

ROMA HUKUKU'NDA VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDE SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ

*Ar. Gör. S. Bengi Sayın Korkmaz**

ÖZET

Vekâlet sözleşmesi, Roma Hukuku sözleşmeler sisteminde dostluğa dayanan ve ücretsiz yapılan bir sözleşme olması nedeniyle özel bir yere sahiptir. Bu sözleşmede tarafların sorumluluklarının hangi ölçütlere göre belirleneceği ise ayrıca önemli bir husustur. Vekâlet sözleşmesinde tarafların sorumlulukları, Roma Hukuku'nda farklı sorumluluk prensiplerinin uygulandığı dönemler olan Klasik Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'ne göre iki açıdan incelenmesi gereken bir konudur. Söz konusu dönemlerde hangi sorumluluk prensiplerinin uygulandığı ve hangi ölçütlerden yararlanıldığı konusunda bilgi verilecek olan bu çalışmada, dönemlere ilişkin ölçütlerden vekâlet sözleşmesinin ne derecede etkilendiği konusu aydınlatılmış olacaktır.

Anahtar Sözcükler: Vekâlet Sözleşmesi, Roma Hukuku, Kusur, Kasıt, İhmal

THE STANDARDS OF LIABILITY IN CONTRACT OF MANDATE IN ROMAN LAW

ABSTRACT

As the contract of mandate is based on friendship and is gratuitous, it has a special place in the contracts system of the Roman Law. Whithin this contract, liabilities of parties are determined by criterias that, is

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

another important point. Liabilities of the parties in contract of mandate should be analysed in two topics; classical law period and Justinian's Law period, in which different principles of liability were applied. In this article, information will be given on how the principles of liability were applied and which criteria were benefited from and how the contract of mandate was affected by the criteria of the periods, will be clarified.

Keywords: Contract of Mandate, Roman Law, Fault, İntent, Negligence

GİRİŞ

Vekâlet sözleşmesi ile vekil (*mandatarius*), müvekkile (*mandator*) ait bir işin ücretsiz olarak görülmesini taahhüt eder. Roma hukukunda vekâlet sözleşmesinin en önemli ayırt edici noktası, sözleşmenin ücretsiz oluşudur. Roma'da vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması, günümüz hukukundakinden çok daha özel bir anlama sahiptir. Vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olması, Roma'nın toplumsal değerlerine, dostluğa, güvene ve genel ahlâkına dayanır¹. Ücret karşılığı yapıldığı takdirde geçerli bir vekâlet sözleşmesi olmamakla birlikte, işin mahiyetine göre istisna veya hizmet sözleşmesi olmaktadır. Klasik-sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'nde yüksek işler için ücret kararlaştırılması durumunda, vekâlet sözleşmesinden doğan dava açılmamakla birlikte, sistem-dışı yargılama ile ancak şeref ücretinin ödenmesi sağlanabilirdi².

Roma sözleşmeler alanında, objektif sorumluluk olarak kabul edilen *custodia* (gözetim) sorumluluğundan, *culpa* (kusur) sorumluluğuna doğru bir geçiş gerçekleşmiştir. *Custodia*, objektif olayları göz önünde tutan objektif sorumluluk (kusursuz sorumluluk) ilkesi, *culpa* ise borcun ifa edilememesinin subjektif sebeplerini araştıran subjektif sorumluluk (kusur sorumluluğu) ilkesidir. *Custodia* sorumluluğunun uygulandığı sözleşmelerde borçlu malı kendi yararı için elinde bulundururdu. Ariyet, vedia, istisna, kira, satım ve rehin gibi iyi niyet sözleşmelerinde *custodia* sorumluluğu söz konusuydu. Dolayısıyla borçlu kasıt, ihmal ve

¹ Honsell H., *Römisches Recht*, Zürich-2011, s. 150.

² Kaser M. / *Knütel R.*, *Römisches Privatrecht*, München-2005, s. 231.

beklenmeyen hallerden (hırsızlık ve mala verilen zarar gibi 3.kişilerin fiilleri) doğan zarardan sorumlu tutulurdu. Ancak Klasik-sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren *custodia* sorumluluğundan kusur sorumluluğuna doğru bir geçiş gerçekleşmiştir³.

Kusursuz sorumluluk prensibi genellikle ilkel hukuklarda uygulanan daha basit bir kural olarak ifade edilirken, kusur sorumluluğu daha adil bir prensip olarak kabul edilmiştir. Bu noktada bir kusursuz sorumluluk prensibi olan *custodia*'dan kusur sorumluluğu prensibine geçişi etkileyen temel unsur kusur sorumluluğunun daha adil olduğu düşüncesidir. Bu düşünce doğrultusunda sorumluluğa ilişkin prensipler öncelikle *praetor*'ların etkisiyle gelişim ve değişime uğramıştır⁴. Bunun yanı sıra kusur sorumluluğuna geçişte Hristiyanlığın da sınırlı düzeyde etkisinin olduğu bilinmektedir. Bu bağlamda, Roma Hukuku'nda Klasik Hukuk Dönemi'nde objektif sorumluluk, *Iustinianus* Dönemi'nde ise subjektif sorumluluk ilkesinin uygulandığı kabul edilmektedir⁵.

Vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluklar incelendiğinde, Roma Hukuku'ndaki sorumluluk ölçütlerinin gelişiminden daha farklı bir seyir izlediği ilk bakışta söylenebilir. Çünkü Roma sözleşmeler sisteminde, özellikle de bir şeyin iadesini gerektiren sözleşmelerde, sorumluluk hukukuna ilk dönemlerde *custodia* egemen iken; daha sonraki dönemlerde *culpa* egemen olmuştur⁶. Bu, sorumluluğun kapsamını daraltma doğrultusundaki bir çabanın sonucudur.

Vekâlet sözleşmesinde ise vekilin sorumluluğu ilk dönemlerde sadece *dolus*'tan (kasttan) sorumluluk iken; daha sonraki dönemlerde

³ *Di Marzo S.*, Roma Hukuku, İstanbul-1954, s. 364; *Koscahaker P. /Ayiter K.* , Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara-1983, s.197 vd.; *MacCormack*, Custodia and Culpa, SZ 89 (1972), s. 149 vd.; *Söğütlü Erişgin Ö.*, Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara-2010, s.28.

⁴ *Zilelioğlu H.*, Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1985, s. 26.

⁵ *Söğütlü Erişgin*, Hasar, s.30.

⁶ *Söğütlü Erişgin*, Hasar, s. 30.

culpa (kusur) sorumluluğuna dönüşmüştür. Bu ise, sorumluluğun kapsamını genişletme doğrultusundaki bir çabanın ürünüdür.

Vekâlet sözleşmesinde sorumluluğu konu alan bu çalışmada öncelikle vekâlet sözleşmesinin tanımı ve özellikleri hakkında genel bilgi verilecektir. Roma Hukuku'ndaki sorumluluk ölçütleri genel hatlarıyla açıklandıktan sonra; vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluklar, Klasik Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi olarak iki döneme göre vekil ve müvekkil açısından ele alınacaktır.

A. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Vekâlet sözleşmesi, günümüz yaşamında olduğu gibi, Roma Hukuku'nda da önemli bir yere sahipti⁷. Roma Hukuku'nda vekâlet sözleşmesi, taraflardan birinin diğerine ait bir işin idaresini bir ücret karşılığı olmaksızın üstlendiği rızai bir sözleşme olarak tanımlanır. Bu sözleşme ile vekil (*mandatarius*), müvekkile (*mandans/dominus negotii*) ait bir işin idaresini veya bir hizmetin ücretsiz olarak görülmesini taahhüt eder⁸.

Vekâlet, vekilin her zaman, müvekkilin ise bazen borç altına girdiği bir sözleşmedir. Sözleşme bu yönüyle eksik iki taraflıdır. Ayrıca ücretsiz bir çalışma ve ahlaki bir yükümlülüktür. Vekâlet sözleşmesi eksik iki taraflı bir sözleşme olmasından dolayı yapıldığı anda öncelikle vekil için borç doğmaktadır. Ancak vekâlet sözleşmesinin ifası nedeniyle müvekkil için de borç doğabilmektedir. Dolayısıyla vekil her zaman borç altına girerken, müvekkil bazı durumlarda borç altına girmektedir⁹.

