

ROMA HUKUKUNDAKİ SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Dr. Hilâl Zilelioğlu

I- GENEL OLARAK

Roma hukukundaki sorumluluk ölçütlerinin, Klasik Hukuk Dönemi ile Iustinianus dönemi arasında genel bir yapı değişikliğine uğraması yüzünden, bu konudaki bir çok noktalar, son yüzyılda yapılmış geniş yayınlara rağmen henüz tamamiyle aydınlatılmış değildir. Sözleşmeye dayanan sorumluluk üzerindeki çalışmalar, 19. yy. sonu ve 20. yy. başında yoğunluk kazanmış, ünlü Roma hukukçularının bu dönemde büyük eserler vermelerine neden olmuştur.

Roma hukuku öğretisinde genellikle, Klasik Hukuk Döneminde kusursuz sorumluluk ilkesinin ve buna bağlı ölçütlerin geçerli olduğu, Iustinianus dönemine gelindiğinde ise bu ilkenin ufak istisnalar dışında tamamen bırakılarak kusura dayanan sorumluluk (sübjektif sorumluluk) ilkesinin benimsendiği kabul edilmektedir. Ancak, Iustinianus Döneminde kaynaklarda yapılan interpolatio'lar nedeniyle sorumlulukla ilgili klasik hukuk dönemi kaynakları değişikliğe uğramıştır. Iustinianus döneminde, kusur (culpa) ilkesi ve bu ilkenin çeşitli derecelere ayrılması sırasında, gerekli özen gösterilmediğinden, mevcut kaynaklar arasında büyük çelişkiler doğmuştur. Kaynaklarda ki bu çelişkiler, bir çok Roma hukukçusunun farklı görüşler ileri sürmelerine neden olmuştur. Örneğin Jhering, "das Schuldmoment im Römischen Privatrecht" (Giessen 1869) isimli ünlü yapıtında, Klasik Hukuk Döneminin düşüncesini yansıtırken, "sözleşmeye dayanan sorumluluk" için "kein Übel ohne Schuld" (kusursuz zarar olmaz) prensibinden hareket etmiştir¹. Bir başka Roma hukukçusu Marton ise, bu metinlerin değiştirilmesi sırasında, esasa bağlı kalınmış olup, klasik döneme ait bazı prensiplerin Iustinianus döneminde

¹ CANNATA: Ricerche Sulla Responsabilita Contrattuale Nel Diritto Romano Classico, Milano 1966, sh. 4

genelleştirildiğini ileri sürmüştür². Yani temel yine Klasik Hukuk dönemindeki bazı prensiplerdir.

Iustinianus derleyicilerinin, esas olarak kişinin hareketlerinin bireysel olarak değerlendirilmesi demek olan sübjektif sorumluluk prensibinden yola çıkmış olmaları, Glossatörler dönemine gelindiğinde ise, genellikle hasarın borçluya yüklenmesi kuralından hareket eden objektif sorumluluk prensibine tekrar yer verilmesi, bu iki zıt anlayışın bağdaştırılmasında çeşitli zorluklara neden olmuştur.³

Pandekt Hukuku döneminde ise, Alman hukukçuları arasında, sözleşmeye dayanan sorumluluk alanında bir birlik ve sistematik kurma çabaları yayılmış, C.I.C.'in, iki farklı sorumluluk teorisi bakımından değerlendirilmesi yapılmıştır. Ancak bu hukukçular arasında da görüş birliği sağlanamamıştır. Görüldüğü gibi Roma hukukundan, günümüze kadar çeşitli dönemlerde sorumluluk ölçütleri üzerinde farklı anlayışlar hakim olmuştur.

Iustinianus derleyicileri tarafından esas olarak sübjektif sorumluluğun alındığı, objektif sorumluluğun ise istisna olarak kaldığı görüşü ise, 20. yy. in ilk 20 yılında İtalya'da oldukça büyük bir grup hukukçu tarafından tenkid edilmiştir.⁴ Ancak bu görüş, Seckel tarafından yeniden savunulmuş ve bu sav özellikle Almanya'da taraftar bulmuş olup⁵ bugün bile geçerliliğini korumaktadır.

Bu teori taraftarlarına göre, Klasik dönem hukukunda teknik olarak düşünülen "custodia sorumluluğu" ile yükümlü olan borçlu, belirli bazı olaylardan, furtum (hırsızlık) ve "damnum iniuria datum (mala verilen zarar)" dan objektif olarak sorumludur. Klasik Hukuk Dönemindeki sorumluluk ölçütlerinden "custodia (gözetim)"nın, yapısı gereği ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek kadar geniş bir alana sahip olması nedeniyle, burada sadece objektif sorumluluğun bir türü olarak değerlendirildiğini söylemekle yetineceğiz.

Custodia, tek başına veya yanına başka objektif kriterler eklenmiş olarak ki, bunlar "factum debitoris (borçlunun fiili), imperitia

2 MARTON: Un Essai de Reconstruction du Developement Probable du Systeme Classique Romain de Responsabilite Civile, RIDA 3/1949 sh. 177.

3 MAFFEI: Caso Fortuito e Responsabilita Contrattuale Nell'eta dei Glossatori, Milano 1957, sh. 27.

4 LUSIGNIANI, DE MEDIO, FERRINI bu hukukçular arasındadır.

5 KÜBLER, KUNKEL, RABEL, HAYMANN, SCHULZ, Fransa'da PARIS, İtalya'da ARANGIO-RUIZ, CARRELLI, LUZZATTO ve METRO.

(deneysizlik, bilgisizlik) ve vitium operis (eserin kusurlu olması)"tir, "fides"e aykırı her hareketi içine alan ve ifanın bilinerek imkansız kılındığı "dolus (kast)" ölçütü ile Klasik Dönem sorumluluk sistemini oluşturur. Bu dönemde herhangi bir sübjektif ölçüte gerek duyulmaz. Culpa-neglegentia (ihmal), sübjektif sorumluluk teorileri Postklasik Dönemde ortaya çıkmıştır.⁶

Culpa kavramı, Klasik Hukuku Döneminde mevcut olmakla birlikte, sözleşmeye dayanan sorumluluk alanında bazı hallerde kullanılmış olup genel bir kriter haline dönüşmemiştir. Iustinianus Döneminde ise culpa ve culpa'nın çeşitli dereceleri olan "culpa lata (ağır ihmal)", "culpa levis (hafif ihmal)" ve "culpa in concreto," sorumluluk ölçütleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

"Diligentia (özen yükümü)" ve çeşitli dereceleri, farklı borç ilişkilerindeki sorumlulukların saptanmasına yarayan ayrı bir ölçüt olarak Iustinianus döneminde genel olarak uygulanmaya başlamıştır. Diligentia'nın, klasik hukuk dönemindeki objektif sorumluluk ölçütlerinden custodia'nın Iustinianus dönemindeki sübjektif sorumluluk anlayışına uyarlanmış biçimi olduğunu hatırlatmakla yetinelim.

Sorumluluk ölçütleri olarak görmüş olduğumuz, dolus, custodia, culpa ve diligentia dışında bir de bazı olaylar vardır ki, bunlar gerçekleştiği zaman, borçlu sorumluluğundan kurtulur. Bu nedenle bu olayları da sorumluluk ölçütleri arasında değerlendirmek gerekir.

Klasik hukuk döneminde, bazı borç ilişkilerinde, yani custodia sorumluluğunun bulunduğu hallerde, borçlu beklenmeyen hallerden de sorumlu idi. "casus" adı verilen bu tür olayları öncelikle "vis maior (zorunlu neden)" den ayırmak gerekir. Çünkü, "vis maior" nedeniyle kişi, hiç bir hukuk döneminde sorumlu tutulmamıştır.

Çağdaş hukukumuzda "vis maior" illiyet bağıını keserek, kişiyi sorumluluktan kurtaran haller olarak görülmektedir.

Her hukuk düzeninde, borçlunun dışında gerçekleşen bir olayın, sonradan meydana gelen imkansızlığı gerçekleştirmesi ile ifa yokluğu sonucunu doğurması bakımından sorumluluk sınırı çizdiğini görürüz.⁷

6 LUZZATTO: *Caso-Fortuito e Forza Maggiore Come Limite Alla Responsabilita Contrattuale*, Milano, 1939 sh. 38.

7 İtalyan Medeni Kanunu 1226. md. de zorunlu neden ve beklenmeyen hallerin borçluyu sorumluluğundan kurtardığı görülmektedir.

