

VEKÂLET SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA NOXAL SONUÇLU SÖZLEŞME - "HIRSIZ KÖLE OLAYI"

Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN*

I. Olay ve Sorunun Ortaya Konulması

Roma Hukuku'nda kölelik kurumu, bir yönüyle kölenin insan olma niteliğini bir yana bırakarak, ona hukuken eşya gözü ile bakmakta, ancak bir insanın eşya olarak görülmesindeki çelişkiyi aşamadığı için de kölenin suç (*delictum*) işleyebileceğini kabul etmekteydi. Böylelikle "eşyanın" "suç" işleyebileceği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Bu sonuç, kölenin bir sözleşmenin konusunu oluşturması ve sözleşme nedeniyle köleyi elinde bulunduran tarafa karşı bir *delictum* işlemesi halinde ise daha özellikli bir şekil almaktaydı. Çünkü böyle bir durum, Roma Hukuku'nun sözleşme ve haksız fiiller alanına egemen olan ilke ve kurumları ile çatışmaktaydı. Ancak, sorunun çözüme kavuşturulması gereği, Romalı hukukçuları ara bir çözüm bulmaya yöneltti ve *noxal* sonuçlu sözleşme kurumu ortaya çıktı.

Olay aslında basit gözükmemektedir: Bir Roma yurttaşı diğer bir Roma yurttaşına bir kölenin satın alınması konusunda vekâlet verir. Vekil görevini yerine getirir ve köleyi satın alır. Roma Hukuku'nda vekil ancak kendi adına ve müvekkili hesabına işlem yapabileceğinden, kölenin satın alınmasından sonra gerekli işlemle mülkiyetini de kazanır ve bu aşamada satın alınan köle, vekile ait bir malı çalar. Konu bu noktada karmaşık bir hal almakta ve sorun bilinen sorumluluk ilkeleri - sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk- ile çözülememektedir.

Sorunun neden sözleşme ya da haksız fiil kurallarına göre çözülemediğinin ortaya konulabilmesi için, önce kölenin hukukî durumunun belirlenmesi gerekmektedir.

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

Roma Hukuku'nda köle, hak ehliyetine sahip olmadığı halde, haksız fiil ehliyetine sahipti. Roma'da, günümüz hukuku anlamında, haksız fiil-suç ayırımı yapılmamış, kamu suçları (*delicta publica*)-özel suçlar (*delicta privata*) şeklinde bir ayırım yapılmıştı. Kamu suçu işlemesi durumunda köle, ölüm cezası ve benzerleri ile cezalandırılır ve bu ceza devlet organları tarafından uygulanırdı. Kölenin özel suç (kısaca *delictum*) işlemesi durumunda ise, kişisel öç ve kısas aşamalarında vücuduna el konulması, ihtiyari diyet ve zorunlu diyet aşamalarında ise *delictum* için belirlenen para cezasını ödemesi söz konusu olabilirdi. Ancak *delictum*'un kovuşturulmasına ilişkin bu aşamaların hiçbirisi kölenin hukukî durumuna uygun değildi. Çünkü, efendinin köle üzerindeki mutlak egemenliği nedeniyle köleye el konulması imkansızdı. Köle, hak ehliyetine sahip olmadığı için dava ehliyeti de yoktu ve bir *delictum* işlemesi halinde ona karşı dava açılması söz konusu olamıyordu. Köleye karşı dava açılmaması, kölenin *delictum*'u nedeniyle ortaya çıkan zarara, zarar görenin katlanması gibi adil olmayan bir sonuç doğuruyordu. Bu adaletsiz sonucu önlemek amacıyla hukuk düzeni, zarar görene, kölenin efendisine karşı açılacak bir dava hakkı tanıdı. Efendiye karşı açılan bu dava *noxal* dava, efendinin sorumluluğu ise *noxal* sorumluluk olarak adlandırılmaktaydı. *Noxal* sorumluluk gereğince, efendi ya *delictum* için belirlenen para cezasını ödüyor ya da suçlu köleyi zarar görene bırakarak sorumluluktan kurtuluyordu¹.

Olayımıza geri döndüğümüzde ise ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır: Kölenin satın alınması ve gerekli devir işlemi sonucu kölenin mülkiyeti, Roma'da doğrudan temsilin tanınmamış olması nedeniyle², vekile geçmekteydi. Dolayısıyla, burada hırsızlık suçunun işlendiği anda vekil malikti ve bu dava sadece malike karşı açılabilirdi için, müvekkile karşı yöneltilmesi mümkün değildi. Çünkü, müvekkil bu aşamada kölenin efendisi olmadığından *noxal* sorumluluk yoluyla vekilin zararı tazmin edilememekteydi. Eğer bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olmasaydı ve köle efendisine karşı bir suç işleseydi, burada sorun çıkmazdı. Çünkü efendinin, kölenin öldürülmesi de dahil bütün cezalandırma yöntemlerine başvurma hakkı vardı. Roma'da doğrudan doğruya temsil kurumu kabul edilmiş olsaydı, gene böyle bir sorunla karşılaşılmazdı. Çünkü, doğrudan doğruya temsil durumunda kölenin satın alınması ve gerekli devir işlemi ile müvekkil

¹ Karadeniz-Çelebican, Ö.: Roma Hukuku (Tarihî Giriş -Kaynaklar- Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku- Hakların Korunması), 7. basım, Ankara 2001, s. 139, 274-278; Kaser, M.: Das Römische Privatrecht (das altrömische, das vorklassische und klassische Entwicklungen), 1. Absch., 2. Aufl., München 1971, s. 163 vd.; Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 600-601; Biondi, B.: Noxa, NDI 12, Milano VTET, s. 449.

