

İÇİNDEKİLER

✓ Borç Kavramı	2
✓ Borcun Unsurları	3
✓ Borç İlişkisinin Tarafları	6
✓ Seçimlik Borç	20
✓ Tam Borç/Tabii Borç	22
✓ Bölünebilen Borç/Bölünemeyen Borç	26
✓ Sorumluluk ve Kusur Kavramı	29
✓ Sorumluluk Prensipleri	38
✓ Mücbir Sebep/Beklenmedik Hal	45
✓ Müterafik Kusur/Birlikte Kusur	54
✓ Kusur	60
✓ Borç Doğuran Olaylar	62
✓ Tüketim Ödüncü Sözleşmesi	68
✓ Kullanım Ödüncü Sözleşmesi	73
✓ Saklama Sözleşmesi	80
✓ Rehin Sözleşmesi	83

BORÇ KAVRAMI

OBLIGATIO: Borç

Roma hukuku kaynaklarında yapılan tanımlamalara baktığınızda obligatio (borç) denilen kavram, alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki bağı ifade ediyor. Mecazi anlamda buna zincir diyebilirsiniz. Alacaklı ile borçluyu birbirine bağlayan bir zincir.

Ligare deyiminden geliyor.

LIGARE: Bağlanmak

Alacaklıyı ve borçluyu birbirine bağlayan bir zincirdir, mecazi anlamda. Bir bağ olarak ifade ediliyor. Burada borç ilişkisinde borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu bir şey var. Alacaklının da borçludan yerine getirmesini talep etme hakkına sahip olduğu bir şey var. Bu da borç ilişkisinin konusunu ifade ediyor.

Demek ki borç ilişkisi dediğimizde öncelikle borç ilişkisinin tarafları var, alacaklı ve borçlu.

CREDITOR: Alacaklı

DEBITOR: Borçlu

Eğer borçlu borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmezse o zaman da bu konuda alacaklının, borçluyu zorlama yetkisi var.

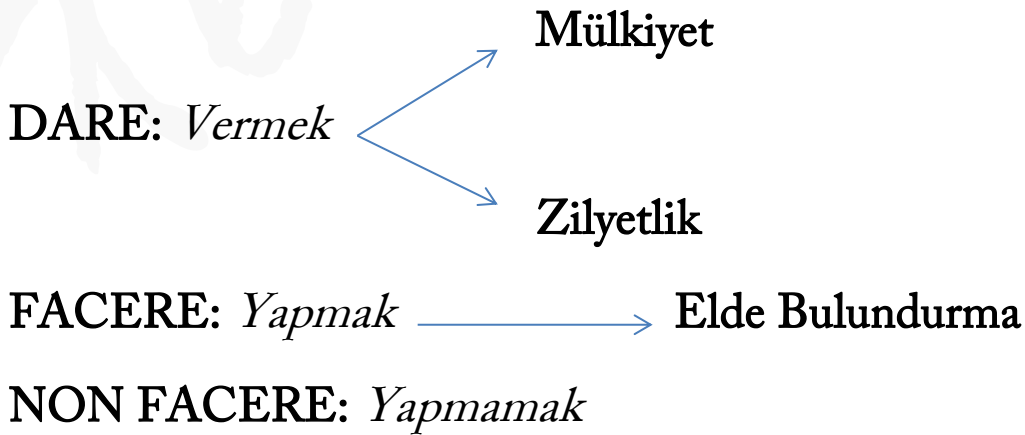
Zorlama unsuru demek, dava açmak demek değildir. Dava daha sonra geliyor.

BORCUN UNSURLARI

Borç ilişkisinin unsurları nelerdir dediğimizde;

- borç ilişkisinin tarafları.
- borç ilişkisinin konusu.
- zorlama unsuru.

Zorlamadan kast ettiğimiz husus, dava açmak değil. Sadece alacaklının, borçludan bir şey vermesini, bir şey yapmasını ya da yapmamasını talep etmesidir. Ya bir şey vermesi yönünde talepte bulunacak ya bir şey yapması yönünde talepte bulunacak; ya da bir şey yapmaması yönünde talepte bulunacak. Biz bunlara dare, facere, non facere diyoruz.



Esas itibariyle günümüzde de edim tipleri olarak baktığımızda bu edim tiplerini görüyoruz.

Edim diye bir kavram daha karşımıza çıktı. Edim ne? borcun konusu.

Vermek derken, bir malın mülkiyetini devredebilirim. Bir malı maddi anlamda bir elden başka ele verdiğinizde zilyetliğini devredebilirsiniz. Bu vermektir.

Bir de Roma Hukukunda bir malı maddi olarak bir elden başka bir ele bıraktığınızda sadece mülkiyet ya da zilyetliği değil bir de elde bulundurma (detentio) da devredilebilir. Demek ki elde bulundurmaya nakletmek, geçirmek dare olarak değil, facere olarak kabul ediliyor.

Borcun konusu edim tipleri olarak bunlar. Bir şeyin mülkiyetini devretmek, bir şeyin zilyetliğini devretmek bir şeyin elde bulundurmasını devretmek, bir iş yapmak(çatıyı tamir etmek, bozulan televizyonu onarmak) ya da yapmamak (belli yükseklikten fazla inşaat yapmamak, rekabet etmemek) şeklinde ifade edilen edim tipleri olarak karşımıza çıkıyor.

Roma'daki borç kaynakları ayrımları nasıl yapılmıştır dersek, sözleşmeler- sözleşme benzerleri-haksız fiiller- haksız fiil benzerleri olarak karşımıza çıkar.

Roma hukukunda sebepsiz zenginleşme ayrı bir borç kaynağı değil. Akit benzerleri içerisinde yer almış. Mesela bizde

sözleşmeler, haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme diyoruz. Roma'da;

-Akitler,

-Akit Benzerleri,

Sebepsiz Zenginleşme

Vekaletsiz İş Görme

-Haksız Fiiller,

-Haksız Fiil Benzerleri.

Sebepsiz zenginleşme akit benzerleri arasında yer alıyor. Bizde ayrı bir borç kaynağı. Mesela bize ayrı bir borç kaynağı olan vekaletsiz iş görme de gene Roma hukukunda akit benzerleri içinde yer alıyor. Modern Çağın birçok hukuk meselesi var. Sigortacılık, çevre hukuku... Bunlar hep Roma hukuku kökenli. Sigortacılık nasıl doğmuş? Roma hukuku kaynaklıdır.

Kusursuz sorumluluk nedir? Kişi, kusuru olmasa dahi sorumlu tutuluyor. Mesela bir akıl hastasının ayırt etme gücü yok. Hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmuyordu. Ancak klasik bir örnek vardır. Zengin bir akıl hastası taş atıp birinin camını kırdı. Burada sübjektif unsur olarak ifade ettiğimiz haksız fiil önemli bir unsurdur. Kusur sadece haksız fiilde değil sözleşmelerde de karşımıza çıkar.

CULPA: *Kusur*

Kusur, kişinin iradesindeki eksikliği ifade eder. İradesini yeter derecede kullanmaması ya da hukuka aykırı sonucu istemesi ya da bu sonucun gerçekleşmesini önlemek için iradesini yeter derecede kullanmaması.

Kusur, sübjektif bir unsur. Eğer kişinin kusuru varsa tabi ki kusuruyla hukuka aykırı bir davranış sonucunda başkasının malına zarar verdiyse bu kişiyi sorumlu tutarız. Bu kusur sorumluluğudur.

Kusursuz sorumluluk kavramı Roma Hukukundan gelmiş. Zaten herkes kusurlarından sorumludur. Ama bazen kişi, kusuru olmasa da eğer bir zarar varsa bu zararı gidermekle yükümlüdür. Biraz önce verdiğimiz örnekte, ayırt etme gücüne sahip olmayan akıl hastası hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulmadığı halde hakkaniyet gereği sorumlu tutulabilir. O zaman akıl hastasının sorumluluğu, kusursuz sorumluluğu olacaktır.

BORÇ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

Borç ilişkisinin tarafları vardır. Birisi Creditor yani alacaklı. Credere'den geliyor.

CREDERE: İnanmak, güvenmek

Neye inanıyor, neye güveniyor? Karşısındaki kişinin yani borçlunun borcunu yerine getireceğine inanıyor. Borç ilişkisinin aktif kısmı, borçluya karşı ileri sürebileceği bir hakka sahip. Borçlu da bir hareket tarzını ona karşı yerine getirme yükümlülüğü altında. Dolayısıyla o da borç ilişkisinin pasif tarafını oluşturuyor. Çünkü yükümlülük altında. Bir şeyin mülkiyetini devretmek, bir şeyin zilyetliğini devretmek, bir şeyin elde bulundurmasını devretmek, bir şeyi yapmak ya da yapmamak yükümlülüğü altında.

O nedenle Romalılar edim tiplerini bu şekilde ayırmışlardır. **Dare, Facere, Non Facere.**

Nasıl ki maddi bir mal –taşınır ya da taşınmaz olabilir- bir aynı hakkın konusunu oluşturuyorsa, borçlunun edimi de alacak hakkının konusunu oluşturuyor.

DEBITUM: Edim

Dare, ne demek? Vermek. Vermek derken şunu anlayacağız, borç ilişkisinin konusunu oluşturan malın mülkiyetinin ya da zilyetliğinin karşı tarafa geçirilmesini taahhüt etmek. Bir malın mülkiyetinin ya da zilyetliğinin nakli borcu altında olan borçlunun hareket tarzıdır.

Yani bir kişi, bir malın mülkiyetini ya da zilyetliğini devretme borcu altındaysa onun hareket tarzı durumundan edim tipi yani borcu dare'dir. Mesela rehin sözleşmesi denebilir.

PIGNUS DATUM: Rehın Sözleşmesi

Rehin sözleşmesi nasıl meydana gelir? Borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi var. Alacaklının alacağını teminat altına almak amacıyla borçlunun malı üzerinde alacaklı lehine bir rehin hakkı tesis edilmek isteniyor. Bunun için de malın zilyetliği alacaklıya devrediliyor.

Burada borçlu kim? Alacaklı, alacağına kavuşuncaya kadar malı hakimiyeti altında bulundurma hakkına, yetkisine sahip. Bu durumda, ilişki kuruldu. İlişkinin kurulması anlamında bir rehin sözleşmesinden söz ediyoruz.

Rehin sözleşmesinin kurulması için demek ki teminat gösterilen malın zilyetliğinin alacaklıya geçmesi gerekli. Alacaklı zilyet oldu. Şu anda borçlu olarak tanımlayacağımız taraf kim? İlk ilişki bakımından borçlu, borç ilişkisi bakımından borcu alan. Ama rehin sözleşmesi kapsamında, ilişki kurulduktan sonra, rehin sözleşmesi kurulduktan itibaren borçlu olan malı zilyetliğinde bulunduran taraf.

Alacaklı alacağına kavuştuğu zaman, borçlu borcunu ifa ettiğinde malı iade etme yükümlülüğü altında. Yani malın

zilyetliğini devredecek. O zaman rehin sözleşmesinden dolayı malı zilyetliğinde bulunduran borçludur. Onun borcu da zilyetliğin devridir. Onun borcu hareket tarzı bakımından Dare'dir. Akdin kurulması bakımından da borçlunun malın zilyetliğini devretmesi lazım ki rehin sözleşmesi meydana gelsin.

Burada alacaklının borcu Dare. Borçlunun, yerine getirilmesini alacaklıdan talep etmesi,(bu bir alacak hakkı. Bana malımı iade et çünkü ben sana borcumu ödedim, diyor); alacaklının da yerine getirmekle yükümlü olmasıdır.

Facere aynı zamanda menfi bir şekilde de karşımıza çıkıyor. Yani olumsuz bir şekilde. O zaman Non Facere oluyor. Yapmamak. Bu kaçınma ya katlanma tarzında olabilir. Bir şeyden kaçınma ya da bir şeye katlanma tarzında olabilir. Mesela rekabet etmemek. Belli bir saatte müzik aleti çalmama. Bir araziden bir kişinin geçmesine engel olmama (Geçit irtifakı).

Geçit irtifakını kendi taşınmazı üzerinde tesis eden taraf, lehine geçit irtifakı tesis edilenin oradan geçmesine katlanma yükümlülüğü altında.

Bazen hem Dare hem de Facere borçları ve yapmama borçları bir arada olabilir. Mesela kira sözleşmesi. Kira sözleşmesi özelinde edim tipleri bakımından tarafların borçları nedir? Kullanımını temin etmek amaçlı malın elde

bulundurmasını devretmesi, Facere olur. Malı sözleşme koşulları çerçevesinde mala zarar vermeden kullanması, Non Facere olur. Aynı zamanda kiracının Non Facere şeklinde bir hareket tarzı vardır. Kaçınmak zorunda. Kaçınmak ve katlanmak Non Facere dedik. Kira bedelini ödeme yükümlülüğü kiracı bakımından, hareket tarzı bakımından değerlendirdiğimizde Dare'dir. Çünkü paranın mülkiyetini devretme yükümlülüğü altında.

Gördüğünüz gibi Dare var, Facere var ve Non Facere var. Bir kira sözleşmesinde tarafların hareket tarzlarına göre baktık.

Yükümlülüğü yerine getirmek, zapta karşı teminata ilişkin borçlardır.

ZAPTA KARŞI TEMİNAT BELİRLEME

Çeşit ve Miktar

(Çeşit Borcu)

Ya da

Ferden (Parça Borcu)

Seçimlik Borç

Türk hukukunda edimler farklı açılardan gruplandırılıyor. Hareket tarzı bakımından bu şekilde: Dare, facere, non facere.

Bir de belirlenmesi göre yani tayin edilmesine göre de borçları tespit ediyoruz. Roma hukukunda hareket tarzına göre

yapıldığı gibi Dare, Facere(olumlular), Non Facere (olumsuzlar). Bir de tayin edilme durumuna göre edimin belirlenmesi açısından diyebilirsiniz.

Burada da edimi türü ile veya seçim ile belirliyorsunuz. Seçimle belirlemek demek seçimlik borç kavramına gireceğiz. Türü ile belirlemek demek de çeşit ve miktar olarak belirleyebiliriz ya da ferden belirleyebiliriz.

Çeşit ve miktar olarak belirlediğimizde buna çeşit borcu diyoruz. Ferden belirlediğimizde buna da parça borcu diyoruz. Bu aslında Roma hukukunda da var. Ama bu şekliyle modern hukuklara ait bir tanımlamadır.

Edimin tayini üçüncü bir kişiye bırakılabilir. Çeşit ve miktar olarak ya da ferden tayin edilebilir. En azından ifa zamanında tayin edilmesi mümkün olmalı. Ayrıca edimin tayini üçüncü bir kişiye bırakılabilir, ancak bu tayin işini 3. bir kişi kesinlikle keyfi olarak yapamaz. Dürüst bir kişinin taktirine göre bunun gerçekleşmesi gerekir.

Aynı şekilde edimin tayini borçluya ya da alacaklıya bırakılabilir. Onlar da tıpkı üçüncü bir kişiye bırakılması durumunda, üçüncü kişinin hareket tarzı gibi dürüst bir şekilde bunu gerçekleştirebilir.

Mesela alacaklı ne kadar istersem onu verirsin şeklinde bir beyan içeren iradesini ortaya koyduğunda bu geçersiz olacaktır. Çünkü mutlaka tayin edilmiş olması gerekir çeşit ve miktar olarak. Ya da ne istersen onu ver şeklinde bir borç ilişkisinin kurulması mümkün değildir.

Bir de edimin para ile ölçülebilir olması gerekiyor. Bu özellikle Roma hukuku açısından geçerli, Türk hukukunda böyle bir özellik aranmıyor. Para ile ölçülebilir olması ya da olmaması Türk hukuku için önem taşıyor. Ama roma hukukunda mutlaka edimin para ile ölçülebilir bir değer taşıması gerekiyor.

