

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ROMA HUKUKUNDA MALA VERİLEN ZARAR
(DAMNUM INIURIA DATUM)

(DOKTORA TEZİ)

Danışman: Prof.Dr.Bülent TAHİROĞLU

Hazırlayan: Pervin AYAZLI - 64

İSTANBUL - 1994

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I-V
KISALTMALAR.....	VI-VII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

5.1. DAMNUM INIURIA DATUM KAVRAMI: KÖKENİ ANLAMI VE KAPSAMI.....	4
5.2. ROMA HUKUK TARİHİNDE DAMNUM INIURIA DATUM VE GELİŞİMİ.....	11

İKİNCİ BÖLÜM

5.1. ROMA HUKUKU AÇISINDAN DELICTUM - CRIMEN.....	14
5.2. ROMA HUKUKUNDA MALA VERİLEN ZARARLAR.....	20
I. Oniki Levha Kanunu'nda Mala Verilen Zararlar.....	20
II. Klâsik Hukukta Mala Verilen Zararlar.....	21
1. Lex Aquilia'yı Hazırlayan Sebepler.....	21
2. Damnum Iniuria Datum'dan Doğan Sorumluluk Şartları.....	22
A. Hukuka Aykırı Zarar Verici Eylem.....	24
a. Oniki Levha Kanunu'nda Hukuka Aykırılık....	26

II

b. Lex Aquilia'nın Klâsik Anlayışında Hukuka Aykırılık.....	29
c.Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	31
aa.Mesru Müdafaa.....	31
bb.Iztırar Hali.....	36
cc.Hukuk Düzeni Tarafından Özellikle Yetki Verilmesi.....	42
dd.Mağdurun Rızası.....	45
ee.Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma.....	48
B.Zarar Verici Eylem.....	51
C.İlliyet Bağı.....	63
D.Kusur.....	67
a.Zarar Verenin Kusuru.....	67
b.Zarar Görenin Birlikte Kusuru.....	81
3.Lex Aquilia'daki Malvarlığı Zararları.....	85
A.Zarar Görmüş Nesnelere.....	85
B.Zarar Kavramındaki Gelişim ve Tazminatın Esasları.....	88
a.Maddî Zarar.....	89
aa.Fiili Zarar (damnum emergens).....	91
bb.Mahrum Kalınan Kâr (lucrum cessans).....	93
b.Manevî Zarar.....	98
c.Zararın Tazmini.....	100
aa.Genel Olarak Zararın Tazmini.....	100
bb.Lex Aquilia'da Zararın Tazmini.....	100
C.Özgür Romalının Yaralanması.....	113

III

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§.1. DAMNUM INIURIA DATUM DOLAYISIYLA AÇILAN DAVA:	
ACTIO LEGIS AQUILIAE.....	122
I. Davanın Özellikleri.....	126
1. Dava Pasif Olarak Intikâl Etmez.....	126
2. Dava Birden Fazla Faile Karşı Açılabilir.....	129
3. Dava, İtiraf Edene Karşı "In Simplum" (bir); Haksız Yere İnkâr Edene Karşı "In Duplum" (iki) Misli Mahkumiyeti Gerektirir.....	131
4. Dava Bir Süreye Bağlı Degildir.....	133
II. Davanın Genişlemesi: Actio Legis Aquiliae Utilis ve Actio In Factum.....	133
III. Davada Taraflar.....	138
1. Davacı (Malik ve Diğer Hak Sahipleri).....	138
2. Davalı.....	147
§.2. DAVALARIN YARIŞMASI.....	161
I. Ceza Davası ile Actio Legis Aquiliae'nin Yarışması.....	161
II. Diğer Haksız Fiil Davaları ile Actio Legis Aquilaie'nin Yarışması.....	163
1. Actio Iniuriarum - Actio Legis Aquiliae.....	163
2. Actio Legis Aquiliae - Actio Furti/Condictio Furtiva.....	168
III. Lex Aquilia'nın Birinci ve Üçüncü Bölümündeki Davaların Yarışması.....	173

IV

IV. Akitlerden Doğan Davalar ile Actio Legis Aquiliae'nin Yarışması.....	176
--	-----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

§.1. LEX AQUILIA'DAN MODERN KANUNLARA GEÇİŞ.....	188
§.2. TÜRK HUKUKU'NDA MALA VERİLEN ZARARLAR.....	191
I. Genel Olarak.....	191
II. Sorumluluk Hukuku Yönünden: Haksız Fiiller.....	192
1. Haksız Fiil Sorumluluğunun Unsurları.....	193
A. Hukuka Aykırı Fiil.....	194
a. Genel Olarak.....	194
b. Hukuka Aykırı Fiiller.....	195
c. Ahlaka Aykırı Fiiller.....	196
d. Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	197
aa. Magdurun Rızası.....	198
bb. Kamu Hukukuna Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması.....	200
cc. Özel Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması.....	201
dd. Borçlar Kanunu'nda Özel Olarak Düzenlenen Üç Durum.....	202
aaa. Meşru Müdafaa.....	202
bbb. İztırar Hali.....	206
ccc. Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma.....	210
ee. Faydalı Vekâletsiz İş Görme.....	211

B. Zarar.....	212
a. Maddî Zarar – Manevî Zarar.....	212
aa. Maddi Zarar.....	212
aaa. Fiili Zarar.....	213
bbb. Mahrum Kalınan Kâr.....	213
bb. Manevi Zarar.....	214
b. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar.....	215
c. Şahsa Verilen Zarar – Eşyaya Verilen Zarar – Diğer Zararlar.....	215
C. İlliyet Bağı.....	216
D. Kusur.....	219
III. Ceza Hukuku Yönünden: Nası İzzar.....	222
SONUÇ.....	225
BİBLİYOGRAFYA	
YARARLANILAN KAYNAKLAR	

VI

KISALTMALAR

AcP	: Archiv für die Civilistische Praxis
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
Bd.	: Band
c.	: cilt
C	: Codex
CC	: Code Civile
CIC	: Corpus Iuris Civilis
CK.	: Ceza Kanunu
Coll.	: Collatio
D.	: Digesta
disp.	: disputationum
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Edictum
Gai.I.	: Gaius Institutiones
HD.	: Hukuk Dairesi
I.	: Iustiniani Institutiones
K.	: Karar
kars.	: karşılaştırınız
LQR.	: Law Quarterly Review
md.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
M.Ö.	: Milattan önce

VII

M.S.	: Milattan sonra
s.	: Sayı
PSI.	: Pubblicazioni della Società Italiana, Papiri greci e Latini
Q.M.	: Quintum Mucium
sh.	: sayfa
SZ	: Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtgeschichte, Romanistische Abteilung
T.	: Tarih
XII L.K.	: Oniki Levha Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

Not:

Roma hukukçularının isimleri, Digesta metinleriyle beraber zikredildikleri zaman, kısaltılarak kullanılmıştır.

Ulp. : Ulpianus, Paul. : Paulus gibi.

GİRİŞ

Roma Hukuku'nda, BK.md.41 vd. yer aldığı şekliyle genel bir haksız fiil kavramı değil, mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*) yanında, hırsızlık (*furtum*), gasp (*rapina*) ve şahsiyete tecavüz (*iniuria*) den oluşan münferit haksız fiiller sözkonusudur. Son üçü, günümüz ceza kanunlarında yer alan suçlardır. Başkasının malına verilen zarar ise hem haksız fiil olarak Borçlar Kanunu'nda, hem de nası ızrarın unsurlarını oluşturduğundan Ceza Kanunu'nda yer almaktadır.

Biz konuyu incelerken, Roma Hukuku'nda şahsî öcden başlayıp, *XII Levha Kanunu* ve *Lex Aquilia*'dan hareketle bugünkü cezaî ve tazmin ettirici müeyyideye uzanan bir çizgi üzerinde hareket ettik.

Eski devirlerde fail, zarara uğrayan kimsenin ya da ailesinin şahsî öcüne maruz kalıyordu. *XII Levha Kanunu*'nda ise şahsî öce ilişkin hükümler yer almakla birlikte, zararı tazmin etme zorunluğu da getirilmiştir. Ancak bu dönemde yine de sistemli bir haksız fiil kavramına ulaşılammıştır. Haksız fiile ilişkin özel şartlara ise ilk olarak *Lex Aquilia*'da rastlanmaktadır.

Genellikle M.ö. 287/286 yıllarında yürürlüğe girdiği kabul edilen *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümlerinde mala verilen zarar ve tazmin şekli düzenlenmiştir. Kanun incelendiğinde, kapsamları biraz farklı olmakla birlikte, modern hukuk sistemlerinde yer alan unsurların varlığı

gözlemlenebilir. Üstelik, daha o zamanlar, hukuka uygunluk sebeplerinin günümüz kanunlarında yer alanlar ile hemen hemen aynı olması ilgi çekicidir. Ancak Kanun, haksız fiilin unsurlarını çok katı sınırlar içinde ele almıştır. *Fraetorların* çalışmaları sonunda gerek unsurlar gerekse davaların niteliğinde değişiklikler ve gelişmeler olmuş, *Iustinianus* Hukuku'nda, her türlü mala verilen zararı içine alacak şekilde, Kanunun kapsamı genişlemiştir.

Actio legis Aquiliae'yi incelemeye geçmeden önce, mala verilen zararın kapsamı dışında kalmakla birlikte, konunun bütünlüğü açısından, özgür Romalının yaralanmasına da kısaca değindik. Çünkü, her ne kadar Roma Hukuku'nda, Kanunun özgür kişileri kapsayıp kapsamadığı ve eğer kapsıyorsa ne şekilde kapsadığı tartışmalı ise de, bugün BK.md.41'de yer alan ifade, sadece mala verilen zararları değil, aynı zamanda şahsa verilen zararları da içine aldığından, bu konuya tezimizin içinde dar kapsamda da olsa bir bölüm ayırmayı uygun bulduk.

Roma Hukuku'nda maddî hukuku, usul hukukundan kesin olarak ayırmak mümkün olmadığından, metinlerden hareketle mala verilen zarardan dolayı açılan davaları ve bu davalar ile gerek diğer haksız fiillerden gerekse akitlerden doğan davaların ve *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümlerinden doğan davaların yarışmalarını inceledik.

Bu tez ile ilgili çalışmalar esnasında, metinlerin tekrarından kaçınmaya çalıştık. Bir metne, önemine göre, ya birinci ve ikinci bölümlerde ya da davalarla ilgili üçüncü bölümde yer verdik. Zikretmemiz gereken bir ikinci yerde

ise sadece ilgili metnin numarasını vermekle yetindik.

Tezimizde Türk Hukuku'nda haksız fiil kavramını ele almadan önce *Lex Aquilia*'dan modern kanunlara geçiş sürecine değindik. Bu bölümde Roma Hukuku'ndan çok etkilenen ve hukuk sistemlerini büyük ölçüde etkilemiş olan Alman, Fransız ve İsviçre Hukuklarını kısaca inceledik.

Türk Hukuku'nda konuyu haksız fiil ve nası ızrar olarak ikiye ayırmakla birlikte; Roma Hukuku'nda esasen haksız fiille ait temel kuralların oluştuğu ve geliştiği gerçeğinden hareketle, ağırlığı haksız fiille verdik. Ancak, bu tezin bir Roma Hukuku tezi olmasından dolayı, sadece paralellikleri göstermek açısından, konuyu çok sınırlı olarak ele aldık. Aynı sınırlamaya, bu bölümde atıf yapılan kaynaklar bakımından da dikkat ettik.

