarak verilen malın satış bedeli üzerinden alacağın alınması amacıyla kurulan sözleşmedir. Aynı sözleşmelerden olmakla birlikte, malın

sözleşmesinde teslimden önce satıcının ve *locatio conductio*<sup>42</sup>, da kiracının, müteaahhidin ve işçinin Klasik Hukuk Dönemi'nde gözetim (*custodia*) sorumluluğu bulunurdu. Belirtilen sözleşmelerde *custodia* sorumluluğu kapsamında borçlunun sorumluluk sınırını mücbir sebep oluştururdu. Yani borçlu, gözetim borcu olduğu malın çalınması veya zarara uğratılması gibi beklenmeyen hallerden de sorumlu tutulmuştu. Ancak *Iustinianus* Dönemi'nde kusur sorumluluğu çerçevesinde iyiniyet davası doğuran bu sözleşmelerde, borçlunun da sözleşmeden menfaati olduğu için bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumluluğu söz konusuydu<sup>43</sup>. Ancak burada belirtmek gerekir ki, vedia alan aldığı şeyi iade edemediğinde kendisinin açabileceği dava, iyiniyet davası niteliğinde olsa bile, Klasik Hukuk Dönemi'nde kastı (*dolus*) varsa sorumluluğu söz konusu olurdu. *Iustinianus* Dönemi'ne geldiğinde ağır ihmâl (*culpa lata*), kasta (*dolus*) eşit tutulduğundan, ağır ihmâlinin (*culpa lata*) varlığı halinde de sorumlu olurdu. İyiniyet davası doğuran diğer sözleşmelerden farklı olarak, vedia sözleşmesinde daha hafif sorumluluk

verilmesiyle birlikte zilyetliği de rehinli alacaklıya geçerdi. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça rehinli mal kullanılmışsa kullanma hırsızlığı nedeniyle dava açılabilirdi. Rehlin alan her zaman borçlu olmakla birlikte, borcun sona ermesi durumunda borçlu veya üçüncü kişi tarafından rehlin iadesi için *actio pignoratitia directa* açılırdı. Buna karşılık rehinli alacaklı zararını veya mala yaptığı masrafları *actio pignoratitia contraria* ile talep ederdi. Eğer bu zararını alamazsa hapis hakkını (*ius retentionis*) kullanırdı. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 175 vd.; **Rado**, s. 81 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 61 vd.

<sup>41</sup> **Emptio-venditio**: Satıcının (*venditor*) ödeyeceği semen ile alıcının (*emptor*) bir malı teslim etmeyi taahhüt ettiği rızai sözleşmelerdendi. Her iki taraf da hem alacaklı hem borçlu olduğu için tam iki taraflı sinallagmatik sözleşmedir. Alım-satım sözleşmesinin konusunu parasal değeri olan her şey oluşturmaktayken, semenin konusu da mutlaka para olmalıydı. Satıcı, sadece rahat zilyetliğin (*uti frui habere licere*) karşı tarafa geçirilmesi ve bu rahat zilyetliğin devamı (*vacua possessio*) borcu altındaydı. Parça borcu doğan alım-satım sözleşmelerinde hasar, alıcıya aitti (*periculum emptoris est*). Satıcı taleplerini *actio venditi* açarak elde edebilirken; alıcı da *actio empti* davasını açardı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rado**, s. 110 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 71 vd.; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 188 vd.

<sup>42</sup> **Locatio conductio**: *Locatio conductio* ile ücret karşılığında taraflardan biri belirli bir süre için bir şeyin (*res*) kullanılmasını veya belirli bir süre içinde bir eser (*opus*) meydana getirmeyi ya da hizmetler (*operae*) ifa etmeyi taahhüt ederdi. Bu nedenle de Roma hukukundaki bu kavram, günümüz hukukundaki adi kira, hasılat kirası, eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesini kapsamaktaydı. Rızai sözleşmelerden olan *locatio conductio*'ya giren sözleşmeler tam iki taraflı, sinallagmatik sözleşmelerdendi. Kiraya veren, iş sahibi veya hizmet etmeyi taahhüt eden *locator* olduğu halde; kiracı, müteaahhit veya işveren taraf *conductor* olarak adlandırılmaktaydı. *Locator*, *actio locati*; *conductor*, *actio conducti* davasını açardı. **Rado**, s. 130 vd.

<sup>43</sup> **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 141 vd.

ölçütünün belirlenmesinin nedeni, ücretsiz olarak bir malı saklamak üzere kabul eden kimsenin bu sözleşmeden hiçbir menfaatinin bulunmamasıydı<sup>44</sup>. Fayda veya menfaat prensibi (*utilitas*) gereğince, borçlunun sözleşmeden menfaati olduğunda daha ağır sorumluluğu olması gerektiği kabul edilse de, bu kuralın istisnalarını da vekalet sözleşmesi (*mandatum*)<sup>45</sup> ve sözleşme benzerlerinden olan vekaletsiz iş görme (*negotiorum gestio*)<sup>46</sup> oluşturmaktaydı. Zira Roma Hukukunda vekalet sözleşmesi (*mandatum*) ücretsiz olduğu için vekilin bu sözleşmeden herhangi bir menfaati yoktu. Ancak vekalet sözleşmesinin dostluğa ve güvene (*fides*'e) dayanması nedeniyle *Iustinianus* Dönemi'nde bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuştu. Ani bir tehlikenin yer almadığı olağan bir durumda vekaletsiz iş görenin herhangi bir menfaati söz konusu olmasa bile, bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumluluğu söz konusuydu<sup>47</sup>.

*Actiones ex stipulatu*<sup>48</sup>, *ex testamento*<sup>49</sup> veya *condictio*'dan<sup>50</sup> oluşan dar hukuk davalarında (*iudicia stricti iuris*) borçlu, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediyse Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ortaya çıkan ancak "*culpa*"sı varsa sorumludur (*quotiens culpa intervenit*)" ilkesi gereğince sorumluydu. Ancak burada *culpa*, somut bir davranışla veya pozitif bir olayla açıklanmaktadır. Zira borçlunun bir davranıştan kaçınma gibi pasifliği veya ihmalkarlığı pozitif bir olaya indirgenmediği için borçlu sorumlu sayılmazdı.

<sup>44</sup> **Rado**, s. 76-77.

<sup>45</sup> Vekalet sözleşmesi (*mandatum*) için bkz. dn. 34.

<sup>46</sup> **Negotiorum gestio**: Bir kimsenin fiili veya hukuki işinin vekalet veya yetki olmadan görülmesi durumudur. Vekalet sözleşmesine benzetilerek sözleşme benzerlerinden sayılmıştır. Vekaletsiz olarak işi idare edenin her zaman borçlandığı eksik iki taraflı borç ilişkisi doğardı. Borçlarını yerine getirmediğinde kendisine karşı *actio negotiorum gestorum directa* açılabilirken; işi idare eden, yaptığı zorunlu ve faydalı masrafları *actio negotiorum gestorum contraria* ile talep ederdi **Umur**, Roma Hukuku, s. 381 vd.; **Rado**, s. 170-172; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 284 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 125 vd.

<sup>47</sup> **Rado**, s. 34.

<sup>48</sup> Önceleri konusu sadece yapma (*facere*) veya yapmama (*non facere*) olan *stipulatio*'lardan kaynaklanan davayken, sonraları konusu belirsiz (*incertum*) olan verme (*dare*) borçlarından da oluşan *stipulatio*'lar için kullanılarak genel *stipulatio* davası haline gelen dar hukuk davalarına verilen isimdi. **Rado**, s. 91; **Umur**, Lügat, s. 7.

<sup>49</sup> Aynı hak değil de, alacak hakkı doğuran muayyen mal vasiyetinin yerine getirilmesinin mirasçı tarafından talep edilmesine yarayan davaydı. **Umur**, Lügat, s. 7; **Monier**, s. 17.

<sup>50</sup> Klasik Hukuk Dönemi'nde belli bir para veya belirli bir mal talep edilen ve *formula*-sında *demonstratio* bulunmayan dar hukuk davalarına verilen isimdi. *Condictio*, konusu verme (*dare*) olan *stipulatio*'lardan, tüketim öduncünden -karz- (*mutuum*) ve sebepsiz zenginleşmeden doğabilirdi. **Umur**, Lügat, s. 43.

Buna bir atın teslimi taahhüt edildiğinde ve bu at, teslim eden kişinin özensizliği nedeniyle teslimden sonra ölmüş olduğunda borçlunun herhangi bir sorumluluğunun ortaya çıkmaması örnek olarak verilebilir. Zira dar hukuk davasında borçlunun borcu, sadece atın teslimi olduğundan atın bakımında yapılan özensizlik nedeniyle atın teslimden sonra ölümünde borçlunun herhangi bir sorumluluğu doğmazdı. Ancak atı öldürmüştü sorumlu tutulurdu. Buna karşılık iyiniyet davalarında (*bonae fidei iudicia*) ortaya çıkan kasıt (*dolus*) sorumluluğunda, daha Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmalden (*culpa*) sorumluluğa doğru bir gelişme izlenmişti<sup>51</sup>.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki, Roma hukukunda geçerli olan sözleşmesel sorumluluk ilkeleri tamamlayıcı nitelikteydi. Yani taraflar bu kuralların aksini kararlaştırabilirdi. Ancak kastından sorumlu olunmayacağına dair bir anlaşma yapılamazdı. Bu nedenle de herkes kastından (*dolus*) evleviyetle (*a fortiori*) sorumluydu<sup>52</sup>.

## II. ROMA HUKUKUNDA GEÇERLİ OLAN SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİNDEN ÖZEN YÜKÜMÜ (*DILIGENTIA*) KAVRAMI VE TÜRLERİ

### A. Özen Yükümü (*Diligentia*) Kavramı

Latince “*diligentia*” kelimesi, “*diligens*” sıfatından, bu sıfat da “*diligere*” fiilinden türemiştir. *Diligere* fiili, “özellikle çok değer vermek, kıymet biçmek, saymak, itibar etmek ve sevmek”<sup>53</sup> anlamlarına gelmektedir<sup>54</sup>. Hatta sevgi kelimesiyle ifade edilmek istenen, bir şeyin iyiliği için çaba göstermek, onu zarardan ve kayıptan korumaktır<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Kaser/Knütel/Lohsse, s. 224; Robaye, s. 306 vd. Aynı yönde bkz. Honig, s. 232; Koschaker/Ayiter, s. 196-197.

<sup>52</sup> Robaye, s. 305-306; Honig, s. 232-233. Hatta bu kural “Kasıttan sorumlu olunmayacağına ilişkin hiçbir anlaşma geçerli olmaz= *nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur*” şeklinde ifade edilmektedir. Naklen Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 40. Ancak kocanın *dos*'un idaresi konusunda ihmalden (*culpa*) sorumlu olmayacağı hakkında yapılan anlaşmalar, kadının haklarına aykırı düştüğünden ahlaka aykırı (*contra bonus mores*) sayılmıştı. Bu istisna, kadının korunması için getirilmişti. Ayiter, Kudret: Klâsik Roma Hukukunda “Dos”un Tesisi, Ankara 1958, s. 205-206.

<sup>53</sup> Kabağaç, Sina/Alova, Erdal: Latince Türkçe Sözlük, İstanbul 1995, s. 177.

<sup>54</sup> Kuhlmann, Gerhard: Diligentia. Der Begriff in seiner Funktion. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster (Westf.), Münster/Westfalen 1958, s. 2. Günümüzde özen “asıl borcun (vekâletin) ifası için, zarurî dikkat, itina, fikrî ve bedenî yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı” şeklinde tanımlanmaktadır. Buna karşılık söz-

Hukuki anlamda *diligentia* ise, iyi bir yöneticinin malların idaresinde ve borçların ifasında göstermesi gereken dikkat ve özeni ifade eder<sup>56</sup>. Ancak bir kimse dikkat ve özeni, sadece kişilik özelliği olarak sahip olmakla yetinmemeli, ayrıca aktif bir davranışla dikkatli ve özenli olduğunu göstermeliydi. Dikkatli ve özenli bir kimsenin sadece pasif olarak bir şey için endişelenmesi veya kaygılanması, *diligentia* kapsamında değerlendirilemezdi<sup>57</sup>.

Özen yükümü (*diligentia*) kavramı, ilkin devlet görevlileriyle ilgili olan yasalarda yerini sağlamaştırılmış ve oradan da hukuki alanda vasilikte (*tutela*) kullanılmış olmalıydı. Zira vasinin özel bir özen göstermesi gereken zahmetli ve zor bir yükümlülüğü bulunmaktaydı<sup>58</sup>. Ancak esas olarak Roma hukukunda *diligentia*, dikkatli ve özenli kimselerin göstermesi gereken özenin belirlenmesi amacıyla kullanılmıştı. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde özen yükümü (*diligentia*), hafif ihmalin (*culpa levis*) bir olayda varlığını tespit etmek için kullanılırdı. Zira bazen dikkatli, özenli bir aile babasının göstermesi gereken özen (*diligens pater familias*) ölçü olarak alınırken, bazen de borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) alacaklısına da göstermesi beklenirdi<sup>59</sup>.

Özen yükümü (*diligentia*) kavramı, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi öğretisi tarafından benimsenmiş olmakla birlikte, özen yükümüne işaret eden belirtilere daha eski hukuki metinlerde de rastlanılmaktaydı. Bu çerçevede teknik anlamda sorumluluk ölçütü anlamındaki özen yükümünün (*diligentia*) kökleri, Cumhuriyet Dönemi hukukçuları (*veteres*'ler) tarafından tamamıyla biçimlendirilmese de en azından bu dönemde temelleri oluşturulmuştu<sup>60</sup>. Daha eski bir görüş olan *Kunkel*'e göre ise, *diligentia*'nın yer aldığı tüm metinlerde Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan çalışmalar söz

---

leşmesel sorumlulukta özen, amaca uygun davranmaktır. Naklen **Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 124, 141.

<sup>55</sup> **Söğütlü Erişgin**, s. 202.

<sup>56</sup> **Monier**, s. 95; **Umur**, Lügat, s. 58; **Dunand/Pichonnaz**, s. 47.

<sup>57</sup> **Kuhlmann**, s. 6, 12; **Tamer Güven**, Diler: Culpa in Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001, s. 32; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 203.

<sup>58</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 271-272.

<sup>59</sup> **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 188, 193.