Türk Hukukunda da, gerek kanunlarımız, gerek yargıtay içtihatlarında bu iki terim ayrı anlamlarda kullanılmıştır.⁸

Casus-vis major ayırımının kendini gösterdiği en önemli nokta, zorlayıcı nedenin daima sorumluluktan kurtuluş nedeni olduğu halde, umulmayan halin her zaman bu niteliğe sahip bulunmamasıdır.⁹

Roma hukukunda, bu konuda incelenmesi gereken iki ayrı sorun karşımıza çıkar. Birincisi, zorlayıcı neden ve beklenmeyen hal'in mahiyet ve sınırlarını saptamak, diğeri ise C.I.C.'in kesin olmayan yorumlanması sonucunda ortaya çıkar bu kavramların gerçek anlamlarını saptamak. Genel olarak "Casus" terimi içinde değerlendirilen iki kavram, zorlayıcı neden (vis major) ve umulmayan hal (casus)'in kesin sınırları ancak Iustinianus döneminde belirlenmiştir. Yine bu dönemde 'vis maior' halinde kusurun ortadan kalacağı kesin olarak belirtilmiştir.¹⁰

Özetle, Roma hukukunda çeşitli sözleşme tiplerinde, tarafların sorumluluğunu saptamakta etkili olan ölçütler, hafiften ağıra doğru sıralanacak olursa, en hafif sorumluluk ölçütü olarak dolus ve dolus'un, culpa lata, dolus proxima ve dolo aequiparatur şeklindeki dereceleri ile karşılaşırız. Kusurun ağırlığına göre culpa-lata culpa levis olarak ayrılan culpa, borçlunun kendi işlerine göstermiş olduğu özen eksikliği anlamındaki culpa in concreto, Romalıların culpa in concreto'ya karşı olarak kullandıkları culpa in abstracto ikinci sırayı alır. Üçüncü olarak, borçlu tarafından gösterilmesi gereken diligentia'nın daha yumuşak karşılığı neglegentia ve bu sorumluluktan kaynaklanan bir hareket olarak 'diligens pater familias' ve fayda (utilitas) prensibine göre saptanan çeşitli derecelerdeki diligentia'lar gelir. Son olarak, büyük ölçüde objektif sorumluluk özelliklerine sahip, özen göstermeyi kapsamına alan, kişiyi hırsızlık ve mala verilen zararlardan sorumlu tutan custodia (gözetim), umulmayan hallerde bile sorumluluğun devam ettiği en ağır sorumluluk ölçütüdür.

Şimdi, klasik hukuk döneminden itibaren sorumluluk ölçütü olarak kullanılan bu kavramların bazılarını yakından inceleyelim.

8 Fransız hukukçularının aksine Türk-İsviçre hukukçuları zorlayıcı nedenle, beklenmeyen hali birbirinden ayırmaktadır. Aksi görüş için bkz: GÖZÜBÜYÜK: Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen haller. Ankara 1957, sh. 13

9 EREN: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara 1975, sh. 177

10 D. 4.9.1.3.

II- KLASİK HUKUK DÖNEMİ:

1- DOLUS:

Yukarıda sözünü ettiğimiz gibi, Klasik Hukuku Döneminde genel olarak kusursuz sorumluluğun benimsendiğini biliyoruz. Bu dönemde sözleşmeye dayanan sorumlulukta kullanılan “factum debitoris” kuralına göre, sözleşmenin ifa edilmemesinin, borçlunun aktif, iradi bir hareketinden doğmuş olduğu kabul edilmektedir. Bu hareketten alacaklının zararına bir sonuç meydana geldiğinde, hareketin neden olduğu imkansızlık tazmin edilecektir. Burada borçlunun iradi hareketi arandığına göre, hareketle sonuç arasındaki illiyet bağımlı kesen haller, sadece “vis maior” ve borçluya yabancı olan üçüncü kişinin hareketidir. İşte “factum debitoris” ile sorumluluğun gerçekleştiği objektif sorumluluk kriteri dışında bir de gerçekten borçlunun iradi ve kasti hareketi ile ifanın gerçekleşmemesinin imkansız olduğu ve iradi hareketin dışındaki doğal olayların (vis maior) sorumluluğu ortadan kaldırdığı dolus’tan sorumluluk hali vardır. Dolus’un çeşitli dereceleri Corpus Iuris Civilis’de, “dolus”, “culpa lata”, “dolo proxima” veya “quae dolo aequiparatur” terimleri ile gösterilmiştir.

Dolus terimi, Klasik Hukuk Dönemi boyunca objektif sorumluluk ölçütü olan “custodia”nın karşısı olarak gösterilmiştir. Sorumluluk ölçütleri içinde en eski olan dolus’un kaynağı, borçlunun cezalandırılması şeklindeki haksız fiil sorumluluğundadır.¹¹

Dolus kelimesinin etimolojik anlamına bakacak olursak, Ulpianus’un Labeo’dan aldığı bir metinde “herhangi bir çıkar elde etmek için bir kişiyi tuzağa düşürmek” biçiminde tanımlandığını görürüz.¹² Dolus’un bu anlamıyla, pek çok kamu ve özel suçun süb-

11 Roma Hukukunda sorumluluğun kaynağının haksız fiiller mi yoksa sözleşmeler mi olduğu konusunda çok yaygın bir tartışma vardır. Ancak hukukçuların büyük bir bölümü, sorumluluğun kaynağının haksız fiillerden geldiği üzerinde birleşirler. Bu konuda geniş bilgi için bakınız: BETTI: La Struttura dell’obbligazione e Il Problema Della Sua Genesi, Camerino 1919 sh. 97 vd., sh. 102 vd.; SEGRE: Obligatio, Obligare, Obligari Nei Testi Della Giurisprudenza Classica e Del Tempo di Diocleziana (Studi BONFANTE III sh. 499); PEROZZI: Le Obbligazioni Romane (Scritti Giuridici II, Milano, 1948, sh. 377; Dalle Obbligazione Da Contratto (Scritti Giuridici sh. 446) MARCHI: La Definizioni Romane Del Obbligazione (Bullettino, 1948 sh. 23); LUZZATTO: Per Un Ipotesi Sulle Origini e La Natura Delle Obbligazioni Romane, Milano 1934 sh. 59.

12 Ulp. (11 ad Ed.) D.4.3.1.2; “Calliditas fallaciâ machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita.”

jektif elementi olduğu anlaşılmaktadır.¹³ Aynı şekilde Praetor'lar tarafından sözleşme dışı sorumluluklarda verilen actio doli'lerde de aynı tip hareketler söz konusu idi.¹⁴

Dolus'un genel kullanım biçiminden de anladığımız gibi, bu ölçüt, kaynağını haksız fiilerden almış, nedeni hukuka girişi, sözleşmelere ve sözleşme benzerlerine uygulanışı daha sonra olmuştur. Bunların örneklerini de gerek Ius Gentium¹⁵ gerek Ius Honorarium kaynaklı metinlerde görmekteyiz.¹⁶ Ancak, Ius Gentium kaynaklı formula'larda dolus daha çok görülmektedir. Çünkü "dolus malus", "bona fides" in karşıtı olarak kabul edilmektedir.¹⁷ Daha sonraları, klasik döneme ait bir başka kaynakta bu karşıtlık daha açık bir biçimde gösterilmiştir.¹⁸

Dolus'tan sorumluluğun, "bona fides" borcunu gözönüne almakla aynı şey olduğunu gösteren pratik bir uygulamaya da D. 17. 1.8.10'da raslamaktayız.¹⁹ Bu kaynakta köle satımı ile görevlendirilmiş bir vekil (mandatarius)'den söz edilmektedir. Satım gerçekleşikten sonra kölenin kaçması halinde vekilin dolus'u olup olmaması hali birbirinden ayrı olarak değerlendirilmiş, birinci halde sorumluluğu bulunduğu, ikinci halde ise bulunmadığı vurgulanmıştır.

13 Hırsızlık (furtum) ve büyüçülük suçlarında olduğu gibi.

14 ARANGIO-RUIZ: Responsabilita Contrattuale in Diritto Romano, Napoli, 1933 sh. 30.

15 Ius Gentium'da, Locatio-Conductio, Satım, şirket, vekalet gibi borçların kaynaklarını tarafların 'bona fides (iyiniyet)'inden aldıkları sözleşmelerin formula'larında bona fides'in karşıtı olarak dolus söz konusudur.

16 Ius Honorarium'da, Ius Civile ve Ius Gentium dışında kalan bir takım sosyal ilişkilerin korunmasında kullanılır. Örneğin D. 16.3.1.1. de, zorunlu vedia altındaki bir şeyin geri verilmesinde tarafların yabancı veya mirasçı olmaları halinde değişen sorumlulukta görülmektedir. (Bkz: ARANGIO-RUIZ: Responsabilita Contrattuale, sh. 32)

17 'Bona fides' kavramı, Ius Civile'deki 'dar hukuk borcu' yaratan sözleşmelerin ihtiyacı karşılamaması nedeniyle Ius Gentium'un ortaya çıkardığı sözleşmelerdeki tarafların yükümlülüklerinin saptanmasında kullanılır. Çağdaş hukukta tüm sözleşmeler için aynı esas aranmaktadır.

18 D. 50.17.152.3: "In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, her:s in solidum tenetur." (Metin üzerindeki interpolatio kuşkuvarı için bkz: ARANGIO-RUIZ: Responsabilita Contrattuale, sh. 33) "Bona fides'e aykırı hareket dolus sorumluluğunu gerektirir."