² Doğrudan temsilin tanınmamış olmasını Gaius, "Egemenliğimiz altında bulunmayan özgür kişiler aracılığıyla bir şey kazanamayız" sözleriyle belirtmektedir (Gai. Ins. II.95) (Bkz. Karadeniz-Çelebican, s. 263).

kölenin maliki olurdu ve zarar *noxal* sorumluluk hükümlerine göre karşılanabilirdi.

Vekâlet sözleşmesinden doğan davanın açılması durumunda ise, *delictum*'dan doğan zararın, sözleşmeden doğan dava ile istenmesi gibi Roma Hukuku sistemine yabancı bir durum ortaya çıkmaktaydı. Öte yandan, salt *noxal* dava olsaydı, müvekkil köleyi terkederek sorumluluktan kurtulabileceken, burada onu savunmak ve zararı tazmin etmek zorunda bırakılıyordu. Bu durum ise *noxal* davaya egemen olan, '*noxali iudicio inuitus nemo cogitur alium defendere*' (hiç kimse *noxal* davada başkasını savunmaya zorlanamaz) kuralına³ ve bu kuralın bir uygulaması niteliğinde olan '*kölenin efendisine kendi değerinden daha fazla bir zarar veremeyeceği*' kuralına ters düşmektedir.

Soruna ilişkin Roma Hukuku kaynaklarına bakıldığında ise, biri *Africanus*'a (D.47.2.62.5), diğeri ise *Paulus*'a (D.17.1.26.7) ait iki *Digesta* metni ile karşılaşılmaktadır. Aşağıda incelenen metinlerin her ikisinde de, müvekkil, kölenin hırsız olduğunu biliyorsa, vekâlet sözleşmesinden doğan dava (*actio mandati contraria*) ile vekilin hırsızlıktan doğan zararını gidermekle yükümlü tutuluyordu. Müvekkilin kölenin hırsız olduğunu bilmemesi durumunda ise, metinler arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. D.47.2.62.5 (Afr.)'de müvekkil, kölenin hırsız olduğunu bilsin ya da bilmesin, köleyi terketme hakkına sahip olmaksızın vekilin zararından sorumlu tutulurken; D.17.1.26.7 (Paul.)'de müvekkilin kölenin hırsız olduğunu bilmemesi durumunda köleyi *noxal* terketme hakkının bulunduğu kabul edilmekteydi.

Metinlerde yer alan görüş farklılığı ve gene metinlerde sözleşmeden doğan dava hakkı ile efendiye zarar veren köleyi terketme hakkının (*noxal* sonuçlu sözleşme) tanınmış olması, bunlar üzerinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Çalışmanın konusunu, yukarıda aktarılan soruna ilişkin metinler, metinler arasındaki görüş farklılığının nedenleri ve Romanistlerin Klasik Hukuk Dönemi'nde *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan davanın var olup olmadığı tartışmaları oluşturmaktadır.

II. Olaya İlişkin Metinlerin İncelenmesi

1. Africanus'un Metni

D.47.2.62.5 (Afr.): "*Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aequae dicendum sit omni modo damnnum praestari debere, et quidem*

³ D.9.4.33.1 (Pomp.); Biondi, Noxa, s. 450.

hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatam non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse contrahatur ipsis potius damnosam esse debere, nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret".

D.47.2.62.5 (Afr.): "Ancak vekâlet sözleşmesinden doğan davaya ilişkin olarak, zararın, her durumda tazmin edilmesi gerektiği hususunda kuşku duyduğunu söyler, acaba, bu, yukarıdaki davalardan daha geniş mi yorumlanmalıdır? Belli bir insanın (kölenin) satın alınması için vekâlet veren kimse, hırsız olduğunu bilmese bile, gene de zararı gidermekle yükümlü tutulmalıdır. Çünkü, haklı olarak, *mandatum*'u üstlenmemiş olsaydı, *procurator*'un bu zarara katlanmayacağı ileri sürülür. Bu, *depositum* (vedia) davasında daha açık gözükmektedir. Çünkü herhangi birine, kölesi aracılığı ile kölenin değerinden daha fazla bir zarar gelmemesi gerektiği haklı görülür. Gene de kendi yararı için değil de, sözleşme yaptığı kişinin yararı için üstlendiği görev, hiç kimse için daha fazla bir zarar getirmemelidir. Satış, kira, rehin gibi yukarıdaki sözleşmelerde, bile bile susan kişinin hilesinin cezalandırılması gerektiği söylendiği gibi, gene bunlarda daha çok kendileri için sözleşme yaptığı kimselerin kusurunun zarar vermiş olması gerekir. Çünkü kuşkusuz, vekâlet veren, kendisi için böyle bir kölenin satın alınması görevini verdiği için kusurludur ve benzer şekilde *vedia* verenin de dikkatli olmaması nedeniyle kusuru vardır".

