İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 80 (2), 537-582

DOI: 10.26650/mecmua.2022.80.2.0006
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 27.12.2021
Revizyon Talebi: 02.01.2022
Son Revizyon Tarihi: 14.06.2022
Kabul: 22.06.2022

Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi

Abdurrahman Savaş*

Öz

Roma Hukukunda esas olarak iki sorumluluk prensibi mevcuttur. Bunlar objektif ve sübjektif sorumluluk prensipleridir. Haksız fiiller alanında çok eski dönemlerden itibaren sübjektif sorumluluğa geçiş başlamıştır. Lex Aquilia kanunu bu konuda bir dönüm noktasıdır. Klasik hukuk döneminde, sözleşmeler alanında asıl olan objektif sorumluluk olup en yaygın görünüş biçimi olarak custodia sorumluluğu cari olmuştur. Bu anlayışta sorumluluğa neden olan duruma sebebiyet veren kişi bunun nedenine bakılmaksızın sonuçlarına katlanır. Öte yandan iyiniyet sözleşmelerinde ise kasttan sorumluluk bu dönemde kabul edilmeye başlanmıştı. Klasik sonrası dönemde ise kusur sorumluluğu benimsenmiş ve ihmal de sorumluluğun belirlenmesinde hesaba katılır olmuştur. Objektif sorumluluktan sübjektif sorumluluğa geçiş, sorumluluğa neden olan durumun araştırılmasını ve hukuka aykırı sonucun meydana gelmesinde borçlunun kusurunun aranmasını gerektirmiştir. Kusuruna göre borçlunun sorumlu tutulması esası ise beraberinde kusurun nasıl belirleneceği sorunsalını da getirmiştir. Kusur (culpa), kast (dolus) ve ihmal (culpa) olarak ayrılmış ve ihmal de kendi içerisinde hafif ihmal (culpa levis) ve ağır ihmal (culpa lata) olarak ölçeklendirilmiştir. Her ne kadar Roma hukukunun tarihsel süreci içerisinde kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir gidişat yaşanmış ve sorumluluğun hesabında ilgilinin kusuru derecelendirilip hesaba katılmaya çalışılmış olsa da günümüzde hakkaniyetin sağlanabilmesi için kusursuz sorumluluğun kabul edilip yaygınlaştırıldığı alanlar da artmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Objektif Sorumluluk, Sübjektif Sorumluluk, Kusur, Kast, İhmal, Ağır İhmal, Hafif İhmal, Gözetim Sorumluluğu, Özen Sorumluluğu, Fayda Prensibi

The Process of Transforming Strict Liability into Liability for Fault in Roman Law, and the Effect This Transformation Has Had on Modern Law

Abstract

Roman Law had two basic principles of liability: the principles of objective and subjective liability. In the field of tort law, the principle of objective liability had started turning into subjective liability. The Lex Aquilia was a landmark in this regard. During the classical law period, the main principle of liability in the field of contract law was objective liability, and custodia liability was the most common form of strict liability. According to this understanding, the person who gave rise to the situation that caused the responsibility bears the consequences regardless of the reason. On the other hand, liability based on intent (dolus) began being accepted in the bonae fidei contracts in this period. In the post-classical period, fault liability was adopted, with negligence being taken into account when determining liability. The transition from objective liability to subjective liability necessitated the situation that had caused the liability to be investigated and to seek the fault of the debtor in the occurrence of an unlawful outcome. The basis of holding the debtor responsible according to his fault has brought with it the problem of how to determine fault (culpa). Culpa is divided into intent (dolus) and negligence (also culpa), and negligence is scaled to slight negligence (culpa levis) and gross negligence (culpa lata). Although the trend was found from strict liability to fault liability in the historical course of Roman law, these days

* **Sorumlu Yazar:** Abdurrahman Savaş (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: abdurrahman.savas@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-3832-484X

Atıf: Savas A, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi" (2022) 80(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 537. https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0006

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

the fault of the related person is rated and taken into account when determining responsibility to be able to maintain the equity (aequitas), and the areas where strict liability is accepted are also increasing.

Keywords
Objective Liability, Subjective Liability, Fault, İntent, Negligence, Gross Negligence, Slight Negligence, Custodia Liability, Diligentia Liability, Utilitas Principle

Extended Summary

Liability expresses the responsibility individuals have to fix the damage they have caused to others. This responsibility may arise from a contract or tort, as well as from the law. One of the crucial problems of determining a debtor's liability is whether it should be assessed by evaluating only external factors or by also evaluating internal factors. When taking objective factors into account, the liability of the debtor is a strict liability. However, to consider subjective factors means that liability is based on fault.

Different types of liability were practiced in Roman law, which lasted almost 1,300 years. Initially, the rule generally was strict liability. Afterwards, first in tort law and then in contractual law, fault liability occurred. In the period of Justinian I, however, fault liability became the rule.

Beginning in the middle of the Regnum period, the evolution toward fault liability commenced by means of intent, as sought for in tort law. In the Laws of the Twelve Tables, only intent was sought for liability in murder. With the *Lex Aquilia* adopted toward the end of the 3rd century BC, negligence was also considered sufficient for the existence of liability in the field of wrongful acts resulting in damage to property.

The idea of being careful and not harming others originated in Greek philosophy and was seen to be effective in the transition from strict liability to fault liability, which developed as a measure of responsibility. The owner and father of the family (*pater familias*) was considered responsible for the wrongful acts and damages caused by the slaves and members of the family (*filius familia*) as well as the pets owned.

With *Lex Aquilia*, negligence being accepted as adequate for the existence of liability resulting in damage to property also affected liability as understood in contract law, and the transition to fault liability began.

The rule of "Uti lingua nuncupassit ita ius esto (as he declares orally, be that law)" which emerged in the old legal period regarding giving loans and was present in the Laws of the Twelve Tables, states that strict liability also applies to contracts. With the pre-classical legal period, the concepts of *dolus* and *culpa* began to find places for themselves. However, the concept of strict liability did not come to an end and continued to be in practice. With regards to debts imposed upon parties,

the differences contracts had in their structure prevented the application of a single liability criterion for all contract types. For this reason, different liability criteria were in put into practice together, as had been the case in the pre-classical legal period when the transition first commenced. One criterion of liability current in that period was *custodia* (supervisory) liability. After this, *diligentia* can be mentioned as the first milestone of fault liability and *utilitas* as a special application of *diligentia*. In the era of Justinian I, the prevailing principle was *omnis culpa* liability, which expresses responsibility for all faults.

Custodia liability was usually practiced in contracts when the debtor held property belonging to the creditor for his own benefit. As the prevailing principle throughout the classical period, *custodia* liability included unexpected situations (*casus fortuitus*), and thus also calls to mind guarantee liability. As a rule, a debtor was not liable for force majeure (*vis maior*) except in cases of default where the debtor's liability expanded to include *vis maior*.

Starting in the post-classical period and based on slight negligence, *diligentia* liability was accepted by taking into consideration the care that a good head of household (*pater familias*) should show. *Diligentia* liability is the subjectivation of *custodia*, which expresses objective liability. Later in the post-classical period, the importance Christianity attached to will greatly impacted the acceptance of fault lability. Being based on culpa (negligence), *diligentia* liability was objectified by seeking out the attention and care (*culpa in abstracto*) that a good *pater familias* should show. This objective liability, in terms of some *obligatio*, could also be combined with subjective elements by seeking the attention and care that the debtor should show in his own affairs. This criterion was expressed as *culpa in concreto* and constituted the lightened version of *diligentia*. During the reign of Justinian I, *culpa* liability became properly clear. Failing to show the attention and care that anyone is able to show was expressed as *culpa lata* (gross negligence) and considered equal to intent. In this period, the benefit obtained from the contract was taken into account in order to determine the degree of liability of the debtor, and the attention and care a debtor should show increased if the debtor had more benefits. However, some relationships such as *mandatum* (mandate) and *negotiorum gestio* (acting without authority) placed the care and attention required by the debtor who had no interest at the highest level.

Due to the changes that took place in technology and social life with the Industrial Revolution, fault liability has become insufficient for eliminating the damages individuals suffered. Increased employment rates and expansion of activities and businesses that pose grave dangers to the people and environment have led to a return to strict liability. In this context, certain persons such as those who employ others,

who have animals and are the heads of households, or who are owners of building facilities are held responsible for the damages suffered by others under certain conditions, even if they are not at fault. To accept all these responsibilities, rules similar to those in Roman law have been accepted, and the principle of strict liability was put into practice once again as it had in the past.

Some of these liabilities appear to be based on aggravated versions of *diligentia* liability, while others are based on hazard, and others still are just simply based on the causation principle.

Fault liability also means responsibility arising from all kinds of fault, especially intent, just as it had been in late Roman law. *Utilitas* is also a principle of Roman law that is currently used to determine liability in today's modern law. Modern law has deemed *vis maior* to be a reason that interrupts the causal link and accepts it as a case that prevents the emergence of liability. Concordantly, the debtor who is under the fault liability will also be accepted as liable for unexpected situations in case of default.

Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi

Giriş

Hukuk, sosyal düzeni sağlamak amacı ile çeşitli kurallar koyar ve muhatapları olan kişilere çeşitli ödevler yükler. Bu ödevlerden birisi belki de en eskisi, başkalarına zarar vermemektir. Hukukun koymuş olduğu kurallara aykırı davranılarak başkalarına zarar verildiğinde ise hukuk devreye girerek zarar veren kişiye, vermiş olduğu bu zararı gidermesini emreder. Sorumluluk da bu anlamda kişilerin vermiş oldukları zararları giderme yükümlülüklerini ifade eder[1].

Sorumluluk kavramı çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki gerçek ve teknik anlamı ile borçlunun vermiş olduğu zararı ne ile ya da nasıl gidereceğini belirtir. Bu anlamdaki sorumluluğa "-ile sorumluluk" adı verilmektedir. Sorumluluğun gerçek ve teknik anlamını ifade eden "-ile sorumluluk", şahıs ile sorumluluk ve malvarlığı ile sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Şahıs ile sorumlulukta alacaklı, alacağını elde edebilmek için borçlunun şahsına el atabilmektedir. Eski toplumlarda ve hukuklarda yaygın olarak görülen ve alacaklıya, borçluyu öldürme, köleleştirme ya da hapsetme yetkileri veren bu usul, günümüzde çok küçük bazı istisnalar[2] dışında tamamen ortadan kalkmıştır[3].

Sorumluluğun diğer anlamı ise borçlunun sorumluluğunun kaynağını ifade eder. Bu sorumluluğa ise "-den sorumluluk" adı verilir[4]. Bu anlamda borç, sözleşmeden ya da haksız bir fiilden doğabileceği gibi doğrudan bir kanun hükmünden de kaynaklanabilir.

Roma Hukukunda milattan sonra ikinci yüzyılın ortalarında yaşamış olan Gaius, Institutiones'inde borcun kaynaklarını şu şekilde ifade etmiştir:

---

1 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası Yetkin 2020), 87; Türkan Rado, *Roma Hukuk Dersleri Borçlar Hukuku* (14. Bası Filiz 2018); Henri Descheanux ve Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku* (1983) 1; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Bası AÜ 1979) 260; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (6. Bası, Filiz 2014) 26.

2 İcra ve İflas Hukukunda borçlu, kendisine karşı bir icra takibine başlanması durumunda gerek kendi nezdinde gerekse üçüncü kişiler nezdinde bulunan malvarlıklarını beyan etmek ve borcunu nasıl ödeyeceğini açıklamak zorundadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen borçluya karşı İcra İflas Kanununun 76. maddesi uyarınca mal beyanında bulununcaya kadar ve üç ayı geçmemek üzere hapis ile tazyik yaptırımı uygulanabilir. Bunun uygulanabilmesi için alacaklının talebi ve hâkimin kararı gerekir. Anayasa m 38/VIII'da yer alan hiç kimsenin sadece sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemesi sebebi ile hapis cezası ile cezalandırılamayacağına ilişkin ilkesel düzenleme karşısında İİK m 76'da yer alan tazyik hapsinin değerlendirilmesi konusunda bkz Ünal Altınöz, *İcra-İflas Hukukunda Disiplin ve Tazyik Hapsi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019) 119 ff. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5. maddesinde de karşılıksız olarak keşide edilen çeklerden dolayı kesilen para cezasının ödenmemesi durumunda hapis cezasına çevrileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemelerin, her ne kadar doğrudan verilen zararın karşılığını oluşturmasalar da sonuç itibari ile bir borcun yerine getirilmemesi ile ilgili olarak verilen hapis cezaları olmaları bakımından, Roma Hukukundan gelen şahıs ile sorumluluğun izlerini taşıdığı söylenebilir. Kanaatimizce doğrudan ya da dolaylı olarak da olsa borcun ödenmemesi sebebine dayanan tazyik hapsi, adına ceza denmese de Anayasa m 38/VIII'de yer alan kural ile bağdaşmamaktadır.

3 Özlem Söğütlü, *Roma Özel Hukuku* Ders Kitabı (2. Bası Seçkin 2021) 361.

4 Eren (n 1) 89; Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, (Beta 1989) 55; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 26.

Gai Ins. 3.88. "*Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex concractu nascitur uel ex delicto*."

Gai Ins. 3.88 "Şimdi borçlara geçelim, bunlar iki ana kısma ayrılır: Nitekim her borç ya bir sözleşmeden ya da bir haksız fiilden doğar."

Gaius'un *Institutiones*'inde belirtmiş olduğu bu ayrıma daha sonra Digesta D. 44.7.1.pr'de yapılan "*obligationes ex variis causarum figuris*" şeklinde bir ekleme ile borcun diğer bazı nedenlerden de doğacağı ifade edilmiştir. Bu nedenlerin neler olduğu açıklanmamıştır. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ise sözleşme ve haksız fiil yanında daha belirsiz olan bu alan ikiye ayrılarak sözleşme benzerleri (*quasi contractus*) ve haksız fiil benzerleri (*quasi delictum*) olarak ifade edilmiştir.

Ius I. 13.3.2 "…*Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*…."

Ius I. 13.3.2 "…Bir diğer tasnife göre borçlar dörde ayrılır: Sözleşmeden doğanlar, sözleşme benzerlerinden doğanlar, haksız fiilden doğanlar ve haksız fiil benzerlerinden doğanlar…."

Borcun kaynağını sözleşme oluşturuyorsa borçlu, bu sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirmekle yükümlüdür. Bu bir verme (*dare*) edimi olabileceği gibi yapma (*facere*) veya yapmama (*non facere*) edimi şeklinde de olabilir. Bu açıdan bakıldığında sözleşmeden kaynaklanan borçlar açısından "ile sorumluluk" ikincil bir sorumluluktur. Çünkü borçlu, öncelikle sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirmekle yükümlüdür. Borçlunun sorumluluğu ancak bu borcu yerine getirmediği zaman meydana gelen zararı tazmin etmek şeklinde ikincil bir sorumluluk olarak ortaya çıkar[5].

Sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getir(e)meyen ya da haksız bir fiille başkasına zarar veren kişinin vermiş olduğu bu zarardan sorumlu olup olmayacağı, sorumlu olacak ise sorumluluğunun sadece zararın meydana gelmiş olmasına bakılarak mı yoksa bu zararı vermesinde etkili olan başka iç ve dış faktörlere bakılarak mı belirleneceği sorunu ile karşılaşılır. Bu durumlarda borçlunun sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan ayrım, borcun doğumunda kusurun aranıp aranmayacağına ilişkin olarak yapılan ayrımdır. Bu ayrıma göre sorumluluk kusura dayanan sorumluluk ve kusura dayanmayan sorumluluk olarak ikiye ayrılır. Yapılan bu ayrım hem haksız fiilden hem de sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklar için söz konusu olabilir[6].

Roma hukuku MÖ 753 yılında devletin kuruluşundan *Iustinianus*'un ölüm tarihi olan MS 564 yılına kadar yaklaşık 1300 yıl devam etmiştir. Bu uzun süre içerisinde

5 Söğütlü (n 3) 366.

6 Rado (n 1) 22; Eren (n 1) 555.

gerek kaynağı gerekse kusura dayanıp dayanmaması açısından farklı sorumluluk türleri ve bunlara ilişkin prensipler ortaya çıkmıştır. Özellikle kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluğa ilişkin prensipler bu uzun zaman dilimi içeresinde birlikte uygulanmıştır. Bazı dönemlerde bu prensiplerden birisi diğerine nazaran daha ön planda olmuş, başka bir zaman diğer prensip öne çıkmış, ancak hiçbir zaman sadece bir prensip tek başına uygulanmamıştır[7]. Zaman içerisinde değişen bu durum günümüze kadar uzanmış ve modern kanunları da etkilemiştir[8].

I. Kusura Dayanan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluk Ayrımı

Borçlunun sorumluluğunun sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda borcunu yerine getirmemesinin nedenlerini araştırmadan sadece sonuca yani borcun yerine getirilmemesine bakarak kendisinin sorumluluğuna gidilmesine objektif sorumluluk ya da sonuç sorumluluğu adı verilir. Aynı şekilde başkasına zarar veren bir davranışın söz konusu olduğu durumlarda sadece zararın meydana gelmesine bakılarak bu zararı meydana getiren kişinin sorumluluğuna hükmedilmesine de aynı düşünceden hareketle sebep sorumluluğu adı verilir[9]. Buna karşılık sözleşmeden kaynaklanan borçların ifa edilmemesinin nedenlerini araştırarak bunun borçluya yüklenmesinin mümkün olduğu hallerde kendisinin sorumluluğuna gidilmesi sübjektif sorumluluk olarak isimlendirilir[10]. Aynı şekilde başkasına zarar veren bir eylemin gerçekleştirilmesi durumunda bu zararı gerçekleştiren kişinin psikolojik durumunu ve düşüncelerini araştırarak kendisinin sorumluluğuna gidilmesi de yine sübjektif sorumluluk kapsamında yer alır. Her iki durumda da aslında borçlunun ya da zarar veren kişinin borca aykırı veya zarar verici davranışı yapmasında etken olan düşüncesinin araştırılması ve tespit edilmesi söz konusudur. Kusur olarak isimlendirilen bu düşünce, zarara sebep olan kişinin hukuk düzenince belirlenen model davranışa aykırı olan düşüncesidir. Bununla birlikte kusur, objektif ve sübjektif açılardan tanımlanmaktadır. Bir görüş kusuru hukuka aykırı ve zararlı sonucun meydana gelmesini istemek ya da bu sonucu istememekle birlikte bu davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamak şeklinde tanımlamaktadır[11]. Diğer bir görüş ise soruna davranış odaklı yaklaşmakta ve kusuru, hukuk düzenince kınanan ve hoş görülmeyen davranış biçimi şeklinde tanımlamaktadır[12].

Kusursuz sorumluluk, uygulanması ve sorumlusunun tespiti kolay olan bir sorumluluk türüdür. Sadece dış unsurlara bakar ve zarara neden olan kişiyi sorumlu

---

7 Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku (Der 2020) 44; Özlem Söğütlü Erişgin, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumlulukta Casus ve Vis Maior' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 505.

8 ibid 47.

9 Eren (n 1) 557-558; Rado (n1) 22.

10 İnan (n 1) 262.