⁷ *Cerutti D.*, Tra Gratuiti E Onerosità: La Donazione Gravata Da Un Onere, Zürich-2008, s. 39; *Mayer-Maly T.*, Römisches Recht, 1999-New-York, s. 150; *Ruiz A.*, Istituzioni Di Diritto Romano, s. 351, Napoli-1947, s. 351; *Erdoğan B.*, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul-2005, s. 100.

⁸ *Benke N. /Meissel S.F.*: Übungsbuch Römisches Recht, Wien-2003, s.195; *Burdick W. L.*, The Principles of Roman Law, New York-1938, s. 457; *Cerutti*, s. 39; *Erdoğan B.*, s. 99; *Mayer-Maly*, s. 150; *Ruiz*, Istituzioni; *Tahiroğlu B.*, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul-2005, s. 238; *Tamm D.*, Roman Law, Copenhagen-1997, s. 138.

⁹ *Honsell*, s. 152; *Ruiz A.*, Il Mandato in Diritto Romano, 1949-Napoli, s. 84; *Ruiz*, Istituzioni, s. 352; *Tamm*, s. 139.

Vekâlet sözleşmesinin en önemli unsuru ücretsiz olması ve sadece vekilin menfaatine yapılamamasıdır. Ancak vekilin yanı sıra müvekkilin ya da 3. kişinin de menfaatinin bulunması durumunda vekâlet sözleşmesi geçerli olurdu. Sadece vekilin menfaatinin bulunduğu durumda vekâlet değil, bir tavsiye olduğu kabul edilmiştir¹⁰.

Vekâletin ücretsiz olacağı kuralı kesin bir kural olmasına rağmen, sonraki zamanlarda yüksek işler için ücret alınabilmesi ve yasal olarak takibi için baskılar artmış ve toplumda duyulan bu ihtiyaçlar reformların doğmasına sebep olmuştur¹¹. Bir diğer ifadeyle, sosyo-ekonomik koşulların değişmesiyle birlikte liberal hizmetler olarak nitelendirilen yüksek nitelikli işler için (doktorluk, avukatlık, mimarlık gibi) vekile özel bir şeref ücreti ödenmesi düzenlenmiştir. Alelade işler için verilmiş olan vekâletler de bu ücret söz konusu değildir¹².

B. VEKÂLET SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN SORUMLULUKLARI

Vekâlet sözleşmesinde sorumluluk durumları incelendiğinde, en önemli kısmı vekilin sorumluluğunun oluşturduğu söylenebilir. Tarafların dava hakkını kullanabilmesi için bir tarafın kusurlu hareket etmiş ve yükümlülüğünü eksik ya da hiç yerine getirmemiş olması gerekir. Bu durum müvekkilin dava açabilmesi için vekilin kendisine verilmiş olan görevi yerine getirmesine (iş idaresi ve kazanılanların devri) ilişkin kusurları ifade ederken, vekilin karşı davası ise kazanılanların devralınması ve masrafların ödenmesine ilişkindir. Vekilin dava açması, önce müvekkilin dava açması şartına bağlı değildir¹³.

Vekâlet sözleşmesinde müvekkile *actio mandati directa* olarak adlandırılan bir dava hakkı tanınmıştır. Aynı şekilde vekilin de karşı

¹⁰ Watson A. , Contract of Mandate in Roman Law, Oxford-1961, s. 16.

¹¹ Zimmermann Reinhard, The Law of Obligations Romen Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town-1992, s. 418.

¹² Cerutti, s. 39; Tamm, s. 139.

¹³ Benke/Meissel, s. 195; Honsell, s. 152; Tahiroğlu, s. 242 vd.

talepleri için *actio mandati contraria* olarak ifade edilen bir davayı açma hakkı bulunurdu¹⁴.

1. Genel Olarak Roma Hukuku'nda Sorumluluk Ölçütleri

Özel Hukuk bakımından sorumluluk bir başkasının uğradığı zararı tazminle yükümlü olmak demektir. Bu bağlamda kişilerin sorumluluğu dönemlere göre değişmekte bazen kusur aranırken, bazen de kusura bakılmadığı görülmektedir. Öncelikle kusur kavramını açıklamak faydalı olacaktır. Kusur hukuk bakımından kınanan bir davranışta bulunmaktır. Roma Hukuku'nda *culpa* olarak ifade edilen bu durum hukuka uygun olan davranış biçiminden ayrılmış olma ve hukuk kurallarına uyma konusunda irade eksikliği olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

Kişinin sorumlu olabilmesi için kusurlu olmasının arandığı durumlarda kişinin ruhi ve psikolojik yapısının incelenmesi yoluna gidilir. Bu doğrultuda kişinin iradesi hukuka uygun davranmayı gerektirecek kadar güçlü değilse o kişinin kusurlu davrandığı kabul edilir. Daha somut bir ifadeyle, kişi sözleşmede yer alan edimin ifası için gerekli olanları yapmıyorsa kusurlu olduğu söylenir¹⁶.

Sorumluluğa ilişkin iki ilke, bu konuda belirtilmesi gereken hususlardan biridir. Bu ilkelere birincisi, objektif olayları göz önünde tutan objektif sorumluluk (kusursuz sorumluluk) ilkesi, ikincisi borcun ifa edilememesinin subjektif sebeplerini araştıran subjektif sorumluluk (kusur sorumluluğu) ilkesidir.

Borcunu ifa etmeyen borçlu, her ne olursa olsun sorumlu tutulabiliyorsa, kusursuz sorumluluk ilkesi söz konusudur. Roma Hukuku'nda *custodia* (gözetim) sorumluluğu olarak uygulanan kusursuz sorumluluğun esasını, kişinin fiiliyle bir zararın ortaya çıkmış olması oluşturmaktadır. Bir diğer ifadeyle bir kimsenin bu konuda bir

¹⁴ Honsell, s. 151 vd.

¹⁵ Karadeniz- Çelebican Özcan, Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara-2000, s. 287.

¹⁶ Erdoğan, s. 29.

sorumluluğuna gidilebilmesi için kişinin fiili ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının olması yeterlidir¹⁷.

Taahhüdünü yerine getirmeyen borçlunun, taahhüdünü neden yerine getirmediği araştırılacak olursa, kusur sorumluluğu ilkesi söz konusu olur. Bu sorumluluk türü Roma Hukuku'nda *culpa* sorumluluğu olarak uygulanmıştır. Kusur sorumluluğu ilkesinde borçlunun borcu ödememekte bir kusuru (*culpa*) olup olmadığı araştırılır. Kusur varsa borçlu sorumlu olur, kusur yoksa sorumlu olmaz. Mac Cormack ise bir kişinin kasıt, ihmal ya da bunların yanı sıra *neglegentia*'dan (özensizlik) sorumlu tutulmasını sübjektif sorumluluk olarak tanımlar¹⁸. Sübjektif sorumlulukta kusur derecelendirilerek *dolus* (kasıt) ve *culpa*¹⁹ (ihmal) olmak üzere iki unsura göre incelenir²⁰.

Roma Hukuku'nda vekâlet sözleşmesine ilişkin sorumluluk durumları ele alındığında göze çarpan ilk husus farklı dönemlere ilişkin eserler arasında birbiriyle çelişen düşüncelerin bulunuyor olmasıdır. Bu ise, Roma Hukuku'nda sözleşmesel sorumluluk ölçütleri konusunda farklı fikirlerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Bunun başlıca nedenini, *Iustinianus* Dönemi'nde derlenen metinlerde yapılan değişiklikler ve kaynaklar arasında ortaya çıkan çelişkiler oluşturmaktadır. Bazı yazarlar Klasik Hukuk Dönemi'nde kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) ilkesinin hâkim olduğunu savunurken, bazı yazarlar kusur ilkesinin, o dönemden itibaren geliştirildiğini ancak *Iustinianus* Dönemi'nde genelleştirildiğini iddia etmektedir²¹. Genel görüş ise Roma Hukuku'nun eski dönemlerinde kusursuz sorumluluğun bulunduğu, Klasik Hukuk Dönemi'nde kusursuz sorumluluğun uygulandığı ancak kusur sorumluluğuna doğru bir gidişin olduğu ve *Iustinianus* Dönemi'nde kusur

¹⁷ Rado T., Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul-1997, 35 vd.; Tahiroğlu, s. 40.

