

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume 30 Ekim / October 2026 Sayı / No. 4

**ROMA HUKUKU'NDA ŞİRKET ORTAKLARININ BİRBİRLERİNE
KARŞI SORUMLULUĞU VE DILIGENTIA QUAM IN SUIS
ÖLÇÜTÜ**

LIABILITY OF PARTNERS TOWARD ONE ANOTHER IN ROMAN
LAW AND THE DILIGENTIA QUAM IN SUIS STANDARD

Bengi Sermet SAYIN KORKMAZ* 

ÖZET

Şirket sözleşmesi (societas), Roma Hukuku sözleşmeler sisteminde kardeşlik hakkına, dostluğa ve güvene dayanan bir sözleşme olması nedeniyle özel bir yere sahiptir. Bu sözleşmede ortakların sorumluluklarının hangi ölçütlere göre belirleneceği ise ayrıca önem arz etmektedir. Şirket sözleşmesinde ortakların sorumluluklarının, Roma Hukuku'nda farklı sorumluluk prensiplerinin uygulandığı dönemler olan Klasik Hukuk Dönemi ve Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ile Iustinianus Dönemi'ne göre ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Söz konusu dönemlerde hangi sorumluluk prensiplerinin uygulandığı ve hangi ölçütlerden yararlandığı konusunda bilgi verilecek olan bu çalışmada dönemlere ilişkin ölçütlerden şirket sözleşmesinin ne derecede etkilendiği konusu aydınlatılmış olacaktır. Bu kapsamda diligentia quam in suis ölçütü ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: *Şirket sözleşmesi, Roma hukuku, Diligentia quam in suis,*

* **Doç. Dr.,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, **E-Posta:** bengi.korkmaz@hbv.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-9400-5114, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1976447.

- **Atıf Şekli/Cite As:** Sayın Korkmaz, Bengi Sermet, “Roma Hukuku’nda Şirket Ortaklarının Birbirlerine Karşı Sorumluluğu ve Diligentia Quam In Suis Ölçütü”, HBV-HFD, 2026, C. 30, S. 4, s. 2307-2347.
- **İntihal/Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Dolus, Culpa.

ABSTRACT

The partnership contract (societas) holds a special place within the Roman law system of contracts because it was founded on the principles of brotherhood, friendship, and trust. The criteria according to which the partner's liability is to be determined are a matter of particular importance in this contract. The partner's liability must be examined separately in light of the Classical Period and the Post-Classical and Justinianic Periods of Roman law, during which different principles of liability were applied. This study, which sets out the principles of liability applied in these periods and the criteria on which they were based, aims to clarify the extent to which the partnership contract was influenced by the criteria characteristic of each period. In this context, the diligentia quam in suis standard will be examined in detail.

Keywords: *The partnership contract, Roman law, Diligentia quam in suis, Dolus, Culpa.*

EXTENDED ABSTRACT

This study aims to explore the liability of partners toward one another in Roman law, with particular emphasis on the standard of diligentia quam in suis. It addresses the historical foundations of the partnership contract; the liabilities arising from it during the Classical and the Justinianic Periods; the concept of diligentia and the liability based on diligentia quam in suis in the context of partners' obligations in the Justinianic Period; and actio pro socio, the general action arising from the partnership contract. The study also draws comparisons with Turkish law, examining similar provisions in the two legal systems.

The partnership contract (societas) is a consensual, fully bilateral contract in which two or more persons undertake to combine their property and labor in order to achieve a common, lawful, and mutually beneficial objective permitted by the legal order. Upon forming the partnership contract, the partners became obliged to pay the partnership contributions they had undertaken and to carry out the necessary transfer procedures for this purpose. During the Classical Period, it was accepted that partners would be liable to one another for dolus. In Roman contract law, dolus, understood as the opposite of bona fides, extends beyond the narrow notion of bad faith; rather, it encompasses all conduct that breaches trust and all acts that violate the contract. In this

context, within the partnership contract, dolus was characterized as conduct contrary to good faith and morality and was regarded not only as a criterion for determining the debtor's obligation to perform but also as the very basis of that obligation. In this context, bona fides required not only performance of the undertaken obligation but also conduct consistent with the creditor's legitimate expectations.

In the Post-Classical and the Justinianic Periods, alongside dolus, culpa also began to be used as a criterion of liability. Thus, partners were held liable not only for damage they caused intentionally but also for negligence. In the Justinianic Period, with the application of the principle of fault-based liability in determining responsibility, some contracts were reconsidered by departing from general principles, and diligentia (the duty of care) and utilitas (the principle of benefit) were used, with varying degrees of importance, as criteria of fault-based liability in certain obligations. To determine whether the duty of care (diligentia), evaluated alongside culpa in Post-Classical legal doctrine, had been fulfilled, liability was assessed under two distinct standards.

Roman law recognized two standards for assessing negligence. The abstract standard (diligentia diligentis/culpa in abstracto) reflected the care expected of a prudent head of household (bonus pater familias), whereas the concrete standard (culpa in concreto) was based on the care the debtor exercised in managing their own affairs (diligentia quam in suis). In partnership contracts, the concrete standard governed slight negligence, and partners were exempt from liability if they exercised the same degree of care in partnership affairs as in their own. This approach reflected the trust and mutual confidence underlying partnerships, as well as the assumption that individuals freely choose their partners. The utilitas principle also influenced liability by imposing a stricter standard on the party deriving greater benefit from the contract.

In Roman law, the general action arising from a partnership contract was the actio pro socio, through which one could claim the distribution of profits, the assumption of expenses, and compensation for damage incurred. If, this action resulted in finding that a partner had not acted honestly and was acting in bad faith, that partner could be declared infamis. Upon the dissolution of the partnership, the partners would have to resort to the action for the partition of jointly owned property, known as actio communi dividundo, in order to request the liquidation of joint ownership over the partnership assets and the distribution of those assets. When the provisions concerning the

partnership contract in Roman law are examined together with the relevant rules in Turkish law, it can be concluded that similar arrangements exist and that these provisions form the foundation of modern law on the subject. Although companies in Turkish law are divided into two groups, namely ordinary partnerships and commercial companies, the provisions relating to ordinary partnerships closely resemble those concerning societas in Roman law.

GİRİŞ

Şirket sözleşmesi (*societas*); iki veya daha fazla kişinin, hukuk düzeninin izin verdiği, her biri için yararlı, müşterek ve meşru bir gayeye ulaşmak için mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri, tam iki taraflı, rızaf bir sözleşmedir. Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesi kardeşlik hakkına, dostluğa ve güvene dayanan bir sözleşme olarak yer almaktadır.

Roma sorumluluk hukuku hem haksız fiiller hem de sözleşmeler alanında kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir gelişim izlemiştir. Şirket sözleşmesinde Klasik Hukuk Dönemi'nde şirket ortaklarının birbirlerine karşı *dolus*'tan sorumlu olacakları kabul edilmiş, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'nde ise *dolus*'un yanında *culpa* da bir sorumluluk ölçütü olarak kullanılmaya başlanmıştır. Böylece ortaklar, kasten verdikleri zararların yanı sıra ihmalden de sorumlu tutulmuştur. Bununla birlikte hafif ihmalin belirlenmesinde somut ölçü kullanılmış ve her ortağın kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) göstermiş olması, sorumluluktan kurtulmak için yeterli görülmüştür.

Roma Hukuku'nda şirket ortaklarının birbirlerine karşı sorumluluğu ve *diligentia quam in suis* ölçütünü konu alan bu çalışma beş ana başlıktan oluşmaktadır. Çalışmanın metodolojisi ile ilgili olarak, öncelikle şirket sözleşmesinin tarihsel kökeni hakkında genel bilgi verilmiştir. İkinci ana başlıkta şirket sözleşmesinden doğan sorumluluk, Klasik Hukuk Dönemi ve Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ile *Iustinianus* Dönemi'nden hareketle ele alınmıştır. Üçüncü ana başlıkta *diligentia*'nın (özen yükümünün) ölçütleri incelenmiş olup, ardından şirket sözleşmesinde ortakların *diligentia quam in suis* sorumluluğu değerlendirilmiştir. Son ana başlıkta ise Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesinin genel davası olan *actio pro socio*'ya yer verilmiştir. Konuya ilişkin Türk Hukuku'nda yer alan düzenlemeler ayrı bir ana başlık altında incelenmemiş, gereken yerlerde Türk Hukuku'na atıflar yapılmış; sonuç bölümünde iki hukuk sistemindeki benzer düzenlemeler ele alınarak

karşılaştırma yapılmıştır.

I. ŞİRKET SÖZLEŞMESİNİN (SOCIETAS) TARİHSEL KÖKENİ

Şirket sözleşmesi (*societas*); iki veya daha fazla kimsenin, müşterek ve meşru bir menfaat gayesiyle, mal ve emeklerini bir araya getirmeyi taahhüt ettikleri, tam iki taraflı, rızaî bir sözleşme olarak tanımlanır¹. Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesinin kökenini; malvarlığının mirasçılar arasında bölünmeden muhafaza edilmesinin aileler bakımından hukukî bir zorunluluk olarak öngörülmesi ve bunun sonucunda mirasçılar arasında bir ortaklık meydana gelmesi oluşturmaktadır². Bir aile babasının ölümü halinde mirasçılar arasında aile malvarlığının bölünmeden korunması ve idaresi fikrinden hareketle, mirasın paylaştırılmamış bu hali *consortium* olarak ifade edilmektedir. Müşterek mirasçıların iradelerine dayanmayan bu ortaklık, *Gaius* tarafından meşru ve tabii bir şirket olarak nitelendirilmiştir³.

Her bir mirasçının bu ortaklığın giderilmesi için dava açma hakkı bulunmakla birlikte, “ortaklık ihtilafların anasıdır” (*communio est mater rixarum*) sözünün kaynağı da Roma Hukuku'nda yer alan bu ilişki olarak kabul edilmektedir⁴. Romalılara özgü bu ortaklıkta mirasçılar mirası paylaşmamaya karar verdiklerinde ise bu ortaklık şirket sözleşmesinin kurallarına tabi olmaktadır⁵. Konuya ilişkin metin *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer almaktadır:

Gaius Institutiones 3. 154a: “*Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare*

¹ Türk Hukuku'nda şirketler, adi şirket ve ticaret şirketleri olmak üzere iki gruba ayrılmakla birlikte, adi şirkete ilişkin hükümler, Roma Hukuku'ndaki *societas* 'a ilişkin hükümlerle büyük bir benzerlik göstermektedir. Adi şirket, Türk Borçlar Kanunu (TBK) 620. maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde uyarınca “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*” (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Societas*, s. 137 vd.)

² Akıncı, *Societas*, s. 137; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 145; Söğütü, s. 590; Zimmermann, s. 451 vd.

³ Buckland, s. 104; Söğütü, s. 566.

⁴ Söğütü, s. 591.

⁵ Akıncı, *Societas*, s. 138; Watson, s. 126; Arangio-Ruiz, s. 26; Tahiroğlu, s. 233.

(et diuidere) dicimus.”

Gaius Institutiones 3. 154a: “Fakat yalnız Roma vatandaşlarına özgü bir şirket şekli de vardır. Eskiden aile babasının ölümü ile mirasçıları arasında “*ercto non cito*” yani paylaştırılmamış mülkiyet olarak adlandırılan kanunî ve tabii bir şirket meydana gelirdi, nitekim *erctum* mülkiyet demektir; dolayısıyla malike de erus deniyordu; diğer taraftan ciere paylaştırmaktır, bundan da *caedere* (kesmek) ve *dividere* (taksim etmek) kelimeleri gelmektedir.”⁶

Roma'nın ekonomik yapısının değişmeye başlamasıyla birlikte⁷ aralarında aile bağı olmayan kişilerin de malvarlıklarını bir araya getirerek *consortium*'a benzer nitelikte bir ortaklığı oluşturabilecekleri düşüncesi gelişmeye başlamıştır. Bu gereksinimi karşılamak amacıyla MÖ 2. yy.da *praetor*'lar, miras ortaklığı modelinden hareket ederek, rızâî bir sözleşme olan şirket sözleşmesini geliştirmişlerdir⁸.

Şirket sözleşmesi (*societas*)⁹; *affectio societatis* (ortaklık iradesi), müşterek gaye¹⁰ ve ortaklık payı unsurlarından oluşmakla birlikte günümüz hukukundaki adi şirket gibi tüzel kişiliği haiz değildi¹¹. Ortaklar *socii* olarak

⁶ Türkçe metin, Rado, *Institutiones*, s. 55.

⁷ İlk dönemlerde ekonomisi tarıma dayanan Roma Devleti, Cumhuriyet Dönemi ile birlikte büyük bir Akdeniz Devleti olurken, Roma Şehri de devletin önemli bir ticaret şehri durumuna gelmiştir. Roma'nın ekonomik kaynakları tarihsel süreç içerisinde değişim göstermiş olup, tarım toplumundan ticaret toplumuna doğru bir dönüşüm gerçekleşmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Söğütü, s. 73).