Africanus'a ait olan ve *Julianus*'un görüşlerini aktaran bu metin gereğince müvekkil, belli bir kölenin satın alınmasını konu edinen vekâlet sözleşmesi bağlamında hırsızlık suçunun mağduru haline gelen vekilin zararını sözleşmeden doğan dava ile gidermekle yükümlü idi. Metne göre, müvekkilin kölenin hırsız olduğunu bilip bilmemesi sorumluluğun kapsamını belirleme ve sonuçlarını değiştirmede bir etkiye sahip değildi. Diğer bir deyişle, sözleşmeden doğan davanın *noxal* sonucu yoktu ve müvekkil, kölenin hırsız olduğunu bilsin ya da bilmesin, vekilin bu hırsızlık nedeniyle ortaya çıkan tüm zararını *actio mandati* ile gidermekle yükümlüydü.

Metinde iki farklı kuralın yinelenildiği görülmektedir. Bunlar; "hiç kimse, kölesinin haksız fiili nedeniyle kölesinin değerinden daha fazla bir zararı tazmin etmekle yükümlü tutulamaz" ile "hiç kimse, dostluğa, hatıra dayanılarak üstlenilen ve sadece sözleşmenin diğer tarafının yararının olduğu bir sözleşme dolayısıyla zarara katlanamaz"⁴ kuralıdır. Metinde yer alan "çünkü herhangi birine, kölesi aracılığı ile kölenin değerinden daha fazla bir zarar gelmemesi gerektiği haklı görülür. Gene de kendi yararı için değil de, sözleşme yaptığı kişinin yararı için üstlendiği görev, hiç kimse için daha fazla bir zarar getirmemelidir" ifadesinden hareketle, *Julianus*'un bu ilkelerden ikincisine üstünlük tanıdığı söylenebilir⁵. *Julianus*'a göre, vekilin katlanmak zorunda olmadığı bütün zararlar müvekkil tarafından üstlenilmelidir. Bunlardan birisi de, satın alınması hususunda yetki verilen kölenin vekile karşı işlediği hırsızlık suçu nedeniyle vekilin uğradığı zarardır.

2. Paulus'un Metni

Paulus'a ait olan ve *Neratius*'un görüşlerini aktaran diğer bir metinde ise aynı konunun farklı bir düzenlemesi ile karşılaşılmaktadır.

D.17.1.26.7 (Paul.): "*Sed servus, quem mandatu meo emerat, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet*".

D.17.1.26.7 (Paul.): "Eğer benim vekâletimle satın almış olduğun köle, senden bir şey çalmış olsa, *Neratius*, senin *actio mandati* açabileceğini söyler ve kölenin sana *noxa* olarak verilmesi gerekir, bunun, senin kusurunun dışında olması koşulu ile, eğer ben böyle bir köle olduğunu bilseydim ve onun hırsızlığından korunabilirdin diye sana önceden söylememiş olsaydım, o zaman senin menfaatin neyi gerektiriyorsa, sana o kadar ödenmesi gerekir".

⁴ *Utilitas* (yarar, fayda) ilkesi için bkz. **Kübler, B.:** Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, SZ 38, Weimar 1917, s. 73 vd.; **Nörr, D.:** "Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht", SZ 73, Weimar 1956, s. 68-119.

⁵ Aynı görüş için bkz. **Stein, P.:** Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, Edinburgh 1958, s. 155-156; **Pernice, A.:** LABEO, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Bd. II, 2, 1, Halle 1900, s. 228; **Buckland, W. W.:** The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908, s. 125; **Mac Cormack, G.:** "The Thievish Slave", RIDA 19, 3. Seri, Bruxelles 1972, s. 359; **Watson, A.:** Contract of Mandate in Roman Law, Oxford 1961, s. 161.

Neratius'a göre, satın alınması hususunda yetki verilen kölenin vekile karşı hırsızlık suçunu işlemesi durumunda, vekil vekâlet sözleşmesinden doğan davayı açma hakkına sahipti. Müvekkil ise, vekilin kendisine karşı açtığı *mandati contraria* davasında, köleyi zarar gören vekile bırakarak, daha ağır bir sorumluluktan kendisini kurtarabilirdi. Metnin ikinci bölümünde ise *Paulus*, vekalet verenin, kölenin hırsız olduğunu bilmesi durumunda *noxal* terketme hakkına sahip olmaksızın, sözleşmeden doğan dava ile zararını gidermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Sonuç olarak *Paulus*'un metninde, müvekkilin *noxal* terketme hakkına sahip olmaksızın vekilin hırsızlıktan doğan zararını *actio mandati* ile gidermesi gereği kölenin hırsız olduğunu bilmesi koşuluna bağlanmışken; *Africanus*'un metninde müvekkil, kölenin hırsız olduğunu bilsin ya da bilmesin, *noxal* terketme hakkına sahip olmaksızın vekilin zararından sorumlu tutulmuş ve sorumluluğun ağırlaştırılması sözleşmeden bir yarar elde etmeyen vekilin zarara katlanmaması gerektiği ilkesine dayandırılmıştır.

III. Görüşler

Metinlerin Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olup olmadığı, diğer bir ifadeyle, *noxal* sonuçlu sözleşme kurumunun bu döneme ait olup olmadığı tartışmasıyla birlikte, metinlerdeki görüş farklılığının nereden kaynaklanabileceğine ilişkin görüşlerin de irdelenmesi gerekmektedir.

1. Metinler Arasındaki Çelişkiye İlişkin Görüşler

Stein, D. 47.2.62.5 (Afr.) ile D. 17.1.26.7 (Paul.) arasındaki çelişkinin, metinler üzerinde çalışan *Compiler*'lar tarafından değil, Klasik Hukuk Dönemi'ne damgasını vuran *Sabinianus* Mektebi ile *Proculianus* Mektebi arasındaki görüş farklılığından kaynaklanabileceğini ileri sürmektedir⁶.