¹⁸ MacCormack, SZ 89, s. 151.

¹⁹ Roma Hukuku'nda kusur kavramı *culpa* terimiyle ifade edilmektedir. Aynı şekilde ihmal kavramı için de *culpa* terimini kullanmışlardır. Burada kusur için "geniş anlamda *culpa*", ihmal için "dar anlamda *culpa*" terimini kullanmak yerinde olacaktır (Erdoğan, s. 29).

²⁰ Erdoğan, s. 30 vd.; Karadeniz-Çelebican, s. 288.

²¹ Söğütü Erişgin Ö., Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*), Ankara-2002, s. 136; Zilelioğlu, Custodia, s. 31; Zilelioğlu H., Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHF 198, C. 39, Sa. 1-4, ss. 241-264, s. 241 vd.

sorumluluğunun esas olduğu yönündedir²². Bu çalışmada da vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluk bu prensip üzerinden değerlendirilecektir.

2. Vekilin Sorumluluğu

Vekilin sorumluluğuna ilişkin metinler incelendiğinde, bu metinlere ilişkin bölüm içerisinde *procurator* (genel vekil) ve *fideiussor*'un da (kefil) dâhil olduğu karışık bir tablo göze çarpmaktadır. Bazı metinler de vekil kasıttan veya hileden sorumlu tutulurken bazı metinlerde ise hem kasıt hem de ihmalden sorumlu olduğu ifade edilir²³. Vekilin sorumluluğuna ilişkin genel görüş ise Klasik Hukuk Dönemi'nde sadece kasıtlı fiillerinden (*dolus*) sorumlu olduğu yönündedir. Sonrasında ise vekilin sorumluluğunun kapsamı, ihmali de içine alacak şekilde genişletilmiştir²⁴. Bu konuda Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin metinlerde vekilin sadece kasıttan sorumlu tutulduğu, ancak daha sonraki dönemlerde *interpolatio* yoluyla *culpa*'nın metinlere eklendiği görüşü kabul görmektedir. Ayrıca metinlerde her olay için farklı bir ölçüt belirlenmiş olması da sorumluluk ölçütlerine ilişkin bu değişken yorumların ortaya çıkmasına neden olmuştur²⁵.

Sonuç olarak Klasik Hukuk Dönemi'nde kusursuz sorumluluğun uygulandığı kabul edilirken, *Iustinianus* Dönemi'nde kusur sorumluluğu prensibine geçildiği ifade edilmektedir. Bu nedenle vekilin sorumluluğunun dönemlere göre ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

a. Klasik Hukuk Dönemi'ndeki Durum

Klasik Hukuk Dönemi'nde uygulanan sorumluluk prensibi "*factum debitoris*" (borçlunun fiili) kuralı ile ifade edilmekte ve *dolus* ile *custodia* sorumlulukları uygulanmaktaydı²⁶. Dönemin genel sorumluluk prensipleri bu şekildedir. Vekil ise bu dönemde sadece kastından (*dolus*) sorumlu

²² Erdoğmuş, s. 25; Karadeniz-Çelebican, s. 287.

²³ MacCormack, The Liability of Mandatary," Labeo 18 (1972), s. 156.

²⁴ Zimmermann, s. 426.

²⁵ MacCormack, Labeo18, s. 156.

²⁶ Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 244 vd.

tutulmuştur²⁷. Ancak vekilin Klasik Hukuk Dönemi'ndeki sorumluluğu incelenirken dönemin sorumluluk prensiplerini ve şartlarını anlamak açısından öncelikle Klasik Hukuk Dönemi'nde yer alan sorumluluk ölçütleri ve bu ölçütlere ilişkin kavramların da açıklanması gerekmektedir. Bu bağlamda *custodia*, *dolus*, *culpa* ve *casus* kavramlarının açıklanması faydalı olacaktır.

Custodia, Klasik Hukuk'ta, belli hukuki ilişkilerdeki kişilere, kusura bakmaksızın sorumluluk yükleyen bir kavram olarak ifade edilmiştir²⁸. *Custodia*, bir gözetim sorumluluğudur ve objektif sorumluluk ölçütüdür. Özen göstermeyi de içine alan, kişiyi hırsızlık, mala verilen zararlardan ve beklenmeyen hallerden (*casus/casus fortuitus*) bile sorumlu tutan en ağır sorumluluk türüdür. Ariyet, satım, istisna gibi başkasına ait bir malı herhangi bir amaçla elde bulunmasına yol açan sözleşmelerde uygulanır. Bu sözleşmelerde *custodia* sorumluluğu gereği kişi mala gelecek zararlardan kusurlu olup olmadığına bakmaksızın sorumlu tutulur²⁹. Dolayısıyla *custodia*, kişinin, bir malın güvenli bir şekilde muhafaza edilmesinde özen göstermesini gerektiren bir borç olarak ifade edilir³⁰.

Casus konusunda ise bir ayırım yapmak gerekmektedir. *Casus* bir insanın öngöremeyeceği ihtimaller demektir. Borçlunun kusuru olmaksızın beklenmeyen bir olay yüzünden borcunu ifa edememesi durumudur. Örneğin, bir malın çalınması yüzünden borçlunun ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda *casus*'tan söz edilir. Klasik Hukuk Dönemi'nde *custodia* sorumluluğunun öngörüldüğü durumlarda borçlu beklenmeyen hallerden de sorumluydu. Ancak borcun ifasına insan gücünün üzerinde bir takım durumlar engel olmuşsa ve bunlar hiçbir şekilde önlenemeyecek nitelikte ise *vis maior* (zorunlu nedenler) söz konusudur. Yangın, deprem, savaş durumları *vis maior* olarak

²⁷ Watson, s. 195.

²⁸ MacCormack, SZ 89, s. 149 vd.

²⁹ Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 244 vd.

³⁰ MacCormack, SZ 89, s. 149.

nitelendirilir ve mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Bu dönemde *vis maior* durumunda borçlunun sorumluluğu söz konusu değildir³¹.

Klasik Hukuk Dönemi'nin önemli bir sorumluluk prensibi olan *dolus* sorumluluk ölçütleri içinde en eski olandır³². *Dolus*'ta bilerek ve isteyerek hukuka aykırı hareket etme söz konusudur. *Dolus* sorumluluğunun olduğu sözleşmelerde kişi sadece bilinçli bir şekilde sebep olduğu zarardan sorumludur. Bu kavramın kapsamı içinde zamanla hile de yer almıştır³³.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *dolus* sorumluluğu vekâlet, şirket, vedia, vesayet gibi davaları *infamia* (şerefsizlik) sonucu yaratan sözleşmelerde uygulanırdı. Ayrıca *Digesta*'da *fiducia*³⁴ (inançlı işlem) için de *dolus* sorumluluğunun bulunduğu söz edilmektedir³⁵. Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus ise *dolus*'tan sorumluluğu ortadan kaldıracak anlaşmaların Roma Hukuku'nda geçersiz olduğudur. Çünkü Roma Hukuku'nda kimseye zarar vermemek (*neminem laedere*) temel prensip olarak kabul edilmiş ve kasti hareketlerin toplum hayatını olumsuz etkilediğinden yaptırım uygulanması fikri savunulmuştur³⁶. Bu bağlamda kasit, Romalı Hukukçulara göre her zaman yaptırım uygulanması gereken bir unsurdur. *Digesta* metinleri de bu prensibi doğrulamaktadır:

D.44.4.11.1 (Nerva): “*In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non ali cui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit*”.

D.44.4.11.1 (Nerva): “Kasta ilişkin hükümlerde kastın her zaman cezalandırılması gerektiği görüşünün yer aldığı görülür. Eğer kişi

³¹ *Rado*, s. 44; *Umur Z.*, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul-1999, s. 311 vd.

³² *Zilelioğlu*, Sorumluluk, s. 245.

³³ *Erdoğan*, s. 30.

³⁴ Bir malın mülkiyetinin *manipatio* veya *in iure cessio* ile diğer tarafa devredilmesi ve tarafların üzerinde anlaşmış oldukları sonuç gerçekleşikten sonra, malı alan kişinin malın mülkiyetini tekrar diğer tarafa devretmesi borcunu doğuran, eksik iki taraflı, iyiniyet davası doğuran aynı bir sözleşmedir. (*Umur Z.*, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul-1975, s. 73.)