Bunun anlamı: Edim Roma hukukuna göre maddi bir değer taşınmalıdır. Eğer maddi bir değer taşımıyorsa borç ilişkisinin kurulması söz konusu değildir. Neden maddi bir değer taşıması gerekiyor? Çünkü klasik dönemde borç ilişkisinde borçlu, üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği durumda alacaklı o yükümlülüğün ifa edilmesini talep etmesine rağmen borçlu gene bu yükümlülüğü yerine getirmezse alacaklının elinde tek seçenek kalıyor. Borçluya karşı dava açmak.

Roma hukukunda klasik dönemde mahkumiyet daima belirli bir miktar para. Kişi, diyelim ki kullanım ödünç çerçevesinde malını kullanılmak üzere ödünç alana bıraktı. Ödünç alan malı iade etmiyor. Malın iadesi yönünde bir dava açtığında klasik dönemde malın kendisini talep edemiyor

alacaklı. Yani sözleşmeye konu olan malın iadesini kendisine talep edemiyor.

Peki neyi talep edecek? Malın değerini. Çünkü Klasik dönemde mahkumiyet daima belirli bir miktar para. O verdiği şeyin değeri ne ise ancak parasal olarak onun karşılığını alabilme hakkına sahiptir.

Borcun konusu, edim, tayin edilme bakımından dedik ki ferden tayin edilebilir ya da çeşit ve miktar olarak tayin edilebilir. Ferden tayin edilme neydi? Diğerlerinden ayırt edilecek özellikleri belirterek tayin etme durumu. Buna biz parça borcu diyoruz. Ya da çeşit ve miktar olarak belirtiyorsak buna da çeşit borcu diyoruz.

Burada önemli olan bir ayrım var. Geçen res Mancipi- res nec Mancipi mal ayrımlarından söz etmiştik. Res mobile- res nec mobileden söz ettik. Bir ayrım daha var. Ondan söz etmedik. Misli mal- gayri misli mal.

❖ RES FUNGIBILES: Misli Mal

❖ RES NEC FUNGIBILES: Gayri Misli Mal

Bu ayrımın biraz önce yaptığımız ayrım ile çok yakından ilişkisi var. Misli mal- gayri misli mal; çeşit borcu- parça borcu ayrımı. Bu iki ayrım. Tabi ki birbirinden farklı. Misli mal- gayri misli mal, mallar göz önünde bulundurulurken yapılan bir ayrım;

çeşit borcu- parça borcu borcun konusunun belirlenmesi bakımından yapılan bir ayrımdır. Bu iki ayrım birbiri ile alakalıdır.

Esas olarak çeşit borcuna konu olan mallar misli mallardır. Çeşit borcunu, cins borcu olarak da nevi borç olarak da tanımlayabiliriz. Çeşit borcu, çeşit ve miktar olarak edimin belirlenmesidir. Parça borcu da edimin ferden belirlenmesidir.

Misli mal- gayri misli mal ayrımı, Roma hukukundan günümüze gelen bir ayrımdır. Tıpkı res mobile-res immobile (Taşınır mal-taşınmaz mal) ayrımında olduğu gibi Roma hukukunda eskiden beri kabul edilen bir ayrım ama bu ayrımın yanında başka ayrımlar da vardı. Bunlardan en önemlisi ise res Mancipi- res nec Mancipi ayrımıydı. Res Mancipi- res nec Mancipi ayrımını günümüz hukukunda görmüyoruz. Ama misli mal- gayri misli mal ayrımı günümüz hukukunda da karşımıza çıkan bir ayrım.

Misli mal- gayri misli mal ayrımı, belirli bir borç ilişkisi düşünülmeden yapılan bir ayrım. (Önemli!!!) Bu ayrım, objektif olarak yapılıyor. Yani malın niteliğine göre objektif olarak gerçekleşen bir ayrım.

Misli mallar, varlıkları objektif niteliklerine göre ve sayı, ölçü, tartı ile belirlenebilen mallardır. Misli malların en önemli özelliği, yerlerine eş başkasının konması mümkün olan mallardır.

Bugün, özellikle Modern Hukuklarda, seri ve standart üretimi olan bütün mallar misli mallardır. Mesela sağlığa zararlı olan sigara. Seri ve standart üretimi olan aklınıza ne geliyorsa. Süt, yumurta, pirinç, buğday, ekmek, nohut... Sayı, ölçü ve tartı ile tartılabilen ve yerine eş başkasının konması mümkün olan mallar ve herhangi bir borç ilişkisi düşünülmeden gerçekleşen bir ayırımdan söz ediyoruz.

Gayri misli mallar ise, bunlar dışında yani sayı, ölçü, tartı ile belirlenmeyen; bireysel nitelikleriyle ve bağımsız özellikleriyle yer yüzünde tek olan mallardır. Gayri misli mallar, misli malların tersine; sayı, ölçü, tartı ile belirlenmeksizin bireysel nitelikleriyle ve bağımsız özellikleriyle olan, yeryüzünde tek olan mallardır. Mesela sanat eserleri, Tüm sanat eserleri gayri misli mallardır. Taşınmazlar, bütün taşınmazlar gayrimisli maldır. Hayvanlar, köleler...

Burada önemli olan nokta ikinci ayırımımız. Misli mallar-gayrimisli mallar. Biz, pekala bir misli malla çeşit borcu da yaratabiliriz parça borcu da yaratabiliriz. Ya da gayrimisli maldan çeşit borcu da yaratabiliriz, parça borcu da yaratabiliriz. İşte bu noktada karşımıza şu ayırım çıkıyor: Çeşit borcu- Parça borcu.

Çeşit borcu- Parça borcu ayrımı ise taraf iradesine dayanan bir ayırım. Yani bir borç ilişkisinin konusu, bir borç ilişkisinden çeşit borcu mu doğacak; parça borcu mu doğacak? Bunu belirleyen taraf iradesi. Oysaki bir malın misli mi, gayri misli mi olduğuna biz mi karar veriyoruz? Taraflar mı karar veriyor? Yoksa yeryüzünde bulunma şekillerine göre objektif olarak mı belirliyoruz? Yani bir malın, misli ya da gayri misli mal oluşu hepimiz için geçerli. Objektif olarak nitelendirilen bir ayırım. O nedenle şöyle söyleyebiliriz; misli mal- gayri misli mal ayrımı taraf iradesine dayanmayan malın objektif niteliğine göre yapılan bir ayırım. Oysaki çeşit borcu- parça borcu ayrımı tamamen taraf iradesine göre yapılan bir ayırım olarak karşımıza çıkıyor.

Seri ve standart üretimi olan her şey misli maldır dedik. Mesela pantolon, elbise. Eğer size özel dikilmiş bir pantolon, elbise değilse misli mal olacaktır. Aynı şekilde bir otomobil fabrikasında üretilen otomobil. Bu da misli maldır. Seri ve standart üretimi olan her şey misli mal olarak nitelendirilecek.

Belirli ölçülere göre, size göre yapılan bir elbise misli mal mı, gayri misli mal mı? Gayri misli mal. Dolayısıyla bu, yeryüzünde bulunma durumuna göre ve sayı, ölçü tartı ile belirlenme durumuna göre şekillenen bir ayırım.

Genel olarak misli mallar, kullanılmakla tükenirler. Mesela pirinç, buğday. Bunları tüketmeniz için kullanmanız gerekiyor.

Yahut tam tersi, bunlar kullanıldıkça tükeneceklerdir. Genel olarak misli mallar, tüketime bağlı olan mallardır. Misli olmayan mallarsa, tüketimi olmayan mallardır.

Burada önemli bir nokta şu: Çeşit borcu, parça borcu ayırımı yapıyoruz. Peki, bu ayırım ne açıdan önem taşıyor? Genellikle sayı, ölçü, tartı ile belirlenen mallarda yani misli mallarda çeşit borcu olarak tanımladığımız bir borç ilişkisi ortaya çıkar. Borca konu olan mal, yerine eş başkası konması mümkün olduğundan yok olması, telef olması durumunda borçlu, borcundan kurtulmaz.

❖ GENUS NON PERIT: *Çeşit Telef Olmaz*

Çeşit borcu, telef olmaz. Mesela bir ahırda yangın çıktı. Bu ahırda bulunan ve satış sözleşmesine konu olan herhangi bir at olsa; yahut ikinci örneğimiz, ahırda bulunan ve satış sözleşmesine konu olan at, Rüzgar isimli at olsa ikisi arasında fark var. Herhangi bir at- Rüzgar isimli at. İkisi de satış sözleşmesine konu oluyor.

Herhangi bir atın satış sözleşmesine konu olması durumunda bu satış sözleşmesinden doğan borç, çeşit borcu. Atlar, gayri misli maldır. Bütün hayvanlar gayri misli. Roma hukukunda köleler de gayri misli.

Satış sözleşmesine herhangi bir köle konu olsa, gayri misli mal, ancak çeşit borcu doğacak. Ama Titus isimli köle dediğimde köle, gayri misli mal. Gayri misli maldan parça borcu doğdu. Yani bir taraf olarak gidersek pekala misli mal da parça borcu, gayri misli mallarda çeşit borcu yaratabiliriz. Ancak genel olarak kuralımız ne? Misli mallarda çeşit borcu, gayri misli mallarda parça borcu doğmasıdır.

Parça borcu, telef olur. Çünkü Titus adlı köle ölse onun yerine eş bir başkasını koymamız mümkün değil. Çünkü o yeryüzünde tekti. Aynı durum Rüzgar isimli at için de geçerli. Rüzgar isimli at dediğimizde, onu diğer atlardan özelliklerini belirterek ayırt ediyorum.

O yüzden çeşit borcu- parça borcu ayırımı taraf iradesine bağlı olan bir ayırımdır. Misli mal- gayri misli mal ayırımının taraf iradesi ile hiçbir alakası yoktur. Herhangi bir borç ilişkisi düşünülmeden yapılan bir ayırımdır. Tamamen malın objektif niteliğine göre yapılan bir ayırımdır. **Kural olarak da misli mallar çeşit borcuna, gayri misli mallar da parça borcuna konu olurlar.**

Ancak bazen de borç ilişkisinin niteliğinden o borç ilişkisine dayanarak, o borca konu olan maldan çeşit borcu mu doğacağı yoksa parça borcu mu doğacağını ancak o ilişki belirler.

Kullanım Ödücü Sözleşmesinde arkadaşınızın kitabını aldınız. Piyasada satılan bir kitap. Seri ve standart üretimi olan bir kitap. Kullanım ödücü çerçevesinde kitabı okumak için aldınız. Okudunuz, hangi kitabı arkadaşınıza iade edeceksiniz? Kural, aldığınız kitabı iade etmek. Orada aslında parça borcu doğuyor.

Diyelim ki kitabın başına bir şey geldi. Seri ve standart üretim olduğu için onun aynısını verebilirim. Ama burada kural ‘aynısını’ vermektir. Burada parça borcu doğar diyoruz. Ya da saklama sözleşmesi çerçevesinde saklanmak üzere size bırakılan bir mücevher. X kuyumcunun firmasının ürettiği bir kolye olsun bu. Seri ve standart üretim olsun. Ama o, artık sizin emanet ettiğiniz kolye. O yüzden parça borcu oldu. Sizin artık onu iade etmeniz gerekiyor. O nedenle belli sözleşmelerde taraflar kararlaştırmaları bile işin doğasında o ilişkiden parça borcu doğduğunu anlayacağız.

Demek ki, çeşit borcu-parça borcu ayrımının ortaya çıkardığı şey, borcun ifasında ve imkansızlaşmasında karşımıza çıkıyor. Çeşit borcu telef olduğunda borçlu, borcundan kurtulmuyor. Her daim o borcu ifa etmekle yükümlüdür.

Ama parça borcu telef olduğunda eğer burada kusuru varsa, sorumluluğu da oluyor. Çünkü borca aykırı davranmış oluyor. Onun kusurundan dolayı eğer telef olduysa o zaman tazminat

yükümlülüğü doğuyor. Ama borca konu olan malın telef olmasında borçlunun kusuru yoksa o zaman sorumluluktan kurtulabilir. Kusuru varsa kurtulmaz, kusuru yoksa kurtulur (parça borçları için). Ama çeşit borçlarında borçlu her daim borcunu ifa etmekle yükümlüdür.

Demek ki parça borçlarını ifa imkansızlığı söz konusu olabiliyor. Ama çeşit borçlarında ifa imkansızlığı söz konusu olamaz. Parça borcu- çeşit borcu bu noktada önem taşıyor.

SEÇİMLİK BORÇLAR

❖ OBLIGATIO ALTERNATIVA: *Seçimlik Borç*

Borcun konusu birden çok edim olup da bunlardan yalnız biri seçilerek ifa edilecekse seçimlik borçtan söz ederiz. Seçimlik borçlarda borçlu, belirlenmiş iki veya daha fazla maldan birini vererek borcundan kurtulacak. Belirlenen mallardan birini vererek borcundan kurtulacak.

Seçimlik borçlar da, parça borcu olabileceği gibi çeşit borcu da olabilir. Her ikisi parça borcu, her ikisi çeşit borcu ya da biri parça borcu diğeri çeşit borcu olabilir.

Mesela Titus adlı köle veya Rüzgar isimli at desek. Yalnızca bunlardan biri seçilerek ifa edilecekse o zaman iki parça borcuna konu olan maldan birini seçerek borçlu borcundan bunu ifa ederek kurtulabilecektir. Ya da birisi parça borcu diğeri çeşit

borcu olabilir. Mesela 3 ton buğday veya Titus isimli köle dediğimizde biri çeşit borcu, diğeri parça borcu oluyor. Ya da 3 ton buğday veya 2 tan arpa dediğimizde ikisi de çeşit borcu oluyor.

Seçim hakkı kural olarak borçluya aittir. Kararlaştırılan edimlerden hangisini seçeceğini borçlu tespit eder. Fakat seçim hakkı borçlu dışında alacaklıya veya üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Roma hukukunda ve Türk hukukunda böyle. Seçim hakkı kural olarak borçluya ait olmakla birlikte bu hak alacaklı ya da üçüncü bir kişiye bırakılabilir.

Seçim hakkı alacaklının ya da borçlunun mirasçılara geçebilir, onun ölümü halinde. Ancak seçim hakkı üçüncü bir kişiye verilmişse o üçüncü kişinin özelliklerinden dolayı bu hak kendisine verildiği için onun mirasçılara geçmez.

Seçim hakkı borçlunun ya da alacaklının ölümü halinde onların mirasçılara geçebilir fakat üçüncü bir kişiye bırakılmışsa onların mirasçılara geçmez.

Acaba borçlu, seçim hakkını kullandıktan sonra borcun konusunu ifa edinceye kadar bu seçiminden dönebilir mi? Iustinianus döneminde seçtiği edimden ifa edinceye kadar dönebileceği belirtiliyor. Ama klasik dönemde farklı bir yöntem kabul edilmiş.

Davanın tespiti dediğimi bir durum vardır.

❖ LITIS CONTESTATIO: Davanın tespiti

Uyuşmazlık konusu olması halinde davanın tespitine kadar dönebileceği kabul edilmektedir. Ondan sonra ise bundan dönemeyeceği kabul edilir. Iustinianus hukukunda borcun konusu, seçtiği şey ne ise onu ifa edinceye kadar seçimden dönebileceği kabul edilir.

Diyelim ki iki parça borcuna konu olan mal var. Birisi imkansızlaşırsa ne olur? Birisi imkansızlaşırsa geride kalan diğeri onun yerini alır. Yani borcun kesin konusu halini alır.