19 D. 17.1.8.10: "... sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non. intervenit (nec culpa), non teneberis nisi ad hoc, ut cav:as, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum... nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat."

Ancak tüm bu kaynaklarda söz edildiği gibi dolus'u, daima 'bona fides'in karşısı olarak değerlendirirsek, sorumluluğun tek bir kriterle saptandığı sonucuna ulaşmış oluruz.²⁰ Eğer dolus iradi olarak gerçekleştirilen bir hareket ise, sadece borcun kapsamına karşı gerçekleştirilen pozitif hareketleri içermez, bilakis ifanın iradi olarak ihmal edilmesini de kapsar. Hatta borçlunun bir takım ahlaki nedenlerle ifadan kaçınması hali bile bunun kapsamı içindedir. Yeterki ifa etmeme iradi ve bilinçli olsun. Buna örnek olarak D. 16.3. 7 verilebilir.²¹ Bu kaynakta, işkence altında tutulması gereken bir kölenin gözetimini yapan gardiyanın, kölenin durumuna acıyarak onun ip-rini çözmesi ve böylece onun kaçmasına sebebiyet vermesinden söz edilmektedir.

Daha ilginç bir başka durum ise vasi (tutor) ve vekilin (mandator) kendilerine teslim edilen şeylere gösterdikleri ihmallerdir. Burada dolus ile culpa arasındaki fark açıkça görülmektedir. Bu iki kavram, çağdaş hukukta olduğu gibi, roma hukukunun hiç bir döneminde aynı ağırlıkta görülmemiştir. Vasi ve vekilin bu hareketleri neglegentia (ihmal) olarak değerlendirilmektedir. İhmal ise culpa'nın kapsamı içinde kullanılan bir kavramdır.²² Çağdaş hukuk düşüncesine göre, vasi ve vekilin, yapmaları gereken işlerde bir ihmal göstermeleri halinde, dolus'un söz konusu olması için ifanın iradi olarak istenmemiş olduğunun kesinlikle saptanmış olması gerekir.

Bu düşünceyi yansıtan bir kaynakta²³, vekilin dolus'tan sorumlu olması için, ancak kendisine teslim edilen şeyin veya yapılması gereken herhangi bir işin, kendi yararına kullanılması halinde söz konusu olabileceği belirtilmektedir.

Diğer taraftan, bazı hallerde ortaya çıkan zarar, borçlunun bizzat kendi hareketlerinden doğmuş olsa bile, borçlunun sorumlu-

20 BUCKLAND: Culpa and Bona-fides in the Actio ex Empto. (Law quartety Review 1932 sh. 227); BETTI: Istituzioni di Diritto Romano, C. II/1 Padova, 1962, sh. 336.

21 D.16.3.7. (Ulp. 30): "Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vincitum vel ad malam mansorem extensum, sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror; quia cum sciret, cui rei pararetur, intempertive misericordiam exercuit."

22 ARANGIO-RUIZ: Responsabilita Contrattuale, sh. 36

23 "... si rem mandatam non modo malitiosius gessisset su commodi aut quaestus causa, verum etiam neglegentius": "Eğer vekalet konusu şey, bizaîhi gösterilen davranış biçimi vekilin kendi yararı için yapılmamışsa bu takdirde sadece ihmal olarak değerlendirilmelidir."

luğunu saptamakta tek başına dolus'un yetersiz kaldığı olabilmektedir. D.16.3.1.47'ye bu durumu görmekteyiz.²⁴

Vedia olarak verilmiş bir şey, bu şeyin vedia konusu olduğunu bilmeyen vedia alanın mirasçısı tarafından satılmıştır. Burada mirasçının dolus ile hareket ettiği söylenemez. Bu nedenle de bu kişiye karşı malın geri verilmesi davası açılamaz. Bununla birlikte eğer mirasçı, malı vedia olarak veren kişiye (yani asıl malike) malın satışından elde ettiği bedeli vermezse, o zaman dolus'tan sorumlu tutmak gerekir. Eğer bu metin klasik düşünceyi yansıtıyor ise²⁵, bu dönemde dolus fikrinin belli bir elastikiyet kazandığını söylebiliriz. Bununla birlikte, bilgilerimiz uzun bir dönem genel olarak, sözleşmeye dayanan sorumluluk alanında sadece dolus ölçütünün kullanıldığını bize göstermektedir.

Klasik hukuk döneminde, hangi sözleşmelerde dolus ölçütünün uygulandığını araştırarak olursak, ilk önce davaları şerefsizlik (infamia) sonucu yaratan bir seri sözleşme ile karşılaşırız. Bunlar, Gaius IV. 182'de de gösterildiği gibi²⁶, şirket, vekalet, vedia, vesayet gibi hukuki ilişkilere dir. Bu dört hukuki ilişkiye *digesta*'da "fiducia (inançlı işlem)" da eklenmiştir.²⁷ Bu hukuki ilişkilerin tümüne, Klasik Hukuk dönemi boyunca sorumluluk ölçütü olarak dolus'un uygulandığını görmekteyiz. Ancak, şirket sözleşmesindeki bir takım ilişkilerde bu ölçütten ayrılma olduğuna dair belirtiler vardır. Bunlar, şirket sözleşmesinden doğmakla birlikte şerefsizlik (infamia) sonucu doğurmayan davalardır.

Vesayetle ilgili davalarda da, eğer ifa yokluğu bilgisizlik sonucu ortaya çıkmışsa bu taktirde vasi, şerefsizlik sonuçlu bir dava ile

24 D.16.3.1.47. (Ulp. 30 ad Ed.): "quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam (vel commodatam) distraxit ignarus depositam esse, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo fecit, quod ad se pervenit non reddit.

25 Bu metnin interpolatio'ya uğramış olacağı büyük bir olasılık olduğu hakkındaki görüşler izin bkz.: BETTI: *Istituzioni Del Diritto Romano*, C. II/1 Padova 1962 sh. 3. Betti'ye göre, burada artık sözleşmeden doğan dava değil, ancak 'in factum' davaları bir sonuca ulaşılabilir.

26 "... qui pro socio, tutelae, mandati, depositi, suo nomine non contrario iudicio damnatur erit."

27 Dolus'un Iustinianus derlemesindeki durumu için bkz.: DE ROBERTIS: *La Disciplina Della Responsabilita Contrattuale Nel Sistema Della Compilazione Giustiniana*, C.I, sh. 31-38.

sorumlu tutulmamakta, bu durumda 'culpa'dan söz edilmektedir.²⁸ Bu gibi durumlar klasik dönemde dolus'un bir takım değerlendirmelerle, yavaş yavaş culpa kavramını ortaya çıkardığını göstermektedir. Klasik hukuk döneminde, dolus ölçütünün uygulandığı en belirgin sözleşme örneği olan vedia (depositum) sözleşmesine ilişkin bir kaynakta²⁹, eğer dolus'a bağlı bir hareket varsa, şerefsizlik sonucu doğuran davanın açılacağı belirtilerek, dolus'tan sorumluluğun şerefsizlik sonucu doğuran dava ile sınırlı olduğu gösterilmiştir.³⁰ Böylece, dolus yanında culpa ihtimali de ortaya koyulmuştur. Klasik dönemde vedia sözleşmesine özgü bir düşünce, Iustinianus döneminde genel bir ölçüt biçimine dönüşerek, dolus'un 'culpa lata' (ağır kusur) ve "magna neglegentia" (büyük ihmal) ile aynı düzeyde olduğu sonucu, tüm sözleşmelere uygulanmıştır. O halde culpa'nın klasik hukuk döneminde dolus'tan söz edilen kaynaklarda yavaş yavaş ortaya çıktığını, yani ilk varlığını dolus'tan aldığını söyleyebiliriz.

Yine şirket sözleşmesine ait bazı kaynaklarda, eğer taraflardan biri emeğini, diğeri ise kapitalini sermaye olarak koymuşsa, emeğini sermaye olarak koyan kişinin "culpa in concreto" ölçüsüne göre sorumluluğu bulunduğunu, bu gibi durumlarda dolus ölçütünün uygulanmayacağı belirtilmiştir.³¹ Bu durum, klasik hukuk dönemi için istisnai bir durumdur. Iustinianus derleyicileri bu fikrin kendi dönemlerindeki birçok hukuki ilişkiye uyarlanmasını sağlamışlardır.

Şirket sözleşmesindeki taraflardan birinin emeğini katılma payı olarak koyması hali, ve yine şirket, vedia, ve vekalet sözleşmelerindeki şerefsizlik sonucu doğurmeyen davalarda dolus ölçütünün uygulanmayışı, Klasik Hukuk döneminde dolus'un genel sorumluluk ölçütü olduğu anlayışını yıkacak güçte olmayıp, sadece istisnai durumlardır.