³⁵ *Zilelioğlu*, Sorumluluk, s. 248.

³⁶ *Erdoğan*, s. 35 vd.

taahhütte bulunmuşsa hiçbir zarar doğmasa bile kasıtlı hareketlerinden sorumlu olacaktır.”

Culpa'nın *Iustinianus* Dönemi'nde uygulanmış olan bir sorumluluk türü olduğu genel olarak kabul edilmekle birlikte, Klasik Hukuk Dönemi'ndeki varlığına ilişkin muhtelif görüşler de bulunmaktadır. Bu nedenle *culpa* kavramını bu bölüm içerisinde incelemek, aşağıdaki açıklamalar açısından faydalı olacaktır.

Culpa'nın Klasik Hukukçular tarafından yapılan yorumlara göre üç temel anlamı vardır. En genel anlamı ihmaldir. Bu kavram iyi bir aile babasından beklenen dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasını ifade eder³⁷.

Culpa'ya ilişkin ikinci yorum ise *culpa*'nın bazen ihmalden daha geniş bir anlam taşıyarak kusuru ifade etmesine ilişkindir³⁸.

Üçüncü anlamı ise özensizlik unsurunu içermeyen bir sorumluluk ölçütü olmasına yöneliktir. Bu üç yorumda da *culpa*, kasti ve bilinçli bir zarar verme isteği olmamasından dolayı dürüstlüğe en yakın kusur olarak görülür³⁹.

D.9.2.31 Paulus: “*Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum*”.

D.9.2.31 Paulus: “Dikkatli bir kişi tarafından alınabilecek önlemler alınmadığı zaman ihmal söz konusudur”.

Klasik Hukuk Dönemi'nde vekilin kasıt veya ihmalden sorumlu olduğuna dair doğrudan bilgi veren bir metin bulunmamaktadır. Ancak *Digesta*'da yer alan üç metin dolaylı olarak ve çeşitli kanıtlarla bu konuya ilişkin açıklamaları içerir. Bu metinlerde vekil, bir bakıma adi kefil olarak düşünülmüştür⁴⁰:

³⁷ *Burdick*, s. 415.

³⁸ *Karadeniz-Çelebican*, s. 287.

³⁹ *MacCormack G.*, *Culpa*, SDHI 38 (1972), s. 123 vd. ; *MacCormack G.*, *Culpa in Eligendo*, RIDA 18 (1971), s. 529.

⁴⁰ *Watson*, s. 211.

D.17.1.8.7-8 Ulpianus: “*Si ignorantes fideiussores debitorem solvisse vel etiam acceptilatione sive pacto liberatum ex substantia debitoris solverunt, non tenebuntur mandati. Quod et ad actionem fideiussoris pertinet. et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: "catullo iuliano. si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te". igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: si scierunt, incumbere eis necessitas provocandi, ceterorum dolo versati sunt, si non provocaverunt. quid tamen, si paupertas eis non permisit? excusata est eorum inopia. sed et si testato convenerunt debitorem, ut si ipse putaret appellaret, puto rationem eis constare*”.

D.17.1.8.7-8 Ulpianus: “Borçlusunun borcu ödediğinden veya bir makbuz vasıtasıyla ya da bir anlaşma altında borcu sona erdirdiğinden habersiz olan bir kefil, borcu tekrar ödemesi nedeniyle borçludan bir hak iddia ederse, onlar vekâlet davasından sorumlu olmayacaktır. Bu aynı zamanda kefaletten doğan davalara da uygulanacağı *Divine Brothers*’ın beyannamesiyle belirlenmiştir. O *Catullus Julianus*’a hitaben şöyle der: “Eğer hâkim senin için kefil olan kişilere borçlunun talep ettiğinden daha fazla bir miktara hükmederse ve onlar gerçeklerin bilincinde ve akıllı bir şekilde yapılması gerekenin tam aksine temyiz hakkını kullanmayı ihmal ederlerse, daha sonra sana vekâlet davası açtıklarında kendini mahkemenin adaletine başvurarak koruyabilirsin”. Böylece, onlar gerçekleri fark edememişlerse, hataları mazur görülür. Ama eğer farkındalarsa onların üzerine düşen görev temyize başvurmaktır. Bunu yapmazlarsa kötü niyetli kabul edilirler. Ama yoksullukları temyize başvurmalarına engel olduysa ne yapılır? Onların yoksulluğu mazur görülmelidir. Ancak onlar tanıkların huzurunda asıl borçlu ile onun temyize başvurması konusunda bir anlaşma

yapmış ve o da bunu uygun bulmuş olsaydı, bu benim fikrim, bunun makul bir hareket olacağı yönündedir”.

D.17.1.29 pr. Ulpianus: “*Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum”.*

D.17.1.29 pr. Ulpianus: “Bir kefil, alacaklıya gönderilen paranın ulaşmadığından haberi olmadığı için kendisine açılan bir davada kendi kefaleti nedeniyle ödemede bulunursa, *actio mandati* hakkına sahip olup olmayacağı sorusu ortaya çıkar. Eğer gerçekten durumdan haberi var ise hile defini kullanmayı ihmal etmiş olur veya kötü bir ihmal neredeyse hileye benzer olması sebebiyle, para ulaşmadığı için hileye onun da katıldığı düşünülür. Bununla birlikte gerçekten bu konularda bir bilgisi olmayan cahil bir insansa, ona bir sorumluluk yüklenemez. Aynı prensipten hareketle, borçluya anlaşmadan ya da başka bir sebepten tanınmış olan defilerden kefil bilmediği için yararlanmamışsa, ona bir *actio mandati* hakkı tanınması gerekir. Çünkü böyle bir durumda asıl borçlu kefilin defileri kullanmasını sağlamak veya kefilin cehaleti nedeniyle yanlış bir ödeme yapmasını önlemek için uyarılması gerekir.”

D.17.1.29.3 Ulpianus: “*Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solve eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non*

nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur".

D.17.1.29.3 Ulpianus: "Eğer bir kişi asıl borçluya söylemeden bir ödeme yapmış ve daha sonra ifa edilmiş bu borç için asıl borçlu tekrar ödeme yaparsa bu durumun tartışılması gerekir. O kişiyi önceden bu durumu asıl borçluya haber vermesi gerektiğini ve bunu yapmadığını düşünüyorum. O vekâlet sözleşmesine dayanarak bir dava açmak isterse, ona bu hakkın tanınmaması gerekir. Çünkü ödeme yaptıktan sonra asıl borçluya haber vermemiş olması hileye benzeyen bir harektir. Ayrıca, ikinci kez yapılan ifayı kabul eden alacaklıya açılmak üzere, asıl borçluya bir kefalet davasının tanınması gerekir."

Watson'a göre birinci metinde kefilin kasıttan sorumlu olduğuna dair güçlü kanıtlar bulunmaktadır. Zaten *Ulpianus*'un zamanında özensizlik nedeniyle dava açılması da mümkün değildi. İkinci metinde ise kefil bilerek defî ileri sürmemişse bunun hile anlamına geleceği ifade edilmekle birlikte, burada ihmalden ziyade kasıttan sorumlu olunacağı savunulur. Son metinde ise yine hileden dolayısıyla kasıtlı fiillerden sorumlu olunacağı ifade edilir⁴¹. Bu hususlar vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğuna da uygulanmıştır⁴². Dolayısıyla Klasik Hukuk Dönemi'nde vekâlet sözleşmesi için *dolus* sorumluluğunun uygulandığı genel olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, Roma Hukuku'na ilişkin kaynaklar incelendiğinde, doktrinde üç farklı görüş göze çarpmaktadır:

Birinci görüşe göre, Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar bu konuda kesin bir yargıya varılamamıştır. En son varılan noktada hâkimin vereceği kararda *bona fides* prensibi etkili olmaktadır. Var olan durumun tüm şartları, sözleşmenin tarafları, kişinin durumu dikkate alınmalıdır⁴³.

İkinci görüşe göre ise Klasik Hukuk Dönemi'nde vekil müvekkilin menfaati için ve karşılıksız olarak bu sorumluluğu üstlendiğinden

⁴¹ *Watson*, s. 212.

⁴² *MacCormack*, Labeo 18, s. 156.