Yazara göre, her iki metinde de müvekkil, kölenin hırsız olduğunu bilmesi durumunda, *noxal* terketme hakkı olmaksızın, sözleşmeden doğan dava ile hırsızlık nedeniyle vekilin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü tutuluyor. Müvekkilin kölenin hırsız olduğunu bilmemesi durumunda ise, metinler arasında sorumluluğun kapsamı bakımından farklılık ortaya çıkıyor.

Stein, bu farklılığın *Sabinianus* Mektebine dahil olan *Julianus* ile *Proculianus* Mektebine dahil olan *Neratius* arasındaki anlaşmazlıktan kaynaklanabileceğini söylüyor. **Stein**, sorumluluk alanında kullanılan iki

⁶ **Stein**, s. 158-159; aynı görüş için bkz. **Lambert, J. N.**: "Une opposition peu connue entre Sabinien et Proculien", Studi in Onore di Emilio Betti, Vol. III, Milano 1962, s. 281 vd.

ilkenin aynı olayda karşı karşıya geldiğini, bu ilkelere her birinin ise Hukuk Mektepleri tarafından benimsendiği görüşündedir. Buna göre, *Julianus*, 'sözleşmeden yarar sağlayan tarafın, sözleşmeden hiçbir yarar elde etmeyen tarafın zararını gidermekle yükümlü olacağı ilkesini' benimserken; *Neratius*, 'delictum işleyen kölenin, bu fiil nedeniyle efendisine kendi değerinden daha fazla zarar veremeyeceği ilkesini benimsemiştir⁷.

Benzer bir yorum yapan *Medicus* da, her iki metnin bir yararın (*interesse*), bir talebin korunmasına yönelik görüş farklılığını ortaya koyduğunu belirtmektedir⁸.

*Basilika*⁹'da her iki metin bağdaştırılmaya çalışılmış ve *Africanus*'un metninin belli bir kölenin (*certum hominem*) satın alınmasını; *Paulus*'un metninin ise herhangi bir kölenin satın alınmasını konu edindiği şeklinde bir yorum getirilmiştir. Buna göre, müvekkil belli bir kölenin satın alınması konusunda vekili yetkilendirdiği için, kölenin vekile verdiği bütün zararlardan sorumludur. Çünkü, müvekkil, bu kölenin hırsız olduğu hakkında bilgi sahibi olmadığı için kusurludur. Herhangi bir kölenin satın alınmasını konu edinen vekâlet sözleşmesinde ise vekil, köleyi satın alırken gerekli araştırmayı yapmalıydı. Araştırma yapmadan hırsız bir köle satın aldığı için kusurludur, dolayısıyla, ancak *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan dava ile zararının giderilmesini talep edebilir.

Böyle bir yorum, sorumluluğu kusura dayandırmaya çalışan *Basilika* öğretisine uygun düşmekte, fakat Klasik Hukuk Dönemi'ndeki sorumluluk anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü, Klasik Hukuk Dönemi'nde müvekkilin sorumluluğu *custodia* (gözetim)¹⁰ sorumluluğu idi ve bu dönemde kusur henüz böylesine teknik bir anlam kazanmamıştı. Kusur (*culpa*) kavramı yeterince tanımlanmamış, kimi metinlerde *culpa* ile her türlü kusur (kasıt ve ihmal) belirtilmişti. Ayrıca, bu dönemde *culpa*'nın derecelendirilmesi de (*culpa levis*, *culpa lata* gibi) yapılmamıştı¹¹. Klâsik-Sonrası Hukuk Dönemi'ni etkileyen Doğu Roma Öğretisi, *culpa lata* ve *culpa levis* ayrımını yaparak, bu kavramları tanımlama yoluna gitmiştir¹².

⁷ Stein, s. 158-159.

⁸ *Medicus, D.*: Id Quod Interest, Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln 1962, s. 195, dn. 26. 197.

⁹ Bas. 60.12.61 (Kübler, s. 97, dn.1'den naklen).

¹⁰ *Custodia* sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zilelioğlu, H.: Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1985.

¹¹ Lenel, O.: "Culpa lata und culpa levis", SZ 38, Weimar 1917, s. 270-271.

¹² Lenel, SZ 38, s. 271.

Noda¹³, *Africanus*'un metninde, belli bir kölenin satın alınması konusunda yetki veren müvekkilin *custodia* sorumluluğu nedeniyle sözleşmeden doğan dava ile vekilin zararını gidermesi durumunun düzenlendiğini; herhangi bir kölenin satın alınmasını konu edinen *Paulus*'un metninde ise, herhangi bir kölenin hırsız çıkması riskini vekilin taşıması gereğinden hareket edildiğini ve dolayısıyla da kölenin hırsız olduğunu bilmemesi durumunda *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan dava ile sorumlu tutulacağı hususunun düzenlendiği görülmektedir.

2. Metinlerin Hangi Döneme Ait Olduğuna İlişkin Görüşler

İlgili metinler üzerinde *Compiler*'ların çalıştıkları Romanist'ler¹⁴ tarafından kabul edilmekle birlikte, tartışma, Klasik Hukuk Dönemi'nde *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan davanın kabul edilip edilmediği konusunda ortaya çıkmaktadır.