BİRİNCİ BÖLÜM

5.1. DAMNUM INIURIA DATUM KAVRAMI: KÖKENİ ANLAMI VE KAPSAMI

*Damnum iniuria datum*¹, *Ius Civile*'nin tanıdığı dört haksız fiilden birisidir; özgür bir kimsenin² menkul bir mala³ dokunarak, fiilî temas ile (*corpore corpori*) hukuka

¹. *Damnum*, etimolojik olarak *damare* ile değil, *damnare* ile bağlantılıdır; *damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt* (*Paul.D.39.2.3*): *damnum* ve *damnatio* mahrum etmek, mameleki azaltmaktan geldiği söylenir.

Damnum, şahsi ölçü yerine para cezası olsaydı; para verilerek yaralının tatmin edilmesinden dolayı "*damnare decidere*" diye adlandırılırdı ve bu terim de "tatmin etmek" veya "uzlaşmak" şeklinde tercüme edilirdi. Rein, sh:744, dn.1. Ayrıca, kavram ile ilgili olarak bkz. Kelly, LQR, sh:73 vd.; Mommsen, sh:13, dn.1; Kaser, *Ius*, sh:124, dn.28 ve 125 vd.; Berger, sh:424; Heumann/Seckel, sh:119.

Damnum: Zarar, ziyan.

Rein, sh:744; Di Marzo, sh:97; Der Kleine Pauly, I, sh:1374.

Başkasına ait malvarlığına zarar verme suçu, Cumhuriyet Devri'nde *lex Aquilia* ile düzenlenirken; *damnum iniuria datum* veya *damnum iniuria* olarak ifade edildi, Keller, Pandekten, sh:675. *Damnum iniuria* terimi hukuk kitaplarında *damnum iniuria datum* ve *damnum culpa datum*'dan daha çok kabul görmüştür (Mommsen, sh:826, dn.1) *damni iniuria* şeklinde kullanılmasına da rastlanmaktadır, Buckland, Manual, sh:324; Karlowa, sh:793 vd.; Lenel, sh:198 vd.; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:257 vd.; Windscheid, sh:640 vd.

². Bkz. Kelly, LQR, sh:76. Eger zarar veren özgür kişi değil, örneğin köle ise *actio noxalis*; hayvan ise *actio de pauperie* sözkonusu olur. Mackeldey, sh:302.

³. Bu Kanun, esas itibarıyla, sadece menkul mallar için uygulanmakta olup; gayrimenkullere ilişkin zararları kapsamına almamıştır. Buckland, Manual, sh:325; Honig, sh:286.

Gayrimenkullere verilen zararlar için: *Interdictum quod vi aut clam*: bir kimsenin gayrimenkulünde onun iradesi hilafına (*vi*) veya haberi olmaksızın (*clam*) zarar veren ya da zarar vermesi ihtimali olan işleri yapan kimseye karşı,

aykırı (*iniuria*) bir zarar (*damnum*) vermesi anlamına gelir⁴; *lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde düzenlenmiştir⁵. Zarar, başkasının hakkının, onun

eski duruma getirilmesini (*in integrum restitutio*) sağlamak için ilgili taraf lehine verilen *interdictum*. Bu *interdictum*, yalnız malik tarafından değil, intifa hakkı sahibi ve kiracı tarafından da ileri sürülebilir (D.43.24.1 pr.). Umur, Lügat, sh:93; Berger, sh:511.

⁴. Umur, Lügat, sh:54; Mommsen, sh:827; Villey, sh:120; Sohm/Wenger/Mitteis, sh:457.

⁵. Farklı konuları düzenlemiş olmasından dolayı *lex Aquilia* bir *lex satuta* olarak nitelendirilir, Mayer-Maly, RP, sh:138.

Konumuz dışında kalan İkinci Bölüm'de, alacaklının zararına hileli şekilde borçluyu ibra eden *adstipulator*'dan bahsedilmektedir, Hausmaninger, sh:9; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:20; Tahiroglu/Erdogmuş, Meseleler, sh:107; Honig, sh:287 vd.; Berger, sh:548.

Adstipulator'a karşı açılacak dava ile ilgili bu hükmün, öldürme ve zarar vermeyi düzenleyen maddeler arasında yer aldığını açıklamak zordur. Huschke'ye göre, kanun koyucu *lex Aquilia*'da hukuka aykırı verilmiş zararı tazmin ettirmeyi amaçlamıştır. Başkasına ait malvarlığına verilen zararlar ise hem maddi (cismani) hem de maddi olmayan şeyleri içerir.

Bazı yazarlar (Rudorff, Walter) ise, bu bölümü, birinci bölümde verilen davanın devamı olarak düşünürler. *Stipulatio*'da (*vadimonium* gibi) temsilci, *adstipulator* veya *adpromissor* olarak dava açabilir ya da kendisi dava edilebilirdi. Bir kölenin öldürülmesinden dolayı bir *vadimonium* taahhüt edilmiş olsaydı ve *adstipulator* faili yanıltıcı hareketiyle serbest bıraksaydı, bu durumda *adstipulator*'u "*quanti res est*" den sorumlu tutmak gerekirdi. Kanun koyucunun maksadının bu olduğu ve Gaius'un da bunu yapmak istediğinden hareketle 2. Bölüm yorumlanarak dava, *adstipulator*'a izafe edilmiştir. Ancak, diğer mülahazalar hesaba katılmadan yapılan bu açıklama, içinde bulunulan zorluğu arttırır. Çünkü, Gaius'un Kanunu böyle yanlış yorumlayacağı inanılmaz bir iddiadır. Rein, sh:745, dn.2.

Özel hukuk tarafından vekilin sorumluluğunun kabul edilmesinden sonra, *adstipulator* zararın tamamından *actio mandati* ile sorumlu tutulabildiğinden bu bölüm uygulama dışı kalmıştır. Mommsen, sh:825 vd.; Sohm/Wenger/Mitteis, sh:437; Kelly, LQR, sh:81; Rado, Armagan, sh:695.

Gai.I.3.216'daki ifade doğrultusunda bu görüş daha isabetlidir.

Gai.I.3.216: Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caueri non fuit

mamelekinde bir azalmaya sebep olacak şekilde ihlâl edilmesidir. Bu zarar, malvarlığında bir eksilme şeklinde olabileceği gibi (*quantum mihi abest*), malvarlığında meydana gelebilecek bir artışın önlenmesi (*quantum lucrari potui*) şeklinde de olabilir⁴.

Lex Aquilia'nın yürürlüğe girmesi ile ilgili olarak genellikle kabul edilen tarih M.Ö.287-286 ya da M.Ö.289-286 yıllarıdır⁷. Hukuka aykırı zarar vermelerle ilgili bazı

necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret.

"Kanunun bu kısımdaki davanın zararı tazmin maksadı ile konulduğu aşıkardır; fakat bu tedbir o kadar lüzumlu değildi zira, *actio mandati* bu hususta kâfi geliyordu." (Tezde yer alan *Gaius Institutiones 3.210-219* çevirileri için Rado, *Inst.*'den yararlanılmıştır).

⁴. Di Marzo, sh:97.

⁷. M.Ö.287/286 için bkz. Heumann/Seckel, sh:38; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:364; Liebs, RR, sh:199; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:15 vd.; Di Marzo, sh:477; Honig, sh:286; Umur, *Ders Notları*, sh:210; Umur, RH, sh:501; Tahiroğlu/Erdogmuş, *Meseleler*, sh:107; Rado, RH, sh:194; Honsell, RR, sh:153; Kunkel, RP, sh:173, 256; Weiss, sh:69, 419; Lawson, sh:4; Jörs/Kunkel/Wegner, sh:25; Pernice, *Sachbeschaedigungen*, sh:15; Lee, sh:383; Morey, sh:381; Kaser, RPR, I, sh:161; Kaser, RRG, sh:73.

D.9.2.27.22'de yorumu bulunan *Iunius Brutus*'un yaşadığı zaman (Brutus, M. Manilius - Konsul, 149 ve P. Mucius Scaevola - Konsul, 133 ile çağdaştır) ve örneğin, "*dominus*" yerine "*erus*" un kullanılmasında olduğu gibi; kullanılan dil itibariyle Kanun M.Ö. III. yüzyılın ikinci yarısından daha öncesine ait olmalıdır. Unterholzner, sh:675; Kipp, sh:99; Kübler, sh:137; Schulz, *Geschichte*, sh:55.

Biscardi ise, bu tarihi M.Ö. III. yüzyılın birinci yarısı olarak kabul eder. Yazar, gerekçe olarak şunları ileri sürmektedir:

1. *Patricius*'ların Kanunu onayladığını, Kanunun kapsamı belli etmektedir. Yani bu *lex Hortensia*'dan önceki bir tarih olmalıdır.

2. Fiktif (farazi) *actio legis Aquiliae*, *Peregrinilerin* dava ehliyetinden önce yani *praetor peregrinus*'ların varlığından önce *lex Aquilia*'nın varlığını ortaya koyar.

Biscardi'ye göre, M.Ö. 242 den önce henüz yazılı şekil mevcut değildi.

Buna karşılık Guarino'ya göre, *actiones ficticiae* formula usulüne aittir. M.Ö. 242 den sonra *peregriniler*

kanunlar *Lex Aquilia de damno iniuria dato*'dan sonra ortadan kalkmıştır⁹:

D.9.2.1 pr.(Ulp.libro XVIII ad Ed.): Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse.

"*Lex Aquilia* kendisinden önce çıkarılmış olan hukuka aykırı zarar vermeden bahseden kanunların (gerek 12 Levha Kanunu, gerekse diğer kanunlar) bütün ilgili bölümlerini ilga etti. Bu kanunların artık zikredilmesine gerek yoktur."

Lex Aquilia aslında "*lex*" (kanun) değil, bir "*plebiscitum*"dur⁹. *Lex Hortensia*¹⁰ dan çok kısa bir

actio legis Aquiliae ve *actio furti*'de olduğu gibi, bazı özel hukuk imkanlarından yararlandırılmıyorlardı. Bu sebeple, sadece farazi dava açabilirlerdi. Yazarın fikrine göre, *lex Aquilia*'nın neşredildiği tarihi tam olarak tesbit etmek mümkün olamayacaktır. Naklen von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:17, dn.11.

Buckland ise, *lex Aquilia*'nın neşir tarihi tam olarak tesbit edilemediğinden; belirli zaman parçasının verilmesinin daha doğru olacağı görüşündedir, *Manual*, sh:323.

⁹. Huschke'ye göre, *lex Aquilia de rupita*, daha sonra *lex Aquilia de damno* olarak adlandırılmıştır. Naklen Rein, sh:744, dn.3.

⁹. *Theophilus*, 4.3.15 ve *Basilica* 60.3.1'e ait isimsiz yorum, bu Kanunu "*secessio plebis*" pleblerin ayrılmasına bağlar. von Vangerow, sh:599, dn.1; Dernburg, sh:345.