⁸ Söğütü, s. 591; Watson, s. 126.

⁹ Akıncı, *Societas*, s. 137 vd.

¹⁰ Türk Hukuku'nda da müşterek gaye şirket sözleşmesinin unsurlarındandır ve Roma Hukuku'nda olduğu gibi, müşterek gayenin kanuna ve ahlâka aykırı olmaması gerekir (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Societas*, s. 142).

¹¹ Akıncı, *Societas*, s. 138 vd.; Akıncı, *Borçlar Hukuku*, s. 173; Arangio-Ruiz, s. 5; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 96; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 110; Söğütü, 592; Umur, *Ders Notları*, s. 370; Watson, s. 126.

Türk Hukuku'nda şirket ortakları, üçüncü kişilerle olan hukukî işlemlerinde kendi adlarına hareket etmişlerse dolaylı temsil söz konusudur ve hukukî işlemde doğan hak ve borçlar işlemi yapan ortağa aittir. Bu ortak Roma Hukuku'nda olduğu gibi, yaptığı hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını diğer ortaklara devretmek zorunda olmakla birlikte, Roma Hukuku'ndan farklı olarak, bu hukukî işlemi şirket adına yaptığını üçüncü kişilere bildirebilmektedir. Bu durumda doğrudan doğruya temsil söz konusu olmakta ve hukukî işlemin hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya bütün ortakların şahsında doğmaktadır. Bu hukukî işlemde tüm şirket

ifade edilmekte¹² ve getirilen mallar üzerinde tüm ortaklar müşterek mülkiyet hakkına sahip olmaktadır¹³.

Kökene Antik Roma'ya dayanan *consortium*'a ait özellikler hem *Ius Civile*'den¹⁴ hem de *Ius Gentium*'dan¹⁵ gelen kurallarla bezeli yeni bir kurum olan *societas*'a *praetor* tarafından aktarılmıştır. Bu kurallar, ortağın ancak malvarlığı oranında mahkûm olacağı kuralı (*beneficium competentiae*), ortakların haklarının kardeşler arasındaki haklar gibi gözetilmesi kuralı (*ius fraternitatis*) ve *societas*'ın iyiniyet sözleşmesi olmasıdır¹⁶. Bu kapsamda, Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren şekle tabi olmayan¹⁷ ve ortak ticarî girişim amacıyla bir araya gelen kişilerin meydana getirdikleri ortaklıklar *praetor*'lar tarafından korunmaya başlanmış olup¹⁸, aralarında aile bağları olmayan kimselerin de kazanç elde etme amacıyla bütün mallarını bir araya getirerek ortaklıklar kurmaya başlamasında *Ius Gentium* önemli ölçüde etkili olmuştur¹⁹.

ortakları sorumludur (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Societas*, s. 143.)

¹² Buckland, s. 276.

¹³ Türk Hukuku'nda ise adi şirkete getirilen mallar üzerinde tüm ortaklar müşterek değil, iştirak halinde maliktirler (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Societas*, s. 143).

¹⁴ *Ius Civile* (Vatandaşlar Hukuku) Roma Devleti'ndeki en eski hukuk düzeni olup, bu hukuk düzeninde Roma halkının hukuku örf ve âdet (*mores*) ile kanunların (*leges*) bütününden oluşmaktaydı (ayrıntılı bilgi için bkz. Corbino, s. 65; Sayın Korkmaz, *Civis*, s. 80).

¹⁵ *Ius Gentium* (Kavimler Hukuku), Roma Devleti'nde yargılama yetkisine sahip olan *praetor peregrinus* (yabancılar *praetor*'u) tarafından oluşturulmuş olup, sadece yabancıları değil, vatandaşları da kapsamına alan bir huktur. *Ius Civile* yalnız vatandaşlara uygulanırken, *Ius Gentium* hem vatandaşlara hem de yabancılara uygulanan huktur. *Ius Gentium*; her bir şehir devletinde, değişik toplulukların vatandaşları arasındaki ilişkileri düzenlemeye yönelik en eski kurallarından farklı olarak, şekilciliği daha az, daha basit yeni kurallar içeren bir hukuk düzenidir. *Ius Gentium*, *praetor peregrinus*'ların beyannameleri ve yargısal faaliyetleri sonucunda oluşmuştur. Bunun yanı sıra örf ve âdet olarak yerleşmiş hukuk kuralları ve bu alanda çıkarılmış olan kanunlar da *Ius Gentium* içerisinde yer almıştır (ayrıntılı bilgi için bkz. Colognesi, s. 301; Karadeniz Çelebican, s. 94; Koschaker/Ayiter, s. 12; Sayın Korkmaz, *Civis*, s. 86; Söğütü, s. 118; Talamanca, s. 57 vd.).

¹⁶ Söğütü, s. 591.

¹⁷ Türk Hukuku'nda da adi şirketin kuruluşu özel bir şekle tabi tutulmamakta ve ortakların iradelerini sözlü olarak beyan etmeleriyle adi şirket kurulabilmektedir. Hatta zımnî irade beyanı dahi bazı hallerde şirket sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Sermaye olarak taşınmaz getirilmesi gibi bazı istisnâî durumlarda resmî şekle uyma mecburiyeti bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Societas*, s. 142.)

¹⁸ Gönenç, s. 16.

¹⁹ Akıncı, *Borçlar Hukuku*, s. 173; Akıncı, *Societas*, s. 138 vd.; Erdoğan, *Borçlar Hukuku*, s. 96; Rado, *Borçlar Hukuku*, s. 112; Söğütü, s. 591; Umur, *Ders Notları*, s. 370.

Gaius, Institutiones adlı eserinde, bu tür rızaya dayalı *societas*'ı (*haec quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur*) *Ius Gentium* kurumu olarak, yani Roma vatandaşlarına özgü olmayan bir kurum olarak nitelendirir²⁰.

Gaius Institutiones 3. 154: “*Item si cuius ex sociis bona publice aut priuatim uenierint, soluitur societas. sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*”

Gaius Institutiones 3. 154: “*Bundan başka, ortaklardan birinin malları resmî veya hususî şekilde satılırsa şirket sona erer. Fakat bu bahsettiğimiz ve yalnız rıza ile meydana gelen şirket Ius Gentium'a aittir ve tabii akıl icabı bütün insanlar arasında mevcut olur.*”²¹

II.ŞİRKETSÖZLEŞMESİNDEORTAKLARINBİRBİRLERİNE KARŞI SORUMLULUĞU

A. Klasik Hukuk Dönemi'nde

1. Kural: Dolus'tan Sorumluluk

Şirket sözleşmesinde ortakların birbirlerine karşı sorumluluğunun Klasik Hukuk Dönemi'nde, daha hafif takdir edildiği ve ortakların sadece *dolus*'tan sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır²². Klasik Hukuk Dönemi'nde *dolus*, modern kast kavramı ile ilişkilendirilebilen teknik bir terim olmayıp, *dolus malus* bağlamında özellikle rızaya dayalı sözleşmelerde iyiniyetin karşıtı olarak değerlendirilmiştir. Burada önemli olan, davalı olan ortağın *bona fides*'e (iyiniyet) uyup uymadığıdır²³.

Roma sözleşme hukukunda *bona fides*'in karşıtı olarak anlaşılan *dolus*, kötüniyet gibi dar bir kapsamda değil, güveni ihlal eden her türlü davranış ve sözleşmeyi ihlal eden her türlü fiil olarak geniş bir kapsama sahiptir. Bu bağlamda, şirket sözleşmesinde de *dolus*, iyiniyete, ahlaka, güvene, doğruluk ve dürüstlüğe aykırılık olarak nitelendirilmiş olup, sadece

²⁰ Tahiroğlu, s. 233; Zimmermann, s. 451.

²¹ Türkçe metin, Rado, *Institutiones*, s. 53.

²² Gönenç, s. 74; Umur, *Ders Notları*, s. 372.

²³ Zimmermann, s. 462.

borçlunun edim yükümlülüğünü belirleyen bir ölçü değil, aynı zamanda edim yükümlülüğünün temeli olarak değerlendirilmiştir. Bu anlamıyla *bona fides* borçlunun sadece borçlandığı edimi ifa etmesi değil, aynı zamanda borcun amacını gerçekleştirecek ve alacaklının beklentilerini karşılayacak her şeyi yapması demektir²⁴. Bu bağlamda, *bona fides* yasal düzenlemelerdeki eksikliği tamamlayan bir sorumluluk ölçüsü niteliğindedir²⁵. *Cicero*'nun bu konuya ilişkin bir metni bulunmaktadır:

Cicero De Officiis 3. 61: “*Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt...*”

Cicero De Officiis 3. 61: “*Aquillius'un tanımı doğrusuysa ikiyüzlülük ve sahtelik yaşamdan tümüyle defedilmelidir; nitekim iyi bir insan ister iyi bir fiyata satabilmek ister alabilmek için olsun, ikiyüzlülük ve sahtekârlık yapmayacaktır. Dahası zaten böyle ağır cezaya giren dolandırıcılığın yasalarda yeri vardı, örneğin on iki levha yasalarında kişinin hakkı güvence altına alınmış, reşit olmayanların yaptığı dolandırıcılık ise Plaetoria yasasında yer almıştı, bu çerçevede yasaklamanın kanun olarak yasalaşmasa da iyiniyet gereği eklemesiyle geçerli olduğu açıktır. Diğer bütün benzer durumlarda ise bu değişler önemlidir...*”²⁶

Şirket ortakları sözleşmenin kurulmasıyla birlikte taahhüt ettikleri ortaklık paylarını ödemek ve bunun için gerekli devir işlemlerini yapmakla yükümlü olurlardı²⁷. Bunun yanı sıra, her bir ortak, şirketi yönetme ve temsil etme hakkına sahipti. Şirketin tüzel kişiliği olmadığı ve Roma'da doğrudan temsil bilinmediği için her ortağın yaptığı işlem kendisini bağlardı. Bu nedenle, bir ortağın yapmış olduğu hukukî işlemde dolayı diğer bir ortağın

²⁴ Söğütü, s. 428.

²⁵ Söğütü, s. 428.

²⁶ Türkçe metin, Çevik, s. 135.

²⁷ Akıncı, Societas, s. 144.

üçüncü kişiye karşı yükümlülük altına girmesi söz konusu değildi. Bu durum “ortağımın ortağı ortağım değildir” (*nam socii mei socius meus socius non est*) özlü sözüyle ifade edilmiştir²⁸.

Şirketin amacını gerçekleştirmek üzere üçüncü kişilerle hukukî işlem yapan her ortak, bu işlemin sonucunda elde ettiklerini payları oranında diğer ortaklara devretmekle mükellefi. Ortaklar, şirket sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmezse bundan sorumlu olur ve *actio pro socio* olarak isimlendirilen bir dava açılabilir²⁹. Şirket sözleşmesi iyiniyete dayanan bir sözleşme olduğu için şirket ilişkisinden doğan dava olan *actio pro socio* da bu esasa dayanmaktadır. Şirket sözleşmesi ile ortaklar ortaklığa bir şey taahhüt etmek ve elde edilen kârı paylaşmakla birlikte, iyiniyetin gerektirdiği her şeyi borçlanırlardı³⁰.

Klasik Hukuk Dönemi'nde, öncelikle davaları *infamia* sonucu yaratan sözleşmelerde *dolus* sorumluluğunun bulunduğu görülmektedir. Bunlar, şirket sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, vedia sözleşmesi, vesayet gibi hukukî ilişkilerdir. Bu hukukî ilişkilerin yanı sıra *fiducia*'ya da (inançlı işlem) Klasik Hukuk Dönemi boyunca *dolus* sorumluluk ölçütü uygulanmıştır³¹.

Şirket sözleşmesine ilişkin davada (*actio pro socio*) mahkûm olan ortağın *infamis* sayılacağı ile ilgili metinlere *Gaius*'un *Institutiones*'inde ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde rastlanmaktadır:

Gaius Institutiones 4. 182: “*Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi*”.

Gaius Institutiones 4. 182: “*Hırsızlık, gasp, şahsiyetin ihlali davalarında ve şirket, inançlı işlem, vesayet, vekâlet ve vedia sözleşmelerine ilişkin davalarda mahkûm olan kişiler infamis sayılır*”.

²⁸ Söğütü, s. 593.

²⁹ Türk Hukuku'nda da adi şirkette ortaklar, yaptıkları işlerden ve masraflardan dolayı birbirlerine karşı sorumludurlar. TBK 627. maddesi uyarınca “Ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan dolayı diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olurlar; bu ortağın, yönetim işleri yüzünden doğrudan doğruya uğradığı zararlar ile ortaklığın yönetiminden kaynaklanan tehlikeler sonucunda doğan zararları, diğer ortaklar gidermekle yükümlüdürler.” (Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, Societas, s. 144-145).

