

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU'NUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Yrd. Doç. Dr. Fulya İlçin GÖNENÇ*

Tüm hukuk sistemleri ve öncülleri olan normlar, toplumsal çevrenin ve ona hizmet eden sosyal düzen kurallarının¹ bir sonucudur. Antik Yunan ve Roma Hukuku da iyi-kötü, doğru yanlış, yapılması uygun olan veya yasaklananın belirlenmesi yoluyla insan ilişkilerini düzenleyen, yönlendiren, denetleyen kuralları yaratan sosyal düzene dayalı şartlar içinde gelişmişlerdir.

Eski Önasya belgelerinin ortaya çıkması, çok daha önceki devirlerde toplum içi adaleti sağlamaya yönelik yazılı yasaların ve yargı sisteminin varlığını ortaya koymuştur². Yazılı hukuk kurallarının ortaya çıkması hukukun evrimi açısından çok önemli bir aşamadır. Örf ve adet veya teamül hukuku olarak adlandırdığımız yazılı olmayan kurallar, toplumda kendi kendine oluşan ve sürekli yinelenerek yerleşen adetler, yazılı yasaların temelinde yer almaktadır. Genel olarak ilkel toplumlarda kuralların ihlalinin hukuk dışı toplumsal kontrol ile önlenmeye çalışıldığı gözlenmiştir. Diğer yandan tanrı veya tanrıların buyruğu olarak görülen bu kurallara uyma zorunluluğu olduğuna inanılması da toplum düzeninin sağlanmasında etkili olmuştur. Roma devlet yapısının varlığını ve bütünlüğünü koruyucu nitelikteki inanç ve faaliyetlerden oluşan Roma dini

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bilge, N., Hukuk Başlangıcı, Ankara 2007, s. 14.

² Dinçol, B., Eski Önasya Toplumlarda Suç ve Ceza Kavramı, İstanbul 2003, s. 1 vd.

toplum düzeninin korunmasında büyük işleve sahip olduğu gibi³, Roma'nın ilk hukukçuları da *pontifex* adı verilen rahiplerdir. Rahip hukukçuların hukukun her alanına yayılan tekeli faaliyetleri MÖ. 300 yıllarına kadar devam etmiştir⁴. *Ius Civile*'nin rahiplerin elinden çıkararak, hukuk ilminin laik karakter kazanmasını hızlandıran süreçle birlikte, hukuk alimleri gittikçe artan bir hızla hukuku geliştirmişler ve bir kaç yüz yıl sonra en yüksek aşamasına ulaştırmışlardır⁵.

Bize Roma hukuku hakkında bilgi veren hukuk kaynakları siyasi dönemlere göre halk meclisi kararları yani kanunlar (*lex*), praetor beyannameleri, senatus kararları, hukukçuların beyannameleri, imparator emirnameleri, Iustinianus döneminde *Corpus Iuris Civilis*'in bölümleri olmakla birlikte, en eski hukuk döneminde hiç şüphesiz hakim olan teamül hukukudur. Bilinen Roma tarihinin ilk kanunlaştırma hareketi olan XII Levha Kanunu (MÖ 449-451), Romanın o döneme özgü toplumsal sorunlarının bir ürünüdür⁶. Kunkell'in belirttiği gibi XII Levha Kanunu'nun asıl rolü Roma'nın kültürel tarihini gözler önüne sermesidir⁷.

Yunan hukuk öğretisinin ilk kaynakları, yazılı kanunlardan çok mitolojiye dayanır. Mitolojide geçen masalarda yer alan ibret dersleri antik yunanın toplumsal normlarına ışık tutmaktadır. İyi ahlak ve erdem,

³ Dürüşken, Ç., Roma Dini, İstanbul 2003, s. 1.

⁴ Tahiroğlu, B./Erdoğan, B., Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, İstanbul 2005, s. 51; Umur, Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi, İstanbul 1974 (Roma Hukuku), s.182.

⁵ Umur, Roma Hukuku, s. 186.

⁶ "XII Levha Kanunu (*Lex Duodecim Tabularum*), Cumhuriyet döneminin başında güçleri artan *patricius*'lar soylular sınıfı ile *pleb*'ler avam sınıfı arasındaki toplumsal ve siyasal çatışmanın ve bunun yol açtığı sınıf kavgalarının *pleb*'lerce kazanılmış sonuçlarından biridir." Karadeniz-Çelebican, Ö., Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Ankara 2003, s. 76.

⁷ Kunkell, W., An Introduction To Roman Legal And Constitutional History, Clerandon 1973, s. 135.

tanrıların takdirini kazanmak için gerekli olduğu gibi, gazaplarından korunmanın da bir yoludur⁸.

“İyi” kavramından hareketle oluşan ve hukuktan önce var olan ahlak, otonom bir yapıya sahip olması ile hukuktan ayrılırken, olması gerekeni gerçekleştirme düşüncesi ile hukuka paralellik arzeder. Hukukun biçimsel karakteri içinde sayabileceğimiz kural koyma ve (zorlayıcılığa bağlı olarak ortaya çıkan) yaptırımın yine biçimsel olarak ahlakta da bulunması, ahlakın toplumsal yapının şekillenmesinde önemli rol oynamasına yol açar.