<sup>60</sup> **Buckland**, William Warwick: Diligens Pater Familias, Studi in Onore di Pietro Bonfante, Volume Secondo, Milano 1930, s. 86 vd.; **Visky**, s. 481-482; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 224.

konusu olduğu için, hukukçuların gerçek görüşleri yer almamaktadır<sup>61</sup>. Bu düşünceye göre *Iustinianus* Dönemi'nde, Klasik Hukuk Dönemi'ndeki gözetim (*custodia*) sorumluluğuyla ilgili metinlerde *interpolatio*'lar<sup>62</sup> yapılmıştı. Hukukçular gözetim (*custodia*) sorumluluğunun yanına özen yükümü (*diligentia*) kavramını veya çeşitli derecelerini eklerken, bazen de Klasik Hukuk Dönemi metinlerindeki *custodia* kavramını çıkarıp yerine *diligentia* kavramını yerleştirmişlerdi<sup>63</sup>. Yapılan *interpolatio*'larla Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının vardığı sonuçların kusur (*culpa*) varsayımına dayanılarak ve kusur sorumluluğu çerçevesinde özen yükümlülüğüyle açıklanmaya çalışıldığı görülmüştür. Yani aslında Klasik Hukuk Dönemi sorumluluk kuralları gerçekten değişmemişti. Bilakis farklı bir surette yorumlanmıştı<sup>64</sup>. Ancak *Kunkel*'in bu görüşünün aksine *diligentia*'nın kökleri, daha Klasik Hukuk Dönemi'nde sağlamlaştırılmış olmalıydı<sup>65</sup>.

Her ne kadar Cumhuriyet Dönemi hukukçularınca temeli atılmış olsa da özen yükümü (*diligentia*), Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ve *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşmesel sorumluluk ölçütlerinden biri olarak, olumlu ve aktif bir davranış sergileme yükümü kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu kapsamda söz konusu dönemlerde hafif ihmâl (*culpa levis*) ya özenli bir aile babasının davranışıyla (*diligens pater familias*) ya da borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özeni alacaklıyla arasındaki hukuki ilişkide de uygulamasıyla (*diligentia quam in suis*) tespit edilirdi. Özen yükümünün (*diligentia*) bu iki türü, *Iustinianus* Dönemi'nde borç ilişkilerinde değişik kapsamlarda kullanılmıştı<sup>66</sup>. Sübjektif sorumluluk ilkesi kapsamında kusuru söz konusu olmadan sorumlu tutulamayan borçlunun sorumluluğunun kapsamı özen

<sup>61</sup> **Kunkel**, Wolfgang: "Diligentia", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 45, 1925, s. 266 vd.

<sup>62</sup> **Interpolatio**: *Iustinianus*'un kendi zamanında uygulanan hukuku saptamak amacıyla hazırlattığı *Corpus Iuris Civilis* için, bu eserde yer alacak hukukçuların metinlerinde yapılan değişikliklere verilen isimdi. **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Onüçüncü Basım, Ankara 2008, s. 71.

<sup>63</sup> Bu hususta verilen örnekler için bkz. *Ulp. D. 13. 6. 5. 3*; *Ulp. D. 13. 6. 5. 7*; *Ulp. D. 13. 6. 5. 9*; *D. 44. 7. 1. 4*; *Paul. D. 18. 6. 3*; *Gai. D. 18. 6. 2. 1*.

<sup>64</sup> **Kunkel**, s. 253-256; **Buckland**, s. 101; **Zilelioğlu**, Hilâl: Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1985, s. 179; **Monier**, s. 95. Ayrıca "*diligentissimus paterfamilias*" kullanımı için bkz. *Gai. D. 13. 6. 18*.

<sup>65</sup> **Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das Altrömische Das Vorklassische und Klassische Recht, 2. Aufl., München 1971, s. 512.

<sup>66</sup> Özen yükümünün (*diligentia*) *Iustinianus* Dönemi'nde ortaya çıkması hakkında bkz. **Zilelioğlu**, Custodia, s. 162.

yükümüne (*diligentia*) göre belirlendiğinde, borçlunun sorumluluğu objektif sorumluluğa kadar yaklaşmış olurdu. Bu nedenle de aslında özen yükümü (*diligentia*), “Klasik Hukuk Dönemi’ndeki *custodia*’nın sübjektifleştirilmiş biçimi olarak” görülmekteydi. Bu kapsamda olağanüstü özen (*exactissima diligentia*)<sup>67</sup> veya en özenli aile babası (*diligentissimus pater familias*)<sup>68</sup> şeklindeki *diligentia*’nın farklı dereceleriyle<sup>69</sup> Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde ve *Iustinianus* Dönemi’nde mücbir sebep dışında beklenmeyen haller de bu kapsama sokulmuştu. Böylece özen yükümü (*diligentia*) kusura dayandırılarak, gözetim (*custodia*) sorumluluğunun yerine konulmuştu<sup>70</sup>:

*D. 18.6.2.1 (Gaius 2 cott. rer.)*

“*Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.*”

“Satıcının hangi gözetim için, bütün gözetim için mi, böylece özen için mi, yoksa sadece kasıttan mı sorumlu olduğunu görelim. Bence, satıcı, alın yazısı zararı (*fatale damnum*) ve büyük güç (*vis magna*) dışındaki bütün özenden sorumludur.”<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Olağanüstü özenin (*exactissima diligentia*) gözetim (*custodia*) sorumluluğuna denk tutulmasıyla ilgili olarak bkz. **Dunand/Pichonnaz**, s. 47. *Exactissima diligentia* kullanımını için bkz. *Gai. D. 17.2.72; Iust. Inst. 3.25.9; Gai. D. 44.7.1.4.*

<sup>68</sup> En özenli aile babası (*diligentissimus paterfamilias*) kullanımı için bkz. *Gai. D. 13.6.18 pr.; Gai. D. 19.2.25.7. Iust. Inst. 3.24.5: “Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, ide x bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.” “Conductor, daima, akdin hükmüne uymak mecburiyetindedir; eğer anlaşmada bir husus tasrih edilmemişse, bunu, hakkaniyete uyarak eda eder. Ücret vererek veya vaat ederek, kullanmak üzere elbiseler, gümüş takımları veya bir hayvan alan kimsede, o şeyin muhafazasında çok ihtimamlı bir aile babasının kendi mallarında göstermesi lâzım gelen ihtimamı göstermelidir: bu ihtimamı gösterdikten sonra beklenmedik hal neticesi, malı kaybetse, onun iadesi ile mükellef değildir.” Türkçe metin *Iustinianus Institutiones*, **Çev.:** Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 270-271. Bu çalışmada *Iustinianus Institutiones* çevirilerinde söz konusu eserden yararlanılmıştır.*

<sup>69</sup> Özen yükümünün (*diligentia*) farklı derecelerinin saptanmasında fayda veya menfaat (*utilitas*) prensibinden hareket edilmişti. **Zilelioğlu**, *Custodia*, s. 157.

<sup>70</sup> **Zilelioğlu**, *Custodia*, s. 32, 158; **Zilelioğlu**, *Sorumluluk*, s. 261; **Söğütlü Erişgin**, *Contractus*, 24, 204 vd.; **Erdoğan**, *Custodia*, s. 904 dn. 55.

<sup>71</sup> Türkçe metin **Koçhisarlıoğlu**, *Cengiz/Söğütlü Erişgin*, *Özlem: Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları*, Ankara 2016, s. 88.



Yukarıdaki metinde gözetim (*custodia*) sorumluluğundaki beklenmeyen hallerden de sorumluluğu içeren ve mücbir sebebin sınır oluşturduğu özen yükümünden (*diligentia*) bahsedilmektedir<sup>72</sup>.

Gözetimde özen (*diligentia in custodiendo*) kavramı altında ise gözetim (*custodia*) sorumluluğu, kusur sorumluluğu kapsamına sokularak borçluya kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınmayacak derecede sorumluluk kavramı genişletilmişti. Borçlu o şeye hiç kimsenin çalamayacağı şekilde özen göstermeliydi. Artık objektif olarak önlenemez bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu yerine, borçlunun korumada özen yükümlülüğünü tam olarak yerine getirip getirmediği sorusu sorulmaktaydı. Yani bu kavramın çerçevesi, Klasik Hukuk Dönemi'nde objektif sınırlarla çizilmekteyken, *Iustinianus* Dönemi'nde artık kusur kapsamında değerlendirilir olmuştu<sup>73</sup>.

## B. Özen Yükümünün (*Diligentia*) Türleri

### 1. İdeal İnsan Davranışı (*Diligentia Diligentis*)

*Diligentia diligentis*, ideal bir insan davranışını ifade etmekle birlikte Romalılar için bu üçüncü kişi, ideal insan olarak "*diligens veya bonus pater familias*"<sup>74</sup> idi<sup>75</sup>. Yani Romalılar, ideal insan davranışını belirlemede işlerinde normal, ortalama bir özen gösteren iyi veya tedbirli aile reisini örnek alırlardı. Bu nedenle de *diligentia diligentis* için kullanılan özenli bir aile babası (*diligens pater familias*) soyut bir ölçüydü (*culpa in abstracto*)<sup>76</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki söz konusu soyut ölçü (*culpa in abstracto*) kavramı, modern hukuklarda yapılan bir ayırım olmakla birlikte, bu ayırım *Postglossator*'lara<sup>77</sup> aittir<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Koçhisarhoğlu/Söğütlü Erişgin, s. 88-89.

<sup>73</sup> Kunkel, s. 284; Zilelioğlu, Custodia, s. 171.

<sup>74</sup> *Diligens, bonus, prudens, idoneus* gibi farklı kullanımlar hep aynı şeyi ifade ederdi. Molnar, Imre: Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts, Szeged 1998, s. 133; Hausmaninger, Herbert: "Rechtsvergleichende notizen zur diligentia quam in suis", Festschrift Baltl, 1978, s. 283 dn.1. *Bonus* kullanımı için bkz. *Gai. D. 18.1.35.4* veya *Callistr. D. 26.7.33 pr.*; *diligens* kullanımı için bkz. *Paul. D. 10.2.25.16* veya *Venul. D. 45.1.137.2*; *idoneus* kullanımı için bkz. *Ulp. D. 26.7.10*.

<sup>75</sup> Kunkel, s. 303; Di Marzo, s. 325; Umur, Roma Hukuku, s. 211.

<sup>76</sup> Umur, Lügat, s. 58; Söğütlü Erişgin, Contractus, s. 206.

<sup>77</sup> *Postglossator*'lar (*Commentator*'lar): Skolastik hukuk doktrininin içinde değerlendirilen hukukçular, *Corpus Iuris Civilis*'i sarsılmaz otorite kabul ederek, bu metinde yer alan kuralların olduğu koşulları ve hangi amaçla konulduğunu incelemeyen, onlara adeta soyut dogma gibi davranıp çalışmışlardır. *Postglossator*'lar, *glossator*'ların halefi olmakla birlikte, çalışmalarını kısa notlar olarak değil geniş şerhler yaparak yürütmüş-

Model olarak alınan bu özenli aile babası (*diligens pater familias*) dürüst, namuslu, dikkatli biri olarak kendi işlerini idare eden, makul, orta halli bir Roma vatandaşıydı<sup>79</sup>. Günlük işlerde orta halli makul bir Roma vatandaşı ölçüt olarak alınırken, mesleki yetkinlik gerektiren işlerde o mesleğin ortalama yetkinliğine sahip kimse örnek alınmalıydı<sup>80</sup>.

*Diligens* veya *bonus pater familias* şeklindeki soyut ölçünün, Aristo felsefesinden mi<sup>81</sup>, iyiniyet (*bona fides*) kavramında görüldüğü gibi Romalıların günlük yaşamından mı kaynaklandığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak özenli aile babası (*diligens pater familias*) ölçütünün hukuk alanından önce Romalıların yaşamında var olduğu kabul edilirse, günlük hayattaki bu uygulamanın hukukçular tarafından hukuk alanında da kullanılmış olması büyük ihtimaldir. Zira birçok Romalı yazarın eserinde de, tarlasını iyi süren bir kimsenin iyi çiftçi olacağından veya ancak iyi bir zanaatçiden ya da iyi bir çiftçiden iyi bir şekilde alışveriş yapılabileceğinden bahsedilmektedir<sup>82</sup>.

İhmal (*culpa*) kavramı M.S. 1. yüzyılda gelişmeye başlamıştı. M.S. 1. ve 2. yüzyıllarda yaşamış olan hukukçular da, ihmalin (*culpa*) belli bir derecesini ifade eden ve Roma halkının günlük yaşamından kaynaklanan özenli bir aile babası (*diligens pater familias*) kavramına atıfta bulunmuşlardı. İhmal (*culpa*) derecelendirilirken somut olaylarda hukukçular, özen yükü-

---

lerdi. *Glossator*'lardan farkları ise, Roma hukukunu yeniden geçerli sağlamak amacıyla pratik amaçlara daha çok ağırlık vermeleriydi. **Schwarz**, Andreas B. (Çev.: Türkân Rado): Roma Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1965, s. 161-162; **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 90-91.

<sup>78</sup> **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 165; **Umur**, Roma Hukuku, s. 211; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 193 dn. 435. *Bonus pater familias* ölçütü, Fransız Medeni Kanunu §1137'de "bon père de famille"; İspanya Medeni Kanunu §1104'de "buen padre de familia", Hollanda Medeni Kanunu §1271'de "goed huisvader" olarak yer almaktadır. Naklen **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 283.

<sup>79</sup> **Honig**, s. 231 dn. 17; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 58-59; **Akıncı**, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK İle Mukayeseli, Konya 2013, s. 37-38; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 207.

<sup>80</sup> **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 165.

<sup>81</sup> **Kunkel**, s. 345; **Marton**, Géza: "Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile", RIDA 1949, tome 3, Mélanges Fernand De Visscher II, s. 190. Bu kavramın muhtemelen Yunan felsefesinden doğduğuyla ilgili olarak bkz. **Koschaker/Ayiter**, s. 198.

<sup>82</sup> **Molnar**, Imre: "Der Haftungsmaßstab des Pater Familias Diligens in römisches Recht", Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. Bis 27. September 1990 (Hrsg. Paul Nève und Chris Coppens), Nijmegen 1992, s. 24-25; **Molnar**, Die Haftungsordnung, s. 126-127.

müne (*diligentia*) çıkacak sonuçlar bularak *diligens pater familias*'ın köklerini de Klasik Hukuk Dönemi'nde atmış olmalıydı. Ancak Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nin özelliklerinden biri olan genelleştirmeler ve belirli kavramlar altında toplamaya paralel olarak bu dönemde Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının eserlerindeki somut durumlardan çıkardıkları sonuçlar, özenli aile babası (*diligens pater familias*) kavramı altında toplanmıştı<sup>83</sup>:

*D. 7. 1. 9. 2 (Ulpianus 17 ad sab.)*

“*Sed si lapidicinas habeat, et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram.*”

“Taş ocağı varsa ve taşları çıkarmak isterse ya da kireç veya kum ocağı varsa, *Sabinus*'un söylediği gibi, hepsinden iyi bir aile babası gibi yararlanmalıdır, ki ben bu görüşü doğru bulurum.”<sup>84</sup>

*D. 7. 1. 9 pr. (Ulpianus 17 ad sab.)*

“*Item, si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut boni viri arbitratur fruatur. Nam et Celsus libro octavodecimo Digestorum scribit, cogi eum posse recte colere.*”

“Benzer şekilde bir arazi üzerinde intifa hakkı vasiyet edilirse, arazide üretilen, araziden elde edilebilecek her şey, intifa hakkı sahibinin iyi bir aile babası gibi bunları alması şartıyla arazinin semeresi sayılır.<sup>85</sup> Zira *Celsus* da *Digestası*'nın on sekizinci kitabında, intifa hakkı sahibinin usulüne uygun olarak kullanmaya zorlanılabildiğini yazar.”