TAM BORÇ/TABIİ BORÇ

❖ OBLIGATIO CIVILIS: Tam Borç

Tam borç, Ius Civile’de davası olan bütün borç ilişkilerine denir. Ius Civile tarafından himaye edilen bütün borç ilişkileri tam borçtur. Tam borç, dava ile takip edilebildiği için ius civile tarafından tanınması gerekiyor. Tam borç, dava ile takip edilebildiği için Ius Civile tarafından korunması gerekiyor. Çünkü sadece actio in personam dediğimiz dava sadece Ius Civile tarafından korunan bir davadır.

Öyle bazı borç ilişkileri var ki Ius Civile bunu himaye etmiyor, yani dava hakkı vermiyor. Bu borç ilişkisinden herhangi

bir dava hakkı söz konusu değil. Kişinin himaye edilmesi söz konusu değil.

Zamanla başlangıçta Ius Civile tarafından korunmayan bazı borç ilişkileri Ius Civile tarafından korunmaya başlıyor. Bunların en başında da Pactum'lar geliyor.

❖ PACTUM: Şekilsiz Anlaşma

Önceleri Ius Civile tarafından korunan borç ilişkilerine bağlı olarak yapılan anlaşmalar olarak kabul edilmiş ve Ius Civile'nin tanıdığı borç ilişkilerinden doğan davalarla da tanınmışlar. Daha sonraları Ius Civile bunlara yenilerini ilave etmiş. Münferiden, tek tek, belirli bir Ius Civile akdine dayanmaksızın sadece belli başlı bir hukuki muamele olarak kabul edilen pactumlarda var. Bunlar da zaman içerisinde Ius Civile tarafından himaye gördüğü için davalarda tanınmışlar.

❖ OBLIGATIO NATURALIS: *Eksik Borç*

Günümüz hukukunda eksik borç dediğimiz borçlar var. Borç ilişkisi var. Ama borç ilişkisine konu olan şeyi, dava ile takip etmeniz mümkün değil. Mesela zaman aşımına uğramış olan alacaklar. Belirli bir süre içerisinde alacağınızı takip etmezseniz takip etme hakkını kaybediyorsunuz. Zaman aşımına uğramış oluyor. Alacağınız var ama onu takip edeceğiniz davayı

açma imkanınız yok, zaman aşımına uğramış. Türk hukukunda var.

Mesela kumar ve bahis borcu. Bu da tabii borç, eksik olarak kabul edilir. Roma hukukunda kumar borcu davayla takip edilebilir mi? Hayır. Ama Romalılar buna bir kılıf uydurmuş. Kumar borcundan doğan borcu Stipulatio ile taahhüt ettiriyorlar. Stipulatio, genel bir akit türüydü. Her türlü borç altına girebiliyor Romalılar Stipulatio ile.

Haksız fiillerden doğan borçlara tam borç denir. Dava ile takip edilemiyordu. Bildiğimiz en önemli tabii borç, kölelerin hukuki muamelelerinden doğan borçları. Köleye karşı dava açılması mümkün değildi. Romalılar buna da bir çözüm bulmuşlardı. Efendiye karşı yani kölenin sahibine karşı dava açıyorlardı. Çünkü köle bir hukuki muamele yaptığı taktirde bu hukuki muameleden doğan haklar efendiye ait olacağına göre borçlardan da efendi sorumlu tutulmalıydı.

Kölenin haksız fiillerinden doğan borç, tam borçtur. Ama mal varlığı olmadığı için köleye yine dava açılamıyor. Bu sefer yine efendiye karşı açılıyordu.

ACTIO ADIECTICAE QUALITATIS: *Munzam Dava*

Aynı aile reisinin hakimiyeti altında bulunanların, kendi aralarında ve aile reisi ile aile evlatları arasındaki borç ilişkileri

tabii borçtur. Dava ile takip edilmez. Ödenirse, ödeme geçerli bir ifadır ama ödenmezse de taraflar birbirlerine karşı dava açamazlar. Hakimiyet ilişkisi içerisinde olduklarından birbirlerine karşı dava açmaları mümkün değildir.

Bir Roma vatandaşı, başka bir Roma vatandaşından belirli bir miktar para ödünç aldı. Roma'da faiz var mı? Alacaklı faiz talep edebilir miydi? Evet, faiz var. Belirli dönemlerde yasaklandığı belirtiliyor. Hatta buna ilişkin hukuki düzenlemeler var. Ama Roma'da faiz var.

Yalnız Romalılar faizi ayrı bir anlaşma ile yapıyorlar. Aksi taktirde faiz, şekilsiz bir anlaşma ile kararlaştırılmışsa bu tabii borç olarak kabul ediliyor. Faiz alacağını Romalılar stipulatio ile yapıyorlar. 'Bana verdiğim para ödünçü karşılığında faiz olarak aylık %1 ödemeyi kabul ediyor musun?' diye soruyor borçluya. Borçlu diyor ki, 'Evet, sana şu kadar miktar faiz vermeyi taahhüt ediyorum.' Diyor. Ancak bu şekilde faiz alacağı taahhüt edilirse tam borç ve stipulatio'dan doğan dava ile talep edilebilir.

Eğer Stipulatio ile yapmadılarsa, şekilsiz bir anlaşma ile yapılsa bu tabii borç olarak kabul edilir. Yani eğer şekilsiz anlaşma ile yapılsa faiz alacağını talep edemezler. Ama öderse, bu geçerlidir.

Tabii borç talep etmek için dava açılmaz. Borç ilişkisi vardır ama dava açılmaz. Ama kişi bu borcu öderse de bu geçerli bir ödeme olarak kabul edilir.

Faiz alacağı, asıl alacaktan ayrı, ayrı bir sözleşmeyle kararlaştırılır. Stipulatio ile kararlaştırılması gerekiyor. Eğer Stipulatio dışında şekilsiz bir anlaşma ile faiz alacağı kararlaştırıldıysa şekilsiz anlaşmadan doğan faiz alacağı tabii borç olarak kabul ediliyor. Ödenirse geçerli bir ifa, yani ödeme olarak tescil ediliyor. Ancak faiz alacağını ödemeyen borçluya karşı alacaklı, icra takibinde bulunamıyor ya da dava açamıyor Roma hukukunda.

BÖLÜNEBİLEN BORÇ/BÖLÜNEMEYEN BORÇ

Bölünebilen borç demek borcun tamamına zarar gelmeyecek şekilde küçük parçalara ayrılarak borcun konusu ifa edilebiliyorsa bölünebilen borçtan söz ediyoruz.

Borcun tamamına zarar gelmeksizin borcun konusu küçük parçalara ayrılarak bölünebiliyor ve bu şekilde ifa edilebiliyorsa o zaman bölünebilen borçtan söz ediyoruz. Aksi durumda bölünemeyen borçtan söz ediyoruz.

Bu genellikle edim konusunun yani borcun konusunun bölünebilen bir mal veya hak olup olmamasına bağlı olarak karşımıza çıkar. Genelde para borçları ve para dışındaki misli

malları konu alan borçlar, bölünebilen borçlardır. Genellikle para borçları ve para dışındaki misli mallara ilişkin borçlar, bölünebilen borçlardır.

Kural olarak genellikle dare borçları, eğer edim uygunsa yani mal özellikle bölünmeye uygunsa bölünebilir.

DARE: Bir malın mülkiyetinin veya zilyetliğinin devredilmesi.

Ama bunun için bu Dare'ye konu olan malın bölünmeye uygun olması lazım. Her Dare borcu bölünebilen borç değildir.

Genellikle Dare borçları bölünmeye uygundur. Ama buna konu olan malın, konunun müsait olması lazım.

Mal eğer bölünebilen nitelikteyse para gibi veya para dışındaki misli mallar gibi o zaman bunların mülkiyetinin ya da zilyetliğinin devredilmesi konusunda bölünebilen borcun olduğunu söyleyebiliriz.

Mesela benim 5 bin as borcum var. Bunu 2500-2500 ödeyebilirim. Gene aynı şekilde 10 bin lira borcum var. Bunu 4'e bölerek ödeyebilirim. Çünkü bölünebilen bir borç söz konusu. Dare borçları genellikle bölünebilen ama aynı şekilde edim konusunu oluşturan malın da buna uygun olması gereklidir.

Ancak bir atın mülkiyetini devretme dediğimizde bunu bölemeyiz. Atı parçalara atarak teslim etmemin bir önemi yok.

Fakat atın üzerindeki mülkiyet hakkı bölünebilir. En az iki kişi at üzerinde birlikte malik olabilirler. Demek ki mülkiyet hakkı bölünebilir ama mülkiyet hakkına konu olan malın bölünebilir ya da bölünemez olması ayrı bir şey, hakkın bölünebilir ya da bölünemez olması ayrı bir şey. Bunları birbirine karıştırmamak gerekir.

At üzerindeki mülkiyet hakkı bölünebilir ama atın mülkiyetini devretme konusunda at, bölünmeye uygun değil. O yüzden bölünmesi söz konusu değildir.

Genelde Facere ve Non Facere ile ilişkin edimler bölünemez. Genelde diyorum istisnası var. Mesela ben terziye kumaş götürdüm bana elbise diyecek. Terzinin borcu bölünemez. Çünkü borcunu, elbiseyi dikip bana teslim ettiğinde ifa etmiş olacak. O yüzden bu borç bölünemez. Bu, Facere borcunun bölünemeyeceğinin bir örneğidir.

Bazı Facere borçları bölünebilir. Mesela ilişki süreklilik taşıyorsa. Hizmet sözleşmesi. İşçi ile işveren arasında gerçekleşen hizmet sözleşmesi.

❖ LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM: Hizmet Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi, Roma'da çok geç benimsenmiş. Günümüzde çok kullanılan bir sözleşme şeklidir, hizmet

sözleşmesi. Ama Roma'da kölelerin varlığı bu sözleşmenin gelişimini engellemiş. Burada;

❖ **LOCATOR:** İşçi (emeğini ortaya koyan)

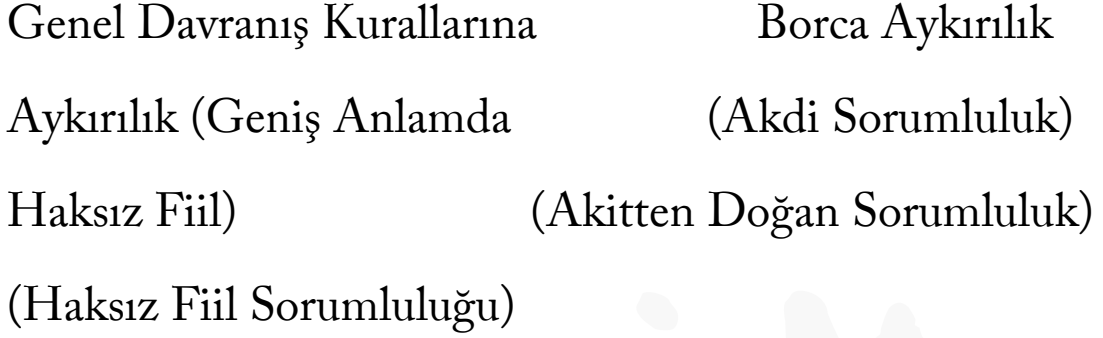
❖ **CONDUCTOR:** İş veren (Bu emekten yararlanan, istifade eden)

Burada işçinin Facere borcu sürekli bir borç ilişkisi olması sebebiyle bölünebilir niteliktedir. Terzinin borcundan farkı var. Elbiseyi dikme yükümlülüğü altında bulunan terzinin borcu bölünemez bir Facere borcu iken; işçinin Facere borcu bölünebilir niteliktedir.

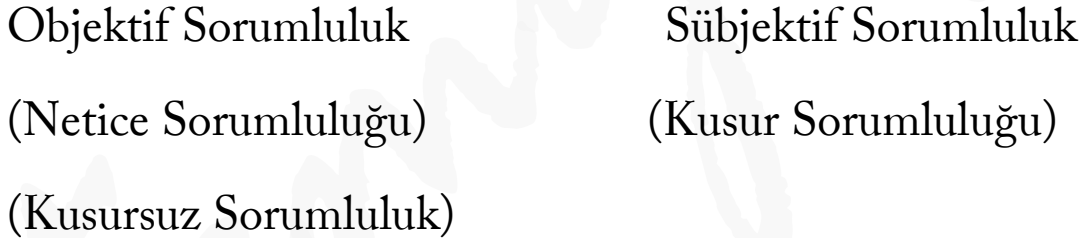
Demek ki, her Facere borcu bölünemez. Ama bölünebilir olanları var.

SORUMLULUK VE KUSUR KAVRAMI

Sorumluluk ve kusur önemli kavramlar. Şöyle bir ayırımımız var; önce sorumluluk alanlarını söyleyeceğim. Sorumluluk hangi alanlarda karşımıza çıkar. Bu alanlarda karşımıza çıkan sorumluluk prensipleri nelerdir? Sorumluluk kavramı, hangi alanlarda karşımıza çıkıyor?

SORUMLULUK ALANLARI

İki tane sorumluluk prensibi vardı;

SORUMLULUK PRENSİPLERİ

Genel davranış kurallarına aykırılık durumunda sorumluluk ortaya çıkar. Genel davranış kurallarına aykırılık ne demek? Yani hukuk düzeninin tasvip etmediği, onaylamadığı fiiller. Biz bunlara haksız fiiller diyoruz. Haksız fiiller bir sorumluluk alanı. Haksız fiil sorumluluğu. Bu genel davranış kurallarına aykırılık geniş anlamda haksız fiildir.

Bir de kişinin borç ilişkisine aykırı davranması borç ilişkisinden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi borca aykırılıktır. Bu da akdi sorumluluk. Yani

akitten doğan sorumluluk ya da sözleşmesel sorumluluk. Aynı şeyler; akdi sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluk, sözleşmesel sorumluluk. Bunun alanı daha dar. Sadece bir sözleşme var. Ve sözleşmeden doğan borcunu borçlu, ya hiç yerine getirmiyor ya da eksik ya da gereği gibi yerine getirmiyor.

Bu iki alanda karşımıza iki sorumluluk prensibi çıkıyor. Birisi objektif sorumluluk diğeri sübjektif sorumluluk.

Sorumluluk alanları; haksız fiillerden doğan sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) ya da akitlerden doğan sorumluluk (akdi sorumluluk ya da borca aykırılık). Bu iki sorumluluk alanında uyguladığımız iki sorumluluk prensibi var. Bunlardan ilki objektif sorumluluktur.

Roma hukukunda da tarihsel olarak ilk ortaya çıkan sorumluluk prensibi objektif sorumluluktur. Yani Roma hukukunda en eski devirlerden başlayarak klasik hukuk devri dahil olmak üzere esas sorumluluk, objektif sorumluluk olarak kabul edilmiş. Ancak Iustinianus hukukuna geldiğimizde asıl olan kusur sorumluluğu olmuş. Ancak bazı durumlarda objektif sorumluluk uygulama alanı bulmuş.

Objektif sorumluluğa biz sonuç sorumluluğu da diyoruz. Ya da netice sorumluluğu da diyoruz. Çünkü objektif sorumlulukta sonuç, netice önemli. Kusur kavramı, sübjektif bir unsur

olduğuna göre failin kusuru yani hukuka aykırı davranan kişinin kusuru, faile ilişkin bir kavram. Sübjektif bir kavram.

O nedenle objektif sorumluluk dediğimizde kusursuz sorumluluğu anlıyoruz. Diğer bir ifadeyle objektif sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak da ifade edilir.