11 M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (15. Bası Vedat 2021) 54.

12 O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (1. Bası Legal 2015) 22; Eren (n 1) 643.

tutar. Roma hukukunda haksız fiillerde çok eski dönemlerde ve sözleşmeler alanında da neredeyse imparatorluğun sonuna kadar bu sorumluluk türü etkili olmuştur. Kusursuz sorumluluk ile başlayan süreç bir süre sonra kusur sorumluluğuna doğru evrilmeye başlamıştır. Haksız fiiller alanında çok erken dönemlerde kusursuz sorumluluk ilkesi yerini kusur sorumluluğu ilkesine bırakmıştır. Buna karşın sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında, kusursuz sorumluluk uzun bir süre daha varlığını sürdürmüş, bir süre farklı sorumluluk kıstaslarına bağlı olarak kusur sorumluluğu ile birlikte uygulanmış ve ancak *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu hâkim ilke haline gelmiştir.

II. Haksız Fiillerde Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşümü

A. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği gibi Roma hukukunda borç, haksız fiiller ve sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar Gaius'un yapmış olduğu bu ayrıma daha sonraları içeriği belirsiz olan 'diğer bazı durumlar' şeklinde bir kaynak daha eklenmiş ve bu da *Iustinianus* tarafından sözleşme benzerleri ve haksız fiil benzerleri olarak tekrar ikiye ayrılmış olsa da temelinde yine haksız fiil ve sözleşme ayrımına dayanmaktadır. Bu sebeple her bir sorumluluk kaynağı açısından kusurun etkisi ve dönüşümü ile bu dönüşümün modern hukuka etkisi haksız fiiller ve sözleşmeler açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

B. Roma Hukukunda Haksız Fiil Kavramı

Roma hukukunda haksız fiiller alanında kusurun etkisine geçmeden önce haksız fiillere ilişkin temel sorunlara göz atmakta yarar vardır.

Roma *Civitas*'ı, ortaya çıkışı ile birlikte doğrudan toplum düzenine müdahale etmeye başlamamış, toplumda önceden uygulanagelen kuralların varlığını devam ettirmesine müsaade etmiştir. Bununla birlikte gerektiğinde ve gerektiği kadar bir müdahale söz konusu olmuştur. Bu bağlamda Romalılar atalarından kendilerine intikal eden örf ve adet kuralları ile bu kurallara uygun olarak oluşturdukları XII Levha kanunları ve yorumundan oluşan hukuk birikimini, yeni ortaya çıkan sosyal sorunları çözmek için çıkardıkları az sayıdaki kanun ile desteklemişlerdir[13]. Diğer eski kavimler gibi Romalılar da geleneklerine bağlıdırlar ve sırf eski olduğu gerekçesi ile bir şeyi özellikle de hukuk kuralını yıkmayı akıllarından geçirmezler[14]. Geçmişten intikal eden örf ve adet kurallarıyla mevcut toplum yapısı ve sosyal

[13] Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri* (14. Bası Der 2020) 55. Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, (Çev Ziya Umur), (2. Bası İ.Ü Yayını 1959) 5.

[14] Ekrem Buğra Ekinci, *Hukukun Serüveni*, (3. Bası Arı Sanat 2017) 146.

düzen sağlanmaya devam ettiği sürece devletin müdahalesi söz konusu olmaz ve ancak bu kurallara aykırı şekilde ortaya çıkan toplum düzenini bozucu davranışların meydana gelmesi halinde devlet bunlara müdahale ederdi. Bu kurallar da eski hukuk döneminde *comitialar'*da kabul edilen *lex*ler ile gerçekleşirdi[15].

Roma hukukunda suç ile haksız fiil arasında bir fark söz konusu değildi. Suç sayılan bütün fiiller aynı zamanda haksız fiil de oluşturmaktaydı. Bununla birlikte bazı suçlar cezai müeyyide ile birlikte zararın tazminini de gerektirirken bazı suçlar ise sadece cezai müeyyideye bağlanmışlardı. Suçlar kamu suçları (*delicta publica*) ve özel suçlar (*delicta privata*) şeklinde ikiye ayrılmıştı[16].

İlk dönemlerde devletin topluma ve hukuka müdahale etmedeki bu çekimser davranışı haksız fiiller alanına da yansımıştı. Devlet toplumda meydana gelen her türlü hukuka aykırı davranışa müdahale etmiyordu. Devletin müdahalesi ancak tüm toplumu etkileyecek ağır suçlar işlendiğinde söz konusu olurdu. Bunlar da düşmanla işbirliği gibi vatana ihanet olarak değerlendirilen eylemler, devlet başkanına karşı suikast ya da bir aile babasının aile evladı tarafından öldürülmesi (*parricidium*) gibi toplumu ve *civitas'*ı derinden etkileyecek suçlardı[17]. Bu ağır suçlara verilen ceza genellikle idamdı[18]. *Delictum publicum* olarak isimlendirilen ve devlet müdahalesinin söz konusu olduğu bu tür suçlara çoğunlukla *crimina* adı verilmekteydi[19]. Devletin gücünün artması ve toplum hayatına daha fazla müdahale etmeye başlaması ile birlikte bu tür suçların sayısının arttığı görülmektedir[20].

Delictum publicum tabiri ile ceza hukuku kastedilmekteydi. Bu kapsamdaki zarar verici eylemler ya resen devlet tarafından ya da bir vatandaş tarafından takip edilebilirdi. *Actio Populares* olarak isimlendirilen ve her Roma vatandaşı tarafından

---

15 Di Marzo (n 13) 5.

16 Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, (17. Bası Turhan 2014) 276.

17 Fulya İlçin Gönenç, 'Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi' (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı) 13, 18; Pervin Somer, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı*, (Derin 2008) 12; Rado (n 1) 141. *Delictum publicum-delictum privatum* ayırımında etkili olan ölçütün suçun mağdurunun kimliği olduğu da ifade edilmektedir, bkz Sevgi Kayak, 'Roma Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçu: D. 48.11 Metinlerinin Çevirisi ve Tahlili' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 745. Bununla birlikte herhangi kamusal bir statüsü olmayan aile babasına karşı işlenen suçların *delictum publicum* kapsamında olduğu göz önünde bulundurulduğunda, aile babasının statüsü ve *familia'nin* Roma toplumunun temeli olması sebebi ile ona karşı işlenen suçun, sonuçta tüm toplumu etkileyeceğinin kabul edildiği söylenebilir.

18 Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Bası Beta 2010) 390; Eşref Küçük, *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis*, (Adalet 2013) 25.

19 Max Kaser, *Roman Private Law*, (4. Bası Gutenberg 1984), 249; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (3. Bası Rustica Cape Town 1996) 917; Karadeniz Çelebican (n 16) 276.

20 Karadeniz Çelebican (n 16) 276. Tam olarak aynı kapsamda olmasa da bugün Ceza Kanununda yer alan takibi şikayete bağlı suçlar açısından, devletin hemen müdahale etmeyerek mağdurun ya da zarar görenin şikayetini aramasında bu anlayışın kısmen de olsa devam ettiğini söylemek mümkündür.

açılabilen bu davalarda verilen karar devlet tarafından uygulanırdı[21]. Para cezasının söz konusu olduğu bu davalarda alınan para ya devlete ya da kısmen devlete kısmen de davayı açan kişiye kalırdı[22].

Buna karşın kişilerin özel çıkarlarını ihlal eden davranışlar söz konusu olduğunda bu eylemlerden doğan sorumluluğun takibi zarar gören kişiye bırakılmıştı ve devlet müdahalesi söz konusu olmazdı. Bu tür zarar verici eylemlere ise *delictum privatum*[23] ya da sadece *delicta*[24] tabiri kullanılmaktaydı. Bununla birlikte bu ayrım tamamen kavramsal olup modern hukuktaki gibi bir haksız fiil ve suç şeklindeki ayrıma karşılık gelmiyordu[25].

Tüm topluma zarar vermeyen ve sadece kişisel çıkarları ihlal eden suçların takibi bu eylemlerden zarar gören kişilere bırakılmış olduğundan bu davalar ilgili kişi tarafından açılır ve yargılama sonucunda mahkûmiyet olarak verilen para cezası devlete değil davayı açan haksız fiilin mağduru kişiye ödenirdi[26]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, mahkûm olan kişinin belirli bir miktar paranın ödenmesi şeklinde yerine getirmesi gereken borç, bir zararı giderme borcu değil *poena* olarak ifade edilen bir cezanın ödenmesine ilişkin borçtur. Bu gaye ile Roma hukukunda haksız fiillerin takip edilmesindeki esas amaç, mağdur olan kişinin mal varlığında meydana gelen azalmayı gidermek değil haksız fiili işleyen kişiyi cezalandırmaktır[27].

Ius civile tarafından tanınan haksız fiiller dört taneydi. Bunlar *iniuria, furtum, rapina* ve *damnum iniuria datum* olarak isimlendirilen ve özel hukuk içerisinde yer alan suçlardı (*delicta privata)*. Bu suçlar, devlet tarafından takip edilmeyip suçun mağduru tarafından takip edilen ve Roma borçlar hukukuna göre işleyeni borç altına sokan eylemler olduğundan, mağdur isterse bu haksız fiili işleyen kişiyi borçtan kurtarabiliyordu[28].

---

21 Somer (n 16) 12. *Actio popularis* 'in hukuki niteliği oldukça tartışmalıdır. Tartışmalar başlıca bu davayı kim ya da kimlerin açabileceği ve dava sonucunda hükmedilecek para cezasının kime ödeneceği noktasında toplanmaktadır. Ayrıca bu dava ile korunan yararın özel ya da kamu yararı mı olduğu, açılacak davanın özel hukuk davası mı yoksa kamu hukuku davası mı olduğu, yine davanın *ius civile* davası mı *ius honorarium* davası mı olduğu hususları da tartışılan noktalardır. Şunu da ifade etmek gerekir ki bu tartışmalar olaylara pratik açıdan yaklaşan ve somut olaylar üzerinden hareket eden Romalı hukukçuların yaptığı tartışmalar olmayıp Romanistler tarafından yapılan tartışmalardır. Bu davanın kadın ve çocuklar dışında herkes tarafından açılabileceği, birden fazla kişi tarafından açılan davada en uygun davacının *praetor* tarafından belirleneceği ifade edilmektedir. *Actio popularis*'in Roma davalar sistemi içerisindeki yeri de *iudicium publicum* ile *actio privata* arasındadır. Halktan birisinin ithamı ile başlayan ve daha çok siyasal sistemi, kurum ve kişileri koruyan *accusatio publica* ile nispeten daha küçük topluluk menfaatinin korunmasına yönelik olan *actio popularis* arasında da bazı farklar bulunmaktadır. Bunlardan en dikkat çekici olanı, *actio popularis*'in bir özel hukuk davası şeklinde yürütülebiliyor olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Küçük (n 18) 72 ff.

22 Ziya Umur, *Roma Hukuk Lügati*, (İstanbul 1983) 16.

23 Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (DEÜ 1993) 257; Elvan Sütken, Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Eskişehir 2003) 81; Gönenç (n 17) 18; Somer (n 17) 12.

24 Karadeniz Çelebican (n 16) 277, dn. 155.

25 Küçük (n 18) 25.

26 ibid 25-26.

27 Rado (n 1) 141-142.

28 H. Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, (AÜ 1959) 201; Somer (17) 14.

C. Kusursuz Sorumluluktan Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm

1. Ius Civile Tarafından Tanınan Haksız Fiiller Açısından

Roma Hukukunun çok eski dönemlerinde kişilerin işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı kusurları olmasa da sorumlu oldukları diğer bir ifade ile objektif sorumluluk esasının geçerli olduğu görülmektedir[29]. Bu durumda failin sorumlu tutulabilmesi için fiil ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterli görülüyordu[30]. Ancak bu ağır uygulamadan daha XII Levha kanunları zamanında vazgeçilmişti. XII Levha kanunlarına göre bir kişiyi kasten öldürmenin cezası kısastı. Ancak öldürme kasten gerçekleşmemişse, haksız fiil işleyen kişi mağdurun ailesine bir koç hediye ederek kısas uygulanmasına engel olabiliyordu[31]. XII Levha kanunlarında adam öldürmekten dolayı kısas cezasının uygulanması için açıkça kastın varlığı aranmasa da öldürme fiilinin kast olmaksızın (taksirle) gerçekleşmesi durumunda kısas cezasının uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Bu durum aslında sorumluluk için kastın arandığını ama bunun açıkça ifade edilmediğini çünkü o dönemin sorumluluk anlayışı olan objektif sorumluluk anlayışının buna gerek bırakmadığını göstermektedir. Ayrıca ilk zamanlarda kasten gerçekleşen hukuka aykırı davranışlar için *iniuria* kavramı kullanılmaktaydı. Bu kavram hukuka aykırılığı ifade etmekle birlikte bünyesinde bunun kasten gerçekleştirilmiş olmasını da barındırmaktaydı[32]. Daha sonra kabul edilen *Lex Aquilia* kanunu ile *culpa* ayrı bir unsur haline gelmiştir.

XII Levha Kanunlarında yer alan ve muhtevası Cumhuriyet dönemindekine göre daha dar olan *furtum*, taşınır mallara ilişkindir ve ayrıca bu eylemin nasıl işlendiği önemli değildir. Malikin bilgisi olmadan zorla ya da gizlice almak *furtum* için yeterlidir. Yine ilkel dönemde *furtum*'da dikkate alınanın kast unsurunu olmadığı, yalnızca maddi olayın gerçekleşmesi ve mağdura verilen zararın yeterli olduğu ifade edilmektedir[33]. Bu yaklaşım ilk dönemlerde haksız fiiller konusunda da geçerli olan objektif sorumluluk anlayışı ile uyum içeresindedir. Fakat cumhuriyet döneminin ilerleyen zamanlarından itibaren her suçta sübjektif unsur olarak kast aranmaya başlanmıştır. Bu kapsamda hırsızlık için de manevi unsur olarak kast unsurunun olup olmadığına[34]. Klasik dönem ve sonrasında da *furtum* için kast unsuru *dolus malus* şeklinde aranmaya devam etmiştir.

Eski hukuk döneminde kusurun varlığının aranıp aranmayacağı hususunda tartışmalar olan bir diğer suç *iniuria*'dır. Basit *iniuria*'nın işlenebilmesi için kasıt

[29] Karadeniz Çelebican (n 16) 288; Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, (1. Bası Onikilevha 2020) 12.

[30] Rado (n 1) 143; Söğütlü (n 3) 374.

[31] Halide Gökçe Türkoğlu, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza, (2. Bası Seçkin 2017) 139.*

[32] Belgin Erdoğmuş, *Roma Borçlar Hukuku*, (1. Bası Der 2005) 127; Bahar Öcal, 'Damnum İniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi', (2011) (1) İÜHFD 345, 354 ff.

[33] Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Furtum, (1. Bası İÜ 1975)* 23; Söğütlü (n 3) 374.

[34] Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (n 32) 123.

gerektiği ifade edilirken *membrum ruptum* ve *os fractum* olarak ifade edilen vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda kast unsurunun aranmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere XII Levha Kanunlarında adam öldürmeye yönelik olarak kast unsurunun arandığını, ok ya da mızrak ile kast olmaksızın birinin ölümüne sebep olunduğunda dinî inanışlardan kaynaklanan sebeplerle ölen kişinin anne ve babasına bir koç vermek gerektiği ifade edilmektedir. Kast ve taksir ayrımını ifade eden bu uygulamanın *membrum ruptum* ve *os fractum* gibi vücut bütünlüğüne tecavüz teşkil eden fiillerde de uygulanmaması için bir sebep bulunmadığı ifade edilmektedir[35].

Ius Civile tarafından kabul edilen haksız fiillerden bir diğeri ise *furtum'*un ağırlaştırılmış şekli olan *rapina'*dır. Günümüz hukukunda hırsızlık suçunun cebir ve şiddet ile birlikte işlenmesi sonucunda meydana gelen yağma suçuna karşılık gelmektedir. Halk arasında gasp olarak bilinen *rapina,* ilk zamanlarda *furtum* içerisinde değerlendirilmiş ve *furtum'*un özel bir türü olarak kabul edilmiştir. *Furtum'*un ağır türü olan ve çalınan şeyin değerinin dört katı bir cezanın söz konusu olduğu *furtum manifestum* olarak değerlendirilen *rapina,* MÖ 1 yüzyılda cebir şiddet kullanılarak yapılan hırsızlık vakalarındaki artış sebebi ile ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir[36]. *Rapina*nın oluşabilmesi için malın sahibinin elinden zorla alınması gerekiyordu. Bu da *rapina*nın kast ile işlenebileceğini göstermektedir[37]. *Rapina* için kast unsurunun varlığının arandığına ilişkin bilgiler hem *Gaius*'un *Institutiones'*inde hem de *Iustinianus'*un *Institutiones*'inde yer almaktadır[38].

İlk dönemlerde haksız fiiller alanında hâkim olan objektif sorumluluk esasının krallık döneminin ortalarından itibaren kast unsurunun aranmaya başlanması suretiyle kusur sorumluluğuna doğru dönüşmeye başladığı görülmektedir. Bununla birlikte bu dönem açısından dikkati çeken husus kast unsurunun (*dolus*) hukuka aykırılığın içerisinde zaten mevcut olduğu düşüncesiyle açıkça zikredilmemiş olmasıdır[39].

Ius Civile tarafından kabul edilen diğer bir haksız fiil ise mala verilen zararları ifade eden *damnum iniuria datum*'dur. XII Levha Kanunları ile başkasının evini ya da zirai ürününü yakmak, başkasına ait ağaçları kesmek, başkasının arazisinde hayvan otlatmak gibi durumlardan doğan sorumluluk halleri düzenlenmiş olmakla birlikte MÖ 286 yılında *Lex Aquilia de Damno* ile genel bir haksız fiilden doğan sorumluluk teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır[40]. Kanunun birinci faslı başkasının kölesinin veya sürü hayvanının öldürülmesini, üçüncü faslı ise yakmak, kırmak ve bozmak sureti

35 Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Iniuria* (1. Bası İÜ 1969) 36-37.

36 Nurcan İpek, *Roma Hukukunda Gasp (Rapina),* (Der 2001) 7; Türkoğlu (n 31) 29.

37 İpek (n 29) 54.

38 Gai. Inst. 3. 209; Iust. Inst. 4.2.

39 Sögütlü (n 3) 375; Ayrıca bkz Öcal (n 32) 356.

40 Türkoğlu (n 31) 30.

ile mala verilen diğer zararları düzenliyordu[41]. Bu kanunun uygulanabilmesi için aranan şartlardan bir diğeri de *corpore* (failin vücudu ile) *corpori* (malın kendisine) *datum* (zarar vermek) şeklinde ifade edilen doğrudan fiziki temas ile zarar verilmiş olmasıydı[42].

Lex Aquilia ile getirilen en önemli husus kusura ilişkindir. Daha önce haksız fiilin oluşması için genellikle sadece kast aranıyorken *Lex Aquilia* ile getirilen bir haksız fiil olan *damnum iniuria datum*'da kastın yanında ihmalin de yeterli olduğu kabul edilmiştir[43]. Roma hukukunda kusur ilk defa bu kanun içerisinde düzenlenmiş olduğundan, haksız fiilin unsuru olan kusura (*culpa*) *culpa aquiliana* adı verilmekteydi[44].