*D. 38. 1. 20. 1 (Paulus 40 ad ed.)*

“*Ex provincia libertum Romam venire debere ad ieddendas operas, Proculus ait. Sed qui dies interea cesserint, dum Romam venit, patrono*

<sup>83</sup> **Molnar**, Pater Familias Diligens, 26 vd.

<sup>84</sup> Bu çalışmada *Digesta* çevirilerinde “**Behrends**, Okko/**Knütel**, Rolf/**Kupisch**, Berthold/**Seiler**, Hans Hermann: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), Heidelberg, 1995; **Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends**, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005” eserlerinden ve [http://www.histoiredudroit.fr/corpus\\_iuris\\_civilis.html](http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html) internet adresinden yararlanılmıştır.

<sup>85</sup> Türkçe metin **Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda İntifa Hakkı (*Ususfructus*), Ankara 1998, s. 80. Başkasına ait malı kullanarak semerelerinden yararlanma hakkı olan intifa hakkını (*ususfructus*) elde eden kimse, teminat vermek zorundaydı (*cautio usufructuaria*). Bu teminat ile intifa konusu malı iyi bir aile babası (*bonus pater familias*) gibi kullanacağını, intifa hakkı sona erdiğinde de malı geri vermeyi taahhüt ederdi. Aksi davranışla, doğrudan *stipulatio*'dan doğan davaya başvurulabilirdi. Ayırtılı bilgi için bkz. **Küçükgüngör**, *Ususfructus*, s. 101 vd.

*perire. Dummodô patronus, tanquàm vir bonus, et diligens paterfamilias Romae moraretur, vel in provincias proficiscatur. Caeterum si vagari per orbem terrarum velit, non esse injungendam necessitatem liberto, ubique eum sequi.”*

“*Proculus*, bir azatlıının kendi hizmetlerini efendisine sunmak için, yaşadığı yerden Roma’ya gelmesi gerektiğine karar verir. Ama aynı hukukçuya göre, seyahatinde harcadığı günler efendisi için kayıptır. Azatlıının Roma’da konaklaması veya yaşadığı eyalete seyahati, iyi bir aile babasının gibi düşünülmelidir. Diğer taraftan o (efendi), sürekli şurada burada geziyorsa köleye onunla birlikte gitmesi yüklenemez.”

Yukarıdaki örneklerde yer alan özen yükümü (*diligentia*) kavramı, bu metinlerden çıkarıldığında metinlerin anlam bütünlüğü de kaybolmaktadır. Bu örneklerle benzer daha birçok metin, kaynaklarda yer almaktadır<sup>86</sup>. Bu nedenle de hepsinin *interpolatio*’ya uğradığını düşünmekten ziyade, iyi veya özenli bir aile babası kavramının (*bonus* veya *diligens pater familias*) köklerinin Klasik Hukuk Dönemi’nde atıldığını düşünmek daha mantıklıdır<sup>87</sup>.

Yukarıda görüldüğü üzere iyi bir aile babası şeklindeki soyut ölçü (*culpa in abstracto*), somut hukuki ilişkilere uygulanmaktaydı. Hatta bu ölçütün somut hukuki olaya uygulanıp uygulanmayacağını kontrol eden Romalı hakimlerdi. Romalı hakimler, somut hukuki uyuşmazlıkta borçlunun özenli bir aile babasına (*diligens pater familias*) uygun davranıp davranmadığını tespit ederlerdi<sup>88</sup>.

## 2. Kendi İşlerinde Göstermesi Gereken Özen (*Diligentia Quam In Suis*)

Romalılar bazen ihmalin bulunup bulunmadığını, bir kimsenin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) yaptığı o işte de gösterip göstermediğine göre ölçerlerdi. Yani borçlu, kendi işinde gösterdiği özen ve dikkati, alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de göstermek zorunda olabilirdi. Böyle bir durumda borçlu, kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermek zorunda olduğundan borçlunun hareket tarzına bakılırdı. Bu nedenle de sübjektif ve somut bir ölçüden (*culpa in concreto*) bahsedilmek-

<sup>86</sup> *Pomp. D. 7.1.65 pr.; Ulp. D. 38.15.2.5; Ven. D. 45.1.137.2; Paul. D. 7.8.15.1; Paul. D. 19.1.54 pr.; Ulp. D. 13.7.22.4; Ulp. D. 22.3.25 pr.; Paul. D. 26.7.10.*

<sup>87</sup> **Molnar**, *Pater Familias Diligens*, 31; **Molnar**, *Die Haftungsordnung*, s. 131 vd. Aksi görüş için bkz. **Kunkel**, s. 307, 310.

<sup>88</sup> **Marton**, s. 184 vd.; **Molnar**, *Pater Familias Diligens*, s. 28; **Molnar**, *Die Haftungsordnung*, s. 134.

teydi<sup>89</sup>. Soyut ölçüde de (*culpa in abstracto*) belirtildiği üzere, somut ölçü kavramı (*culpa in concreto*) modern hukuklarda yapılan bir ayırmadır<sup>90</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçüt olarak alındığında bir kimse normal işlerinde çok dikkatli bir kimse ise, alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de aynı dikkat ve özeni göstermeliydi. Ancak bu kimse normal işlerinde çok dikkatli ve özenli bir kimse değilse alacaklıyla girdiği borç ilişkisinde de aynı özeni göstermiş olması, kendisini sorumluluktan kurtaracaktı. Yani bir kimse normal bir şekilde hareket ederek ihmalden kurtulduğu için, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü özenli bir aile babası (*diligens pater familias*) ölçütünden daha hafif, borçlu lehine olan bir özen ölçütüydü<sup>91</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), Klasik Hukuk Dönemi hukukçularınca iyiniyetin (*bona fides*) yorumuyla bulunan bir kavramdı. Dikkat çeken bir özellik olarak bu kavram, ilkin borçlunun ihmal (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesi amacıyla değil de, borçlunun sorumluluğunun ağırlaştırılması veya genişletilmesi amacıyla kullanılmış olmasıydı<sup>92</sup>. Borçlu sadece kasıtlı (*dolus*) davranışlarından değil de, ihmali (*culpa*) hareketlerinden de sorumlu tutulmak istendiği için, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramına başvurulmuştu. Bu nedenle de borçlunun sorumluluğu, kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru genişleyerek ağırlaştırılmıştı. Kendi işlerinde göstermesi gereken özenin (*diligentia quam in suis*) borçlunun sorumluluğunun ağırlaştırılması veya genişletilmesi amacıyla kullanılmasının nedeni, bir kimsenin kendi yararını ortak yarardan önde tuttuğunda bu davranışın hukuka aykırı, kasten yapılan bir harekete denk görülmesi idi<sup>93</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özenin (*diligentia quam in suis*) sorumluluğunun ağırlaştırılması için kullanıldığı dönemlerden sonraki daha geç zamanlarda kullanılmasının içeriğine, *Digesta*'daki *Ulpianus* ve *Paulus*'un metinlerinde rastlanılmaktadır. Her ne kadar bu hukukçuların metinlerinde *interpolatio* yapıldığı belirtilse de artık *diligentia quam in suis*, ihmal (*culpa*)

<sup>89</sup> **Monier**, s. 96; **Rado**, s. 33; **Umur**, Roma Hukuku, s. 309; **Umur**, Lügat, s. 58-59; **Koschaker/Ayiter**, s. 194; **Tahiroğlu**, Roma Hukuku, s. 59; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 42; **Dunand/Pichonnaz**, s. 48.

<sup>90</sup> **Dunand/Schmidlin/Winiger**, s. 165.

<sup>91</sup> **Umur**, Roma Hukuku, s. 309; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 59.

<sup>92</sup> **Mitteis**, Ludwig: Römische Privatrecht, 1. Bd., Leipzig, 1908, s. 332; **Wolff**, Hans Julius: "Zur Geschichte der diligentia quam suis", IVRA 1955, s. 153; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 42 dn. 79.

<sup>93</sup> **Mitteis**, s. 333.

sorumluluğunun hafifletilmesi amacını taşır olmuştur. Yani borçlu, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde iyi bir aile babası (*bonus* veya *diligens pater familias*) gibi davranmak zorunda değildi. Borçlunun alacaklıyla girdiği hukuki ilişkide kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) göstermesi yeterliydi. Bu kapsamda ortaklık sözleşmesinde (*societas*), kocanın çehizi (*dos*) iadesinde, ortak mülkiyete (*communio*) sahip kimselerin birbirine karşı sorumluluğunda ve vasinin (*tutor*) işlerini idare ederken göstermesi gereken sorumluluk ölçütü olarak kullanılan kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ihmali (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) ilk olarak sorumluluğun ağırlaştırılması sonradan da ihmali (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesi amacıyla kullanılmış olsa bile, her iki durumda da borçlunun sorumluluğu sonucunu doğururdu<sup>94</sup>.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanıldığı hukuki kavramların ortak özelliği, bu borç ilişkilerine aykırı hareketin iyiniyet davaları (*bonae fidei iudicia*) çerçevesinde görülmesiydi. Bu özen ölçütüne aykırı hareket, iyiniyet davaları (*bonae fidei iudicia*) çerçevesinde halledildiğinden, kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanıldığı bütün davalarda hakimin geniş bir takdir yetkisi de bulunmaktaydı<sup>95</sup>.

### III. ROMA HUKUKUNDA KENDİ İŞLERİNDE GÖSTERMESİ GEREKEN ÖZEN ÖLÇÜTÜNÜN (*DILIGENTIA QUAM IN SUIS*) KULLANILDIĞI HUKUKİ İLİŞKİLER

#### A. Saklama-Vedia-Sözleşmesi (*Depositum*)

Taşınır bir malın ücretsiz olarak saklanmak ve istenildiğinde de iade edilmek üzere verilmesiyle meydana gelen iyiniyet sözleşmelerinden saklama -vedia- (*depositum*) sözleşmesinde, vedia alan aldığı şeyi iade edemiyorsa Eski Hukuk ve Klasik Hukuk Dönemi'nde kastı (*dolus*) varsa sorumluyken, *Iustinianus* Dönemi'nde ağır ihmalden de (*culpa lata*) sorumluydu. Vedia alanın bu sözleşmeden herhangi bir menfaati olmadığı için hafif tutulan sorumluluk ölçütü, vedia alanın bu sözleşmeye aykırı hareketiyle

<sup>94</sup> Kaser/Knütel/Lohsse, s. 225.

<sup>95</sup> Maue, Joachim: "Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten –Ursprung, Zweck und Grenzen des Haftungsprivilegs", Inaugural-Dissertation Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, Köln 1985, s. 57-58.

güveni kötüye kullandığı için şerefsizlik (*infamia*) sonucu doğurmasıyla dengelenmişti<sup>96</sup>.

Vedia alanın sözleşmeye aykırı hareketiyle ilgili ve kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kökeninin dayanağı olarak aşağıdaki metin gösterilmektedir<sup>97</sup>:

D. 16.3.32 (*Celsus 11 dig.*)

“*Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret : nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit.*”<sup>98</sup>

“Eskilerden Nerva’nın, çok büyük ihmalin kast olduğu ifadesini Proculus reddeder. Fakat, bana, bu, tamamen isabetli geliyor. Çünkü eğer bir kimse, insanın doğası gereği göstermesi gereken özeni göstermezse kötüniyetli sayılır. Çünkü, özen yükümlülüğü altında olmasa bile, emanet aldığı malda en azından kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni göstermesi beklenir.”<sup>99</sup>

Metinde birçok *interpolatio*’nun yer aldığından bahsedilse de, yeni görüşler metnin gerçeği yansıttığından yola çıkmaktadır<sup>100</sup>. Bu metinde *Proculianus* mektebine mensup hukukçular *Nerva*, *Proculus* ve *Celsus* arasında görüş ayrılığı olduğu görülmektedir<sup>101</sup>. Vedia alan sözleşmeye aykırı hareketinde Klasik Hukuk Dönemi’nin sonlarına kadar yalnızca kastı (*dolus*) varsa sorumlu tutulurken, *Iustinianus* Dönemi’nde ağır ihmalle (*culpa lata*)

<sup>96</sup> **Rado**, s. 74 vd.; **Umur**, Roma Hukuku, s. 344-345; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 58-59; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 167 vd.; **Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara 2002, s. 27 vd.

<sup>97</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 265 vd.; **Mauel**, s. 23; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225.

<sup>98</sup> Metnin aslında vesayetten (*tutela*) bahsettiği ve “*vedia (depositum)*” kelimesinin sonradan *Digesta* metinlerini derleyen *compiler*’lar tarafından metne eklendiğiyle ilgili bkz. **Mitteis**, s. 332 dn 51; **Kaser**, RP I, s. 535 dn. 10; **Küçükgüngör**, Depositum, s. 62. Ayrıca hem vesayette (*tutela*) hem de vedia sözleşmesinde (*depositum*) ilkin kastın (*dolus*) varlığı halinde sorumluluk söz konusuysa, her iki hukuki ilişkide mahkumiyet şerefsizlik (*infamia*) sonucuna neden olmaktadır. Bu nedenle de *compiler*’ların vesayetten (*tutela*) bahseden metni, vedia sözleşmesine (*depositum*) genişletmiş oldukları düşüncesi kabul görmüştür. **Walter**, Tom: Die Funktionen der actio depositi, Berlin 2012, s. 166.

<sup>99</sup> Türkçe metin **Söğütli Erişgin**, Contractus, s. 209.

<sup>100</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 265 vd.; **Söğütli Erişgin**, Contractus, s. 209, aksi görüş için bkz. **Küçükgüngör**, Depositum, s. 62.

<sup>101</sup> **Kaser**, RP I, s. 510; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 267; **Söğütli Erişgin**, Contractus, s. 209.

hareket ederse de sorumlu olurdu<sup>102</sup>. Çünkü *Iustinianus* Dönemi'nde ağır ihmal (*culpa lata*), kasta (*dolus*) denk tutulmaktaydı<sup>103</sup>. Vedia -saklama- sözleşmesinden (*depositum*) doğan uyuşmazlıklar için açılan dava, iyiniyet davaları (*bonae fidei iudicium*) kapsamındaydı. Bu davalarda kasıt (*dolus*) da, iyiniyetin (*bona fides*) karşıtı olarak güven<sup>104</sup> veya sadakat borcuna aykırılık anlamında kullanılmaktaydı. Bu davanın *formula*'sı "hüsnüniyet icabı verilmesi ve yapılması gereken her şey"<sup>105</sup> (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*) ifadesini içerdiği için hakim, ancak iyiniyete (*bona fides*) aykırı bir davranış görürse davalı aleyhine karar vermeliydi<sup>106</sup>.