Antik Yunan ve Roma yapısal farklılıklara sahip olmakla birlikte, toplumsal barışı korumaya yönelik kural koyma eğilimi sonucunda, haksız fiil sorumluluğunun gelişimi bakımından kayda değer benzerlikler göstermektedir⁹.

Bugün haksız fiil olarak nitelendirdiğimiz Roma'nın “*delictum*” kavramı, toplumsal barış ve güvenliğin sağlanarak, toplumun en iyi halinin açığa çıkmasını ve bu halin devamını temsil ederek, toplumun onayladığı ya da yapılmasını kınadığı davranışlarla özdeşleşir¹⁰.

⁸ Hesiodos “İşler ve Günler” de (yunanca “Ergo kai Hemerai” adlı eseri Romalılar latinceye “Operae et Dies” olarak tercüme etmişlerdir): “ Hak ve ölçü dışına çıkmamak insan için baş kuraldır, yalnız hayvanlar uymaz bu kurala. Kral-yargıçların ve Perses’in kulaklarına küpe olsun bu sözler: Haksızlık yolu suç yoludur, suç işleyen cezasını bulur (202-285)” demektedir. Ona göre “Zeus’un koyduğu yasalardan kaçılmaz, Prometheus efsanesi buna bir örnektir (42-201)”. Bkz. Hesiodos, “İşler ve Günler Üzerine”, Hesiodos ve Eserleri, çev. Sabahattin Eyüboğlu - Azra Erhat, Ankara 1977, s. 86.

⁹ Suçluyu zarar görenin intikam hisleri ile karşı karşıya bırakan yöntemin yerini para cezalarının alması, kusura dayanan sorumluluk ölçütlerinin kabulü, adaletin sağlanmasında hakkaniyetin oynadığı rol bakımından benzer bir gelişmeyi izlemek mümkündür. Konuya ilişkin olarak iki hukuk sisteminin farklılık ve benzerlikleri hususunda bkz. Madden, S., The Greco-Roman Antecedents of Modern Tort Law, ExpressO Preprint Series, 2005, Berkley Electronic Press, paper 823, s. 2 vd.

¹⁰ Madden, s. 56.

Sadece Roma'nın “*delictum*” una dayanarak, bugünkü “haksız fiil” kavramını açıklayabilmek mümkün olmadığı gibi, gerek Roma hukukunda gerekse modern hukukta “haksız fiil sorumluluğunu” tam olarak açıklayan bir tanıma rastlamak da güçtür.

Genellikle, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin tanımlar; ya hukuki işlemlerden doğan borçlarda borçlunun sorumluluğu ile karşılaştırma yapmak ya da haksız fiil unsurlarından yola çıkarak sorumluluğun genel esaslarını belirlemek suretiyle yapılmaktadır.

Postema haksız fiil uygulamasının, kayda değer tek bir açıklamayla tanımlanamayacak derecede heterojen bir yapıya sahip olduğunu belirtir. Yazara göre kendisi için inşa ettiğimiz tanım kutusuna rağmen, haksız fiil balonu yer yer bu kutudan taşmaktadır¹¹.

Haksız fiil sorumluluğunu “sadece belli bir alacaklıya karşı değil, herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki görevin ihlali yüzünden doğan zararı tazmin yükümü¹²” olarak tanımladığımızda, “uyulması gereken genel davranış kurallarının” varlığını da kabul etmiş oluruz. İşte bu noktada ve kavramın tarihsel gelişiminde, yunan felsefesinin katkıları göz ardı edilemez¹³.

Felsefi düşünce sisteminin temelini oluşturan yunan düşünürleri, hukuki bir perspektiften olmasa da, hukukta er-geç yer bulacak, dürüstlük, adalet, etik (ahlak) gibi temel kavramları incelemiş ve geliştirmişlerdir. Sokrat'a (Socrates MÖ. 470-399) göre erdemli ve ahlaklı bir yaşam ancak güven ve düzenin var olduğu, kanunlara uyulan bir toplumda sürdürülebilir¹⁴. Denkleştici ve paylaşımcı adalet kavramları günümüzde

¹¹ Postema, G. J., *Philosophy and The Law of Torts*, Cambridge 2002, Introduction.

¹² Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A., *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 475.

¹³ Bu konuda bkz. Madden, s. 6 vd.