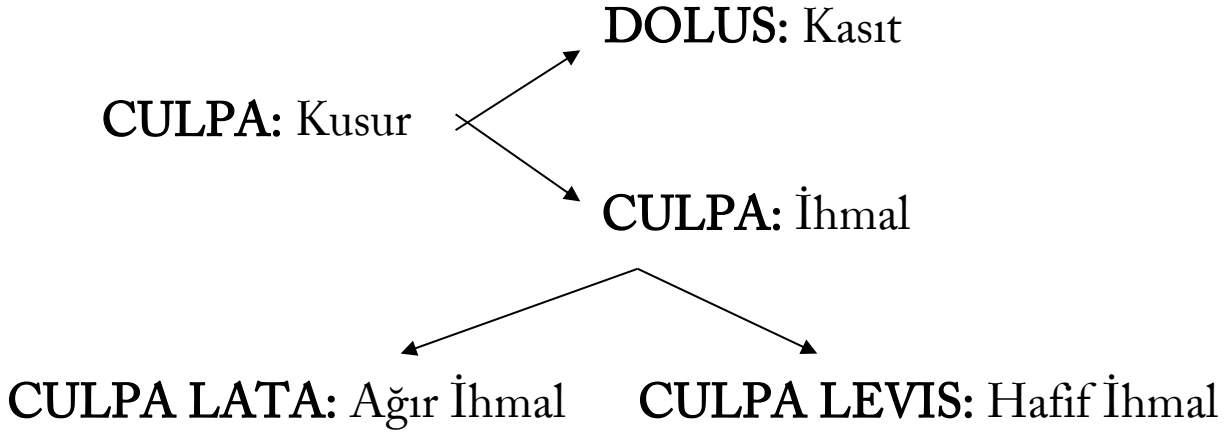
Sonucun meydana gelip gelmemesi sadece göz önünde bulundurulur. Yani netice sadece göz önünde bulundurulur, objektif sorumlulukta. **Kişinin kusuru, değerlendirmeye tabii tutulmaz. Kusurlu olup olmadığı önem arz etmez. Sadece netice yani sonuç önemlidir.**

Diğer bir anlatımla eğer suç meydana geldiyse zarara sebep olan kişi sorumludur. O kişinin kusuru olup olmadığı değerlendirilmez.

Bunun yanında daha adil olan fakat uygulanması zor olan prensip de kusur sorumluluğu ya da sübjektif sorumluluk dediğimiz sorumluluk prensibi.

Kusura dayalı sorumluluğun en önemli şartı fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması. fail dediğimiz fiili gerçekleştiren kişi demek. Demek ki, fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu olması kusura dayalı sorumluluğun ya da kusur sorumluluğunun göstergesidir.

Burada bizi ilgilendiren kavram kusur kavramıdır.



Iusitinius döneminde itibaren kasıt, ağır ihmale eşittir. Dolayısıyla ağır kusur dediğimizde kasıt ve ağır ihmâl derecelerini anlayacağız. Hafif kusur dediğimizde hafif ihmâldir.

Kusur nedir? Kusur, hukuka aykırı davranışta bulunan kimse hakkında yürütülen değer yargısıdır. Kusur kavramı hem haksız fiilden doğan hem de borçların ifa edilmemesinden doğan zararlarda söz konusu karşımıza çıkar.

Roma hukukunda kusurun dereceleri sübjektif sorumluluk değerlendirmesinde failin durumunu değerlendireceğimize göre kusur kavramı önem arz ediyor. Kusurun dereceli her ne şekilde olursa olsun en küçük ihmalle dahi bir hukuka aykırı fiil gerçekleştiyse fail tarafından sorumluluğun doğması için bu yeterlidir. Ancak ceza hukuku kapsamında verilecek cezanın ya da ödenecek tazminatın özel hukuk kapsamında değerlendirmesinde kusurun derecesi önem taşıyor. O nedenle bizim bu değerlendirmeyi yapmamız gerekiyor.

Nasıl yapacağız? Üçe ayırarak yapacağız; Kasıt, Ağır İhmal ve Hafif İhmal. Herkes, bütün kusurlarından sorumludur.

❖ OMNIS CULPA: Bütün Kusurlar;

-Kasıt

-Ağır İhmal

-Hafif İhmal

Bazen “Borçlunun kastından ve ağır ihmalinden sorumlu olmayacağı dair yapılan anlaşmalar geçersizdir”, diye bir cümle var. Yani sorumsuzluk anlaşması. Mümkündür. Bir kişiyi kastından ve ağır ihmalinden dolayı sorumlu tutmayacağımız üzerinde bir anlaşma yaparsak bu anlaşma geçerli olmayacaktır. Bu emredici hukuk kuralıdır. Roma hukukunda var.

Herkes bütün kusurlarından sorumludur. Ama demek ki bu cümleden çıkaracağımız bir sonuç var. Bütün kusurlarından sorumludur ama hafif ihmallerinden sorumlu tutulmayı yönünde anlaşma yapabilir miyiz? Kastından ve ağır ihmalinden sorumlu olmayacağı yönünde bir anlaşma yapamayız. Bu emredici hukuk kuralı. Geriye hafif ihmal kaldı. Hafif ihmali saymadı.

Hafif ihmalinden sorumlu olmayacağı yönünde anlaşma yapabilir miyiz? Yapabiliriz. Ama kasıt ve ağır ihmalinden sorumlu olmayacağı yönünde anlaşma yapabiliriz. O nedenle bizim kusurun derecesi olarak kasıt kavramını, ağır ihmal

kavramını ve hafif ihmâl kavramlarını nasıl birbirinden ayırt etmemiz gerektiğini bilememiz gerekiyor.

Özellikle hangi kusurun derecelerini birbirinden ayırt etmek acaba problem yaratabilir ya da zorluk çıkarabilir mi bize? Kasıt konusunda eğer bilerek ve isteyerek hukuka aykırı sonuç gerçekleştiyse burada bir problem çıkmaz.

- **Kasıt**

Kasıt ne demektir? Kusurun en ağır derecesidir. Failin, hukuka aykırı sonucun bilincinde olduğunu gösterir bize. Bu sonucu istediğini gösterir.

Kasıt, failin hukuka aykırılığının bilincinde olması ve bu sonucu istemesidir. Çiftliğinde kullanmak için ödünç aldığı atı başka bir arkadaşına sattı ve zilyetliğini devretti, mülkiyetini de devrettiğini söyledi. Bu kasıttır. Hukuka aykırı sonucun bilincinde ve bunu istiyor.

Herkes bütün kusurlarından sorumludur. Ancak hafif ihmallerinden sorumlu olmayacağı yönünde anlaşmalar yapılabilir. Kasıt ve ağır ihmale ilişkin sorumlu olmadığı yönünde yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz, geçersizdir.

- **İhmâl**

İhmâl, özensizlik ve dikkatsizliği gösteriyor. Tedbirsizlik. Burada, ihmâlde kasıttan farklı olarak kişide hukuka aykırılık

niyet ve isteği yok. Yani Failde hukuka aykırı davranma niyet ve isteği yok. Ancak hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen hukuka aykırılığın önüne geçmek için iradeyi yeter derece kullanmamak var.

Failin hukuka aykırı sonucu istemesi söz konusu değil. Hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen hukuka aykırılığın önüne geçmek için iradesini yeter derece kullanmama söz konusudur.

Mesela ödünç aldığı atı çaldırdıysa, burada ihmal var. Gerekli özeni göstermediği için kaybettiysen burada da yine ihmal var.

Günümüzde haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde çok sık karşılaştığımız, borca aykırılık konusunda da karşımıza çıkan bir örnek var. Cerrahın, hastayı ameliyat ederken, cerrahi müdahalede bulunurken ameliyat sırasında sargı bezini unutması ya da cerrahi müdahalede kullanılan bir aleti hastanın organında unutması. Burada da ihmal var.

Burada hukuka aykırı sonuç isteği yok. Hukuka aykırılık isteği yok ama buna engel olmak için iradesini yeter derecede kullanmamış ve hastasına zarar vermiş. Dolayısıyla burada ihmal var.

Hatta buradaki ihmali ağır ihmal olarak nitelendirebiliriz. Çünkü o şartlarda bulunan bir hekimin yapmaması gereken bir fiili gerçekleştirmiş. Göstermesi gereken özeni ve dikkati göstermemiş. Bu nedenle burada ağır ihmalden söz edebiliriz.

İhmal çeşitli şekillerde karşımıza çıkıyor. Biz ağır ihmali, hafif ihmalden nasıl ayırt edeceğiz? Ya da hafif ihmali, ağır ihmalden nasıl ayırt edeceğiz? Burada kullanacağımız kriterler neler olmalı?

Ağır ihmalde hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken böyle bir fiil işleyen kişinin şartlarına sahip olan herkesin göstereceği dikkat ve özeni gösterip göstermediğine bakacağız. O şartlara sahip olan herkesin göstermesi gereken dikkat ve ihtimam gösterilmiş mi?

Basitçe şöyle diyoruz: Herkesin anladığını anlamama, herkesin bildiğini bilmemek, herkesin yaptığını yapmamak. Normal bir insandan beklediğimiz dikkati ve özeni göstermesi ya da alacağı tedbiri almaması, kişinin. Biz buna makul her insanın alması gereken en basit tedbirin alınmaması olarak ifade ediyoruz. Eğer en basit tedbiri almamışsa bunun ihmal derecesi ağır ihmaldir. Alınması gereken en basit tedbirin alınmaması, gösterilmesi gereken en basit dikkatin ve özenin gösterilmemesi.

Kiraladığı atı meydanda bıraktı, pazara gitti. En basit dikkat ve özen gösterilmemiş. Makul bir insandan beklenen dikkat ve özen gösterilmemiş. Dolayısıyla bu noktada ağır ihmalden söz edebiliriz.

SORUMLULUK PRENSİPLERİ

Sorumluluk nedir? Sorumlulukta hakim olan prensipler nedir? Objektif sorumluluk, sübjektif sorumluluk, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ayırdık.

Roma hukukundaki kusursuz sorumluluklar;

Tarihsel süreçte baktığımızda bu iki ilke arasında kusursuz sorumluluk yani objektif sorumluluk ilkesinin daha önce mevcut olduğunu görüyoruz. İlk dönem siyasi ve tarihi hukuk devirlerini incelemiştik. Hukuk devirlerini üçe ayırmıştık:

- Eski hukuk devri
- Klasik hukuk devri
- Klasik sonrası hukuk devri

Bu hukuk devirlerinden ilki olan klasik hukuk devrinde baktığınızda gerek haksız fiillerde gerekse sözleşmelerde hakim olan temel kural kusursuz sorumluluktur. Yani bir haksız fiil meydana geldiğinde ya da bir sözleşmeden doğan borç herhangi bir sebeple yerine getirilmediğinde kişiyi sorumlu tutabilmek

için onun kusurunun bulunmasını başlangıçta aramıyorlar. Kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutuluyor.

Neden ilk olarak kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiş? Eski Hukuk Devri dediğimiz M.Ö. 2.yy öncesi. Romanın kuruluşunu M.Ö. 753 olarak kabul edersek yaklaşık 500 yıl süren oldukça ekonominin iyi olduğu, tarım ve hayvancılığa dayalı olduğu, ticaretin var olmakla birlikte küçük ölçekli olduğu bir dönemden bahsediyoruz. Toplum yaşantısı da ekonomi ile bağlantılı olarak oldukça ilkel düzeyde. Hukuk da bundan nasibini alıyor.

Böylesine Eski bir dönemde, ilkel bir hukuk devri olduğu dönemde kusuru aramak oldukça meşakkatli bir leydir bir hukukçu bir hakim için. Önlerine gelen olayda bir hakim somut olayda borçlunun kusurunun olup olmadığını incelemekten mümkün olduğu ölçüde kaçınır. Halbuki kusursuz sorumluluk dediğimiz ilkeye göre kusuru hiç araştırmaya gerek yoktur. Önemli olan bir sonucun meydana gelmiş olmasıdır.

Bugün tarihsel süreçte kusursuz sorumluluk yerini yavaş yavaş kusur sorumluluğuna bırakmıştır. Roma hukuku bakımından bakacak olursak Klasik Döneminde (Roma hukukunun bütün kurumlarıyla meydana geldiği geliştiği, hukuk tekniğinin ilerlediği, büyük hukukçuların yetiştiği, çeşitli hukuk eserlerinin ortaya çıktığı bir dönem. Roma hukukunun altın

çağı da diyebiliriz. Gördüğünüz birçok kurum da klasik hukuk dönemine ait kurum.) kusursuz sorumluluk önemli bir ilke olmakla birlikte sözleşme hukukunda da kusur sorumluluğunun artık yavaş yavaş devreye girdiğini kusursuz sorumluluk kadar önemli bir ilke haline geldiğini görebiliyoruz.

Iustinianus hukukuna baktığımız zaman sözleşme hukukunda kusur sorumluluğunun ağır bastığını görüyoruz.

Temel ilke artık kusursuz sorumluluk olmaktan çıkmış, bugün olduğu gibi kusur sorumluluğuna doğru bir gidişat görülüyor. Bu yolculuk neredeyse tamamlanmış diyebiliriz.

Peki, kusursuz sorumluluğa etkisi ne olmuş Iustinianus hukukunda? Tamamen ortadan kalktığı söylenemiyor. Kusursuz sorumluluk var olmaya devam etmiş ancak sözleşmeler bakımından artık tercih edilen temel ilke değil.

Birtakım haksız fiillerde ve üçüncü kişilerin eylemlerinden doğan sorumluluklarda kusursuz sorumluluk uygulanmaya devam edilmiş. Ancak temel kural kusur sorumluluğu haline gelmiş.

Tarihsel süreçte sıçrama yapıp bugüne gelecek olursak bugün sorumlulukta temel kuralımız Romalıların eski döneminde değil tam tersi Iustinianus hukukunda olduğu gibi

temel kural, benimsenen ana sorumluluk ilkesi kusur sorumluluğudur.

Gerek haksız fiillerde gerekse sözleşmelerde bir kişiyi, borçluyu sorumlu tutabilmek için kural olarak onun kusurunun bulunmasını arıyoruz. Borçlar kanuna baktığımızda da bunu görüyoruz.

Roma hukukundaki kusursuz sorumluluk hallerinden ilk bahsetmek istediğim; kölenin ya da bir aile evladının üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı aile reisinin sorumluluğu.

Köle, mal statüsündedir. Mülkiyet hakkının konusudur. Hukuken de kişilik olarak kabul edilmez. Hak ehliyeti yoktur. Hak ehliyetinin şartlarından bir tanesi de özgür olmaktır. Köleler özgür olmadıkları için hak ehliyetine sahip değildirler.

Mülkiyet hakkının konusu olduğuna göre kölenin maliki de efendi dediğimiz kişidir. Köle, her ne kadar mülkiyet hakkının konusu olan bir eşya olsa da fiziksel olarak bir insan olduğu için bilince sahip. İradesi var.

Dolayısıyla köleler üçüncü kişilerle birtakım işlemler yapabiliyorlar. Gerekse iradi davranışlarla bir başkasına haksız fiille zarar verebiliyorlar. Dolayısıyla hukuk düzeni bakımından birtakım sonuçlar ortaya çıkıyor. Bir zarar meydana geliyor,

kölenin davranışından dolayı. Bu zarardan dolayı sorumluluğun birine yüklenilmesi gerekiyor. Zararın tazmin edilmesi gerekiyor.

Köleye karşı bir dava açılabilir mi? Madem köle haksız fiille bir başkasına zarar verdi köleye karşı dava açılarak bunun sorumluluğuna gidilebilir mi? Köleye karşı dava açamazsınız. Onun sorumluluğuna gidemezsiniz. Hak ehliyetine sahip değil, dava ehliyetine sahip değil.