Yukarıdaki metinde *Nerva*, önüne gelen somut bir olayda vedia alanın en azından çok büyük ihmalinin, güvene aykırılık anlamında kasıt (*dolus*) olarak sayılması gerektiğini belirtmekteydi. Vedia -saklama- sözleşmesinden (*depositum*) kaynaklanan uyuşmazlıklarda iyiniyet davası açıldığından vedia alanın iyiniyete (*bona fides*) aykırı davranışı, *dolus*'a denk tutulmalıydı. Ancak *Nerva*'nın bu görüşüne, *Proculus* karşı çıkmaktaydı. *Proculus*'u bu düşünceye itiraz etmeye götüren neden, iyiniyet davalarında hükmün şerefsizliğe (*infamia*) neden olmasıydı. Borçlu, dürüst (*fides*) bir davranış sergilemediği için aleyhine verilen hükümlerle birlikte şerefsiz (*infamis*) ilan edilirdi. *Proculus*, borçlu sözleşmeye aykırı hareket ettiğinde, ancak kasıt (*dolus*) varsa dürüstlüğü aykırı bir davranış gerçekleştirdiğini düşünürdü. Bu nedenle de vedia alanın sözleşmeye aykırı harekette ihmali söz konusuysa, şerefsiz (*infamis*) ilan edilmesi söz konusu olmamalıydı. Bu açıklamalar ışığında *Proculus*'a göre, kendi işlerinde de ihmalkar bir şekilde hareket eden kimse, başka bir kimsenin eşyasını saklamak için aldığı da ihmalle hareket etmiş olurdu ve bu nedenle kasten (*dolus*) sözleşmeye aykırı hareket ettiği düşünülmemeliydi. Ancak ihmalkar bir kimse, başkasının işini kendi işinden daha kötü bir şekilde yaparsa o zaman *Nerva*'nın düşüncesine onay verilebilirdi. Klasik Hukuk Dönemi'nde bu dava sonucunda şerefsiz ilan edilme, ancak kasten (*dolus*) hareket edildiğinde söz konusu olabileceğinden ve henüz bu dönemde özen yükümü türleri bilinmediğinden, *Proculus*'un belirtilen kapsamda *Nerva*'nın düşüncesini kabul etmemiş olmadığı düşü-

<sup>102</sup> **Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt Die Nachklassischen Entwicklungen, Zweite, neubearbeitete Aufl., München 1975, s. 355; **Rado**, s. 77; **Umur**, Roma Hukuku, s. 344-345; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 59; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 170; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 275; **Mauel**, s. 33.

<sup>103</sup> **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 40.

<sup>104</sup> **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 209.

<sup>105</sup> **Rado**, s. 45.

<sup>106</sup> **Mauel**, s. 24-27.



nülmektedir. Bu düşüncelere karşılık *Celsus*, iki hukukçunun düşüncelerini birleştirerek, *Nerva*'nın çok büyük ihmalle gerçekleştirilen hareketin güven borcuna aykırılık anlamında *dolus* olarak değerlendirilmesi görüşünü haklı bulmuştu. Böylece borçlu ancak kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) göstermemesi halinde sorumlu tutulmalıydı. Kendisine saklanması için verilen eşyaya, kendi eşyasına göstereceği davranışları kasten gerçekleştirmediğinde değil de, sadece başkasının eşyası olduğu için ihmalkar bir şekilde davrandığında da bu davranışın *fraus*, yani “güvene dayanan ilişkileri zedeleyen davranış”<sup>107</sup> kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>108</sup>.

*Hausmaninger*'in belirttiği üzere bu metinde kasıt (*dolus*) ve çok büyük ihmal (*culpa latior*<sup>109</sup>) hiçbir şekilde kusurun derecelendirilmesi kapsamında teknik anlamda kasıt ve ağır ihmal olarak anlaşılmamalıdır. Çünkü ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) ayrımı, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ne ait bir ayrımdır. Ağır ihmalin (*culpa lata*) kasıt (*dolus*) olarak anlaşılması kuralı (*culpa lata dolo proxima est*), bu metinde Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan *interpolatio* şüphesini uyandırabilir. Ancak *Hausmaninger*'e göre bu metin, *Celsus*'un anlatım tarzını yansıttığından, metnin ana düşüncesi bizzat bu hukukçulara ait olmalıydı. Bu nedenle de *Hausmaninger*, belki önce *Proculus* olmak üzere, *Celsus* ile birlikte kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) bulunduğunu ifade etmektedir<sup>110</sup>.

*Nerva*'nın döneminde kasıt (*dolus*) henüz teknik olarak kusurun bir derecesi olarak değil de, iyiniyetin (*bona fides*) ihlali olarak görülmekteydi. Ancak *Proculus*'un yaşadığı dönemde artık ihmal (*culpa*), kasıttan (*dolus*) ayrılıp sözleşmesel sorumluluk alanında yavaş yavaş kabul görmeye başlamıştı. Bu nedenle de *Proculus*, *Nerva*'nın düşüncesine karşı çıkmış olmalıydı. Buna karşılık *Celsus* her iki hukukçunun düşüncelerinin hakkaniyetli

<sup>107</sup> *Fraus*, bazen kastın varlığını göstermek için *fides*'in karşıtı olarak “güvene dayanan ilişkileri zedeleyen davranış” şeklinde kullanılmaktaydı (Söğütlü Erişgin, Contractus, s. 159-160).

<sup>108</sup> **Mauel**, s. 27-32; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 268.

<sup>109</sup> Çok büyük ihmal (*culpa latior*) ile ağır ihmal (*culpa lata*) da farklı anlamları ifade etmeliydi. Çünkü *Nerva* ile yaklaşık iki yüzyıl sonra yaşayan *Ulpianus*'un aynı sorumluluk sistemini aynı kavramla ifade etmesi düşünülemezdi. Bu nedenle de *Ulpianus*'un “*lata culpa plane dola comparabitur*” ifadesiyle *Nerva*'nın “*culpa latior dolus est*” ifadesi farklı şeyleri ifade etmiş olmalıydı. **Walter**, s. 168-169. Aynı yönde bkz. **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225.

<sup>110</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 268-269; **Söğütlü Erişgin**, Contractus, s. 210.

kısımlarını alıp bu düşünceleri birleştirmişti. Zira vedia veren, vedia alanın bu mala en azından kendi malında göstermiş olduğu davranışı göstermesini beklerdi<sup>111</sup>. Kendi menfaatini ön planda tutarak bu özeni göstermediyse dürüst bir borçlu sayılmamakla birlikte, güvene dayalı sözleşme ilişkisini zedelediği varsayılırdı. Bu nedenle de, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ndeki teknik anlamında ağır ihmal (*culpa lata*) olmasa da, çok büyük ihmal (*culpa latior*) söz konusuydu ve vedia alan sorumlu olmalıydı. Vedia alan, kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) göstermeyerek kendi menfaatini alacaklının menfaatinin önünde tutmuştu. Bu nedenle de vedia alan aslında sadece kastından (*dolus*), *Iustinianus* Dönemi'nde ise ağır ihmalden (*culpa lata*) de sorumlu olsa, iyiniyetin karşıtı olarak *dolus malus*'un varlığı nedeniyle sorumlu olmalıydı. Kural olarak kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesi amacıyla kullanılmış olsa bile, istisnaen bu metinde vedia alanın sorumluluğunu genişletmek amacıyla kullanılmıştı. Bu metinde görüldüğü üzere kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü, hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesinde olduğu gibi sorumluluğun hafifletilmesi amacıyla değil de, kastından (*dolus*) sorumlu olan vedia alanın sırf kasten değil de, emanet aldığı mala kendi malına davrandığı gibi davranmadığı halleri de kapsayacak şekilde sorumlu tutulması gerekliliğinden sorumluluğun ağırlaştırılması amacıyla ortaya çıkmıştı. Kendi işlerinde göstermesi gereken özenin (*diligentia quam in suis*) ilk ortaya çıktığı metin olarak gösterilen bu metinde, *diligentia quam in suis* de ilk olarak kastından (*dolus*) sorumlu olan vedia alanın sorumluluğunu genişletmek dolayısıyla da sorumluluğunun ağırlaştırılması amacıyla ortaya çıkmıştı<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> Aynı yönde *Iust. Inst. 3.14.3*: “*Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, qua et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpa autem nomine, id est desidiaae atque negligentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet.*” “Bundan başka, nezdine herhangi bir şey tevdi edilmiş (*deponitur*) olan kimse de aynı olarak (*re*) borçlanır, ve vedia davası (*actio depositi*) mucibince aldığı şeyi aynen iade etmekle mükellef tutulur. Ancak, vedia alan, sadece kastı (*dolus*) varsa mesul olur, yani ihmal (*culpa*) ve teseyyübünden mesul tutulmaz: şu halde, muhafazasındaki eksik ihtimamı yüzünden o şey çalmırsa, kendisine bir mesuliyet terettüp etmez, çünkü malını ihmalkâr bir arkadaşının muhafazasına tevdi eden kimse, kabahati kolaylıkla kendi kendisinde bulmalıdır.”

<sup>112</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 267 vd.; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285; **Mauel**, s. 32-33; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225; **Erdoğan**, s. 42 dn. 79; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 64 dn. 115; **Söğütü Erişgin**, Contractus, s. 210. Aksi görüş için bkz. **Walter**, s. 169-170.

Vurgulamak gerekir ki hukukçuların görüş ayrılıklarına yer veren bu metnin Klasik Hukuk Dönemi düşüncesini yansıttığı görüşü, günümüzde ağırlık kazanmıştır. Bu nedenle de kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü de (*diligentia quam in suis*) ilk olarak sözleşmeye aykırı harekette kastın (*dolus*) varlığından ve kasıt (*dolus*) sorumluluğunun genişletilmesi isteğinden ortaya çıkmış olmalıydı. Vedia alan, sözleşmeye aykırılıkta sadece kasten veya bilinçli bir şekilde hareket ettiyse, kendisi güven borcuna aykırı davranış sergilediği için aleyhe hüküm verilebilirdi. Dürüst bir borçlu, kendi eşyasına gösterdiği özenden daha çoğunu değil de, kendi eşyasına gösterdiği özenin aynısını kendisine saklanmak üzere verilen eşyaya da göstermeliydi. Bu nedenle de *Celsus*, kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünü (*diligentia quam in suis*) söz konusu metinde borçlunun sorumluluğunu hafifletmek için değil de, borçlunun sorumluluğunu ağırlaştırmak için kullanmış olmalıydı. Bu metinde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), istisnaen sorumluluğun ağırlaştırılmasını sağlasa da ileride görülecek diğer yerlerde sorumluluğun hafifletilmesi sonucunu doğurmaktaydı<sup>113</sup>. Çünkü kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*), kasıt (*dolus*) kapsamındaki sorumluluktan türediğinde sorumluluğun ağırlaştırılması sonucunu doğururken, ihmal (*culpa*) kapsamındaki sorumluluktan türediğinde sorumluluğun hafifletilmesi sonucunu doğurmaktaydı. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kasıt (*dolus*) sorumluluğundan türemesiyle ifade edilmek istenen, vedia alanın kasıtlı bir hareketle sözleşmeye aykırı davrandığında sorumlu kabul edilmesiyle ilgilidir. Borçlu kendi eşyasına gösterdiği özenden daha kötüsünü alacaklının eşyasına gösterirse, kasıt (*dolus*) söz konusu olmasa da borçlu sorumlu tutulmalıydı. Zira kendisine duyulan güvene aykırı hareket etmiş olurdu. Ancak kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütününün (*diligentia quam in suis*) ihmal (*culpa*) sorumluluğundan türemesiyle ifade edilmek istenen ise, borçlu kendi eşyasına gösterdiğinden daha fazla bir özeni değil de, kendi eşyasına gösterdiği özenin aynısını alacaklının eşyasına da göstermeliydi. Çünkü ideal bir insan davranışı örnek olarak alınmadığından, sorumluluğun hafifletilmesi sonucu doğurmaktaydı<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> Kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), günümüz hukukunda BGB ve OR'ye sorumluluğun hafifletilmesi olarak giriş yapmıştır. Bu kavram sadece İngiltere'de sorumluluğun ağırlaştırılmasına hizmet etmektedir. **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225. Ayrıca günümüzde hangi modern hukuklarda bu kullanıma yer verildiğiyle ilgili bkz. **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 283-284.

<sup>114</sup> **Walter**, s. 170.

### B. Fideicommissum

*Fideicommissum*, vasiyetçinin kanuni veya mansup mirasçıya ya da muristen ölüme bağlı bir tasarrufla herhangi bir şey elde etmiş şahsa, ölümden sonra bir edimin gerçekleştirilmesini rica etmesine yaramaktaydı. Bu işlem esasen kendisinden bir şey rica edilene güven (*fides*) duymaya dayanmakla birlikte, vasiyetçinin ricası yerine getirilmediğinde başvurulacak herhangi bir hukuki imkan da bulunmamaktaydı. Bu nedenle ilk kez İmparator Augustus<sup>115</sup>, *cognitio extra ordinem*<sup>116</sup> usulünde bu işlemlerin yerine getirilmemesi halinde başvurulacak bir dava tanıdı. *Fideicommissum*'un muayyen mal vasiyetinden (*legatum*)<sup>117</sup> farkları, bu işlemle yabancılara mal

<sup>115</sup> *Iust. Inst. 2.23.1*: “*Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.*” “İlk zamanlarda bütün *fideicommissum*'lar müeyyidesizdi, çünkü, yapılması rica edilmiş olan şeyi ifaya, kimse icbar edilemezdi: filhakika, terekenin veya muayyen malların bırakılmayacağı kimselere bir vasiyette bulunmak istenildiği vakit, vasiyetname ile iktisaba ehil olanların *fides* (sadakat, emniyet, hüsnüniyet)'ine müracaat edilirdi: bu sebepten bunlara, *fideicommissum* (*fides*'e havale edilmiş) denirdi, zira bir hukukî mecburiyete değil, rica edilenlerin iyi niyetlerine istinat ederlerdi. Bilâhara, evvelâ ilâhî Augustus, gerek recaların imparatorun sağlığı namına yapılması, gerekse bazı kimselerin açık ahlâksızlıkları yüzünden, *consul*'lere bu hususta salâhiyetlerini kullanmalarını emretti. Tedbir yerinde görülerek şöhret kazandığından, yavaş yavaş bu müdahale, devamlı bir hukukî tedbir haline geldi: *fideicommissum*'lara gösterilen rağbet o dereceyi buldu ki, zamanla, *fideicommissum*'lar hakkında karar veren ve *fideicommissarius* ismini alan hususî bir praetor da ihdas edildi.”