¹⁴ Sokrat'a göre adalet; “yalan söylememek, başkalarını zarara sokmamak ve kendi cinsinden olanları köle haline getirmemektir”. Bununla birlikte Sokrat; “cesareti kırılmış orduya cesaret vermek için komutanın söylediği yalanı, umutsuzluk içindeki bir dostun

halen tartışılan Aristo (Aristoteles MÖ. 384-322), adaletin değerini açıklamakla birlikte, cezaların suçlarla orantılı olması gerektiğini de belirtmektedir¹⁵. Hukukun amacı, Aristo'nun dar anlamıyla "hakkaniyet" olarak ayırt ettiği adalettir. Romalılarda, adalet konusunda Roma'ya oldukça benzer yunan şehir devletlerinin hukuk deneylerini tahlil eden Aristo'nun eserlerinin yanısıra stoisyen ahlakın ve tabii hukukun izlerini bulmak mümkündür¹⁶.

Romalı hukukçular, Yunan filozoflarından öğrendikleri analiz ve sentez tekniğini kullanarak olayları hukuki çözüme bağlamayı ve yaratılan yeni kavramların bir sistem içinde yer almasını sağlamışlardır¹⁷. Haksız fiil sorumluluğunun düşünsel alt yapısını hazırlayan yunan düşüncesi ve (Roma kanunlarının öncesinde yer alan) antik yunan hukukunun en eski kanunlaştırmalarının¹⁸ yanında, Romalıların masaya getirdiği elbette ki sadece kavramı düzenleme ve sistemli bir hale getirmekten ibaret değildi.

kendisini öldürmesini engellemek için silahlarını çalmayı ya da yenilgiye uğrayanın topraklarını zaptederek halkını tutsak haline getirmeyi" adaletsizlik olarak görmez. Sena, C., Filozoflar Ansiklopedisi, Cilt 4, İstanbul 1976, s. 267.

¹⁵ Aristo adaletin değerini tasvir ederken "ne akşamın yıldızı, ne sabahın güneşi adalet kadar hayranlık ve takdire layıktır" demektedir. Ona göre adalet iki çeşittir; 1. Onur ve servet... gibi şeylerin paylaşılmasında eşitliği korumaktan ibaret olan adalet, 2. Alışveriş, borç verme ve alma, ücret...vb. gibi sosyal uyumalarda, cinayet ve suçlara engel oluşlarda eşitlik gösteren adalet. Sena, C., Filozoflar Ansiklopedisi, Cilt 1, İstanbul 1976, s. 110.

¹⁶ Villey, M., Roma Hukuku Güncelliği, çev. Bülent Tahiroğlu, İstanbul 2000, s. 57.

¹⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, önsöz XV.

¹⁸ Yunanistan'da MÖ. 621'de yapılan Draco Kanunu'nun yerine MÖ. 594'te Solon Kanunları yapılmıştı. XII Levha Kanununun yapılması sırasında Romalıların Yunanistan'a bu kanunları incelemesi için heyet gönderdikleri ifadesi pek çok kaynaktan yer almakla birlikte (bu konuda bkz. Madden, s. 28 vd.), XII Levha Kanunu üzerindeki Yunan etkisi çok tartışılan bir konudur. Yunan şehirlerine heyet gönderilerek özellikle kanun tekniği, konuların sıralanması hakkında araştırma yapılmış olması mümkün olmakla birlikte, kanunun özellikleri bakımından Romaya özgü olduğu açıkça görülür (bkz. Tahiroğlu/Erdoğan, s. 39-40, dn. 4). Villey, "Roma hukukunun bu ilk nazari kanunlaştırma hareketinin kökeninde Yunan etkisine inanıyoruz" ifadesini kullanmaktadır (s.20). Umur'a göre, Yunanistan'a bir heyet gitsin veya gitmesin, o dönemde *Quirites*

Biz burada haksız fiil sorumluluğunun modern hukuktan zaman zaman ayrılmakla birlikte ona kaynaklık eden Roma hukuku temellerini belirlemeye çalışacağız.

Çağdaş hukuklardan farklı olarak, Roma'da haksız fiil (*delictum*) ve suç (*crimen*) arasında kesin bir ayırım gözetilmemiştir¹⁹. Ceza hukuku, *ius poenale (criminale)* terimi klasik hukukçular için yabancı bir kavramdır²⁰. Bununla birlikte Roma'da en eski devirlerden itibaren kamu yararını ihlal eden suçlar ile sadece fertlerin yararına aykırı olan fiiller ayırımı yapılmıştır²¹.

Topluma zarar verdiği, kamu yararına aykırı olduğu kabul edilen bu suçların takibi ve cezai yaptırımı bağlanması devletin görevleri arasındaydı. Romalıların *delictum publicum* (kamu haksız fiilleri) ya da *crimen* (kamu suçları) olarak adlandırdığı bu haksız fiiller vatana ihanet, düşmanla işbirliği yapmak, devlet başkanına suikast, aile reisinin öldürülmesi gibi kamu yararını çok ağır biçimde zedelediği kabul edilen az sayıdaki fiiller ile sınırlıydı²². Krallık döneminde bir kamu suçu kralın iradesi ile bu niteliği alır ve cezalandırılırdı. Krallık döneminden sonra bu yetki *imperium*'a sahip *magistra*'lara geçti. Zaman içinde kamu düzenini

hukukunda yunan etkisini hatırlatacak en ufak bir ize rastlamak mümkün olmadığı gibi, esasen XII Levha Kanunu'nun metni, onu yunan veya başka bir hukukla karşılaştıracak ölçüde geniş değildir .Roma Hukuku, s. 172-173..