Culpa aquiliana'nın dikkat çeken bazı özellikleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki sorumluluğun oluşması için *dolus*'un yanında *culpa'*nın her türünün yeterli olarak kabul edilmesidir. Diğer bir ifade ile *culpa aquiliana*, daha sonra *culpa lata* ve *culpa levis* olarak ifade edilen ağır ihmal ve hafif ihmal türlerini de içerisine alıyordu. Hatta *Digesta'*da *Ulpianus*'a ait olan bir metinde en küçük bir ihmalin dahi sorumluluk için yeterli olduğu ifade edilmiştir.

D.9.2.44 pr "*In lege Aquilia et levissima culpa venit*"

D.9.2.44 pr "*Lex Aquilia*'da en hafif ihmal dahi dikkate alınır"

Her ne kadar *Lex Aquilia*'daki sorumluluk için yeterli olan kusurun derecesi *culpa levissima* olarak ifade edilmiş olsa da *culpa lata* ve *culpa levis* şeklindeki ayrımın klasik sonrası döneme ait olduğu da ifade edilmektedir[45]. Kavramlar klasik sonrası döneme ait olsa da *Lex Aquilia*'nın uygulanması açısından önemli olan husus ihmalin genel olarak artık sorumluluğa sebebiyet veren bir unsur şeklinde aranacak olmasıdır. Bu sonucun ortaya çıkmasından, eski hukuk döneminde *iniuria* kavramının içerisinde yer alan kusur unsurunun yavaş yavaş ayrışmaya başladığı, klasik öncesi hukuk dönemine gelindiğinde ise kast yanında ayrı bir sorumluluk ölçütü olmasa da ihmal anlamında *culpa*'nın bilinmeye başladığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu döneme ait edebî metinlerden, *Cicero*'nun başkasına kast olmaksızın zarar verilebileceğini söylediği ve *culpa*'nın, sorumluluk ölçütü şeklinde olmasa da genel olarak bilindiği anlaşılmaktadır[46].

*Lex Aquilia*daki *culpa*'nın dikkati çeken diğer özelliği *culpa in faciendo* şeklinde olmasıdır. Bu ifade bir eylemin gerçekleştirilmesi sırasında söz konusu olan kusur

41 Öcal (n 32) 348.

42 Koschaker ve Ayiter (n 23) 265.

43 Kaser (n 19) 249; Ayrıca bkz Öcal (n 32) 370, dn 60.

44 Somer (n 17) 52; Gönül Koşar (n 29) 13.

45 Öcal (n 32) 374 dn 66.

46 Söğütlü (n 3) 376 ff.

demektir. Bir şeyin yapılmasında herhangi bir eylemde bulunmamak, hareketsiz kalmak şeklindeki durumla ilgili olarak herhangi bir kusurdan bahsetmek mümkün değildi. Diğer bir ifade ile *culpa in non faciendo, Lex Aquilia* alanında sorumluluk için yeterli değildi[47].

Taraflar arasında, d*epositum* (vedia) gibi sorumluluğun doğması için ihmalin yeterli olmadığı ve kastın arandığı bir sözleşme ilişkisi varsa, bu durumda mala verilen zararlar sebebi ile *depositum*'dan bir dava hakkı doğmasa bile *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan bir sorumluluğun doğabileceği ifade edilmektedir[48].

Objektif sorumluluktan kusur sorumluluğuna ve özellikle de ihmalden kaynaklanan sorumluluğa geçiş sürecinde Aristo felsefesinin etkisi olduğu, bu düşünce şeklinin etkilediği toplum yapısında başkalarına zarar vermemek konusunda dikkatli davranmak gerektiği fikrinin ortaya çıktığı ve bunun da bir sorumluluk ölçütü olarak geliştiği ifade edilebilir. Bu gelişimin baş aktörlerinden birisi de *praetor*lardır. Karmaşıklaşan toplum yapısı, yabancıların toplumdaki sayısı ve etkilerinin artması, toplumu ve dolayısı ile hukuku etkileyen yeni düşünce akımı, ihmalin ayrı bir sorumluluk ölçütü olarak belirmesinde etkili olmuştur. *Lex Aquilia*'nın ve yabancılar *praetor*luğu (*praetor peregrinus*)'nun ortaya çıkışı ile klasik hukuk dönemi olarak ifade edilen dönemin başlangıcının birbirine yakın olması tesadüf sonucu meydana gelmiş değildir. Bu bir sebep sonuç ilişkisinin yansımasıdır.

Klasik hukuk dönemine gelindiğinde ise artık hukuk bir bilim haline gelmiş, kavramlar belirginleşmeye başlamış, nüfusun artması ve coğrafyanın da genişlemesi ile yeni değişimler de etkisini göstermiştir. *Pax Romana* döneminin de içerisinde olduğu klasik hukuk döneminde kast ve ihmali bir bütün olarak ifade etmek üzere *culpa* kavramı kullanılmıştır. Bunun yanında *culpa*'nın ihmal anlamındaki kullanımı da artmaya başlamış ve klasik sonrası dönemde *culpa lata* ve *culpa levis* şeklindeki ayrım ortaya çıkmıştır[49]. Klasik sonrası dönemde sorumluluğun kusur sorumluluğuna doğru gidişinde kökenini Aristo, Platon ve Stoa'da bulan Antik Yunan Felsefesinin ve özellikle de Hristiyanlığın etkisi bulunmaktadır[50].

---

47 Richard Honig, *Roma Hukuku*, (İÜ 1938) 287; Koschaker ve Ayiter (n 23) 265; Somer (n 17) 52; Öcal (n 32) 355, dn 20. Bugünkü ceza hukukunda benzer bir mantık ile yapılan bir ayrım olan ihmali suç kavramı için bkz Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m 1-75*(5. Bası Beta 2015) 215.

48 William Warwick Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian,* (3. Bası Cambridge Uni 1966) 587.

49 Öcal (n 32) 374 ff.

50 Özlem Söğütlü Erişgin, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi içerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (1. Bası Seçkin 2016) 84, 203; Söğütlü (n 3) 378. İyi niyetli bir aile babası anlamına gelen *bonus pater familias* ölçütünün temelinin de sözleşme dışı sorumluluk hukuku olduğu ve bu kavramın da Aristotelyen felsefeye dayandığı daha sonra Stoisistlerin etkisi altında geliştiği de ifade edilmektedir bkz Talya Şans Uçaryılmaz, Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi, (Bilkent Üni 2018) 93.

2. *Ius Praetorium* Tarafından Tanınan Haksız Fiiller Açısından

a. *Dolus*

Roma'da gelişen ve karmaşıklaşan toplum hayatına bağlı olarak ortaya çıkan yeni sorunların çözülmesi amacı ile *praetor*lar yeni dava usulleri geliştiriyorlardı. Bu kapsamda *ius civile* tarafından kabul edilen haksız fiillerin yeterli olmaması sebebi ile yeni haksız fiil türleri, *praetor*lar tarafından yayınlanan *edictum*'larla Roma hukukuna[51] girmeye başlamıştır. Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru MÖ 1. yüzyılda *praetor Aquilus Gallus*, hile ile ele geçirilen bir malın iadesi için ya da meydana gelen zararın karşılanmasını sağlamak için aldatılan kişi lehine *actio doli* adı verilen bir dava imkânı tanındı[52]. Böylece ilk dönemlerde bilinmeyen ve haksız fiil olarak kabul edilmeyen hile (*dolus*) yeni kazandığı bu anlam ile Roma hukukuna girmiş oldu[53]. Bu anlamı ile hile bir kişinin zihninde yanlış kanaatler uyandırmak sureti ile gerçek durumu bilseydi yapmayacağı bir hukuki işlemi yaptırmak demektir[54]. Başlangıçta tuzak kurmak, aldatmak ve kurnazlık anlamlarına gelen hile kavramı daha sonra *bona fides*'e aykırı tüm davranışları ifade etmek için kullanılmaya başlandı[55].

Dolus kavramının kast anlamında da kullanımı ile benzerlik gösteren hile, kast ile işlenen bir haksız fiildi.

b. *Metus*

Sözlük anlamı korku, endişe, kaygı olan *metus*, çoğunlukla kaynaklarda güç kullanımı anlamına gelen *vis* ile birlikte *vis ac metus* şeklinde kullanılmaktadır. *Metus*, *dolus* gibi *praetor* tarafından tanınmış olan bir haksız fiildir. Roma Cumhuriyet döneminin son yüzyılı, iç karışıklıklar ile dolu olan bir dönemdi. Adaletin silah ve şiddet ile sağlandığı *Lucius Cornelius Sulla Felix*'in diktatörlüğünden sonra, bu dönemde ortaya çıkan anarşi ve yağma olaylarını sona erdirmek için bazı önlemler alınması gerekmiştir. İnsanların taşınır ve taşınmazlarını vermeye zorlanmaları, para verme taahhüdünde bulunmaları, miras veya diğer bazı haklardan feragat etmeye zorlanmaları karşısında condictio'dan farklı olarak yeni hukuki koruma yollarının sağlanması gerekmiştir. Bu amaçla ilk defa tahminen MÖ 79-80 yılında *praetor*

[51] *Praetor*'ların faaliyetleri ile ortaya çıkan ve genel olarak *magistra*'lar tarafından oluşturulan hukukun içerisinde değerlendirilen hukuka *ius praetorium* adı verilmektedir. Bkz Umur, Lügat (n 22) 103; Karadeniz Çelebican (n 16) 96.

[52] Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 132; Türkoğlu (n 31) 34.

[53] *Dolus* (Hile) kelimesinin zaman içerisinde ifade ettiği anlamlar için bkz İpek Sevda Söğüt, *Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def'i)* (1. Bası Filiz 2020) 44 ff.

[54] Rado (n 1) 155; Halil İbrahim Yüksel, *Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi* (Filiz Kitabevi 2020) 140.

[55] Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 327; Gönül Koşar (n 29) 15-16; Rado (n 1) 155; Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 30.

Octavius, hukuka aykırı olarak yapılan zorlama, tehdit ve ikrah için bir beyanname yayınlamış ve böylece *metus* bir *praetor* haksız fiili olarak Roma hukukuna girmiştir[56]. *Metus* da kast ile işlenebilen bir haksız fiil türüydü.

c. *Fraus Creditorum*

Kelime anlamı ile hileye yakın bir içeriğe sahip olan ve aldatmak, düzenbazlık gibi anlamlara gelen *fraus* kavramı, alacaklıların zararına olarak hileli bir şekilde mal kaçırılması anlamına gelmektedir[57]. Klasik ve klasik sonrası dönemde *dolus* ile aynı anlamda kullanılmaya başlanmış olan *fraus*'un, ilk zamanlarda olağan kast ile işlenebilen bir haksız fiil türü olduğu anlaşılmaktadır. *Iustinianus* döneminde *fraus creditorum*, *actio Pauliana* kapsamına alınmıştı. Bu davanın açılabilmesi için ise hileli işlemler sebebi ile alacaklının fiilen zararının olması, borçlunun bu hileli işlemlerden sonra aciz halinin gerçekleşeceğini bilmesi (*consilium fraudis*) ve muhatabın da borçlunun içerisinde yer aldığı bu durumdan haberinin olması şartları aranmaktaydı[58].

Görüldüğü üzere *fraus creditorum*un oluşabilmesi için *Iustinianus* döneminde genel kast yeterli görülmeyerek özel kastın varlığı aranmış, dolayısıyla bu haksız fiildeki kusur sorumluluğu nispeten hafifletilmiştir. Bu sonuç, *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğunun genel ilke olması karşısında, haksız fiil sorumluluğu altında yer alan bu suçun daha ağır kusur ile işlenebileceğinin kabul edildiğini, dolayısıyla sorumluluğun burada da genel eğilime uygun olarak hafifletilmesi düşüncesinden kaynaklandığını düşündürmektedir.

3. Aile Evladı, Köle ve Hayvanların Başkalarına Verdikleri Zararlardan Sorumluluk

Roma hukukunda haksız fiillerin *delicta privata* ve *delicta publica* olarak ikiye ayrıldığı yukarıda ifade edilmişti. *Delicta publica* veya *crimina publica* olarak ifade edilen ve *Populus Romanum'a (Roma Halkı)* karşı bir suçun işlenmesi durumunda suçu işleyen, özgür bir Roma vatandaşı veya köle ya da aile evladı olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan magistra tarafından her zaman cezalandırılabilirdi. *Delicta privata* (özel suçlar) açısından, kısasa alternatif olarak diyet cezasının uygulandığı dönemlerden itibaren bu suçları işleyenlerin kişisel sorumluluğu kabul edilmişti. Bu suçları işleyenler ister aile evladı isterse köle olsunlar sorumlulukları bizzat kendilerine ait olur, hâkimiyeti veya mülkiyeti altında oldukları *pater familias*'ın

[56] Ahmet Karakocalı, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus)*, (1. Bası Seçkin 2016) 31 ff; Söğütlü (n 3) 600.

[57] Rado (n 1) 157.

[58] Türkoğlu (n 31) 36, dn 71; Söğütlü (n 3) 602.

herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmazdı[59]. Kölelerin *delicta privata*'dan doğan borçları da *obligatio civilis* mahiyetinde olduğundan köle özgürlüğünü kazandıktan sonra bu davanın açılması mümkündü. Aile evlatlarına karşı ise her zaman dava açılabilmesinin mümkün olmasına karşın malvarlıklarının olmaması sebebi ile pratikte bir sonucun elde edilmesi mümkün değildi. Davanın aile evladına karşı açılabilmesi ancak *sui iuris* olduktan sonra bir anlam ifade ederdi. Bu suçları işleyen aile evladının pater familiası ya da kölenin efendisi ile suçtan zarar gören tarafın çıkarları çatışmakta, köle ve aile evladına karşı dava açılamaması ya da açılan davada bir sonuç elde edilememesi sebebiyle zarar gören taraf mağdur olmaktaydı. Bu haksızlığa son vermek amacıyla suçtan zarar gören kişiye, pater familias'a (veya malike) karşı ya zararın giderilmesini ya da zarara vereni kendisine teslim etmesini isteme hakkı tanındı. Önceleri XII Levha Kanunlarında yer alan *furtum manifestumu* (suçüstü hırsızlık) işleyen aile evlatları ile köleler hakkında daha sonra *Lex Aquilia* ve *damnum iniuria datum* kapsamındaki suçları işleyenler hakkında uygulanan *noxae deditio* prensibi ile efendi ya suç sebebi ile oluşan para cezasını öder ya da suçu işleyeni zarar görene terk ederdi[60]. İlerleyen zamanlarda bu dava *actio noxalis* adını almış ve *praetor*'ların faaliyetleri ile tüm ceza davalarının aile babasına ya da efendiye açılabilmesine imkân tanınmıştır[61].

Actio noxalis davasında, efendinin köle veya aile evladı statüsündeki bir başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu olduğu görülmektedir. Bu sorumluluğun doğmasında efendinin kusuru aranmıyordu. Bir tür kusursuz sorumluluk hali olan bu uygulama, eski hukukun zararın giderilmesini öncelediği ve bunun için failin kusurunu aramaksızın zarara sebep olmasını yeterli gördüğü anlayışa uygundur. Kölenin ya da aile evladının işlemiş olduğu suçtan dolayı malikin ya da aile babasının sorumluluğu, davanın açıldığı zaman bu statüsünün varlığına bağlıydı. Suçlu dava açılmadan önce ölürse ya da köle satılırsa *pater familias'*ın sorumluluğu düşer veya yeni malike intikal ederdi[62]. *Pater familias* ya da efendinin, aile evladının veya kölenin suçu işlemesinden haberi varsa veya onları bu eyleme teşvik etmiş ise ya da engelleyebilecek iken engellememişlerse, efendiye karşı *actio noxalis* davası değil işlenilen suçla ilgili ceza davası açılırdı. Efendinin bu sorumluluğu hâkimiyetten kaynaklanmadığı için hakimiyet sona erse de sorumluluk efendi açısından devam ederdi[63].

*Digesta*da *Ulpianus*'a ait olan metinde bu duruma işaret edilmiştir.

D. 9. 2. 44. 1 "Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est."

[59] Rado (n 1) 165.

[60] Kaser (n 19) 251; Karadeniz Çelebican (n 16) 138; Elvan Sütken (n 23) 43.

[61] Rado (1) 164 ff; B. Yiğit Sayın, *Roma'da Köle ve Hukuku,* (1. Bası Onikilevha 2020) 485 ff.

[62] Honig (n 47) 295; Sayın (n 61) 489, dn 612.

[63] ibid 295.

D. 9. 2. 44. 1 "Bir köle efendisinin bilgisi dâhilinde birisini öldürür veya yaralarsa efendinin Lex Aquilia'ya göre sorumlu olduğunda şüphe yoktur".

Efendinin, hâkimiyeti altındaki köle sebebi ile kusursuz olarak sorumlu tutulmasına benzeyen diğer bir sorumluluk hali, hayvanların fiilleriyle meydana gelen zarardan sorumluluktur. XII Levha Kanunlarında yer alan bu sorumluluk türünde azgın bir hayvan bir başkasına zarar verirse verilen zararın giderilmesi amacıyla hayvanın *noxa* olarak zarar gören kişiye terk edilmesi esası kabul edilmişti. Zarar veren hayvanın dört ayaklı evcil bir hayvan olması gerekiyordu[64]. Bu surette verilen zararın giderilmesi amacı ile tanınan *actio de pauperie* davasının, ilerleyen dönemlerde iki ayaklı hayvanların verdikleri zararların giderilmesi amacıyla genişletilerek *actio utilis* şeklinde açılmasına da imkan tanınmıştı[65].

Roma hukukunda hayvan sahibinin sorumluluğu mülkiyet hakkına dayanmaktaydı. Bununla birlikte *noxal* sorumluluk esaslarının *actio de pauperie*'ye de uygulanması mümkün olduğundan dava zamanında hayvanın maliki farklı bir kişi ise dava bu kişiye karşı açılırdı. Zarar veren hayvan vahşi bir hayvan ise bu hayvanın yönetimini elinde bulunduran kişi, kusuru olup olmadığına bakılmaksızın hayvanın verdiği zarardan sorumlu olurdu[66].

III. Sözleşmelerde Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm

A. Genel Olarak

Modern hukukta hem haksız fiiller hem de sözleşmeler hukuku alanında hakim olan ilkelerden birisi de kusur sorumluluğu ilkesidir[67]. Ancak haksız fiiller alanında olduğu gibi sözleşmeler alanında da kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşüm yaşanmış, ancak *Iustinianus* döneminde kusur sorumluluğu ilkesi bazı istisnaların dışında tam anlamı ile hakim olmuştur[68]. Bu ilkenin uygulanabilmesi için de klasik dönem hukukçularının eserleri *interpolatio* yoluyla değiştirilmiştir. Bu surette farklı sorumluluk esaslarının hakim olduğu önceki dönemlerde ve özellikle klasik hukuk dönemindeki sorumluluk kıstasları, kusur sorumluluğu ilkesi doğrultusunda revize edilerek dönemin sorumluluk hukuku anlayışına uydurulmuştur. Bu nedenle klasik hukuk döneminde yer alan sorumluluk ilkelerinin ve ölçütlerinin neler olduğu, bunların nasıl uygulandıkları tereddütsüz bir şekilde anlaşılabilmiş değildir[69].