28 ARANGIO-RUIZ: Responsabilite Contrattuale, sh. 40.

29 GAI. III/207: "Sed is, apud quem res deposita est, ... tantum... in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit...": "Eğer bir şey vedia olarak verilmiş ise, ve bu şey bilerek zarar verilmişse bu kişi dolus'tan sorumludur. Bu kaynak aynı zamanda fayda ilkesinin de belirgin bir örneğidir. Roma hukukçuları vedia ve ariyet sözleşmesini karşılaştırarak, klasik hukuk döneminde 'utilitas' ilkesinin ilk belirtilerini vermişlerdir.

30 COLLATIO. 10.2.4.: "Depositum damnatum infamis est: qui vero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur." "Vedia'da şerefsizlik vardır. Ariyette ise yoktur. Çünkü vedia'da dolus, diğeri ise ise culpa'dan sorumluluk vardır."

31 D. 17.2.52.2 "No'lu kaynakta, bir koyun sürüsünden bahsedilerek, hayvan bakıcısının emeğini ortaya koyarak hayvan sahibi ile bir şirket sözleşmesi içinde bulunduğunu belirtmekte ve hayvan bakıcısının bu durumda dolus değil culpa'dan sorumlu olması gerektiği anlatılmaktadır.

Diğer hallerde dolus daima sorumluluk ölçütü olarak kuvvetini korumuştur.

Özetle, klasik hukuk döneminde borçlunun sorumluluğu, dolus ile sınırlandırılmıştır. Ancak bu olgu, dolus'un tek başına tüm hukuki ilişkilerde uygulandığı anlamına gelmez. Bu dönemde genellikle hukukçuların kabul ettiklerine göre, dolus'un yanında ikinci ölçüt olarak 'custodia' kullanılmaktadır. Objektif sorumluluk sisteminin bir ölçütü olan custodia, genişliği ve önemi bakımından ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil etmekle birlikte, kısaca tanımlamaya çalışalım:

Custodia (gözetim) sorumluluğu, ariyet, satım, istisna gibi sözleşmeler gereği, başkasına ait bir malı herhangi bir amaçla elinde tutan kişinin, mala gelecek olan bir takım zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olmasını gerektirir. Bu zararlar ise, hırsızlık (furtum) ve üçüncü kişilerin vermiş oldukları zararlardır. Roma hukukçularının büyük bir çoğunluğu, klasik dönem boyunca sözleşmeye dayanan sorumlulukta sadece dolus ve custodia ölçütlerinin kullandığını ileri sürmüşlerdir. Ancak, kaynaklar ve dolus-custodia ikileminin yetersizliği, culpa'nın da Klasik dönemde kullanıldığını bize göstermiştir. Yalnız bu kullanım sınırlı bir alanda kalmış ve teknik olarak yaygın bir kullanım alanı bulamamıştır. Culpa'nın çağdaş hukuk sistemlerindeki biçimi, Roma hukukunun sadece Iustinianus döneminde ortaya çıkmıştır.

2- CULPA:

Biz burada culpa ölçütünün sadece klasik dönemdeki durumunu incelemekle yetinerek, konuya bir sınır getirmeye çalışacağız. Iustinianus döneminde, tüm sorumluluk sistemi bu ölçüte bağlı olarak ele alındığından, culpa'nın bu dönemdeki durumu Klasik hukuk dönemindeki culpa anlayışından farklıdır.

Klasik hukuk döneminde culpa'nın üç ayrı anlamda kullanıldığını görmekteyiz. Kaynaklarda rastladığımız en yaygın kullanım biçimi "neglegere" yani ihmal anlamıdır. İhmal, bu kaynaklarda 'bonus pater familias (iyi bir aile babası)'ın davranış biçimi dışında bir hareket olarak kabul ediliyordu. Dikkatsizlik ya da ihmal anlamındaki culpa, hukuki ilişkinin biçimine bağlı olarak ağırlık kazanıyordu. Ancak culpa'nın dikkatsizlik veya ihmal anlamındaki kullanımı, hep pozitif hareketler alanında kalıyordu. Culpa'nın "imperitia (dikkatsizlik)" biçiminde kullanıldığı hallerde zararı mey-

dana getiren bir hareket (factum) söz konusudur. İhmal anlamında ise böyle bir hareket bulunmadığından culpa'nın buradaki anlamını kavramak Klasik Dönem düşüncesi açısından oldukça güçtür.³²

Culpa, ikinci olarak nedensellik anlamında kullanılıyordu. Bu anlamıyla culpa, kişinin özel bir durumda zarara neden olan hareketinden başka bir şey değildir.

Son olarak culpa, kusur veya ayıplama olarak ihmalden daha geniş bir anlamda kullanılırdı. Culpa, Klasik Hukuk döneminde en yaygın kullanım alanını burada bulmuştur. Yani culpa, teknik anlamda bir sorumluluk ölçütü olarak değil, fakat bir davranış biçimi olarak gösterilmektedir.

Klasik Hukuk döneminde culpa'nın sorumluluk ölçütü olarak kullanıldığı alan ise "dare" borçlarıdır. Dare borcu³³, belli bir şeyin mülkiyetinin karşı tarafa devrini gerektiren, bu nedenle de borçlunun sorumluluğunun, karşı taraf malın maliki olmadan ortadan kalkmadığı bir edim biçimidir. O halde burada bir sonuç sorumluluğu söz konusu olmaktadır.³⁴

Kaynakların büyük bir bölümü, bu tip borç ilişkilerinin "Stipulatio in dando (verme borcu yaratan sözlü akit)"dan doğduğunu göstermektedir. Yine aynı şekilde, 'dictio dotis (dos vaadi)', 'legato per damnationem (Muayyen mal vasiyeti)', 'conductio indebiti (Sebepsiz zenginleşme)' gibi ilişkiler de 'dare borcu' yaratırlar.³⁵

"Dare borcu" yaratan hukuki ilişkilerde iki durumda kusurun dikkate alındığı görülmektedir. Bunlardan birincisi sonradan meydana gelen imkansızlık, diğeri ise borçlunun kusuru (culpa debitoris)'dur.

A- Sonradan meydana gelen imkansızlık:

Dare borcu yaratan bir borç ilişkisinde, sonradan meydana gelen imkansızlık halinde borçlunun kusuru yoksa sorumluluktan kurtulur. İşte burada borçlunun kusurunun dikkate alındığı bir durumla

32 Birçok hukukçu ihmal anlamındaki culpa'yı klasik dönemde aramamışlar, bu kavramın klasik sonrası dönemde culpa lata-culpa levis olarak çeşitli ağırlıklarda sorumluluk belirlediğini vurgulamışlardır. Bkz: DE MEDIO: Culpa Lata, *Bullettino*, 17/5; sh. 260; 20. sh. 157; BETTI: Istituzioni, sh. 401; CANNATA: Responsabilita Contrattuale, sh. 5; LUZZATTO: Responsabilita Contrattuale, *Bullettino* 63/1960 sh. 124.

33 BIONDI: *Actiones Stricti Iuris*, (*Bullettino*, 32/1922 sh. 61 vd.); ARANGIO-RUIZ: Responsabilita Contrattuale, sh. 11 vd.; CANNATA: *Per Lo Studio Della Responsabilita Nel Diritto Romano Classico*, Milano. 1968, sh. 55

34 CANNATA: Responsabilita Contrattuale, sh. 130

karşılaşmaktayız. Ancak, borçlunun kusuru olmaksızın sonradan meydana gelen imkansızlık halinde, borçlunun sorumluluktan kurtulması için, borcun konusunun 'parça borcu (genus species)' nu oluşturması gerekir. Eğer ortada bir cins borcu varsa, bu takdirde borçlu kusursuz bile olsa ifa yükümlülüğü devam eder.³⁶

Sonradan meydana gelen imkansızlıkla ilgili en geniş kaynak, D.45.1.8 3.5.'tir. Metinde, bir takım özel borç ilişkilerinde, konu etraflıca incelenmiştir. Bu uzun kaynağa kısaca göz atacak olursak, şu konulardan söz ettiğini görürüz:

a- Sonradan Meydana Gelen Maddi İmkânsızlık:

aa- Şarap satışı: Borçlunun vaadetmiş olduğu, belirli bir toprağa ait şarapların, borçlunun kusuru dışındaki bir nedenle yok olması halinde, alacaklının ifayı talep etmeyip, şarabın tekrar elde edilmesini beklemesi gerektiğinden söz edilmiştir.³⁷ Buradan da anlaşıldığı gibi, cins borçları da bazen ifa imkansızlığı doğurabilir.

bb- Gemi yapımı: Bu olayda da şarap satışına benzer bir durum vardır. Üçüncü kişiye ait bir geminin taahhüt edilmesi söz konusudur. Ancak ifa zamanında gemi, sahibi tarafından parçalanarak ve tekrar aynı parçalarla biraz daha küçük olarak monte edilmiştir. Bu durumda, borcun konusu olan gemi yok olmuş mudur, yoksa yeni inşa edilen geminin de ifa konusu olması mümkün müdür? Kaynakta bunun tartışması yapılmakta ve gemiyi meydana getiren malzemenin esas alınarak çözüme gidilmesi gerektiği savunulmaktadır.³⁸ Herşeyden önce burada bir parça borcu söz konusudur. Malzeme hâlâ aynı malzemedir, ancak zaman bakımından ifa imkansızlığı vardır biçiminde bir sonuca varılmıştır.