Bir görüşe göre, Klasik Hukuk Dönemi'nde *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan davanın açılabilceği, dolayısıyla metinlerde bu konuyla ilgili bölümlerin *interpolatio*¹⁵'ya uğramadığı ve Klasik Dönem hukukçularının görüşlerinin *Compiler*'lar tarafından korunduğu savunulurken; diğer görüşe göre, Klasik Hukuk Dönemi'nde *noxal* sorumluluğun salt haksız fiil davalarına özgü olduğu, *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan davaya *Iustinianus* Dönemi'nde izin verildiği, dolayısıyla bu metinlerin *interpolatio*'ya uğradığı ileri sürülmektedir.

¹³ **Noda, R.:** Die Haftung des Auftraggebers für Schäden des Beauftragten. Zur Entstehung des § 650 (3) des japanischen BGB, Fukuoka-Symposium 1991, s. 210-211.

¹⁴ Metinlerin dil açısından değerlendirilmesi ve hangi cümlelerin *interpolatio*'ya uğradığı ve eklenen kelimelerin hangileri olduğu doğrultusundaki açıklamalar için bkz. **Lenel, O.:** *Africans Quästionen Versuch einer kritischen Palingenesie*, SZ 51, Weimar 1931, s. 47; **Eisele, H. J.:** *Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars*, AcP 84, Leipzig 1895, s. 328, 341, 344; **Bund, E.:** *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln 1965, s. 59-60; **Honsell, H.:** *Quod Interest im Bonae-Fidei-Iudicium*, Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1968, s.158, dn. 37; **Thomas, J. A.:** "Pro Noxal Surrender", *Labeo Rassegna di Diritto Romano* 17, Napoli 1971, s. 27 vd.; **Stein**, s. 155-156; **Pernice**, s. 228-229; **Watson**, s. 160-161.

¹⁵ *Interpolatio*: M. S. 527 yılında Doğu Roma İmparatorluğu'nun başına geçen imparator *Iustinianus*, eski büyük Roma İmparatorluğu'nu yeniden canlandırmak amacıyla bir kanunlaştırma hareketine girişti. Bu kanunlaştırma hareketinde Klâsik Dönem hukukçularının eserleri esas alındı. Klâsik Dönem hukukçularının eserlerini derleyen ve *Compiler* olarak adlandırılan hukukçular, Klâsiklerin eserlerini özgün haliyle *Iustinianus* Dönemi'ne aktarmadılar. *Compiler*'lar, *Iustinianus* Dönemi'nde geçerli olan hukuk düşüncesine, gelişen ve değişen toplumsal koşullara uygun olarak, bu eserlerde eklemeler, çıkarmalar, değişiklikler yaptılar. *Compiler*'lar tarafından Klâsik Hukuk Dönemi'ne ait metinlerde yapılan bu ekleme, çıkarma ve değişiklikler *interpolatio* olarak adlandırılmaktadır (**Karadeniz-Çelebian**, s. 42 vd. özellikle s. 54-55).

a) Klasik Hukuk Dönemi'ne Ait Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüşü benimseyen yazarlardan **Stein**, metinlerin *interpolatio*'ya uğradığını kabul etmekle birlikte, aynı zamanda da Klasik Hukuk Dönemi hakkında bir görüntü sunduğunu ileri sürmektedir. Hukukçuya göre, D. 47.2.62.5 (Afr.)'in ilk bölümü Klasik Hukuk Dönemi'ne aittir, metnin ikinci bölümünde ise *Compiler*'lar tarafından işlendiğini gösteren çeşitli eklemeler yer almaktadır¹⁶.

Yazar, *interpolatio*'ya uğramadığını ve dolayısıyla da *Julianus*'un görüşlerini aktardığını ileri sürdüğü D. 47.2.62.5 (Afr.)'in birinci bölümünden hareketle, *Julianus*'un, vekilin hırsızlıktan kaynaklanan zararının vekâlet sözleşmesinden doğan dava aracılığıyla müvekkil tarafından, kölenin hırsız olduğunu bilsin ya da bilmesin, giderilmesi gerektiği görüşünde olduğunu; D.17.1.26.7 (Paul.)'den hareketle ise, *Neratius*'un müvekkilin bilgisi olmaması durumunda, köleyi terketme hakkını tanıyan sözleşmeden doğan davaya izin verilmesi gerektiği görüşünde olduğunu kabul etmektedir¹⁷.

Bu görüşü savunan yazarlardan **Kübler**, D. 47.2.62.5 (Afr.)'de yer alan ve müvekkili, kölenin hırsızlık niyetini bilsin ya da bilmesin, terketme hakkı olmaksızın *actio mandati contraria*'yla sorumlu tutan cümlelerin Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, vekil, üstlendiği işi müvekkilin menfaati doğrultusunda ücretsiz olarak yerine getirmekle yükümlü olduğu için, bir yarar elde etmemekteydi. Vekâlet sözleşmesinden sadece kendisi yarar elde eden müvekkil ise, Klasik Hukuk Dönemi'nde kasıt (*dolus*) ve ihmal (*culpa*) yanında, beklenmeyen halden de (*casus*) sorumluydu. Klasik Hukuk Dönemi'nde hırsızlık *casus* sayıldığına göre vekilin, müvekkilin terketme hakkı olmaksızın sözleşmeden doğan dava ile zararının giderilmesi, bu dönemin sorumluluk anlayışına uygun düşmektedir¹⁸.