Ancak *lex Aquilia*'nın ne politik karakteri ne de pleblerin ayrılması ile ilgili bir iç ilişki mevcuttur. von Lübtow, *Römische Volk*, sh:103 vd.; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:15,16.

Plebiscitum : Pleblerin kendi aralarında toplanarak çıkardıkları kanunlar. *Tribunus Plebis*'lik ihdas edildikten sonra (M.Ö.494) çıkarılmaya başlanan *plebiscitum*'lar yalnız plebleri bağlamakta ; *lex*'ler ise plebler dahil bütün vatandaşları bağlamakta idiler. Pleblerin baskısı altında M.Ö. 286 yılında çıkartılan *Lex Hortensia* ile *plebiscitum*'

zaman sonra neşredildiği için, bu kanundan dolayı, *lex* olarak nitelendirilmiştir¹¹. Nitekim:

D.9.2.1.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius Tribunus plebis a plebe rogaverit.

"*Lex Aquilia, Tribunus Aquilius zamanında pleb'lere başvurularak çıkarılmış bir plebiscitum'dur.*"

Lex Aquilia ile başkasının malına verilen zararın (*damnum iniuria datum*) tazmin şekli düzenlenmiştir. Kanun esasen maddî bir temas sonucunda (*corpore corpori*) verilmiş zararın tazminini düzenlemekteydi; ancak *Iustinianus* zamanında her türlü mala verilen zararı içine alacak şekilde uygulamada genişletilmiştir. *Lex Aquilia* üç bölüme ayrılmakla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi, sadece birinci ve üçüncü bölümleri mala verilen zararlarla ilgilidir.

Birinci bölüm, başkasına ait bir köleyi veya başkasına ait dört ayaklı bir sürü hayvanını (*quadrupes, quae pecudum*

lar da bütün Roma vatandaşlarını kapsamına alarak *Lex*'lere eşit oldular. Bundan sonra *lex* ismi altında çıkan ve bilhassa özel hukuku ilgilendiren kanunların çoğu gerçekte *plebiscitum'dur*. Umur, Lügat, sh:158; Heumann/Seckel, sh:433; Berger, sh:632.

¹⁰. *Lex Hortensia de plebiscitis*: Pleblerin isteği üzerine, *plebiscitum*ları diğer *comitia*'ların kabul ettiği *lex*lere eşit kılan kanun (M.Ö.286). Bu andan itibaren *plebiscitum*lar yalnız *pleblere* değil, bütün Roma vatandaşlarına hitap ettiklerinden, *lex*lere eşit hale gelmişlerdi. Umur, Lügat, sh:119; Berger, sh:553. Heumann/Seckel, bu kanunla ilgili olarak M.Ö. 287'den bahseder, sh:239.

¹¹. *Lex Hortensia* ile (M.Ö.287) sıkı zaman bağlantısına dikkat edilmelidir. Hausmaninger, sh:10.

numero est) hukuka aykırı (*iniuria*) olarak öldüren (*occidere*) kişinin malike, kölenin veya hayvanın son bir yıl içindeki en yüksek değerini ödemekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir.

*D.9.2.2 pr. (Gai. libro VII ad Ed.): Lege Aquilia capite primo cavetur: "Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto"*¹².

"*Lex Aquilia*'nın birinci bölümünde (şu) düzenlenir: bir kimse başkasına ait erkek veya kadın köleyi veya dört ayaklı sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldürürse, malın o yıl içindeki en yüksek değerini malike vermeye mahkûm olsun"¹³.

Üçüncü bölüm ise diğer hukuka aykırı zarar vermeler

¹². İlk metnin gözden geçirilmesi ile ilgili olarak bkz. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:19; Maier, sh:21 vd.; Kelly, *LQR*, sh:76; Watson, sh:246; Kaser, *RPR*, I, sh:161, dn.57; Hausmaninger, sh:9 dn.1; Pernice, *Sachbeschaedigungen*, sh:12 vd.; Wesel, sh:50.

¹³. bkz. *I.4.3 pr (De lege Aquilia): Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam. Cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.*

"*Actio damni iniuriae* (hukuka aykırı zarar vermeden doğan dava) *Lex Aquilia* ile ihdas edilmiştir. Kanunun birinci bölümündeki hükme göre, bir kimse başkasına ait bir köleyi veya başkasına ait dört ayaklı bir sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldürecek olursa, eşyanın o sene içindeki en yüksek değerini malike tazmin etmeye mahkûm olur." (tezde yer alan *Iustiniani Institutiones* çevirileri için Umur, *Inst.*'den yararlanılmıştır).

karş. *Gai.I.3.210: Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.*

için geçerlidir, bu bölümde bir başkasının malına yakarak (*urere*), kırarak (*rumpere*) ve bozarak (*frangere*) zarar veren kişinin, malike, o malın müteakip otuz gün içindeki değerini ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

D.9.2.27.5 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto."

"*Lex Aquilia*'nın üçüncü bölümünde: sürü hayvanın veya kölenin öldürülmesinin dışında diğer zararlarla ilgili olarak, eger bir kişi başkasına hukuka aykırı şekilde yakmak, kırmak veya bozmak suretiyle bir zarar verirse, eşyanın son (en yakın) otuz gün içindeki değerini malike vermeye mahkûm olsun denilmektedir"¹⁴.

¹⁴. *I.4.3.13: Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent, damnum iniuria datum hoc parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur: denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini vel olei corrumperetur, ex hoc parte legis eum teneri.*

"Üçüncü bölüm geri kalan her türlü zararı düzenler. Eger bir kimse bir köleyi veya *pecudes* sayılan sürüye dahil dört ayaklı bir hayvanı yaralarsa veya *pecudes* sayılmayan örneğin bir yabancı hayvanı veya bir köpeği yaralar ya da öldürürse, bu bölüme göre dava açılır. Kanunun bu bölümü içinde diğer bütün hayvanlar ve bütün cansız şeylere hukuka aykırı olarak verilen zarardan dolayı dava hakkı verilir.

§.2. ROMA HUKUK TARİHİNDE *DAMNUM INIURIA DATUM* VE GELİŞİMİ

İlk önceleri, özellikle çok eski devirlerde suçlu -bir *delictum privatum* söz konusu ise- zarara uğrayan kimsenin ve ailesinin şahsî öcüne maruz kalıyordu. M.Ö.5. yüzyılın

Eğer bir eşya yakılır, yıkılır, kırılır veya çatlatılırsa (bütünlüğüne zarar verilirse), bu bölümden dolayı dava söz konusu olur. Aslında, sadece kırılması (*ruptum*) demekle bu durumların hepsini göstermek mümkündür; çünkü, *ruptum* kelimesi ile herhangi bir şekilde bozulmuş olmak (*corruptum*) da anlaşılır. Dolayısıyla, bu kelime sadece yanmış ve çatlamış anlamını içermez. Bilakis, yarılmış, ayrılmış, dökülmüş yani herhangi bir şekilde zarara uğramış, zarar görmüş şeklinde de anlaşılır. Son olarak, eğer bir kimse başkasına ait şarap veya zeytinyağına, bunların doğal lezzetini bozacak bir şey karıştırmışsa, kısa cevap olarak: Kanunun bu bölümünden dolayı fail, malike karşı sorumlu olacaktır."

karş. *Gai.I.3.217: Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est, unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*

"Üçüncü bölümde, bütün geri kalan zarar vermeler inceleniyor: Bu bölüm, bir kimse, köleyi veya *pecudes* sayılan dört ayaklı bir hayvanı yaralarsa ya da *pecudes* sayılmayan dört ayaklı bir hayvanı örneğin köpek veya vahşi bir hayvanı (ayı, arslan gibi) yaralar veya öldürürse, bir dava tanır. Ayrıca Kanunun bu bölümü bütün cansız eşyalar ve geri kalan hayvanlara hukuka aykırı zarar vermede dava hakkı verir. Bir eşya yakılır, kırılır veya zedelenirse, bu bölümden doğan bir dava söz konusu olur. Aslında *ruptum* kavramı, bütün bu durumların tamamını anlatmak için yeterli olabilirdi. Çünkü *ruptum*'dan herhangi bir şekilde bozulma (*corruptum*) anlaşılır. Bundan dolayı bu kelime sadece yanmayı, zedelemeyi (çatlatılma) veya kırılmayı değil, ayrıca parçalanmayı (dağılma-parçaların ilişkisinin kesilmesi), yok edilmeyi, dökülmeyi ve herhangi bir şekilde zarar verilmeyi veya tahrip edilmeyi ve değerden düşürülmeyi de içerir."

ortalarına dogru (451-449), o zamanki hukuk düzeninin tamamını içine alan ve eski zamanlardan beri teamüle uygun olarak (*mos maiorum*) ortaya çıkan normlar tespit edilmiştir. Bu normlar oniki levha şeklinde neşredilmelerinden dolayı "*lex (legis) duodecim tabularum*" ya da "*duodecim tabulae*" olarak adlandırılmıştır¹³. Oniki Levha Kanunu bir süre sonra Roma devletinin adeta temel kanunu haline gelmiştir¹⁴.

Oniki Levha Kanununda zararı tazmin etme zorunluğu yer almakla birlikte, haksız fiil kavramı sistemli bir şekilde düzenlenmiş değildir; Kanun, kendinden evvel varolan haksız fiilleri de kabul etmek suretiyle haksız fiillerin sayısını arttırmış yeni haksız fiil türleri için, örf ve âdet hukukunu da dikkate alarak, daha sınırlayıcı davranmıştır. Kanunda şahsî öc almaya ait hükümler bulunmakta ise de intikamın zarar ile orantılı hale getirilmesi ve yasal bir zorunluluk olmamasına rağmen diyet usulü ile yani zararın üzerinde tarafların anlaşmaya vardıkları bir miktar para ile giderilmesi gibi gelişmelerle daha ileri bir aşamaya varılmak istendiği görülür.

Hukukî koruma bakımından katı esaslara sahip olan Roma Hukukunda haksız fiillerin genel unsurları yoktu; sadece

¹³. XII Levha Kanunu ilk defa *Aelius Paetus* (M.Ö.198) tarafından *Tripertita* denilen üç kısımlık bir eserde serh edilmiştir. Bu Kanun ile *Proculianus* mektebinin kurucusu *Labeo* ve M.S.2 nci yüzyılda *Gaius* ilgilenmiştir. Dulckeit/Schwarz/Waldstein, sh:51; Erdogmuş, sh:39, dn.5.

¹⁴. Schwarz, sh:60; Dulckeit/Schwarz/Waldstein, sh:51; Kaser, RRG, sh:68 vd.

münferit haksız fiiller dizisi vardı¹⁷ ve bunların müeyyideleri de ayrı ayrı tespit edilmişti. Kanunda yer alan her haksız fiil, varlığını tesadüfen meydana gelen ihtiyaçlara borçluydu. Başlangıç noktasındaki çeşitlilikte bir diğerine üstünlük verilmeden, bütünlük içinde bir gelişme görülür¹⁸. Ancak, M.Ö.3. yüzyılın ortalarında *lex Aquilia*, haksız fiildeki bu çeşitlilik içinde *damnum iniuria datum*'u ayrıca düzenlenmiştir ve böylece eski hukuk düzeninin kazuistik tarzıyla birinci bölümdeki mala verilen zarar kavramına ulaşılmıştır¹⁹.