35 ARANGIO-RUIZ: Responsabilita Contrattuale, sb. 12

36 Romalılar bu kuralı şöyle ifade etmişlerdir: "Genus perire non potest": Cins yok olmaz. Ancak, burada tüm cins borçlarına ilişkin imkansızlıklarda aynı kuralı uygulamaya olanak olmayabilir. Çünkü bazen cins borcu olupta, zaman ve yer bakımından bazı sınırlamalar yapılmışsa, bu takdirde tıpkı parça borcu gibi düşünmek gerekir. Bu konu ile ilgili bir örnek, yukarıda sözü dilen D. 45.1.83.5'te geçmektedir. Kaynakta belli bir bağdan ve belli bir zaman içinde elde edilen şarabın satışından söz edilerek, burada 'cins yok olmaz' kuralının uygulanamayacağı belirtilmiştir.

37 "... si stipulatus fuero ex funfo centum et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum expectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit... vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur et tacite in ea tempus continetur..."

38 "... nam et si navem, quam sponndit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari... et tabulae destinarentur, licet mutata consilio perficiatur, tamen et peremta prior navis et haec alia dicenda est..."

cc- Bina yapımı: Bu durumda da binanın girişlerinin yıkılarak yeniden yapılması hali gözönüne alınmıştır. Buradaki örnek, gemi yapımıyla ilgili örnekten farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü burada binanın tamamen yıkılıp yeniden yapılması söz konusudur. Tıpkı gemi yapımında olduğu gibi, burada da üçüncü kişiye ait bir şey (bina) taahhüt edilmiştir. Tabii ki gemi yapımında aynı malzeme (tahta) kullanılırken, bu olayda aynı malzemenin kullanım olanağı yoktur. Bu durumda borç sona ermektedir. Ancak, bina yeniden yapılmak amacıyla yıkılmışsa, taahhüt hâlâ devam eder.

b- Sonradan Meydana Gelen Hukuki İmkansızlık:

Burada borç ilişkisinin konusunun, fiziki olarak değil, fakat hukuki durumunun değişimi söz konusudur. Örneğin bir şeyin kamu malı (res publica) veya ilahi mal (res sacra) haline dönüşmesi, ya da bir kölenin azat edilmesi (manumittio) gibi... İfanın objektif imkansızlığında birbirinden ayrı iki durum söz konusudur. Birincisi, ifanın tamamen ortadan kalkmayıp, sadece zaman bakımından engeli bulunması hali ki, bu durum genellikle borç konusu şeyin yeniden meydana getirilmesine kadar ifayı imkansız kılar. Şarap satışında böyle bir imkansızlık söz konusudur. İkinci halde ise borç konusu tamamen ortadan kalkmıştır. İmkansızlığın ne zaman devamlı ve tamamen olduğu, ne zaman sadece zaman bakımından imkansızlık olduğunu ayırmak gerekir. Sonradan meydana gelen hukuki imkansızlıkta, her zaman için tam bir imkansızlık mevcuttur. Halbuki fiziki imkansızlıklarda bazen kısmi imkansızlık da olabilir.

İmkansızlıkla ilgili bir başka kaynakta ise, kölelere ilişkin olarak verilen örnekte, tam olmayan bir imkansızlıktan söz edilmektedir.³⁹ Vaadedilmiş bir kölenin düşmanlar tarafından ganimet olarak alınması hali anlatılarak, (tıpkı gemi ve bina olayında olduğu gibi), düşman istilasından kurtulma mümkün olana kadar borcun imkansız olduğu, eğer eski hale gelmek mümkünse, sadece zaman bakımından imkansızlık söz konusu olacağı gösterilmiştir. Paulus'un bu metninden anlaşıldığına göre, burada da zaman bakımından ve tüm imkansızlık olarak iki ayrı grup olaydan söz edilmiştir.

B- Borçlunun Kusuru (Culpa Debitoris) :

Bu konuya ilişkin kaynaklardan en önemlisi D.45.1.91'dir. Paulus'a ait bu kaynak, imkansızlık konusunda olduğu gibi, borcun

39 D. 46. 3. 98. 8.

konusu olan şeyin kaybının, fiziki ve hukuki nedenlerle olması halini ayrı ayrı incelemiştir.

Kaynağın principium kısmında fiziki nedenlerden söz edilmektedir.⁴⁰ Burada, 'culpa debitoris' e nasıl bir anlam verildiğine bakacak olursak vaadeden (promissor) kişinin bizzat yapmış olduğu iradi bir hareket nedeniyle borcun konusunun kaybına neden olması halinin 'culpa debitoris'i oluşturduğunu görürüz.⁴¹ Kaynakta, kölenin verilmesine ilişkin yapılan bir stipulatio'da temerrüd (mora) olmaksızın, kölenin kaybı halindeki sorumluluk incelenmektedir. Burada durum önce ikiye ayrılmıştır: Doğrudan doğruya vaadeden tarafından köleye yapılan bir saldırı varsa vaadeden sorumludur. Eğer kölenin hastalığına bakımda bir ihmal gösterilmişse (neglectus infirmum) bu durumda vaadedenin sorumluluğu tartışılmaktadır. Burada kural, vaadedenin (promissor), sadece "culpa in faciendo" nedeniyle verdiği kayıplardan sorumluluğu olmasıdır. Bu görüş, D.45.1.91'in dar yorumlanmasının sonucudur. Ancak bu derece dar bir yorum şüpheler uyandırmaktadır. Kaynakta kölenin ölümü, borçlunun açıkça neden olduğu bir olaydan ya da aynı kölenin hastalığına önem verilmemesi nedeniyle gerçekleşirse, borçlunun bu ölümden sorumlu olacağı belirtilmektedir. Kaynakta anlaşıya göre, sadece açıkça gerçekleştirilen bir fiilin, sorumluluğu ortaya çıkaracağı ileri sürüldüğünden, örneğin sağlıklı bir kölenin aç bırakılması halinin sorumluluğu gerektirmeyeceği sonucuna varılabilir. Çünkü kaynakta sadece verme borcu (dare)'nun söz konusu olduğunu, yapma borcu (fare) bir ölçüde girse bile, yapmama (non facere) borcunun bunun içine girmeyeceği ifade edilmektedir.

Halbuki, Lex Aquilia (haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak çıkarılan kanun)'da, köle veya hayvanın yiyecek verilmeyerek ölüme terk edilmesi halini (fame necare) Romalı Hukukçular bir öldürme şekli olarak görmüşlerdir.⁴²

40 D. 45. 1. 91. Pr.: "Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus deceserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem neglegat infirmum, an tereri debeat promissor, considerandibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpa huius nomine tenetur possessor, ita et et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipi enda sit, non'in faciendo? quod magis propandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur."

41 ARANGIO-RUIZ: Responsabilità Contrattuale, sh. 21.

42 Gai. 3. 219; D. 9. 2. 9. 2; D. 37. 9. 13; D. 19. 1. 21. 3; D. 9. 2. 29. 7. gibi metinler 'fame necare'den söz ederler. Gerçi bu durumda, 'corpore corpori' şartı olmadığı için 'Acti Legis Aquiliae' davası değil, 'actio ex lege aquilia utilis' açılıyordu.

Aslında aç bırakma (*fame necare*) *culpa debitoris*'in kapsamı içinde görülmesi gerekir. Aç bırakma, D.54.1.91'de geçen '*neglegere infirmum* (bakımda ihmal)'un karşısı olarak pozitif bir hareket olarak değerlendirilmiş ve sorumluluğu gerektiren bir durum olarak gösterilmiştir. Çünkü '*neglegere infirmum*' sadece hastalık gibi olağanüstü bir duruma özgü özel bir hareket tarzı olarak, normalde efendinin göstereceği hareket tarzının daha ağırlaştırılmış bir şeklidir. Halbuki '*fame necare*' normal olarak yapılması gereken olağan bir hareketin dışına çıktığını göstermektedir. Böylece pozitif bir hareket biçimi olarak gösteriliyordu.⁴³

Bu anlayış bizi, Klasik Hukuk döneminde '*culpa in faciendo*' ile "*culpa in non faciendo*" arasında büyük bir ayırım yapılmadığı sonucuna götürür. Esas alınan nokta, borcun konusunu ortadan kaldıran nedenin borçlu tarafından ortaya çıkarılıp çıkarılmadığıdır.