³⁰ Gönenç, s. 75.

³¹ Güvel, s. 388.

Iustinianus Institutiones 4. 16. 2: “*Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti: et recte; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit*”.

Iustinianus Institutiones 4. 16. 2: “Bazı davalardan, özette hırsızlık, gasp, mala verilen zarar, hile; aynı şekilde vesayet, vekâlet ve vediaanın, contraria değil sadece directa davalarından ve yine her iki tarafa directa verdiğiinden hangisi olursa olsun şirketten doğan davalardan mahkûm olanlar; şerefsizlikle (*infamia*) nitelenirler. Fakat hırsızlık, gasp, mala verilen zarar ve hile davaları halinde sadece mahkûmlar değil, davacı ile uyuşanlar da şerefsizliğe çarpılırlar ve bu doğrudur. Çünkü bir sözleşmeden borçlu olmakla, bir haksız fiilden borçlu olmak arasında büyük fark vardır”.³²

Şirket sözleşmesindeki birtakım ilişkilerde *dolus* ölçütünden ayrılma olanağı olduğuna dair bilgilere de rastlanmaktadır. Bunlar, şirket sözleşmesinden doğan ve *infamia* sonucu doğurmayan davalardır³³.

Şirket sözleşmesi ortaklar arasında güven ilişkisine dayanır³⁴. Güven ihlali olarak *dolus* kavramı, MÖ 3. yy. da *praetor*’un, alım-satım, kira, şirket ve vekâlet sözleşmeleri gibi rızaya dayalı sözleşme biçimlerini oluşturmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu sözleşmelerin yanı sıra, vedia sözleşmesi ve vesayet gibi diğer borç ilişkilerinde de uygulanmıştır³⁵. Bir diğer ifadeyle, kaynağını haksız fiilden alan *dolus* ölçütü, *praetor*’lar tarafından *edictum*’lar aracılığıyla sözleşmeler alanına aktarılmıştır. *Dolus*’tan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmaların ise geçerli sayılmayacağı kabul edilmiştir³⁶. Bu husus *Digesta*’da yer alan *Ulpianus*’a ait birkaç metinde ifade edilmektedir:

³² Türkçe metin, Umur, Institutiones, s. 365.

³³ Hausmaninger, s. 184; Watson, s. 144; Zilelioğlu, s. 248.

³⁴ Gönenç, s. 75.

³⁵ Hausmaninger, s. 184.

³⁶ Hausmaninger, s. 184; Söğütü, s. 427.

Digesta 16. 3. 1. 7 Ulpianus: “*Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*”

Digesta 16. 3. 1. 7 Ulpianus: “*Anlaşma yapılmış olsa bile, dolus’tan sorumlu olunmaması kabul edilmeyecektir; zira bu tür bir anlaşma iyiniyet ve ahlaka aykırıdır ve bu nedenle uygulanmamalıdır.*”

Digesta 50. 17. 23 Ulpianus: “*...Quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est ...*”

Digesta 50. 17. 23 Ulpianus: “*...Celsus’un belirttiği gibi, dolus’tan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma geçersizdir. Çünkü böyle bir anlaşma iyiniyet ilkesine aykırıdır...*”

Güven ilişkisine dayanan bir sözleşme olması sebebiyle, ortaklıktan uygun olmayan bir zamanda ayrılan bir ortak, eski ortaklarına karşı sorumlu olabilirdi. *Renuntiatio* (istifa)³⁷, sadece bir ortak için söz konusu olsa bile şirket sözleşmesinin feshi sonucunu doğururdu³⁸. Bu konu *Gaius*’un *Institutiones*’inde ele alınmaktadır:

Gaius Institutiones 3. 151: “*Manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas soluitur...*”

Gaius Institutiones 3. 151: “*Ayrıca, şirket, ortakların rızası olduğu sürece devam eder ve ortaklardan herhangi biri şirketten vazgeçtiğinde şirket sona erer...*”³⁹

Cassius’un ifade ettiği gibi, ortaklıktan çekilen ortak, ortaklıktan ayrılrsa da bazı konularda sorumluluğu devam ederdi. Böylece, ortaklığın

³⁷ Rızâî sözleşmelerde tarafların rızasının varlığı ve bu rızaların birbiriyle uyumlu olması sadece sözleşmesel bir borcun doğması için değil, aynı zamanda sözleşmenin devamı için de gerekli bir unsurdur. Sözleşme kurulduktan sonra tarafların rızalarının ortadan kalkması sözleşmenin sona ermesine yol açardı. Bu bağlamda şirket sözleşmesi de sadece tarafların rızası ile meydana geldiği için ortaklardan birinin ortaklıktan çekilmesi ile sona ermekteydi (ayrıntılı bilgi için bkz. Benke/Meissel, s. 195; Berger, s. 195).

³⁸ Zimmermann, s. 462.

³⁹ Türkçe metin, Rado, *Institutiones*, s. 53.

zamansız feshi nedeniyle diğerlerine verdiği zararları tazmin etmek zorundaydı⁴⁰. Konuya ilişkin metin *Digesta*'da yer almaktadır:

Digesta 17. 2. 65. 3 Paulus: “*Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. quid ergo, si unus renuntiet? cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admisus est in eo.*”

Digesta 17. 2. 65. 3 Paulus: “Bir ortaklığın tarafların rızasıyla, yani hepsinin bu konuda aynı fikirde olması halinde, feshedilebileceğini belirtmiştik. Peki, sadece bir ortak ortaklıktan çekilirse ne olur? Cassius, ortaklıktan ayrılan kişinin, kendisiyle ilgili konularda ortaklarını sorumluluktan kurtardığını, ancak kendisinin onlara karşı olan sorumluluğundan kurtulmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte bu kural yalnızca renuntiatio'nun kötünîyetle yapılması durumunda uygulanmalıdır. Örneğin, *societas omnium bonorum* (tüm mallar ortaklığı) kurduğumuzu ve daha sonra ortaklardan birine bir miras kaldığını ve onun bu nedenle ortaklıktan ayrıldığını varsayalım. Eğer bu miras bir zarara yol açarsa, bu zarar ortaklıktan ayrılan ortak tarafından karşılanmalıdır; ancak aynı mirastan doğan kârlar varsa, *actio pro socio* yoluyla bunları diğer ortaklarla paylaşmaya zorlanabilir. Renuntiatio'dan sonra herhangi bir mal edinirse, bu mal diğer ortaklarla paylaşılmaz; çünkü bu durumda kötünîyet söz konusu değildir.”

2. İstisna: Diğer Sorumluluk Ölçütleri

Dolus ölçütü yanında, birkaç özel düzenlemeye göre, ortaklardan biri

⁴⁰ Zimmermann, s. 462.

emeğini katılım payı olarak koymuş, fakat gerekli yeteneği göstermemişse *culpa* içerisinde değerlendirilen yeteneksizlikten (*imperitia*)⁴¹; ortağın biri ortaklık malına zarar vermişse *Lex Aquilia*'dan; ortak, ortaklık malının gözetimini üstlenmişse *custodia*'dan⁴² sorumlu tutulmuştur. Ortak girişime tahsis edilen malın yok olması halinde ise risk ortaklığı gereğince her bir ortağın buna katlanması gerekeceği kabul edilmiştir⁴³.

Şirket sözleşmesine ilişkin kaynaklarda, taraflardan birinin ortaklık payı olarak emeğini, diğerinin ise bir miktar para ya da malvarlığı değerini sermaye olarak koyduğu durumlarda emeğini sermaye olarak koyan ortağın "*culpa in concreto*"⁴⁴ ölçüsüne göre sorumluluğunun bulunduğu ve bu durumda *dolus* ölçütünün uygulanmayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu durum, Klasik Hukuk Dönemi için istisnai bir durum olarak kabul edilmiş olup, *Iustinianus* Dönemi'nde bu fikir, birçok hukukî ilişkide de uygulanma alanı bulmuştur⁴⁵.

Klasik Hukuk Dönemi'nde şirket ortaklarının sorumluluğu *dolus* ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte, kaynaklarda ilk olarak Romalı devlet görevlilerinin ve küçüklere tayin edilen vasilerin sorumluluğunda rastladığımız *diligentia* (özen yükümü) ölçütünün, *Gaius*'a ait bir metinde, sözleşmesel sorumluluğu genişletmek için şirket sözleşmesi ile ilgili bir metinde de kullanıldığını görmekteyiz⁴⁶. Metne göre, ihmalkâr bir kişi ile

⁴¹ Klasik dönem hukukçuları tarafından *culpa* yani kusur, sorumluluğun bir unsuru olarak geliştirilmiş olup, *culpa* ile genellikle ihmal kastedilmiştir. *Culpa* kavramı bu dönemde yeterince tanımlanamamıştır. Bu nedenle *culpa* kimi yerlerde hem kastı hem ihmali içine alacak biçimde kullanılmıştır (ayrıntılı bilgi için bkz. Söğütü, s. 422). Haksız fiil hukukunda *dolus* ve *culpa*, sırasıyla "kast" ve "ihmal" anlamına gelmekte ve farklı suç derecelerini temsil etmekteydi. Roma sözleşme hukukunda ise *dolus*, "kasıtlı" borca aykırı fiiller anlamına gelirken, *culpa* "ihmalen" borca aykırı fiilleri ifade etmekteydi. Bu bağlamda, "kast" ve "ihmal" farklı kusur derecelerini belirtir (ayrıntılı bilgi için bkz. Hausmaninger, s. 184).

⁴² *Custodia* (gözetim) sorumluluğu, beklenmeyen hallerden kaynaklanan sorumluluğu da içeren bir ölçüdür. Bu sorumluluk ölçüsüne göre, sözleşmesel bir ilişkide borçlunun sözleşmenin konusunu oluşturan malı kendi yararına elinde bulundurması halinde malın çalınmasından, üçüncü kişiler ya da hayvanlar tarafından mala verilen zararlardan sorumluluğu doğmaktaydı (ayrıntılı bilgi için bkz. Araz, s. 204; Erdoğan, *Custodia*, s. 897; Savaş, s. 556).

⁴³ Söğütü, s. 594.

⁴⁴ *Culpa in concreto* sorumluluk ölçüsünün Klasik Hukuk Dönemi'nin sonu itibarıyla ortaya çıkmış olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Arangio-Ruiz, s. 190; Gönenç, s. 80).

⁴⁵ Zilelioğlu, s. 249.

⁴⁶ Hausmaninger, s. 185.

ortak olan kimse, ancak kendisinden şikâyet etmelidir⁴⁷. *Digesta*'da yer alan bu metin, konuya ışık tutmaktadır:

Digesta 17. 2. 72 Gaius: “*Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.*”

Digesta 17. 2. 72 Gaius: “Bir ortak, ihmal, yani dikkatsizlik ve özen göstermeme nedeniyle diğer ortağa karşı sorumludur. Ancak bu durumda ihmal, tam dikkat ve ihtimamı göstermek anlamına gelmez, çünkü ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni şirket işlerinde de göstermesi yeterlidir; çünkü yetersiz özen gösteren bir ortağı kabul eden kişi, bundan sadece kendini sorumlu tutabilir.”

Hausmaninger, *Gaius*'un *diligentia quam in suis* fikrini *Celsus*'tan aldığından ve bunu özel bir sorumluluk ölçütü haline getirdiğinden hareket etmekte ve *Celsus* gibi *Gaius*'un da bu ölçütü *dolus* sorumluluğunu genişletmenin bir yolu olarak gördüğünü ifade etmektedir⁴⁸. Bu görüşe göre *Gaius*, ortakların birbirlerine karşı *dolus*'tan sorumlu olduğunu kabul etmekle birlikte, ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) şirketin yönetiminde göstermemiş olmasını, *bona fides*'e dayanan ortaklık ilişkilerini zedeleyen bir durum olarak değerlendirmektedir⁴⁹. *Gaius*, *diligentia quam in suis*'i bağımsız bir sorumluluk ölçütü olarak öne çıkarmış ve bunu *exactissima diligentia*⁵⁰ (olağanüstü özen) ile karşılaştırmıştır. Şirket sözleşmesinde *culpa* sorumluluğu, *Gaius*'tan bir nesil sonra bile, geç klasik dönem hukukçuları *Paulus* ve *Ulpianus* arasında hâlâ tartışmalı bir konu olarak kabul ediliyordu. *Gaius*, ortakları *exactissima diligentia*'dan sorumlu tutmayarak, bunun yerine *dolus*'un ötesine daha küçük bir adım olarak geçen

⁴⁷ Tahiroğlu, s. 235; Zimmermann, s. 463.

⁴⁸ Hausmaninger, s. 186.

⁴⁹ Araz, s. 204.