<sup>116</sup> ***Cognitio extra ordinem***: Davaların devlet memuru statüsündeki kişiler önünde tek aşamada görülmesini sağlayan sistem dışı yargılama usulünde, kafa gücü gerektiren faaliyetlerin ücretinin talep edilebilmesi veya bazı özel durumlarda hakime geniş takdir yetkisi verilerek hakkaniyete uygun kararlar alınır olmuştur. M.S. 4. yüz-yılda bütün İmparatorlukta uygulanan tek yargılama usulü oldu. Bu yargılama usulünün en önemli özellikleri hakim *formula*'ya bağlı olmadan geniş takdir yetkisine sahip olması, mahkumiyet kararının paradan başka bir şeye de ilişkin olabilmesi, verilen kararlara bir üst mercide itiraz edilebilmesi ve davacının isteklerine karşı davalının da talepte bulunabilmesi olarak sayılmalıdır. **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku, s. 312-313.

<sup>117</sup> ***Legatum***: Vasiyet bırakan kimse, mirasçısı olmayan bir kimseye belirli bir malını veya mallarını bırakırdı. *Legatum*'un mirasçı olmayan üçüncü kişiye aynı veya şahsi hak kazandıran türleri bulunmaktaydı. *Iustinianus* Dönemi'nde sözleşme benzerleri içinde sayılmıştı. **Rado**, s. 174-175.

vasiyeti edilebilmesi, *legatum* tahmil edilemeyen kimselere bu yolla mükellefiyet yüklenebilmesi ve *legatum*'un şekilciliklerini içermemesiydi. İki türü bulunan *fideicommissum*'un ilki olan genel *fideicommissum* (*fideicommissum universitatis*) ile vasiyette mirasçı olarak atanan kimsenin, hukuken mirasçı olamayan kimseye terekenin tamamını veya bir kısmını devretmesi rica edilirdi. Buna karşılık özel *fideicommissum* (*fideicommissum speciale*) ile terekede yer alan belirli mallar vasiyet edilirdi<sup>118</sup>.

*Fideicommissum*'da sorumluluk, Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru bir gelişme göstermişti. Murisin ricasını yerine getirmesi gereken kimse, borçlunun temerrüdü halinde faizleri yerine getirmekle ve semereleri geri vermekle yükümlüydü<sup>119</sup>.

*Fideicommissum*'da özen yükümünün (*diligentia*) ne şekilde kullanıldığı hakkında aşağıdaki metin bilgi vermektedir:

D. 36. 1. 23. 3 (*Ulpianus 5 disp.*)

“*Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet: culpae plané reddere rationem; sed ejus quae dolo proxima est. Et ita Neratius libro primo responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa, non levi, et rébus suis consueta negligentia: hujusmodi rei rationem reddet...*”

“Bir kimse *fideicommissum*'u vermekle yükümlü kılınmışsa ve köleler ölmüşse, elinde olmayıp vermekle yükümlü olduğu şeyler ondan talep edilemez. Elbette ki *Neratius*'un birinci cevaplar kitabında yazdığı gibi, kasıt (*dolus*) ile sınırı belirlenen ihmali (*culpa*) varsa sorumludur. Aynı şekilde devretmek zorunda olup kendi işlerindeki olağan özensizliğiyle belirlenen hafif ihmalle değil de, ağır ihmali nedeniyle bunu yapmamışsa sorumlu olmak zorundadır.”<sup>120</sup>

Yukarıdaki metinde *Neratius*'un düşüncesine katılan *Ulpianus*, *fideicommissum* kasten yerine getirilmemişse sorumluluğun ortaya çıkacağını belirtmişti. Murisin ricasını yerine getirmesi gereken kimsenin sorumluluğunun daha Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru bir gelişme gösterdiği bilindiği için, metindeki kendi işlerindeki olağan özensizliği ifadesi (*rebus suis consueta negligentia*), kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ifadesi olarak anlaşıl-

<sup>118</sup> **Umur**, Roma Hukuku, s. 518-519; **Koschaker/Ayiter**, s. 409-410; **Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara 2007, s. 230 vd.

<sup>119</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 436.

<sup>120</sup> Çeviride Almanca metni esas alınmıştır. **Mauel**, s. 30.

malıdır. Hatta vedia sözleşmesinde (*depositum*) olduğu gibi güvene (*fides*) dayalı *fideicommissum*'da da kasıt (*dolus*) sorumluluğunu ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletmek amacıyla, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü getirilmiş olmalıydı. Henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde teknik olarak ihmal (*culpa*) türleri bilinmediğinden ve bu dönemde *fideicommissum*'u yerine getirmesi gereken kimsenin sorumluluğu da kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru genişlediği için, hukukçunun kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüne (*diligentia quam in suis*) çıkan anlamı sorumluluğun ağırlaştırılması için getirdiği anlaşılmalıdır. Zira bir kez daha ifade etmek gerekir ki, Klasik Hukuk Dönemi'nde henüz teknik anlamda ihmal dereceleri bilinmediğinden kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*), hafif ihmalin (*culpa levis*) belirlenmesi amacıyla değil de, kasıt (*dolus*) sorumluluğunun ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletilmesi amacıyla sorumluluğun ağırlaştırılması kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Çünkü *fideicommissum*'un gereklerini kasıtle (*dolus*) hareket ederek yerine getirmeyen kimse sorumlu olmakla birlikte, gitgide ihmalle (*culpa*) hareket eden kimse de sorumlu tutulmak istenmiş ve kendi işlerini görürken gösterdiği özen (*diligentia quam in suis*) anlamına çıkacak ifade ölçüt olarak alınmış olmalıydı. Böylece gitgide ihmal (*culpa*) sorumluluğu kabul edilmiş olmalıydı<sup>121</sup>.

### C. Ortaklık Sözleşmesi (*Societas*)

Meşru bir kazanç amacıyla kurulan ortaklık (*societas*) sözleşmesinde ortakların (*socii*) borçları, sermaye paylarını ortak amacın gerçekleşmesine özgülemektir<sup>122</sup>. Ortaklardan biri, müşterek amaca ulaşmak için kendinden beklenen çabayı göstermezse veya bunu engelleyen davranışlardan kaçınmazsa ortakların birbirine karşı sorumlulukları ortaya çıkardı<sup>123</sup>. Ortaklar (*socii*) birbirlerine karşı kastın (*dolus*) varlığı halinde<sup>124</sup> sorumlu olmakla birlikte<sup>125</sup> ortaklardan biri, ortaklık payı olarak gerekli tecrübeye sahip olmaksızın emeğini taahhüt etmişse veya ortaklık mallarına zarar vermişse

<sup>121</sup> *Culpa* ifadesinin metinde *interpolatio*'lu olduğu ve metinde yalnız *culpa lata*'nın düzenlenerek yanlış anlaşılmanın Pandekt hukukuna dayandığı yönünde bkz. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 282; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285; **Mauel**, s. 35-36.

<sup>122</sup> **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 108.

<sup>123</sup> **Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Şirket Akti, Societas, İstanbul 2004, s. 73-74.

<sup>124</sup> **Rado**, s. 140, 143; **Umur**, Roma Hukuku, s. 372; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 108; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 235.

<sup>125</sup> Sorumluluğun kasten (*dolus*) hareket edilmesi halinde var olması sonucunda *actio pro socio* davasıyla şerefsizlik (*infamia*) sonucunun doğmasının nedeni, güvene (*fides*) dayanan sözleşmesel sorumluluğun ihlal edilmesiydi. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 236.

henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmalin (*culpa*) varlığında da sorumlu olurdu<sup>126</sup>. İhmalin (*culpa*) varlığı halinde sorumluluğun belirlenme ölçütünün hangi dönemden itibaren başladığı tartışmalı olmakla birlikte<sup>127</sup>, derecesinin belirlenmesi kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) aracılığıyla yapılmaktaydı<sup>128</sup>.

Aşağıdaki metinlerde ortakların birbirine karşı olan sorumluluklarında özen yükümüne yer verilerek açıklama yapılmıştır:

D. 17.2.72 (*Gaius 2 cott. rer.*)

“*Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidia, atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: Sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet.*”

“Ortak diğer ortağa karşı *culpa*'sından da, yani ihmal ve dikkatsizliğinden de sorumludur. Fakat *culpa* (ihmal) tam dikkat ve ihtimama göre hesaplanmaz; zira mutaden kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimamı şirket işlerinde de göstermesi yeterlidir; zira dikkatsiz bir adamla ortak olan ancak kendinden şikâyet edebilir.”<sup>129</sup>

<sup>126</sup> D. 17.2.52.2 (*Ulpianus 31 ad ed.*): “*Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur? Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: Socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus: nimirum ibi etiam culpa praestanda est: Pretium enim operae artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, mnagis admittit culpam quoque venire.*” “Ortak sadece *dolus*'tan mı sorumlu tutulur ya da *culpa*'dan da (sorumlu mudur)? Ve *Celsus, Digesta*'sının 7. Kitabında şöyle yazar: Ortaklar birbirine karşı *dolus* ve *culpa*'dan sorumlu tutulmalıdır. Eğer şirket kurulurken, ortaklardan biri ustalık veya hizmetleri ile katışmayı taahhüt etmişse, ortak sürünün otlatılması için veya işlenebilir bir arazi, her iki ortağın ürün alması için bir çiftçiye emanet edilmişse, *culpa*'dan sorumludur: Yapılan hizmetin değeri tecrübede saklıdır. Ve eğer, şirket mallarına zarar verilirse, (*Celsus*) *culpa*'nın göz önüne alınacağını kabul etmeye daha isteklidir.” Türkçe metin **Gönenç**, *Societas*, s. 81-82. Ortağın (*socius*) *Celsus*'tan itibaren ihmalden de sorumlu olacağı yönünde bkz. **Atak**, Ali Selkor: *Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2004, s. 87.

<sup>127</sup> *Umur, Rado* ve *Erdoğan*'a göre *culpa*'nın *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde göstermesi gereken özen) ile belirlenmesi, *Iustinianus* Dönemi'ne denk gelmektedir. **Umur**, *Roma Hukuku*, s. 372; **Rado**, s. 143; **Erdoğan**, *Borçlar Hukuku*, s. 108. Buna karşılık *Kaser/Knütel/Lohsse*'ye göre Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren bu ölçüt söz konusuydu. **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 282.

<sup>128</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 282.

<sup>129</sup> Türkçe metin **Rado**, s. 36.

*Iust. Inst. 3.25.9*

“*Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidiae atque neglegentiae, nomine, quaesitum est: praevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est suae id imprudentiae imputare, debet.*”

“Bir ortak diğer ortağına karşı *actio pro socio* ile, vedia’da olduğu gibi, sadece kastinden (*dolus*) mi mesul olur, yoksa *culpa*, yani ihmal ve teseyyübünden de mesul olur mu, meselesi ihtilaflıdır: mamafih, ihmalinden de mesul olduğu noktai nazarı hakim olmuştur. Ancak bu kusur, en büyük ihtimam ile ölçülmemelidir: gerçekten, ortağın kendi işleri için gösterdiği ihtimamı, müşterek işler için de göstermiş olması kafidir. Zira, az ihtimam gösteren bir ortağı seçen kimse, kabahati kendisinde bulmalıdır.”

Yukarıdaki her iki metin ortakların (*socii*) birbirlerine karşı ne derecede sorumlu olacağını içermeleri bakımından paralel anlam içermektedir. Hatta Mayer-Maly’e göre bu metinler *Gaius*’a atfedilen *Res cottidianae*’deki<sup>130</sup> ifadelerle aynı anlamı taşıdığından Klasik Hukuk Dönemi düşüncesini yansıtmaktadır<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> *Res cottidianae*: “*Rerum cottidianarum (sive aureorum) libri VII*” olarak da ifade edilen bu eser son çalışmalar ışığında, Klasik Hukuk Dönemi’nden sonra üçüncü yüzyılın sonunda toplandığı düşünülen *Gaius*’a atfedilmiş günlük meselelere dair yedi kitaptır. Her ne kadar tanınmış, şahsi görüş sahibi büyük hukukçular tarafından derlenmemiş olsa da bu hukukçular Klasik Dönem hukukunu, Son İmparatorluk Dönemi hukukuna intibak ettirmişlerdi. Ancak bu hukukçular, Klasik Dönem hukukçuları gibi donanımlı olmasalar da yine de hukuki sistemle, hukuki sistemin uygulanacağı toplum arasında bağlantı kurmuş olduklarından yaptıkları çalışmalar takdirle karşılanmaktadır. Ayrıca bu eserde borçların kaynaklarının sözleşmeler, haksız fiiller ve diğer sebepler olarak açıklanması, bu eserin tasnif yapma özelliğine örnek teşkil etmektedir. Bu eserde kısa cümleli, sade bir dil kullanılmıştı. Schwarz, s. 126; Göze, Ayferi: “1965 Yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Profesör Gaudemet Tarafından Verilen Konferansın Çevirisi, Batıda Post Klasik Eserlerin Genel Karakteri”, İÜHF 1967, C. XXXIII, S. 1-2, s. 285 vd.; Berger, s. 677. Karş. Umur, Lügat, s. 180; Söğütü Erişgin, Quasi Delicta, s. 5-10.

<sup>131</sup> Naklen Laffely, Etienne: Responsabilité du “socius” et concours d’actions dans la société classique, Lausanne 1979, s. 31-32. Bu metindeki kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ifadesinin Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’ne ait olması hakkında bkz. Jörs, Paul/Kunkel, Wolfgang/Wenger, Leopold/Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter: Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987, s. 237 dn. 43, 334 dn. 31.



Yukarıdaki metinlerin ilkinde ihmalin (*culpa*) tanımı verildikten sonra, ortaklık sözleşmesi (*societas*) çerçevesinde ihmalden (*culpa*) bahsedilmiştir. *Gaius*, ortakların birbirine karşı ihmalden de (*culpa*) sorumlu olacağını belirttikten sonra, bu sorumluluğun kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ile ölçülmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bunlara ek olarak her iki metinde de ortaklık işlerini görürken az özen gösteren bir ortağı seçen kimse, kabahati kendinde aramalıydı<sup>132</sup>. Ortağın ortaklık işlerinde, kendi işlerinde gösterdiği özenin altında bir özen göstermesi, dürüstlüğe (*fides*) aykırılık oluşturmaktaydı<sup>133</sup>. İlk metinde *Gaius*'un ortaklık sözleşmesi (*societas*) örneğinde verdiği *diligentia quam in suis* açıklamasıyla ortakların sorumluluğunun genişlediğinin kabulü tartışmalıdır<sup>134</sup>. Bu tartışma, aslında *Gaius*'un ortakların sorumluluğunu açıklayan metninde gerçekten de kendi görüşünü yansıtmayı yansıtmadığı veya kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ile olağanüstü özeni (*exactissima diligentia*) henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde karşılaştırıp karşılaştırmadığı yönünde toplanmıştır<sup>135</sup>.

Genellikle kabul edilen görüşe göre, ortakların sorumluluğu kastın (*dolus*) yanında ihmali (*culpa*) de kapsadığı için *culpa*'nın belirlenmesinde kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanılması, ortağın lehine onun sorumluluğunu daraltan, hafifleten bir niteliğe sahiptir. Çünkü kendi işlerinde de özen göstermeyen bir kimseyi ortak olarak seçen kimse, asıl kusuru kendisinde aramalıydı. Görüldüğü üzere bu düşünce, *Iustinianus* Dönemi'nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütünün, ihmalin (*culpa*) derecelendirilmesinde sorumluluğu hafifleten niteliğine de uygun düşmektedir<sup>136</sup>.