Medicus¹⁹, D. 47.2.62.5 (Afr.)'in *Compiler*'lar tarafından çalışıldığını gösteren birçok izler taşıdığını, fakat her durumda "*non suscepisset*"²⁰

¹⁶ "*Iustissime* ile başlayan ve *apparere* ile biten cümlelerin *Compiler*'lara ait olduğunu belirten cümle" için bkz. s. 155; "*procurator* kelimesinin bu dönemde vekil anlamında kullanılmadığı ve bir ekleme olduğunu belirten cümle" için bkz. s. 155; diğer sözleşmeler ile vekâlet sözleşmesini karşılaştıran metnin ikinci bölümünün *Compiler*'ların ürünü olduğu görüşü için ise bkz. s. 156.

¹⁷ **Stein**, s. 156, 161.

¹⁸ **Kübler**, s. 94-95.

¹⁹ **Medicus**, s. 195.

²⁰ Bkz. Vekâlet ve vediaanın karşılaştırıldığı cümlelerin başladığı kısım.

kadar olan bölümün Klasik Hukuk Dönemi'nin düşüncesini içerdiğini ve bu kısımda *interpolatio* olmadığı görüşündedir.

Bu görüşe katılan yazarlardan **Buckland**, *noxal* terketmeye izin veren sözleşmeden doğan dava kurumunun Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olduğu, metinlerde Klasik Dönem hukukçularının görüşlerinin korunduğu ve *interpolatio*'ya uğrayan kısımların *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan davaya ilişkin olmadığı görüşündedir²¹.

Buckland'a göre, vekil, müvekkile karşı vekâlet sözleşmesinden doğan davayı açarak, hırsızlık nedeniyle ortaya çıkan zararının tazmin edilmesini isteme hakkına sahipti. Müvekkilin kölenin hırsız olduğu hakkında bir bilgisinin varlığı ya da yokluğu, onun sorumluluğunu belirlemede etkili değildi. Müvekkil, köleyi terketme hakkına sahip olmaksızın ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlüydü. Çünkü, vekil, ücretsiz olarak üstlendiği iş nedeniyle bir zarara uğramamalıydı²². Hırsızlıktan doğan dava (*actio furti*) bu olayda açılmazdı. Çünkü, hırsızlık suçunun işlendiği anda, hırsızlığın mağduru hırsızın malikiydi ve bu durum *actio furti*'nin açılmasını engellerdi²³.

Ayrıca, **Buckland**, belli bir kölenin satın alınmasını konu edinen D. 47.2.62.5 (Afr.)'den hareketle, müvekkilin böyle bir kölenin satın alınması konusunda talimat verdiği için kusurlu olduğunu, dolayısıyla *noxal* terketme hakkının bulunmadığını ileri sürmektedir. **Buckland** görüşüne dayanarak olarak, hırsız bir kölenin satın alınması doğrultusunda talimat veren müvekkil ile hırsız bir köleyi saklanması için vedia verenin aynı şekilde kusurlu olduğunu belirten D. 47.2.62.5 (Afr.)'in son cümlesini almaktadır²⁴.

D. 47.2.62.5 (Afr.): "... Çünkü kuşkusuz, vekâlet veren, kendisi için böyle bir kölenin satın alınması görevini verdiği için kusurludur ve benzer şekilde vedia verenin de dikkatli olmaması nedeniyle kusuru vardır."

Ancak, bu cümlenin *interpolatio* ve sorumluluğu kusur temeline dayandırmaya çalışan *Compiler*'ların bir ürünü olduğu kabul edilmekte; müvekkilin *noxal* terketme hakkı olmaksızın sorumlu tutulması ise, kusurlu davranışıyla değil, vekilin sözleşmeden bir yarar elde etmemesiyle açıklanmaktadır²⁵.

²¹ **Buckland**, *Slavery*, s. 124-126.

²² **Buckland**, *Slavery*, s. 124-125.

²³ **Buckland**, **W. W.:** *Digest XLVII 2 (De Furtis) and the Methods of the Compilers*, TvR 10, Groningen 1930, s. 123-124.

²⁴ **Buckland**, *Slavery*, s. 125.

²⁵ Bkz. **Kübler**, s. 97-98; **Bund**, s. 90; **Nörr**, s. 95-96; **Stein**, s. 156; **Medicus**, s. 196.

Buckland'ın görüşlerine benzer bir görüş ileri süren **Mac Cormack**'a göre, müvekkil, vekili, belli bir köleyi satın almakla görevlendirirken, bu köle hakkında gerekli soruşturmayı da yapmak zorundaydı. Müvekkilin, kölenin karakteri hakkında yeterli bilgiyi edinmemesi halinde kusur söz konusuydu ve bu durumda, vekilin, hırsızlık nedeniyle ortaya çıkan zararının, sözleşmeden doğan dava gereğince giderilmesi gerekiyordu²⁶.

b) Iustinianus Dönemi'ne Ait Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüşün en güçlü temsilcisi olan **Biondi**'ye göre, *noxal* terketmeye izin veren sözleşmeden doğan dava fikri Klasik Hukuk Dönemi'ne değil, *Compiler*'lar Dönemi'ne aittir. Klasik Hukuk Dönemi'nde bir sözleşmeye dayanarak köleyi elinde bulunduran tarafa karşı, kölenin hırsızlık suçunu işlemesi durumunda, sözleşmenin diğer tarafı hırsızlık suçunun işlendiğini biliyorsa, ona karşı hırsızlıktan doğan dava (*actio furti*); bilmiyorsa *noxal sonuçlu* hırsızlıktan doğan dava (*actio furti noxalis*) açılırdı²⁷.