⁵⁰ *Exactissima diligentia*, bazı durumlarda elinde bulundurduğu malın telef olmaması için borçlunun çok dikkatli bir kimseden beklenen normalin üstünde özen göstermesi gerekliliğini ifade eder. Kendisinden özen beklenen kimse, elinde bulundurduğu malı, kendi kusuru olmaksızın dahi çaldırmış olsa da sorumluluktan kurtulamazdı (Umur, Lügat, s. 58).

diligentia quam in suis'i önermiş ve bu kavramın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuştur⁵¹.

Zimmermann ise *Gaius*'un bir ortağın kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermediği takdirde neden sorumlu olması gerektiğini tartışmadığını ve asıl endişesinin ortağın sorumluluğunun uygun şekilde sınırlandırılması olduğu görüşündedir. Bu görüşe göre, *Gaius*, ortakların *diligentia quam in suis*'ten sorumlu olması gerektiğini düşünmektedir; çünkü onun için asıl mesele, ortağın sorumluluğunu uygun şekilde sınırlandırmaktır⁵². Bu yaklaşıma göre, az özen gösteren bir ortağı seçen kimse kabahati kendisinde bulmalıdır⁵³. **Zimmermann**'a göre bu yaklaşım ortakların sorumluluğunu hafifleten bir niteliğe sahiptir⁵⁴.

Hausmaninger'e göre ise geç klasik dönem hukukçuları, *diligentia quam in suis* ve *exactissima diligentia* arasındaki bu ayrımı tercih etmiş görünmemektedir. Eserlerinde *diligentia quam in suis*'e yapılan az sayıdaki atıflar, her zaman sonradan eklenmiş izler, diğer bir deyişle *interpolatio* şüphesini taşımaktadır. *Ulpianus* ve *Paulus*, *tutela* (vesayet), *dos* (cihaz) veya *communio* (müşterek mülkiyet) durumları gibi hukukî ilişkilerden sorumluluğu *dolus* ile sınırlamışlardır. Bu bağlamda, Klasik Hukuk Dönemi'nde şirket sözleşmesinde ortakların sorumluluğu da *dolus* ile sınırlandırılmıştır⁵⁵. Ancak, ortaklar arasında yalnızca *dolus* nedeniyle oluşan sorumluluk, giderek daha karmaşık hale gelen ekonominin ihtiyaçlarını kalıcı olarak karşılayamamıştır. Bu nedenle, klasik hukukun gelişimi sürecinde, sorumluluğun kapsamı kademeli olarak genişlemiştir⁵⁶. **Hausmaninger**, Klasik Hukuk Dönemi'nin sonlarına doğru *dolus*'tan *culpa*'ya doğru sorumluluğun genişletilmesi ve evrilmesi sürecinde, *diligentia quam in suis* ölçütünün “tarihsel bir misyon” üstlendiğini belirtmektedir⁵⁷.

B. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ile Iustinianus Dönemi'nde

Iustinianus Dönemi'nde sorumluluğun belirlenmesinde, kusura

⁵¹ Hausmaninger, s. 186.

⁵² Zimmermann, s. 463.

⁵³ Söğütü, s. 594.

⁵⁴ Zimmermann, s. 463.

⁵⁵ Hausmaninger, s. 186

⁵⁶ Zimmermann, s. 462.

⁵⁷ Hausmaninger, s. 186-187.

dayanan sorumluluk ilkesinin uygulanmasıyla birlikte, Klasik Hukuk Dönemi’nde uygulanan kusursuz sorumluluk ölçütü olan *custodia*, *Iustinianus* Dönemi’nde kusur sorumluluğu prensibi kapsamında *diligentia* terimiyle yer değiştirmiştir⁵⁸. Bir diğer ifadeyle, *Iustinianus* Dönemi’nde kusur sorumluluğu ilkesine ulaşılmasıyla birlikte bazı sözleşmeler genel esaslardan ayrılarak yeniden gözden geçirilmiş olup⁵⁹, kusur sorumluluğu ilkesinin ölçütleri olarak *diligentia* (özen yükümü) ve *utilitas* (menfaat prensibi) bazı borç ilişkilerinde farklı ağırlıklarda kullanılmaya başlanmıştır⁶⁰.

Diligentia kavramı etimolojik köken itibariyle “sevmek ve değer vermek” anlamına gelen *diligere* fiilinden gelmektedir. Roma Hukuku’na ilişkin kaynaklar incelendiğinde Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde *diligentia* kavramının sözleşmesel sorumluluk ölçütü olarak, malların yönetiminde ve borçların ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özeni ifade etmek için kullanıldığı görülür⁶¹. Bir sözleşmenin tarafı, sözleşmeyi yerine getirirken belirli bir özen göstermekle yükümlüdür ve kendi özen eksikliğinden kaynaklanan herhangi bir zarardan diğer tarafa karşı sorumludur. Ancak gerekli özen miktarı tüm sözleşmelerde aynı değildir⁶². Bu durum faydaya göre sorumluluğun derecelendirilmesi olarak değerlendirilmiştir⁶³.

Kusur sorumluluğunun benimsenmesi ve bu ilke kapsamında kusurun kast (*dolus*) ve ihmâl (*culpa*) olarak derecelendirilmesiyle birlikte, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi’nde ihmâl kavramına “gerekli özenin gösterilmemesi” biçiminde aktif bir anlam verebilmek için *diligentia*’dan yararlanılmıştır⁶⁴. *Diligentia* borcun ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özeni ifade ederken, *neglegentia* ise özensizliği belirtmekteydi. Bu bağlamda, *neglegentia* ihmâle sebebiyet vererek, borçlunun hafif ihmâlden sorumlu olmasına neden olmaktadır⁶⁵. *Neglegere*’nin ihmâl etmek anlamı bulunmakta⁶⁶

⁵⁸ Mindız, s. 384; Zilelioğlu s. 241 vd.

⁵⁹ Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 36.

⁶⁰ Kunkel, s. 312; Umur, Lügat, s. 58.

⁶¹ Söğütü, s. 435; Söğütü Erişgin, s. 202.

⁶² Buckland, s. 289.

⁶³ Kunkel, s. 312.

⁶⁴ Söğütü Erişgin, s. 206.

⁶⁵ Umur, Lügat, s. 58.

⁶⁶ Kunkel, s. 317; Zilelioğlu, s. 257.

ve *neglegentia* da ihmalkâr davranışı ifade etmekteydi⁶⁷.

III. DILIGENTIA'NIN (ÖZEN YÜKÜMÜNÜN) ÖLÇÜTLERİ

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi öğretisinde *culpa* ile birlikte değerlendirilen özen yükümünün (*diligentia*) yerine getirilip getirilmediği belirlenirken iki farklı sorumluluk ölçütünden yararlanılmıştır: Bunlardan birincisi, soyut ölçü (*diligentia diligentis/culpa in abstracto*) olarak nitelendirilen, ideal insan davranışını ifade eden, özenli ve dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen (*diligentia bonus pater familias*), diğeri ise somut ölçü (*culpa in concreto*) olarak nitelendirilen borçlunun kendi işlerini idare ederken göstermiş olduğu dikkat ve özendir (*diligentia quam in suis*)⁶⁸.

A. Soyut Ölçü: Diligentia Bonus Pater Familias

Diligentia bonus pater familias; dürüst bir insanın, iyi bir aile babasının özenini ifade etmektedir⁶⁹. İyi bir aile babası dikkatli, tedbirli, dürüst ve iyi bir vatandaş tipidir. Onun gösterdiği özeni göstermiş olan kimsenin hafif ihmalinin olmadığı kabul edilir. İyi bir aile babasının davranışlarında göstermesi gereken dikkat ve özen ölçütü olarak belirlenmiş olup, bu ölçüte göre hareket edilmemişse hafif ihmalin olduğu hükme bağlanmıştır. Bu sorumluluk ölçütünde, iyi bir aile babası dürüst, kişisel malvarlığı olan ve kendi işlerini idare eden bağımsız bir Roma vatandaşını temsil etmesi bakımından, soyut anlamda alınmış bir model olarak değerlendirilir⁷⁰. Konuya ilişkin bir metin *Digesta*'da yer almaktadır:

Digesta 7. 1. 9. 2 Ulpianus: “*Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit vel cretifodinas habeat vel harenas, omnibus his usurum sabinus ait quasi bonum patrem familias: quam sententiam puto veram.*”

Digesta 7. 1. 9. 2 Ulpianus: “*Ancak arazide taş ocakları var-*

⁶⁷ Kunkel, s. 314.

⁶⁸ Kunkel, s. 302-306; Savaş, s. 561; Söğütlü, s. 436; Söğütlü Erişgin, s. 202 vd.

⁶⁹ Modern hukuk sistemlerinde borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirirken göstermesi gereken özenin belirlenmesinde, genel olarak makul ve dürüst bir kişiden beklenen davranış esas alınmaktadır. Bu özen yükümünün kökeni Roma Hukuku'ndaki iyi bir aile babasının göstereceği özen ölçütüne dayanmaktadır. (ayrıntılı bilgi için bkz. Hausmaninger, s. 180).

⁷⁰ Kunkel, s. 303; Tahiroğlu, s. 58.

sa ve taşları çıkarmak isterse ya da arazide kireç veya kum ocakları varsa; Sabinus, onun bütün bunlardan iyi bir aile babası gibi yararlanacağını söyler; bana göre de doğru görüş budur.”

B. Somut Ölçü: Diligentia Quam In Suis

Diligentia quam in suis, bir kimsenin kendi işlerinde göstermesi gereken özeni ifade eden somut ölçüdür. Bu ölçüt bazı sözleşmelerde ve sözleşme benzerlerinde hafif ihmalin bulunup bulunmadığını belirlemek için kullanılmıştır. Bu ölçüt gereğince borçlunun sorumluluğu belirlenirken bireysel ve somut koşullardan hareket edilir. Bu kapsamda, borçlu borç ilişkisinde kendi işlerinde göstermiş olduğu özeni gösterdiği takdirde hafif ihmalinin bulunmadığı kabul edilir⁷¹. Dolayısıyla *diligentia quam in suis* sözleşmesel sorumluluk ölçütü olarak makul bir insandan beklenebilecek özenle değil, borçlunun kendi işlerinde alışılmış olarak gösterdiği özenle sınırlıdır⁷². Bu ölçü iyi bir aile babasının göstereceği özeni göstermek gibi objektif bir ölçü olmayıp, aksine subjektif ve nispi bir ölçü olarak belirlenmiştir⁷³. *Bona fides*'in yorumu suretiyle ortaya çıkmış olan ve *bona fides*'e aykırı hareket etmemeyi gerektiren⁷⁴ bu ölçüyü **MacCormack**; kişinin kendi işlerini yürütürken gösterdiği özenin aynısını gösterme gerekliliği olarak tanımlamaktadır⁷⁵. Bu yönüyle *diligentia quam in suis* kavramı, soyut ölçünün hafifletilmiş hali olarak ifade edilir⁷⁶.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde kişisel özen kavramının, *culpa* sorumluluğunu hafifletmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. *Digesta*'da *diligentia quam suis*'in sıkça geçmesi, bunun Klasik Sonrası Hukuk Dönemi hukukçuları arasında daha önemli bir konuma sahip olduğunu göstermektedir. Onlar için bu ölçü, *diligentia diligentis*'ten tamamen farklı bir temele dayanan, daha hafif bir sorumluluk düzeyi olarak ortaya çıkıyordu⁷⁷.

Bu dönemde hukukçular *culpa lata* (ağır ihmal) ve *culpa levis*

⁷¹ Söğütlü Erişgin, s.207.

⁷² Hausmaninger, s. 180.

⁷³ Rado, Borçlar Hukuku, s. 26.

⁷⁴ Araz, s. 205.

⁷⁵ MacCormack, s. 376.

⁷⁶ Araz, s. 204.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kunkel, s. 301-302.

(hafif ihmal) ayrımıyla yetinmemiş, *diligentia quam in suis* ölçüsünü de geliştirmişlerdir⁷⁸. Bir diğer ifadeyle, kusur sorumluluğunun kusurun tüm dereceleri ile uygulandığı bu dönemde kusurun bir görünüm biçimi olarak uygulanan kendi işlerinde göstermiş olduğu özen ölçütü, sorumluluğu hafifleten ve yumuşatan bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Ancak bu ölçüt, münferit olaylarda borçlunun sorumluluğunu ağırlaştıran bir etkiye de sahip olabilmekteydi. Çünkü başkasına ait işleri kendi işleri gibi dikkatli ve tedbirli bir şekilde yerine getirmeyen borçluyu sorumlu tutmaktaydı⁷⁹. Burada sorumluluk ölçüsü, borçlunun kişisel davranış biçiminden anlaşılan somut özen düzeyine indirilir ve borçlu yalnızca kendi işlerinin yönetiminde genellikle gösterdiği özen düzeyinden sorumludur (*diligentia quam in suis rebus adhibere solet*). Başka bir deyişle, borçlu, iyi bir aile babası ölçüsünden sapma nedeniyle oluşan soyut ihmalkârlığın aksine, somut ihmalkârlıktan (*culpa in concreto*) sorumludur⁸⁰. Bu ölçütün kabulü, bu dönemde kusura dayanan sorumluluğun genel ilke halini almasından kaynaklanmaktadır⁸¹.