Bu metnin *Gaius*'un gerçek düşüncesini yansıtmayı yansıtmadığı yönündeki eski çalışmalar, her iki metnin *interpolatio* gördüğünü ve gerçeği yansıtmadığını ifade etmekteydi. Ancak *interpolatio* gördüğü ifade edilen yerlerin sonradan *Gaius*'un tipik ifadeleri olduğu anlaşıldığında sonradan başka bir görüş daha kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, *Celsus*'un vedia -saklama-sözleşmesindeki (*depositum*) kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) örneğinde olduğu gibi<sup>137</sup>, *Gaius* da bu örneği

<sup>132</sup> Aynı yönde bkz. *Gai. D. 44.7.1.5*.

<sup>133</sup> **Mauel**, s. 43.

<sup>134</sup> **Gönenç**, *Societas*, s. 80.

<sup>135</sup> **Mauel**, s. 39.

<sup>136</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225; **Gönenç**, *Societas*, s. 80-81.

<sup>137</sup> Bkz. yuk. III, A.

ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmak için vermiş olmalıydı. Çünkü ortağın ortaklık payı olarak bir iş yapmayı taahhüt etmesinde veya eser sözleşmesiyle istisnaen hafif ihmalden (*culpa levis*) sorumlu olması<sup>138</sup> dışında ihmalden (*culpa*) sorumlu olması, *Gaius*'un yaşadığı dönemde tartışmalıydı ve genel olarak ortakların ihmalden (*culpa*) sorumluluğu kabul edilmemekteydi. Bu kapsamda *Gaius* da *Celsus*'un düşüncesine paralel olarak, ortakların kasıt (*dolus*) sorumluluğunu ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletmek amacıyla kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramını kullanmış olmalıydı. Artık ortakların sorumluluğu kasıt (*dolus*) sorumluluğundan ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişlediği için, *Gaius* da ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmak istemiş olmalıydı. Ancak bu düşünce, *Gaius*'un söz konusu metninin *interpolatio* görmediği ve gerçek görüşünün yansıtıldığı kabul edildiği takdirde savunulmaktadır<sup>139</sup>.

*Hausmaninger*, *Gaius*'un kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüyle (*diligentia quam in suis*) belirlenen ihmal (*culpa*) sorumluluğunun, sadece kasıt (*dolus*) sorumluluğunu genişleterek sorumluluğu ağırlaştırdığını düşündüğünü ileri sürmemiş, aynı zamanda bu kavramı Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ndeki teknik anlamında olmamakla birlikte tam özen (*exactissima diligentia*) ifadesiyle karşılaştırdığı için sorumluluğun hafifletilmesi sonucunu doğurduğunu da düşündüğünü ileri sürmüştür<sup>140</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre *Gaius*, D. 16.3.32'de *Celsus*'un ifadesinin aksine *diligentia quam in suis*'in karşısına kasıt (*dolus*) kavramını değil de tam özen (*exactissima diligentia*) kavramını koyduğundan kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramı, soyut ölçünün (*culpa in abstracto*) hafifletilmiş hali olmalıydı<sup>141</sup>. Yani *Gaius* ortakların birbirine karşı kasıttan (*dolus*) sorumlu olduğunu kabul etmiş; ancak, ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) ortaklığın işlerinde göstermemiş olmasını, güvene (*fides*) dayanan ortaklık ilişkilerini zede-

<sup>138</sup> *Ulp. D. 17.2.52.2* metni için bkz. yuk. dn. 126.

<sup>139</sup> **Mitteis**, s. 330 dn. 43, 332; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 271 vd., 275; **Mauel**, s. 41. Aksi görüş için bkz. **Gönenç**, Societas, s. 81.

<sup>140</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 274 vd. Aynı yönde *Gai. D. 44.7.5; Iust. Ins. 3.27.1*.

<sup>141</sup> *Meissel*'e göre, Klasik Hukuk Dönemi'nde ortakların *diligentia quam in suis* ile belirlenen ihmalden (*culpa*) sorumluluğunun varlığı henüz aydınlatılmış değildir. **Meissel**, Franz-Stefan: Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages, Frankfurt 2004, s. 294. Hatta *Ulp. D. 17.2.52.2*'de *societas* çerçevesinde verildiği üzere, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonundaki hukukçulara göre kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) kavramı, soyut ölçü (*culpa in abstracto*) lehine kaybolmaya başlamış olmalıydı. **Laffely**, s. 32.

diğini düşünmüştü. Bu sayede *Gaius*, ortakları ihmalden (*culpa*) sorumlu tutarak kendi işlerinde gösterdiği özen (*diligentia quam in suis*) kavramını, ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmak için kullanmış olmalıydı. Ancak *Hausmaninger*'e göre *Gaius*, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramının karşısına Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ndeki teknik anlamında olmamakla birlikte tam özen (*exactissima diligentia*) kavramını koymuştu. Böylece ortağın sorumluluğunu bir yandan sınırlayarak diğer yandan da sorumluluğunu hafifletmişti. *Mauel*'in haklı bir şekilde ifade ettiğine göre, aynı metnin içinde hem sorumluluğun genişletilmesinin hem de sorumluluğun hafifletilmesinin bulunması çelişkili gibi görünse de, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramı nasıl ki iyiniyetin (*bona fides*) yorumu suretiyle ortaya çıkmıştı, o halde bilinçli bir şekilde iyiniyete (*bona fides*) aykırı hareket etmemeyi de gerektirmeliydi. Bu nedenle de çerçeveyi iyiniyet (*bona fides*) oluşturmalıydı. *Gaius*, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ile bir yandan ortakları sadece kasıtlı (*dolus*) değil de ihmalden (*culpa*) de sorumlu tutarak ortakların sorumluluğunu ağırlaştırmaktayken, diğer taraftan da bu sorumluluğun hafifletildiğini, karşısına olağanüstü veya tam özen (*exactissima diligentia*) kavramını koyup ispatlayarak göstermekteydi. O halde ortakların tam özenle (*exactissima diligentia*) belirlenecek şekilde değil de, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütüyle sorumlu olması, ortakların sorumluluğunu hafifletmiş oluyordu<sup>142</sup>.

#### D. Ortak Mülkiyet (*Communio*)

Roma hukukunda ortak mülkiyet (*communio*), tarafların iradelerine dayanarak oluşabileceği gibi (*communio cum societate*), tarafların iradelerine dayanmadan (*communio incidens*) tesadüfen de oluşabilirdi. Bu kapsamda ortaklık (*societas*) sözleşmesinde ortak mülkiyet (*communio*), tarafların iradelerine dayanırdı. Buna karşılık bir kimsenin ölümü halinde oluşan miras ortaklığında veya farklı kimselere ait malların dış güçlerin etkisiyle karışması durumunda, tesadüfen meydana gelen ortak mülkiyet (*communio*) söz konusuydu<sup>143</sup>. O halde tesadüfi müşterek mülkiyet anlamına gelen *communio incidens*<sup>144</sup>, birden çok kimsenin ortaklık (*societas*) sözleşmesinde olduğu

<sup>142</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 275-276; **Mauel**, s. 43-44.

<sup>143</sup> **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış 4. Basım, Ankara 2008, s. 140; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 282-283.

<sup>144</sup> **Erdoğan**, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, İstanbul 2004, s. 26.

gibi iradelerinin uyuşması şeklinde değil de, tesadüfen bir araya gelerek ortak mülkiyet ilişkisine tabi olmalarıydı. Tesadüfi müşterek mülkiyet (*communio incidens*) durumunda, ortak maliklerin sorumluluğu, ortaklık (*societas*) sözleşmesinde ortakların sorumluluğuna benzemektedir.<sup>145</sup>

*Iustinianus* Dönemi'nde ortak mülkiyet (*communio*), hukuken sözleşme benzeri (*quasi contractus*)<sup>146</sup> olarak tasnif edilmişti.<sup>147</sup> Ortak mülkiyete sahip bir kimse, diğerine karşı kasıt (*dolus*) veya ihmal (*culpa*) halinde sorumluydu<sup>148</sup>. İhmal (*culpa*), daha Klasik Hukuk Dönemi'nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü aracılığıyla belirlenmekteydi<sup>149</sup>:

*D. 10.2.25.16 (Paulus 23 ad ed.)*

*“Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias;*

<sup>145</sup> **Rado**, s. 174; **Koschaker/Ayiter**, s. 256; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 289, 290; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 119.

<sup>146</sup> *Iustinianus* Dönemi'nde borçların kaynakları sözleşmeler (*contractus*), sözleşme benzerleri (*quasi contractus*), haksız fiiller (*delictum* veya *maleficium*), haksız fiil benzerleri (*quasi delictum* veya *quasi maleficium*) olmak üzere dörde ayrılarak incelenmişti. Sözleşme benzerleri vekaletsiz iş idaresi (*negotiorum gestio*), vesayet (*tutela*), müşterek mülkiyet (*communio*), muayyen mal vasiyeti (*legatum*) ve sebepsiz zenginleşmeden oluşmaktaydı. **Rado**, s. 50 vd.

<sup>147</sup> *Iust. Inst. 3.27.3: “Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.”* “Keza, şayet bir şirket akdi yokken, bir mal, meselâ beraberce vasiyet edilmiş veya bağışlanmış olduğu için, müteaddit kimseler arasında müşterekse, ve birisi diğerine karşı, o şeyin semerelerini tek başına topladığı için, veya diğeri o şey üzerinde zarurî masraflar yaptığı için *communi dividendo* davası ile mesulse; hakikatte mecburiyetinin esasî bir akit değildir, zira aralarında yapılmış bir anlaşma yoktur: fakat borç, bir haksız fiilden de mütevellit olmadığına göre, akit benzerinden doğmuş addedilir.”

<sup>148</sup> *Ulp. D. 10.2.16.4; Paul. D. 10.2.25.16. Meissel*, s. 291.

<sup>149</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 283. Buna karşılık *Kunkel/Honsell*'e ve *Hausmaninger*'e göre, *Paul. D. 10.2.25.16*'daki *diligentia quam in suis* (kendi işlerinde göstermesi gereken özen) ifadesi Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'ne aittir. **Kunkel/Honsell**, s. 356 dn.3; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 277. *Koschaker/Ayiter*'e göre, *Iustinianus* Dönemi'nde *culpa in concreto* sorumluluk mevcuttur. **Koschaker/Ayiter**, s. 256. *Umur, Rado, Erdoğan* ve *Tahiroğlu* müşterek maliklerin sorumluluğunun *diligentia quam in suis* ile belirleneceğini belirtmiştir. **Umur**, Roma Hukuku, s. 388; **Rado**, s. 174; **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 290; **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 132.

*quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rébus. Eadem sunt, si duobus res legata sit: nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.”*

“Bir olay sonucunda mirası elinde bulunduran kimse, diğer ortak mirasçılara karşı o şeyin zarara uğramasından dolayı hem *dolus* hem de *culpa* dolayısıyla sorumludur. Çünkü burada, rızaların uyuşmasından kaynaklanan bir birlik değil de, bir olay sonucunda ortaklaşa mülkiyete sahip olma söz konusudur. Bununla birlikte hiçbir zaman iyi bir aile babasının göstermesi gereken bir özen yükümü söz konusu değildir. Çünkü o kişiye düşen payı yönetmekle yükümlü olan kimseye, diğer ortak mirasçılara karşı hiçbir zaman vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan davayı açma yetkisi verilemez. Sadece kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermesi yeterli sayılmıştır. Bu husus aynı şeyin iki kişiye muayyen mal vasiyeti yoluyla bırakılmasında da geçerlidir. Zira bu durumda da onlar tarafından gerçekleşen bir rıza uyuşması söz konusu değildir; ama her birinin müşterek malda ortak yararı söz konusudur.”

Yukarıdaki metinde görüldüğü üzere<sup>150</sup>, müşterek mirasçı diğer mirasçılara karşı sadece kasten (*dolus*) verdiği zararlarla sorumlu değildi. Müşterek mirasçı aynı zamanda, ortak miras hakkında yaptığı işlerde kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermek zorundaydı. Bu nedenle *Paulus*, müşterek mirasçının sorumluluğunun kastı (*dolus*) da aşır *diligentia quam in suis* ile belirlenmesi gerektiğini ifade etmekteydi. Çünkü müşterek mirasçı, ortak miras hakkında yaptığı işlerde aynı zamanda kendi yararına da hareket etmekteydi. Müşterek mirasçı aynı zamanda kendi yararına iş gördüğünden, kendisine vekaletsiz iş görmeden (*negotiorum gestio*) kaynaklanan *actio negotiorum gestorum*<sup>151</sup> da tanınmazdı. Sonuç olarak müşterek mirasçının kendi işlerinde gösterdiği özenden daha az bir özeni ortak miras kapsamında göstermesi, iyiniyete (*bona fides*) aykırılık teşkil ederdi ve iyi bir aile babasının göstermesi gereken özen ölçütü (*diligens paterfamilias*) yerine kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) kullanılması, müşterek mirasçıların ihmal sorumluluğunun hafifletildiğini göstermekteydi<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Metnin Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde *interpolatio* gördüğü hakkında bkz. **Mitteis**, s. 332 dn. 54; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 277.

<sup>151</sup> *Actio negotiorum gestio*: Herhangi bir zorunluluğu veya vekaleti olmadan başkasının menfaatine yönelik bir iş görmeden kaynaklanan talepler için açılan davaydı. **Umur**, Lügat, s. 139.

<sup>152</sup> **Mauel**, s. 46-47; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 286.

### E. Vesayet (*Tutela*)

Roma hukukuna göre herkes hak ve fiil ehliyetine sahip değildi. Hak ehliyetine sahip olabilmek için Roma vatandaşı, özgür ve kendi hukukuna tabi (*sui iuris*) olmak gerekirdi. Hak ehliyetine sahip olan bir erkeğin fiil ehliyetini kullanabilmesi için yirmi beş yaşını doldurması, akıl hastalığı ve müsrifliği de olmaması gerekirdi. Yirmi beş yaşını doldurmamış baba egemenliği altında olmayan 0-14 yaş aralığındaki *sui iuris* erkek çocuklara yani bülüğa ermemiş küçüklere (*impuberes*), vasi (*tutela impuberum*) atanırdı. Bu yaş grubundaki erkek çocuklar da 7 yaşını tamamlamamış olanlar (*infantes*) ve 7-14 yaş grubundakiler (*impuberes infantia maiores*) yani çocukluk devrini geçirmiş olan küçüklük üzere ikiye ayrılırdı. *Sui iuris* bülüğa ermemiş erkek çocukları (*pupillus*) dışında, her yaşta kadına da vasi (*tutela mulierum*) atanmaktaydı<sup>153</sup>. Vasinin esas görevi, mamelekin idaresiydi. Vasi (*tutor*), bu malları yönetirken kendi işlerini gördüğünde uyguladığı özeni (*diligentia quam in suis*) göstermeliydi<sup>154</sup>.