Bu kanunun sınırları içinde ancak bir eşyanın maddî bütünlüğünün zedelenmesi dikkate alınabilirdi ve sorumlulugun doğması için failin doğrudan doğruya maddî teması ile bir zarar verilmesi gerekiyordu. Sonraları bu şart "*corpore corpori*" formülüyle ifade edildi. Eğer zarar, pozitif bir eylemle (*committendo*) meydana getirilmişse *lex Aquilia*'da yer alan unsurlar oluşuyordu, ihmâl etme (*omittendo*) şeklinde zarar verme yeterli değildi. Daha sonraları bu dar yorum aşıldı ve bugünkü haksız fiil tanımına yaklaşıldı.

¹⁷. Kaufmann, sh:4,5.

¹⁸. Kunkel, sh:256.

¹⁹. Kaufmann, sh:4,5.

İKİNCİ BÖLÜM

5.1. ROMA HUKUKU AÇISINDAN *DELICTUM*²⁰ - *CRIMEN*²¹

Roma Hukukunda haksız fiil ile suç arasında kesin bir ayırım gözetilmiyordu. Bu nedenle çağdaş Roma hukukçuları, suç ve haksız fiil terimlerini birbirinin eş anlamlısı olarak kullanmaktadırlar²². Roma Hukukunda hukuka aykırı fiiller için öngörülen para cezaları bu fiilden zarar gören kişilere ödeniyordu. Bu nedenle de her hukuka aykırı fiil, fail ile fiilden zarar gören kişi arasında bir borç ilişkisi doğuruyordu.

Bununla birlikte Roma Hukuku'ndaki haksız fiili modern özel hukuktaki haksız fiilden ayıran iki önemli özelliği

²⁰. *Delictum*: Haksız fiil; Klâsik Devir'de özel hukuk suçları; yani haksız fiil işlemiş olan aleyhine bu fiilden zarar gören kimse lehine bir para cezası ödemek borcu doğuran haksız fiiller. *Ius Civile*'nin tanıdığı olduğu haksız fiiller dört taneydi : *furtum*, *rapina*, *iniuria*, *damnum iniuria datum*. Umur, Lügat, sh: 56. Ayrıca bkz. Der kleine Pauly, I, sh:1441; Berger, sh.430; Kaser, RPR, II, sh:425 vd.; Mommsen, sh:11 vd.; Mackeldey, sh:294; Pernice, Labeo, II/2, sh:12 vd.; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:191.

²¹. *Crimen*: Kamu düzenini ihlal eden ve bütün *civitas* aleyhine bir tecavüz sayılan kamu suçu. Kamu tarafından, önceleri halk meclisleri daha sonra da *Quaestiones* denilen mahkemeler nezdinde takip olunurlar ve bir kamu cezasını (*poena publica*) gerektirirlerdi. Son imparatorluk devrinde *crimen*, bazen haksız fiil anlamına kullanılmaktaydı. Umur, Lügat, sh:51; Berger, sh.418; Der kleine Pauly, I, sh:1334; Wilinski, sh:89 vd.

Crimen, *cernere*'den gelir ve ayırdetmek, bölmek anlamındadır. Bkz. Mommsen, sh:9 vd.; Mackeldey, sh:294.

²². Karadeniz-Çelebican, sh:274; Koschaker, sh:257 vd.

gözden uzak tutmamak gerekir; Roma Hukuku'nda her haksız fiil aynı zamanda suç sayıldığından cezaî bir müeyyideye bağlanmıştı; ancak her haksız fiil için tazmin ettirici müeyyide öngörülmemişti²³. Yani bazı hukuka aykırı fiiller hem cezaî müeyyideye hem de tazmin ettirici müeyyideye bağlandığı halde, bazıları sadece cezaî müeyyideye bağlanmışlardır.

Bu sebeple, Roma Hukuku'nda hukuka aykırı fiiller kamu suçları (*delictum publicum*) ve haksız fiiller (*delictum privatum*) olarak ikiye ayrılmaktadır²⁴.

Topluma zarar verdiği kabul edilen, başka bir deyişle kamu yararına aykırı görülen suçların kovuşturulması ve cezaî müeyyideye bağlanması devletin görevleri arasında sayıldığından, bu suçlar kamu hukuku içinde düzenlenmiştir. Devletin yetkili organlarınca kovuşturulan ve cezalandırılan bu tür haksız fiille Roma'lılar "*delictum publicum*" çoğu kez "*crimina*" diyorlardı. Bunların sayısı

²³. Modern hukuk düzenleri, hukuka aykırı fiillere iki türlü sonuç (müeyyide) bağlamıştır: Bir yandan haksız fiili işleyen kimsenin cezalandırılması sözkonusu olur, ki bu durumda cezai müeyyideden bahsolunur; diğer yandan haksız fiilden bir zarar doğmuşsa, bu zararın giderilmesi, tazmin edilmesi gerekir, bu durumda da tazmin edici müeyyide sözkonusu olur. Ceza Hukuku bakımından suç sayılan ve cezai müeyyideye bağlanmış olan hukuka aykırı bir fiilin mutlaka özel hukuk bakımından da haksız fiil sayılıp tazmin ettirici müeyyideye bağlanması gerekmez. Buna karşılık, özel hukuk bakımından tazmin ettirici müeyyideye bağlanmış her haksız fiilin ayrıca suç niteliğinde olması ve bu nedenle de ceza hukuku bakımından cezai müeyyideye bağlanması şart değildir. Karadeniz-Çelebican, sh:273 vd.; Rado, RH, sh:181.

Devlet tarafından cezalandırılan *crimina*'nın aksine *delicta*'da fail para cezası vermekle yükümlüdür. Wilinski, sh:68.

²⁴. Rado, RH., sh:182; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:258.

başlangıçta çok azdı, hatta ilk devirlerde kamu suçları vatana ihanet, düşmanla işbirliği yapmak, devlet başkanına suikast ve aile reisini öldürme (*parricidium*) den ibaretti. Bu suçların cezalandırılmasında toplumun büyük menfaati bulunduğundan mutlaka failin ceza görmesini gerektirirdi²⁵. Giderek devletin gücü arttıkça, özellikle imparatorluk devrinde, *crimina* grubuna giren haksız fiillerin sayısı da arttı²⁶.

Delictum publicum ile, bugünkü gibi, Ceza Hukuku (Kamu Hukuku) kastediliyordu ve bu suçların topluma zarar verdiklerinden hareketle ya devlet tarafından re'sen veya bir vatandaş tarafından takip edilebileceği (*actiones populares*)²⁷ kabul ediliyordu. Ancak her iki halde de *crimina*'dan dolayı verilen karar tamamen devlet tarafından yerine getirilirdi²⁸.

Sadece şahsî menfaatleri ihlâl eden suçların kovuşturulması, bu fiilden zarar gören kişilere bırakıldığından²⁹, bunların özel hukuk içinde

²⁵. Kaser, RPR, I, sh:609 vd.

²⁶. Berki, sh:258; Karadeniz-Çelebican, sh:275; Koschaker, sh:230.

Fakat *Iustinianus*, *crimina*'lardaki bu sürekli artışı sona erdirmiştir, Di Marzo, sh:468.

²⁷. *Actiones populares*: Roma *populus*'u adına herhangi bir vatandaş tarafından kendi hesabına açılabilen ve bir para cezasını gerektiren davalar. Alınan para ya devlete veya kısmen devlete kısmen de davacıya geçerdi. Örneğin: *actio de effusis et deiectis*, *actio de positis vel suspensis*, Umur, Lügat, sh:16; Berger, sh:347.

²⁸. Kaser, RPR, I, sh:610.

²⁹. Kaser, RPR, I, sh:147; Rado, RH, sh:182.

düzenlenmesi yoluna gidilmişti. Şahsî menfaatlere aykırı görülen haksız fiillerin (*delictum privatum*) kovuşturulması ve cezaî müeyyideye bağlanması özel ceza hukukunun⁹⁰ konusunu oluşturmaktaydı. Haksız fiil (*delictum*) sonucu zarar gören kimse açtığı dava ile zararın tazminini değil, failin cezalandırılmasını isterdi. Bu ceza (*poena*) da genellikle para cezasıydı. Yani zarar veren kişinin haksız fiil neticesi doğan borcu, zararı tazmin değil, bir cezanın ödenmesi borcudur.

Roma Hukuku'nda düzenlenmiş olan haksız fiillerin bağlandıkları tazmin ettirici müeyyideler Borçlar Hukukunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişti. İleride göreceğimiz gibi, zamanla, haksız fiile uğrayana bir tazminat davası açma imkânı da verilmişti. Bu durum, haksız fiillerin kovuşturulmasında ve bunlara bağlanan müeyyidelerde ortaya çıkan gelişimin sonucudur⁹¹.

Devlet tarafından cezalandırılan *crimina*'nın aksine

⁹⁰. Ceza Hukuku, Romanistler tarafından "Özel Ceza Hukuku" ve "Kamu Ceza Hukuku" olarak ikiye ayrılmaktadır. Ceza Hukukunun modern ceza hukuklarında yer almayan bu ayrımı tarihi bakımdan "şahsi öc" ile açıklanabilir. Şahsi öc, eskiden suça karşı tek reaksiyon olup, mağdur veya duruma göre onun bağlı olduğu sosyal grup tarafından yerine getirilirdi. Topluluğa zarar verdiği kabul edilen ve kamu suçları olarak devletçe takip edilen bir kısım suç, bu özel ceza hukukundan ancak yavaş yavaş ayrıldı. Zaten böyle bir durum daha geniş bir topluluğun başlangıcında dahi olsa, bir devletin varlığını şart koşar. Diğer suçlar, özel suç olarak kaldı ve kişisel öce terk edildi. Bunlara devlet yalnız durumu tanzim etmek amacıyla müdahale ederdi. Koschaker, sh:262; Mommsen, sh:9 vd.; Kaser, RPR, I, sh:147, 609 vd.

⁹¹. Karadeniz-Çelebican, sh:275 vd.; Mommsen, sh:10 vd.; Rado, RH, sh:183.

delictum'da fail para cezası vermekle yükümlüdür³². Haksız fiilden doğan (*ex delicto*) borç ilişkisi ile ilgili bu düşünce M.Ö.1.yüzyılda kesin olarak yerleşti³³. Romalılar, dört önemli özel hukuk haksız fiilini *delictum* olarak kabul ettiler ve sınırı daralttılar. Bu anlamda hukuka aykırı fiil, failin suç ile meydana getirdiği zararı gidermek yükümlülüğünü gerektirdiği için bir borç (*obligatio ex delicto*)³⁴ kaynağıdır. Özel hukuka ait haksız fiillere devletin müdahale etmemesi gerektiğinden bunların takibi, bu fiilden zarar görenlere bırakılmıştı. Bu kişiler taleplerini hukuk mahkemeleri önünde özel hukuk usüllerine göre ileri sürerlerdi. Bu talep, tazminat istemek hakkıydı ve verilen para cezası devlete değil zarar görene ödeniyordu.

Haksız fiil türlerini bir ayırığa tâbi tutmak gerekir: *Ius civile*'de yer alan haksız fiiller ve *praetor* hukukunun tanıdığı haksız fiiller³⁵.