Zaten köleye karşı dava açılıyor olsaydı bile herhangi bir hukuki neticeye varılamazdı. Neden köle zararı tazmin edemezdi? Malvarlığı yok. Zararı tazmin etmesi için bir miktar parasının, mal varlığının, mülkiyetinin vs. olması lazım. O yüzden köleye karşı dava açılmaz.

Bu durumda zarara uğrayan kişi bu zararı nasıl karşılayacak? Adaletin yerine getirilmesi gerekiyor. Tam da bu noktada efendinin sorumluluğu söz konusu olur. Bu örneğe baktığımızda olağan koşullarda efendiye karşı dava açılabilmesi gerekir mi? Aslında teknik anlamda gerekir. Fiili işlenen herhangi bir üçüncü kişiden talepte bulunuyorsunuz.

Diyelim ki köle ile bir sözleşme yaptınız. Satış sözleşmesi. Bir bedel karşılığında şu malı sana devredeceğim dedi. Sonra devretmedi. Alıcı köleye karşı dava açabilir ama efendisine karşı

dava açmalı. Aslında efendi dediğimiz kişi, bu nispi sözleşme bakımından tamamen üçüncü bir kişi.

Sözleşmenin nispiliği nedir? Sahip olduğunuz hakkı yalnızca sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürebilirsiniz. Olağan koşullarda sözleşme ilişkisinde herhangi bir rolü olmayan taraf olmayan üçüncü bir kişiye sözleşmeden doğan bir hak için dava açamamanız gerekir. Ama burada sözleşmenin tarafı olmayan efendiye karşı dava açma olanağı var.

Bunun nedeni nedir? Herhangi bir kusuru olduğundan bahsedebilir miyiz? Hayır. Efendinin bir davranışı yok. Zaten borç onun borcu değil. Böyle bir kusurundan bahsedemeyiz. Aslında hiçbir kusuru olmadığı halde efendiyi, bir üçüncü kişiyi sorumlu tutuyoruz. Ona karşı dava hakkı tanıyoruz.

Kölenin borcu ifa etmemekte ya da haksız fiilde herhangi bir kusuru olabilir ya da olmayabilir. Bununla ilgilenmiyoruz. Bu efendinin sorumluluğu bakımından söz konusu değil. Efendiye karşı dava açılabilir.

Neden efendi kusursuz olsa bile ona karşı dava söz konusudur? burada hakimiyet esası bakış açısıyla önemli bir husustur. Köle, mülkiyet hakkının konusu olduğu için malik yani efendi bu kölenin davranışlarından verdiği zararlardan da kusurlu bulunmasa bile sorumlu tutulur.

Roma hukukunda bir başka kusursuz sorumluluk hali; Gemi, Han ve Ahır sahibinin sorumluluğudur. Bu şekilde spesifik olarak üç faaliyet bakımından dile getirilir kusursuz sorumluluk. Gemi, Han ve Ahır sahibinin sorumluluğu.

Bu kişileri neden kusursuz sorumlu tutuyoruz? Aslında toplumsal bir dinamiktir. Ekonomik ihtiyaçlardan kaynaklanıyor.

Yine antik çağı düşündüğümüzde en önemli faaliyetlerden bir tanesi de; uzun ve güvenli olmayan yollar var. Bu yollarda belirli mesafelerde atınızı değiştirmeniz gerekiyor. Bütün yolu bir atla gidemezsiniz. Konaklamanız gerekiyor. Hiçbir yerin olmadığı uçsuz bucaksız bir yoldasınız. Orada bir Han var. Orada konaklamanız dinlenmeniz gerekecek. Atınızı dinlendirmeniz gerekecek.

Yahut bir malınızı taşıyacaksınız. Deniz yoluyla Gemiye birtakım mallarınızı veriyorsunuz ve size teslim etmesini başka bir yerde bekliyorsunuz. Bütün bu faaliyetler aslında kendi içerisinde birtakım riskler barındıran faaliyetler.

Han ve Ahır bakımından şunu söyleyebiliriz; yollar o dönemde çok güvenli olmadığı için haydutluk, hırsızlık çok yaygın. Bir Hana gittiğinizde eşyalarınızın çalınması muhtemel

ya da Ahıra atınızı koyduğunuzda atınızın da çalınması muhtemeldir.

Bu risklere çözüm bulunabilmesi için Han ve Ahır sahibinin kusuru bulunmasa bile kişinin konakladığı zaman uğradığı zararlardan sorumluluğu öngörülmüş.

MÜCBİR SEBEP/BEKLENMEDİK HAL

Hangi olaylar borcun ifa edilmesine engel olabilir? Mücbir sebep olabilir. Beklenmedik olay ya da beklenmeyen hal de olabilir. Mücbir sebep ile beklenmeyen halin bir ortak yönü var. Her ikisi de bir ifa engeli. Borçlunun kusurundan kaynaklanmayan iki haldir. Mücbir sebep ya da beklenmeyen hal diyorsak borçlunun kusuru yoktur.

Ancak mücbir sebep ile beklenmeyen hal arasında bir fark var. Roma hukukunda göre mücbir sebep dediğimiz şey Vis Maior'dur.

- **VIS MAIOR:** *Mücbir sebep*
- **VIS:** *Cebir*
- **MAIOR:** *Büyük, en büyük*

Yani mücbir sebep dediğimiz şey çok büyük bir cebir. Nedir bu? Borçlunun dışında gelişen, kimse tarafından önlenemeyecek olan bir olaydır. Kesinlikle öngörülemez. Birtakım unsurları söyleyebilir. Bir kere, borçlu

dışında gelişecek. Borçlunun kusuru yok. Borçluya yüklenemeyen bir edim, olaydır.

Öngörülemez olacak. Bir insan bunu öngöremez. Mesela doğal afetler mücbir sebeplerin tipik örneğidir. Çok büyük bir deprem. Bunun ne zamanını ne de ne şekilde olacağını normal bir insan öngöremez. Öngörülemez olacak.

Aynı zamanda kaçınılmaz olacak. Borçlu değil de onun yerine başka biri olsaydı bile bu olayın önüne geçemeyecek bunu engelleyemeyecek. Buna da kısaca kaçınılmaz diyoruz. O kadar şiddetli bir olay ki kimse önüne geçemiyor. Doğal afetler bunun tipik örneğidir.

Ancak Roma'da buna bir başka örnek daha verebiliriz. İlk bakışta mücbir sebep olmadığı düşünülür. Ama Romalılar bunu mücbir sebepten saymıştır. Bu da haydut saldırısıdır. Neden haydut saldırısına mücbir sebep diyorlar?

Az önce gemi, han ve ahır sahibinin sorumluluğunu anlatırken açıklamıştım. Yollar güvenli olmadığı için haydut saldırıları, çeteler çok yaygın. Silahlanıyorlar, pusu kuruyorlar, yolları kesiyorlar. İnsanların malını çalıyorlar.

Bu dönem o kadar yaygın ki, bir borçluya ticari ilişkilerde özellikle haydut saldırısı meydana gelip borç konusu mal telef

olduğunda, yok olduğunda, çalındığında artık bunu sorumlu tutmak aleyhine olur tacir tarafını.

Haydut saldırısını basit hırsızlıktan ayırmak gerekiyor. Haydut saldırısı, adından da anlaşılacağı üzere kendi içerisinde bir cebir, zorlama unsurunu içerir. Haydut saldırısı alelade bir hırsızlık değildir. Silah, kılıç, sopa olacak. Onlar olmasa bile zor kullanılarak bu mal elde edilmiş olacak.

Zaten Romalıların hırsızlıktan kastı, bir malın herhangi yolla zilyetliğinin ele geçirilmesi değildir. Hırsızlıktan kasıt daha çok gizlice bir malın alınıp götürülmesidir. Eğer şiddet unsuru varsa bu hırsızlık değil, haydut saldırısı onlar için ve bir mücbir sebep kapsamındadır.

Halbuki beklenmeyen hal dediğimiz şey, yine borçluya yüklenilen bir sebeptir. Yine öngörülemezdir. Ancak kaçınılmazlık unsuru eksiktir. Yani kaçınılmaz değildir, önlenabilir. Belki borçlu o olayı önleyememiştir ama onun yerinde bir başkası olsaydı bu olayı önleyebilirdi. Bu hale de beklenmeyen hal denir.

Aslında kusursuz sorumluluk dediğimiz şey, beklenmeyen hallerden de sorumluluktur. Beklenmeyen hal, borçlunun kusuru bulunmaksızın onun dışında gelişen bir olay olduğu için

beklenmeyen hallerden sorumlu tutulması aslında kişinin kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulduğu anlamına geliyor.

Romalılar bu kusursuz sorumluluk hallerinde beklenmeyen hallerden de sorumlu olma haline Custodia derler.

➤ CUSTODIA: Gözetim yükümlülüğü

Roma hukukunda özellikle kusursuz sorumluluk ilkesinin geçerli olduğu klasik dönemde sözleşme kapsamında bir mal teslim edilmişse borçlunun bu malı muhafaza etmek için gerekli tüm önlemleri almasının yanı sıra beklenmeyen hallerden de sorumlu olacağı öngörülmüş.

O mal size emanet edilmiş. Bir başka üçüncü kişi o malı alıp götürse bile yine de sorumlu oluyorsunuz. Bu kadar geniş bir sorumluluk var. Buna Custodia diyoruz. Kusursuz sorumluluğun Roma'daki karşılığıdır.

Mücbir sebeplere gelecek olursak. Mücbir sebeplerden sorumluluk söz konusu değildir. Hiçbir sözleşmede hiçbir dönemde mücbir sebepten kimseyi sorumlu tutmayız. Çünkü bu kaçınılmaz bir olaydır. Kesinlikle borçluya yüklenemez. Yangın gibi herhangi bir doğal afet olabilir. Bunlardan dolayı sorumluluk hiçbir şekilde olmaz.

Hem şiddet bakımından fark var. Hem de sonuçları bakımından önemli fark var. Mücbir sebepten dolayı birini

hiçbir zaman sorumlu tutmayız. Halbuki beklenmeyen hal kusursuz sorumluluk öngörüldüğü hallerde sorumluluğa yol açar.

İşte bu gemi, han ve ahır sahibinin sorumluluğunda hep bunu düşünebilirsiniz. Bir han ya da ahıra gelindiğinde birtakım mallar emanet ediliyor karşı tarafa. Kusuru bulunmasa bile beklenmeyen hallerden de sorumlu olacaktır. Üçüncü kişi bir malı çaldığında, bu kişi çoğu zaman onun yanında çalışandır ama olmayabilir de, en nihayetinde sorumluluğu söz konusudur.

Biliyoruz ki herkes bütün kusurlarından sorumludur. Bütün kusurlar derken bunun içine kasıt, ağır ihmal ve hafif ihmal girmekte. Iustinianus döneminde ağır ihmalin kasta eşit tutulduğunu söyledik. Dolayısıyla kasıt ve ağır ihmal, ağır kusur olarak nitelendirilirken hafif ihmal de hafif kusur olarak nitelendiriliyor.

Kasıttan bahsettik. İhmalin de özensizliği, dikkatsizliği ve tedbirsizliği ifade ettiğinden söz ettik. Kasıttan farklı olarak ihmalde fail, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte hukuka aykırı sonuca engel olmak için iradesini yeter derece kullanmıyordur.

Hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken böyle bir fiil işleyen kişinin şartlarını dikkate almak durumundayız. Dolayısıyla onun şartlarına sahip herkesin göstereceği dikkat ve

ihtimamı failin gösterip göstermediğini araştırmak durumundayız, özellikle ağır ihmalde. Demek ki onun şartlarına sahip herkesin göstereceği dikkat ve ihtimam.

Herkesin anladığını anlamamak, herkesin bildiğini bilmemek, herkesin yaptığını yapmamak şeklinde ifade ediyoruz. Dolayısıyla herkesin öyle bir durumda yapacağı davranışta bulunmamak olarak da bunu ifade ediyoruz, ağır ihmali tarif ederken.

Makul, her insanın somut olayda almayı düşündüğü ya da aldığı tedbiri almamak olarak nitelendiriyoruz. Olağanüstü dikkatsizlik, olağanüstü tedbirsizlik, olağanüstü özensizlik.

Demek ki ağır ihmalde somut olay üzerinde bir değerlendirme yaptığımızda eğer olağanüstü nitelikte bir tedbirsizlik, özensizlik, dikkatsizlik görüyorsak o zaman failin kusur derecesini ağır ihmal olarak nitelendireceğiz.

Hafif kusurdan yani hafif ihmalden sorumlu olmama durumunu sözleşme ile kararlaştırabilirler. Biz buna fayda menfaat prensibi diyoruz ya da Romalıların söylediği gibi Utilitas.

❖ UTILITAS: Fayda ve menfaat prensibi

Kanun diyor ki (Roma hukukunda kabul edilen esas bu), borçlu her kusurundan sorumlu. “Omnis Culpa”. Kasıt, ağır

ihmal, hafif ihmal. Fakat hafif ihmallerinden sorumlu olmayacağı yolunda anlaşmalar yapılabilir. Buna sorumsuzluk anlaşması denir. Hangi kusurun derecesi için yapılabilir? Hafif ihmal. Kasıt ve ağır ihmal bunun dışında. Ters anlamında oluyor. Menfaat varsa sorumluluğu artıyor.

O zaman diyoruz ki sözleşmede borçlu durumunda olan tarafın, kişinin, sözleşmeden menfaati varsa sorumluluğu ağır olacak. Sözleşmeden menfaati yoksa sorumluluğu hafif olacak. O zaman borçlunun sorumluluğunun ölçüsü, işin özelliğine göre belirlenecek. Geniş veya dar olabilir. Sorumluluğu geniş olabilir ya da sorumluluğu dar olabilir.

Eğer sorumluluğu geniştir dersek kastından da ağır ihmalden de hafif ihmalden de sorumlu olacak. Sorumluluğu dardır dersek o zaman hafif ihmalden sorumlu olmayacak. Sadece ağır ihmal ve kastından sorumlu olacak. Burada özellikle iş, borçlunun yararına ise, borçlunun menfaati varsa o zaman sorumluluk ağır olacak, yoksa sorumluluğu hafif olacaktır.

Bu prensibin birtakım istisnaları var. nerede karşımıza çıkıyor? Birincisi, vekalet sözleşmesi; bir diğeri, vekaletsiz iş görme.

Vekalet sözleşmesinin taraflarında vekil ve müvekkil var. Yani vekil ve vekalet veren var. Roma'da vekalet sözleşmesinde

vekil, ücretsiz olur. Kesinlikle vekalet sözleşmesi ücretsizdir. Bir kimse, çeşitli sebeplerle kendisine sözleşme çerçevesinde verilen temsil yetkisi kapsamında, başkasının bizzat a yapamadığı iş veya işleri yapmayı taahhüt eder.

İş ve işleri yapmayı taahhüt eden vekildir. İşinin yapılmasını talep eden de temsil yetkisini veren müvekkildir. Burada vekilin ücrete almayıp başkasına ait iş ya da işleri takip etmesi durumunda menfaat yoktur. Başkasının işlerini görüyor ama bunun karşısında herhangi bir ücret almıyor.

Ancak buna rağmen vekilin sorumluluğu ağırdır. Ne demek ağırdır? Hafif ihmallerinden dahi sorumludur. Kasıt, ağır ihmal ve hafif ihmallerinden sorumludur.

Gözetme yükümlülüğünden bahsetmiştik. Yani Custodia sorumluluğu. Nezaret sorumluluğu klasik dönemde ortaya çıkmış bir sorumluluk hali. Demek ki Klasik Devirde beklenmedik olaylardan sorumluluk olarak adlandırılan custodia kusursuz sorumluluk olarak nitelendiriliyor, Roma hukukunda. Borçlu en hafif özen eksikliğinden bile sorumlu tutuluyor aslına bakarsanız. En hafif özen eksikliğidir.