⁴³ *Mayer-Maly*, s. 150, *Zimmermann*, s. 428.

dolus'tan sorumluyken, *culpa*'dan sorumlu değildir⁴⁴. Aynı şekilde borçlu sadece kastından sorumlu olduğu için *casus* (beklenmeyen haller) ve *vis maior*'dan (zorunlu nedenler) sorumlu değildir⁴⁵.

Üçüncü görüşe göre vekilin güvenilir bir insan olarak kabul edilmesi onun menfaatindedir ve *culpa* sorumluluğunu gerektirir⁴⁶. Ancak vekilin sorumluluğuna ilişkin genel görüş, Klasik Hukuk Dönemi'nde daha önce de belirtildiği gibi yalnızca kastından sorumlu tutulduğudur⁴⁷.

Vekilin sadece kastından sorumlu tutulması, karşılıksız bir hizmet görmenin asgari sorumluluğu gerektirdiğine inanılmasından kaynaklanır. Klasik Hukuk Dönemi ve Cumhuriyet Dönemi'nde bu kuralın uygulandığı kabul edilir⁴⁸. Çünkü ihmalden sorumlu olmaya ilişkin fikirlerin, ancak Klasik-sonrası Hukuk Dönemi'nin gelişmiş çalışmışlarının bir ürünü olabileceği ifade edilir⁴⁹. Bu durum birçok kaynakta yer almaktadır:

Collatio 10.2.3 Modestinus: “*In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur*”.

Collatio 10.2.3 Modestinus: “Vekâlet sözleşmesinde kasıttan dava hakkı doğarken, ihmalden doğmaz”.

C.2.12.10: “*Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis*”.

C.2.12.10: “Özellikle tek bir amaç için görevlendirilen bir vekil, senin talimatlarını aşarak hiçbir şekilde senin malvarlığına zarar veremez. Eğer geniş yetkilere sahipse ve iptal edilemeyecek bir

⁴⁴ Tamm, s. 139.

⁴⁵ Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 243.

⁴⁶ Tahiroğlu, s. 241.

⁴⁷ Buckland W.W., The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge-1931, s. 279; Sanfilippo C., Istituzioni di Diritto Romano, Soveria Mannelli-2002, s. 346.

⁴⁸ Schulz F., Classical Roman Law, Oxford-1992, s. 556.

⁴⁹ Ruiz, Il Mandato, s. 191

karar almışsa, ancak kasıt veya hile durumunda senin dava açmana engel olunamaz”.

Roma Hukuku'na ilişkin eserlerde bu konuya ilişkin olarak farklı fikirlerin yer almasını, bazı yazarlar Klasik Hukuk Dönemi'nin son dönemlerindeki sorumluluk kurumuna ilişkin olarak *dolus* sorumluluğunu bırakıp, *culpa*'dan sorumlu olmaya geçişe bağlamışlardır. Bazı yazarlar ise *culpa*'dan sorumluluğun Klasik Hukuk Dönemi'nde zaten var olduğunu ifade etmişlerdir. MacCormack ve Watson ise farklı bir görüşten yola çıkarak bu çelişkinin terminoloji ile ilgili olduğunu öne sürmüşlerdir. Bu görüşe göre, Klasik Roma Hukuku'nda *culpa* kesin ve belirleyici değildir. Sadece anlam olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma bakılarak *culpa* daha geniş ya da daha dar manada⁵⁰ yorumlanabilir⁵¹.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *culpa* sorumluluğunun olup olmadığına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunsa da, genel görüşe göre ihmalden sorumluluk (*culpa*) Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarından itibaren uygulanmaya başlanmış ve *Iustinianus* Dönemi'nde kesin olarak düzenlenmiştir⁵². Bir diğer ifadeyle, Klasik Hukuk Dönemi'nde vekilin sorumluluğunun sınırı kasıt olarak belirlenmiştir⁵³.

Vekilin Klasik Hukuk Dönemi'nde sadece kastından sorumlu olmasının temelinde iki teori yer alır. İlkine göre, vekâlet karşılıksız bir sözleşme olması sebebiyle vekilin kasıttan sorumlu olması gerekir. Çünkü vekil bu sözleşmeden bir menfaat sağlamaz. Diğer teoriye göre ise *actio mandati*'de mahkûm olmanın neticesinde *infamia* (şerefsizlik) gibi ağır bir

⁵⁰“*Culpa*, Dikkatsizlik ve özensizlik olarak yorumlanırsa, görevi yerine getirirken kusursuz ve iyi bir aile babası gibi davranması sonucu ortaya çıkar. Çünkü burada *culpa* terimi içi çok doldurulmamış daha yüzeysel bir kavramdır. Genel olarak bir özensizliği kapsar. Hukuki olarak detaylı bir düzenleme içermez. Burada sadece *dolus*'tan sorumluluk söz konusu olur. Ancak *culpa* kusur ve kabahat olarak adlandırılırsa *dolus*'u da içeren geniş bir kavram olur. Böylece ilk durumda *culpa dolus*'u tamamlar, ikinci durumda ise onu kapsar. Eğer ikinci manada düşünülürse, *culpa* terimi hem kasıt hem de ihmali içerir. Dolayısıyla kasıt veya ihmal durumunda sorumluluk doğar” (bu görüş için bkz. *Zimmermann*, s. 426).

⁵¹*Zimmermann*, s. 426.

⁵²*Zimmermann*, s. 427 vd.

⁵³*Ruiz*, *Il Mandato*, s. 190.

ceza yer alması sebebiyle vekil sadece kastından sorumlu tutulmuştur⁵⁴. Çünkü *infamia* kişisel haklardan mahrum bırakılmayı öngören ağır bir mahkûmiyetti⁵⁵ ve her iki dönemde de vekilin mahkûmiyeti *infamia* ile neticelenirdi⁵⁶.

Şerefsizlik olarak ifade edilen bu durum, *Gaius*'un *Institutiones*'inde *ignominiosae*⁵⁷ olarak ifade edilirken, *Iustinianus* Dönemi'ne ilişkin kaynaklarda *infamia* (şerefsizlik) ve *infamis* (şerefsiz) kavramlarının yer aldığı görülür. Ancak her iki dönemde de *infamis* ilan edilen kişiler toplum içerisinde itibarını ve güvenilirliğini yitirmiş olurdu⁵⁸.

Gai.Ins.4.182: “*Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi.. nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item procuratorio aut cognitatorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur*”.

Gai.Ins.4.182: “Şirket, inançlı işlem, vesayet, vekâlet ve vediaya ilişkin davaların sonucunda mahkûm olan kişiler, tıpkı hırsızlık, gasp ve yaralama davalarının mahkûmları gibi şerefsiz olarak ilan edilirler. Ancak hırsızlık, gasp ve yaralama davalarında sadece şerefsiz olarak ilan edilme değil, aynı zamanda *praetor* beyannamesinde belirtildiği gibi bir uzlaşma yapılır. Bu önemli fark borcun bir sözleşmeden mi ya da bir haksız filden mi doğduğunun göstergesidir. Bu beyannamede kişinin şerefsiz ilan edilmesi konusunda açık bir açıklama yer almazken, şerefsiz ilan edilen kişinin mahkemelerde bir başkasını temsil etmesi, temsil

⁵⁴ Watson, s. 197.

⁵⁵ Honsell, s. 152.

⁵⁶ Kaser/Knütel, s. 232.

⁵⁷ Klasik Hukuk Dönemi'nde Roma toplumunda, toplum içerisinde utandırıcı işler yapması sebebiyle itibarını kaybeden kişiler *ignominiosus* olarak ilan edilir ve bu kurum *ignominiosae* olarak ifade edilirdi. (*Umur*, Lügat, s. 82).