Culpa, Klasik Hukuk döneminde, yukarıda da görüldüğü gibi *stipulatio in dando* (verme borcu doğuran sözlü akit)' borcunda, zarar sonucu doğuran pozitif bir hareket (*culpa debitoris*) olarak değerlendiriliyordu.

Basit bir verme borcu *stipulatio*'osunda edim dare biçiminde gözükmekle birlikte, özel bir takım konulara ilişkin *stipulatio*'larda, örneğin üçüncü bir kişiye ait bir şeyin verilmesine ilişkin vaadlerde, dare borcunu yerine getirmek için önce bir takım *facere* edimleri gerekebiliyordu. Bunun en güzel örneğini '*legatum per damnationem*'⁴⁴de görmekteyiz. Bu durumda, dare borcunun kapsamı içine, vaadedilen şeyin teslimi için yapılması gereken bir takım hareketler de girmektedir.

Klasik dönemde, *culpa*'nın '*diligentia* (özen yükümü)' ile ilişkisi henüz anlaşılammıştı. *Culpa*'nın özenli hareketi gerektiren bir davranış biçiminin yokluğu şeklindeki sorumluluk ölçütü olduğunu postklasik hukuk döneminde görmekteyiz.

Culpa, Klasik Hukuk döneminde '*dare*' borcu içinde değerlendirilirken, *diligentia*'nın *facere* borcunun kapsamında bulunduğu kabul ediliyordu.

Akdi sorumluluk alanındaki *culpa* kavramının kaynağını araştıracak olursak, bu kavramın haksız fiillerdeki *culpa* kavramından,

43 CANNATA: Responsabilita per culpa, sh. 165

44 Muayyen mal vasiyeti. Bkz. UMUR: Roma Hukuku Lugatu, sh. 108.

yani 'lex Aquilia'dan kaynaklandığını görürüz.⁴⁵ Bu görüş, roma hukukçuları tarafından yaygın olarak kabul edilmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, son yıllarda sorumluluğa ilişkin olarak yapılan araştırmalarda, Klasik dönemde sorumluluk ölçütleri olarak belli başlı iki ölçüt dolus ve custodia olarak kabul edilmiş, culpa'nın bu ölçütler yanında ikincil bir önemi olduğu vurgulanmıştır.⁴⁶

'Culpa' kavramının bilgisizlik, tecrübesizlik (imperitia) ve ihmal (neglegere) biçiminde değerlendirilmesi zaman içinde ortaya çıkmıştır. İlk zamanlarda bu kavramlar kullanılmayıp, sözleşmeye konu olan şeyin kullanım sınırlarının saptanması yoluna gidiliyor, böylece sınırı aşan kullanım biçimleri culpa ile gösteriliyordu.⁴⁷ Buradaki culpa, ne ihmal ne de bilgisizlik ve tecrübesizlik kavramları ile bağlantılı değildir. Sadece akdi kusurdan söz edilmektedir. İşte D.19.2.30.2. gibi başka bazı kaynaklarda da⁴⁸ borçlunun bazı hareketleri, sadece sözleşmeden doğan sınırları aştığı için kusurlu olarak kabul edilmekte ve sorumluluğu gerektirmektedir. Bu kaynaklarda 'Actio Legis Aquiliae (haksız fiilden doğan dava)'nın, sözleşmeden doğan dava yanında seçimlik olarak gösterilmesi bazı hukukçuları, culpa kavramının doğmadığı inancına götürmüştür. Ancak, kusurlu bir hareketin haksız fiil sorumluluğunu gerektirdiği ilişkilerde, genelde sözleşmeye aykırı bir davranışın da bulunduğu akıldan çıkarılmamalıdır.⁴⁹

Roma hukuku kaynaklarındaki culpa'nın değerlendirilmesini yaparken çeşitli tiplerdeki akdi kusuru birbirinden ayırmak gerekir. Ancak, Romalı Hukukçular culpa'nın çeşitlerine ilişkin bir ayırım yapma gereğini duymamışlardır.⁵⁰ Örneğin 19.2.25.7.'de culpa-ihmal (neglegere), culpa-imperitia açık bir şekilde birbirinden ayrı olmakla birlikte, bu konu ile ilgilenmemişler, sadece sorumluluğu bir bir temele oturtma çabası içine girmişlerdir.

45 KUNKEL: Z.S.S. 49 (1929) sh. 163; MARTON: RIDA 3/1949, s. 182

46 VAZNY: Svolgimento della Responsabilita per colpa nel diritto Romano (Acta Congressus Iuridici Internationalis, Roma 1935) sh. 347; LUZZATTO: BIDR, 1960 sh. 47; TALAMANCA: Colpa Civile, Encyclopediâ del Diritto, 7/1960.

47 D. 19.2.30.2.'de, ariyet konusu hayvanın yüklenebileceği miktar sözleşme ile saptanmıştır. Eğer bundan daha fazla yük yüklenmişse ariyet alanın kusurlu olduğu ifade edilmektedir.

48 Ulpianus'a ait D. 13. 6.5.7. ve D. 19.2.13.3.'te de benzer konulara değinilmektedir.

49 WATSON: The Law of Obligations In the Later Roman Republic, Oxford 1965, sh. 966.

50 CANNATA: Responsabilita Per Colpa, sh. 310

Yine Ulpianus'a ait D.19.2.9.5.'de istisna sözleşmesinde müteahhit'in kusurunun kapsamı belirlenirken, 'imperitia'dan söz edilmektedir. Yani zanaatkâr (artifex)'in belli seviyede bir bilgi düzeyine sahip olması gerekirken bunun olmaması şeklinde, belli bir davranış biçimi olarak imperitia culpa'ya dahil edilmiştir.⁵¹ Roma hukuku çalışmalarında D.19.2.9.5.'in, sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kavramların zaman içinde değişimini göstermesi bakımından da önemi vardır. Şöyle ki, kaynak interpolatio sırasında değişime uğrar-ken, bilgisizlik, tecrübesizlik anlamındaki imperitia, metnin birinde kusurun kapsamında iken diğerinde gözetim (custodia)'in kapsamında gösterilmiştir.

Bir başka kaynakta, culpa-ihmal bağlantısının ortaya koyulduğunu görmekteyiz.⁵² Ancak, bu bağlantının kurulması da zaman içinde olmuştur. Çünkü ihmal, culpa'nın kapsamına dahil olmadan önce, sorumluluğun saptanmasında, borçlunun sözleşme kapsamı içinde kalıp kalmadığına bakılırdı. Daha sonra, bunun yerine ihmal (neglegere) kavramı kullanılmaya başlandı.

O halde, şöyle bir kronolojik değerlendirme yapabiliriz: Önceleri, sadece 'sözleşme kusuru' kavramı ortaya çıktı ve bunun saptanması için sözleşmenin sınırlarının aşıp aşılamadığına bakılıyordu. Daha sonraki dönemlerde culpa-ihmal bağlantısı kuruldu. En son olarak da culpa-imperitia ölçüsü ile farklı tipteki culpa kavramlarına ulaşıldı.⁵³

Roma hukuku düşüncesinde culpa, bir takım kasdi hareketleri de kapsadığından, dolus kavramına kadar genişlemektedir.⁵⁴ Bununla birlikte dolus ve culpa'ya karşıt kavramlar olarak gösteren klasik dönem kaynakları da yok değildir. Bu kaynaklarda, dolus, culpa'ya oranla bağımsız bir hareket tarzı olarak gösterilmektedir. Şöyle ki, kusurlu bir harekette sorumluluğu belirleyen ifade 'culpam praestare' olarak gösterilirken, buna karşılık kasdi bir hareket yapmış olan kişi açıkça fail olarak belirlenmektedir. Ayrıca culpa lata'nın

51 D. 19.2.9.5.: "... culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit," "Tecrübesizlik nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, zanaatkâr kusurlu olduğundan sorumludur."

52 D. 13.6.5.1. "... si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinari colligavit." "Eğer bir taş işçisi köle, ariyet olarak verilmiş ve bu köle makina altında ölmüşse, ariyet alan ustanın makinayı kullanmakta ihmal göstermesi nedeniyle sorumlu olması gerekir."

53 CANNATA: Responsabilita per Colpa, sh. 317

54 KASER: Z.S.S. 49/1929, sh. 171

dolus'a eş bir sorumluluk olduğunu gösteren pek çok kaynak da, culpa levis ile dolus'un eş olmadığını dolaylı olarak göstermektedir. Ancak bu ayırımı, yani culpa lata-culpa levis ayırımı klasik hukuk döneminde henüz bilinmiyordu.

Sonuç olarak, klasik hukuk dönemindeki culpa anlayışı, çağdaş hukukumuzdaki culpa anlayışından belirgin bir biçimde farklıdır. Çağdaş hukukta culpa, ifa edilmeme hallerinin değerlendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür. Klasik Roma Hukukunda ise kusurlu hareket, ifa etmemenin bizzat kendisi olarak görüldüğünden, kendi içinde herhangi bir biçimde ihmal veya bilgisizlik şeklinde farklı değerlendirmelere konu olması düşünülememiştir.