¹⁹ *Delictum* kavramı, klasik hukuk döneminde özel hukuk suçları içinde değerlendirilen, haksız fiil işlemiş olan aleyhine bu fiilden zarar gören kimse lehine bir para cezası ödeme borcu doğuran haksız fiiller olarak kullanılmıştır. *Delictum* ve *crimen* kavramları için bkz. Umur, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1984 (Lügat), s. 51, 56. Berger, A., Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philedelphia 1953, s. 418, 430.

²⁰ Wilinski, A. "Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı", çev. Belgin Erdoğan, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1983, Cilt 1, Sayı 1, s. 329.

²¹ Erdoğan, B., Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, s.120; Tahiroğlu, B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, s. 291; Wilinski, s. 329.

²² Karadeniz-Çelebican, s. 248; Somer, P., Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı, İstanbul 2008, s. 12.

ihlal eden ve *civitas* aleyhine bir tecavüz sayılan “*crimen*”, halk meclisleri daha sonra *Quaestio* adı verilen mahkemelerce takip olunan kamu suçlarıdır. *Quaestiones* mahkemelerinin her biri, bir kanun tarafından tespit edilmiş belli bir suç tipine bakmaktaydı. Zaman içinde yeni suç tipleri ortaya çıktığı gibi, cezalarda da farklı uygulamalar gündeme gelmiştir. Ceza hukuku kavramlarında, ilk imparatorluk döneminde başlayan değişiklik ve genişlemeler, son imparatorluk döneminde de devam etmiştir. Bu dönemin en belirgin özelliği cezai fiillerin sayısındaki artış ve sosyal yaşamın ceza hukuku kurallarıyla donatılmasıdır²³. Görüldüğü gibi, zaman içinde Devletin artan gücüyle suç teşkil eden fiillerin sayısı artmakla birlikte, kamu suçları (*delicta publica*), özel suçlar (*delicta privata*) ayırımı Iustinianus döneminde dahi varlığını korumuştur²⁴.

Romanın ilk dönemlerinde, bugün devletin yetkili organları tarafından kovuşturulan pek çok suçun (örneğin hırsızlık) takibi sözkonusu suçun mağduru tarafından yapılırdı. Kişisel menfaatleri ihlal eden suçlar (*delicta privata*), devlete yönelik bir tecavüz olarak kabul edilmediklerinden, kişisel öç almaya dayanan özel koruma düzeni tüm şiddeti ile uygulanabilmekteydi²⁵. Kişisel öç alma şeklindeki yaptırım sisteminin topluluk içinde barış ve güven etkeni olmaktan çok, kuşaklararası bir çatışmaya dönüştüğünün anlaşılması sonucunda devletin kişiler arasındaki uyuşmazlıklara kısmen de olsa müdahalesi sonucunda kısas usulüne geçilerek, hukuka aykırı fiil ile yaptırımı arasındaki olası orantısızlık önlenmeye çalışılmıştır. Kısas usulü, eski hukukların genelinde uygulanan ve zarar gören kimsenin intikam duygularını tatmine yönelik bir prensiptir. Prensibi XII Levha Kanununda (tab. VIII, 2-4) cismani

²³ Bu konuda bkz. Wilinski, s. 335 vd..

²⁴ Karadeniz-Çelebican, s. 248.

²⁵ Tüzel, S., Hukuk Başlangıcı, İzmir 1967, s. 46.

zararlar bakımından “*ni cum eo pacit*; taraflar anlaşamazlarsa” kaydıyla hafifletilmiş şekilde bulmak mümkündür. Taraflar mevcut zararın para ile tazmini konusunda anlaşabilirlerse yani işi diyetle bağlayabilirlerse, kısas usulü uygulanmayacaktır²⁶.

Görüldüğü gibi, Romanın en eski kanunlaştırma hareketi olan XII. Levha Kanunu’nun bazı hükümlerinde kişisel intikam usulünün izleri bulunmakla birlikte, aynı zamanda daha ileri fikirlere yönelik bir yaklaşımın izlerini bulmak da mümkündür²⁷. İlerleyen dönemlerde taraflarca tespit edilen nakdi bir cezanın, para cezasının ödenmesi uygulaması yerleşmiştir²⁸. İhtiyari diyet usulu olarak adlandırılan bu usul ile karşı tarafın intikamının sonuçlarını önlemek isteyen suçlu veya grubu, intikamdan vazgeçmeleri için zarar gören tarafa uzlaşma, karşılık teklif etme yoluna gitmişlerdir²⁹. Devletin müdahale etmesi ile birlikte, bu gelişmeyi zorunlu diyet usulü izlemiştir³⁰.