Diligens paterfamilias'ı esas alarak sorumluluğu belirleyen soyut ölçü ile *diligentia quam in suis*'i esas alan somut ölçü arasındaki ayrımın tarihsel gelişimini, genel olarak *culpa* kavramını çevreleyen bilimsel tartışmalardan ayırmak çok zordur. Borçlunun davranışının göreceli olarak değerlendirilmesi fikri öncelikle, Klasik Hukuku Dönemi öğretisinde, tehlike durumunda kendi malını kurtaran, ancak kendisine emanet edilenleri kaderine terk eden borçlunun sorumluluğu açısından ortaya çıkmıştır⁸². Dolayısıyla, *diligentia quam in suis* sorumluluğu büyük ölçüde Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde geliştirilmiş olsa da klasik dönem hukukçularının etkisinden tamamen yoksun değildir⁸³. *Celsus*'a ait *Digesta*'da yer alan vedia sözleşmesi (*depositum*) ile ilgili bir metin bunu ortaya koymakta olup⁸⁴, Klasik Hukuk Dönemi'nde *diligentia quam in suis* kavramına atıfta bulunan ilk kaynak olarak kabul edilmektedir. **Zimmermann**'a göre bu metnin altında yatan fikrin vedia sözleşmesinden şirket sözleşmesine aktarılması ile ortakların sorumluluğunun genişletilmesine yönelik önemli bir adım atılmıştır. Bu husus *Celsus*'un

⁷⁸ Hausmaninger, s. 187.

⁷⁹ Söğütlü Erişgin, s. 208-209.

⁸⁰ Hausmaninger, s. 181.

⁸¹ Kunkel, s. 266.

⁸² Koschaker/Ayiter, s. 196; Zimmermann, s. 211.

⁸³ Zimmermann, s. 210.

⁸⁴ Hausmaninger, s. 183; Tahiroğlu, s. 59; Zimmermann, s. 210.

konuya ilişkin metninde şöyle ifade edilmektedir:

Digesta 16. 3. 32 Celsus: “*Quod nerva diceret latiore cul-pam dolum esse, proculo displicebat, mihi verissimum vide-tur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide mino-rem is quam suis rebus diligentiam praestabit.*”

Digesta 16. 3. 32 Celsus: “*Nerva’nın ağır ihmalin kasta eşit olduğu yönündeki ifadesi Proculus tarafından kabul edilme-se de bana daha doğru görünüyor. Çünkü bir kimse, insanla-rın tabii olarak gösterdikleri özeni, kendisine emanet edilen bir şey konusunda göstermezse, kötünियetli sayılır; zira söz konusu emanete kendi malına gösterdiği özenin daha azını gösterirse, iyiniyetli olduğu söylenemez.*”

Celsus’a göre, vedia alan kimse kendisine emanet edilen malları kullanırken kendi mallarına gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) göstermezse bu iyiniyetin ihlali olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, o sadece *dolus*’tan değil, *culpa in concreto*’dan da sorumlu olmalıdır⁸⁵. *Gaius* ise malını bir başkasına emanet eden kimsenin, eğer o dikkatsiz biriyse ve emanet edilen malı kaybederse, tedbirsiz birine güvendiği için vedia verenin kendini sorumlu tutması gerektiğini savunur. Bu fikrini vedia verenin seçimini daha ihtiyatlı yapması gerektiği argümanı ile destekler⁸⁶.

⁸⁵ Küçükgüngör, s. 62; Zimmermann, s. 463.

Bu metinden klasik dönem hukukçuları arasında fikir ayrılıklarının olduğu anlaşılmaktadır. Vedia alanın sorumluluğu, başlangıçta *dolus* ile sınırlı tutulmuştur. *Nerva*, bu sorumluluğun kapsamının genişletilmesini savunmakta olup, vedia alanın ağır ihmali güvene aykırılık anlamında *dolus* olarak nitelendirmektedir. *Nerva* “vedia alanın ağır ihmali güvenin ihlali-dir” şeklinde bir genelleştirme yapmıştır. *Proculus*’a göre bu, çok ileri gitmekti ve *Proculus* vedia alanın genel olarak çok dikkatsiz bir kişi olduğu durumlarda, vedia verenin malını da dikkatsizce kullanmasının iyiniyetin ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktaydı. Ancak *Celsus*, *Nerva*’nın görüşünü desteklemiş ve metinde *culpa latior*’a, *dolus malus* anla-mında yer vermiştir. *Dolus malus* edim yükümlülüğünün ağır ihlalini ifade etmekte ve *Celsus* kendi işlerinde gösterilmesi gereken özen ölçütünü kullanırken iyiniyetin karşıtı olarak *dolus malus* anlamında kullanmıştır. Dikkatsiz bir kişi, vedia verenin malına daha dikkatsiz dav-ranırsa, iyiniyete aykırı davranmış olur. Zira kavramın ilk ortaya çıktığı zamanki anlamı da bu kapsamda olup, sözleşme güveninin ihlali *praetor* hukukundan beri *dolus malus* olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla *Nerva*’nın döneminde *culpa latior* kusurun derecesi değil, edim yükümlülüğünün ağır ihlalini ifade etmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Hausmaninger, s. 185; Söğütü Erişgin, s. 210; Zimmermann, s. 210).

⁸⁶ Zimmermann, s. 210.

Zamanla vedia verenin, malını emanet edeceği kişiden, kendi mallarına gösterdiği özeni, emanet aldığı mallara da aynı derecede göstermesini bekleyebileceği görüşü ortaya çıkmış ve Klasik Hukuk Dönemi'nde vedia sözleşmesine özgü olarak tartışılan bu görüş, *Iustinianus* Dönemi'nde borçlunun kendi işlerinde göstermesi gereken özen yükümü (*diligentia quam in suis*) olarak genel bir ölçüt biçimine dönüşmüş ve belirli bir sorumluluk ölçüsü olarak kavramsallaştırılmıştır⁸⁷. **Hausmaninger**, *diligentia quam in suis*'i günümüzdeki kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün kökeni olarak değerlendirmektedir⁸⁸.

Zimmermann'a göre, *diligentia quam in suis* ölçüsünün iki önemli yönü vardır: Öncelikle borçlu, kendi mallarına gösterdiği özeni alacaklının mallarına göstermezse, bu durum dürüst ve namuslu bir kimseden beklenen davranışla bağdaşmazdı. Bu nedenle, borçlu sorumlu tutulurdu. Öte yandan, sözleşmesel ilişkilerde *culpa* sorumluluğu kabul edildikten sonra, *diligentia quam in suis*, sorumluluğun hafifletilmesini de beraberinde getirmekteydi. Çünkü borçlu, genel olarak özenli bir kişi değilse, kendi malı değil de başkasının malı söz konusu olduğunda, ondan en üst düzeyde özen gösterilmesini beklemek haksızlık olurdu. Sonuçta, alacaklı borçlusunu kendisi seçmişti ve eğer sorumsuz ve müsrif bir kimseyi seçtiyse, sonuçlarına kendisinin katlanması gerekirdi⁸⁹.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'nde, bazı sözleşme ve sözleşme benzerlerinde *diligentia quam in suis* ölçütü uygulanmıştır. Klasik Hukuk Dönemi'nde hem *Celsus* hem de *Gaius*'un vedia ve şirket sözleşmelerinde *dolus* sorumluluğunu genişletmek için kullandığı *diligentia quam in suis*'in kapsamına Klasik sonrası dönem hukukçuları tarafından vesayet (*tutela*) ve cihaz (*dos*) eklenmiştir⁹⁰. Böylece şirket sözleşmesinde ortakların birbirine karşı sorumluluğunun belirlenmesinde, vasinin küçüğün işlerini idaresinde, kocanın kadının getirdiği *dos*'un (cihaz olarak verilen malların) yönetiminde *diligentia quam in suis* ölçütü kullanılmıştır⁹¹.

⁸⁷ Zilelioğlu, s. 249.

⁸⁸ Hausmaninger, s. 182.

⁸⁹ Zimmermann, s. 212.

⁹⁰ Hausmaninger, s. 187-188.

⁹¹ Koschaker/Ayiter, s. 196; Söğütlü Erişgin, s. 173-207.

Bu ölçünün bazı durumlarda vedia sözleşmesine de uygulanıp uygulanmadığı tartışmalı-

Hausmaninger'e göre, *diligentia quam in suis*'in uygulandığı olgular incelendiğinde, şirket sözleşmesinde hem ortak yarar hem de kişinin kendi yararı için malın idaresinin söz konusu olması; vesayetin küçüğün ya da vasinin iradesi olmaksızın bir borç ilişkisi kurabilmesi, *dos*'un idaresi durumunda ise kocanın, karısının malını kendi malıyla birlikte ve kısmen kendi menfaati için de yönetiyor olması sorumluluğun hafifletilmesine yol açmıştır⁹².

IV. ŞİRKET SÖZLEŞMESİNDE ORTAKLARIN DILIGENTIA QUAM IN SUIS SORUMLULUĞU

Şirket sözleşmesinde, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'nde ortakların birbirine karşı sorumluluğu *omnis culpa*⁹³ sorumluluğu olarak kabul edilmiş ve böylece *dolus*'un yanında *culpa* için genel bir sorumluluk belirlenmiştir⁹⁴. Ortaklar, kasten verdikleri zararların yanı sıra ihmallerinden de sorumlu tutulmuştur⁹⁵. Hafif ihmalin belirlenmesinde ise somut bir ölçü kullanılarak, her ortak kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermekle sorumlu tutulmuştur⁹⁶. Şirketin müşterek malına verilen

dir. Vedia alanının yalnızca *dolus* ve *culpa lata* için sorumlu olduğuna ilişkin birçok metin bulunmaktadır. **Zimmermann**, *Corpus Iuris Civilis*'in bir parçası olan ve *Digesta*'da yer alan *Celsus*'un metninin sadece gözden kaçan bir husus mu yoksa *Iustinianus*'un vedia sözleşmesinde de *diligentia quam in suis*'e uymamanın kusur olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamak mı istediği sorunsallarını ele alırken, her ne olursa olsun, vedia alandan kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni (*diligentia quam in suis*) beklemenin, *Ius Commune*'nin çeşitli yazarları ve modern yasa koyucular tarafından da benimsendiğini ifade etmiştir. Ayrıca, öğretide bu metnin klasik ve orijinal halinin bu şekilde yazılmış olup olmadığını kuşkuyla nitelendiren görüşler de bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükgüngör, s. 62; Zimmermann, s. 212).

⁹² Hausmaninger, s. 187.

⁹³ *Omnis culpa* sorumluluğu, borçlunun bütün kusurlarından (*dolus, culpa lata, culpa levis*) sorumlu tutulmasını ifade eden bir kavramdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Umur, Lügat, s. 144).

⁹⁴ Gönenç, s. 80; Söğütü, s. 509; Umur, Ders Notları, s. 372.

Vedia, vekâlet ve şirket gibi sözleşmelerde iyiniyetin ihlali yönünde verilen bir kararın *infamis*'e (şerefsizlik) yol açması ve Romalıların onur ve kişisel itibar konularındaki hassasiyetleri, mevcut sözleşmelerde *bona fides* kavramının daha geniş yorumlanmasına neden olmuş ve borçlunun sadece kasttan değil, aynı zamanda ihmalden kaynaklanan davranışlar için de sorumlu tutulmasını gerektirmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. Hausmaninger, s. 184).

⁹⁵ Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 175.

⁹⁶ Söğütü, s. 594.

Türk Hukuku'nda da Roma Hukuku'nda olduğu gibi ortaklar şirketin işlerini yürütürken gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdürler. Şirket ortağı, kusurlu bir davranışıyla diğer ortaklara zarar verdiği takdirde bu zararları şahsen ödemek zorundadır. Türk Medeni Kanunu (TMK) 3. maddesi uyarınca "*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır*". Bu bağlamda, ortakların şirket işlerini iyiniyet kurallarına uygun

zararlarda ise haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir⁹⁷.

Culpa sorumluluğu kapsamında, şirket ortaklarının şirketi yönetirken sadece kendi işlerinde gösterdikleri özeni (*diligentia quam in suis*) göstermiş olmaları durumunda hafif ihmallerinin bulunmadığı kabul edilmiştir⁹⁸. *Diligentia quam in suis* ölçütü gereğince, şirket sözleşmesini kabul eden her ortak, şirket işlerinin idaresinde, kendi kişisel işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermek zorundaydı⁹⁹. Bir diğer ifadeyle, şirket sözleşmesinde ortaklar hem kast hem de ihmalden sorumlu olmakla birlikte, ortakların hafif ihmalden sorumluluğu kapsamında, sadece kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermiş olmaları yeterli görülmüştür¹⁰⁰. Ortakların ortaklık işlerinin idaresinde kendi işlerinde gösterdikleri özenin altında bir özen göstermeleri ise *bona fides*'e aykırılık olarak ifade edilmiştir¹⁰¹.