Ius civile'de yer alan haksız fiiller, *Ius civile*'nin kabul ettiği haksız fiillerdir. Bunlar: *iniuria*, *furtum*,

³². *Quirites* Hukuku'nda, özel hukuktaki haksız fiiller ile kamu hukukundaki suçu birbirinden ayıran belli başlı özellik, birincisinde cezayı verenin fert (*pater familias*), ikincisinde ise devlet (*magistra*) olmasıydı. Sonraki devirlerde özel hukuk alanındaki ceza, haksız fiil işleyen kimsenin zarar görene ödediği bir miktar para haline gelmiştir. Umur, RH., sh:199.

³³. Wilinski, sh:68.

³⁴. *Obligatio ex delicto*: Borcun dört kaynağından (*causae obligationum*) birisi olan haksız fiilden (*delictum*) doğan borçlar. Faile, zarar görenin maruz kaldığı zararı tazmin ettirmek mükellefiyetini yüklerlerdi. Umur, Lügat, sh:144; Berger, sh:604.

³⁵. Koschaker, sh:259.

rapina ve *damnum iniuria datum*'dur. Roma Hukukçularına göre haksız fiilden dolayı borcun kaynağı yalnız medenî hukuka dahil bu kişisel suçlardı³⁴; bunlar, ferde zarar veren ve kişisel malvarlıklarında meydana gelen zararın giderilmesi için muhtelif ölçüde tespit edilmiş para cezasına çarptırılan fiillerdir.

Haksız fiil mağduru alacaklı, faili Borçlar Hukukuna göre borçlu durumuna soktuğundan, mağdur isterse hakkından vazgeçerek borçluyu borcundan kurtarabilir³⁷.

Zamanla bunlara *praetor*'un tanıdığı haksız fiiller de eklendi. Bunlar *praetor* davalarıyla korunmuş olan özel suçlardır³⁸. Bu haksız fiillerin en önemlileri "*dolus*", "*metus*", "*fraus creditorum*"dur³⁹.

³⁴. Koschaker, sh:262; Karadeniz-Çelebican, sh:279.

³⁷. Oğuzoğlu, sh:201.

³⁸. Fakat bu davalarda hukukçular, *obligatio* ve *delictum* terimlerini kullanmazlardı. İlk defa *praetor*'un bir davasıyla korunması sebebiyle "*actione teneri*" "bir dava hakkı dolayısıyla sorumluluk" terimini kullanırlardı. Ancak, klasik sonrası hukukta bu terim kayboldu. Koschaker, sh:262.

³⁹. Wilinski, sh:68.

Dolus: Haksız fiillerde kasıt. Başkasının hakkını bile bile ihlal ederek, ona kötülük etmek gayesiyle bir kimseye zarar vermek, Umur, Lügat, sh:60; Berger, sh:440.

Metus: İkraha, cebir veya tehdit. Burada kastolunun maddi cebir değil, manevi cebir olup; bir kimsenin veya yakınlarından birinin şahsını veya şerefini zedeleyecek şekilde tehdit altında bulundurarak, bir muameleyi yapmaya sevk etmektir, Umur, Lügat, sh:136; Berger, sh:581.

Fraus creditorum: Bir borçlunun alacaklısına zarar vermek için yaptığı hileli muameleler. Borçlunun bir takım borçlanma ve temlik muameleleri ile kendisini aciz hale getirmesi. Bu takdirde *praetor*, *in integrum restitutio* ile hileli muameleleri iptal ederdi. Umur, Lügat, sh:77.

5.2. ROMA HUKUKUNDA MALA VERİLEN ZARARLAR

I. Oniki Levha Kanunu'nda Mala Verilen Zararlar

M.Ö.5. yüzyılın ortalarına doğru (451-449) Roma'nın en eski kodifikasyonu gerçekleştirildi. Romalılar bu kodifikasyonun *Ius civile*'nin tamamını ihtiva ettiğini ileri sürmekte ve bu kanunu "*fons omnis publici privatique iuris*", "bütün kamu ve özel hukukun kaynağı" olarak nitelendirmekteyseler de, gerçekte eski örf ve âdetlerden bazıları, örf ve âdet hukukunun temel kuralları *Oniki Levha Kanunu* ile düzenlenmiş; *Ius Civile*'nin ana prensipleri özetlenmiştir⁴⁰.

XII Levha Kanunu'nda başkasının malına verilen zararlara ilişkin münferit hükümler vardır.

Mala verilen zararlar *Oniki Levha Kanunu*'nda tek tek sayılarak belirtilmiştir:

Zarar veren dört ayaklı hayvanın malikinin sorumlu tutulduğu: *actio de pauperie* (*XII L.K. 8.6*);

başkasının tarlasında otlayan hayvanın sahibi için: *actio de pastu pecoris* (*XII L.K. 8.7*);

actio de arboribus succisis (*XII L.K. 8.10*); *actio de aedibus incensis* (*XII L.K. 8.11*) gibi⁴¹.

⁴⁰. XII Levha Kanunu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Jörs/Kunkel/Wenger, sh:3; Düll, sh:5 vd.; Der kleine Pauly, IV, sh:482 vd.; Berger, sh:551,552; Kaser, RPR, I, sh:29 vd.; Schwarz, sh:58 vd.; Dulckeit/Schwarz/Waldstein, sh:51; Kaser, RRG, sh:68 vd.; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:4 vd.; Umur, Ders Notları, sh:76 vd.; Umur, RH, sh:170 vd.; Erdoğan, sh:37 vd.

⁴¹. von Lübtow, Lex Aquilia, sh:23.

II. Klâsik Hukukta Mala Verilen Zararlar

1. *Lex Aquilia*'yı Hazırlayan Sebepler

Oniki Levha Kanunu'ndaki kurallar, para değerindeki düşmeler ve para değerinin ayarlanması ile bir süre sonra etkisiz kaldı. Bu durumda, mevcut hükümler çerçevesinde hâkimin para cezasını tesbit etmesi şeklindeki çözüme gidilmesi yerine, mala verilen zararın -hatta bir kölenin yaralanması veya öldürülmesi de dahil olmak üzere- bir *plebiscitum* ile düzenlenmesi yoluna gidildi. Bu kanun *Lex Aquilia de damno*'dur⁴⁸ 49.

Lex Aquilia, esyaya verilen zararlar için genel

⁴⁸. XII Levha Kanunu'ndan sonra çıkan ve zararın tazminine yönelik diğer kanunların içeriği bilinmemektedir, von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:24.

⁴⁹. Bu Kanunda yer alan maddelerin kelime kelime yorumu ile *Ulpian*'ın şerhi alışılmamış geniş bir kapsama ulaştı. Bu yorumcuların tarzı için bkz. Schulz, *Prinzipien*, sh:39 vd.

D.9.2 başlığındaki 57 parçanın 22 si *Ulpianus*, 17 si *Paulus*, 4'ü *Gaius*, 3 er tane *Iavolenus* ve *Iulian*, 2 şer tane *Pomponius* ve *Marcellus*, birer tane de *Alfenus*, *Neratius*, *Marcianus* ve *Papian* tarafından ortaya konulmuştur. Krüger tarafından D.9.2 bölümü 964 satırda özetlenmiştir ve bu özette *Ulpian* 540, *Paulus* 157, geri kalan hukukçular da 267 satırla yer almaktadırlar. Bölümün yarısından fazlası *Ulp. XVIII ad Ed.* dan (493 satır) oluşur ve en uzun parçası (*Ulp. XVIII ad Ed. D.9.2.27*) 160 satırdır. *Ulpian* eski hukukçuların fikirlerini de tartışır. *Ulpian*, *XVIII ad Ed.* da *Iulian*'a 17, *Celsus*'a 11, *Proculus*'a 10, *Labeo*'ya 7 defa ve diğer hukukçuların herbirine de bir ya da iki kez isim vererek atıf yapmıştır. *Ulpian*, kanunun ilk faslının şifresi olarak şunları tartışır: *iniuria*: 3.5.7; *occiderit*: 7.1.8.9; 11 pr.-5; *ero*: 11.6-10; 13; 17; 19; 34; *quanti vs* : 21; 23 pr.-7.Üçüncü bölümle ilgili olarak *userit*: 27.7-12; *ruperit*: 27.13-24; *damnum faxit iniuria*: 27.25-35; 29 pr.-9; *quanti vs*: 29.8. Hausmaninger, sh:10, dn.15 ve dn.17. Ayrıca bkz. Wieacker, sh:231 vd.

kavramlar ortaya koydu ve böylelikle hukukî düşünüşün gelişimini gösterdi.

2. *Damnum Iniuria Datum*'dan Doğan Sorumluluk Şartları

Birinci bölümde, başkasına ait kölenin veya dört ayaklı sürü hayvanının haksız, hukuka aykırı şekilde (*iniuria*) öldürülmesini; üçüncü bölümde, yakmak, kırmak, bozmak (*urere, frangere, rumpere*) suretiyle her türlü eşyaya verilen zararı düzenleyen kanunun uygulanabilmesi için mala verilen zararın fiilî bir temas sonucunda (*corpore corpori*) olması gerekiyordu; hele ihmâl, sorumluluk için yetmiyordu. Ancak, ileride ayrıntılı şekilde görüleceği gibi, daha sonraları bu şart hafifletilmiş ve zamanla *damnum iniuria datum* her türlü mala verilen zararı kapsar şekilde genişletilmiştir⁴⁴.

Fiilin haksız addedilebilmesi ve *lex Aquilia*'da müeyyidesini bulabilmesi için müspet bir hareket niteliğini taşıması gerekir. Ayrıca hukuka aykırı olması, yani kanun tarafından gerek fertlere gerekse devlete ait sayılan menfaatleri ihlâl etmesi gereklidir.

Klâsik devir hukukçuları, haksız fiiller için bazı kurallar kabul ederek, bu fiilleri bir sisteme bağlamak istemişlerdir. Fiil ile zarar arasında bir bağlantının (*causa*) varlığının gerektiği düşüncesi oluşmaya başlamıştır. Nitekim *Gaius*'dan intikâl eden metinlerde

⁴⁴. Hausmaninger, sh:13; Koschaker, sh:267 vd.; Kaufmann, sh:9 dn.35; Hausmaninger/Selb, sh:348.

illiyete işaret eden kısımların varolduğu son incelemelerde tesbit olunmuştur⁴⁵.

Bir haksız fiilin sözkonusu olabilmesi için bazı şartların varlığı gerekir⁴⁶:

a. İşlenen fiilin hukuka aykırı olması (hukuka aykırılık),

b. İşlenen fiilin sonucunda bir zarar verilmesi (zarar),

c. Meydana gelen zararın işlenen fiilden doğması; diğer bir deyişle, işlenen fiil ile ortaya çıkan zarar arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması (illiyet bağı),

d. Hukuka aykırı ve zarar doğurucu bu fiili işleyen kimsenin, bu fiilden sorumlu tutulabilmesi (kusur)⁴⁷.

Bu unsurlardan oluşan haksız fiili, şu şekilde tanımlamak mümkündür :

Haksız fiiller, bir kimsenin şahsî bütünlüğüne ya da malvarlığına zarar veren hukuka aykırı fiillerdir⁴⁸.

⁴⁵. Hausmaninger, sh:13.