Nihayet haksız fiillerin yaptırımını dava sonucunda (*actio poenalis*) hakim tarafından tayin edilen para cezalarına dönüşmüştür³¹. Haksız fiil

²⁶ Schwarz, A., Roma Hukuku Dersleri, çev.Türkan Rado, İstanbul 1965, s. 70.

²⁷ Schwarz, s. 70.

²⁸ Rado,T., Roma Hukuk Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 1997, s. 180; Erdoğan, s. 121.

²⁹ Bu gelişmeyi esas alarak, borcun (*obligatio*) kaynağını haksız fiil sorumluluğuna dayandıran görüşe göre; başlangıçta suç ve haksız fiil hallerinde başvuru bu usul, sonradan her türlü uzlaşma ve akit hallerinde de kullanılmıştır. Buna göre suçun intikam sonuçlarından kurtulmak isteyen suçlu veya grubu bir karşılık verme yükümlülüğü altına girmekle taraflar arasında bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Başlangıçta haksız fiil hallerinde başvuru bu usulün daha sonra her türlü uzlaşma, akit hallerinde kullanıldığı şeklindeki bu görüş, borcun kaynağının kökeninin akitte aranması gerektiğini savunanlarca eleştirilmiştir. Onlara göre, ihtiyari diyet usulünün tarafların anlaşması, uzlaşmasına dayanması sebebiyle, doğan borç da akitten doğan borç olarak kabul edilmelidir. Bkz. Rado, s. 9.

³⁰ XII. Levha Kanunu’nda ihtiyari diyet yanında bazı suçların işlenmesi halinde ödenmesi gereken para miktarlarının belirlendiği görülmektedir. Erdoğan, s. 121.

³¹ Tahiroğlu, s. 292.

işleyen cezalandırılması amacı güden bu davalarda öngörülen para cezaları genellikle meydana gelen zararın belli katları olarak belirlendiğinden mevcut zarar miktarını aşması söz konuydu³². Mağdurun sadece maruz kaldığı zarara eşit bir tazminat değil, bunun dışında bir ceza talep etmesi şeklindeki bu uygulama, devletin sosyal düzene yönelik tüm tecavüzleri cezalandıracak kadar güçlü ve teşkilatlı olmadığı dönemlerden kalma sınırsız intikam döneminin izlerini taşımaktadır³³.

Aynı zamanda, para cezaları devlete değil haksız fiilden zarar gören kişilere ödendiği için haksız fiillerden doğan zararın tazmin edilmesi de sağlanıyordu³⁴. Zaman içinde bazı haksız fiiler için öngörülen ceza davalarının yanı sıra, meydana gelen zararın tazmini için ayrıca tazminat davası (*actio rei persecutoria*) açma olanağı da sağlanmıştı³⁵. Iustinianus döneminde ortaya çıkan karma davalar (*actiones mixtae*) ise hem cezalandırma hem de zararın tazmini işlevine sahip olmuştur³⁶.

Fail ile zarar gören arasında bir borç ilişkisinin kurulması sonucunu doğuran haksız fiiller, Roma hukuk metinlerinde borç doğuran kaynaklar arasında yer almaktadır³⁷. Bu noktada, borç doğuran kaynakların

³² Suçüstü hırsızlık halinde, hırsız *actio furti manifesti* ile çaldığı şeyin değerinin dört katını ödemeye mahkum edilirdi. Suçüstü olmayan hırsızlık halinde açılan *actio furti nec manifesti* ile çalınan malın değerinin iki misli para, ceza olarak alınırdı. Erdoğmuş, s. 124; Tahiroğlu, s. 299.

³³ Villey, s. 123.

³⁴ Karadeniz-Çelebican, s. 250; Rado, s. 181.

³⁵ Hırsıza karşı bir ceza davası olan *actio furti*'nin yanı sıra, hırsızlık nedeniyle verilen zararın tazminine yönelik olarak bir tazminat davası olan *conductio furtiva* açma olanağı da vardı. Karadeniz-Çelebican, s. 250.

³⁶ Umur, Lügat, s. 15.

³⁷ Gaius Ins. 3,88; "*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*"; "her borç ya bir akitten veya bir haksız fiilden doğar".

D.44.7.1.pr.; "*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*"; "Borçlar ya bir akitten ya bir haksız fiilden veyahut da çeşitli sebeplerden doğarlar".

tasnifi bakımından Roma hukuku ile modern hukuklar arasındaki paralellik dikkat çekicidir³⁸. Haksız fiilden doğan borç, sözleşmeden veya daha geniş bir ifade ile hukuki işleminden doğan borçtan farklı olarak bir tazminat borcudur, bir sorumluluk halini ifade eder³⁹.