Vasiye ihmali veya kastı nedeniyle açılan davada, vasinin şerefsizliğine (*infamia*) hükmedilirdi<sup>155</sup>.

Vasi (*tutor*), vesayet altındaki kimsenin işlerini görürken Klasik Öncesi ve Klasik Hukuk Dönemi'nin başlarından itibaren ancak kastı (*dolus*) varken sorumluyken<sup>156</sup>; Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren ve Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde ihmali (*culpa*<sup>157</sup>) ile hareket etmişse sorumlu

<sup>153</sup> Küçüklere atanan vasiye nazaran kadınlar üzerindeki vesayete bazı sınırlamalar getirilmmişti. *Lex Claudia* ile en yakın baba egemenliğinden oluşan kanuni vesayet sona ermekle birlikte, *Lex Iulia Maritandis Ordinibus* ile özgür doğup en az üç çocuğu olan veya azat edilip en az dört çocuğu olan kadınlar vesayetten kurtarılmıştı. M.S. 4. yüzyıldan itibaren de kadınlar üzerindeki vesayet neredeyse tam olarak kaldırılmıştı. **Güneş Ceylan**, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 71-72.

<sup>154</sup> **Güneş Ceylan**, s. 47 vd., 101.

<sup>155</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 381; **Güneş Ceylan**, s. 123.

<sup>156</sup> **Koschaker/Ayiter**, Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıt (*dolus*) sorumluluğundan söz etmektedir. **Koschaker/Ayiter**, s. 256. Vasinin (*tutor*) ilk dönemlerde sadece kasıttan (*dolus*) sorumluluğu, vesayet altındaki kimsenin değil de kendi menfaatine hareket etmesi olarak belirtilmektedir. Bunun yanında kasıt (*dolus*) sorumluluğu, sadece olumlu bir davranışın fiilen yerine getirilmesini gerektirirken, kaçınma gibi bir hareket, vasinin sorumluluğunu doğurmazdı. Çünkü vesayet altındaki kimsenin, vasiye (*tutor*) açabileceği eski ilk dava haksız fiil davasıydı. **Ayiter**, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 79.

<sup>157</sup> Vasinin kendisiyle birlikte görevlendirilmiş diğer vasilerin borçlarını ödememeleri halinde, bu kimseleri azletmemesi vasinin ihmaline (*culpa*) örnek olarak verilebilir. **Güneş Ceylan**, s. 122.

olurdu. İhmalin (*culpa*) belirlenmesinde ölçüt, kendi işlerini görürken gösterdiği özen ölçütüydü (*diligentia quam in suis*)<sup>158</sup>. Sorumluluğun kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru ağırlaşmasının nedeni de, artık “vesayetin bir hakimiyet olmaktan çıkıp, bir kamu görevi (*munus publicum*) haline gelmiş olmasıydı”<sup>159</sup>:

*D. 27. 3. 1 pr. (Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum)*

“*In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.*”

“Her şeyin üstünde yapmakla izinli olmasa da vasi ne yaptıysa kesinlikle her şeyin üstünde neyi ihmal ettiyse bu davada *dolus, culpa* ve kendi işlerinde göstermesi gereken özen ile tutulduğu sorumluluk hesaba katılır.”<sup>160</sup>

Bu metinde *Ulpianus*, herhangi bir neden belirtmemekle birlikte vasiyi (*tutor*) sadece kasıt (*dolus*) ve ihmalle (*culpa*) değil de, aynı zamanda kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüyle (*diligentia quam in suis*) sorumlu tutmuştur. Görüşlerine katıldığımız *Kaser/Knütel/Lohsse*'ye ve *Hausmaninger*'e göre vasinin sorumluluğunun kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütüyle belirlenmesi, soyut bir ölçü çerçeve teşkil etmediğinden sorumluluğun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi<sup>161</sup>. *Hausmaninger*'e göre bunun nedeni her ne kadar metinde gösterilmese bile, vasinin kendi malvarlığını ve üçüncü kişinin malvarlığını aynı zamanda yönetme mecburiyetinden kaynaklanmalıydı. Bu nedenle de kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü, Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan bir eklemekten ibaretti. Bu nedenle metindeki ifade, borçlunun ihmal sorumluluğunun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi<sup>162</sup>.

Ancak *Mauel*'e göre, ihmalden (*culpa*) sorumlulukla birlikte ayrıca kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüne (*diligentia quam in suis*) yer verilmesi, ihmal sorumluluğunun hafifletilmesi olarak değil de sorumluluğun ağırlaştırılması olarak anlaşılmalıdır. Çünkü vasi (*tutor*), sadece

<sup>158</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 381.

<sup>159</sup> **Güneş Ceylan**, s. 116.

<sup>160</sup> Metnin bir diğer çevirisi için bkz. **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 42 dn. 81.

<sup>161</sup> **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285-286; **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225.

<sup>162</sup> **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285. *Tahiroğlu*'na göre sorumluluğun belirlenmesindeki ölçüt ortaklık sözleşmesindeki gibi kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) olduğundan nispeten hafif bir ölçüydü. **Tahiroğlu**, Borçlar Hukuku, s. 283.

kastın (*dolus*) varlığı halinde sorumlu tutulmak istenmemiş, ayrıca ihmalin (*culpa*) varlığı halinde de sorumlu tutulmak istendiği için kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüne (*diligentia quam in suis*) yer verilmek istenmişti<sup>163</sup>. *Mauel*'e göre, sorumluluğun bu şekilde ağırlaştırılması düşüncesi, Klasik Hukuk Dönemi'nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütününün (*diligentia quam in suis*'in) sorumluluğun ağırlaştırılması için ortaya çıktığını ifade eden düşünceye de uygun düşmekteydi. Aynı şekilde bu görüş, kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütününün (*diligentia quam in suis*) ortaya çıkış amacı olan kasıt (*dolus*) sorumluluğunu ihmal (*culpa*) sorumluluğuna genişletme isteğine de uygun düşmekteydi. Bu nedenle, metindeki kendi işlerinde göstermesi gereken özen kavramının (*diligentia quam in suis*) Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde yapılan bir ekleme olduğunu düşünmemek gerekir<sup>164</sup>.

### F. *Dos*

*Ius civile*'ye uygun bir evlenme sebebiyle (*matrimonii causa*) kadının kendisinin, aile babasının (*pater familias*) veya onun yerine başka bir kimsenin kocaya getirdiği ve kocanın malvarlığını arttıran şeylere çehiz, cihaz<sup>165</sup> anlamına gelen *dos* denirdi<sup>166</sup>. *Dos*, malvarlığı değerine sahip herhangi bir

<sup>163</sup> D. 26. 7. 33 pr (*Callistratus libro quarto de cognitionibus*): “A tutoribus et curatoribus pupillarum eadem diligenti exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet.” “Vasinin ve kayyımın, vesayet altındaki kimsenin ve ergin olmayanın işlerinin yönetimi konusunda, *bona fides* gereği iyi bir aile babasının kendi işlerinin yönetimindeki özeni göstermesi gerekmektedir.” Bu metinde vasinin ve kayyımın iş yaparken göstereceği özen, aile babasının (*pater familias*) kendi işlerini görürken göstereceği özen olarak belirlenmiştir. Ancak hem *pater familias* şeklinde soyut bir ölçüye hem de kendi işlerini görürken şeklindeki somut bir ölçüye dayanılması birbirine zıtlık oluşturduğu gibi, “kendi işleri (*rebus suis*)” ifadesi dikkatsizlik sonucu yapılan bir ekleme olarak görülmektedir. Bu nedenle de aslında metinde kendi işlerini görürken göstermesi gereken özen ölçütünden (*diligentia quam in suis*) bahsedilmemektedir. *Pater familias*'ın kendi işlerini görürken özen göstermemesinin de hiçbir anlamı yoktur. Çünkü *pater familias* kendi işlerini görürken herhangi bir özen yükümünü göstermek zorunda değilken, metinde *diligentia quam in suis*'ten bahsedilmek istenseydi “*quam ipsi rebus suis adhibere solent*” ifadesinin kullanılması gerekirdi. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 279 dn. 43. Metinde iyi bir aile reisinin iyiniyet (*bona fides*) gereği göstermesi gereken davranışlarının çerçeve kabul edilerek soyut ölçünün kullanıldığı yönünde bkz. **Mauel**, s. 49-50.

<sup>164</sup> *Diligentia quam in suis*'in metne Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde eklendiği hakkında bkz. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 281. **Mauel**, s. 51 vd.

<sup>165</sup> *Ayiter*'e göre dilimizdeki “çehiz” veya “cihaz” kelimeleri *dos*'un içeriğini tam olarak karşılamadığından, kavramın Türkçe çevirisi yerine Latince terimi kullanılmalıdır. **Ayiter**, Aile Hukuku, s. 17-18.

<sup>166</sup> **Ayiter**, Kudret: Klasik Roma Hukukunda “*Dos*” un Tesisi, Ankara 1958, s. 6.



şeyden oluşabilirdi. Roma’da erkeğin kadının yaşamsal ihtiyaçlarını karşılaması bakımından hukuki (*ius*) değil de örfi (*mores*) bir yükümlülüğü olduğundan *dos*, kadının konumunu güçlendirmekteydi. Yani erkeğin veya *pater familiası*’nın ailenin giderlerini tek başına karşılaması hakkaniyete aykırı olduğundan kadın, *dos* ile evlilik masraflarına (*onera matrimonii*) katılmaktaydı<sup>167</sup>. Ancak *dos* bu amaç yanında, Cumhuriyet Dönemi’nin başlarından itibaren evlilik bittikten sonra kadının geçiminin sağlanması amacını da taşımaktaydı. Zira kadın, *manus* evliliğiyle birlikte kendi ailesindeki miras hakkını kaybederdi ve bu miras hakkının yerini tutacak bir şey *dos* olarak verilirdi. Bu nedenle kocanın *dos* üzerindeki hakimiyeti sınırlansa da, Klasik Hukuk Dönemi hukukçularına göre *dos*’un mülkiyeti kocaya aitti ve kadının, *pater familiası*’nın veya başkasının hukuken *dos* verme mükellefiyeti yoktu<sup>168</sup>. *Iustinianus*, bu amacı ön planda tuttuğundan kocanın *dos* üzerinde yalnızca intifa (*ususfructus*) ve idare hakkı olduğunu kabul etmişti. Ayrıca boşanma söz konusu olursa *dos* geri verileceğinden, *dos*’un evliliğin devamını sağlama amacı da bulunmaktaydı<sup>169</sup>.

Koca, *dos*’un zarar ve ziyanda, kasten (*dolus*) ve ihmalle (*culpa*) hareket ettiyse sorumlu tutulurdu. *Kaser*’e göre, Cumhuriyet Dönemi’nin sonlarından itibaren kocanın *dos* üzerinde kasıt (*dolus*) ve ihmal (*culpa*) nedeniyle sorumluluğu söz konusuydu<sup>170</sup>. Buna karşılık *Kaser/Knütel/Lohsse*’ye göre, Klasik Hukuk Dönemi boyunca kocanın *dos* üzerinde kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütünü (*diligentia quam in suis*) göstermesi hususunda kesinlik söz konusu değildi<sup>171</sup>. *Koschaker/Ayiter*’e göre ise, kocanın *dos* üzerindeki sorumluluğu *Iustinianus* Dönemi’nde somut ölçüyle belirlenirken, Klasik Hukuk Dönemi’nde kocanın kasıt (*dolus*) sorumluluğu mevcuttu. *Ayiter*’e göre, kocanın kendi mallarına karşı özensiz hareket etmesi, *dos* mallarına karşı da özensiz hareket etmesine neden olmazdı<sup>172</sup>:

*D. 23. 3. 17 pr. (Paulus libro septimo ad Sabinum)*

*“In rebus dotalibus virum praestare oportet, tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.”*

<sup>167</sup> **Ayiter**, *Dos*, s. 32.

<sup>168</sup> **Ayiter**, *Dos*, s. 52, 145.

<sup>169</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 358 vd.; **Koschaker/Ayiter**, 316 vd.; **Ayiter**, *Aile Hukuku*, s. 18 vd.

<sup>170</sup> **Kaser**, *RP I*, s. 340.

<sup>171</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 362.

<sup>172</sup> **Koschaker/Ayiter**, s. 319. **Ayiter**, *Dos*, s. 125; **Ayiter**, *Aile Hukuku*, s. 35.

“*Dos* konusunda, koca hem *dolus* ve hem de *culpa* ile sorumludur. Çünkü *dos*’u kendi yararına elinde tutar. Bununla birlikte kendi işlerinde gösterdiği özeni sağlamakla borçlanır.”

Yukarıdaki metinde *dos*’un geri verilmesi hususunda, kocanın hem kasıt (*dolus*) hem de ihmal (*culpa*) sorumluluğunun bulunmasının nedeni, kocanın *dos*’u kendi yararına elinde bulundurması olarak gösterilmektedir. Bu yarar prensibi nedeniyle, görüşlerine katıldığımız *Hausmaninger* ve *Kaser/Knütel/Lohsse*’ye göre kocanın sorumluluğu hakkında kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) metnin orijinal halinde yer almamakla birlikte metne sonradan eklenmişti<sup>173</sup>. *Hausmaninger*’e göre *Paulus* kocayı, *dos* olarak verilen malın zarar görmesinde kasıt (*dolus*) ve ihmalle (*culpa*) hareket ettiyse sorumlu tutmakla birlikte muhtemelen Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütü eklenerek ihmal derecelerinin belirlenmesi çerçevesinde kocanın ihmal (*culpa*) sorumluluğu hafifletilmişti<sup>174</sup>. Yani kocanın *dos*’un iadesinde özenli bir aile babasının (*diligens pater familias*) davranışındaki özeni değil de, kendi işlerinde uyguladığı özeni (*diligentia quam in suis*) göstermesi yeterliydi.

Bu düşünceye karşılık *Mauel*’e göre ise metindeki kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramı metne sonradan eklenmemiştir. Metinde yer alan kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), kavramın ilk ortaya çıkış amacına uygun olarak kocanın sorumluluğunun ağırlaştırıldığını göstermektedir<sup>175</sup>. Çünkü koca, *dos*’un geri verilmesinde ortaya çıkan zararda kastının (*dolus*) varlığı halinde değil de, ayrıca ihmalinin (*culpa*) varlığı halinde de sorumlu tutulmak istenmişti. Bu nedenle de vasinin (*tutor*) sorumluluğunda da belirtildiği gibi<sup>176</sup>, kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) kavramıyla ihmal (*culpa*) sorumluluğunun yan yana verilmesi, kocanın sorumluluğunun ağırlaştırılmasını göstermekteydi<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> *Diligentia quam in suis*’in *Iustinianus* Dönemi’nde metne eklendiği hakkında bkz. **Kaser**, RP II, 258 vd.; Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi’nde eklenmesiyle ilgili olarak bkz. **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 277 vd. Aynı yönde bkz. **Mitteis**, s. 333.