⁵⁸ Ruiz, II Mandato, s. 190.

yetkisi vermesi, bir temsilci ya da avukat tayin etmesi ve bir temsilci ya da avukat olarak bir başkasını temsil etme yetkisinin olmadığı hala bilinmektedir”.

b. Iustinianus Dönemi'ndeki Durum

Iustinianus Dönemi'nde vekilin sorumluluğu incelendiğinde dönemin özelliği itibarıyla sorumluluk konusunda yeni ilkelerin yer aldığı ve *culpa* kavramının önem kazanarak ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Vekilin sorumluluk durumu da *Iustinianus* Dönemi'ndeki sözleşmesel sorumluluklara ilişkin olarak yapılan değişiklikler sonucunda *culpa*'yı kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁵⁹. Bu durum karşılıksız bir sözleşmede sadece kasıttan sorumlu olunmasının bir istisnasıdır⁶⁰. Vekil bu dönemde vekâlet sözleşmesinden hiçbir menfaati olmadığı ve dolayısıyla bir ücret almadığı halde tüm kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuştur. Vekile yüklenen bu ağır sorumluluk esasları menfaat prensibine aykırı düşen bir durumdur. Böyle bir sorumluluk yüklenmesinin sebebi vekâlet sözleşmesinin dostluk ve itimada dayanan bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır⁶¹. Vekil tüm kusurlarından sorumlu tutuluyorken beklenmeyen hallerden (*casus*) ve zorunlu nedenlerden (*vis maior*) bu dönemde sorumlu tutulmamıştır. Bu konuya ilişkin en önemli iki metin *Codex*'te yer almaktadır⁶²:

C.4.35.11: “*Procuratorem non tantum pro his quae gessit, sed etiam pro his quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam quam non exactam, tam dolum quam culpam, sumptuum ratione bona fide habita, praestare necesse est*”.

C.4.35.11: “Bir vekil sadece hileli hareketlerinden değil aynı zamanda ihmalden de sorumlu olacaktır. Vekil bir işin idaresini üstlendiği takdirde, vekâlet sözleşmesi gereği tahsil ettiği paranın, sadece tahsil ettiği miktardan değil, aynı zamanda tahsil

⁵⁹ *Tamm*, s. 140.

⁶⁰ *Hunter W.*, Introduction to Roman Law, London-1955, s. 129.

⁶¹ *Rado*, s. 154.

⁶² *Watson*, s. 202.

edemediği miktarından da sorumlu tutulur. Ve ifa için iyi niyetle yapmış olduğu masrafları alabilmesi gerekir”.

C.4.35.13: “*a procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse iuris auctoritate manifeste declaratur*”.

C.4.35.13: “Bir vekil kasıt ve her türlü ihmalinden sorumlu olurken, beklenmeyen durumlardan sorumlu olmayacağı hukuk düzeni tarafından açıkça belirtilir”.

Iustinianus Dönemi'nde vekilin sorumluluğu *culpa*'yı kapsayacak şekilde genişletilmiş, genel sorumluluk ilkesi olarak kusur sorumluluğu benimsenmiş ve *culpa* çeşitli derecelere ayrılarak kişinin zararının doğmasında kusurunun olup olmadığı, eğer kusurlu ise kusurunun derecesinin belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda *culpa*'nın *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa in abstracto* ve *culpa in concreto* olarak sınıflandırması yapılmıştır⁶³. Ancak doktrinde *culpa lata* ve *culpa levis* kavramlarının Klasik Sonrası Döneme ait bir görüş olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır. Bu dönemde kişilerin en hafif kusurundan bile sorumlu tutulması bunun kanıtı olarak gösterilir⁶⁴.

Ağır ihmal (*culpa lata*), aşırı bir dikkatsizlik ve hukuksuzluk içeren, kasta yakın bir kusur olarak ifade edilir. Makul bir kişiden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemiş olması durumudur. Hafif ihmal (*culpa levis*) ise dikkatli bir kişiden beklenen dikkat ve özenin gösterilmemesidir⁶⁵. Bunun dışında ağır ihmalin, kasıt kadar olmasa da kanunsuzluk niyeti taşıyan ve kasta yakın bir kusur olarak anlaşılması için çalışmalar yapılmıştır⁶⁶. Bu çalışmaların sonucunda *Iustinianus* Dönemi'nde ağır ihmal kasta eşit sayılmış ve kasıt hükümlerine tabi tutulmuştur. Böylece ağır ihmalden sorumlu olunmayacağına dair yapılan

⁶³ Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 243.

⁶⁴ MacCormack, SZ 89, s. 125; Söğütlü Erişgin, Quasi Delicta, s. 131.

⁶⁵ MacCormack, SZ 89, s. 126.

⁶⁶ MacCormack, SZ 89, s. 125.

sözleşmeler de geçersiz kabul edilmiştir⁶⁷. Kaynaklarda bu konuya ilişkin çeşitli metinler bulunmaktadır:

D.50.16.213.2 Ulpianus: "*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*"

D.50.16.213.2 Ulpianus: "Ağır ihmal en aşırı ihmaldir. Herkesin bildiğini bilmemek demektir".

D. 50. 16. 226 (Paulus): "*Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est*".

D. 50. 16. 226 (Paulus): "Ağır ihmal, kasta eşit bir kusurdur".

Hafif ihmalden sorumluluğun belirlenmesi açısından soyut ve somut olmak üzere iki ölçü belirlenmiştir. Bazı sözleşmelerde hafif ihmalden sorumluluk için soyut ölçü aranırken, bazı sözleşmelerde ise somut ölçü esas alınır. Dürüst ve dikkatli bir kişiden beklenen özenin gösterilmemiş olması durumunda soyut bir ölçü (*culpa in abstracto*) söz konusudur. Romalılar bu durum için iyi bir aile babasının gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia boni patris familias*) temel almışlardır. Bazı borç ilişkilerinde ise ihmal için somut ölçü (*culpa in concreto*) kabul edilmiştir. Bu ölçüde borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özene bakılmaktaydı⁶⁸. Ayrıca bu dönemde hafif ihmalden sorumluluğun olağan hali bütün kusurlardan sorumluluk olarak kabul edilmiş ve hafif ihmalden sorumluluk aksi kararlaştırılabilen bir sorumluluk olarak nitelendirilmiştir⁶⁹. Dolayısıyla bu dönemde vekil de tüm kusurlarından sorumlu tutulmuştur. Vekilin, zararın doğmasında bir kusuru yoksa sorumluluğu da olmazdı. Vekilin bu sorumluluğuna ilişkin metinlere *Codex*'te rastlanmaktadır:

C.4.35.21: "*In re mandata non pecuniae solum, cuius est certissimum mandati iudicium, verum etiam existimationis periculum est. nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit:*"

⁶⁷ Erdoğmuş, s. 36.

⁶⁸ Karadeniz-Çelebican, s. 288, Erdoğmuş, s. 38; Rado, s. 39 vd.

⁶⁹ Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 260.

aliena vero negotia exacto officio geruntur nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est".

C.4.35.21: "Vekâlet davasında, dava konusu genelde paraya ilişkin olmasına karşın, aynı zamanda itibar kaybına ilişkin de olabilmektedir. Bu durum, bir kişinin malvarlığının idaresini üstlenen bir vekilin büyük oranda müvekkilin isteklerine göre hareket etmemesinden kaynaklanır. Başkalarının işlerinin idaresinde azami dikkat ve özenin gösterilmesi gerekir. Bu şekilde idare edilen bir iş için ihmal veya kusur iddiasında bulunulamaz".

C.4.35.4: "*Etiam si contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil culpa tua factum est, sumptus, quos in lite probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes*".

C.4.35.4: "Eğer mahkemede onların savunmasını üstlenmen için vekil olarak tayin edildiyse ve işin idaresinde bir kusurun yoksa bu iş nedeniyle yapmış olduğun masrafları geri almak için onlara karşı vekâlet davası açma hakkına sahip olursun".

C.4.35.9: "*Cum per procuratorem causam tuam laesam esse dicas, mandati actio adversus eum tibi competit*".

C.4.35.9: "Eğer vekilinin bir eylemi nedeniyle davanın zarar gördüğünü iddia edersen, ona karşı senin lehine bir vekâlet davası tanınır".

Iustinianus Dönemi'nde kusurun tüm derecelerinden sorumluluğun kabul edilmesiyle bazı sözleşmelerin özellikleri nedeniyle genel esaslardan ayrılarak yeniden gözden geçirildiği görülmektedir⁷⁰. Bu amaçla kusur sorumluluğu anlayışının ölçütleri olarak *diligentia* (özen yükümü) ve *utilitas* (menfaat prensibi) değişik borç ilişkilerinde değişik ağırlıklarda kullanılmıştır. *Diligentia* borcun ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özendir. Aksi halde *neglegentia* (özensizlik) ve dolayısıyla

⁷⁰ Erdoğmuş, s. 36.

ihmal söz konusu olur ve bu özeni göstermemiş olan borçlu kusurlu sayılarak hafif ihmalden sorumlu olurdu⁷¹.