Roma hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel bir kural yoktur. Praetorlar ve özel kanunlar tarafından düzenlenen haksız fiiller bir yana bırakılırsa, *Ius Civile* tarafından unsurları belirlenen ve yaptırıma bağlanan dört haksız fiil tipi vardır: bunlar, hırsızlık (*furtum*), haksız olarak başkasının malına verilen zararlar (*damnum iniuria datum*), gasp (*rapina*) ve kişiliğe tecavüz (*iniuria*) fiileridir. Ancak bu listeye praetor'ların devamlı olarak dava hakkı verdikleri belirli sayıdaki yeni haksız fiilleri de eklemek gerekir⁴⁰. Hile (*dolus*), tehdit (*metus*) ve alacaklılardan mal kaçıрма (*alienatio in fraudem creditorum*) praetorların tanıdıkları haksız fiillerdir. Roma'da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak, genel bir prensipten söz etmek mümkün olmamakla birlikte, belirtilen haksız fiiller için öngörülmüş unsurlara dayanarak, genelleme yapmak ve haksız fiil sorumluluğunun temel şartlarını belirlemek bir ölçüde mümkündür⁴¹.

Haksız fiil kavramı ve sorumluluğu konusuna sistemli bir yaklaşımdan çok uzak olmasına rağmen, dönemi bakımından dikkat çekici

Ins. 3,2; “*Sequens divisio in quattuor species diducitur aut enim ex contractu sunt quasi aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*”; “Aşağıdaki tasnif bunları dört nev'e ayırır: ya akitten ya akit benzerinden, ya haksız fiilden veyahut da haksız fiil benzerinden doğarlar.”

Metinler için bkz. Rado, s. 50-51.

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 474.

³⁹ Borç ile bu anlamdaki sorumluluğun birbirinden ayrı iki kavram olarak ortaya konması Cermen hukukundan gelmektedir. Romalılar da böyle bir ayırım mevcut değildir. Bu konuda bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 21.

⁴⁰ Villey, s. 122. Praetor hukukunun tanıdığı haksız fiiller için bkz. Schulz, F., *Classical Roman Law*, Oxford 1954, s. 600 vd..

⁴¹ Karadeniz-Çelebican, s. 250.

özellikleri olan XII Levha Kanunu ile başlayan süreç, haksız fiillere ilişkin özel şartlara yer veren ve başkasının malına verilen zararların tazmin şeklini düzenleyen *lex Aquilia*⁴², nın yürürlüğe girmesi (M.Ö. 286 yılında) ile büyük bir aşama kaydetmiştir. Günümüz haksız fiil sorumluluğuna ilişkin temel esaslar bu çerçevede oluşturulmuştur⁴³.

Birinci ve üçüncü faslında mala verilen zararları düzenleyen *lex Aquilia*'nın tanıdığı davanın (*actio legis Aquilia*) açılabilmesi için aranan üç unsurdan ikisi (ortada bir zararın olması ve zararın haksız olarak meydana gelmesi unsurları) günümüz sorumluluk hukukuna kadar taşınmıştır, zararın failin müspet bir hareketi, doğrudan mala temas yoluyla verilmesini (*corpori corpore*) arayan nedensellik bağı şartı ise henüz klasik dönemde hafifletilmiştir⁴⁴.

Praetörlerin bu ve benzeri dar şartları hafifletmeleri ve sorumluluk konusunda kanunun uygulama alanını genişletmeleri sayesinde kanun, başkasının malına verilen her türlü zararları kapsadığı gibi, mala verilen zararları aşarak, hür bir insanın yaralanması durumunda da uygulanabilme olanağı kazanmıştır⁴⁵. *Lex Aquilia*'dan doğan dava, Iustinianus hukukunda, akit dışı verilen zararlar için bir tür genel tazminat davası niteliğine sahip olmuştur⁴⁶.

⁴² Kanun üç bölümden oluşmaktaydı: Birinci bölümde başkasına ait bir kölenin ve sürü hayvanının öldürülmesinden, ikinci bölümde alacaklının zararına hileli bir şekilde borçluyu ibra etmiş olan *adstipulator*'dan ve üçüncü bölümde köle ve hayvanların yaralanmasından ve mallara verilen her türlü zarardan söz edilmekteydi. Bu konuda bkz. Somer, s. 6 vd.; Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 953 vd.

⁴³ Erdoğmuş, s. 126.

⁴⁴ Koschaker, P./Ayiter, K., *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Anahatları*, İzmir 1993, s. 267.

⁴⁵ *Actio legis Aquiliae utilis* için bkz. Schulz, s. 591.

⁴⁶ Rado, s. 193; Tahiroğlu, s. 307.

Görüldüğü gibi lex Aquilia'nın tanıdığı davanın açılabilme şartlarını kapsayan ve diğer hukuk kaynaklarında yer alan Roma hukukundaki haksız fiil şartlarını ile Borçlar Kanunumuzun 41. maddesinden yola çıkarak aradığımız sorumluluk şartları tamamen örtüşmektedir⁴⁷.