---

64 Kaser (n 19) 252.

65 Gökçe Türkoğlu Özdemir, 'Roma Hukukunda Hayvanların Yolaçtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk' (2006) 14 (2), 69, 77 ff.

66 ibid 94.

67 Eren (n 1) 20.

68 Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku,* (6. Bası Sayram 2016), 34; Söğütlü Erişgin (n 50) 132-133; Karadeniz Çelebican (n 16) 288.

69 Söğütlü (n 3) 379.

Yukarıda haksız fiiller açısından açıklandığı üzere Roma hukukunda sorumluluğun, kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna dönüşmesi aniden gerçekleşmiş bir sonuç değildir. Haksız fiiller alanında çok daha eski dönemlerden itibaren kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşüm yaşanmış, buna karşılık sözleşmeler alanında bu dönüşümün etkisi daha sonra ortaya çıkmaya başlamıştır. *Lex Aquilia* ile birlikte ihmalin (*culpa*) de mala verilen zararlar açısından sorumluluk için yeterli kabul edilmesi, bir süre sonra sözleşmeler hukukunu da etkilemeye başlamış, bu alanda da kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir dönüşüm başlamıştır[70].

Sözleşmeler alanında farklı tiplerinin olması, özellikle taraflara yüklemiş oldukları borçlar açısından aralarında farklılıkların bulunması tüm sözleşmeler için tek bir sorumluluk kıstasının uygulanmasına engel olmuştur. Dolayısıyla klasik öncesi hukuk döneminden itibaren başlayan dönüşüm sürecinde farklı sorumluluk ölçütleri bir arada uygulanmaya başlanmıştır. Bu itibarla *custodia* olarak ifade edilen gözetim sorumluluğu, özen sorumluluğu anlamındaki *diligentia*, *omnis culpa* (bütün kusurlardan sorumluluk) olarak ifade edilebilecek olan *dolus* ve *culpa*'dan kaynaklanan sorumluluk bu dönemde uygulanan sorumluluk türleridir. Klasik sonrası dönemden itibaren tarafların sözleşmeden elde ettikleri yararları, sorumluluklarının belirlenmesinde bir ölçü olarak alan ve *diligentia'*nın özel bir uygulaması olan *utilitas*'ı da burada zikretmek gerekir[71].

B. Sözleşmeler Alanında Kusursuz Sorumluluk

Eski hukuk döneminde hayatın her alanında ve özellikle hukuk alanında sıkı şekil şartları hâkimdi. Dar hukuk dönemi olarak da ifade edilen bu dönemde sınırlı sayıda işlem biliniyor, bunlar da sıkı şekil şartlarına bağlı olarak yapılıyordu. Henüz bir şeyin yapılmasına ilişkin taahhütlerin borç olarak kabul edilmediği bu dönemde ferden belirli olan bir şeyin verilmesine yönelik olarak ortaya çıkan *stricti iuris* borçlarda, borçlanılan edimin yerine getirilmemesi mutlak anlamda sorumluluk doğurur, bu borcun neden yerine getirilmediği ile ilgilenilmezdi[72]. Bu anlayış XII Levha Kanunlarında da ifadesini bulmuş ve "*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*" (dil ne söylemişse öylece hukuk olsun) şeklinde ifade edilmiştir. Bu kural, *fides* ilkesine dayanmaktadır[73]. Sadakat anlamında kullanılan *fides* kavramı, kökenini Roma'nın dinî literatüründe bulur ve bu açıdan tanrılara karşı olan sadakatin insanlar arasındaki ilişkilere yansımasını ifade eder[74].

---

70 Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 316.

71 Nilgün Dinçer Araz, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)', (2020) 22(1) DEÜHFD 171, 176; Söğütlü (n 3) 380.

72 Koschaker ve Ayiter (n 23) 196 ff.

73 Söğütlü Erişgin (n 50) 123.

74 Uçaryılmaz (n 50) 9.

Eski hukuk döneminden sonra klasik öncesi hukuk döneminde, Roma'da yaşanan ekonomik ve sosyolojik gelişmelere bağlı olarak sorumluluk ölçütlerine yenileri girmeye başlamıştır. Eski hukuk döneminin anlayışı olan sonuç sorumluluğu yanında bu dönemde *dolus* ve *culpa* kavramlarının yavaş yavaş sisteme dâhil olmaya başladığı ifade edilmekle birlikte dönem hakkındaki bilgilerin azlığı daha sonra yazılan eserlerin *interpolatio*'ya uğramış olması kesin sonuçlara ulaşmayı engellemektedir[75].

C. Kusur Sorumluluğuna Doğru Dönüşüm

1. *Custodia* Sorumluluğu

Eski hukuk döneminde hâkim olan sonuç sorumluluğundan kusur sorumluluğuna doğru geçişte ilk dikkati çeken sorumluluk ölçütü *custodia* sorumluluğudur. Sözleşme hukuku çerçevesinde *custodia* gözetmek, kollamak ve korumak anlamlarına gelmektedir. *Custodiam praestare* şeklinde de kullanılan bu kavram beklenmeyen hallerden (*casus*) kaynaklanan sorumluluğu ifade etmek için kullanılmaktaydı[76].

Klasik hukuk dönemi boyunca farklı sözleşme tiplerinde uygulanan bu sorumluluk ölçütünün kusur sorumluluğunun mu yoksa kusursuz sorumluluğun mu kapsamında olduğu tartışmalı olmakla birlikte kusursuz sorumluluk kapsamında olduğu yönündeki yaklaşım daha kuvvetli görünmektedir[77].

Eski hukuk dönemindeki kusurun aranmadığı sonuç sorumluluğu ilkesinin klasik hukuk dönemindeki görüntüsü *custodia* şeklinde tezahür etmekteydi. Sözleşmesel bir ilişkide borçlu olan tarafın bir eşyayı kendi yararına elinde bulundurması halinde bu mala üçüncü kişiler ya da hayvanlar tarafından verilen zararlardan sorumlu tutulmaktaydı. Gözetim sorumluluğu olarak da ifade edilebilen *custodia* sorumluluğunda, iyi bir aile babasının göstereceği özenden daha fazlasının gösterilmesine rağmen meydana gelen zararlardan sorumluluk doğmaktaydı[78]. Cumhuriyet döneminin son iki yüzyılında Roma devletinin gelişmesi ve genişlemesi sonucunda ekonomik, siyasî ve sosyal açıdan bir dönüşüm yaşanmış, bu gelişmelerin sonucunda sorumluluk hukuku yeniden oluşturulmuştur. Önceki dönemden gelen sonuç sorumluluğunun yerine *custodia* sorumluluğu konmak sureti ile bu dönemde ortaya çıkan yeni durumlara çözümler getirilmeye çalışılmıştır[79].

[75] ibid 124.

[76] Söğütlü Erişgin (n 50) 135.

[77] Umur, *Ders Notları* (n 18) 312; Belgin Erdoğmuş, 'Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia' (2010) 1 Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan 895 906; Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 34; Hilal Zilelioğlu, 'Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış', AÜHFD 1987 (39) 1-4, 241, 243; Dinçer Araz, (n 71) 176; Söğütlü Erişgin (n 50) 138. *Custodia*'nın bir sorumluluk ölçütü değil bir yükümlülük (gözetim yükümlülüğü) olduğu, özenin belirli bir şeklini yerine getirmede başarısızlıktan kaynaklanan sorumluluk anlamında kullanıldığında sübjektif sorumluluk olabileceği, görüşü için bkz Diler Tamer Güven, *Culpa In Eligendo Yardımcı Şahıs Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, (Der 2001) 34 ff.

[78] Erdoğmuş, 'Custodia' (n 77) 897.

[79] Söğütlü Erişgin (n 50) 136.

Custodia sorumluluğunun dikkat çekici özelliği beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluğu da içeren bir sorumluluk olmasında görülür. *Dolus* ve *culpa*'dan kaynaklanan sorumluluğun evleviyetle mevcut olduğu *custadia* sorumluluğunda[80] *casus* olarak nitelendirilen beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluk da bulunmaktadır[81]. Hırsızlık sebebiyle malın çalınması, *custodia* sorumluluğu altındaki kişinin kendi adamları, köleleri veya hatta kendisi ile ilgisi olmayan üçüncü kişiler tarafından verilen zararlardan sorumluluk bu kapsama dâhildir. Bu itibarla *custodia* sorumluluğunun, sadece zararın meydana gelmemesi için yapılması gerekenlerin yerine getirilmesi ile sınırlı olmadığı, objektif nedenlerle meydana gelen zarardan sorumluluğu da kapsayan bir sonuç sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir. Bu özelliği *custodia* sorumluluğunu garanti sorumluluğuna yaklaştırmaktadır[82]. *Custodia* sorumluluğu altındaki borçlu, meydana gelen zarardan ancak bu zararın *vis maior'*dan (mücbir sebep) kaynaklandığını ispatlamak sureti ile kurtulabilirdi. Çünkü Roma hukukunun hiçbir döneminde mücbir sebepten (*vis maior*) kaynaklanan zararlardan borçlu sorumlu tutulmamıştır[83]. Bu nedenle *custodia* sorumluluğunun sınırını *vis maior*'dan kaynaklanan zararlar oluşturmaktadır. Roma hukukunda kusur ile ilişkilendirilen ve kusuru ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilen *vis maior*[84], modern hukukta illiyet bağını kesen bir durum olarak görülmüş ve hem haksız fiiller hem de sözleşmelerde sorumluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte Roma hukukunda temerrüde düşmesi durumunda borçlunun sorumluluğu, *vis maior*'dan kaynaklanan zararları da içerisine alacak şekilde genişlemekteydi[85]. Bu uygulama TBK m 119/I'de yer alan borçlunun sorumluluğunun temerrüt durumunda *casus'*u da kapsayacak şekilde genişleyeceğine ilişkin düzenleme ile aynı temele dayanmaktadır.

Klasik hukuk döneminde gemi, ahır ve han işleten kişilerin eser sözleşmesinden (*locatio conductio operis*) kaynaklanan sorumlulukları *custodia* kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu anlayış klasik dönemin sorumluluk anlayışı ile de

---

80 Zimmermann (n 19) 195; Kaser (n 19) 189.

81 Bülent Tahiroğlu, 'Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi', MÜHF-HAD, (2008) 14 (4) (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 157, 162.

82 Zimmermann (n 19) 194; Söğütlü Erişgin (n 50) 139. Bu konuda farklı bir fikre göre *custodia* bir sorumluluk ölçütü olmayıp bir borcu ve yükümlülüğü, *culpa* da ihmali değil kusuru ifade etmektedir. Belirli sözleşmelerde muhataba zilyetliği verilen şeyin güvenli bir şekilde korunması da istenmekle birlikte, bu güvenliği sağlama borcu bir garanti borcu olarak anlaşılmamalıdır. Aksi halde *custadia* tam bir kusursuz sorumluluk olarak anlaşılmak gerekir. *Furtum* için geçerli olabilecek bu durumun *damnum iniuria datum* için aynen kabul edilmesi mümkün değildir. D. 16, 3, 1 pr.'de sık sık *custodia* kelimesi geçmesine karşın sorumluluk yalnızca *dolus*tan olacağı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz Tamer Güven (n 77) 36 ff.. Aynı görüş için bkz Sevgi Kayak, 'Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri', (2018) 20 (2) DEÜHFD 239, 264-265, dn 71.

83 Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 35; Erdoğmuş, 'Custodia' (n 77) 907; Söğütlü Erişgin, 'Casus ve Vis maior' (n 7) 521-522.

84 Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 26; Zilelioğlu (n 77) 244. Gaius'un *res codditianea* isimli eserinden alınan ve aynı zamanda içerdiği *interpolatio*larla birlikte değerlendirildiğinde hem *Gaius*'un hem de klasik sonrası dönemin anlaşışını ifade eden metinde "Satıcının ölçme gününe kadar hangi gözetimden, bütün gözetimden mi, böylece özenden mi, yoksa sadece kasıttan mı sorumlu olduğunu görelim. Bence, satıcı, kaçınılmaz zarar, alın yazısı zararı (*fatale damnum*) ve büyük güç (*vis magna*) dışındaki bütün özenden sorumludur." Digesta 18.6.2.1 (Gaius). Metin için bkz Söğütlü Erişgin, 'Casus ve Vis maior' (n 7) 522; Dinçer Araz (n 71) 186. Ayrıca bkz D. 44.7.1.4.

85 Söğütlü Erişgin, 'Casus ve Vis maior' (n 7) 510.

uyumludur. Bununla birlikte *praetor edictum*'u ile getirilen ve *receptum* olarak ifade edilen yeni bir uygulama ile gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğu daha da ağırlaştırılmış ve yolcuların beraberinde getirmiş oldukları bagaj ve el çantalarından da sorumlu oldukları esası kabul edilmiştir[86]. Bu şekilde teslim alınan mallardan, hırsızlık veya üçüncü kişiler tarafından mala verilen zararlar gibi beklenmeyen durumlar sebebi ile işletenlerin sorumluluklarının doğmasına yol açan *receptum* sorumluluğunun doğabilmesi için taraflar arasındaki işlemde "*salvum fore recipere*" şeklindeki teknik bir ifadenin kullanılması gerekmekteydi [87]. Başlangıçta *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluk ile *custodia* sorumluluğunun birbirine çok benzediği, *receptum* anlaşmasının olmadığı durumlarda *custodia* sorumluluğunun kendiliğinden söz konusu olduğu görülmektedir. Taraflar *receptum* anlaşması yapmak zorunda olmamakla birlikte isterlerse bu anlaşmayı yapabiliyorlardı. Bu durumda eser sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğa ek olarak *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluk da doğuyordu. Klasik dönemde *receptum* anlaşmasının olmaması durumunda yolcular beraberlerinde getirdikleri eşyalara gelen zararlara kendileri katlanmak zorundaydılar. Klasik dönemin sonlarına doğru *actio locati*'den kaynaklanan sorumluluk kusur sorumluluğuna doğru dönüşüp *custodia* sorumluluğunu kapsamamaya başlayınca, beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluğunun doğabilmesi için *receptum* şartının kullanılmaya başlandığı görülmektedir[88]. Dolayısıyla genellikle kendilerine güvenilmeyen gemi, han ve ahır sahiplerinin sorumluluğu ağırlaştırılmış ve dönemin sorumluluk anlayışı kusur sorumluluğuna doğru evrilmiş olsa da kendileri açısından kusursuz sorumluluk olan *custodia* sorumluluğunun devam etmesi sağlanmıştır. *Iustinianus* döneminde ise ayrı bir anlaşma yapmaya gerek kalmadan gemi, han ve ahır işletenlerin yolcuyu, beraberinde getirdiği eşyası ile birlikte kabul etmiş olmaları, beklenmeyen hallerden de kaynaklanan zararları da içerisine alan sorumluluklarının doğması için yeterliydi. Diğer bir ifade ile gemi, ahır ve han işleten kişilerin bu dönemde *receptum* sorumluluğu, sözleşmeye kayıt koyulmasına gerek kalmadan kanundan doğan bir sorumluluk halini almıştı[89].

Custodia sorumluluğunun çeşitli sözleşme ilişkilerinde uygulandığı ve bunların genellikle borçlunun alacaklıya ait bir malı kendi yararına elinde bulundurduğu

[86] Mehmet Yeşiller, 'Roma Hukukunda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu', ÇKÜİİBFD, (2013) 3 (1) 177, 179 ff.

[87] Söğütlü Erişgin (n 50) 135; Yeşiller (n 86) 181.

[88] Özcan Karadeniz, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, (AÜ 1976), 164; Pervin Somer, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis),*(Derin 2008) 186; Yeşiller (n 86) 186.

[89] Yeşiller (n 86) 182. TBK m 576'da da aynı şekilde düzenlenen bu sorumluluk halinin Roma hukukunda tehlike sorumluluğu türünde bir sorumluluk olduğu ifade edilmiştir, bkz Nurtaç Endes Selvi, 'Roma Hukukunda Tehlike Sorumluluğu', in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 1005, 1020. Kanaatimizce *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluk başlangıçta *receptum* anlaşmasından kaynaklanması sebebi ile sözleşmesel karakterdedir ve haksız fiiller alanında yer alan tehlike sorumluluğu kavramı ile ifade edilemez. Bu sorumluluğun herhangi bir sözleşme yapmaya gerek kalmadan doğrudan kanundan doğması, herhangi bir özen derecesi aranmaması ve yardımcı şahısların eylemlerini de kapsaması sebebi ile kurtuluş kanıtı getirilemeyen yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan TBK m 116'daki sorumluluğuna daha yakın olduğu kanaatindeyiz.

sözleşmeler olduğu görülmektedir[90]. Bu sözleşmelerin başında da tarım toplumunda çiftçiliğin icrası için tüm alet ve edevata sahip olmayan kişilerin, ihtiyaç duydukları gereçleri komşu ya da arkadaşlarından alarak ücretsiz olarak kullanmaları ve daha sonra iade etmeleri temeline dayanan kullanım ödüncü (ariyet) sözleşmesi (*commodatum*) gelir[91]. Ariyet alanın *custodia*'dan sorumlu olduğu *Gaius* tarafından şu şekilde ifade edilmiştir:

Gai. Ins. 3.206 "Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare."

Gai. Ins. 3.206 "Temizleyici ve terzi hakkında söylediklerimizi kendisine bir şey ariyet olarak verdiğimiz kişiye de uygulayabiliriz. Nasıl ki onlar bir ücret almakla *custodia* sorumluluğu altına giriyorlarsa, bu da ariyet aldığı şeyi kullanmasındaki yararı dolayısıyla aynı şekilde *custodia* ile yükümlüdür."

Ariyet alanın, almış olduğu eşyayı çalınmış olması sebebi ile iade edememesi *custodia* sorumluluğu kapsamında değerlendirilirken gasp, haydutların ve korsanların saldırısı, gemi batması gibi sebeplerle meydana gelen zararlardan ariyet alanın sorumlu olmadığı belirtilmektedir. Bununla birlikte ariyet alınan şeyin kullanma amacı ve sınırları dışına çıkarılması durumunda ariyet alanın sorumluluğu *vis maior*'u da kapsayacak şekilde genişlemekteydi[92]. Aynı şekilde ariyet alanın temerrüdü sebebiyle bir zarar meydana gelmişse sorumluluk yine *vis maior'*u da kapsamaktaydı[93]. Ariyet verenin menfaatine olarak yapılan sözleşmede ise ariyet alan sadece kastından sorumludur[94].

Klasik dönemde *locatio conductio* olarak ifade edilen kira, eser ve hizmet sözleşmelerinde *conductor* olarak ifade edilen yüklenici, kiracı ve işçinin, kendilerine teslim edilen malzeme ve eşyaya gelen zarardan dolayı sorumluluğu *custodia* sorumluluğudur[95]. Bununla birlikte özellikle *locatio conductio operarum*'da işin teknik olarak yönetimi işverende olduğu için sonuçlandırılan işin yönetimden kaynaklanan aksaklıklara bağlı olarak ortaya çıkan zarardan *locator'*un sorumlu olmaması gerektiği ifade edilmektedir[96].

---

90 Kaser (n 19) 188.

91 Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 34; Söğütlü Erişgin (n 50) 141.