Iustinianus Hukuku'nda ortaklar için *omnis culpa* sorumluluğunun kabul edilmesi ve ihmalin belirlenmesinde somut bir ölçü uygulanarak, her ortağın kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermekle sorumlu tutulmasının temelinde¹⁰², şirket sözleşmesinin kardeşlik hakkına, dostluğa ve güvene dayanan bir sözleşme olması yer almaktadır¹⁰³. Sorumluluk ölçüsünün hafif tutulmasının bir diğer sebebi de bir kimsenin kendi ortağını seçerken, ne kadar dikkatli olması gerektiğine kendisinin karar vermiş olmasıdır¹⁰⁴. Bu nedenle, bir kimseyi ortak olarak seçerken, söz konusu kişinin özenli biri olmasına dikkat edilmesi gerekmektedir¹⁰⁵. Ortakların *omnis culpa* için sorumluluğu *Digesta*'da yer alan bir metinde ele alınmaktadır:

olarak yapmaları ve basiretli bir tacir gibi hareket etmeleri gerekmektedir. Türk Hukuku'nda, Roma Hukuku'nun aksine soyut ölçünün kabul edildiği ve buradaki iyiniyetin objektif iyiniyet olduğu değerlendirilir. Kişinin, kendi işlerinde gösterdiği dikkati değil basiretli bir iş adamının göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermekle mükellef olduğu kabul edilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, Societas, s. 146-147).

⁹⁷ Tahiroğlu, s. 235.

⁹⁸ Umur, Ders Notları, s. 372.

⁹⁹ Söğütlü Erişgin, s. 219.

¹⁰⁰ Söğütlü, s. 594.

¹⁰¹ Araz, s. 203.

¹⁰² Söğütlü, s. 594.

¹⁰³ Berk Erişir, s. 219; Söğütlü Erişgin, s. 173.

¹⁰⁴ Tahiroğlu, s. 235.

¹⁰⁵ Berk Erişir, s. 219; Zimmermann, s. 463.

Digesta 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. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo...*”

Digesta 50. 17. 23 Ulpianus: “Bazı sözleşmelerde sadece kasttan sorumluluk varken, bazılarında ise hem kasttan hem de ihmalden sorumluluk vardır. Vedia ve iğreti sözleşmelerinde kasttan sorumluluk vardır. Vekâlet, ariyet, satım, rehin, istisna, hizmet, kira, cihaz vaadi, vesayet ve vekâletsiz iş görmede hem kasttan hem ihmalden sorumluluk vardır. Aynı zamanda özen yükümünden de sorumluluk vardır. Şirket sözleşmesi ve müşterek mülkiyette hem kast hem de ihmal aranır. Ancak farklı anlaşmalar yoluyla daha ağır veya daha hafif ölçü kararlaştırılabilir...”

Şirket sözleşmesinde sorumluluğun genişletilmesi bağlamında, bazı sözleşmelerde sorumluluk ve hasarın taşınmasında *utilitas* (fayda ve menfaat) ilkesine göre tarafların sözleşmeden bir yarar sağlayıp sağlamadığına bakılarak borçlunun sorumluluğunun belirlenmesi de etkili olmuştur¹⁰⁶. *Utilitas* ilkesine göre, sözleşmeden menfaati olan tarafın sorumluluğu daha ağır olmakla birlikte, bu ilkenin uygulanması mutlak değildi ve istisnaları bulunurdu¹⁰⁷. Bu ilke Klasik Hukuk Dönemi’nde ortaya çıkmış, *Iustinianus* Dönemi’nde *omnis culpa* esasını hafifletmek ve sorumluluk derecelerini saptamak için kullanılmaya başlanmıştır¹⁰⁸. Bu kuralın şirket sözleşmesinde uygulanmasına

¹⁰⁶ Söğütü Erişgin, s. 211. Buckland bu prensibi menfaat sağlamayan kişiden daha az özen bekleneceği yönünde yorumlamaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Buckland, s. 289).

¹⁰⁷ Umur, Ders Notları, s. 310.

Vekâlet sözleşmesi, *utilitas* ilkesine göre sorumluluğun belirlenmesine ilişkin istisnalardan biri olup, ücretsiz bir sözleşme olmasına ve vekilin hiçbir menfaati olmamasına rağmen, vekil ihmalden de sorumlu tutulmuştur (ayrıntılı bilgi için bkz. Buckland, s. 291; Mayer-Maly, s. 151; Rado, Borçlar Hukuku, s. 54; Sayın Korkmaz, Mandatum, s. 151).

¹⁰⁸ Zilelioğlu, s. 260 vd.

Fayda prensibinin, postklasik kökenli olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. Kunkel, s. 313).

ilişkin metinler *Digesta*'da yer almaktadır:

Digesta 13. 6. 5. 2 Ulpianus: “...*Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.*”

Digesta 13. 6. 5. 2 Ulpianus: “...*Ancak, her iki tarafın da menfaatinin söz konusu olduğu satım, kira, dos (çeyiz) tesisi, rehin ve şirket gibi sözleşmelerde hem kast hem de ihmalden dolayı sorumluluk doğar.*”

Digesta 30. 108. 12 Africanus: “...*Sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.*”

Digesta 30. 108. 12 Africanus: “...*İyiniyet sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmeden her iki tarafın da yararı varsa, taraflar kusurlarından sorumludurlar; ancak sözleşme yalnızca bir tarafın yararına ise, diğeri sadece kasttan sorumludur.*”

Zimmermann, sorumluluğun *utilitas*'a göre belirlenmesinin rasyonalist bir yaklaşım olduğunu savunur. Şirket sözleşmesi *negotia utriusque gratia* (her iki tarafın yararına olan işlemler) kapsamına girer ve bu sözleşme tüm ortakların yararına yapılmıştır¹⁰⁹. Bu nedenle *Ulpianus Digesta 13. 6. 5. 2* metninde “... *sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur*” şeklinde genelleştirici bir ifade kullanmıştır. Bunun geç klasik hukuk dönemindeki durumu doğru bir şekilde yansıtip yansıtmadığını veya post klasik kökenli bir eklemenin olup olmadığını belirlemek imkânsızdır. Ancak **Zimmermann**'a göre *culpa* için daha genel bir sorumluluk eğilimi olduğu kesindir¹¹⁰.

Diligentia quam in suis şirket sözleşmesinde gösterilmesi gereken özen ölçüsü olarak kabul edilmekle birlikte, sözleşmeye ilişkin somut özellikler her zaman dikkate alınmıştır. Eğer şirket sözleşmesi yapılırken, bir ortağın uzmanlığı veya sahip olduğu nitelikler dikkate alınmışsa, diğer ortaklar ondan

¹⁰⁹ Zimmermann, s. 463.

¹¹⁰ Zimmermann, s. 464.

bilgi ve becerisinin gerektirdiği özeni isteyebilirlerdi¹¹¹. Bu konuya ilişkin bir metin *Digesta*'da yer almaktadır:

Digesta 17. 2. 52. 2 Ulpianus: “*Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.*”

Digesta 17. 2. 52. 2 Ulpianus: “Bir ortak sadece kasttan mı sorumludur, yoksa ihmalden de mi sorumlu tutulur? Celsus, *Digesta*’nın yedinci kitabında, ortakların kasttan ve ihmalden birbirlerine karşı sorumlu olduklarını belirtir. Ve der ki, bir ortaklık kurulurken, ortaklardan biri becerisi ve emeği ile katılmayı taahhüt etmişse, örneğin ortaklaşa sahip olunan bir sürü otlatılacaksa veya bir tarafa işlenmesi için bir tarla verilirse ve bu tarladan elde edilen ürün ortaklaşa toplanacaksa, bu durumda o kişi kesinlikle ihmalden sorumlu olacaktır; çünkü karşılığında onun emeği ve becerisinin değeri söz konusudur. Bir ortak şirket mallarına zarar verdiğinde, ihmalden de sorumlu olduğu kabul edilir.”

Iustinianus döneminde geliştirildiği şekliyle, bu genellikle borçlunun sorumluluğunu genişletici değil, sınırlandırıcı bir etkiye sahiptir. Aynı şekilde *Iustinianus*’un *Institutiones*’ine bakıldığında da bir ortağın diğerlerine karşı sorumluluğu ile ilgili benzer düşüncelerle karşılaşılır¹¹².

Iustinianus Institutiones 3. 25. 9: “*Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidia atque negligentiae, nomine, quaesitum est: praevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim*

¹¹¹ Gönenç, s. 81.

¹¹² Zimmermann, s. 211.

talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est suae id imprudentiae imputare, debet.”

Iustinianus Institutiones 3. 25. 9: “Bir ortak diğer ortağına karşı *actio pro socio* ile vediada olduğu gibi sadece kastından mı (*dolus*) sorumlu olur yoksa *culpa* yani ihmal ve özensizliğinden de sorumlu olur mu, meselesi tartışmalıdır: Bununla birlikte, ihmalden de sorumlu olduğu görüşü hâkimdir. Ancak bu kusur, en büyük özen ile ölçülmemelidir: gerçekten, ortağın kendi işleri için gösterdiği özeni, müşterek işler için de göstermiş olması yeterlidir. Çünkü, az özen gösteren bir ortağı seçen kimse, kabahati kendisinde bulmalıdır.”

Iustinianus Dönemi'nde borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale geldiği durumlarda, borçlunun prensip itibarıyla sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. *Casus* olarak ifade edilen bu gibi beklenmeyen olaylarda, borcun beklenmedik bir olay nedeniyle imkânsız hale gelmesi söz konusudur. Bunun yanı sıra ortaklar, Roma Hukuku'nun genel prensibi uyarınca mücbir sebepten (*vis maior*) doğan zararlardan da sorumlu tutulmazdı. Bu kapsamda yer alan belli başlı öngörülemeyen olaylar, deprem, sel felaketi, büyük yangınlar, fırtına ve düşman istilasıdır. Romalılar bu durumlarda ortaya çıkan zararı mukadder zarar (*damnum fatale*) olarak ifade etmişlerdir¹¹³. Konuya ilişkin bir metne *Digesta*'da rastlanmaktadır:

Digesta 50. 17. 23 Ulpianus: “...*Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*”

Digesta 50. 17. 23 Ulpianus: “...Ancak, kusur olmaksızın hayvanların ölümleri ya da gözetim altında bulundurma yükümlülüğü olmayan kölelerin kaçması, hırsızlık, iç karışıklık, yangın, sel ve yağma durumlarında hiçbir sorumluluk kabul edilmez.”

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, kendisine bir sürü teslim edilen ortak, sürünün sele kapılarak ölmesi durumunda ortaya çıkan zarardan

¹¹³Gönenç, s. 85.

sorumlu tutulmayacaktır.

V. ACTIO PRO SOCIO

Ortaklar arasındaki iç ilişkiler şirketin yönetimi ve şirketin amacına ulaşılmasına uygun davranma yükümlülüğünde kendisini göstermektedir¹¹⁴. Ortakların iç ilişkileri bağlamında Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesinin genel davası *actio pro socio* 'dur. *Actio pro socio* kazancın dağıtımı, masrafların üstlenilmesi ve verilen zararların tazmini için ortakların birbirlerine karşı açabileceği dava olarak tanımlanır¹¹⁵. Ortaklardan biri borcunu ifa etmezse diğer ortaklar bir iyiniyet davası olan *actio pro socio* ile edimin ifa edilmesini talep edebilirlerdi¹¹⁶.

Ortakların birbirlerinden karşılıklı yükümlülüklerini yerine getirmelerini istemek için açabilecekleri bu davanın konusunu bir ortağın, diğer ortaklara karşı, ortaklık ilişkisinden dolayı borçlu olduğu her şey teşkil edebilirdi. Bir diğer ifadeyle, bu davanın konusunu kazancın paylaşılması ve masrafların üstlenilmesine ilişkin talepler oluşturabileceği gibi, işin yürütülmesi sırasında verilen zararların tazmini talepleri de oluşturabilirdi¹¹⁷. Bu davanın sonucunda ortağın dürüst davranmadığı ve kötüniyetli olduğu kanısına varılırsa *infamis* addedilmesi söz konusu olurdu. *Bona fides*'e uygun olarak edimlerini yerine getirmeyen ortak için ağır neticeleri olan böyle bir mahkûmiyet öngörülmüştü¹¹⁸. Çünkü ortaklar, şirketin yararına olabilecek her şeyi yapmakla yükümlü kılınmıştı¹¹⁹. Bu konu *Digesta*'da yer alan bir metinde ifade edilmektedir:

Digesta 17. 2. 52. 1 Ulpianus: “*Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides.*”

Digesta 17. 2. 52. 1 Ulpianus: “*Actio pro socio'da iyiniyet önemli bir unsurdur.*”

¹¹⁴ Atak, s. 77.