İlk olarak, işlenen fiil haksız, yani hukuka aykırı olmalıdır (hukuka aykırılık unsuru): Romalılara göre haksız fiilden söz edebilmek için öncelikle başkasına ait bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir (Kendi hakkını kullanan başkasına zarar vermiş sayılmaz; *qui suo iure utitur neminem laedit*)⁴⁸. Romalılar, lex Aquilia'nın tanıdığı davanın bir şartı olarak aradıkları hukuka aykırılığı (*iniuria*) genel olarak tanımlamış (Ins 4.4.pr.), meşru müdafaa, ıztırar hali gibi hukuka aykırılığı gideren halleri de tespit etmişlerdir. Digesta'da konuya açıklık getiren pek çok metin yer almaktadır⁴⁹. Diğer yandan Romalılar bu unsuru haksız fiil ehliyeti olmayanları sorumluluktan kurtarmak için de kullanmıştır⁵⁰. Ulpianus *iniuria*'nın kusurlu hareket sonucu verilen zarar olarak anlaşılması gerektiğini belirterek, bir akıl hastasının verdiği zarar için *actio legis Aquiliae*'nin açılmayacağını, bu durumun damdan kiremit düşmesi veya bir hayvanın hareketi ile verilen zarardan farklı olmadığını söylemektedir (D.9.2.5.1-2).

İkinci olarak, günümüzde olduğu gibi Romada da haksız fiil nedeniyle tazminat borcunun doğabilmesi için bir zararın meydana gelmiş olması gerekir. Roma hukuku maddi zarar bakımından fiili zarar (*damnum*

⁴⁷ Haksız fiil sorumluluğunun doğması için gerekli şartlar TBK. nun 41/I. maddesinde belirtilmektedir. Bu madde hükmüne göre: "gerek kasden, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile bir zarar ika eden şahıs o zararı tazmine mecburdur."

⁴⁸ Umur, Roma Hukuku, s. 500.

⁴⁹ Bkz. Somer, s. 22 vd.

⁵⁰ Erdoğan, s. 128.

emergens) ve yoksun kalınan kar (*lucrum cessans*) ayırımını yaptığı gibi⁵¹, klasik hukuk döneminde praetorların ve hukukçuların faaliyetleri sonucunda zarar kavramı, kişilere karşı girilen manevi tecavüzleri de içine alacak şekilde genişlemiştir⁵².

Sorumluluğun diğer bir şartı, haksız fiil ile meydana gelen zarar arasında bir neden-sonuç ilişkisinin (illiyet, nedensellik bağı) bulunmasıdır. Lex Aquilia, failin verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için zararın doğrudan doğruya mala temas yoluyla (*damnum corpori corpore datum*) verilmesini arıyordu. Bu şarta göre başkasına ait bir kayığın ipini keserek kayığın batmasına neden olan bir kimse kayığın batmasından değil, sadece ipi kesmekten dolayı sorumlu tutulabilirdi. Daha sonra, doğrudan değil fakat dolayısıyla zarara sebep olma halinde lex Aquilia'dan doğan davaların kıyasen (*actio legis Aquiliae utilis*) veya *in factum*⁵³ olarak açılacağı kabul edildi⁵⁴.

Pek çok Digesta metninde konuyu farklı yönleriyle ele alan Romalılar, ilk dönemlerde çok dar tuttıkları nedensellik bağını giderek genişleterek günümüz uygulamasına yaklaşmışlardır. Romalılara göre işlenen fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağını tespit etmek, yani zararın işlenen fiilden doğup doğmadığını belirlemek zor ve incelikli bir iştir ve genellikle bu tespit somut olayı inceleyen hâkimin takdirine bırakılır⁵⁵.

Haksız fiilin diğer bir şartı olan hukuka aykırı ve zarar doğurucu fiili işleyen kimsenin bu fiilden sorumlu tutulabilmesi konusunda,

⁵¹ D.9.2.29.3; D.9.2.23.pr.; D.9.2.22.1; bkz. Barkowski, A. / Plesis, P., Textbook on Roman Law, NewYork 2005, s. 323 vd..

⁵² Karadeniz-Çelebican, s. 254.

⁵³ Ius Civile tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığı için Ius Civile'ye göre davası olmayan ancak *praetor*'un himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulması ile *formula*'nın *intentio*'suna dahil edilerek tanınan preator davaları. Umur, Lügat, s. 15.

⁵⁴ Erdoğan, s. 129.

⁵⁵ Umur, Roma Hukuku, s. 505.

öncelikle Romanın kusursuz (objektif) sorumluluk ve kusura dayanan (subjektif) sorumluluk esasları incelenmelidir. Nitekim Romanın en eski devirlerinde haksız fiilden sorumluluk bakımından objektif sorumluluk kuralı geçerlidir. Objektif sorumlulukta, bir kimsenin hukuka aykırı ve zarar doğuran bir fiil işlemesi sorumlu tutulması için yeterlidir. Burada önemli olan dış dünyaya yansıyan harekettir, zarar veren kimsenin kusurlu olup olmadığı araştırılmaz.