⁴⁶. Dokrinde haksız fiilin iki temel unsuru olan, başkasına ait bir hakkın ihlal edilerek ona zarar verilmesi ve fiilin faile yüklenebilmesinden hareketle yapılan bir ayırımı da rastlanmaktadır. Bu görüşe göre, haksız fiilin varlığı için iki unsur gerekmektedir: Başkasına ait bir hakkın ihlal edilerek ona zarar verilmesi ve fiilin faile yüklenebilmesi. Failin tutumunda bir kusur (*culpa*) varsa, sorumlu tutularak, verdiği zarar ona tazmin ettirilir. Failin sorumluluğu için üç şart gereklidir: Failin sorumluluk ehliyetinin olması; başkasının hakkının ihlalinin iradi olması ve işlenen fiil ile zarar arasında illiyet rabitasının bulunması. Tahiroğlu/Erdogmuş, Meseleler, sh:104.

⁴⁷. Karadeniz-Çelebican, sh:280.

⁴⁸. Karadeniz-Çelebican, sh:279.

Roma Hukuku'nda, haksız fiil işleyenlerin bu fiillerinden sorumlu tutulacaklarına dair genel bir kural yoktur. *Ius civile*, belli haksız fiil tiplerini tek tek düzenlemiş ve müeyyideye bağlamıştır. Bunlar dışında kalan ve bir zarar meydana getiren haksız fiillerin müeyyideye bağlanmaları *praetor* veya özel kanunlar tarafından sağlanmıştır.

A. Hukuka Aykırı Zarar Verici Eylem

Hukuka aykırılık, çoğu kez korunan bir hakkın ihlâl edilmesi ile ortaya çıkar. Hukuka aykırılık (*iniuria*), kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya koruyan, herkes için geçerli emredici davranış kurallarına aykırılık demektir⁴⁹; ancak, salt bir aykırılık değil, failin çekinebileceği ve çekinmek zorunda olduğu bir

⁴⁹. Kavram için bkz. Heumann/Seckel, sh:269; Berger, sh:502. Geniş bilgi için bkz. Tahiroğlu, *Iniuria*, sh:4 vd.; Beinart, sh:298 vd.; Kaser, RPR, I, sh:21 vd., 139 vd., 520 vd.; Karadeniz-Çelebican, sh:280; Pernice, *Sachbeschaedigungen*, sh:26; Pernice, *Labo*, II/1, sh:6 vd.; Lee, sh:394; Wanzyl, sh:340.

I.4.4 pr: Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit; specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci...appellant, alias culpa, quam Graeci...dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria accipitur, alias iniquitas et iniustitia, quam Graeci...vocant; quum enim praetor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur.

"Genellikle hukuka aykırı olarak yapılan her şeye *iniuria* denir. Özel-dar-manası ile, bazen Yunanlıların ... dedikleri hakaret, tecavüz; bazen *lex Aquilia*'da *damnum iniuria* denildiği gibi, Yunanlıların ... kelimesine tekabül eden kusur; bazen de Yunanlıların ... dedikleri hukuka aykırılık (*iniustitia*) ve hakkaniyete aykırılık (*iniquitas*) anlamına gelir. Aynı şekilde *praetor* veya hakim tarafından haksız bir hüküm giyen kimsenin de *iniuria*'ya maruz kaldığı söylenir."; *D.47.10.1 pr.*; *C.9.35.*

davranışın objektif kınanabilirliğidir⁵⁰. Roma hukukçuları *iniuria* kavramından, bir taraftan hukuka aykırılığı (hukuk düzenine objektif bir aykırılık), diğer taraftan da kusuru (failin kusuru) anlamaktaydılar⁵¹.

Zararın haksız olarak meydana gelmiş olması gerekir. Burada kastedilen, failin hukukten kabul edilebilir hiçbir özürün bulunmamasıdır. Diğer bir deyişle, fail malı zarara uğratiyorsa, hukuk tarafından haklılığı tanınmadıkça (hukukî mesnedi bulunmadıkça) veya savunma sonucu bu haklılık sözkonusu olmadıkça haksızdır; hukuka aykırıdır⁵².

Bir kimse kendi hakkını kullanırken başkasına zarar vermiş sayılamaz: "*Qui suo iure utitur neminem laedit*": "hakkını kullanan kimse, kimseyi ızrar etmez"⁵³. Örneğin, bir irtifak hakkına dayanmadan başkasının taşınmazından geçen su kanalını, o taşınmazın maliki tahrip edebilir. Başkasına ait malvarlığına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Ancak hukuk düzeninin yetki vermesiyle

⁵⁰. Hausmaninger, sh:19.

⁵¹. Kreller, sh:131. Hukuka aykırılık ve kusurun terimsel farkı Roma içtihatlarında yoktu ama, daha ilk dönemlerden itibaren Romalılar bu iki kavramı nesnel olarak farklı değerlendirmişlerdir. Hausmaninger/Selb, sh:348; Pernice, Labeo, II/2, sh:20.

Wanzyl'e göre, haksız surette zarar verme kavramı, başlangıçta doğrudan doğruya hukuka aykırı olma (*non iure* veya *contra ius*) ile ilgilidir; daha sonra kusur (*culpa*) bu kavrama dahil edilmiştir. Bu nedenle kusur ve hukuka aykırı olma ayrı koşulları gerektirmezler, sh:340.

⁵². Lee, sh:394; Wanzyl, sh:340; Lawson, sh:36 vd.; Tahiroglu/Erdogmuş, Meseleler, sh:108; von Lübtow, Lex Aquilia, sh:83.

⁵³. Tahiroglu/Erdogmuş, Meseleler, sh:108.

yetkili makamların uygulamaları; mağdurun zarara zimnen veya açıkça rıza göstermesi halinde, artık hukuka aykırılık (*iniuria*) ortadan kalkar; aynı durum meşru müdafaa ve ıztırar hali için de sözkonusudur⁵⁴. Örneğin, bir kişi, bir hayduttan kaçıp kurtulmanın tek yolu olduğu için o haydutu öldürürse, yani meşru müdafaa sözkonusu ise, sorumlu değildir⁵⁵.

a. Oniki Levha Kanunu'nda Hukuka Aykırılık

Iniuria, Oniki Levha Kanunu'nda farklı anlamlarda ortaya çıkmıştır. En eski mülkiyet davası olan *Legis Actio Sacramento in Rem*'de davacı, eşya üzerinde hak sahibi olmaksızın iddiada bulunan davalıyı *iniuria* sebebiyle kınardı⁵⁶.

Oniki Levha Kanunu'nda (VIII.3) *iniuria*, bedensel yaralama ya da şahsiyete tecavüz anlamında kullanılmıştır. Bu aşamada henüz *iniuria* dar bir çerçeveye içindedir. Ancak şahsiyete tecavüz halleri dikkate alındığında bu kapsam oldukça genişlemektedir⁵⁷.

Eğer bir kimse başkasının bir uzvunu sakatlamışsa

⁵⁴. Rado, RH, sh:195; Di Marzo, sh:487; Hausmaninger/Selb, sh:348.

⁵⁵. Lee, sh:399.

⁵⁶. Simon, sh:136; Hausmaninger, sh:19.

⁵⁷. I.4.4.2-12

(*membrum ruptum*)⁵⁸, örneğin gözünü çıkarmış veya kol yahut bacağını kırmışsa, ki bu müessir fiilin en ağır şeklidir, "*talio esto*" esası kabul edilir⁵⁹.

Ancak bu hüküm, mağdurun anlaşma (*pactum*) ile sülh olmaması halinde zarar vereni aynı şekilde yaralamasına (*talio*) imkân tanıyordu. Yani zarar gören zarar verene kısas uygulardı, bu halde kendisine aynı fiili ika etme hakkı verilirdi; *permittit enim lex parem vindictam*. Bu imkân tabii ki sadece özel hukuk alanında tanınmıştı⁶⁰.

Kisas usulü eski hukukların hemen hepsinde görülen ve zarar gören kimsenin intikam duygularını tatmin eden bir prensiptir. Bu prensibi Romalıların "*ni cum eo pacit*" " taraflar anlaşamazlarsa" (ihtiyarî diyet) şartına bağlayarak hafiflettiklerini görüyoruz. Eger taraflar zararın para ile tazmini konusunda anlaşabilirlerse, örneğin bir göz için bin as ödemeyi kabul eder ve işi diyete bağlayabilirlerse, *talio* uygulanmaz.

Örneğin bir kemigin kırılması gibi daha hafif

⁵⁸. *Membrum ruptum* : Bir fikre göre, bir uzvun kopartılması olup; XII Levha Kanunu'nda kısas (*talio*) ile cezalandırılan bir haksız fiil (*iniuria*). Daha yeni bir fikre göre ise, vücut üzerinde kemik kırılması (*os fractum*) dışında her türlü yaralama hali. Yaralamaların çok çeşitli olabilmesi, belirli bir para cezasının belirlenmesini imkansızlaştırdığı için XII Levha Kanunu, tarafların anlaşması veya kısas usulü arasında bir seçme yapma imkanı vermişti. Umur, Lügat, sh:135. *Membrum ruptum*'a verilen değişik anlamlar için ayrıca bkz. Simon, sh:163 vd.; Birks, sh:183; Kaser, Ius, sh:209.

⁵⁹. Wittmann, Körperverletzung, sh:8 vd.; Schwarz, sh:69, 70.

⁶⁰. Dulckeit/Schwarz/Waldstein, sh:64; Kaser, RRG, sh:70; Genzmer, sh:123, dn.15; Rado, RH, sh:182.

zararlarda⁴¹ *Oniki Levha Kanunu* suçluyu zarar gören köle ise 150 as, hür bir insan ise 300 as ödemeye mecbur tutuyordu. Bundan daha hafif fiillerde örneğin bir tokat için 25 as ödeniyordu. Suçlu, miktarı kanun tarafından belirlenmiş olan diyeti ödemeye mecbur tutuluyordu. Gerek kisasın bir müeyyide olarak kabulündeki adaletsizlik gerekse müeyyide olarak paranın tespit edilmesi ve böylece parayı verebilen zengin kişilerin cezadan kurtulabilmelerindeki sakıncalar sebebiyle *praetor*'lar her müessir fiile verilen ayrı davalar yerine bütün müessir fiillere samil olmak üzere "takdirî para cezası", "*actio iniuriarum*" ihdas ettiler⁴².

Kanuna göre, bir kimse diğerinin bir organını kullanılamaz hale getirmişse, örneğin bacağına kırmış ya da gözünü kör etmişse bu *iniuria* suçunu oluşturur. *Iniuria* hususunda *Oniki Levha Kanunu* şu hükümleri koymuştur⁴³:

XII L.K. 8.2-4:

2.Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto.

⁴¹. *Os fractum* : XII Levha Kanunu'nda bulunan *iniuria* suçlarından birisi. *Membrum ruptum* halleri dışında, bir kemigin kırılmasına sebebiyet veren tecavüz. Umur, Lügat, sh:148; Berger, sh:613.