Fiili gerçekleştiren bir başkası, ama onun sorumluluğu özen eksikliğine dayanan bir sorumluluk olarak ele alınıyor. Borçlu olduğu malı çaldırması. Borcuna konu olan mala başkasının

zarar vermesi. İşte, onun kusuru ile gerçekleşmeyen ama onun özen eksikliğinden gerçekleşen bir olay yapılarak bu olaylardan dolayı da borçlu klasik devirde sorumlu tutuluyor.

Kusursuz sorumluluk anlayışının ortaya çıkışı bu şekilde. Custodia sorumluluğu. Kimler custodia sorumluluğu altında? Ya da kimler nezaret sorumluluğu altında?

Aslında custodia'ya nezaret sorumluluğu da diyebilirsiniz. Özen eksikliğinden kaynaklanan sorumluluk da diyebilirsiniz. Yani özen borcuna dayanan bir sorumluluk da denebilir. Bu sorumluluk, oldukça ağır bir sorumluluktur. En hafif özen eksikliğinden bile sorumlu tutulması. Yani kasıt, ağır ihmal ve hafif ihmal dışında en küçük özen eksikliğinden bile kişinin sorumlu tutulması anlamına gelir.

Burada borçlu kendi kusuru olmadan meydana gelen zararlardan da sorumlu tutuluyor. Kendi kusurundan kaynaklanmayan zararlardan da sorumlu tutuluyor. Neden buna nezaret sorumluluğu deniliyor? Kim diyor? Devamlı olarak nezaret etmekle, onu gözetim altında bulundurmakla yükümlü olduğu bir şeye başkası zarar veriyor ya da başkası bu şeyi alıp götürüyor. Onun hakimiyet alanından çıkartıyor

Bu özellikle belirli durumlarda karşılaştığımız sözleşmeler. Mesela kullanım ödöncü sözleşmesinde ödöncü alanın

sorumluluğu. Ödünç alanın menfaati olduğu için sorumluluğu ağırdır. Ama ödünç alan; kasıt, ağır ihmâl ve hafif ihmalleri dışında başkasının mala vermiş olduğu zararlardan da sorumludur.

İkincisi, rehin sözleşmesinde kim nezaret sorumluluğu altında? Yani beklenmedik olaylardan dolayı sorumlu? Ya da objektif sorumluluk kapsamında sorumlu? Rehin alan. Rehin alan da tıpkı kullanım ödünç sözleşmesi kapsamında ödünç alanın durumunda olduğu gibi kendisine teminat olarak bırakılan malı gözetim altında tutmakla ona nezaret etmekle yükümlüdür.

Dolayısıyla nezaret yükümlülüğü altında sorumluluğu ortaya çıkan bir diğer kişi rehin sözleşmesinde rehin alandır.

MÜTERAFİK KUSUR/BİRLİKTE KUSUR

❖ COMPENSATIO CULPARUM: Birlikte Kusur

Buna ihmallerin mahsubu denir. Yani birbirinden düşünülmesi. İhmallerin mahsubu.

TBK MADDE 52- Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

Yani burada zarar veren yanında zarar görenin de zararın doğmasına etkili olduğu hali inceliyor. Zarar veren yanında zarar görenin zararı doğuran fiile razı olması, zararın doğumunda ya da zararın artmasında etkili olması ya da zarar veren tazminat yükümlüsünün durumunun ağırlaşması halinde; hakim ya tazminata neden olmadığına karar veriyor fiilin ya da tazminat miktarında indirimine gidebilir. Zarar veren yanında zarar görenin makul bir insandan beklenen davranışta bulunmaması durumunda.

Zarar veren yanında zarar görenin makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın doğmasında ya da zararın artmasında, etkili olması. Biz buna birlikte kusur ya da ortak kusur diyoruz.

Yalnız Roma hukuku ile Türk hukuku arasında fark var. Nasıl sonuçlandırılmış Türk hukukunda? Hakime taktir yetkisi vermiş. Hakim somut olayın özelliklerini değerlendirecek, dikkate alacak. Ya tazminata gerek olmadığına karar verecek ve zarar veren mahkum olmaktan kurtulacak, ya da zarar verenin ödeyeceği tazminat tutarında indirimine gidilecek.

Çünkü zarar gören de bu fiilin, zararın gerçekleşmesinde ya da zararın artmasında etkili olmuştur. Roma hukukunda ise çözüm yolu farklı. Roma hukukunda eğer ortak kusur varsa yani zarar veren yanında zarar görenin de kusuru varsa o taktirde burada tazminata yer olmadığına karar veriyor Romalılar. Yani hakim taktir yetkisi yok.

Burada kuruş, başkasına zarar veren iradi ya da ahlaki bir kötülüğü değil; zarar görenin kendi menfaatini korumak için gerekli özeni ya da çabayı göstermemesine dayanıyor. Yani zarar gören gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek kendi menfaatini koruyamamış.

Zarar gören kendi menfaatini korumak için gerekli çabayı göstermemiş, gerekli özeni göstermemiş. Bu nedenle de birlikte kusurdan ya da ortak kusurdan söz ediyoruz.

Aslında bakarsanız birlikte kusur deyimi eleştirilebilecek bir deyimdir. Neden? Bu, mahkeme içtihatlarında bu şekilde kabul edilmiş, hukuk öğretisinde de bu şekilde kabul edilmiş ama birlikte kusur ya da ortak kusur dediğimizde sanki ikisinin de kusuru varmış gibi bir sonuç ortaya çıkabilir. O yüzden kanaatimce çok da yerinde değil. Burada kusurdan ziyade kendisine zarar verici durumun önüne geçmesi için gerekli çabayı göstermemesini aslında belirtmemiz gerekiyor. Gerekli çabanın, özenin gösterilmemesi.

Aslında modern hukuktaki birlikte kusur olarak, ortak kusur olarak nitelendirdiğimiz kavram tam olarak Roma hukuku ile örtüşmüyor. Tam olarak birbirine tekabül etmiyor. Fakat çıkış noktasında Roma hukukunun bir etkisi olduğunu söyleyebiliriz.

Ortak kusur ya da birlikte kusur kavramında zaten sonuçları da birbirinden farklıdır. Roma Hukukunda tamamen tazminat yükümlülüğünün ortaya çıktığını, diğer bir anlatımla zarar verenin sorumluluğunu kabul ediyoruz ama tazminat yükümlülüğünü kabul etmiyoruz şeklinde bir sonuca ulaşıyoruz.

Türk hukukunda ise tamamen hakim taktirine bırakılmış bir durum olarak ortaya koyuyoruz.

Beklenmeyen hal ve mücbir sebep arasındaki farkı anlatmıştık. İki kavramın borçlunun kusurundan kaynaklanmadığını, onların haricinde gerçekleşen olaylar olduğunu; ancak aralarında bir temel fark olduğunu söylemiştik.

Mücbir sebeplerin kaçınılmaz yani kimse tarafından önlenemez olaylar olduğunu görmüştük. Bu nedenle bir parça borcu sözleşmenin konusu ise mücbir sebebin varlığı borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırır demiştik. Hiçbir şekilde önleyemeyeceği bir olayla borcu ifa etmesi imkansızlaşmış ise artık hukuk düzeni borçluyu sorumlu tutmaz.

Halbuki çeşit borçlarında aynı sonuca ulaşmak mümkün değildi. Cins ve miktar olarak belirlenen çeşit borçları asla telef olmaz. Yeryüzünde o borç konusu malın benzeri bulunduğu sürece borcun imkansızlaşması mümkün olmaz. Söz konusu diyelim iki çuval herhangi bir mücbir sebeple telef olursa, borçlu yine de aynı cins ve miktarda bir başka malı ifa etmekle yükümlü olur.

Şu örneği de tekrar aklımızda tutalım. Haydut saldırısı ile hırsızlık arasındaki farka değinmiştik. Her ne kadar iki halde de bir malın zilyetliği sahibinin ya da zilyedinin rızası dışında alıp götürülüyor olsa da bir fark vardı.

Haydut saldırısı dediğimiz cebir, yani zor unsuru içeren bir eylemdir. Zor kullanarak herhangi bir silah ya da fiziksel bir güç kullanarak malının alınıp götürülmesi halinde, alelade bir hırsızlık değil, haydut saldırısı dediğimiz bir hukuka aykırı fiilin gerçekleştiğini söylüyoruz.

Oysa cebir ve zor unsuru olmaksızın malın zilyetliği zilyetten gizlice alıp götürülmüşse bu durumda Romalılar bunun bir haydut saldırısı değil, hırsızlık olduğunu söylüyorlar. Bu sonuçları bakımından çok önemli.

Çünkü haydut saldırısı dediğimiz fiil Roma hukukunda bir beklenmedik hal olarak kabul edilmemiş, mücbir sebep olarak

kabul edilmiş. Yani adeta bir deprem, sel gibi doğal afet gibi şiddetli ve önemli bir olay olarak görülmüş. Halbuki sıradan bir hırsızlık Romalılar tarafından beklenmedik hal kavramı içinde ele alınmış.

- *Haydut Saldırısı: Mücbir Sebep*
- *Hırsızlık: Beklenmedik Hal*

Çünkü biliyoruz ki sözleşmelerde kusursuz sorumluluğun geçerli olduğu hallerde borçlu beklenmedik hallerden de sorumludur. İşte eğer mal çalınmışsa ve borçlunun kusursuz sorumluluğu varsa sorumluluğu sona ermez, hala sorumludur.

Halbuki haydut saldırısı meydana gelmişse borçlunun sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Çünkü kaçınılmaz, önlenemez bir hal meydana gelmiştir.

KUSUR

Geçen hafta birlikte kusur olarak adlandırdığımız zarar verenin yanında zarar görenin de, zararın doğmasında ya da zararın artmasında etkili olması ve buna bağlanan sonuçlar üzerinde durmuştuk, ve önemli olan konuda bir husus. Aslında Roma hukukunda buna ilişkin temel bir kuralın mevcut olmadığını, sadece somut olaylardan hareket ederek Digesta metinlerinde hukukçuların buna ilişkin farklı görüşlerinin bulunduğunu, ama genel olarak çözümün zarar verenin ya da

zarar görenin, olayın gerçekleşmesinde zararın meydana gelmesinde etkili olması durumunda da, hakimin tazminata yer olmadığına karar verilmesi gerektiği yönünde hukukçu görüşlerinin ağır bastığını belirttik.

Burada özellikle zararın doğmasında etkili olan veya artmasında etkili olan zarar verenin buna katlanması gerektiği düşüncesinden hareket edilerek bu sonuca varıldığını söyleyebiliriz.

Şimdi burada haksız fiillerin üstüne duracağımız bir husus var. Haksız fiilden bahsedebilmemiz için 4 unsur gereklidir.

- Hukuka aykırı fiil
- Zarar
- Kusur
- İlliyet bağı (Nedensellik Bağı)

İlliyet bağı ne demektir? O olgunun o sonucu doğurmaya elverişli olmasıdır. Eğer o olgunun o sonucu doğurmaya elverişli olmadığına karar verirsek, somut olayda illiyet bağının koptuğunu ileri sürebiliriz. Çünkü araya başka olaylar girmiştir. O hareketin sonucunda gerçekleştiğini düşündüğümüz olayla o sonuç arasındaki bağ ortadan kalkmıştır. İşte Roma hukukunda özellikle bazı hukukçular nedensellik bağını ortadan kaldıran bir olgunun varlığından söz etmektedirler.

Roma hukukunda ihmali olan herkes, kusuru olan herkes bunun sonuçlarına katlanmalıdır. Sebep olduğu zararlardan sorumlu olmasıdır.

- **CULPA:** *Kusur, İhmal*

Ama bazı olgular gerçekleştiğinde, mevcut hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağıını kesen birtakım olguların varlığı kişinin zararlarından sorumlu olmaması gibi bir sonucu doğurmaktadır.

Nitekim Digesta'nın 50. kitabında bir metin var. Diyor ki: Kendi kusuru yüzünden zarara maruz kalan kişi tümüyle zarara uğramış kabul edilemez. Demek ki kendi kusuru yüzünden zarara maruz kalan kişi, tümüyle bu zarardan dolayı zarar vereni sorumlu tutamaz. İşte birlikte kusuru özetleyen bir metindir bu.

BORÇ DOĞURAN OLAYLAR

Nelerdir borç doğuran olaylar?

- ✓ *Sözleşmeler*
- ✓ *Haksız Fiiller*
- ✓ *Sebepsiz Zenginleşme*
- ✓ *Vekaletsiz İş görme (Türk hukukunda)*

Peki Roma hukukuna göre, özellikle Iustinianus döneminde yapılan bir ayırım vardı. Hatırlıyor muyuz?

Bunlar; Akitler, akit benzerleri, haksız fiiller, haksız fiil benzerleriydi. Şimdi sebepsiz zenginleşme Roma hukukunda hangi borç doğuran olaylar kapsamında ele alınıyor? Akit benzerleri. Sebepsiz zenginleşme akit benzerleri kapsamında değerlendiriliyor. Biraz sonra hangi akde benzediğini açıklayalım, çünkü o akit üzerinde duracağız.

Önce sözleşmelerle başlayalım. Roma'da biz akitleri 2 gruba ayırarak nitelendiriyoruz.

İlki oluşumlarına göre akitler. İkincisi ise hükümlerine göre akitler. Hükümlerinde kast ettiğimiz sonuçlarına göre.

Oluşumlarına göre sözleşmeler Roma hukukunda 4 gruba ayrılıyor;

- ✓ *Ayni Sözleşmeler*
- ✓ *Rızai Sözleşmeler*
- ✓ *Sözlü Sözleşmeler*
- ✓ *Yazılı Sözleşmeler*

Hükümlerine göre sözleşmeler de, taraflara yükledikleri borçlara göre ayrılır. Buna göre nasıl ayırıyoruz sözleşmeleri? Mesela tek taraflı sözleşmeler. Bu ayrımı biliyorsunuz geçen dönemden. Ne demek tek taraflı sözleşme? Sadece sözleşmenin taraflarından birine borç yükler.

Diğer grup ise iki taraflı sözleşmeler. İki taraflı ne demek? İki taraflı sözleşmeler, sözleşmenin her iki tarafına da borç yüklüyor. Ama iki taraflı sözleşmeler de kendi içerisinde 2'ye ayrılıyor. Eksik iki taraflı ve tam iki taraflı sözleşmeler olmak üzere.

Eksik iki taraflı sözleşmeler nelerdi? **Kullanım ödücü sözleşmesi, rehin sözleşmesi, saklama sözleşmesi, vekalet sözleşmesi.** Bunların hepsine değineceğiz.

Eksik iki taraflı sözleşmelerin özellikleri neydi peki? Bir taraf her zaman borç altında olmasına rağmen diğer taraf bazı hallerde borç altına giriyordu. Biz buna muhtemel borçlu diyorduk. Mesela rehin sözleşmesinde her zaman borçlu olan rehin alan, bazen borçlu olan rehin verendir. Saklama sözleşmesinde ise her zaman borçlu olan saklayan, bazen borçlu olan taraf ise saklatandır. Kullanım ödücü sözleşmesinde ise ödünç alan her zaman, ödünç veren bazen borçludur.

İşte eksik iki taraflı sözleşmeler bu şekildeydi. Tam iki taraflı sözleşmeler neydi peki? Her iki tarafın da her zaman borçlu olduğu sözleşmelerdir. Örnek olarak Kira, satış, eser hizmet gibi sözleşmeler tam iki taraflı sözleşmelerdir.