¹¹⁵ Berk Erişir, s. 216; Zimmermann, s. 462. *Actio pro socio*, Paulus tarafından *iudicium generale* (genel dava) olarak nitelendirilmiş olup, bir ortaklığın sona erdirilmesinden sonra kazanç ve zararların hesaplanmasına ilişkin olduğu ifade edilir (ayrıntılı bilgi için bkz. Atak, s. 113).

¹¹⁶ Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 175; Atak, s. 78.

¹¹⁷ Rado, Borçlar Hukuku, s. 114; Söğütü, s. 594.

¹¹⁸ Berger, s. 574; Erdoğan, Borçlar Hukuku, s. 99; Türkoğlu Özdemir, s. 18; Umur, Ders Notları, s. 372.

¹¹⁹ Atak, s. 114.

Actio pro socio, iki hususta önem taşımaktadır: Birincisi, Roma Hukuku'na göre *actio pro socio* şirketi sona erdiren nedenlerden biridir. Çünkü şirket devam ettiği sürece dava açılamazdı. Şirketin sona ermesi sonrasında, her bir ortağın sorumluluğu belirlenir ve borçlar ve alacaklar tasfiye edilirdi. Dolayısıyla da kalan ortaklar tarafından ortaklığın sürdürülmesi isteniyorsa yeni bir şirketin kurulması gerekirdi¹²⁰.

Konuyla ilgili ikinci önemli husus, ortaklık yükümlülüklerinin yerine getirilmesine ilişkindir. Roma'da her ortak, şirket muamelelerini tek başına yürütebilirdi. Bununla birlikte, Roma Hukuku'nda, doğrudan temsil tanınmadığı için, üçüncü kişilerle hukukî işlem yapan ortak, kendi namına alacaklı ve borçlu olur; bu alacak ve borçlardan dolayı her ortağa düşen payı onlara nakletmek borcu altına girerdi. Ancak, şirket ortakları bu yükümlülüklerini yerine getirmeyecek olurlarsa kendilerine karşı *actio pro socio* açılırdı¹²¹.

Actio pro socio'da mahkûmiyet açısından önem taşıyan bir diğer husus ise ortağın ancak malvarlığı oranında mahkûm olacağı kuralıdır (*beneficium competentiae*). Bir diğer ifadeyle, hâkim tüm ortakları olanakları ölçüsünde mahkûm etmekle birlikte, davalı durumunda olan her ortak bu imtiyazı talep etmeye yetkiliydi¹²². *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde bu konuya ilişkin düzenleme yer almaktadır:

Iustinianus Institutiones 4. 6. 38: “Sed et si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio iudicio societa-

¹²⁰Tahiroğlu, s. 238. Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesi, tarafların kişisel güvenine dayanan rızâî bir sözleşme olduğu için, ortaklardan birinin ayrılması, ölümü, iflası; şirket belirli bir süre için kurulmuşsa bu sürenin bitimi; sözleşmenin amacına ulaşılması ya da amaca ulaşılmasının imkânsız hale gelmesi ile kendiliğinden sona erer. Türk Hukuku'nda adi şirketin sona erme sebepleri Roma Hukuku'ndaki sona erme sebepleriyle büyük bir benzerlik göstermektedir. TBK 639. maddesi uyarınca ortaklık, “ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle; sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklardan birinin ölmesiyle; sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa bir ortağın kasıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle; bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle; ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle; ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla; haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla” sona erer (ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Societas*, s. 148-149).

¹²¹Umur, *Ders Notları*, s. 372; Watson, s. 146 vd.

¹²²Gönenç, s. 120; Söğütü, s. 591; Watson, s. 144.

tis agat, non plus actor consequitur quam adversarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.”

Iustinianus Institutiones 4. 6. 38: “Keza ana babasına veya patronus’una karşı dava ikame eden ve yine, şirket davası ile diğer ortak aleyhine davada bulunan kimse de davalının yapabildiğinden fazlasını elde edemez. Hibe sebebiyle dava edildiği zaman, vaziyet aynıdır.”¹²³

Şirketin sona ermesi halinde, ortakların, şirket malları üzerinde müşterek mülkiyetin tasfiyesini ve malların paylaşılmasını istemek için ise *actio communi dividundo* adıyla ifade edilen müşterek malların taksimi davasına başvurmaları gerekirdi¹²⁴. Şirketin tasfiyesi bakımından *actio pro socio* ve *actio communi dividundo* kendisine özgü işlevleri olan ve birbirlerinin tamamlayıcısı olan davalar olarak değerlendirilmektedir¹²⁵. Konuya ilişkin bir metin *Digesta*’da yer almaktadır:

Digesta 17. 2. 38. 1 Paulus: “Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli proculus ait.”

Digesta 17. 2. 38. 1 Paulus: “Eğer sen ve ben bir ortaklık kurmuşsak ve bu ortaklıktan elde edilen malların mülkiyeti müşterekse, Proculus’a göre ben, söz konusu mallar nedeniyle yaptığım tüm masrafları ve senin bu mallardan elde ettiğin tüm kârı, *actio pro socio* veya *actio communi dividundo* yoluyla geri alabilirim ve bu davalardan birinin açılması diğerini ortadan kaldırır.”

Ortakların birbirlerine masraf ve zararların tazmini ile yükümlü oldukları durumlar incelendiğinde ise ortaklardan birinin ortak amaç doğrultusunda yani şirketin menfaati için bir masraf yaptığında diğer ortaklara başvurabileceği anlaşılmaktadır. **Zimmermann** bunun gerçek anlamda bir zararın tazmini değil, sadece bu masrafı ortaklık adına yapılan bir harcama olarak kabul ederek diğer ortakların bu harcamayı paylaşması

¹²³Türkçe metin, Umur, Institutiones, s. 333.

¹²⁴Rado, Borçlar Hukuku, s. 150; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 177.

¹²⁵Gönenç, s. 128.

olarak değerlendirmektedir¹²⁶. Ortakların masrafları ödemediği durumlarda ise masrafı yapan ortak diğer ortaklara karşı *actio pro socio* veya duruma göre *actio communi dividundo*'yu açarak ödemiş olduğu miktar için onlara payları oranında rücu edebilirdi¹²⁷. Konuya ilişkin bir metin *Digesta*'da yer almaktadır:

Digesta 17. 2. 52. 4 Ulpianus: “*Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. dicit iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur: sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscerere debere rectissime iulianus probat. proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.*”

Digesta 17. 2. 52. 4 Ulpianus: “İki kişi, giyim ticareti işinde ortaklık kurmuştur. Bunlardan biri, malzeme satın almak amacıyla bir yolculuğa çıkmış, haydutların arasına düşmüş, parası çalınmış, köleleri yaralanmış, kişisel eşyasını da kaybetmiştir. Iulianus, zararın müşterek karşılanması gerektiğini ve bu nedenle ortağın, sadece paranın değil, bu yolculuğa çıkmasaydı yanında götürmeyeceği diğer eşyanın da kaybının yarısı için *actio pro socio* açma hakkına sahip olacağını, ancak ortak kendi için mal satın almak amacıyla yolculuğa çıkmışsa bunun geçerli olmadığını belirtir. Iulianus, tedavi için herhangi bir masraf yapılmışsa diğer ortağın da kendi payı oranında bundan sorumlu olduğunu haklı olarak savunur. Bu nedenle, mal kaybı gemi kazası sonucu meydana gelirse ve gemiyle taşınması alışılmış mallar söz konusuysa, her iki taraf da zararı karşılamak zorundadır; çünkü zarar, bir ortağın kusuru sonucu meydana gelmediği sürece, kârlar gibi

¹²⁶ Zimmermann, s. 461.

¹²⁷ Gönenç, s. 70.

müştereken paylaşılmalıdır”.

Bu örnekte, ortaklar giyim ticareti yapmaktadır. Ortaklardan biri yeni mal satın almak için çıktığı yolculukta, haydutların saldırısına uğrar. Yanında taşıdığı parayı ve kişisel eşyasını kaybeder; ayrıca, ona eşlik eden köleler de yaralanır. Seyahat eden ortak, ortaklık için malzeme satın almak üzere yola çıkmış olmasaydı bu eşyaları yanında götürmeyecekti. Bu nedenle *Iulianus*’a göre zarar paylaşılmalıdır. Bu zarar ortaklığa atfedilebilir; dolayısıyla diğer ortakların da zarara katılma yükümlülüğü vardır. Ancak bu görüş, Roma hukukçuları arasında tartışmasız kabul görmemiştir. Örneğin *Labeo*, ortaklık tarafından satış için tutulan bazı kölelerin kaçmasını engellemek isteyen bir ortağın yaralanması sonucu tedavi masrafları nedenine dayanan bir *actio pro socio* talebini reddetmiştir. Bu bağlamda, masrafların ortaklık olmasaydı ortaya çıkmayacağı gerekçesini yeterli bulmamış ve masrafların doğrudan ortaklık amaçları için ortaya çıkmış olması gerektiğini ifade etmiştir. **Zimmermann**’a göre, şirketin müşterek gayesi için yapılan masrafların telafi edilebileceği yaklaşımı kabul edilebilir nitelikte olmakla birlikte yine de son derece katı bir yaklaşım gibi görünmektedir¹²⁸. Bu konuya ilişkin metin *Digesta*’da yer almaktadır:

Digesta 17. 2. 60. 1 Pomponius: “*Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit, sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum negligentius administrasset: nam nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset.*”

Digesta 17. 2. 60. 1 Pomponius: “Bir ortak, ortaklık malvarlığına dâhil olan kölelerin kaçmasını engellemeye çalışırken yaralandığında *Labeo* bu nedenle yapılan tedavi masraflarının *actio pro socio* ile geri alınamayacağını söyler. Çünkü bu masraf, ortaklık nedeniyle yapılmış olsa da doğrudan ortaklık faaliyetinden kaynaklanmamıştır. Tıpkı bir kimsenin, ortaklık nedeniyle birini mirasçı atamaktan kaçınması, miras

¹²⁸ Zimmermann, s. 461.

bırakmaması veya ortaklık sebebiyle kendi mallarını daha ihmalkâr yönetmesi durumunda olduğu gibi; ortaklık dolayısıyla elde ettiği herhangi bir kazancı da ortaklık sermayesine koymak zorunda değildir. Örneğin, ortaklık nedeniyle mirasçı atanmışsa veya kendisine bu sebeple bir şey verilmişse, bunu paylaşmakla yükümlü tutulamaz.”

SONUÇ

Roma Hukuku'nda şirket ortaklarının birbirlerine karşı sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler Klasik Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'nde farklılık göstermektedir. Klasik Hukuk Dönemi'nde ortakların birbirlerine karşı sorumluluğunun daha hafif bir kapsamda düzenlendiği ve ortakların kural olarak *dolus*'tan sorumlu olduğu görülür. *Dolus*'tan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmaların ise geçerli sayılmayacağı kabul edilmiştir.

Dolus ölçütünün yanı sıra, istisnâ hallerde bazı sorumluluk ölçütleri de uygulanmıştır. Bu kapsamda, birkaç özel düzenlemeye göre, ortaklardan biri emeğini katılım payı olarak koymuş, fakat gerekli yeteneği göstermemişse *culpa* içerisinde değerlendirilen yeteneksizlikten (*imperitia*); ortağın biri ortaklık malına zarar vermişse *Lex Aquilia*'dan; ortak, ortaklık malının gözetimini üstlenmişse *custodia*'dan sorumlu tutulmuştur. Ortak girişime tahsis edilen malın yok olması halinde ise risk ortaklığı gereğince her bir ortağın buna katlanması gerekeceği kabul edilmiştir.

Iustinianus Dönemi'nde ise kusur sorumluluğu ilkesine ulaşılmış ve kusur sorumluluğu ilkesinin ölçütleri olarak *diligentia* (özen yükümü) ve *utilitas* (menfaat prensibi) bazı borç ilişkilerinde farklı ağırlıklarda kullanılmıştır. Kusur sorumluluğunun benimsenmesi ve bu ilke kapsamında kusurun *dolus* (kast) ve *culpa* (ihmal) olarak derecelendirilmesiyle birlikte, Klasik Sonrası Hukuk Dönemi ve *Iustinianus* Dönemi'nde ihmal kavramına gerekli özenin gösterilmemesi biçiminde aktif bir anlam verebilmek için *diligentia*'dan yararlanılmıştır.

Özen yükümünün yerine getirilip getirilmediği belirlenirken iki farklı sorumluluk ölçütü uygulanmıştır. Bunlardan birincisi, soyut ölçü (*diligentia diligentis/culpa in abstracto*) olarak nitelendirilen, ideal insan davranışını ifade eden, özenli ve dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen (*diligentia bonus pater familias*), diğeri ise somut ölçü (*culpa in concreto*) olarak nitelendirilen borçlunun kendi işlerini idare ederken göstermiş olduğu dikkat ve özendir (*diligentia quam in suis*).