⁴². *Actio iniuriarum aestimatio* : XII Levha Kanunu'nda müessir fiillere karşı konulmuş kisas usulü veya muayyen para cezaları yerine, şahsiyete karşı yapılan her türlü tecavüz halinde ikame edilebilecek olan, mahkumiyeti şerefsizliği (*infamia*) mucip, *praetor* ceza davası. İki tarafın da mirasçılara geçmez, bir sene içinde ikamesi zorunlu, mahkumiyet miktarı davayı gören hakimler heyeti tarafından (*recuperatores*) takdir edilirdi. Umur, Lügat, sh:8; Tahiroğlu, *Iniuria*, sh:160 vd.

⁴³. Ancak Roma Hukuk Tarihi'nde, *iniuria* kavramı bu dar anlamının ötesinde, şahsa yapılan her türlü maddi ve manevi tecavüzleri içine alan geniş bir muhteva kazanmıştır, Rado, RH, sh:197; Tahiroğlu, *Iniuria*, sh:24.

"Eger bir uzvu koparmışsa, onunla bir anlaşma olmaması halinde, *talio* (kisas) olsun."

3. Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito.

"Eger hür kişinin kemiğini eliyle ya da sopayla kırılmışsa 300 (As), eger kölenin kemiğini eliyle ya da sopayla kırılmışsa 150 (As) ceza ödesin."

*4. Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*⁴⁴

"Eger hafif müessir fiil olursa ceza 25 (As) olsun."

Bir kölenin yaralanmasında özgür insanın diyetinin yarısının ödenmesini hükme bağlayan hukuk düzeni (XII L.K. 8.3) köleye eşya olarak değil, insan olarak muamele eder⁴⁵. Ancak daha sonraları mala verilen zararları düzenleyen *lex Aquilia*'da köleyi yine eşya ile eşit durumda görüyoruz⁴⁶.

b. *Lex Aquilia*'nın Klâsik Anlayışında Hukuka Aykırılık⁴⁷

Klâsik hukukçular tarafından hukuka aykırılık kavramı

⁴⁴. XII L.K. 8.5: ...*Rup(s)it...sarciro: ...zarar verdi...onu üstlensin.*

⁴⁵. Hausmaninger/Selb, sh:347; Schulz, *Prinzipien*, sh:147; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:256.

⁴⁶. Dulckeit/Schwarz/Waldstein, sh:56; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:256; Hausmaninger/Selb, sh:367.

⁴⁷. *Lex Aquilia*'nın birinci bölümünde, *iniuria* kavramını, *Ulpianus D.9.2.3; D.9.2.5 pr.* ve *D.9.2.5.1* de özetlemiştir. Ayrıca karş. *Coll.7.3.1-2-3-4*. Bu metinlerin karşılaştırılması ve değerlendirilmesi için bkz. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:88, dn.38; Wiaecker, sh:234 vd.; Wesel, sh:48 vd.

(*iniuria*) (hukuk düzeninin emirlerine ve yasaklarına aykırılık) ve kusur (*culpa*) (hukuka aykırı bir davranışın kınanabilirliği) kesin olarak ayırd edilmemiştir. Klâsik hukukçular, *iniuria* tartışmasında bir taraftan zarar verici eylemin *non iure* (hukuka aykırı) olup olmadığını araştırırken, diğer taraftan ister kasıt (*dolus*) ister ihmâl (*culpa*) ile zarara sebebiyet vermiş olan failin kınanması konusunda ortak görüşe sahiplerdi⁶⁸. Yani *lex Aquilia*'nın klâsik anlayışında kasıt veya ihmâl şeklindeki kusurun sorumluluğun vazgeçilmez şartı olmadığı dikkat çekicidir. Bu sebeple *iniuria* kavramı başlangıçta doğrudan doğruya hukuka aykırı olma (*non iure* veya *contra ius*) ile ilgili olup sorumluluğun doğmasına yeter. Daha sonraları kusur kavramı dahil edilmmiştir⁶⁹. Eger fail eyleminin *iniuria factum*⁷⁰ görülmemesinde özel sebeplere dayanamıyorsa kanun tarafından sorumlu tutulur.

Objektif olarak hukuka aykırı bir eylemin sonucu olarak zarar meydana gelmişse ve bu sonuç subjektif olarak dikkat ile önlenebilecek idiyse, fail sorumlu tutulur⁷¹. Eger eylemde bir haklılık unsuru varsa, bu *iniuria*'yı ortadan kaldırır⁷². Örneğin, meşru müdafaa⁷³, bir

⁶⁸. Hausmaninger, sh:19 vd.; Beinart, sh:281 vd.

⁶⁹. Wanzyl, sh:340.

⁷⁰. *Iniuria factum* : hukuka aykırı olay, hadise.

⁷¹. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:83 vd.; Hausmaninger, sh:20.

⁷². Honsell, RR, sh:112; Windscheid, sh:642.

⁷³. *Ulp. D.9.2.5 pr; Paul. D.9.2.45.4.*

yangını durdurmak için başkasına ait evi tahrip etmek suretiyle verilen zarar⁷⁴ bu kapsama girmez.

Magdura bir *actio legis Aquiliae* tanınabilmesi için failin eyleminin hukuka aykırı⁷⁵ olması gereklidir⁷⁶. *Lex Aquilia*'da *iniuria*'nın düzenlenmesi ile haksız fiilin unsuru olarak *iniuria*'nın sınırı açıkça belirlenmiştir. Böylece yabancı şahsiyetin bilinçli olarak hiçe sayılmasını hukukçular, *lex Aquilia*'daki *iniuria*'nın karşısında, *contumelia*⁷⁷ olarak kabul ederler.

c. Hukuka Uygunluk Sebepleri

aa. Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa, bir kimsenin, kendisinin veya bir başkasının hukukî varlığını, bir şahsın o andaki veya çok yakın ve hukuka aykırı bir saldırısından kurtarmak için yaptığı zorunlu bir savunmadır. Diğer bir deyişle yasama,

⁷⁴. Ulp. D.9.2.49.1.

⁷⁵. Ulp.D.9.2.3.

⁷⁶. Keller, Pandekten, sh:677; von Tuhr, Notstand, sh:120 vd.

⁷⁷. *Contumelia*: Hakaret, tecavüz.

D.47.10.15.46 (Ulp.libro LVII ad Ed.): *Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.*

"Eger kölesi dövülmüş bir kişi *actio iniuriarum* açtıktan sonra *actio legis Aquiliae* de açarsa, *Labeo*'nun yazdığına göre uyumsuzluk konusu aynı değildir, çünkü davalardan biri kusurlu olarak verilmiş bir zarara ilişkin olduğu halde, diğeri hakarete ilişkindir."

Hausmaninger, sh:20; Wittmann, SZ, sh: 290 vd.

malvarlığına veya diğer korunmuş varlıklara doğrudan doğruya yöneltilen hukuka aykırı saldırıya uygun bir araçla karşı koymadır⁷⁸. Meşru müdafaa, hukuka aykırı bir tecavüze karşı o anda yapılan bir savunmadır; yoksa, meşru müdafaa adı altında öc almaya izin verilmiş değildir⁷⁹.

Mesru müdafaa temelini -haklılığını- tabii hukukta bulur⁸⁰.

D.9.2.4 pr (Gai.libro VII ad Ed.provinciale): Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero securus ero; nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere⁸¹.

"Eğer bana haydutluk için pusu kuran köleni öldürürsem bundan sorumlu olmam. Çünkü, sağduyu doğal olarak bir

⁷⁸. Hausmaninger, sh:20. Roma Hukuku'nda meşru müdafaa kavramı çok yavaş gelişmiştir. Pernice, Labeo, II/1, sh:21 vd. ve II/2, sh:73 vd.

⁷⁹. Honsell, RR, sh:154.

⁸⁰. Honsell, RR, sh:154; Pernice, Labeo, II/1, sh:21 vd.; von Lübtow, sh:321 vd.

⁸¹. Karş.I.4.3.2: *Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest.*

"Haksız olarak öldürülmekten, hiçbir hukuki mesnedi olmaksızın öldürülmek anlaşılır. Dolayısıyla, tehlikeden başka türlü kurtulmak imkanı olmayan kimse bir haydutu öldürürse sorumlu değildir."

Coll.7.3.1 (Ulp.libro VIII ad Ed. sub titulo si quadrupes pauperiem dederit): Iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit.

"Ulpianus şerhinin 8. kitabında «Dört ayaklı bir hayvanın zarar vermesi» başlığı altında: Haklı olarak hukuka aykırı öldürülme ilave edilmiştir. Çünkü sadece öldürülmüş olmak yetmez, bunun hukuka aykırı bir şekilde olması gereklidir. Eğer bir kimse, kendini haydut olarak pusuda bekleyen köleyi öldürürse, *lex Aquilia*'dan dolayı sorumlu olmaz, çünkü hukuka aykırı biçimde öldürmemiştir."

tehlikeye karşı kendini müdafaa etmeye izin verir."

D.9.2.45.4 (Paul.libro X ad Sabinum): Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt; vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt...

"Başka türlü korunamayacak kişi zarar verirse kusursuzdur; çünkü, kuvvete kuvvetle karşı koymayı bütün kanunlar ve hukuk sistemleri kabul eder..."

Bir fiilin meşru müdafaa niteliğini kazanabilmesi için:

1. Meşru müdafaa da bulunan kişinin kendisinin veya üçüncü kişinin şahıs veya malvarlığına karşı yönelmiş bir saldırı olmalıdır. *Gaius*'un *D.9.2.4 pr.* da belirttiği gibi, bir kimse haydut olarak onu pusuda bekleyen başkasına ait bir köleyi öldürmek zorunda kalırsa, bu meşru müdafadır.

Saldırı ihtimali meşru müdafaa için yeterli değildir; saldırı gerçek saldırı olmalıdır. Bu sebeple, önleyici nitelikte meşru müdafaa olmaz²². Meşru müdafaa hukuka aykırı bir saldırıyı şart koşar. Çünkü, meşru müdafaa saldırı değil sadece bir savunma olmak zorundadır. *Paulus*'a göre, mütecavize atılan taş, onunla iştirak halinde olmayan üçüncü kişiye çarparsa bu meşru müdafaa olarak adlandırılmaz.

D.9.2.45.4 (Paul.libro X ad Sabinum): Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: Illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc,

²². Honsell, RR, sh:155.

si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

"Ancak ben kendimi savunmak için bir taşı, bana saldırana fırlatırsam fakat (taş) ona değil de gelip geçen birisine çarparsa ben *lex Aquilia*'dan dolayı sorumlu olurum. Çünkü, sadece kuvvet kullanana vurulur ve bu sadece savunma amacıyla olmalıdır, öc almak için değil."

ii. Saldırı devam etmelidir. Saldırı sona erdikten sonra savunma yapılamayacağı gibi, gelecekteki bir saldırıyı önlemek için de savunma yapılamaz. Aynı şekilde misilleme niteliğinde de meşru müdafaa olmaz. Meşru müdafaa ciddi olarak başlamış bir harekete karşı, en azından doğrudan yöneltilen bir saldırıya karşı yapılmalıdır³³.

iii. Saldırı hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka uygun olarak kanunların verdiği yetkiyi kullanan kişiye karşı meşru müdafaa olmaz. Saldırıda bulunan kişi zaruret halinde veya haklı kuvvet kullanmak zorunda ise bu hallerde ika edilen fiil, saldırı sayılmaz.