XII Levha Kanununda kasıtlı olan ve olmayan hukuka aykırı fiil ayırımı yapılmakla birlikte⁵⁶, haksız fiilde kusuru düzenleyen ilk kanun *lex Aquilia*'dır. Klasik hukuk döneminde kusur kavramının içine kasıt yanında ihmâl kavramı da dahil edilmiş ve Iustinianus hukukunda kusur sorumluluğu genel prensip olarak benimsenmiştir.

Kusur kavramı, hukuka aykırı bir fiil işleyen kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen zihin ve ruh hali içinde bulunmasını ifade eder⁵⁷. İradedeki noksanlık ve eksiklik olarak kabul edilen kusur, sorumluluğu söz konusu olan kişinin içinde bulunduğu durumu, fiilin psikolojik etkenlerini dikkate alır.

Bugün de sorumluluğun temel şartını teşkil eden Roma'daki kusur kavramı, kusurun türleri ve dereceleri, sorumluluk ölçütleri -konunun taşıdığı önem nedeniyle- üzerinde ayrıca ve kapsamlı olarak durulması gereken konulardır. Ancak kısaca belirtmek gerekirse:Roma hukukunda kusur, kasıt (*dolus*) ve ihmâl (*culpa*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Nitekim Borçlar Kanununun 41. maddesinde de bu ayırım yer almaktadır. Kasıt, failin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işlemesidir⁵⁸. İhmâl halinde kişi, hukuka aykırı bir sonucun

⁵⁶ Erdoğan, s. 25, dn. 55.

⁵⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 492.

⁵⁸ Kasıtın özel bir türü olan *Dolus eventualis* (ihtimali kast) durumunda fail, hukuka aykırı bir fiil işlemeyi istememekle birlikte, işlediği fiilin hukuka aykırı bir sonuç verebileceğini

meydana gelmesini istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmesini engelleyecek dikkati göstermemiş veya tedbiri almamıştır⁵⁹. Iustinianus döneminde ihmal, ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) olarak iki dereceye ayrılmıştır, ağır ihmal genellikle sorumluluk bakımından kasıt ile aynı hükümlere tabi tutulmuştur (D.50.16.226; *Magna culpa dolus est*).

Roma hukukunda kural olarak kusurun her derecesi (*omnis culpa*) sorumluluğu gerektirmekle birlikte, sorumluluğun kapsamını tayin bakımından kusurun dereceleri pratik bir önem taşımaktadır.

Ağır ihmal- hafif ihmal ayırımı bugün de önem taşımaktadır; Borçlar Kanunu'nun madde 41 fıkra I hükmüne göre fail kusurun bütün derecelerinden sorumludur. Ancak, hakim tazminatın türünü ve kapsamı tayin ederken failin kusur derecesini göz önünde tutacaktır (TBK. m. 43/I). Ayrıca hafif derecede kusurlu olan fail, tazminat ödediği takdirde zarurete (yoksulluğa) düşecek ise, hakim tazminat miktarını indirebilmektedir (TBK. m. 44/ II).

Kasıt ve ihmal ayırımı Borçlar Kanununun 41. maddesi II. fıkrası bakımından da önem taşır. Madde uyarınca, bir kimsenin ahlaka aykırı bir hareketle verdiği zararı tazminle yükümlü tutulabilmesi için kasden hareket etmesi şarttır. Yine, bir haksız fiil teşkil eden hile, kasda dayanmalıdır, sadece ihmal hile için yeterli değildir⁶⁰.

Görüldüğü gibi, Roma hukukundan gelen kavram ve kuralların, modern hukuklar ve Türk hukuku üzerindeki etkileri hemen hemen her alanda görüldüğü gibi, haksız fiil sorumluluğunda da Roma hukukunun kalıcı izlerini bugüne kadar sürmek mümkündür. Haksız fiil

görmekte ve bu ihtimali göze alarak hareket etmektedir. Erdoğan, s. 30, dn. 61, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493.

⁵⁹ Tahiroğlu, s. 34; Erdoğan, s. 32.

⁶⁰ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 496.

sorumluluğunun temelini oluşturan, Roma Hukukunda mala verilen zarara ilişkin kurallar, XII ve XIII. yüzyıllarda Avrupa'da ve özellikle Almanya'da büyük ölçüde benimsenmiş ve XVIII. yüzyıldaki kanunlaştırma hareketleri birlikte modern kanunlarda yerini almıştır⁶¹.

Burada çok genel hatlarıyla belirtmeye çalıştığımız haksız fiil sorumluluğunun şartları ve konuyu sınırlama zorunluluğu nedeniyle inceleyemediğimiz -(hukuka aykırılığı gideren haller, kusur kavramı, türleri ve dereceleri, birlikte kusur, haksız fiil ehliyeti, kusursuz sorumluluk halleri, zarar kavramı ve türleri)- pek çok kavramın, birtakım değişikliklerle günümüze kadar gelen Roma hukuku kaynaklı kavramlar olduğunu söylemek abartılı bir yaklaşım olmayacaktır.

⁶¹ Somer, s. 156.