92 D. 13.6.5.7. (Ulp); D. 13.6.18pr. Zimmermann (n 19) 196;Güzide Burcu Günveren, 'Roma Hukukunda Kullanım Ödüncü (Ariyet) Sözleşmesi (Commodatum)', HHFD, (2019) 9 (2) 311, 337.

93 Buckland (n 48) 472; Söğütlü Erişgin (n 50) 144.

94 D. 13.6.10.1.

95 Karadeniz (n 88) 101; Söğütlü Erişgin (n 50) 148.

96 Karadeniz (n 88) 164. D.19.2.60.7 Metin ve açıklamalar için bkz Tamer Güven (n 77) 56 ff.

Satım (*emptio venditio*) sözleşmesinde de sözleşmenin kurulması ile birlikte teslime kadar geçen süre içerisinde satıcının gözetim yükümlülüğü altında olduğu ve *custodia*'dan sorumlu olduğu ifade edilmektedir[97].

Iustinianus dönemine gelindiğinde *custodia* sorumluluğunun istisnai[98] haller dışında uygulanmadığı, sorumluluğun en hafif özensizliği de içerisine alan bir kusur sorumluluğuna dönüştüğü görülmektedir[99]. Bu kusur türüne ise *culpa in custodiendo* adı verilmekteydi[100]. Ancak *custodia* sorumluluğundan birden vazgeçilmemiş ve klasik sonrası hukuk döneminde *diligentia* sorumluluğu bir ölçüt olarak *custodia*'nın yerine geçmiştir[101]. Bu sorumluluk kusur sorumluluğuna geçişte önemli bir aşama olarak görülmektedir[102].

2. *Diligentia* Sorumluluğu

Sözlükte, çok değer vermek, sevmek ve itibar etmek gibi anlamlara gelen *diligere* fiilinden türetilmiş olan *diligentia*, hukukî anlam olarak gerek malların idaresinde ve gerekse borçların ifasında, malı idare eden ya da borcu ifa eden kişi tarafından gösterilmesi gereken dikkat ve özeni ifade etmektedir[103]. Cumhuriyet dönemine tekabül eden klasik öncesi hukuk döneminde temellerinin atıldığı görülen *diligentia*, klasik sonrası hukuk döneminde ve *Iustinianus* döneminde sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta kullanılan ölçütlerden biri haline gelmiştir. Bu dönemde sadece fikri olarak değil fiili olarak da gayret ederek bir zarar gelmemesi için çabalamak[104] ve gerekli özenin gösterilmesi anlamında kullanılan *diligentia*'nın tespitinde *culpa levis*'ten (hafif ihmal) hareketle, bazı sözleşmelerde iyi bir aile babasının göstermesi gereken özen derecesi bazı sözleşmelerde ise kişinin kendi işlerinin idaresinde gösterdiği özenin derecesi esas alınmaktaydı[105].

Klasik hukuk döneminin objektif sorumluluk esasını ifade eden *custodia* sorumluluğunun klasik sonrası dönem ve *Iustinianus* dönemindeki sübjektifleştirilmiş hali *diligentia* sorumluluğu olarak ifade edilmektedir[106].

---

97 Zimmermann (n 19) 287; Erdoğmuş, 'Custodia' (n 77) 901. D.18.6.11 "Satılmış ve çıkan yangında zarar görmüş olan binanın –taraflardan birisinin alevler için kusurunun olmadığı halde- hukuki durumu nedir? Cevap şöyledir; bu durum evde bulunanların başındaki kimsenin kusurundan çıkmamış olabilir ve efendi otomatik kusurlu olmaz, yangın kölelerinin ihmaliyle çıkmışsa, satıcı binanın muhafazasında dürüst ve dikkatli bir adamın özenini göstermişse satıcı sorumlu olmaz" metin için bkz Erdoğmuş, 'Custodia' (n 77) 907 dn 75.

98 Yukarıda da açıklandığı gibi gemi, han ve ahır işletenlerin *receptum*'dan kaynaklanan sorumlulukları *Iustinianus* döneminde de kusursuz sorumluluk olarak kalmış ve günümüze kadar bu şekilde devam etmiştir, bkz Yeşiller (n 86) 182.

99 Kaser (n 19) 191; Erdoğmuş, 'Custodia' (n 77) 907.

100 Zimmermann (n 19) 292.

101 Dinçer Araz (n 71) 177.

102 Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35.

103 Umur, *Lügat* (n 22) 59.

104 Zilelioğlu (n 77) 262; Söğütlü Erişgin (n 50) 202-203.

105 Zimmermann (n 19) 210; Dinçer Araz (n 71) 185.

106 Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35; Zilelioğlu (n 77) 261; Tamer Güven (n 77) 31.

Kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçişte Hristiyanlığın etkisi de görülmektedir. Hristiyanlaşma dönemine tekabül eden klasik sonrası hukuk döneminden itibaren başlayan sorumluluğu kusura dayandırma anlayışı, *Iustinianus* döneminde zirveye ulaşmıştır. Bu dönemde klasik dönemdeki eserlerde yer alan *custodia* sorumluluğuna ilişkin ifadeler *diligentia* kelimesi ile değiştirilmiş, bu sayede *diligentia* da ayrı bir sorumluluk ölçütü haline gelmiştir[107].

Iustinianus döneminde *culpa* ile birlikte değerlendirilen *diligentia*'nın belirlenmesinde iki farklı usul uygulanmaktaydı. Bunlardan birincisi, özenli ve dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen (*diligentia bonus pater familias*), diğeri ise borçlunun kendi işlerini idare ederken göstermiş olduğu dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) idi.

Diligentia bonus pater familias olarak ifade edilen bu kavram ile namuslu, dürüst ve dikkatli bir kişi olarak kendi işlerini yürüten, orta halli ve makul bir Roma vatandaşı kastedilmektedir. Günlük olağan işlerde orta halli bir Roma vatandaşı kıstas olarak alınırken[108] bir meslek içerisindeki yetkinliği tespit etmek için de ilgili meslekte, ortalama yetkinliğe sahip olan kişi örnek alınmaktaydı[109]. *Diligentia*'nın yerine getirilmediği durumlarda meydana gelen olumsuz durum *neglegentia* olarak ifade edilmekteydi[110].

Kişinin kendi işlerinde göstermiş olduğu dikkat ve özenin ölçü olarak alındığı *diligentia quam in suis* durumunda, borçlu normal hayatında çok dikkatli ve özenli bir kişi ise alacaklının işlerini idare ederken de aynı dikkat ve özeni göstermesi bekleniyordu. Aynı şeklide kendi işlerinde çok dikkat eden bir kişi değilse alacaklının işlerinde de aynı şekilde davranması yeteriydi. Bu ölçüt aslında *custodia* sorumluluğunun yerine gelen ve onun sübjektifleştirilmiş halini oluşturan *diligentia*'nın daha da hafifletilmiş halini oluşturuyordu. Ancak Klasik hukuk döneminde ilk defa ortaya çıkan bu kavramın ilk kullanılış amacı, borçlunun sorumluluğun hafifletilmesi değil aksine ağırlaştırılmasıdır. Sözleşmesel sorumluluğun sadece kasta dayandığı *depositum* gibi ilişkilerde, borçlunun sorumluluğunu ihmali de kapsayacak şekilde genişletmek amacıyla getirilmiş bir kıstastı. Kendisine emanet edilen bir malı kurtarmak yerine kendi mallarını kurtarmayı tercih eden bir kişinin, kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemek sureti ile başkasının malına verdiği zarardan sorumlu tutulmak istenmesinde kullanılmış bir ölçüt idi[111].

---

107 Söğütlü (n 3) 389.

108 Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35; Honig (n 47) 231; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 61; Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 39.

109 Dinçer Araz (n 71) 188.

110 Pervin Somer, 'Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu', (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 133, 147.

111 Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 38 dn. 79; Bkz Zimmermann (n 19) 212. D. 16.3.32'de yer alan metinden hareketle ulaşılan bu yorumun eleştirisi ve bu metinlerde derleyicilerin hatasının bulunduğuna ilişkin görüş için bkz Erdal Küçükgüngör, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, (Yetkin 2002) 61 ff.

Borçlunun sorumluluğunun sübjektif sorumluluk olarak kabul edildiği *Iustinianus* döneminde özellikle *diligentia pater familias* kıstası ile borçlunun sorumluluğu objektifleştirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda *diligentia* sorumluluğunun da çeşitli derecelere ayrıldığı görülmektedir. *Diligentia pater familias* kıstası yanında olağanüstü bir özenin gösterilmesini arayan *exactissima diligentia* ya da en özenli aile babasının gösterdiği özeni arayan *diligentissimus pater familias* ölçütleri ile beklenmeyen hallerin de bu kapsama sokulmak istendiği, bu suretle klasik dönemin sorumluluk anlayışı olan *custodia* sorumluluğunun farklı bir biçimde varlığını devam ettirdiği ifade edilebilir[112].

3. *Omnis Culpa* Sorumluluğu

Custodia ve *diligentia* sorumluluğundan bahsederken de ifade edildiği üzere klasik öncesi dönemden itibaren başlayan sorumluluğa ilişkin gelişmeler neticesinde sorumlulukların ifadesine yönelik olarak ortaya çıkan kavramlar, *Iustinianus* döneminde önemli ölçüde *interpolatio'*ya maruz kalmıştır. Bunun sonucunda *Iustinianus* döneminde *custodia*, *diligentia*, *dolus* ve *culpa* gibi kavramlar birbirine karışmıştır. Bu karışıklık, hem *Iustinianus* döneminde hem de klasik öncesi, klasik ve klasik sonrası dönemlerde uygulanan sorumluluk kıstaslarının belirlenmesinde önemli tartışmalara sebep olmuştur. Tüm bu tartışmalarla birlikte *Iustinianus* döneminde hâkim olan sorumluluk anlayışının kusura dayanan sorumluluk olduğunda fikir birliği bulunduğu söylenebilir[113]. Önceki dönemlerde uygulanan kusursuz sorumluluğa ilişkin bazı uygulamaların da varlığını devam ettirdiği bilinmektedir.

Omnis culpa sorumluluğu borçlunun kast ve ihmalden sorumlu olmasını ifade etmekte ve çoğunlukla *Iustinianus* dönemindeki sorumluluk anlayışını ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak bazı durumlarda borçlunun sorumluluğu hafifletilmiş ve sadece kastından sorumlu tutulmuştur. Klasik dönemden itibaren *culpa* kavramındaki gelişmeler sonucunda ortaya çıkan *culpa lata* (ağır ihmal) da *Iustinianus* döneminde kasta eşit kabul edildiği için bu kapsamda değerlendirilmiştir. Sorumluluğun borçlunun sözleşmeden elde ettiği menfaatle orantılı olarak ağırlaştırılması ya da hafifletilmesi *utilitas* (fayda) prensibi olarak ifade edilmekte ve *Iustinianus* döneminde bir sorumluluk ölçütü olarak kullanılmaktadır.

---

[112] Zimmermann (n 19) 193; Dirçer Araz (n 65) 186; Söğütlü (n 3) 390; Koschaker ve Ayiter, (n 23) 198. *Diligentissimus pater familias* ölçünün kullanıldığı bir metin Iust. Inst. 3.24.5'te yer almaktadır: "*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 kimse, 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." Metin ve diğer örnekler için bkz Dirçer Araz (n 65) 186 dn 66-67.

[113] Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 36; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 47; Söğütlü Erişgin (n 50) 132; Zilelioğlu (n 77) 258; Dinçer Araz (n 71) 177.

Zararlı sonucu bilme ve bu sonucu meydana getirecek şekilde hareket etme anlamındaki *dolus*, *bona fide* karşıtı her türlü davranışı içine alan geniş bir kavramdır. Önceleri haksız fiiller alanında kullanılmaya başlanmış daha sonra *praetor*'lar tarafından sözleşmeler alanına aktarılmıştır[114]. Borçlu, *fides* (iyiniyet) karşıtı olarak anlaşılabilecek tüm davranışlardan sorumludur ve bu sorumluluğu sözleşme ile kaldırılamayan bir sorumluluk halidir[115].

Dolus karşısında yer alan *culpa* ise hukuka aykırı davranma isteği olmadan gerekli irade gücünün bulunmaması sebebi ile meydana gelen kusurdur. *Dolus'*ta bilerek ve isteyerek zarar verici davranışta bulunmak söz konusu iken *culpa*'da yeterli dikkat ve özen gösterilmeyerek zarar verici sonuç meydana gelmektedir. *Dolus*, doğurduğu sonuç itibari ile farklı derecelere ayrılmamasına karşın *culpa*, farklı sorumluluk sonuçları doğuran çeşitli derecelere ayrılmaktadır[116]. Bununla birlikte orta çağın sonlarına doğru *dolus eventualis* olarak nitelendirilen ve ceza hukukunda olası kast olarak isimlendirilen bir kast türü ortaya çıkmıştır. Roma hukukunda bilinmeyen bu kast türü, 20. yüzyılda olağan kast ile birlikte kastın iki türünü oluşturmuştur[117].

Helen kültüründen ve özellikle Aristo felsefesinden etkilenen klasik sonrası hukuk döneminde *dolus*'tan kaynaklanan sorumluluğu daraltmak amacıyla *culpa lata* ortaya çıkmıştır. Yunan felsefesinin etkisi ile hukukçuların olayları sistemleştirme, kurumsallaştırma tanımlama ve genelleştirme çabalarının ürünü olarak ortaya çıkan Doğu Roma öğretisinde kastın bir türü olarak değil ihmalin ağır hali olarak tanımlanan *culpa lata*, herkesin bildiğini bilmemek ve herkesin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemek şeklinde açıklanmaktadır. İhmalin bir türü olarak kabul edilen *culpa lata*, zarar kastı olmaksızın yapılan hileye benzetilmiş ve *Iustinianus* döneminde kasta eşit sayılmıştır[118]. Dolayısı ile kasttan sorumluluğu sınırlandıran ya da kaldıran sözleşmelerin geçersizliğine *culpa lata*'ya ilişkin olanlar da dahildir.

Culpa levis, dikkatli ve özenli kimselerin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemek sureti ile meydana gelen hafif ihmali ifade eder. Borçlunun kastının ve ağır ihmalinin yanında hafif ihmalinden de sorumlu tutulması, sorumluluğunun ağırlaştırılması demektir.

---

114 Söğütlü Erişgin (n 50) 164.

115 Koschaker ve Ayiter, (n 23) 195.

116 ibid 194.

117 Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, (Adalet 2019) 31. *Dolus eventualis*, failin sonucu arzu etmemekle beraber bu sonucun doğabileceğini göze alarak hareket edilmesi durumunda söz konusu olan kasttır. Örneğin, toplanan kalabalığı korkutmak için havaya ateş eden hırsızın, balkonda çamaşır asan bir kişiyi vurması durumunda olası kast vardır, Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 58. Türk hukukunda olası kast, dolaylı kast veya gayrimuayyen kast olarak da isimlendirilen olası kast, failin öngördüğü ve istediği neticeyi gerçekleştirmek için işlediği fiile bağlı olarak meydana gelme ihtimali olan ikincil sonuca yönelik olan kasttır. Fail bu ikincil sonucu öngörür fakat umursamaz, olursa olsun diye düşünür, bkz Zafer (n 47) 240-241. TCK m 21/2'de "Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır." şeklinde tanımlanmıştır.

118 Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 58; Zilelioğlu (n 77) 259; Koschaker ve Ayiter (n 23) 195; Dinçer Araz (n 71) 181; Söğütlü (n 3) 384, 387.

Hafif ihmalin tespitinde iki farklı ölçüt kullanılmaktaydı. Bunlardan ilki dürüst, dikkatli ve hem evdeki hem de dışardaki işlerinde özenli bir aile babasının göstereceği dikkat ve özeni (*diligentia bonus pater familias*) kıstas olarak alan soyut ölçüttür. *Culpa in abstracto* olarak da ifade edilen bu sorumluluk kıstası, sübjektif bir görüntü arz etmesine karşın ihmalden kaynaklanan sorumluluğun objektifleştirilmiş halini oluşturmaktadır[119]. Bu bağlamda objektif kusur ile objektif sorumluluk farklı kavramlardır. Objektif kusur, kusur sorumluluğu içerisinde yer almakla birlikte sorumluluğu belirlemede kullanılan kıstasın objektif olmasını ifade eder. Bu görüntüsü ile kusursuz sorumluluğa doğru yaklaşmaktadır. Buna karşılık objektif sorumlulukta kusur aranmaz.

Culpa in concreto olarak ifade edilen sübjektif ölçüte göre borçlunun sorumlu olup olmadığı kendi işlerinde göstermiş olduğu dikkat ve özene bakılarak belirlenmektedir. *Culpa in abstracto*'ya göre daha hafif bir sorumluluk ölçütü olan *culpa in concreto*, çoğunlukla başkalarının mallarını idare etmeye dayalı *societas* (şirket), *depositum* (vedia/saklama sözleşmesi) gibi sözleşmelerin yanı sıra irade dışı meydana gelen *communium* (ortak mülkiyet), *tutela (*vesayet) ve *dos*'un idaresinde uygulanmaktaydı[120].

Klasik sonrası hukuk döneminde beceriksizlik ve bilgisizlik kaynaklı sorumluluğu ifade etmek üzere kullanılan bir kavram da *imperitia'*dır. Klasik öncesi hukuk döneminde ortaya çıkan bu kavram önce haksız fiiller alanında uygulanmış, tecrübesizliği ve beceriksizliği sebebi ile başkalarının mallarına zarar verilmesinde bir ölçüt olarak kullanılmıştır. Klasik hukuk döneminde *locatio conductio* grubundaki sözleşmelere uygulanan *imperitia*, klasik sonrası hukukta da sorumluluk hukukunun tüm alanlarında kullanılmıştır[121]. Özellikle yüklenicinin ve hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılan bu ölçüt, kusurun objektifleştirildiği bir ölçüt olarak dikkati çekmektedir[122]. Günümüz hukukunda eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde varlığını devam ettiren bu ölçüt *Celsus* tarafından *imperitia culpae adnumeratur* (yeteneksizlik kusur sayılır) şeklinde ifade edilmiştir[123].

4. *Utilitas* (Fayda) Prensibi

Klasik hukuk döneminde başlayıp klasik sonrası hukuk döneminde uygulanmaya devam eden ve kusur sorumluluğunun hâkim olduğu *Iustinianus* döneminde de uygulanan diğer bir sorumluluk ölçütü *utilitas* (fayda) prensibidir[124]. Aslında *utilitas*'ın

[119] Tamer Güven (n 77) 34.

[120] Dinçer Araz (n 71) 190, 192 ff.

[121] Söğütlü Erişgin (n 50) 197.

[122] Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 31, dn 64; Somer, 'Hekimin Sorumluluğu' (n 110) 145; Gönül Koşar (n 29) 20.

[123] Söğütlü Erişgin (n 50) 199; Kayak 'Eser Sözleşmesi' (n 82) 267 dn 78.

[124] Rado (n 1) 27.

kendisi tek başına kast ya da ihmal gibi ayrı bir sorumluluk ölçütü olmamakla birlikte bir kişinin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun derecesini belirlemek için o sözleşmeden elde ettiği yararın gözetilmesini temel alan bir ilkedir. Bu ilkenin iyiniyet sözleşmelerinde uygulama alanı bulması hakkaniyet esasına dayandığının bir göstergesi olarak ifade edilmektedir[125]. Çünkü sözleşmeden menfaati olan bir kişiden daha fazla dikkat ve özen göstermesinin beklenmesi hakkaniyet gereğidir[126].