Evet, şimdi tam iki taraflı sözleşmeleri söyledik. Her iki taraf da her zaman borçluydu. Ama eksik iki taraflı

sözleşmelerde bir taraf her zaman borç altında, bir taraf bazı hallerde borç altına girer. Buna göre sözleşmeleri incelerken hükümlerine göre bu kapsamda değerlendireceğiz.

AYNI SÖZLEŞMELER

Ne demek ayni sözleşme? Roma hukukunda ayni dediğimizde ne anlarız. Yani malla ilgili, res değil mi? Res'le alakalı. Ayni sözleşme demek şu arkadaşlar, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli değildir. Yani consensus yeterli değil.

➤ **RES:** *Mal*

➤ **CONSENSUS:** *Karşılıklı uygun irade beyanı.*

Eğer bir sözleşmenin meydana gelmesi için tarafların sadece karşılıklı uygun irade beyanları yeterli ise, bu sözleşmelere rızai sözleşme diyoruz. Ama aynı durum ayni sözleşmeler için geçerli değil. Ayni sözleşmeden bahsedebilmemiz için sözleşmeye konu olan malın bir taraftan diğer tarafa verilmesi demektir.

➤ **Ayni Sözleşme:** *Consensus+Res*

Diyelim bir malın devri konusunda anlaşıyoruz. Bir malın zilyetliğinin devri konusunda anlaşıyoruz, ya da bir malın elde bulundurmasının devri konusunda anlaşıyoruz. Geçerli mi? Değildir. Çünkü anlaştığımız malın madde olarak bir elden

diğerine verilmesi gerekir. Eğer verilmezse sözleşme geçerli olmaz.

Roma hukukunda hangi sözleşmeler aynı sözleşmelerdir?

- ✓ *Tüketim Öduncü Sözleşmesi*
- ✓ *Rehin Sözleşmesi*
- ✓ *Kullanım Öduncü Sözleşmesi*
- ✓ *Saklama Sözleşmesi*

Şimdi tüketim öduncü sözleşmesi nasıl meydana geliyor? Roma hukukunda tüketim öduncü sözleşmesinin kurulabilmesi için ödünç veren ile ödünç alanın anlaşması yeterli değildir. İkinci bir olguya ihtiyacımız var. O da ödünç verecek olanın neyi ödünç verecekse onun mülkiyetini geçirmesi lazım. İşte o nedenle tüketim öduncü sözleşmesi Roma hukukunda aynı bir sözleşme. Burada sadece kim borçlu? Ödünç alan borçludur.

Gelelim zilyetliğin devrinin öngörüldüğü sözleşmeye. Yani rehin sözleşmesi. Rehın sözleşmesi nasıldı? Üzerinde rehin hakkı tesis edilen malın zilyetliğı rehinli alacaklıya geçiriliyordu. Şimdi burada zilyetliğin devri söz konusu. Yani rehin sözleşmesinden bahsedilebilmesi için, üzerinde rehin hakkı tesis edilen malın zilyetliğinin rehinli alacaklıya geçirilmesi lazımdır.

Rehin sözleşmesi, tüketim öduncü sözleşmesinden farklı. Çünkü her zaman borçlu olan taraf, rehinli malın zilyetliğini

elde eden taraftır. Burada parça borcu söz konusu. Dolayısıyla tüketim öduncünden farklıdır. Çünkü tüketim öduncünde bahsettiğimiz borç, çeşit borcuydu. Yani rehin sözleşmesinde, rehin aldığı malı aynen iade etme yükümlülüğü altında olacaktır.

Tüketim öduncü sözleşmesi dışında bütün sözleşmelerde borç parça borcudur, ve yine tüketim öduncü dışında bütün sözleşmelerde mücbir sebep durumunda borçlunun sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

Tüketim öduncü sözleşmesinde sorumluluk ortadan kalkmaz. Çeşit telef olmaz kuralı gereğince her daim borcu devam edecektir.

Gördüğümüz gibi aynı sözleşmeden ne kast ettiğimizi anladık. Bunlar tek taraflı olabilir, iki taraflı olabilir. Ona göre bir ayırım yapmıyoruz. Burada sözleşmeye konu olan malın mülkiyeti, zilyetliği veya elde bulundurması karşı tarafa geçiriliyor mu geçirilmiyor mu ona bakıyoruz. Geçirildiği takdirde aynı sözleşme diyoruz. Geçirilmesi gerekli ise mutlaka bunun gerçekleştirilmesi gerekiyor, aksi takdirde bir sözleşmeden söz etmemiz mümkün değildir.

RIZAI SÖZLEŞMELER

Peki rızai sözleşme nedir? Burada res'e gerek yok. Sadece tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları yeterlidir. Yani consensus.

Rızai sözleşmelere örnek olarak;

- ✓ Adi Ortaklık Sözleşmesi
- ✓ Vekalet Sözleşmesi
- ✓ Eser Sözleşmesi
- ✓ Hizmet Sözleşmesi

Peki trampa? Mal ile malın değişim kuşağı. Acaba nasıl bir sözleşme. Türk hukukunda rızai sözleşme, ama Roma hukukunda aynı sözleşmedir. O zaman trampa diye bildiğimiz mal ile malın değişim sözleşmesinden bahsedebilmemiz için nasıl meydana gelmesi gerekiyor? Önce taraflardan birinin anlaştıkları malın mülkiyetini karşı tarafa geçirmesi gerekiyor ki, diğer tarafın başka bir malın mülkiyetini devretme borcu doğsun.

Taraflardan birisi malın mülkiyetini geçirmezse karşı tarafın borcu doğmaz. Ayrıca sözleşmenin meydana gelmesi için bu önemli bir unsur. Roma hukukunda bu değişik bir durumdur.

Dikkat ederseniz aynı sözleşmeler ya tek taraflı ya da eksik iki taraflı. Ama trampa için Romalılar tam iki taraflı sözleşme

diyorlar. Roma hukukunda trampa, isimsiz akit olarak kabul edilmiş ve bütün isimsiz akitler aynı sözleşme niteliğindedir.

TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (MUTUUM)

Mutuum, Roma hukukunda aynı sözleşme olarak kabul edilen bir sözleşmedir. Yani consensus+res formülü ile elde ediliyor. Tüketim öduncü sözleşmesi, ödünç verenin belirli miktarda misli malın mülkiyetini aynı çeşit ve miktarda iade etme borcu altına girecek olan, ödünç alana geçirmesiyle meydana gelen sözleşmedir.

Yani ödünç verenin, misli malın mülkiyetini devretmeden Roma hukukuna göre tüketim öduncü sözleşmesinin meydana gelmesi mümkün değildir. Tek başına consensus yeterli değildir. Consensus+res'e gerek vardır.

O zaman aynı bir akit olan tüketim öduncünün consensus+res'le meydana geldiğini söylüyoruz.

Bu nedenle mülkiyetin devredilmesi gerektiği için ödünç verenin malik olması gerekir. Çünkü mülkiyeti devrediyor. Ama bu kuraldan zaman içerisinde taviz verildiğinden bahsedeceğiz. Roma hukuku tüketim öduncünün belli kurallarından taviz vermiş, bunları göreceğiz.

Tek taraflı bir sözleşmedir. Sadece bir tarafa borç yüklüyor.
Roma hukukunda aynı akit olmasından kaynaklanıyor. Ancak

Türk hukukunda tüketim ödünçü sözleşmesi rızai bir sözleşme ve tek taraflı değil, iki taraflı bir sözleşmedir. Şimdi burada tamamen ödünç olarak aldığı malı iade etme borcuna bakılıyor. Bu malı, aynen iade etme yükümlülüğünde değil.

Tüketim ödünçüne konu olarak, özellikle parayı düşünelim. Faiz talep edebilir misiniz? Türk hukukunda ticari ödünçlerde faize mutlaka yer var. Diğer adi tüketim ödünçü sözleşmelerinde de taraflar faiz kararlaştırabilirler.

İşte faizli ödünçler de tam iki taraflıdır. Yani mala ilişkin olarak siz o tükettiğiniz mal için faiz ödeyecekseniz, alacaklı faiz talep ediyorsa o zaman siz aynı zamanda asıl alacaklıya da faiz alacağını ödemekle yükümlüsünüz. Diğer taraftan size sadece malını ödünç olarak vermiyor, aynı zamanda sizden faiz de talep ediyor. O yüzden faiz kararlaştırılmışsa tam iki taraflı sözleşmeden söz ediliyor Türk hukukunda. Eğer faiz kararlaştırılmadıysa, eksik iki taraflı bir sözleşmeden söz ediliyor.

Türk hukukunda ödünç alanın borcunun doğabilmesi için, öncelikle ödünç verenin ödünç vereceği şeyin mülkiyetini geçirmesi gerekiyor. Yani o da Türk hukukunda borç altında. Çünkü malın mülkiyetini devretme yükümlülüğü altındadır.

Sebebi ise Türk hukukuna göre rızai sözleşme olduğu için. O malın mülkiyetini devretmeden ödünç alanın borcu

doğmayacak. Ama Roma'da böyle değil. Zaten sözleşme ödünç verenin malın mülkiyetini devrettiğinde meydana geliyor. O zaman sadece ödünç alan borçlu oluyor.

Bundan ötürü tek taraflı sözleşme olarak nitelendiriyoruz. Kural olarak Türk hukukunda da eksik iki taraflı bir sözleşmedir, faiz kararlaştırılırsa tam iki taraflı sözleşme oluyor.

Şimdi eğer faiz kararlaştırılmışsa ayrı bir dava ile takip edilmelidir. Ayrıca kararlaştırılması lazımdır. Bunun da stipulatio ile kararlaştırılması gerekir. Aksi takdirde alacaklı, faiz alacağını takip edemez.

Tüketim öduncü sözleşmesinin konusu misli mallardır. Misli malların özellikleri ise sayı, ölçü, tartı ile belirlenebilen ve yerine eş diğer bir başka malın geçmesinin mümkün olduğu mallar ve özellikle tüketilebilen mallardır. Dolayısıyla tüketim öduncünde borçlu olan, yani ödünç alan hiçbir şekilde borcundan kurtulamayacaktır.

Yeryüzünde mevcut olduğu müddetçe, üretildiği müddetçe bu borçtan kurtulması mümkün değildir. Yani mücbir sebep sonucunda mal telef olsa bile çeşit borcu telef olmaz kuralı gereğince bu borçtan kurtulamayacaktır.

Mutuum'un, yani tüketim öduncünün konusu her zaman bir dare'dir. Yani vermedir. Dolayısıyla dava bellidir. Yalnız

davalara baktığımızda tüketim ödöncünden doğan davalar 2 tanedir. Birisi, ödünç verilen malın para olması durumu, diğeri ise ödünç verilen malın para dışında başka bir mal olması durumudur.

- **ACTIO CERTAE CREDITAE PECUNIAE:**

Verilen malın para olması durumunda doğan dava.

Para dışında misli mallar da tüketim ödöncünün konusunu oluşturabilir. Bu sebeple doğan dava ise;

- **CONDUCTIO CERTAE REI: Ödünç konusu para dışında bir mal ise ortaya çıkan davadır.**

Conductio ile actio dava anlamındadır. Bunu da ödünç verilen belirli mal davası olarak çevirebilirsiniz. Conductio certae rei; borcun konusu para dışında başka bir misli mal ise, bu davanın adı da Conductio Certae Rei'dir.

Tüketim ödöncü sözleşmesinde gayri misli malların da tüketim ödöncüne konu olabileceği kabul edilmiş. Peki gayri misli mal tüketim ödöncüne nasıl konu olabilir? Tabi ki satılması sonucunda elde edilecek olan beden üzerinden borçlanır borçlu. Diyelim ki arkadaşım benden vazoyu ödünç istedi, ben de ona vazoyu verdim. Ona dedim ki bunu sat ve elde edeceğin miktarı ben sana ödünç vermiş olayım. Sen burada

vazoyu değil, vazonun satışından elde ettiğin parayı borçlanacaksın.

Roma'da zaman içerisinde bu tür tüketim ödünçü sözleşmelerinin kurulması kabul edilmiş. Peki o zaman sözleşme ne zaman meydana gelir sizce? Malın verildiği an mı meydana gelir, yoksa malın paraya çevrildiği andan itibaren mi meydana gelir?

Ödünç olarak kullanılması konusunda anlaşma yapılmasıyla meydana gelir. Artık hasar, ödünç alana aittir. Diyelim malı aldı, ama yolda daha satmadan kırdı. Burada hasar, ödünç alana ait olacaktır. İşte bu şekilde tüketim ödünçü sözleşmesinin kurulabileceği kabul edilmiş.

KULLANIM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ

Kullanım ödünçü ile devam edelim. Roma hukukuna göre ariyet sözleşmesi için Türk hukukundan farklı olarak sadece anlaşmak yeterli değildir.

Yani her ikisinin de karşılıklı olarak birbirlerine taahhütte bulunmaları yeterli olmayıp, ödünç verecek olanın da malın elde bulundurmasını ödünç alana geçirmesi gerekir.

Bu çerçevede **consensus+res** 'in gerçekleşme gerekir. Bu yüzden kullanım ödünçü sözleşmesi Roma hukukunda ayni sözleşmedir.

Res, elde bulundurmanın naklini ifade eder. Borçlar Kanunumuz karşılıksız olarak diyor. Aynı şekilde Roma hukukunda da karşılıksız olmalıdır.

Dolayısıyla bir miktar paranın ödeneceği kararlaştırılırsa, ödünç alanın bu kullanmaya ilişkin olarak ödünç verene ücret ödemesi kararlaştırılırsa bu artık kullanım ödünçü sözleşmesi değil, kira sözleşmesi olur.

Türk hukukunda ödünç alanın zilyettir. Oysa Roma hukukunda ödünç alan, elde bulundurandır. Dolayısıyla ödünç verenin malik olması, hatta zilyet olması bile gerekmez.

Kural olarak gayri misli mallar kullanım ödünçüne konu olur. Ama bazen misli mallar da tüketilmemeleri şartıyla kullanım ödünçüne konu olabilirler.

Ödünç alanın, ödünç aldığı malı sözleşmede kararlaştırılan şekilde kullanma yükümlülüğü altında olduğunu söylemeliyiz. Yani eğer sözleşmede kararlaştırılan şekilde kullanmıyorsa, sözleşmede kararlaştırılan amacın dışına çıkıyorsa, o zaman Romalılar ödünç alanın kullanma hırsızlığı fiilini işlediğini kabul ediyorlar.

Buna da **furtum usus** diyorlar. Roma hukuku kaynakları hırsızlığın 3 halinden bahsediyor.

Birincisi, bildiğimiz normal olarak bir taşınır malın sahibinin hakimiyet alanından gizlice alıp götürülmesidir. Buna **furtum rei** diyorlar. Yani mal hırsızlığı.

Demek ki;

❖ **FURTUM USUS:** *Kullanma hırsızlığı*

❖ **FURTUM REI:** *Mal hırsızlığı*

Birde zilyetlik hırsızlığı var. Bu da rehin sözleşmesinde karşımıza çıkacak. Buna da **furtum possessionis** diyorlar.

❖ **FURTUM POSSESSIONIS:** *Zilyetlik hırsızlığı*

Evet; demek ki kullanım ödünçü sözleşmesinde ödünç alan, sözleşme kapsamında ne şekilde kararlaştırıldıysa sözleşmeye uygun olarak kullanmak zorundadır.

Eğer sözleşmenin sınırları dışına çıkarsa o zaman sözleşmeye aykırı davranmış olur. Bundan dolayı da sorumlu tutulur.

Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullandıramaz. Kullandırırrsa bundan dolayı da ödünç verene sorumlu olur.

Ödünç alanın, bu hükümlere aykırı davrandığı durumlarda beklenmedik hallerden doğan zararlardan da sorumludur.