<sup>174</sup> **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 280-281; **Hausmaninger**, FS Baltl, s. 285-286 **Kaser/Knütel/Lohsse**, s. 225. *Praeferna* adı verilen *dos* dışında olup kadın tarafından istenilen şekilde kullanılan malların üzerinde kocanın *Iustinianus* Dönemi’nde *culpa in concreto* sorumluluğunun bulunduğu yönünde bkz. **Ayiter**, *Dos*, s. 29-30; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 278; **Mauel**, s. 57.

<sup>175</sup> **Mauel**, s. 56.

<sup>176</sup> Bkz. yuk. III, E.

<sup>177</sup> **Mauel**, s. 54 vd. Aksi görüş için bkz. **Mitteis**, s. 333; **Hausmaninger**, FS Kaser, s. 278.

## SONUÇ

Hukuken iyi bir yöneticinin, malların idaresinde ve borçların ifasında göstermesi gereken özen anlamındaki özen yükümünün (*diligentia*) belirlenmesi, o borç ilişkisinde borçlunun aktif bir davranış göstermesine bağlıydı. Borçlunun bu aktif davranışı ya ideal insan (*diligentia diligentis*) olarak özenli bir aile babasının (*diligens pater familias*) göstermesi gereken özeni kapsamalıydı ya da kendi işlerinde göstermesi gereken özeni (*diligentia quam in suis*) içermeliydi. Belirtilen iki türdeki özen yükümü (*diligentia*) türlerine aksi davranış, belirli hukuki ilişkilerde borçlunun sorumluluğuna neden olurdu. Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi'nde sözleşmesel sorumluluk ölçütlerinden biri olarak kabul edilen özen yükümünün (*diligentia*) kökleri, Cumhuriyet Dönemi hukukçuları tarafından oluşturulmuştu.

*Iustinianus* Dönemi'nde kasıt (*dolus*) ve kasıta eşit tutulan ağır ihmalden (*culpa lata*) sorumluluk söz konusu olduğunda borçlunun sorumluluğu hafifti. Buna karşılık tüm kusur derecelerinden (*omnis culpa*) sorumlulukta, borçlunun sorumluluğu ağırdı. Hafif ihmalden sorumluluğun belirlenmesinde kullanılan özen yükümü (*diligentia*) türlerinden ideal insan davranışı (*diligens pater familias*) söz konusu olduğunda sorumluluğun artması söz konusu olurken, kendi işlerinde kullanılan özenin (*diligentia quam in suis*) gösterilmesi durumunda ihmal (*culpa*) sorumluluğunun sınırlandırılarak hafifletilmesi söz konusu olurdu. Çünkü kendi işlerinde de dikkatsiz ve özensiz olan kimse, sorumluluktan kurtulurdu.

Özen yükümüyle ilgili olan metinlere bakıldığında her iki özen yükümü türünün de temellerinin Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları tarafından atıldığı kabul edilmelidir. İdeal insan davranışı şeklindeki (*diligens pater familias*) soyut ölçünün, ilkin Roma'nın günlük yaşamında kullanıldığı, sonradan Roma'nın hukuk hayatına girdiği kabul edilmektedir. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütü (*diligentia quam in suis*) şeklindeki somut ölçü ise, *Iustinianus* Dönemi'nin aksine Klasik Hukuk Dönemi'nde ihmal sorumluluğunun sınırlandırılarak hafifletilmesi amacıyla değil de, sorumluluğun kasıt (*dolus*) sorumluluğundan ihmal (*culpa*) sorumluluğuna doğru genişletilerek ağırlaştırılması için getirilmişti. Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütünün (*diligentia quam in suis*) ortaya çıkışını gösteren metin olarak *Cels. D. 16.3.32*'de, bu kavramın kasıt (*dolus*) ile karşılaştırılması yapılmıştır. Hukukçu *Nerva*'ya göre çok büyük ihmal (*culpa lator*), kasıtle (*dolus*) eşdeğer sonuçları doğurmalıyken; *Proculus* bu düşünceye, vedia -saklama- (*depositum*) sözleşmesinde mahkumiyetin şerefsizlik sonucu doğurması nedeniyle karşı çıkmıştı. İhmalle hareket eden biri değil de, ancak kasten sözleşmeye aykırı davranan kişi şerefsizlik sonucuyla karşılaşmalıydı.

Çünkü ihmalkar bir insan, başkasının işini görürken de ihmalkar davranacaktı. Buna karşılık *Celsus*, *Nerva*'nın çok büyük ihmalle borca aykırı hareket etmenin sonuçlarının kasıtlı eşdeğer tutmasını haklı bulmuştu. Bu hukukçuya göre bir kimse, eşya sırf kendisine değil de başkasına ait olduğu için ihmalkar davrandığında yani kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermediğinde, bu davranış güvene aykırılık (*fraus*) anlamında *dolus* ile aynı sonuçları doğurmalydı.

Kendi işlerinde göstermesi gereken özen ölçütüyle (*diligentia quam in suis*) ilgili olarak ortaklık sözleşmesinde (*societas*) ortakların birbirlerine karşı sorumluluklarını içeren *Gai. D. 17.2.72*'ye göre, ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni ortaklık işlerinde de göstermesi beklenirdi. Bu metinde *diligentia quam in suis*, teknik anlamda olmamakla birlikte olağanüstü özen (*exactissima diligentia*) ile karşılaştırıldığından sorumluluğun hafifletilmesi söz konusu olmalıydı. Diğer taraftan *Gaius*'un yaşadığı dönemde henüz ortakların genel olarak ihmalden (*culpa*) sorumluluğu bilinmediği için sorumluluk ölçütünün kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia in quam suis*) ile belirlenmesi, sorumluluğun kasıttan (*dolus*) ihmale (*culpa*) doğru genişlediğini gösterirdi. Bu açıdan da kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*), kasıt (*dolus*) ve ihmâl (*culpa*) arasında köprü görevi görmekteydi.

*Celsus*'un vedia (*depositum*) sözleşmesi örneğinde ve *Gaius*'un ortaklık sözleşmesinde kendi işlerinde göstermesi gereken özen (*diligentia quam in suis*) ölçütünü ilk kez kullanımında, borçlunun sorumluluğunu genişletmek isteğiyle sorumluluğun ağırlaştırılması söz konusuysen, bu ölçütün ilerleyen zamanlarda başka hukuki ilişkilerde kullanımı ihmalden (*culpa*) sorumluluğun hafifletilmesine örnek teşkil ederdi. Zira kendi işlerinde de dikkatsiz ve özensiz olan kimsenin, *diligentia quam in suis* sorumluluk ölçütüyle sorumluluğundan bahsedilmezdi. Müşterek mirasa sahip olan kimselerin bu ortak mülkiyet ilişkileri (*communio*) ortaklık sözleşmesindeki (*societas*) gibi kendi isteklerine dayanmazdı ve müşterek mirasçı, diğer mirasçıların yararına olduğu kadar kendi yararına da hareket ederdi. Keza koca da *dos*'u kendi yararına elinde bulundurduğundan sorumluluk ölçütü, yine *diligentia quam in suis* olarak belirlenmişti. Vasinin (*tutor*) sorumluluk ölçütünde de *diligentia quam in suis*'in kabul edilerek sorumluluğunun hafifletildiğinin kabulü, muhtemelen vasinin bu görevi mecburen yüklenip hem kendisinin hem de vasinin mallarının yönetimini birlikte yürütmesi gerekliliği idi. Belirtilen bu hukuki ilişkilerde kendi işlerinde gösterdiği özen ölçütünün kullanımı ihmâl (*culpa*) sorumluluğunun hafifletilmesine neden olurdu. Zira ideal bir insan davranışı örnek olarak alınmadığından, borçlunun kendi işlerinde de özensiz olması onun sorumluluğuna neden olmazdı.

**KAYNAKÇA**

- Akıncı**, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK İle Mukayeseli, Konya 2013.
- Atak**, Ali Selkor: Klâsik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2004.
- Ayiter**, Kudret: Klasik Roma Hukukunda “Dos” un Tesisi, Ankara 1958 (Anılış: Dos).
- Ayiter**, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963 (Anılış: Aile Hukuku).
- Başpınar**, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.
- Behrends**, Okko/**Knütel**, Rolf/**Kupisch**, Berthold/**Seiler**, Hans Hermann: *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), Heidelberg, 1995; **Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends**, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.
- Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.
- Buckland**, William Warwick: Diligens Pater Familias, Studi in Onore di Pietro Bonfante, Volume Secondo, Milano 1930, s. 87-108.
- Di Marzo**, Salvatore (Çev.: Ziya Umur): Roma Hukuku, İstanbul 1959.
- Dunand**, Jean-Philippe/**Schmidlin**, Bruno/**Winiger**, Bénédict: Droit Privé Romain II, Obligations, Bruxelles 2010.
- Dunand**, Jean-Philippe/**Pichonnaz**, Pascal: Lexique de droit romain, Genève, Zurich, Bâle 2006.
- Erdoğan**, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, İstanbul 2004 (Anılış: Hukukta Latince).
- Erdoğan**, Belgin: “Klasik Roma Hukuku’nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia”, Prof. Dr. Roma Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s. 895-908 (Anılış: Custodia).
- Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, İstanbul 2014 (Anılış: Borçlar Hukuku).
- Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Şirket Akti, Societas, İstanbul 2004 (Anılış: Societas).

- Gönenç**, Fulya İlçin: “Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi”, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı, MÜHF-HAD 2008, C. XIV, S. 4, s. 13-28 (Anılış: Haksız Fiil).
- Göze**, Ayferi: “1965 Yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Profesör Gaudemet Tarafından Verilen Konferansın Çevirisi, Batıda Post Klasik Eserlerin Genel Karakteri”, İÜHF 1967, C. XXXIII, S. 1-2, s. 284-295.
- Güneş Ceylan**, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004.
- Hausmaninger**, Herbert: “Diligentia quam in suis”, Festschrift Kaser 1976, s. 265-284 (Anılış: FS Kaser).
- Hausmaninger**, Herbert: “Rechtsvergleichende notizen zur diligentia quam in suis”, Festschrift Baltl, 1978, s. 283-295 (Anılış: FS Baltl).
- Honig**, Richard (Çev.: Şemseddin Talip): Roma Hukuku, İstanbul 1938.  
*Iustinianus Institutiones*, Çev.: Ziya Umur, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.
- Jörs**, Paul/**Kunkel**, Wolfgang/**Wenger**, Leopold/**Honsell**, Heinrich/**Mayer-Maly**, Theo/**Selb**, Walter: Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987 (Anılış: Kunkel/Honsell).
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Onüçüncü Basım, Ankara 2008 (Anılış: Roma Hukuku).
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış 4. Basım, Ankara 2008 (Anılış: Eşya Hukuku).
- Kabağaç**, Sina/**Alova**, Erdal: Latince Türkçe Sözlük, İstanbul 1995.
- Kaser**, Max/**Knütel**, Rolf/**Lohsse**, Sebastian: Römisches Privatrecht, München 2017.
- Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das Altrömische Das Vorklassische und Klassische Recht, 2. Aufl., München 1971 (Anılış: RP I).
- Kaser**, Max: Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt Die Nachklassischen Entwicklungen, Zweite, neubearbeitete Aufl., München 1975 (Anılış: RP II).
- Koçhisarlıoğlu**, Cengiz/**Söğütlü Erişgin**, Özlem: Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları, Ankara 2016.
- Koschaker**, Paul/**Ayiter**, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.

- Kuhlmann**, Gerhard: *Diligentia*. Der Begriff in seiner Funktion. Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Philosophischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster (Westf.), Münster/Westfalen 1958.
- Kunkel**, Wolfgang: “*Diligentia*”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 45, 1925, s. 266-351.
- Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda İntifa Hakkı (*Ususfructus*), Ankara 1998 (Anılış: *Ususfructus*).
- Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (*Depositum*), Ankara 2002 (Anılış: *Depositum*).
- Küçükgüngör**, Erkan: Roma Hukukunda Vasiyet (*Testamentum*), Ankara 2007 (Anılış: *Testamentum*).
- Laffely**, Etienne: *Responsabilité du “socius” et concours d’actions dans la société classique*, Lausanne 1979.
- Marton**, Géza: Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile, RIDA 1949, tome 3, Mélanges Fernand De Visscher II, s. 177-191.
- Mauel**, Joachim: “Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten -Ursprung, Zweck und Grenzen des Haftungsprivilegs”, Inaugural-Dissertation Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln, Köln 1985.
- Meissel**, Franz-Stefan: *Societas: Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt 2004.
- Mitteis**, Ludwig: *Römisches Privatrecht*, 1. Bd., Leipzig 1908.
- Molnar**, Imre: “Der Haftungsmaßstab des Pater Familias Diligens in römisches Recht”, Vorträge Gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. Bis 27. September 1990 (Hrsg. Paul Nève und Chris Coppens), Nijmegen 1992, s. 23-31 (Anılış: *Pater Familias Diligens*).
- Molnar**, Imre: *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*, Szeged 1998 (Anılış: *Die Haftungsordnung*).
- Monier**, Raymond: *Petit Vocabulaire de Droit Romain*, Paris 1942.
- Rado**, Türkan: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 1978.
- Robaye**, René: *Le droit romain*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles 2005.
- Schmidlin**, Bruno/**Cannata**, Carlo Augusto: *Droit Privé Romain II, Obligations Successions Procédure*, Lausanne 1987.

- Schwarz**, Andreas B. (Çev.: Türkân Rado): Roma Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1965.
- Somer**, Pervin: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı, İstanbul 2008.
- Sögütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara 2002 (Anılış: Quasi Delicta).
- Sögütlü Erişgin**, Özlem: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016 (Anılış: Contractus).
- Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2009 (Anılış: Borçlar Hukuku).
- Tahiroğlu**, Bülent: “Roma Hukukunda Contractus’tan Kaynaklanan Sorumluluk ve Türk Hukukuna Etkileri”, Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 503-511 (Anılış: Contractus).
- Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2009.
- Tamer Güven**, Diler: Culpa in Eligendo, Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001 (Anılış: Culpa).
- Tamer**, Diler: Roma Hukuku Uygulamaları, İstanbul 2009 (Anılış: Roma Hukuku).
- Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 (Anılış: Lügat).
- Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, İstanbul 1999 (Anılış: Roma Hukuku).
- Visky**, Károly: “La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République”, Revue Internationale des droits de l’antiquité, Mélanges Fernand De Visscher II, 1949, s. 437-484.
- Walter**, Tom: Die Funktionen der actio depositi, Berlin 2012.
- Wolff**, Hans Julius: “Zur Geschichte der diligentia quam suis”, IVRA 1955, s. 152-155.
- Zilelioğlu**, Hilâl: “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD 1982-1987, C. XXXIX, S. 1-4, s. 241-264 (Anılış: Sorumluluk).
- Zilelioğlu**, Hilâl: Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1985 (Anılış: Custodia).