Vekilin sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesinde de en önemli unsur *diligentia* (özen yükümü) olmuştur. Bir vekil, sözleşmeyi ifa ederken iyi bir aile babası gibi (*bonus pater familias*) gerekli önlemleri almak ve iyi bir aile babasının özeniyle hareket etmek zorundaydı⁷². Burada iyi bir aile babası kavramıyla ifade edilmek istenen dikkatli ve özenli bir insan tasviridir. Dolayısıyla vekilin sorumluluğu soyut ölçüye göre belirlenirdi. Vekilin müvekkili bir kayıp ya da zarara uğratmamak için sözleşmeyi özenle yerine getirmeyi taahhüt ettiği kabul edilirdi⁷³. Vekilin dikkat ve özenle vekâleti yerine getirmesi sözleşmenin temel hususlarından görülmüş⁷⁴ ve bu durum *Ulpianus* tarafından *Digesta*'da ele alınmıştır:

D.50.17.23 Ulpianus: “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit*”.

D.50.17.23 Ulpianus: “Belli sözleşmelerde sorumluluk sadece hileyi (*dolus malus*) içerirken, diğerleri için hem kasıt hem de ihmali içerir. Hileyi içeren sözleşmeler vedia ve *precarium* başlığı altındaki devirlerdir. Hem kasıt hem ihmali içerenler ise vekâlet, ariyet, satım, rehin, kira, cihaz vaadi, vesayet ve vekâletsiz iş görmedir. (En az ikisi aynı zamanda özen yükümlülüğü - *diligence*- gerektirir). Şirket sözleşmesi ve müşterek mülkiyet de hem kasıt hem de ihmali içerir”.

Vekâlet sözleşmesinin ifasında yapılan dikkatsizlik veya sadakatsizlik toplum içerisinde utanç verici bir davranış olarak kabul

⁷¹ *Umur, Lügat*, s. 58.

⁷² *Harvey W. F*, Roman Law of Contracts, Colorado-1996, s. 68; *Hunter*, s. 126 vd.

⁷³ *Hunter*, s. 126 vd.

⁷⁴ *Ruiz*, Il Mandato, s. 159.

edilirdi. Bu durum *Cicero* tarafından “*summum dedecus*” (büyük utanç) olarak ifade edilmiştir⁷⁵:

Cicero pro Roscio Amerino: “*In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant*”.

Cicero pro Roscio Amerino: “Özel işlerde, bir kişi kendisine emanet olarak verilen bir işi bir başkası için yönettiğinde, o kendi kazancı veya menfaati uğruna kötü niyetli davranmamalıdır. Ama dikkatsizce davranırsa, atalarımız onun büyük bir utanç içinde olacağını düşünürler”.

Cicero bu metinde özensiz ve dikkatsiz hareket eden (*neglegens*) bir vekilin de tıpkı kötü niyetli bir vekil gibi *infamia* ile cezalandırılacağını ifade eder. Bu ifade Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıttan sorumlu olduğuna dair genel görüşe ters düşmektedir. Bu nedenle günümüz Roma Hukuku doktrininde Cumhuriyet Dönemi'nde vekilin sadece kastından sorumlu olduğu kabul edilirken, ihmalkâr ve tedbirsiz bir vekilin kötü niyetli bir vekil gibi sorumlu tutulması reddedilir⁷⁶.

Vekilin sorumluluğu incelenirken değinilmesi gereken bir konu da *utilitas* (menfaat/fayda) prensibine ilişkindir. Bu prensip Klasik Hukuk Dönemi'nde ortaya çıkmış ancak *Iustinianus* Dönemi'nde *omnis culpa* esasını hafifletmek ve sorumluluk derecelerini saptamak için hukuk düzeni tarafından kullanılmaya başlanmıştır⁷⁷. Bu bağlamda *utilitas* prensibine göre, sözleşmeden menfaati olan tarafın sorumluluğu da daha ağır olur ve hafif ihmalin bulunmaması istenirdi. Ancak bu prensibin uygulanması mutlak değildi ve istisnaları bulunurdu⁷⁸. Bu istisnalardan biri de vekâlet sözleşmesidir. Vekâlet sözleşmesi ücretsiz olmasına ve vekilin hiçbir menfaati olmamasına rağmen ihmalden de sorumlu

⁷⁵ *Honsell*, s. 150.

⁷⁶ *Watson*, s. 200.

⁷⁷ *Zilelioğlu*, Sorumluluk, s. 260 vd.

⁷⁸ *Umur*, Ders Notları, s. 310.

tutulmuştur. Dolayısıyla vekilin ihmali ile ya da *bona fides*'e (dürüstlük/iyi niyet) aykırı olarak yaptığı tüm fiiller için müvekkilin dava açma hakkı bulunurdu⁷⁹. Bu durum *Digesta*'da *Ulpianus*'a ait olan bazı metinlerde ifade edilmektedir:

D.17.1.10 pr. -1 Ulpianus: “*Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet qui procurat. Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est aut caveri potest aut de ceteris vitiis, idem erit dicendum. Aut si culpa caveri non curaverit, condemnabitur*”.

D.17.1.10 pr. -1 Ulpianus: “Bu kural aynı zamanda taşınmaz eşyalara da uygulanır. Bir vekil, bir arazi aldığı zaman, kendisini vekil tayin eden kişiye karşı iyi niyete aykırı fiillerinden sorumlu olacaktır. Bir kölenin sağlığına veya başka kusurlarına ilişkin olarak vekile teminat verildiği zaman, aynı kural uygulanacaktır. Eğer vekil ihmali nedeniyle güvenliği sağlayamamışsa müvekkil onun aleyhine karar verilmesini isteyebilecektir”.

Sonuç olarak vekil, *Iustinianus* Dönemi'nde tüm kusurlarından sorumlu tutulurdu. Diğer bir ifadeyle kasit ve ihmalden sorumlu tutulurken, bu dönemin genel anlayışı gereği beklenmeyen zararlar ve zorunlu nedenlerden sorumlu değildi.

D.50.17.23 Ulpianus: “*Casus a nullo praestatur*”.

D.50.17.23 Ulpianus: “Beklenmeyen hallerden kimse sorumlu olmaz”.

İhmal konusunda ise vekil hafif ihmallerinden soyut ölçüye göre sorumlu tutulurdu. Vekilin sözleşmenin ifası sırasında iyi bir aile babasının gösterdiği özeni göstermesi beklenirdi. Aksi takdirde özensiz davrandığı kabul edilir ve hafif ihmalden de sorumlu olurdu. Müvekkile söz konusu zararının tazmini için tanınan dava *actio mandati directa* olarak ifade edilirdi. *Actio mandati directa* bir iyiniyet davasıdır. Bu dava

⁷⁹ *Mayer-Maly*, s. 151.

ile vekilin sözleşmenin ifası nedeniyle kazanmış olduğu ya da üçüncü kişilerden elde ettiği değerlerin müvekkile devri sağlanırdı⁸⁰.

3. Müvekkilin Sorumluluğu

Vekâlet sözleşmesi karşılıksız bir sözleşmedir ve vekilin bu sözleşmeden bir menfaati olmamalıdır. Bu noktadan hareketle, sorumluluğun belirlenmesinde menfaat ve fayda prensibinin rol oynaması beklenir. Ancak görüldüğü gibi vekilin sorumluluğunda tersine bir durum söz konusudur. Müvekkil için ise genel kurallara göre belirlenen bir sorumluluk söz konusudur. Bu bağlamda vekil, bazı şartlar altında müvekkilden kayıplarının yani yaptığı masrafların ve bu sözleşmeyi ifa ederken uğradığı zararların tazmini ve yüklendiği borçların üzerinden alınmasını isteyebilirdi. Bu taleplerini müvekkile karşı *actio mandati contraria*'yı açma hakkı kullanarak ileri sürebilirdi⁸¹.

Actio mandati contraria'nın sonucunda *infamia* mahkûmiyeti yer almazdı⁸². Ancak vekilin hiçbir menfaat temin etmediği bir sözleşmeden zarara uğraması da Roma Hukukçuları tarafından olumsuz karşılanırdı. Böyle bir durumda vekilin zararının tazmin edilmesi gerekirdi⁸³. *Digesta*'da konuya ilişkin çeşitli metinlere rastlanmaktadır:

D.17.1.12.9 (Ulpianus): “*Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebō mandati actionem de pretio recipiendo: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut si rem emptam nolis recipere: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero*”.