Roma hukukunda özellikle Klasik dönemde ödünç alanın sorumluluğu neydi? Faydası olduğu için ağırdı. Kastından, ağır

ihmalinden ve hafif ihmalinden sorumlu olduğu gibi; beklenmedik olaylardan da sorumluydu. Bundan bahsetmiştik. Eğer kullanım amacının dışına çıkıyorsa, ve bu şekilde malın başına bir şey geliyorsa bundan dolayı da sorumlu olacaktır.

Şimdi, bir kere ödünç alan kişi aldığı şeyi aynen iade etmekle yükümlüdür. Ödünç alan her zaman borçludur. Ödünç veren ise bazı hallerde borçludur. Tipik bir eksik iki taraflı sözleşmedir. Bir taraf her zaman borçlu, diğer taraf ise bazen borçludur.

Ödünç alan kişi bütün kusurlarından sorumludur. Kasıt, ağır ihmal ve hafif ihmalden sorumludur. Hatta Klasik Dönemde beklenmedik olaylardan da sorumlu tutulacaktır. Bu oldukça ağır bir sorumluluktur. Çünkü sözleşme kapsamında bir faydası var.

Ödünç verenin sorumluluğu ise hafiftir. Sadece kastından ve ağır ihmalinden sorumludur. Ama taraflar, hafif ihmallerinden de sorumlu olabileceğini kararlaştırabilirler. Yani sorumluluğun ağırlaştırılması sözleşme ile mümkündür. Dolayısıyla Klasik dönemde mesela malın çalınmasından veya mala bir başkasının zarar vermesinden dolayı da ödünç alan kişi sorumlu tutulmaktadır.

Ama mücbir sebep söz konusu olursa, yani borçlunun kusuru olmadan gerçekleşen olay sonucunda mal telef olursa, bu hasara ödünç veren katlanacaktır. Çünkü bu borç bir parça borcudur, çeşit borcu değildir. O nedenle çeşit borcundaki kuralımızı uygulayamıyoruz. Mücbir sebep durumunda ödünç alanın sorumluluğu ortadan kalkıyor.

Ödünç verenin sorumluluğu var dedik. Sorumluluğu hafiftir. Peki nelerden sorumlu ödünç veren? Bir kere ödünç alanın, ödünç konusunun olağan masraflarına katılma yükümlülüğü vardır.

Olağan masraflara örnek olarak, mesela ödünç olarak at alındı. Atın yem masraflarını doğal olarak ödünç alan karşılayacaktır. Birde olağan üstü masraflar var. Olağan üstü masrafları ise ödünç alan, ödünç verenden talep edebilir.

Mesela köle kaçtı. Kullanmak için komşusundan ödünç kölesini aldı ve köle kaçtı. Bu durumda köleyi yakalamak için birtakım masraflar yaptı. Bu masraflar olağan üstü masraflardır. Bunları ödünç alan, ödünç verenden talep edebilecektir.

Taraflar taleplerini hangi davalarla himaye ediyor şimdi buna bakalım. Bütün eksik iki taraflı akitlerde, iki davamız vardır. Bu rehin sözleşmesinde de böyle, saklama sözleşmesinde de böyle ve kullanım ödünç sözleşmesinde de böyledir.

Peki bu davalar nelerdir? Bir, her zaman borçlu olana açılacak bir dava var. Birde bazı hallerde borçlu olana açılacak dava var. Önce her zaman borçlu olana karşı açılacak davaya bakalım. Her zaman borçlu olan taraf ödünç alandır.

Ödünç veren malı istedi, süre de doldu. Ama ödünç alan malı iade etmiyor. O zaman ödünç verenin açacağı dava, her zaman borçlu olduğu için, her zaman borçlu olana **Directa** dediğimiz dava açılır.

❖ **ACTIO COMMADATI DIRECTA:** *Ödünç verenin malı alamadığı taktirde açacağı davadır.*

Commadati, commadatundan yani kullanım öduncünden geliyor.

❖ **COMMADATUM:** *Kullanım Öduncü Sözleşmesi*

Her zaman borçlu olana karşı directa dava açılır. Bütün eksik iki taraflı sözleşmelerde böyledir.

Peki bazen borçlu olan, yani ödünç veren. Hangi durumlarda borçlu oluyordu. Mesela ödünç alan olağanüstü masraf yaparsa veya ödünç alan, ödünç verenin verdiği mal sebebiyle zarara uğrarsa borçlu oluyordu.

Bu masraflar ödünç veren tarafından ödenmezse; o zaman ödünç alan, ödünç verene karşı bir dava açıyor. Buna cevaben veya karşı diyoruz.

❖ **ACTIO COMMADATI CONTRARIA:** *Bazen borçlu olana karşı açılan davadır.*

Her eksik iki taraflı sözleşmede, o aradaki kelime değişecek. Mesela saklama sözleşmesinde, saklama sözleşmesinin Latincesi gelecek.

❖ **DEPOSITUM:** *Saklama Sözleşmesi*

Burada da saklatan ve saklayan var. Saklama sözleşmesinde saklayan her zaman borçludur. Ona karşı eğer saklatan, saklanmasını istediği malı saklayandan geri alamıyorsa saklatanın açacağı dava **ACTIO DEPOSITI DIRECTA**. Bu sefer araya saklama sözleşmesini koyduk.

Saklayan, saklanan mal ile ilgili masraf yaptıysa veya zarara uğradıysa o zaman açılacak dava **ACTIO DEPOSITI CONTRARIA**'dır.

Gördüğünüz gibi aradaki kelimeler sözleşmeye göre değişiyor. Yoksa açılan davalar aynıdır.

Tüketim ödücünü gördük, kullanım ödücünü gördük. Bu iki sözleşmenin farklılıklarını ve benzerliklerini karşılaştıralım.

Kullanım Ödücü Sözleşmesi	Tüketim Ödücü Sözleşmesi
• Consensus+Res	• Consensus+Res
• Ayni sözleşmedir.	• Ayni Sözleşmedir.
• Eksik iki taraflı sözleşmedir.	• Tek taraflı sözleşmedir.
• Türk hukukunda rızai sözleşmedir.	• Türk hukukunda rızai sözleşmedir.
• Genellikle gayri misli mallar konu olur.	• Genellikle misli mallar konu olur.
• Parça borcu doğar.	• Çeşit borcu doğar.
• Malı aynen iade etme yükümlülüğü doğar.	• Aynı çeşit ve miktarda iade borcu doğar.
• Parça borcu doğduğu için borç telef olur.	• Çeşit borcu doğduğu için borç telef olmaz.
• Ödünç alan, elde bulundurandır.	• Ödünç alan, maliktir.
• Ödünç verenin malik olması şart değildir.	• Ödünç veren malik olmak zorundadır.
• Davaları; actio commodati directa ve actio commodati contraria.	• Davaları; actio certae creditae pecuniae ve condictio certae rei.

SAKLAMA SÖZLEŞMESİ (DEPOSITUM)

Evet, şimdi de saklama sözleşmesine bakalım. Saklama sözleşmesinde saklatan, bir malın saklanması saklayandan talep ediyor. Saklayan da kendisine verildiği takdirde bu malı saklayacağını taahhüt ediyor.

Dolayısıyla bu Türk hukukunda rızai bir sözleşmedir. Taşınır bir mal olmak durumunda. Yalnız Roma hukukunda ücretsiz olma şartı vardır.

Oysaki bizim Borçlar Kanunumuzda ücret isteyebileceğini de söylüyor. Yani Türk hukukunda ücretli de olabilir, ücretsiz de olabilir. Fakat Roma hukukunda mutlaka taşınır bir mal olacak ve ücretsiz olacak.

Türk hukukunda ise taşınır bir mal olur, ama ücretli veya ücretsiz olabilir. Yani Roma hukukunda karşılıksızdır. O yüzden Roma hukukunda saklama sözleşmesi ivazsızdır.

Kullanım ödücü sözleşmesinde neydi peki? O da ivazsızdı. Tüketim ödücü sözleşmesi de ivazsızdır. Bütün tek taraflı ve eksik iki taraflı sözleşmeler ivazsızdır. Tam iki taraflı sözleşmeler ise ivazlıdır.

Roma hukukunda saklama sözleşmesi de aynı bir sözleşmedir. Ama Türk hukukunda rızai bir sözleşmedir. O nedenle öncelikle saklayanın, saklanacak malı saklayana teslim

etmesi gerekir. Bu sebeple saklama sözleşmesi aynı sözleşmedir. Yani malı saklayana verecek. Saklayan elde bulunduran konumundadır.

Hem kullanım ödöncünde hem de saklama sözleşmesinde malı hakimiyeti altında bulunduran kişi Roma hukukunda elde bulundurandır. Türk hukukunda zilyetken, Roma hukukunda elde bulundurandır.

Saklama sözleşmesinde, saklatan istediği anda malı geri vermek zorundadır. Eğer malda bir artış olursa, artan malları da geri vermesi gerekiyor. Kullanım ödöncünde de böyledir. Mesela verdiği at yavruladı. Yavru atları da geri vermesi gerekiyor.

Saklama sözleşmesinde de çoğalmaları iade etmesi lazım. Saklama sözleşmesinden doğan borç parça borcudur. Çünkü saklayan, saklamak için aldığı malı aynen iade etmek zorundadır.

Saklama sözleşmesinde her zaman borçlu olan taraf, saklayandır. Saklatan ise bazı hallerde borçludur. Saklayan, iade etme yükümlölüğü altında olduğu için her zaman borçludur.

Onun borcu hem **facere** hem de **parça borcudur**. Çünkü elde bulundurmayı devretmesi gerekiyor. Saklatan da bazen borçlu. Eğer saklayanın; saklamaya ilişkin birtakım masraflar yapması gerekiyorsa, bunları saklatan da talep edecektir.

Ya da saklanması için verilen mal sebebiyle zarara uğradiysa, bu zararı da saklatanın tazmin etmesini isteyecektir. O yüzden her zaman borçlu olan saklayan, bazen borçlu olan ise saklatandır. Birbirlerine açacakları davalar nelerdir peki? Saklatan directa açacak, saklayan ise contraria açacaktır.

❖ **ACTIO DEPOSITI DIRECTA:** Saklatanın açacağı davadır.

❖ **ACTIO DEPOSITI CONTRARIA:** Saklayanın açacağı davadır.

Sorumluluk konusu, fayda ve menfaat prensibini uyguladığımızda saklayanın sorumluluğu hafiftir. Çünkü olayda menfaati yoktur. Dolayısıyla sadece kastından ve ağır ihmalden sorumludur.

Saklatanın sorumluluğu ise ağırdır. Kastından, ağır ihmalden ve hafif ihmalden sorumludur. Yani bütün kusurlarından sorumludur.

❖ **OMNIS CULPA:** *Bütün Kusurlar*

Dikkat ederseniz saklama sözleşmesinde saklayanın beklenmedik hallerden sorumlu olması mümkün değil. Kaldı ki hafif ihmallerinden dahi sorumlu değildir. Bu da fayda ve menfaat prensibi ile açıklanıyor.

REHİN SÖZLEŞMESİ (PIGNUS)

Son olarak rehin sözleşmesi var. Böylelikle aynı sözleşmeleri tamamlayalım. Üzerinde rehin hakkı tesis edilen malın zilyetliğinin rehinli alacaklıya geçirilmesi ile meydana gelir.

❖ **PIGNUS:** *Rehin Sözleşmesi*

❖ **HYPOTECIA:** *Rehin Hakkı*

Ama borçlu, borcuna karşılık malı üzerinde sadece rehin hakkı tesis etse, ve malın zilyetliği kendisinde kalmaya devam etse; bu rehin hakkı oluyordu.

Bunun için 3 tane şart vardır. Geçen dönem de görmüştük.

- ✓ Alacağın varlığı
- ✓ Teminat gösterilen malın borçluya ait olması
- ✓ Alacaklı ile borçlu arasında yapılan şekilsiz anlaşma

Rehin sözleşmesinde ise, bu 3 şartın yanında teslim şartı da vardır. O da zilyetliğin nakli. Borçlu, borcunu ödeyinceye kadar mal, rehinli alacaklıda kalıyor.

İşte bu sözleşme rehin sözleşmesidir. Peki rehin sözleşmesi nasıl bir sözleşme? Öncelikle aynı bir sözleşme. Yani consensus+res.

Üzerinde rehin hakkı tesis edilen malın zilyetliğinin alacaklıya geçeceği konusunda anlaşılıyorlar. Borçlu da malın

zilyetliğini rehinli alacaklıya geçiriyor. O yüzden aynı bir sözleşmedir.

Ayrıca eksik iki taraflı bir sözleşmedir. Her zaman borçlu olan taraf rehinli alacaklıdır. Çünkü alacağına kavuştuğu zaman malı iade edecektir. Borçlu olan ise bazı hallerde borçludur.

Dolayısıyla alacağına kavuşmasına rağmen kendisine teminat gösterilen malı iade etmiyorsa, borçlu ona directa dava açacaktır.

❖ **ACTIO PIGNERATICA DIRECTA:** Borçlu olanın, yani malını rehinli alacaklıya bırakanın açacağı davadır.

Ya da borçlu, verdiği mal yüzünden alacaklının zarara uğramasına neden olursa; o zaman alacaklı zararların tazminini isteyebilir. Buna da contraria diyoruz.

❖ **ACTIO PIGNERATICA CONTRARIA:** Rehlinli alacaklının; bazı hallerde borçlu olana karşı açacağı davadır.

Demek ki aynı bir sözleşme. Aynı zamanda eksik iki taraflı sözleşme. Her zaman borçlu olan rehin alan, bazen borçlu olan rehin verendir.

Peki sorumlulukların kapsamı nedir? Rehlin alan ve rehlin verenin sorumluluğu nedir? İkisinin de sözleşmeden bir menfaati

var. Bu yüzden ikisinin de sorumluluğu ağırdır. Ama Klasik dönemde rehin alanın sorumluluğu daha da ağırdır. Rehin alan, beklenmedik hallerden de sorumlu tutulur.

Furtum Possessionis demiştik. Mesela borçlu, alacaklıya rehin bıraktı. Zilyetlik şu an alacaklıda. Ama gizlice alacaklının evine girdi, ve kendi malını çaldı. O zaman buna Romalılar **furtum possessionis** diyorlar.

❖ FURTUM POSSESSIONIS: *Zilyetlik Hırsızlığı*

Peki rehinli alacaklı malı kullanabilir mi? Kullanamaz. Onu sadece muhafaza etmekle yükümlüdür. Kendisinden istendiği zaman değil, alacağına kavuştuğu zaman malı iade edecektir.

Peki rehinli alacaklının, alacağına kavuşamazsa ne gibi hakları vardır? MS. 326 yılına kadar **lex commissoria** vardı. Bu sayede rehinli alacaklı mala malik olabiliyordu. Bu şart şekilsiz anlaşmaya koyulduysa, ya mala malik olacak; ya da malı satıp alacağına kavuşacak.

❖ LEX COMMISSORIA: *Rehinli mala malik olma kaydı*

MS. 326 yılında Constantinus bir düzenleme yapıyor. Bundan sonra borçlunun, borcunu ödememesi durumunda mala malik olacağı yönünde anlaşmalar yapıldıysa, bunlar geçersizdir.

Alacaklı sadece bir yola sahiptir. Malı satıp oradan alacağına kavuşmalıdır. Neden bu yasak getirilmiş olabilir peki? Çünkü rehin bırakılan malın değeri, bazen borcun miktarından çok daha fazla olabiliyordu.

Alacaklı mala malik olduğunda, alacağından çok daha fazla değer taşıyan bir mala malik olmuş oluyordu. Bunu önlemek amacıyla bu yasak getirildi.