Bu ilke çerçevesinde sözleşmeden bir yarar elde etmeyen borçlunun sorumluluğu daha hafif olarak belirlenmiştir. Bu durumdaki borçlunun sorumluluğu da hukuk dönemlerinde hâkim olan sorumluluk anlayışına göre farklılık arz etmekteydi. Klasik dönemde sözleşmeden bir yarar elde etmeyen borçlunun sorumluluğu kasıttan, klasik sonrası dönem ise ağır kusur olarak nitelendirilen kast ve ağır ihmalden sorumluluk şeklinde olmuştur.

Bu ilkenin uygulanmasının sorumluluğu bazen daralttığı bazen de genişlettiği görülmektedir. *Depositum*'da borçlu, alacaklının malını ücretsiz olarak saklamak ve istendiğinde geri vermekle yükümlüdür. Sözleşmenin ücretsiz oluşu, birlikte yaşama ve dostluk temeline dayalı olması ile izah edilebilir. Ücretsiz olması sebebi ile saklayanın herhangi bir yarar elde etmediği bu sözleşmedeki sorumluluğu, bu durumuna uygun olarak belirlenmiş ve klasik hukuk döneminde kastından, klasik sonrası hukuk döneminde ise kast ve ağır ihmalinden sorumlu tutulmuştur[127]. Buna karşılık *commodatum*'da (kullanım ödüncü (ariyet) sözleşmesi) yarar, malı ücretsiz olarak kullanan kişide olduğundan bu kişi, klasik hukuk döneminde *custodia'*dan, *Iustinianus* döneminde ise *omnis culpa*'dan sorumlu tutulmuştur[128].

Bu dönemde yoğun bir şekilde tatbik edilen *utilitas* prensibinin uygulanması mutlak değildi. Örneğin Roma'da zorunlu olarak ücretsiz olan vekâlet sözleşmesinde (*mandatum*), her zaman borç altına giren vekil, sözleşmeden herhangi bir menfaati olmamasına karşın klasik dönemde sadece kastından sorumlu iken *Iustinianus* döneminde sorumluluğu arttırılmış ve *omnis culpa*'dan sorumlu tutulmuştur[129]. Klasik dönemde hâkim olan sorumluluk ilkesinin kusur sorumluluğu olması karşısında, ücret almayan vekilin sorumluluğunun *omnis culpa'*dan olması, *utilitas* ilkesinin uygulanmaması sebebi ile vekilin sorumluluğunun göreceli olarak artması ve bütün bunların yanında mahkumiyetin *infamia* ile sonuçlanması, vekâlet sözleşmesinin dostluk ve güven temeline dayalı olması ile izah edilmektedir[130]. Aynı şekilde vekâletsiz iş görmede (*negotiorum gestio*) de vekâletsiz işgören tüm kusurlarından

125 Söğütlü (n 3) 391.

126 Rado (n 1) 27.

127 Küçükgüngör (n 111) 76; Zimmermann (n 19) 209; Buckland (n 48) 468; Kaser (n 19) 203.

128 Umur, Ders Notları (n 18) 310.

129 Rado (n 1)28; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 65; Bengi Sayın Korkmaz, *Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, (Yetkin 2014) 146-147; Söğütlü (n 3) 392.

130 Sayın Korkmaz (n 129) 147; Rado (n 1) 119.

sorumlu tutulmuştur. Vekil gibi ücret alamayan vekâletsiz işgörenin sorumluluğunun *omnis culpa*'dan olmasının sebebi ise iş sahibinden bir istek olmaksızın kendiliğinden işe girişmesidir[131]. Bunun gibi *depositum*'da da saklayan kendiliğinden işe atılmış ve saklamayı kendisi teklif etmişse, sorumluluğu *culpa* ve *casus*'u da kapsayacak şekilde genişlemekteydi[132]. Bununla birlikte yangın, sel ve deprem gibi olağanüstü durumlarda gerçekleştirilen vekâletsiz iş görmede işgören, sadece kastından ve ağır ihmalinden sorumluydu[133].

Roma hukukunda hakkaniyeti sağlamak amacıyla kabul edilen *utilitas* prensibinin etkileri günümüz hukukuna kadar uzanmaktadır. Buna ilişkin örneklere aşağıdaki başlıklarda yer verilmiştir.

IV. Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi ve Kusursuz Sorumluluğa Geri Dönüş

A. Genel Olarak

Roma hukukundaki kusur sorumluluğuna doğru gerçekleşen dönüşüm *Iustinianus* zamanında çok küçük istisnalar dışında tamamlanmış ve Orta Çağ boyunca Hristiyanlıkta iradeye ve dolayısıyla kusura verilen önemin de etkisi ile yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Ancak sanayi devriminden sonra ortaya çıkan gelişmeler sonucunda kusur sorumluluğunun mutlak olarak uygulanması, adalet düşüncesini zedelemeye başlamış ve çeşitli gerekçelerle kusursuz sorumluluğa doğru bir geri dönüş başlamıştır. Gerek teknolojideki gelişmeler ve gerekse sosyal hayattaki gelişmeler sonucunda kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin sayısı artmaktadır. Bununla birlikte modern hukuklarda ve Türk hukukunda ana ilke kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğu hem haksız fiil hem de sözleşmeler hukuku alanında temel kuraldır.

B. Kusur Sorumluluğunun Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi

Roma hukukunda ulaşılan kusur sorumluluğu ilkesi 19. yüzyıldan itibaren Avrupa'da başlayan kodifikasyon hareketleri sonucunda temel kanunlarda bağımsız bir kurum olarak düzenlenmeye başlanmıştır. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu ile başlayan süreç Alman Medenî Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Avusturya Medenî Kanunu ile devam etmiştir[134].

TBK m 49/I'de kusur, haksız fiiller açısından kurucu unsur olarak düzenlenmiş olmakla birlikte tanımına yer verilmemiş ve tanımlama doktrine bırakılmıştır. Kusur

131 Özdemir, (n 119) 64.

132 Küçükgüngör (111) 71; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 175.

133 Rado (n 1) 134.

134 Eren (n 1) 577.

doktrinde objektif ve sübjektif açılardan tanımlanmaktadır. Sübjektif açıdan yapılan tanımda kusur atfedilecek kişinin iradesinden hareket edilerek kast, hukuka aykırı sonucun istenmesi; ihmal de hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak amacıyla iradenin yeterince kullanılmaması şeklinde tanımlanmaktadır[135]. Objektif açıdan yapılan tanımda ise davranışın hukuk düzeni açısından durumu göz önünde bulundurulmakta ve kusur, hukuk düzeninin hoş görmediği ve kınadığı davranış biçimi şeklinde tanımlanmaktadır[136].

Kanaatimizce kusurun ortaya çıkışı ve tarihi gelişim süreci de göz önünde bulundurulduğunda sübjektif teorinin daha ön plana çıktığı görülmektedir. Bu kapsamda kusur, hukuka aykırı davranışın bilerek ya da gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi suretiyle yapılması sırasındaki failin ruh hali ve düşüncesidir[137]. Diğer bir ifade ile hukuk düzenince kınanan davranış biçiminden öte bu davranışın yapılması sırasındaki failin iradesidir.

Hukuka aykırı davranışın, bu sonuç bilinerek ve istenerek yapılması kast olarak nitelendirilir[138]. Kast hukuka aykırı sonucun doğrudan istenmesi (*dolus directus*) şeklinde olabileceği gibi ortaya çıkan sonucun doğrudan istenmemekle birlikte bilinmesi ve göze alınması şeklinde de olabilir. Kastın bu türüne olası kast (*dolus eventualis*) adı verilir[139].

Kusurun ikinci türü ihmal olarak nitelendirilir. İhmal, zararlı sonucun gerçekleşmesine engel olmak için şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesidir. Bu anlamda ihmal hukuk düzenince yüklenmiş olan başkalarının zarar görmesini önleme görevinin yerine getirilmemesidir[140].

Kusurun bir türü olan ihmal[141] ile bir davranış biçimi olan ihmali[142] birbirinden ayırmak gerekir.

---

135 Oğuzman ve Öz (n 11) 54: Aynı yönde Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (Vedat 2011) 138; Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Filiz 1998), 69; Haluk H. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (18. Bası Beta) 185.

136 Eren (n 1) 643; Antalya (n 12) 21; Aynı yönde Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Bası Onikilevha) 364.

137 Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası Filiz 1993) 492.

138 Hatemi (n 135) 69: Antalya (n 12) 27; Oğuzman ve Öz (n 11) 56; Eren (n 1) 649.

139 Nomer (n 135) 365; Eren (n 1) 649; Antalya (n 12) 29-30.

140 Antalya (n 12) 30; Oğuzman ve Öz (n 11) 57.

141 Her iki kavram da temelde ve sözlük anlamında "olması gereken ve beklenen bir şeyin olmaması" anlamında birleşmektedirler. Bu anlamı ile ihmal Arapça kökenli olup eski Türkçe'de de kullanılan bir kavram olarak "kendi haline bırakma, boş verme" anlamlarına gelmektedir. Bkz Sevan Nişanyan, 'ihmal' < https://www.nisanyansozluk.com/?k=ihmal+ > 1 Eylül 2021. Diğer bir ifade ile bir davranışın yapılmaması durumu "davranışın olmaması" anlamında ihmal ya da ihmali davranış olarak nitelendirilir. Buna karşın hukuk düzenince aranan dikkat ve özenin olmaması ise yine aynı kelime ile ifade edilmekte ve bir kusur türü olarak ihmal şeklinde isimlendirilmektedir. İhmal (yapmama) olarak gerçekleşen davranış, kusur açısından ihmal ile yapılabileceği gibi kasten de gerçekleştirilebilir.

142 Haksız fiilin unsuru olan davranış açısından yapılan açıklamalar için bakınız Oğuzman ve Öz (n 11) 13.

İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Aynı şartlar altındaki herkesin gösterebileceği en basit dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır ihmal, dikkatli ve tedbirli bir kişiden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesi ise hafif ihmal olarak nitelendirilir[143].

Borçlar hukukunda kusur dendiğinde kast ile birlikte ihmalin tüm türleri ifade edilir. Haksız fiiller açısından kusura dayanan sorumluluğun doğması için kural olarak her türlü kusur yeterlidir. Kusurun kast, ağır ihmal ya da hafif ihmal türünde gerçekleşmesi arasında fark yoktur. Bununla birlikte TBK, kusuru ağır kusur ve hafif kusur şeklinde ikiye ayırarak ele almaktadır. Ağır kusur ifadesi kast ile ağır ihmali içerisine alan bir kavramdır. Hafif kusur ile de sadece hafif ihmal kastedilmektedir. Kusurun ağırlığı tazminatın belirlenmesinde önemli rol oynar[144]. Ayrıca sorumluluğu sınırlayan sözleşmelerin yapılabilmesinin ilk şartı hafif kusura ilişkin olarak doğmalarıdır. Bunun yanında başkaca şartlar da aranmakla birlikte, ağır kusurdan sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması geçersizdir[145].

TBK m 49/I'e göre hukuka aykırı eylemlerin haksız fiil oluşturabilmesi için her türlü kusur yeterliyken TBK m 49/II, ahlaka aykırı fiiller açısından haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için bunların kasten yapılmasını aramaktadır. Diğer bir ifade ile ihmalin herhangi bir türü ahlaka aykırı davranıştan kaynaklanan zarardan sorumluluk için yeterli değildir. Bu düzenlemenin ahlaka aykırı fiiller açısından sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir kural olduğu ifade edilebilir. Aynı şekilde sorumluluğun sadece kasttan olması Roma hukukunda klasik dönemde vekâlet gibi bazı sözleşme tiplerindeki borçlunun sadece *dolus*'tan kaynaklanan sorumluluğunu da hatırlatmaktadır.

C. Haksız Fiillerde Kusursuz Sorumluluğa Geri Dönüş

Sanayi devrimi ile başlayan süreç ve daha sonrasındaki bilgi toplumuna geçiş süreci beraberinde yeni sorunlar da getirmiştir. Teknolojinin sağlamış olduğu yararlar ile birlikte getirdiği risk, istihdam ile ilgili sorunlar, sanayileşme sürecinin neden olduğu çevre kirliliği gibi pek çok husus kişilerin katlanamayacağı bir boyuta ulaşmıştır. Sanayi devrimi ile birlikte yaşanan gelişmeler sonucunda ne kadar tedbir alınırsa alınsın kazalar oluşmakta ve büyük zararlar meydana gelmektedir. Devrim sonucunda oluşan toplum, artık risk toplumu haline gelmişti[146]. Bu gelişmeler

[143] Oğuzman ve Öz (n 11) 58; İsviçre Federal Mahkemesi tarafından getirilen ve doktrinde de kullanılan "orta ihmal" şeklinde ifade edilen kavram ve eleştirisi için bkz Antalya (n 12) 37; Gönül Koşar, orta ihmal kavramını isabetli bulmakla birlikte orta kusur kavramının TBK'ya uygun olmadığını, orta ihmalin hafif kusur çerçevesinde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir, bkz Gönül Koşar (n 29) 199 ff.

[144] Hatemi (n 135) 70-71.

[145] Eren (n 1) 1211.

[146] Mesut Çekin, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu*, (1. Bası Onikilevha 2016) 2.

sonucunda haksız fiillerde kusur unsuru sorgulanmaya başlanmış ve sonrasında da kanun koyucular, meydana gelen riskleri ve bunların sonuçlarını, kendilerinin iradesinden kaynaklanmasa da bazı kişilerin üzerinde bırakmayı tercih etmişlerdir[147]. Kusura dayanan sorumlulukta zarar veren kişiden hareket edilerek hukuka aykırı olan eyleminin, sorumlu tutulması için yeter derecede kınanabilir bir iradeye dayanıp dayanmadığı araştırılmaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise zarara uğrayan kişiden hareket edilmekte ve uğramış olduğu zararın giderilmesi konusunda kendisine yardım çareleri aranmaktadır[148].

Küçük işletmelerin yer aldığı, sanayileşmenin olmadığı ya da tam gelişmediği tarım toplumlarında kusur sorumluluğu hâkimdir[149]. Tehlikeli işletmelerin çoğalması ile birlikte tarım ekonomisin hâkim olduğu bireyci toplumda kusur tekrar sorgulanmaya başlamış, yaşanan gelişmeler Roma hukukundan beri bilinen bazı kusursuz sorumluluk hallerine yenilerinin eklenmesine neden olmuştur. Ev başkanının sorumluluğu, hayvan idare edenin sorumluluğu ve bina sahiplerinin sorumluluğu gibi eskiden beri bilinen ve aslında en üst düzeyde gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesinden kaynaklanan özen sorumluluklarının yanına işletmelerin arz ettiği tehlike esasına dayanan bir sorumluluk türü daha eklenmiştir[150]. Gittikçe karmaşık ve tehlikeli bir boyut alan sanayi toplumundaki işletmelerde çalışanlar da kendi kusurları ile başkalarına zarar verebilmektedirler. Ancak sosyal ve ekonomik açıdan zayıf olan bu kişilerin kusurlarından kaynaklanan zararlarda, salt kusur ilkesinin işletilmesi zarar gören kişilerin zararlarının hiç tazmin edilememe riskini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle nimet külfet dengesi içerisinde, makineleşmeden yarar sağlayan kişilerin, bu makinelere ve istihdam edilen personele hâkim olmaları sebebi ile bunlardan kaynaklanan riske de katlanmaları sonucu kabul edilmiştir. Zarar veren ile zarar gören arasındaki ekonomik uçurum hakkaniyet düşüncesini güçlendirmiştir. Bu düşünce işletmelerin arz ettiği tehlike için de bu tehlikeyi oluşturan kişiye müracaat edilmesini gerektirmiştir[151]. Kusursuz sorumluluğa ilişkin tüm bu düzenlemelerde Roma hukukunun ilk dönemlerinde hâkim olan ve kusurun sorumluluk için bir unsur olarak aranmadığı, sadece objektif şartlara bakarak belirlenen sorumluluk esası akla gelmektedir.

Türk Borçlar Kanunu, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğundan sonra kusursuz sorumluluk başlığı ile üç farklı kusursuz sorumluluk türü belirlemiştir. Bunlar hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğudur. Doktrinde özen sorumluluğuna olağan sebep sorumluluğu adı da verilmektedir.

147 Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76,* (1. Bası Onikilevha 2019) 226; Nomer (n 135) 188.

148 Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (6. Bası Sermet 1976) 532.

149 Eren (n 1) 558.

150 Baysal (n 136) 228; Nomer (n 135) 188-189.

151 Eren (n 1) 559 ff; Baysal (n 147) 230.

Özen sorumluluğu içerisinde yer alan adam çalıştıranın (TBK m 66), hayvan bulunduranın (TBK m 67) ve Medenî Kanun'da düzenlenmiş olan ev başkanının (TMK m 369) sorumlulukları sorumlu kişilerin hâkimiyetleri altında bulundurdukları kişi ya da hayvanın başkalarına zarar vermemeleri için göstermeleri gereken özen ve gözetim eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sorumluluklarda kusur objektifleştirilmiştir[152]. Kanaatimizce kusurun objektifleştirilmesi, diğer bir ifade ile kusurun belirlenmesinin objektif bir kritere bağlanması, sorumluluğun kusursuz sorumluluğa dönüşmesini gerektirmez. Ayrıca bu sorumluluklarda sorumlu kişi gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu ise kusursuzluğun ispatlanmasından başka bir şey değildir. Diğer bir ifade ile özen sorumluluğunda kusur, karine olarak kabul edilmiş ve sorumlu olan kişiye zor da olsa tüm ihtimalleri değerlendirerek kusursuzluğunu ispatlama imkânı tanınmıştır. Bu durum sorumluluğu kusur sorumluluğuna yaklaştırmakta ya da diğer bir ifade ile kusur sorumluluğundan tamamen koparmamakta ve tam bir kusursuz sorumluluk haline getirmemektedir. Hâlbuki yalın anlamda kusursuz bir sorumluluk esasında, sorumlu kişi tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak dahi sorumluluktan kurtulamaz. Bu tür sorumluluklarda zarar ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. Bu nedenle kanaatimizce kurtuluş kanıtı getirilebilen özen sorumlulukları kusur sorumluluğuna daha yakın olup[153] olağan sebep sorumluluğu[154] tabiri bu tür sorumluluklar için kullanılmamalıdır. Çünkü olağan sebep sorumluluğu kavramı, illiyet bağını yeterli gören bir sorumluluğu akla getirmektedir. Bu kavram, sorumluluk için herhangi bir özensizlik durumuna ihtiyaç olmadan sadece zarar ile fiil arasında illiyet bağının yeterli olduğu ve kurtuluş kanıtına hiç yer verilmeyen sorumluluklar için kullanılmalıdır[155]. Bu tercih, kusursuz sorumluluğun Roma hukukundaki ilk görünümü olan sebep olmaktan dolayı oluşan (objektif) sorumluluk anlayışına da uygun olur.