D.17.1.12.9 (Ulpianus): “Eğer senin için bir şeyler kazanmam amacıyla bana vekâlet vermişsen ve onları kendi paramla alıyorsam o bedeli tazmin etmek için sana karşı dava hakkım olacaktır. Ama eğer senin paranla almışsam ve eşyanın kazanılmasında iyiniyet varsa veya satın alındıktan sonra

⁸⁰ Kaser/Knütel, s. 232.

⁸¹ Benke/Meissel, s. 195; Rado, s. 155.

⁸² Honsell, s. 152.

⁸³ Hunter, s. 130.

devralmayı reddetmişsen benim *actio mandati contraria*'yı açma hakkım doğar”.

D.17.1.20 pr. (Paulus): “*Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit*”.

D. 17.1.20 pr. (Paulus): “Vekâletle sorumluluk altına giren kişi kendi hesabına bir menfaat temin etmemelidir. Ayrıca faiz karşılığı ödünç verdiği parayı tahsil edememişse bu zarara katlanmamalıdır”.

Vekilin masrafları talep edebilmesi açısından en önemli unsurları olarak bu masrafları iyiniyetle yapmış olması ve bu masrafların her kim vekil olursa yapmak zorunda olmasıdır. Bu şartlar mevcut ise müvekkil masrafları tazmin etmek zorundaydı. Burada masrafların iyi niyetle yapılıp yapılmadığını belirlemek zordur. Ancak bunu belirlemek için sözü edilen unsurlar, yani masrafların gerekliliği, faydalı olması ve iyiniyetle yapılmış olması önemli kıstaslardır⁸⁴. *Digesta*'da bu unsurlara değinen metinlere rastlanmaktadır:

D.17.1.27.4 (Gaius): “*Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere*”.

D.17.1.27.4 (Gaius): “Vekil iyiniyetli ise vekâletin ifası sırasında ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerekir. Müvekkil kendisi o işlemi yapsaydı daha az masraf olmayacaktı ise iki durum arasında bir fark olmadığı kabul edilmiştir”.

D.17.1.56.4 (Papinianus): “*Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est*”.

D.17.1.56.4 (Papinianus): “Eğer vekil yüklendiği işi bitirememişse iyiniyetle yapmış olduğu harcamaların tazmini

⁸⁴ Watson, s. 155.

amacıyla dava açabilmesi için bu harcamaların gerekli olması aranır”.

Hem vekil hem de müvekkil tarafından açılmış olan vekâlet davası söz konusu olduğunda, tarafların talepleri haklı bulunduğu takdirde, alacaklar birbirine mahsup edildikten sonra aradaki fark ilgili tarafa tazmin ettirilirdi. Böylece dava sonucunda her iki tarafın da zararı karşılanmış olurdu⁸⁵.

Sonuç olarak hem Klasik Hukuk Dönemi hem de *Iustinianus* Dönemi'nde müvekkil sadece *dolus*'tan sorumlu tutulmuştur. Bunu Klasik Hukuk Dönemi'nde genel sorumluluk ölçütleri olarak *dolus* ve *custodia* sorumluluğunun olduğunu belirten eserler de destekler niteliktedir⁸⁶.

SONUÇ

Roma Hukuku'nda vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluk, Klasik Hukuk ve *Iustinianus* Dönemi'nde farklılık gösterir. Öncelikle Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin eserler incelendiğinde, bu dönemde vekilin sadece kasıtlı fiillerinden sorumlu olduğu görülür. Aynı şekilde müvekkil de kasıttan sorumlu tutulmuştur.

Iustinianus Dönemi'ne gelindiğinde, sorumluluk konusunda yeni ölçütler belirleme yoluna gidilmiştir. Bu bağlamda, kusur derecelendirilmiş ve ihmal ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) olarak ikiye ayrılmıştır. Ayrıca *diligentia* (özen yükümü) ve *utilitas* (menfaat/fayda) prensiplerine yer verilmiştir.

Hafif ihmalin belirlenmesinde iki ölçü kullanılmıştır. İlki *culpa in abstracto* olarak ifade edilen soyut ölçüdür. Burada iyi bir aile babasının gösterdiği dikkat ve özenin gösterilmesi (*diligentia boni patris familias*) beklenir. İkincisi ise somut ölçüdür (*culpa in concreto*). Bu ölçüde borçlunun kendi işlerinde gösterdiği özene bakılır. Vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğu soyut ölçüye göre belirlenir ve vekilin iyi bir aile babasının gösterdiği dikkat ve özeni göstermesi gerekirdi.

⁸⁵ Kaser/Knütel, s. 232.

⁸⁶ Bkz. Zilelioğlu, Sorumluluk, s. 250.

Tüm bu gelişmelerin sonucunda *Iustinianus* Dönemi'nde vekil tüm kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmaya başlanırken, müvekkil Klasik Hukuk Dönemi'ndeki gibi sadece kastından (*dolus*) sorumlu tutulmuştur.

KAYNAKÇA**

- Benke Nikolaus /Stefan Meissel Franz:** Übungsbuch Römisches Recht, Wien 2003
- Buckland, W.W.:** The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge 1931
- Burdick, William L:** The Principles of Roman Law, New York 1938
- Cerutti, Davide:** Tra Gratuiti E Onerosità: La Donazione Gravata Da Un Onere, Zürich 2008
- Di Marzo Salvatore:** Roma Hukuku, İstanbul-1954
- Erdoğan, Belgin:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005
- Harvey, W. F.:** Roman Law of Contracts, Colorado 1996
- Honsell, Heinrich:** Römisches Recht, Zürich 2011
- Hunter, William:** Introduction to Roman Law, London 1955
- Karadeniz-Çelebican, Özcan:** Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2000
- Kaser, Max /Knütel, Rolf:** Römisches Privatrecht, München 2005
- Koscahaker Paul /Ayiter Kudret:** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara-1983
- MacCormack, Geoffrey:** Culpa, SDHI 38 (1972), s. 123-188 [SDHI 38]
- MacCormack, Geoffrey:** Culpa in Eligendo, RIDA 18 (1971), s. 525-551 [RIDA 18]

** Bir yazarın, birden fazla eserine gönderi yapılan durumlarda, eserleri birbirinden ayırmak için, köşeli parantez içinde eserin kısaltması verilmiştir

- MacCormack, Geoffrey:** Custodia und Culpa, SZ 89 (1972), s. 149-219 [SZ 89]
- MacCormack, Geoffrey:** Liability of the Mandatary, Labeo 18 (1972), s. 156-172 [Labeo 18]
- Mayer-Maly, Theo:** Römisches Recht, New York 1999
- Rado, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1997
- Ruiz, Arangio:** Il Mandato in Diritto Romano, 1949- Napoli, [II Mandato]
- Ruiz, Arangio:** Istituzioni Di Diritto Romano, Napoli-1947, [Istituzioni]
- Sanfilippo, Cesare:** Istituzioni di Diritto Romano, Soveria Mannelli 2002
- Schulz, Fritz:** Classical Roman Law, Oxford 1992
- Söğütlü Erişgin Özlem:** Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara-2002 [Quasi Delicta]
- Söğütlü Erişgin Özlem:** Tarihsel ve Dogmatik Açıdan Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara-2010 [Hasar]
- Tahiroğlu, Bülent:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005
- Tamm, Ditlev:** Roman Law, Copenhagen 1997
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1990 [Ders Notları]
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 [Lügat]
- Watson, Alan:** Contract of Mandate in Roman Law, Oxford 1961
- Zimmermann, Reinhard:** The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1992
- Zilelioğlu, Hilal:** Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1985 [Custodia]
- Zilelioğlu, Hilal:** Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD 1987, C. 39, Sa. 1-4, s. 241-264

DIGESTA METİNLERİ İÇİN YARARLANILAN KAYNAKLAR

http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Anglica/digest_Scott.htm
<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>

KISALTMALAR

AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	:Cilt
D.	:Digesta
Labeo	:Labeo, Rassegna di diritto romano
s.	:Sayfa
Sa.	:Sayı
SDHI	:Studia et Documenta Historiae et Iuris
SZ	:Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,
vd.	:ve devamı