Biondi'ye göre, Klasik Hukuk Dönemi'nde köleyi terketme hakkı tanıyan sözleşmeden doğan dava söz konusu olamazdı. Çünkü, *noxal* terketme salt haksız fiil davalarına özgü idi. Ancak, *Compiler*'lar Klasik Hukuk Dönemi'nde haksız fiil alanında kalan ve haksız fiilden doğan davanın mı yoksa sözleşmeden doğan davanın mı açılacağına saptanmasında güçlük çekilen bu tür olayları sözleşme alanına aktarmak istediler ve *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan davayı yaratarak, bunu, bu tür olayların düzenlendiği metinlere yerleştirdiler. Bu metinlere göre, eğer efendi kölenin hırsız olduğunu biliyorsa (*dominus sciens servum furem esse*), mağdurun hırsızlıktan kaynaklanan zararını sözleşmeden doğan dava ile gidermekle yükümlü tutuldu. Kölenin hırsızlığını bilmemesi (*dominus ignorans*) durumunda ise, ona karşı *noxal* terketme hakkı tanıyan sözleşmeden doğan dava açılıyordu²⁸.

Bu görüşe katılan hukukçulardan **Heldrich**, Roma Hukuku'nda doğrudan temsil bilinmediği için, geçici de olsa kölenin maliki olan vekile *actio furti noxalis*'i açma hakkının tanınması gerektiğini ve başka bir hukukî araçla da vekilin zararının giderilemeyeceğini belirtmekte ve D. 47.2.62.5 (Afr.)'in *interpolatio*'ya uğradığını ileri sürmektedir²⁹.

²⁶ **Mac Cormack**, s. 360-361.

²⁷ **Biondi**, B.: *Iudicia Bonae Fidei* I, Palermo 1920, s. 97 vd.

²⁸ **Biondi**, *Iudicia*, s. 97 vd., s. 106.

²⁹ **Heldrich**, K.: *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig 1924, s. 25-26.

Heldrich, *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan dava kurumunun Klasik Hukuk Dönemi'ne ait olduğunu savunan görüşü, vekâlet sözleşmesinde masraf ve zarar ayrımı yaparak çürütmeye çalışmaktadır. **Heldrich**'e göre, vekil, üstlendiği iş nedeniyle iradî olarak kendi malvarlığında bir eksilmeye neden olmuşsa, bu eksilme bir masraftır. Doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre bu masrafların zorunlu olduğu kabul ediliyorsa, vekil bunları müvekkilden talep edebilir. Satın alınması için vekâlet verilen kölenin vekile karşı hırsızlık suçunu işlemesi ise, vekilin iradesi dışında malvarlığında ortaya çıkan bir eksilmedir. Bu eksilme, masraf değil, zarardır. Bu tür bir zararın ise, vekâlet sözleşmesinden doğan dava ile giderilebileceği düşüncesi Klasik Hukuk Dönemi'ne yabancındır^{30, 31}.

Heldrich, D. 17.1.26.7 (Paul.)'nin ise *interpolatio*'ya uğradığını, fakat içerik olarak Klasik Dönemi yansıttığı görüşündedir. Yazara göre, "... *Neratius ait mandati actione te consecuturum ...*" "**Neratius**, senin *actio mandati* açabileceğini söyler ..." ifadesinde yer alan *mandati actione*, *interpolatio*'dur. Burada aslında olması gereken dava adı *actio furti*'dir (hırsızlıktan doğan dava). Buna göre, müvekkil kölenin hırsızlığını bilmiyorsa *noxal sonuçlu actio furti*'den sorumludur. Eğer biliyorsa, bu durumda ne sözleşmeden ne de hırsızlıktan doğan dava açılır, sadece iyiniyete aykırı davranışlara karşı açılan *actio de dolo* söz konusu olabilir³².

IV. Sonuç

Roma Hukuku, kanunlarla değil, *Praetor*'ların hukuk yaratması ve hukukçuların faaliyetleri ile gelişmiştir. Özellikle Klasik Hukuk Dönemi olarak adlandırılan ve günümüz hukuk düzenlerini de etkileyen dönemde hukukçuların hukuk hayatına çok önemli katkıları olmuştur.

Roma Hukuku'nun gelişimini sağlayan hukukçular, belli bir yöntem kullanmamış ve her biri, kendine özgü bir çalışma biçimi benimsemiştir. Hukukçular önlerine gelen somut olay bağlamında hukuksal faaliyette buldukları için, aynı olay için farklı önerilerin getirildiğini ve görüş farklılıklarının olabileceğini metinlerden anlıyoruz. Bu durumun farklı felsefi görüşe sahip *Sabinianus* ve *Proculianus* olarak adlandırılan iki Hukuk Mektebinin de ortaya çıkmasına yol açtığı bilinmektedir.

³⁰ **Heldrich**, s. 26-27.

³¹ Klasik Hukuk Dönemi'nde müvekkilin sorumluluğunun *custodia* sorumluluğu olması ve müvekkile bir kusur atfedilmese dahi vekilin uğradığı zarardan belirli bir sınıra kadar (sınır mücbir nedendir) sorumlu olması nedenleriyle bu görüşe katılmak mümkün değildir (aynı doğrultuda bkz. **Eisele**, s. 345; **Kübler**, s. 94).

³² **Heldrich**, s. 30.