Özen sorumluluğu denilince, Roma hukukunda klasik sonrası dönemde kusur sorumluluğuna geçişte ortaya çıkan ve kusursuz sorumluluk esasına dayandığı kabul edilen *custodia* sorumluluğunun biraz hafifletilerek en küçük ihmalden bile sorumluluğun kabul edildiği *diligentia* sorumluluğu akla gelmektedir. Her ne kadar *diligentia*'nın, *custodia* sorumluluğunun subjektifleştirilmiş hali olduğu belirtilse[156] de kusurun tespitinde kullanılan ölçüt, işlerinde hassas ve dikkatli olan iyi bir aile babasının göstereceği dikkat ve özen olarak (*diligentia bonus pater familias*) objektif bir ölçüttür. *Pater familias*'ın tarım toplumunda aile evlatlarını, kölelerini, mallarını

[152] Eren (n 1) 563.

[153] Aynı fikirde Baysal (n 147) 228, 243, 260. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler İfa ifa Engelleri Haksız Zenginleşme* (6. Bası Filiz 2014) 286.

[154] Bu tür özen sorumluluğuna olağan özen sorumluluğu da denmektedir, bkz Eren (1) 563.

[155] Aynı şekilde sebep sorumluluğu yerine nedensellik sorumluluğu kavramı için bkz Mustafa Alper Gümüş, *Vekilin Özen Borcu,* (1. Bası Beta 2001), 54 ff.

[156] Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 35; Zilelioğlu (n 77) 261; Tamer Güven (n 77) 31.

ve hayvanlarını idare ettiği göz önünde bulundurulduğunda adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın ve ev başkanının sorumluluklarının *diligentia* sorumluluğu olduğu ifade edilebilir. *Diligentia* sorumluluğu da, sübjektifleştirilmiş *custodia* sorumluluğu olmasının yanında, kusurun objektifleştirilmesi açısından özen sorumluluğuna benzemektedir. Bu sorumluluk, iyi bir aile babası örnek alınarak ağırlaştırılmış özen sorumluluğu şeklinde ifade edilebilir. Her ne kadar *diligentia*, sözleşmesel ilişkilerde kullanılan bir ölçüt olsa da gösterilmesi gereken dikkat ve özenin derecesi açısından genel olarak haksız fiillerde ortaya çıkan *culpa* kavramının içerisinde yer almaktadır[157].

TMK m 369/I'de düzenlenmiş olan ev başkanının sorumluluğunun temelinde de aslında *pater familias*'ın köleleri ve aile evlatlarının işledikleri haksız fiillerden kaynaklanan sorumluluğu yatmaktadır[158]. Bununla birlikte *pater familias*'ın aile evlatlarının ve kölelerin başkalarına verdikleri zararlardan sorumluluğu tam olarak ne adam çalıştıranın ne de ev başkanının sorumluluğuna benzemektedir[159]. Çünkü *pater familias*'ın sorumluluğu, haksız fiilin işlendiği zamandaki hâkimiyetinden değil dava açıldığı zamanındaki hâkimiyetinden kaynaklanmaktadır[160]. Bununla birlikte sorumluluğunun doğuş zamanı farklı da olsa *pater familias*'ın bu sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk olduğu görülmektedir. Adam çalıştıranın sorumluluğu ile ev başkanının sorumluluğu, özen yükümlülüğüne dayalı olması sebebi ile ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğuna daha yakın dursa da kusurun objektif bir kritere bağlanarak ispat yükünün ters çevrilmesi sebebi ile kusursuz sorumluluğun ilk kademesi içerisinde de değerlendirilebilir. Bu sonucun, farklı bir sebebe dayansa da Roma hukukundaki *pater familias*'ın sorumluluğu ile yakından ilgili olduğu ifade edilebilir. Aynı şekilde borcun ifası için kendilerinden yararlanılan yardımcı şahısların verdikleri zararlardan sorumluluk da temelde Roma hukukuna dayanmaktadır. Doğrudan başkalarının fiilleri sebebi ile sorumluluğun, ceza davasına daha yakın olan *noxal* sorumluluk dışında genel bir prensiple kabul edilmemiş olmasından ötürü yardımcı şahıs kullanan kişilerin sorumlu tutulmaları için çeşitli gerekçelere dayanıldığı görülmektedir. Roma hukukunda özellikle Klasik sonrası dönemde başlayan ve *Iustinianus* döneminde hakim olan kusur sorumluluğunun etkisi ile yardımcı şahıs kullanan kişilerin, bunların verdikleri zararlardan kaynaklanan sorumluluğunun adam seçmede, gözetmede ve talimat vermedeki kusura (*culpa in eligendo, custodiendo instruendo*) dayandırıldığı ve *utilitas* ilkesinin de kabulü ile hâkimiyet ilkesinin yanına hakkaniyet ilkesinin de eklendiği görülmektedir[161]. Dolayısıyla Roma hukukunda bu sorumluluğun tam olarak bir kusursuz sorumluluk olduğu da söylenemez. TBK m 116'daki düzenlemede

[157] Bkz Tamer Güven (n 77) 138 ff.

[158] Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*, (AÜHFY 1979), 34.

[159] Erdoğmuş, *Roma Borçlar* (32) 26; Tahiroğlu, *Roma Borçlar* (n 7) 335, dn. 489.

[160] Şakir Berki, *Roma Hukuku (Ankara 1949)* 268.

[161] Tamer Güven (n 77) 140.

ise herhangi bir kurtuluş kanıtının getirilmemiş olması sebebi ile bu sorumluluğun, Roma hukukundaki temelinden farklı olarak tam bir kusursuz sorumluluk olduğu belirtilebilir.

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan zararlardan, ilgililerin kusurları olmasa da sorumlu tutma yönündeki anlayışa uygun olarak verilebilecek bir diğer örnek 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu[162] m 13'te düzenlenen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının sorumluluğudur. Düzenlemede hizmet sağlayıcının sertifika sahibine karşı olan sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğu belirtildikten sonra Elektronik İmza Kanunu ve buna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte belirlenen yükümlülüklerini ihlâl etmek suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları da gidermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Düzenlemenin devamında elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının kusursuzluğunu ispat etmesi durumunda tazminat ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı ifade edilerek bu sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olduğu belirtilmiştir. Buna karşın elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, kanun ve yönetmelikte belirtilen yükümlülükleri ihlâlinin, çalıştırdığı kişilerin davranışına dayanması durumunda da zarardan sorumlu olduğu ancak elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının bu sorumluluktan, TBK m 66'da öngörülen kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden, kanun koyucunun adam çalıştıranın sorumluluğundaki kurtuluş kanıtını, üçüncü kişilerin uğradığı zararlar açısından kaldırarak tam anlamı ile bir kusursuz sorumluluk (illiyet bağının varlığının yeterli olduğu sebep sorumluluğu) hali öngördüğü sonucu çıkarılabilir. Bu durum, özen sorumluluğunun sebep sorumluluğuna dönüştürülmesi ile ifade edilebilir. Buradaki sorumluluğun, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından gerçekleştirilen elektronik imza üretiminin bizzat kendisinin bir tehlike arz etmemesi sebebi ile tehlike sorumluluğu olarak görülmesi yerine sebep sorumluluğu içerisinde kalması daha uygun olacaktır[163].

Kurtuluş kanıtının getirilmediği ve doktrinde ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü ya da ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olarak ifade edilen sorumluluk sebeplerinde ise tam anlamı ile kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiştir. Yapı eseri malikinin sorumluluğu (TBK m 69) bu kapsamda değerlendirilebilir. Kanaatimizce burada özensizlik temeline dayalı değil mülkiyete dayalı bir sorumluluk esası kabul edilmiştir[164]. Bu da hâkimiyet esasının eşya üzerindeki görüntüsü olarak ifade edilebilir. Çünkü bina maliki her türlü özeni gösterdiğini ispatlayarak dahi sorumluluktan kurtulamaz[165]. Bunun gibi malikin yapı eserinin mülkiyetini yeni kazanmış olmasının ya da yapım

[162] Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.1.2004, RG 23.1.2004/25355

[163] Bu konudaki tartışmalar için bkz Mustafa Fadıl Yıldırım, 'Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu', (2004) 8 (3-4) AÜEHFD 257, 263 ff.

[164] Nomer (n 135); Baysal (n 147) 280.

[165] Nevzat Koç, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. m. 58)*, (1. Bası DEÜ 1990) 37.

veya bakım eksikliğini bilip bilmemesinin bir önemi yoktur[166]. Nitekim hukuk sistemimiz bu kusursuz sorumluluk türüne yabancı değildir. Roma hukukundaki köle ve aile evlatlarının başkalarına verdikleri zararlardan sorumlulukları, özünde hâkimiyet (*potestas*)[167] esasına dayanmaktadır[168]. Yine Roma hukukunda tam olarak yapı eseri malikinin sorumluluğu ile örtüşmese de insanların gelip geçtikleri bir yola ya da beklemeye alışkın oldukları bir yere yakın bir evin balkonuna ya da cumbasına asılan ve bu yola veya alana düşerek orada bulunanlara zarar verme tehlikesi arz eden eşya nedeniyle açılan dava olan *actio de positis vel suspensis* akla gelmektedir. Bu dava herhangi bir Roma vatandaşı tarafından binada oturan kişiye (*habitator*) açılabilmekte ve kusursuz sorumluluk esasına dayanmaktaydı[169]. Bu davadan başka bir binadan yola bir şey atarak ya da dökerek başkalarına zarar verilmesi halinde faile *culpa* (lata) temeline dayalı olarak *Lex Aquilia* davası açılması gerekirken çoğunlukla kimin attığı bilinemediğinden başkası tarafından atılmış veya dökülmüş olsa bile *actio de effusis vel deiectis* isimli dava ile binada devamlı surette oturan kişi sorumlu tutulmuştur[170]. Her iki sorumluluğun da günümüz hukuk terminolojisi ile tehlike sorumluluğu esasına dayanan kusursuz sorumluluk hali olduğu belirtilmektedir[171]. *Quasi delictum* kapsamındaki bu davalar ile birlikte *noxal* sorumluluğa ilişkin prensipler ve hakkaniyet düşüncesinin, TBK m 69'da kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlenmiş olan yapı eseri malikinin sorumluluğunda önemli bir etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir[172].

Yapı eseri malikinin sorumluluğu yanında TBK m 69/II'de intifa ve oturma hakkı sahiplerinin bakım eksikliğinden kaynaklanan sorumlulukları kabul edilmiştir. Maddede kusurdan bahsedilmediği ve kurtuluş kanıtı da getirilmediği için bu sorumluluğun da kusursuz bir sorumluluk olduğuna işaret edilmektedir[173].

Bunların yanında imalatçının sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanunundan kaynaklanan işletenin sorumluluğu, çevreyi kirletenin sorumluluğu, Devletin tapu ve gemi sicillerinin hukuka aykırı olarak tutulmasından kaynaklanan sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin pek çok düzenleme bulunmaktadır[174]. Çalışmamızın amacı teker teker tüm kusursuz sorumluluk hallerini incelemek olmadığından burada, sadece tekrar kusursuz sorumluluğa dönüş sürecinde Roma hukukundan doğrudan ya da dolaylı olarak etkilenmiş olan kusursuz sorumluluk hallerinden bazılarına değinilmiştir.

166 Furrer, Muller-Chen ve Çetiner (n 136) 403.

167 Köleler için *dominica potestas* aile evlatları için ise *patria potestas* tabiri kullanılmaktadır, bkz Umur, *Lügat* (n 22) 164 .

168 Berki (n 160) 268; Honig (n 47) 295.

169 Söğütlü (n 3) 605.

170 Rado (n 1) 159.

171 .Endes Selvi (n 89) 1011.

172 Koç (n 165) 19. Benzer şekilde bkz Akıncı, *Roma Borçlar* (n 68) 217; Endes Selvi, (n 89) 1011, dn. 37.

173 Nomer (n 135) 220.

174 ibid 188 ff.

D. Kusur Sorumluluğunun Sözleşmeler Açısından Değerlendirilmesi

Roma hukukunda sözleşmeler alanında kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçişin etkisi bugünkü Türk borçlar hukukunda çok açık bir şekilde görülmektedir. TBK m 112'de borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlamadıkça, alacaklının borcun ifa edilmemesi yüzünden uğramış olduğu tüm zararları karşılamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Haksız fiiller gibi sözleşmeler alanında da kusurlu sorumluluk ilkesi geçerlidir.

TBK m 112'de borçlunun sorumluluğu için kusursuzluğunu ispat edememesinden bahsedilmektedir. Burada kabul edilen kusursuz sorumluluk değil karine olarak varlığı kabul edilmiş bir kusur sorumluluğudur. Haksız fiillerin tersine kusurun karine olarak varlığının kabul edilmiş olmasının sebebi, borcun ifa edilememesi ile ilgili olarak borçlunun kendi faaliyet alanında meydana gelen olayları daha iyi bilebileceği, özellikle mücbir sebep ve beklenmeyen hal gibi durumları daha yakından takip edebileceğidir[175]. Alacaklının bunları bilebilmesi oldukça zordur. Bununla birlikte borçlunun da ifa edemediği bir sözleşmede, ifa etmemenin kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispatlaması da her zaman çok kolay olmaz. Yukarıda da belirtildiği gibi borçlu ya beklenmeyen hal ya da mücbir sebebin varlığını veyahut da illiyet bağını kesen başka bir nedenin varlığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Kanunun sözleşmeler açısından borcun ifa edilmemesinde kusurun varlığını karine olarak kabul etmesi, kusursuz sorumluluğa doğru dönüşüm sürecinin etkisi olarak görülebilir. Sözleşmeler alanında doğrudan kusursuz bir sorumluluk kabul edilmemekle birlikte, haksız fiiller alanında özen yükümlülüğüne dayalı sorumlulukta olduğu gibi, ispat yükü ters çevrilerek bu sonuca yaklaşılmak istendiği akla gelmektedir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi özen yükümlülüğüne dayalı sorumluluk kanaatimizce kusursuz sorumluluğa yaklaşmakla birlikte kusur sorumluluğu kapsamında yer almaktadır. Bu durumda kusurun karine olarak kabul edildiği özen yükümlülüğüne dayalı sorumluluk ile aynı şekilde kusurun yine karine olarak kabul edildiği sözleşmeden doğan sorumluluğun kusursuz sorumluluğa dönüşüm sürecinden etkilenme dereceleri daha rahat görülür.

Klasik dönemin sorumluluk anlayışında, borçlunun sorumlu olduğu *casus*'un *Iustinianus* döneminde sorumluluk kapsamından çıkması sonucunda, ifanın gerçekleşmemesinin sebebinin *casus* olduğunun ispatını aramak daha makuldür.

Sözleşmeler hukuku alanında da borçlu kural olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlu, borcun konusunu bilerek ve isteyerek yerine getirmemişse kastından gerekli dikkat ve özeni göstermemesi sebebi ile yerine getirmemişse ihmalinden sorumludur. Borçlunun göstermesi gereken özen, objektif olarak belirlenir. Bu da yüklenmiş olduğu borcun kapsamının yanında ait olduğu sosyal

[175] Tunçomağ (n 148) 815.

çevre içerisinde makul dürüst ve ortalama zekâ seviyesindeki bir borçlu tipinin göstermesi gereken özene karşılık gelmektedir[176].

Roma hukukunda olduğu gibi bazı özel kişiler ya da sözleşme tiplerindeki taraflar açısından özel kusur kriterleri getirilmiştir.

Bunlardan en başta geleni ticaret hukukunda düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu tacirler açısından gösterilmesi gereken özenin derecesini nispeten yüksek bir objektif kritere bağlamıştır. Bu kriter basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek kriteridir. Bu kriterin köklerini Roma hukukundaki *familia* içerisinde bulmak mümkündür. Roma toplumundaki *familia* kavramı, dar ve geniş anlamlarda kullanılmaktadır. Dar anlamda *familia, pater familias*'ın ölümünden sonra erkek evlatlar sayısınca ortaya çıkan aileyi ifade etmektedir. Geniş anlamda familia ise müşterek bir atadan gelen bütün kişilerden oluşan topluluktur. Bu anlamlarının yanında familia kavramı XII Levha kanunlarından itibaren bir kişinin tüm maddi mallarının toplamını, diğer bir ifade ile tüm mamelekini ifade eden geniş bir anlam kazanmıştır[177]. *Familia*nın tüm bu anlamları dikkate alındığında, söz konusu malvarlığına dahil olan tüm taşınır ve taşınmaz mallar (araziler, alet edevat ve köleler) ile tüm aile evlatlarının yönetiminde *pater familias* yüksek bir özen derecesi ile hareket etmelidir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere özellikle kusur sorumluluğunda gösterilmesi gereken üst düzey bir dikkat ve özeni ifade etmek için kullanılan ölçüt, aile babasının bu malvarlığını idare ederken göstermesi gereken dikkat ve özendir. Bu da *diligentia bonus pater familias* olarak ifade edilmiştir. Bu sorumluluk aile hayatı açısından bakıldığında ev başkanının sorumluluğunu etkilerken ticari hayat açısından bakıldığında ise tacirin sorumluluğunu etkilemiştir. Tarım toplumundan ticaret toplumuna geçişle birlikte kusur sorumluluğunun kriterleri de oluşmaya başlamış, sadece *familia* değil idare edilen tüm malvarlığı değerleri ve işletmeler açısından gösterilmesi gereken özen ortaya çıkmıştır.

Roma hukukunda klasik dönemin sonlarından itibaren sözleşmeler alanında kusur ilkesine doğru başlayan dönüşüm sonrasında klasik sonrası dönemde, çeşitli sözleşme tiplerinde sorumluluğun sözleşmeden elde edilen menfaate göre belirleneceği şeklinde bir ilkenin ortaya çıkmasına neden olmuştu. Yukarıda değinilen ve *utilitas* olarak isimlendirilen bu ilke, TBK m 114'de aynen yer almaktadır. Bu düzenlemede, sözleşmede borç altına giren tarafın sorumluluğunun belirlenmesinde, bu sözleşme sebebi ile bir yarar elde edip etmediği göz önünde bulundurulacağı, yarar elde etmiyorsa sorumluluğunun daha hafif olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nimet-külfet dengesi olarak da ifade edilen bu ilkenin uygulanması, kanunun lafzından hareket edilerek borçlu için hiçbir yarar sağlamaması şeklinde değil elde ettiği yararın borcuna oranla çok az olması şeklinde gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla elde edilen yarar çok

[176] Eren (n 1) 1183 ff.

[177] Kudret Ayiter, 'Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku', (2. Bası AÜ Basımevi 1963) 1-2; Koschaker ve Ayiter (n 23) 298-299.

az ise sorumluluk da buna göre belirlenmelidir. Sözleşmenin tek tarafa ya da eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, burada göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan bağışlama sözleşmesinde bağışlayan, sadece kastından ve ağır ihmalinden sorumlu tutulmuştur (TBK m 294/I). Bağışlayanın hafif ihmalinden kaynaklanan ifa etmeme ya da kötü ifa gibi sonuçlar kural olarak sorumluluğunu doğurmaz. Bununla birlikte hükmün düzenleyici olması sebebi ile taraflar sadece kastından sorumlu olacağı şeklinde sorumluluğu daraltabilecekleri gibi hafif ihmalden sorumluluğu kapsayacak şekilde de genişletebilirler.