III — IUSTINIANUS DÖNEMİ:

1 — GENEL OLARAK:

Iustinianus dönemine ait kaynaklarda gözümüze ilk çarpan, sorumluluk ölçütlerinin oldukça karışık bir biçimde bulunmalarıdır. Bir tarafta custodia'dan, diğer tarafta diligentia ve culpa'dan bahsedilen kaynaklar, konuyu açıklıkla kavramayı engellemektedir. Zaten Roma hukukçularının sözleşmeye dayanan sorumluluk alanında oldukça geniş tartışmalara girmelerinin nedeni de bu karmaşık görünümüdür. Iustinianus döneminde farklı hukuki gelişim aşamalarında bulunan kaynaklar toplanmıştır. Klasik hukuk dönemine ait bazı kaynaklar, Post Klasik Hukuk döneminde değişime uğramışlar ve farklı sonuçlar içerir biçime gelmişlerdir.

Yukarıda değindiğimiz gibi, Iustinianus döneminde sorumlulukta ana kural olarak "kusura dayanan sorumluluk ilkesi" uygulanmaktadır. Iustinianus derlemesi Corpus Iuris Civilis'de sözleşmeye dayanan sorumluluk hakkındaki en belirgin kaynak D.50.17.23.'tür.⁵⁵

55 D.50. 17. 23.: "Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum; depositum et precarium. dolum et culpam mandatum. commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur.: "Sözleşmeden dolayı kast ve kusurdan sorumluluk vardır. Vedia ve iğreti sözleşmelerinde kast sorumluluğu, vekalet, ariyet, satım, rehinli alacaklı, istisna iş ve hizmet, dos vaadi, vesayet ve vekaletsiz iş idaresinde kast ve kusurdan sorumluluk vardır. Aynı zamanda özen

Bu kaynakta da açıkça görüldüğü gibi ana kural, kusura dayanan sorumluluk olmakla birlikte, bazı hallerde bunun dışına çıktığı da görülmektedir. Iustinianus dönemindeki sorumluluk anlayışının en belirgin istisnası, Klasik Hukuk Dönemindeki sorumluluk kuralına uygun biçimini bu dönemde de aynen koruyan, otel gemi ve ahır sahiplerinin (receptum nautarum, cauponum et stabularium) sorumluluklarıdır.⁵⁶ Ayrıca bu dönemde borçlunun sorumluluğu, tarafların anlaşmasıyla veya hukuk düzeni tarafından daha hafif veya ağır tutulmuş olabilir. Şimdi Iustinianus döneminde uygulama alanı bulan ölçütleri görelim:

2 — DOLUS:

Borçlu kastından, yani dolus'tan her zaman sorumludur. Bu, sözleşme ile kaldırılamayan emredici bir prensip olup en hafif sorumluluk biçimidir. Culpa lata (ağır ihmal) ise Iustinianus döneminde dolus hükümlerine tabi tutulmuştur.⁵⁷ Roma hukukunun bu prensibini Türk Borçlar Kanununda da aynen bulmaktayız.⁵⁸

3 — CULPA:

Bu dönemde culpa, culpa lata ve culpa levis biçiminde ayrılmış olarak karşımıza çıkmaktadır. Post-Klasik Hukuk döneminde, culpa lata'nın dolus'a eş bir sorumluluk doğurduğu kabul edilmiş ve dolayısıyla 'fides' e karşıt bir anlam verilmiştir. 'Culpa levis'e gelince, bununla ihmal anlamında, iradi olmayan bir hareket ifade edilmiş olup, fides'in karşıtı değildir. Böylece 'culpa levis', sözleşmeye dayanan sorumluluğun gelişiminde önemli bir yer almıştır. Çünkü öyle haller vardır ki, kişi ağır bir kusuru yani ihmali olmasa bile sorumlu tutulması gerekmektedir. İşte bu gibi durumlarda 'culpa levis' ölçüsü uygulanır. Bir kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen (diligentia quam suis)'i göstermemesi ağır kusuru değil, fakat hafif kusuru içerir. 'Bonus et diligens pater familias (iyi ve özenli bir aile babası)'ın özeninde yine hafif kusur (culpa levis) ölçüsü vardır. Culpa lata'dan culpa levis'e

yükümü de var. Şirket ve müşterek mülkiyette kast ve kusur aranır. Ancak, daha ağır veya daha hafif bir ölçü özel anlaşmalarla kararlaştırılabilir. Fakat, dolus'tan sorumluluğun kaldırılması bu kuralın istisnasıdır. Çünkü dolus iyiniyet kurallarının karşıtı demektir."

56 D.4.9.5. Pr.

57 D.50. 16.226: "... magna culpa dolus est." "Büyük ihmal kasttır."

58 T.B.K.99.

kadar yapılan bu derecelendirme, sözleşmeye dayanan sorumluluk sisteminin kurulması ve gelişiminde büyük rol oynamıştır.

Kural olarak hafif ihmalden sorumluluğun normal şekli bütün kusurlardan (*omnis culpa*) sorumluluktur. Aynı durum, borçlar kanunumuz da da vardır.⁵⁹ Hafif ihmalden sorumluluk ise, sözleşme ile aksi kararlaştırılabilen bir sorumluluk türüdür.

Omnis culpa (bütün kusurlardan sorumluluk) esası, bazı hallerde doğrudan doğruya hukuk düzeni tarafından hafifletilmiştir. Burada 'utilitas (fayda) ilkesi', sorumluluğun derecesini belirlemekte kullanılan bir ilke olarak karşımıza çıkar. Bu ilkenin uygulandığı hallerde 'omnis culpa' kuralı, fayda ilkesine göre ağırlaştırılıp hafifletilebiliyordu.⁶⁰ Fayda ilkesi, klasik hukuk döneminde ortaya çıkan, ancak Iustinianus döneminde, çeşitli borç ilişkilerindeki sorumlulukların derecelerinin saptanmasında kullanılmaya başlanan, bugün de halen Borçlar Kanunumuzda varlığını koruyan bir prensiptir.⁶¹ Ancak bu ilke, sorumluluk derecelerinin saptanmasında başka bir çok ilke ile birlikte kullanıldığından, pek çok halde de yerini diğer ilkelere bıraktığından genel bir uygulama şeklinde düşünülmemelidir. Fayda ilkesi, aşağıdaki hallerde uygulanmazdı:⁶²

a) Kamu yararı gereği (*interest rei publicae*), çıkarları özel olarak korunan bir takım, kişilere karşı sorumluluğun ağırlaştırıldığı durumlar: 'Favor testamenti (vasiyetnamenin üstünlüğü), favor dotium (dos yararına), favor pupillorum (çocuğun yararı) gibi hukuki ilişkiler buna örnek verilebilir.

b) Vekaletsiz iş idaresi (*negotiorum gestio*)'nde vekilin özel olarak saptanmış ağır sorumluluğu vardır.⁶³

59 T.B.K. 98/1

60 D.50.17.23.'te belirtilen 'utilitas' ilkesinin Iustinianus dönemindeki yeri, D. 13.6.5.2 ve 3'te geniş olarak gösterilmiştir. D. 13.6.5.2.: "...dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus..." "Vedia'da kast aranır. Çünkü vedia alanın bundan herhangi bir yararı yoktur." D.13.6.5.3. "Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur et ideo verior est. q. Mucio sententia existimatis et culpam praestandum et diligentiam et si forte res aestimata data sit..." "Ariyet sözleşmesi çoğu kez sadece ariyet alan kişinin yararınadır, ve bu nedenle, q. Mucius'un ihmali ve diligenyadan dolayı sorumluluğun bulunacağı hükmü doğrudur..."

61 T.B.K. 98.

62 DE ROBERTIS: La Disciplina Delle Responsabilita Contrattuale Nel sistema Nella Compilazione Giustiana, C. I, Bari 1966, sh. 19

63 Inst. 3. 27.1.: "Idque utilitatis causa receptum est ne absentium deserentur negotia." "Vekaletsiz iş idaresinde fayda ilkesi uygulanmaz."

c) Otel, gemi ve ahır sahipleri (receptum nautae, cauponae et stabularii)'ne genel olarak güvenilmemesi nedeniyle sorumlulukları ağırlaştırılmıştır.⁶⁴

d) Doğrudan doğruya sorumluluk prensibinde ise, fayda prensibinin daha hafifletildiği haller söz konusudur. Alacaklının kendi kusuru gibi... Alacaklının kendi kusuru oranında borçlunun sorumluluğu hafifletilmektedir. Haksız fiil sorumluluğunda⁶⁵, şirket⁶⁶, vedia⁶⁷, satım⁶⁸ sözleşmelerinde bu prensibin uygulanmadığını görmekteyiz.

e) Tek tek borç ilişkilerinde, taraflar sözleşme ile sorumluluklarını fayda prensibinin aksine olarak kararlaştırabilirler.⁶⁹

f) Kanun koyucunun bizzat fayda prensibi dışında saptadığı haller vardır. 'Mensor'un sorumluluğu buna örnektir.⁷⁰

Görüldüğü gibi, fayda prensibi gerek roma hukukunda, gerek diğer hukuk sistemlerinde kesin bir prensip niteliğini taşımaz. Bunu bir çok hallerde çeşitli özel prensipler tarafından geride bırakılan genel bir yaklaşım olarak kabul etmek gerekir.