Şirket ortakları için *omnis culpa* sorumluluğu kabul edilmiş, böylece *dolus*'un yanında *culpa* için genel bir sorumluluk belirlenmiştir. Hafif ihmalin belirlenmesinde ise somut bir ölçü kullanılarak, her ortak kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermekle sorumlu tutulmuştur. Şirket ortaklarının şirketi yönetirken kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermiş olmaları durumunda hafif ihmallerinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu bağlamda, *diligentia quam in suis*, ortakların sorumluluğunun hafifletilmesini de beraberinde getirmiştir.

Her ortağın kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermekle sorumlu tutulmasının temelinde, şirket sözleşmesinin kardeşlik hakkına, dostluğa ve güvene dayanan bir sözleşme olması yer almaktadır. Sorumluluk ölçüsünün hafif tutulmasının bir diğer sebebi de bir kimsenin kendi ortağını seçerken, ne kadar dikkatli olması gerektiğine kendisinin karar vermiş olmasıdır.

Şirket sözleşmesinde sorumluluğun belirlenmesinde, bazı sözleşmelerde sorumluluk ve hasarın taşınmasında *utilitas* (fayda ve menfaat) ilkesine göre tarafların sözleşmeden bir yarar sağlayıp sağlamadığına bakılarak borçlunun sorumluluğunun belirlenmesi de etkili olmuştur. *Utilitas* ilkesine göre, sözleşmeden menfaati olan tarafın sorumluluğu daha ağır takdir edilmiştir.

Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesinin genel davası *actio pro socio* olup, bu dava ile kazancın dağıtımı, masrafların üstlenilmesi ve verilen zararların tazmini talep edilebilirdi. Bu davanın sonucunda ortağın dürüst davranmadığı ve kötüniyetli olduğu kanısına varılırsa *infamis* addedilmesi söz konusu olurdu. Şirketin sona ermesi halinde ise ortakların, şirket malları üzerinde müşterek mülkiyetin tasfiyesini ve malların paylaşılmasını istemek için *actio communi dividundo* adıyla ifade edilen müşterek malların taksimi davasına başvurmaları gerekirdi.

Roma Hukuku'nda yer alan şirket sözleşmesine ilişkin hükümler Türk Hukuku'nun konuya ilişkin düzenlemeleri ile ele alındığında, benzer düzenlemelerin olduğu ve bu hükümlerin modern hukukun konuya ilişkin düzenlemelerinin temelini oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

Türk Hukuku'nda şirketler, adi şirket ve ticaret şirketleri olmak üzere iki gruba ayrılmakla birlikte, adi şirkete ilişkin hükümler, Roma Hukuku'ndaki *societas*'a ilişkin hükümlerle büyük bir benzerlik göstermektedir. Şirket sözleşmesi (*societas*); *affectio societatis* (ortaklık iradesi), müşterek gaye

ve ortaklık payı unsurlarından oluşmakla birlikte günümüz hukukundaki adi şirket gibi tüzel kişiliğe sahip değildi. TBK 620. maddesi uyarınca “adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Türk Hukuku'nda da müşterek gaye şirket sözleşmesinin unsurlarından olup, Roma Hukuku'nda olduğu gibi, müşterek gayenin kanuna ve ahlâka aykırı olmaması gerekir.

Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesi rızai bir sözleşme olup, kurulabilmesi için tarafların irade beyanları yeterlidir. Türk Hukuku'nda da adi şirketin kuruluşu özel bir şekle tabi tutulmamakta ve ortakların iradelerini sözlü olarak beyan etmeleriyle adi şirket kurulabilmektedir. Hatta zımnî irade beyanı dahi bazı hallerde şirket sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Sermaye olarak taşınmaz getirilmesi gibi bazı istisnâî durumlarda resmî şekle uyma mecburiyeti bulunmaktadır.

Roma Hukuku'nda her bir ortak şirketi yönetme ve temsil etme hakkına sahipti. Şirketin tüzel kişiliği olmadığı ve Roma'da doğrudan temsil bilinmediği için her ortağın yaptığı işlem kendisini bağlardı. Türk Hukuku'nda da şirket ortakları, üçüncü kişilerle olan hukukî işlemlerinde kendi adlarına hareket etmişlerse dolaylı temsil söz konusudur ve hukukî işleminden doğan hak ve borçlar işlemi yapan ortağa aittir. Bu ortak, Roma Hukuku'nda olduğu gibi, yaptığı hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını diğer ortaklara devretmek zorunda olmakla birlikte, Roma Hukuku'ndan farklı olarak, bu hukukî işlemi şirket adına yaptığını üçüncü kişilere bildirebilmektedir. Bu durumda doğrudan doğruya temsil söz konusu olmakta ve hukukî işlemin hüküm ve sonuçları doğrudan doğruya bütün ortakların şahsında doğmaktadır. Bu hukukî işleminden tüm şirket ortakları sorumludur.

Roma Hukuku'nda, şirketin amacını gerçekleştirmek üzere üçüncü kişilerle hukukî işlem yapan bir ortak, bu işlemin sonucunda elde ettiklerini payları oranında diğer ortaklara devretmekle mükelleftir. Ortaklar, şirket sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmezse bundan sorumlu olur. Türk Hukuku'nda da adi şirkette ortaklar, yaptıkları işlerden ve masraflardan dolayı birbirlerine karşı sorumludurlar. TBK 627. maddesi uyarınca “ortaklardan birinin ortaklık işleri için yaptığı giderlerden veya üstlendiği borçlardan dolayı diğer ortaklar, ona karşı sorumlu olurlar; bu ortağın, yönetim işleri yüzünden doğrudan doğruya uğradığı zararlar ile ortaklığın yönetiminden kaynaklanan tehlikeler sonucunda doğan zararları, diğer ortaklar gidermekle yükümlüdürler”.

Türk Hukuku'nda da Roma Hukuku'nda olduğu gibi ortaklar şirketin işlerini yaparken gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdürler. Şirket ortağı, kusurlu bir davranışıyla diğer ortaklara zarar verdiği takdirde bu zararları şahsen ödemek zorundadır. TMK 3. maddesi uyarınca “kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır”. Bu bağlamda, ortakların şirket işlerini iyiniyet kurallarına uygun olarak yapmaları ve basiretli bir tacir gibi hareket etmeleri gerekmektedir. Türk Hukuku'nda, Roma Hukuku'nun aksine soyut ölçünün kabul edildiği ve buradaki iyiniyetin objektif iyiniyet olduğu değerlendirilir. Kişinin, kendi işlerinde gösterdiği dikkati değil basiretli bir iş adamının göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermekle mükellef olduğu kabul edilir. Türk Hukuku'nda Roma Hukuku'ndan farklı olarak düzenlenen bir diğer husus ise Roma Hukuku'nda ortaklığa getirilen mallar üzerinde tüm ortaklar müşterek mülkiyet hakkına sahipken, Türk Hukuku'nda adi şirketlerde getirilen mallar üzerinde tüm ortaklar müşterek mülkiyet hakkına sahip olmayıp, elbirliğiyle (iştirak halinde) maliktirler.

Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesi, tarafların kişisel güvenine dayanan rızâî bir sözleşme olduğu için, ortaklardan birinin ayrılması, ölümü, iflası; şirket belirli bir süre için kurulmuşsa bu sürenin bitimi; sözleşmenin amacına ulaşılması ya da amaca ulaşılmasının imkânsız hale gelmesi ile kendiliğinden sona erer. Türk Hukuku'nda yer alan ve TBK 639. maddesinde düzenlenen adi şirketin sona erme sebepleri Roma Hukuku'ndaki şirket sözleşmesinin sona erme sebepleriyle benzerlik göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin, “Roma Hukuku’nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku’na Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, C. 5, S. 1-2, , ss. 137-151 [Societas].
- Akıncı, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, 10. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2019 [Borçlar Hukuku].
- Arangio-Ruiz, Vincenzo, La Società In Diritto Romano, Eugenio Jovene, Napoli 1950.
- Araz, Nilgün: “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C. 22, S. 1, ss. 171-218.
- Atak, Ali Selkor, Klasik Dönem Roma Hukukunda Ortaklık Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2004.
- Benke, N. /Stefan Meissel, F., Übungsbuch Römisches Recht, 6. Auflage, Manz Verlag, Wien 2003.
- Berger, A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953.
- Buckland W. W., Elementary Principles of the Roman Private Law, Cambridge at the University Press, Cambridge 1912.
- Cicero, Yükümlülükler Üzerine, Çev. C. Cengiz Çevik, İstanbul 2017.
- Colognesi, Luigi Capogrossi, “Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik”, Çev. Özcan Karadeniz Çelebican, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1993, C. 43, S. 1, ss. 299-311.
- Corbino, Alessandro, “Roma’da Arkaik ve Cumhuriyet Dönemlerinde, Anayasal-Politik Dengeler-Hukuksal Gelişim, Hukukçuların Hukuk Yaşamındaki Roller”, Çev. Özcan Çelebican, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C. 44, S. 1, ss. 61-78.
- Erdoğan, Belgin, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2005 [Borçlar Hukuku].
- Erdoğan, Belgin, “Klasik Roma Hukuku’nda Kusursuz Sorumluluk Örneği: Custodia”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt No. 1, İstanbul

- 2010, ss. 895-908 [Custodia].
- Gaius, Institutiones, Çev. Türkan Rado, Borçlar Kısımı, İstanbul 1953.
- Gordon, W.M./Robinson, O.F., The Institutes of Gaius, London 1997.
- Gönenç, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Şirket Akti, Der Yayınları, İstanbul 2004.
- Güvel, Övünç, “Roma Hukukunda Sorumluluk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 25, S. 2, ss. 375-404.
- Hausmaninger, Herbert “Diligentia Quam In Suis: A Standard of Contractual Liability from Ancient Roman to Modern Soviet Law”, Cornell International Law Journal, 1985, Volume 18, Issue 2, ss. 179-202.
- Iustinianus, Institutiones, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1968.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar Şahsın Hukuku-Hakların Korunması, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1983.
- Kunkel, W., An Introduction to Roman Legal and Constitutional History, Clarendon Press, Oxford 1966.
- Küçükgüngör, Erkan, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- MacCormack, G., “The Liability of Mandatary,” Labeo 18, 1972.
- Mayer-Maly, T. Römisches Recht, zweite, erweiterte Aufl., Wien-New York 1999.
- Mındız, Emine, “Roma Hukukuna Göre Sorumluluk Ölçütleri İçerisinde Imperitia’nın Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2021, S. 157, ss. 381-405.
- Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018 [Borçlar Hukuku].
- Savaş, Abdurrahman, “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur

- Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2022, C. 80, S. 2, ss. 537-582.
- Sayın Korkmaz, Bengi Sermet, Roma Hukuku'nda Civis (Vatandaş) Kavramı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 [Civis].
- Sayın Korkmaz, S. Bengi, Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum), Yetkin Yayınları, Ankara 2014 [Mandatum].
- Söğütlü Özlem, Roma Özel Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.
- Söğütlü Erişgin, Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2005.
- Talamanca, Mario, Istituzioni Di Diritto Romano, Giuffrè, Milano 1990.
- Türkoğlu Özdemir, G., Roma Hukuku'nda Infamia (Şerefsizlik), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Umur, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010 [Ders Notları].
- Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Yayınlar, İstanbul 1975 [Lügat].
- Watson, Alan, The Law of Obligations in the Later Roman Republic, Clarendon Press, Oxford 1965.
- Zilelioğlu, Hilal, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1082-1987, C. 39, S. 1-4, ss. 241-264.
- Zimmermann, Reinhard, The Law Of Obligations: Roman Foundations Of The Civilian Tradition, Oxford University Press, Oxford 1996.

1. Finansal Destek Beyanı | Financial Support Statement

Bu çalışma herhangi bir finansal destek almadan gerçekleştirilmiştir. | This research received no financial support.

2. Çıkar Çatışması Beyanı | Conflict of Interest Statement

Yazar, çıkar çatışması bulunmadığını beyan etmektedir. | The author declares no conflict of interest.

3. Etik Kurul Onayı | Ethics Committee Approval

Bu çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir. | Ethics committee approval was not required for this study.

4. Yazar Katkı Beyanı | Author Contributions

Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was solely authored by the writer.

5. Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı | Research and Publication Ethics Statement

Yazar, çalışmada akademik etik kurallara uyulduğunu ve herhangi bir etik ihlal bulunmadığını beyan etmektedir. | The author declares that all ethical guidelines for research and publication have been followed and that no violations have occurred.

6. İntihal Taraması ve Hakemlik Süreci | Plagiarism and Peer Review Statement

Makale, intihal programıyla taranmış ve çift kör hakemlik sürecinden geçmiştir. | This article was screened by plagiarism detection software and evaluated through a double-blind peer-review process.