Bu nedenle, metinler arasında Klasik Hukuk Dönemi'ne ilişkin görüş farklılıklarının bulunması doğal bulunabilir. Bu durum, söz konusu metinlerin Klasik Dönem hukukçularının görüşlerini yansıttığı görüşüne katılmak için yeterli görülebilir. Metinler üzerinde *Compiler*'lar tarafından çalışıldığı konusunda bir şüphe bulunmadığına göre, *Compiler*'ların neden metinleri eşgüdümlü bir hale getirmediği sorusu akla gelmektedir. *Compiler*'lar, metinlere *Iustinianus* Dönemi düşüncesine uygun olarak kusur ilkesini yerleştirirken, aynı zamanda da Klasik Dönem hukukçuları arasındaki görüş farklılığına işaret etmek ve bunları korumak istedikleri düşünülebilir. Kaldı ki, metinlerdeki görüş farklılığı, vekilin zararının hangi dava ile giderileceği sorunundan değil, sözleşmeden doğan davada müvekkilin *noxal* terketme hakkı olmaksızın sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan koşulları belirleme sorunundan kaynaklanmaktadır.

Sonuç olarak, somut olay adaletini gerçekleştirmek için Klasik Dönem hukukçularının *noxal* sonuçlu sözleşmeden doğan davaya izin verdikleri söylenebilir. Hırsızlığın mağduru olan vekil, hırsızlık suçunun işlendiği anda, şeklen de olsa, hırsız kölenin maliki olduğu için *noxal sonuçlu* haksız fiil davasını açamıyordu. Çünkü, bu dava sadece kölenin efendisine, yani malike karşı açılabilirdi. Kölenin hırsızlığı nedeniyle efendiye (malike) karşı dava açılmasının kökeninde, efendinin köle üzerindeki mutlak egemenliğinin zedelenmemesi ve fakat mağdurun da zararının karşılanması gerektiği düşünceleri yatmaktaydı³³.

Klasik Hukuk Dönemi'nde hem malik hem de mağdur (zarar gören) sıfatlarını aynı anda taşıyan vekilin *actio furti noxalis*'i açamaması engelinin, somut olay adaletini gerçekleştirmek amacıyla, sözleşmeden doğan davaya *noxal* etki tanınması yoluyla aşılmaya çalışıldığı görüşü akla yatkin gelmektedir.

³³ Biondi, Noxa, s. 449; Buckland, Slavery, s. 112-113.

KISALTMALAR

Absch.	: Abschnitt
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
Afr.	: Africanus
Aufl.	: Auflage
Bas.	: Basilika
Bd.	: Band
Bkz.	: Bakınız
D.	: Digesta
dn.	: dipnot
Gai.Ins.	: Gaius Institutiones
M. S.	: Milattan Sonra
NDI	: Novissimo Digesto Italiano
Paul.	: Paulus
Pomp.	: Pomponius
RIDA	: Revue internationale des droits de l'antiquité
s.	: sayfa
SZ	: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
TvR	: Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis
Vol.	: Volume

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Berger, A.:** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953
- Biondi, B.:** Iudicia Bonae Fidei I, Palermo 1920 [Iudicia]
- Biondi, B.:** Noxa, NDI 12, Milano VTET, s. 449-450 [Noxa]
- Buckland, W. W.:** Digest XLVII 2 (De Furtis) and the Methods of the Compilers, TvR 10, Groningen 1930, s. 117-142
- Buckland, W. W.:** The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908 [Slavery]
- Bund, E.:** Untersuchungen zur Methode Julians, Köln 1965
- Eisele, H. J.:** Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars, AcP 84, Leipzig 1895, s. 319-357
- Heldrich, K.:** Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, Leipzig 1924
- Honsell, H.:** Quod Interest im Bonae-Fidei-Iudicium, Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1968
- Karadeniz-Çelebican, Ö.:** Roma Hukuku (Tarihî Giriş -Kaynaklar-Genel Kavramlar- Şahsın Hukuku- Hakların Korunması), 7. basım, Ankara 2001
- Kaser, M.:** Das Römische Privatrecht (das altrömische, das vorklassische und klassische Entwicklungen), 1. Absch., 2. Aufl., München 1971
- Kübler, B.:** Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, SZ 38, Weimar 1917, s. 73-113
- Lambert, J. N.:** "Une opposition peu connue entre Sabiniens et Proculiens, Studi in Onore di Emilio Betti, Vol. III, Milano 1962, s. 279-296
- Lenel, O.:** Afrikans Quästionen Versuch einer kritischen Palingenesie, SZ 51, Weimar 1931, s. 1-53
- Lenel, O.:** Culpa lata und culpa levis, SZ 38, Weimar 1917, s. 263-290 [SZ 38]
- Mac Cormack, G.:** The Thievish Slave, RIDA 19, 3. Seri, Bruxelles 1972, s. 345-365
- Medicus, D.:** Id Quod Interest, Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln 1962

Noda, R.: Die Haftung des Auftraggebers für Schäden des Beauftragten. Zur Entstehung des § 650 (3) des japanischen BGB, Fukuoka-Symposium 1991, s. 207-231

Nörr, D.: Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, SZ 73, Weimar 1956, s. 68-119

Pernice, A.: LABEO, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Bd. II, 2, 1, Halle 1900

Stein, P.: Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law, Edinburgh 1958

Thomas, J. A.: Pro Noxal Surrender, Labeo Rassegna di Diritto Romano 17, Napoli 1971, s. 16-32

Watson, A.: Contract of Mandate in Roman Law, Oxford 1961

Zilelioğlu, H.: Roma Hukukunda Gözetim (Custodia) Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1985