4 — DILIGENTIA

Iustinianus dönemindeki subjektif sorumluluk anlayışının ölçütlerinden 'diligentia (özen yükümü)'nin, değişik borç ilişkilerinde değişik ağırlıklarda kullanıldığı görülmektedir.

Diligentia, Klasik Hukuk Dönemindeki custodia (gözetim)'nin subjektifleştirilmiş biçimidir. Bundan da anlaşıldığı gibi, Iustinianus döneminin objektif sorumluluk anlayışına en yakın ve ağır sorumluluk biçimidir. Diligentia'nın aynı zamanda yine subjektif bir ölçüt olan 'culpa' ile de bağlantısı vardır. Sorumlulukla ilgili araştırmalar

64 D.4.9.3.1.: "... ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum..." "Praetor, kötülükleri ile ünlü bu kişilere karşı diğerlerini korur."

65 D.39. 2.44.

66 Inst. 3. 25.9.

67 Inst. 3.14.3.

68 D.21.2.56.3.

69 D.50 17. 23: "... sed haec ita nisi si quid nominatum convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus... legem enim contractus dedit." "Fakat tek tek borç ilişkilerinde taraflar daha hafif veya daha ağır bir sorumluluk biçimi saptayabilirler.

70 'Mensor', özel mülkiyete konu olabilen arazilerin sınırlarını resmen saptayarak, tarla, çayır ve mer'aların yüzölçümünü tayin eden kimsedir.

yapan hukukçulardan biri olan Kunkel⁷¹, 'Diligentia' adı verdiği incelemesinde, daha çok culpa-diligentia (kusur-özen yükümü) ilişkisini araştırmıştır. Culpa, ihmal (neglegentia) şeklinde anlaşıldığında negatif kapsamlı olur, yani yapılması gereken bir davranış biçiminin yapılmamasıdır. Aynı terime pozitif açıdan yaklaşırsak, bunu 'özen gösterme' biçiminde anlarız. Böylece culpa'ya ihmal etme şeklindeki pasif anlamı yanında, diligentia ile özen gösterme şeklinde aktif bir anlam verilerek pozitif bir ölçüt elde edilebilir.

Kunkel tarafından culpa'ya verilen anlam ile, kusurun çeşitli dereceleri ile ilgili çalışmaların sonuçları biraraya getirilerek, roma hukukçuları tarafından 'diligentia in custodiendo' biçimindeki custodia sorumluluğu sübjektif sorumluluğun kapsamına sokulmuştur. Burada artık "gerekli özenin gösterilmemesi" nedeniyle gerçekleşen bir sorumluluk vardır.⁷²

Iustinianus dönemi hukukçuları custodia'yı terkederek tamamen diligentia'ya dönmekle birlikte, bunu culpa'nın karşıtı bir sorumluluk biçimi olarak görmemişlerdir. Çünkü onlar için culpa, 'diligentia' yükümüne aykırı bir hareket olarak, neglegentia (ihmal)'dan başka birşey değildi. Bu nedenle culpa ve diligentia aynı tür sorumluluğu ifade eden iki ayrı terim olarak görülüyordu. Böylece diligentia ile kusur sorumluluğuna girilmiş oldu.⁷³

En eski çözüm yolu olan 'dolus' ve 'culpa lata' dan sorumluluk, sözleşmelerdeki ifa noksanlıklarını değerlendirmeye yetmemiştir. Bu hallerde borçlunun uygun olmayan davranışlardan kaçınmasını içeren negatif hareketine ilaveten pozitif bir hareket gereklidir: Özen gösterme. Bu hareketin değerlendirilmesinde, kişinin kendi kişiliğine göre değişen bir ölçü değil, fakat dikkatli bir insanın kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsü esas alınır. Roma hukukçuları culpa'dan diligentia'ya kadar çeşitli ayrımları, kaynaklara dayanarak açıklamaya çalışmışlardır. Bu kaynaklara göre, borçlu, sadece alacaklının yararına aykırı hareketlerden kaçınmakla kalmayıp (culpa), ifayı olumlu bir hareket olan özen yükümü içinde gerçekleştirmelidir.

71 KUNKEL: Diligentia, Z.S.S.45/1925 sh. 266. Bu hukukçuya göre, culpa ve diligentia, aynı sorumluluk ölçütünün iki değişik görünümünü belirleyen terimler olarak ele alınmış olup, her iki terim de post-klasik hukuk dönemine aittir.

72 Bu görüşe Pandekt hukukçularından BARON, daha sonra SECKEL, KÜBLER, SCHULZ ve HAYMANN'ın da katıldığını görmekteyiz. Sorumluluk ölçütleri hakkında çeşitli roma hukukçularının görüşleri hakkında bkz: LUZZATTO: Spunti Critici In tema di Responsabilità contrattuale, (BULLETTINO, 1960. sh. 82)

73 PASTORI: Il Commodato Nel Diritto Romano, Milano, 1954 sh. 210

Iustinianus döneminde, bir takım borç ilişkilerinde, borçlunun ancak kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve ihtimamı göstermesinin yeterli olduğu görülmüştür. 'Diligentia quam suis rebus adhibere solet' (borçlunun kendi işlerinde göstermiş olduğu özen) biçiminde ifade edilen bu sorumluluk ölçütü hafif ihmalin ölçüsü 'bonus pater familias' gibi soyut bir ölçü değil, fakat somut ve bu nedenle de daha hafif bir ölçüdür. Bu sorumluluk biçimi, şirket, vesayet ve dos idaresinde uygulanırdı.⁷⁴

Diligentia, Iustinianus döneminde çeşitli derecelere ayrılmıştı. Fayda ilkesi gereğince, farklı borç ilişkilerine farklı ağırlıklardaki diligentia'lar uygulanmakta idi. Belli başlı diligentia dereceleri, 'diligentia exacta', 'diligentia exactissima' ve 'diligentia diligentissima patris familias' olarak gösterilebilir.⁷⁵

5 — CASUS (BEKLENMEYEN HALLER):

Beklenmeyen haller nedeniyle sorumluluk problemine gelince; Iustinianus hukukunda kural olarak böyle bir sorumluluk yoktu. Bunun tek istisnası ise yukarıda da değindiğimiz gibi han, gemi ve ahır sahiplerinin sorumlulukları idi. Klasik Hukuk döneminde, beklenmeyen haller (casus)'in, custodia sorumluluğunun kapsamında olması bakımından özel bir önemi vardır. Mücbir sebep (vis maior)'e gelince, bu tür bir olaydan ne klasik hukuk döneminde ne de Iustinianus döneminde sorumluluk bulunmadığını biliyoruz.

Böylece, Roma Hukukunun çeşitli dönemlerindeki sorumluluk sistemlerini incelerken görmüş olduğumuz gibi, aynı sorumluluk ölçütleri farklı sorumluluk anlayışlarında kullanılmış fakat amaçlar değişik olduğu için yorumları da farklı olmuştur. Sorumluluk sistemlerinin çağdaş hukuk dönemine kadar, toplumların çeşitli gereksinimleriyle nasıl değişmiş olduklarını gördük. Objektif sorumluluk sisteminden başlayan gelişim, subjektif sorumluluk sistemine dönüşerek günümüze kadar gelmiştir. Günümüzde ise özel hukuk alanında, objektif sorumluluk sistemine dönüş için pek çok çalışmalar yapılmakta ve kusursuz sorumluluk alanında çok önemli bir genişleme

74 D.17.2.72. Bkz: RADO: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul sh. 36.

75 D.13.6.5.3.: "... et culpam praestandam et diligentiam." D. 50. 17. 23. "... Contractus quidem dolum malum dumtaxat recipiunt quidem dolum et culpam... dolum et culpam mandatum, commodatum... in his quidem et diligentiam..."

D.13.6.18: "... in rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet... et culpa praestanda sit."

görülmektedir. Bu genişlemenin gerekçelerinde ise genelde, toplumsal çıkar dengesini zayıflar zararına bozmama endişesi yatmaktadır. ve Bu nedenle günümüzde pek çok yeni sorumluluk ilkesi getirilmekte gelişim devam etmektedir. Her ne kadar Klasik Roma Hukukunda, objektif sorumluluk sisteminin uygulanmasının gerçek amacı toplumsal çıkarlar değil, objektif sorumluluğun saptanmasındaki kolaylık olmakla birlikte, çağdaş harekete bir ölçüde öncülük ettiğini kabul etmek kuşkusuz doğru olacaktır.