Vekâlet sözleşmesi açısından Roma hukukunda bir istisnanın varlığına yukarıda değinilmişti. Roma hukukunda niteliği gereği ücretsiz olması gereken vekâlet sözleşmesinin güven temeline dayalı olması sebebi ile *Iustinianus* döneminde vekil, ücret almamasına karşılık *diligentia*'dan sorumluydu. Türk hukuku açısından vekâlet sözleşmesi kural olarak ücretsiz olmakla birlikte aksine anlaşma ya da örf ve adet kuralı varsa ücretli de olabilir (TBK m 502/III). Burada ücretsiz olan vekâlette vekilin sorumluluğunun ücretli olan vekâlete göre daha az olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu konuda doktrindeki çoğunluk görüşü vekilin sorumluluğun ücretsiz vekâlette daha az olması gerektiği yönündedir[178]. Buna karşın bizim de katıldığımız görüşe göre vekilin sorumluluğu vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması sebebi ile hafiflemez. Özellikle vekilin bir işte uzmanlığının bulunması sebebi ile vekâlet almış olması durumunda bu sonuç daha belirgin hale gelir. Vekâletin ücretsiz (ya da hatır ilişkisine binaen düşük olduğu) doktor veya avukat ile yapılan vekâlet sözleşmesinde vekilin göstermesi gereken özenin derecesi ücretli olması durumunda kendisinden beklenen özenin derecesi ile aynı olmalıdır[179]. Diğer bir ifade ile Roma hukukundaki *diligentia bonus pater familias* geçerliliğini korumalıdır. İtalyan[180] ve Fransız[181] Medeni Kanunlarında vekilin sorumluluğuna ilişkin olarak getirilen ücretsiz vekâlette sorumluluğun hafifleyeceğine yönelik düzenlemeler karşısında Türk ve İsviçre kanun koyucularının, böyle bir düzenleme getirmeyerek Roma hukukundaki ücretsiz vekâlete özgü ilkenin geçerli olarak kalması yönünde bir tercihte bulundukları söylenebilir. Bununla birlikte vekâletin ücretsiz olması, hesaplanacak tazminatta bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilir[182].

---

178 Eren (n 1) 1187; Tunçomağ (n 148) 813; Şahin Akıncı, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi,* (1. Bası Sayram 2004) 18; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (1. Bası Filiz 1992) 418; Veysel Başpınar, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, (2. Bası Yetkin 2004) 170; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (15. Bası Turhan 2015) 643.

179 Gümüş (n 155) 340-341; Başpınar ücretsiz vekalette vekilin göstermesi gereken özenin derecesinin hafiflemesi gerektiğini ifade etmekle birlikte doktorluk ve avukatlık gibi meslekleri icra edenler açısından bu kuralın uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir, bkz Başpınar (n 177) 170; Aynı yönde Zevkliler ve Gökyayla (n 177) 643.

180 İtalyan Medeni Kanunu Art. 1710 "Il mandatario è tenuto a eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia; ma se il mandato è gratuito, la responsabilità per colpa è valutata con minor rigore." (Vekilin, vekaleti iyi aile babasının özeni ile icra etmesi gerekir; fakat eğer vekalet ücretsizse, kusurdan sorumluluğu daha az titizlikle değerlendirilir).

181 Fransız Medeni Kanunu Art. 1992 "Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire." (Bununla birlikte, ödeme alanlara nazaran vekaleti ücresiz olanlar için kusurdan sorumluluk daha az titizlikle uygulanır).

182 Gümüş (n 155) 340.

E. Sözleşmelerde Kusurun Ağırlaşması ve Kusursuz Sorumluluk İlkesinin Uygulanması

Sözleşmeler alanında kusur sorumluluğu ilkesi geçerli olmakla birlikte tüm sözleşmelerde aynı kusur türü ve ölçütünün geçerli olmadığını da belirtmek gerekir. Kusurun derecesi bazı sözleşme tipleri açısından özel olarak belirlenmiştir. Örneğin TBK'da adi ortaklık sözleşmesinde, taraflar arasındaki tanışıklık derecesinin çok yoğun olması sebebi ile Roma hukukunda olduğu gibi, hafif ihmalin tespitinde objektif ölçüt yerine sübjektif ölçüt kabul edilmiştir. *Culpa in concreto* olarak ifade edilen bu ölçüte göre ortak kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni ortaklık işlerinde de göstermişse sorumlu olmaz (TBK m 628).

Bazı sözleşme ilişkilerinde ise gösterilmesi gereken özenin derecesi özel olarak belirlenmiştir. Örneğin vekâlet sözleşmesinde vekilin göstermesi gereken özen, aynı şartlar altında basiretli ve özenli bir vekilin göstermesi gereken özen olarak belirlenmiştir (TBK m 506/III). 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda vekilin göstermesi gereken özenin derecesi, işçinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yapılan yollama ile çözümlenmişti. Bununla birlikte vekilin icra ettiği işin niteliğinin işçininkine göre çok daha fazla özeni gerektirdiği gerekçesi ile bu düzenleme eleştirilmekteydi[183]. TBK m 506/III ile getirilen objektif kıstas ile vekilin göstermesi gereken özenin derecesinin ağırlaştırıldığını söylemek mümkündür[184]. Kanaatimizce ücretsiz vekâlette vekilin sorumluluğunun, *utilitas* prensibinin istisnasını teşkil etmesi sebebi ile hafifletilmemesi, gösterilmesi gereken objektif özenin de bir sonucudur.

Vekalet sözleşmesinde yapılan değişikliğe benzer şekilde, eski Borçlar Kanununda işçinin sorumluluğuna atıf yapılmak sureti ile çözülen yüklenicinin sorumluluğunda da değişikliğe gidilmiştir. Yeni TBK m 471/II ile eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğu da özel olarak düzenlenmiş ve benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özen aranmıştır[185]. Maddede ayrıca basiretli bir yüklenicinin, işi yaparken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışının esas alınacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemede yer alan mesleki ve teknik kurallara uygun davranma borcu ile Roma hukukunda *loatio conductio operis* (eser sözleşmesinde) bir sorumluluk ölçütü olarak kullanılan *imperitia* kavramına da dolaylı olarak yer verildiği anlaşılmaktadır. Yapılan bu düzenleme ile yüklenicinin özen borcunun, eski düzenlemeye göre ağırlaştırılarak objektifleştirildiği söylenebilir[186].

TMK m 400'de işçinin işverene kusuru ile verdiği tüm zararlardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Maddenin düzenlemesinden objektif ve sübjektif kusur ölçütlerinin birlikte düzenlendiği görülmektedir. İşçinin sorumluluğunun belirlenmesinde işin

183 Başpınar (n 177) 153; Akıncı, *Vekâlet* (n 177) 17.

184 Zevkliler ve Gökyayla (177) 645.

185 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2. Bası Turhan 2020) 464.

186 Aynı yönde Kayak 'Eser Sözleşmesi' (n 82) 267 dn 78.

belirli bir uzmanlığı, teknik bilgi ve deneyimi gerektirmesi durumunda objektif bir ölçütün kabul edildiği, bunun aynı koşullarda çalışan makul ve dürüst bir işçinin göstermesi gereken özen olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile işçinin faaliyet gösterdiği meslek dalı objektif özenin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu objektif kritere aykırı olarak işçinin üstlendiği iş konusunda tecrübesiz olması ve işverenin bu durumu bilmesi halinde ise sübjektif ölçütün devreye girerek işçinin sorumluluğunun hafiflemesi sonucunu doğuracaktır[187].

Sözleşme hukuku alanında yukarıda verilen örnekler çerçevesinde genellikle objektif bir özen yükümlülüğünün arandığı görülmektedir. Gösterilmesi gereken özenin objektif kriterlere bağlanmış olması sorumluluğun objektif olması anlamına gelmemektedir. Tespiti objektif bir kritere bağlanmış olsa da sübjektif bir unsur olan kusur, sözleşmeler alanında sorumluluğun gerçekleşmesi için aranmaktadır. Bununla birlikte bazı sözleşme tiplerinde borçlunun kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır.

Sözleşmeler alanındaki kusursuz sorumluluk hallerinden bir kısmı, borca aykırı davranışın ağırlaştırılmış sonuçları şeklindedir. Nitekim genel olarak borçlunun Roma hukukunda klasik dönemde hâkim olan ve genel olarak beklenmeyen hallerden sorumlu olmayı ifade eden *casus* sorumluluğu gibi olmayıp borca aykırı bir davranışın akabinde meydana gelen beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluk şeklindedir. TBK m 119'da borçlunun temerrüde düşmesi sonucunda, beklenmeyen hal sebebi ile oluşacak zarardan da sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ya da beklenmeyen halin ifa konusu şeye zaten zarar vereceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yine TBK m 308/III'te ödünç aldığı şeyi sözleşmeye aykırı olarak kullanan ya da başkasına kullandıran kişi, beklenmeyen halden kaynaklanan zarardan da sorumlu tutulmuştur. Aynı şekilde TBK m 563/II'de saklayan, kendisine saklaması için verilen bir şeyi saklatanın izni olmadan kullanırsa, beklenmeyen halden kaynaklanan zarardan kusuru olmasa da sorumlu tutulmuştur. Roma hukukunda gemi, han ve ahır işletenlerin *receptum*'dan kaynaklanan sorumluluklarının, benzer şekilde TBK m 576'da düzenlendiğini görmekteyiz. Bu düzenlemeye göre konaklama yeri işletenler, konaklayanların beraberlerinde getirdikleri eşyanın zarara uğramasından kusurları olmasa da sorumludurlar. Ancak işletenlerin kusursuz sorumluluğu, konaklayanlardan her biri için günlük konaklama ücretinin üç katı ile sınırlıdır. İşletenlerin kendilerine ya da yanlarında çalışanlara bir kusurun yüklenmesi durumunda sorumluluk bununla sınırlı değildir.

Tüm bu hallerde sorumlu olan kişi, borca aykırı davranışı ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

[187] Gaye Baycık, *Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Sorumluluğu,* (1. Bası Yetkin 2015) 102.

TBK m 116'da borçlunun kendi kusuru bulunmasa da yardımcı kişilerin vermiş oldukları zararlardan kaynaklanan sorumluluğu, hâkimiyet esasına dayanan bir sebep sorumluluğu olarak dikkati çekmektedir.

Sonuç

Roma hukukunda ilk dönemlerde hakim olan objektif sorumluluk ilkesi önce haksız fiiller alanında kusur sorumluluğuna dönüşmüştür. *Lex Aquilia* kanunu ile birlikte kastın yanında ihmalin de haksız fiiller için aranması gerektiğine ilişkin prensip özellikle bugünkü Roma hukuku kökenli hukuklarda haksız fiil sorumluluğunun temelini oluşturmuştur. Sözleşme hukuku alanında ise kusur sorumluluğuna geçiş hemen gerçekleşmemiş, çeşitli sorumluluk prensiplerinin yavaş yavaş ortaya çıktığı ve birlikte uygulandığı bir dönüşüm sürecinin sonucunda gerçekleşmiştir. Bu süreç içerisinde *custodia* sorumluluğu kusursuz sorumluluğa olan yakınlığı ile dikkat çekmektedir. Bunun ardından *diligentia* olarak isimlendirilen ve kusur sorumluluğunun ağır türü olan bir sorumluluk ortaya çıkmıştır. Kusur sorumluluğunun uygulanması sırasında özellikle hakkaniyet ilkesi gereği sözleşmelerden elde edilen yarar ile üstlenilen sorumluluk arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. *Iustinianus* döneminde ise kusur sorumluluğu ana ilke olmuştur. Hristiyanlığın da etkisi ile orta çağ boyunca kusura dayanan sorumluluk yoğun bir şekilde uygulanmıştır. Sanayi devrimi ile birlikte kusur sorumluluğu meydana gelen zararların giderilmesinde yetersiz kalmış ve kusursuz sorumluluğa doğru bir geri dönüş başlamıştır. Özellikle haksız fiiller alanında hakkaniyet, hakimiyet ve tehlike gibi esaslara dayanarak çeşitli kusursuz sorumluluk türlerinin kabul edildiği görülmektedir. Sözleşmeler alanında ise kusursuz sorumluluğa ilişkin örnekler daha az olmakla birlikte bazı sözleşme tiplerinde, borçlunun sorumluluğunun objektifleştirilerek kusursuz sorumluluk anlayışının etkisi dolaylı da olsa hissedilmektedir. Teknoloji ve sosyal yapıdaki değişikliklerin kusursuz sorumluluğa doğru olan bu dönüşümü devam ettireceği anlaşılmaktadır.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bibliography/Bibliyografya

Akıncı Ş, *Roma Borçlar Hukuku,* (6. Bası Sayram 2016)

Akıncı Ş, *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi,* (1. Bası Sayram 2004)

Altınöz Ü, *İcra-İflas Hukukunda Disiplin ve Tazyik Hapsi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019)

Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (1. Bası Legal 2015)

Ayiter K, *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku*, (2. Bası AÜ Basımevi 1963)

Başpınar V, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, (2. Bası Yetkin 2004)

Baycık G, *Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Sorumluluğu,* (1. Bası Yetkin 2015)

Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76,* (1. Bası Onikilevha 2019)

Berki Ş, *Roma Hukuku (Ankara 1949)*

Bozbayındır AE, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, (Adalet 2019)

Buckland WW, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian,* (3. Bası Cambridge Uni 1966)

Çekin M, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu*, (1. Bası onikilevha 2016)

Descheanux H ve Tercier P, *Sorumluluk Hukuku* (1983)

Di Marzo S, *Roma Hukuku*, Çev. Ziya Umur, (2. Bası İ.Ü Yayını 1959)

Dinçer Araz N, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)', (2020) 22(1) DEÜHFD 171-218

Ekinci EB, *Hukukun Serüveni*, (3. Bası Arı Sanat 2017)

Endes Selvi N, 'Roma Hukukunda Tehlike Sorumluluğu', in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 1005-1026.

Erdoğmuş B, 'Klasik Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia' (2010) 1 Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan 895- 908

Erdoğmuş B, *Roma Borçlar Hukuku*, (1. Bası Der 2005)

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25. Bası Yetkin 2020)

Furrer A, Muller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. Bası Onikilevha)

Gönenç Fİ, 'Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi' (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyum Özel Sayısı) 13-28

Gönül Koşar G, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, (1. Bası Onikilevha 2020)

Gümüş MA, *Vekilin Özen Borcu,* (1. Bası Beta 2001)

Günveren GB, 'Roma Hukukunda Kullanım Ödüncü (Ariyet) Sözleşmesi (Commodatum)', HHFD, (2019) 9 (2) 311-363

Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (Vedat 2011)

Hatemi H, Serozan R ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (1. Bası Filiz 1992)

Hatemi H, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Filiz 1998)

Honig R, *Roma Hukuku*, (İÜ 1938)

İnan AN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Bası AÜ 1979)

İpek N, *Roma Hukukunda Gasp (Rapina),* (Der 2001)

Karadeniz Çelebican Ö, *Roma Hukuku*, (17. Bası Turhan 2014)

Karadeniz Ö, *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, (AÜ 1976)

Karahasan MR, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, (Beta 1989)

Karakocalı A, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), (1. Bası Seçkin 2016)

Kaser M, *Roman Private Law*, (4. Bası Gutenberg 1984)

Kayak S, 'Roma Hukukunda Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığının Hükümleri ve Türk Hukukunu Etkileyen Yönleri', (2018) 20 (2) DEÜHFD 239-305

Kayak S, 'Roma Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçu: D. 48.11 Metinlerinin Çevirisi ve Tahlili' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 737-768

Kılıçoğlu AM, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (2. Bası Turhan 2020)

Koç N, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. m. 58)*, (1. Bası DEÜ 1990)

Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (DEÜ 1993)

Küçük E, *Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis*, (Adalet 2013)

Küçükgüngör E, *Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum)*, (Yetkin 2002)

Nomer HH, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (18. Bası Beta)

Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2* (15. Bası Vedat 2021)

Oğuzoğlu HC, *Roma Hukuku*, (AÜ 1959)

Öcal B, 'Damnum İniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi', (2011) (1) İÜHFD 345-386

Rado T, *Roma Hukuk Dersleri Borçlar Hukuku* (14. Bası Filiz 2018)

Sayın Korkmaz B, *Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum)*, (Yetkin 2014)

Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler İfa ifa Engelleri Haksız Zenginleşme* (6. Bası Filiz 2014)

Sevan Nişanyan, 'ihmal' < https://www.nisanyansozluk.com/?k=ihmal+ > 1 Eylül 2021.

Somer P, 'Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu', (2008) 14 (4) MÜHFD-HAD (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 133-151

Somer P, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı*, (Derin 2008)

Somer P, *Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis),*(Derin 2008)

Söğüt İS, *Roma Hukukunda Exceptio Doli Generalis (Genel Hile Def'i)*. (1. Bası Filiz 2020)

Söğütlü Erişgin Ö, 'Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumlulukta Casus ve Vis Maior' in Abuzer Kendigelen (ed), Prof. Dr. Türkan Radonun Anısına Armağan (Onikilevha 2020) 503-567.

Söğütlü Erişgin Ö, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi içerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (1. Bası Seçkin 2016)

Söğütlü Ö, *Roma Özel Hukuku* Ders Kitabı (2. Bası Seçkin 2021)

Sütken E, Roma Borçlar Hukukunda Sorumluluk ve Günümüz Hukukuna Etkileri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Eskişehir 2003)

Tahiroğlu B ve Erdoğmuş B, *Roma Hukuku Dersleri* (14. Bası Der 2020)

Tahiroğlu B, 'Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi', MÜHF-HAD, (2008) 14 (4) (Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, Sempozyum Özel Sayısı) 157-170

Tahiroğlu B, Roma Borçlar Hukuku (Der 2020)

Tahiroğlu B, *Roma Hukukunda Furtum, (1. Bası İÜ 1975)*

Tahiroğlu B, *Roma Hukukunda İniuria* (1. Bası İÜ 1969)

Tamer Güven D, *Culpa In Eligendo Yardımcı Şahıs Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, (Der 2001)

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası Filiz 1993)

Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1 (6. Bası Sermet 1976)

Türkoğlu HG, *Roma Hukukunda Suç ve Ceza, (2. Bası Seçkin 2017)*

Türkoğlu Özdemir G, 'Roma Hukukunda Hayvanların Yolaçtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk' (2006) 14 (2), 69-96

Uçaryılmaz TŞ, Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi, (Bilkent Üni 2018)

Umur Z, *Roma Hukuk Lügati*, (İstanbul 1983)

Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Bası Beta 2010)

Ünal M, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*, (AÜHFY 1979)

Yeşiller M, 'Roma Hukukunda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu', ÇKÜİİBFD, (2013) 3 (1) 177-191

Yıldırım MF, 'Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu', (2004) 8 (3-4) AÜEHFD 257-283

Yüksel Hİ, *Roma Hukukundan Türk Hukukuna Hükümsüzlük Sisteminin Oluşumu ve Gelişimi*, (Filiz Kitabevi 2020)

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*(5. Bası Beta 2015)

Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, (15. Bası Turhan 2015)

Zilelioğlu H, 'Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış', AÜHFD 1987 (39) 1-4, 241-264

Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (3. Bası Rustica Cape Town 1996)