Saldırganın kusurlu olması, yani saldırı fiilinin kusurlu bir fiil olması şart değildir. Bu nedenle temyiz kudretine sahip olmayan bir kişiye, ruh hastasına ya da sarhoşa karşı da meşru müdafaa geçerlidir³⁴.

iv. Saldırı ile savunma arasında uygun bir denge olmalıdır. Yani saldırıya karşı korunan varlık ile savunma arasında bir amaç ve araç dengesi bulunmalıdır. Saldırıyı önleme amaç ve sınırını aşan savunma fiilleri hukuka aykırıdır. Sadece savunmaya yetecek araçlar caiz

³³, Hausmaninger, sh:21.

³⁴, Hausmaninger, sh:21.

görülmüştür, aksi halde bir meşru müdafaa tecavüzü (aşkın savunma)²⁵ sözkonusudur. Örneğin, tehlikeye maruz kalan kişi kendisine kılıç ile saldıran kişiyi öldürmeye izinlidir; ama sopa ile dövülürse ve saldırganın kasden gözünü çıkarırsa *lex Aquilia*'ya göre sorumludur. Bu durumda meşru müdafaa tecavüzü var demektir.

D.9.2.52.1 (Alf.D.libro II): Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat, quidam praeteriens eam sustulerat, tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat; Ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret; Ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat; consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset? Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere; Sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

"Bir hancı, yolun kenarındaki taşın üzerine fener koymuştu. Yoldan geçen biri bu feneri alıp götürdü. Hancı, onun arkasından gitti, feneri geri istedi ve o kaçmaya başlayınca onu yakaladı. Kaçan, elindeki içinde kama bulunan sopa ile onu serbest bıraksın diye hancıya vurmaya başladı. Bu kargaşa esnasında hancı, feneri alıp götürөн

²⁵. Hausmaninger, sh:21; Honsell, RR, sh:154.

kişinin gözünü çıkardı. Bunun üzerine hancı, kendisinin hukuka aykırı bir zarar vermediğini, çünkü ilk olarak onun sopa ile vurmuş olduğunu söyleyip, bu yönde bir karara varılıp varılamayacağı yolunda fikir soruyor. Bunun üzerine ben şöyle cevap verdim: O, hukuka aykırı bir zarar vermemiş gibi görünüyor; meğer ki o, bu feneri taşıyan kişinin gözünü kasden çıkarmış olsun. Çünkü, suç ilk olarak sopa ile vurandadır. Ancak, onu başkaları önünde dövmeye başlamadan önce feneri ondan almak isteyen ile ağız dalaşına başlamışsa, bu takdirde olay, hancının kusurundan meydana gelmiş olarak gözükebilir.”

Ayrıca meşru müdafaa ile verilen zarar, tehlikeye maruz kalanın uğrayacağı zarardan fazla olmamalıdır. Örneğin, tasınır bir malı zarardan korumak için kural olarak failin hayatı tehlikeye sokulamaz.

bb. İztırar Hali

İztırar hali, bir kimsenin kendisinin veya başkasının şahıs ya da malvarlığını hemen oluşacak bir tehlikeden korumak amacıyla, üçüncü kişinin mallarına zarar vermesidir⁶⁴.

İztırar halinin sözkonusu olabilmesi için:

i. Şahsa veya mala yönelmiş bir tehlike, meydana gelebilecek bir zarar bulunmalıdır. İztırar halinden doğan ve zarara yol açan fiil, yaklaşan tehlikeyi bertaraf etmede

⁶⁴. Hausmaninger, sh:21; Honsell, RR, sh:154; von Tuhr, Notstand, sh:60 vd.

objektif elverişliliğe sahip olmalıdır. Hukukçular, komşusunun evini, yaklaşan bir yangın karşısında yıkan kişi örneğinde problemi, yangından kurtarılacak malvarlığının korunması yönünden ele alırlar⁹⁷.

Tehlikeden kurtulmak için, zarar verici fiil son hal çaresi olmalıdır.

ii. Önlenecek tehlike veya zarar ile üçüncü kişinin malına verilecek zarar arasında bir denge olmalıdır. Ayrıca, üçüncü kişinin menfaati mümkün olduğunca ihlâl edilmemelidir.

Iztırar halinin sınırları, en dar şekilde, *Ulp.D.43.24.7.4.*'den çıkartılır. Buna göre, eğer yangın zarar verilen eşyaya gerçekten sirayet edecek idiyse, komşusunun evini yıkan kişi *lex Aquilia* sorumlulugundan kurtulur.

D.43.24.7.4 (Ulp.libro LXXI ad Ed.): Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: Ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercedi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: "Quod incendii defendendi causa factum non sit". Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandum esse, privato non esse idem concedendum: Si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam: Si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris,

⁹⁷. Hausmaninger, sh:22; Pernice, Labeo, II/1, sh:16 vd. ve II/2, sh:67 vd.

deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit necne, aestimari oportere Labeo ait.

"Eger ben, örneğin, komşunun evini bir yangını önlemek için yıktıysam ve bana karşı bir *interdictum quod vi aut clam* ile veya hukuka aykırı zarar vermeden dolayı dava açılırsa, *Celsus*'un ileri sürülüp sürülmeyeceğinden şüphe ettiği bir def'i daha vardır. Bu yıkım yangından korunma sebebiyle yapılmadığı sürece, *Gallus* bunun bir def'i olarak kullanılanılp kullanılamayacağından emin değildir. Ama *Servius*, eğer o (zarar veren) bir *Magistra* olsaydı, böyle bir *exceptio* ileri sürüleceğini söyler; vatandaşın ise benzer hakkı olamaz: eğer buna rağmen, böyle bir durum *vi aut clam* meydana gelmişse ve yangın komşunun evine sirayet etmeyecekse, sadece müddeabihin değeri tazmin edilmelidir. Eger yangın sirayet edecekse, davalı serbest bırakılmalıdır. Aynı şekilde, eğer ev her halukârda yok olacak idiyse, bu hukuka aykırı bir zarar vermeden doğan davada da geçerlidir, çünkü o ne bir hukuka aykırı davranış göstermiştir, ne de zarar vermiştir. Ama eğer sen yangından evvel zarar verirsen ve daha sonra bir yangın çıkarsa, aynı şekilde karar verilemez. Çünkü, *Labeo*, zarar verilip verilmediği probleminin sonradan değil o esnadaki durum göz önüne alınarak bir karara bağlanacağını söyler."

Celsus, Ulp.D.9.2.49.1'de, ıztırar halinin büyük zaruretten kaynaklanması gerektiğini (*nisi magna vi cogente fuerit factum*) vurgular. Zarar verilen eve ulaşmadan önce yangın söndürülebilirse (*sive pervenit ignis ante extinctus*

est) ve bu hareketi sadece "ignis metu" (yangın korkusuyla) yapmışsa, fiil hukuka uygundur.

D.9.2.49.1 (Ulp.libro IX disp.): Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit, nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit; Nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem, iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: Et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat, legis Aquiliae actionem cessare.

"Eğer haksız olarak mala verilen zarar *actio legis Aquiliae* ile takip edilecekse, zarar nedeni ile bir hukuka aykırılık meydana gelmişse, bu hukuka aykırı bir zararın verildiği şeklinde anlaşılmalı gerekir, eğer zarar gözle görülür bir zaruret içinde verilmemişse, *Celsus*'un yazdığı gibi, yangının yayılmasını önlemek için komşusunun evini yıkan kişi açısından bu durum (hukuka aykırı zarar verme) sözkonusu değildir. O (*Celsus*), burada *actio legis Aquiliae*'nin tanınmayacağını yazar: O, komşusunun evini, haklı korku içinde yangının kendi evine ulaşmasından önce yıkmıştır ve *Celsus*, yangının ulaşıp ulaşmayacağını veya önceden söndürülmesinin *actio legis Aquiliae* verilmesinde önemsiz olduğu fikrindedir."

D.47.9.3.7 (Ulp.libro LVI ad Ed.): Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: Nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum

ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: Nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit.

"Ancak zarar kasıtlı olarak verilmişse *Praetorum* haksız zarar verilmesi konusundaki söylediklerinin bir anlamı vardır, çünkü kasdın eksik olması durumunu *edictum* kabul etmez. Burada *Labeo*'nun fikri anlaşılır: Yani, bir yangın çıktığı sırada kendimi korumak için komşunun evini yıkarsam, bana karşı gerek ailemin adına gerekse benim adıma dava açılacak mıdır? Eğer ben evimi korumak için bunu yapmışsam, doğal olarak benim kasdım yoktur. Sanırım *Labeo*'nun yazdığı doğru değildir. Faile *actio legis Aquiliae* açılabilir mi? Ben açılabileceğini sanmıyorum; çünkü, hukuka aykırılık yoktur, başka bir şey yapamayacağından o kendini korumak istemiştir. *Celsus* böyle yazar."

Celsus saldırının yapıldığı zamanki şartları bir tarafa bırakır ve akli başında bir insanın kararlarını esas alır. Yukarıda görüldüğü gibi bu anlamda *Ulpianus*, *Celsus*'un fikrini onaylamaktadır.

Bir başka örnekte, *Labeo* ve *Proculus*'a göre, eğer rüzgârın gücü ile bir gemi bir başka geminin çıpasına veya ağına sürüklenirse, o gemiyi kurtarmak için başka imkân da

yoksa (*si nullo alio modo explicare se potuit*) ıpaya veya ağa zarar verebilir.

D.9.2.29.3 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

"Aynı Şekilde *Labeo* bir geminin rüzgârın gücü ile bir başka geminin çıpa iplerine sürüklenmesi halinde, iplerin kesilmesinden başka yolla, (bu) geminin serbest kalması mümkün olmadığı için gemici halatı kestiginde, dava verilmesini kabul etmez. Aynı fikri *Labeo* ve *Proculus*, balıkçı teknesinin içine girdiği balıkçı ağında da kabul ederler. Eger bu durum, balıkçının kusurundan doğmuşsa elbetteki *lex Aquilia*'dan doğan dava açılır. Ancak bu durumda da hukuka aykırı zarar vermeden dolayı sadece aç talep edilebilir; ağın yırtılmasından dolayı yakalanmamış balıklar zararın hesabında dikkate alınmaz, çünkü yakalanıp yakalanmayacakları kesin değildir. Avcılık ve kuş avcılığında da aynı Şekilde karar verilmelidir."¹⁰⁰

Zaruret fiilinin bizzat kendisi sorumluluk doğuruyorsa

¹⁰⁰. Pernice, *Labeo*, II/1, sh:17 vd.

(*si culpa nautarum id factum esset*) sorumluluktan kurtulma sözkonusu olamaz⁸⁹.

cc. Hukuk Düzeni Tarafından Özellikle Yetki Verilmesi

Hukuka aykırı bir ilişki, ancak belirli şartlar altında hukuk düzeni tarafından kabul edilir⁹⁰.

XII Levha Kanunu, *fur manifestus*⁹¹'un öldürülmesine iki halde izin verir :

- Hırsız gece yakalanmışsa. Gece suç üstü yakalanan hırsız, mağdura karşı koymasa da, öldürülebilirdi.

XII Levha Kanunu 8.12: *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto.*

"Eğer birisi gece hırsızlık yaparsa ve hırsız öldürülürse, döverek öldürülmüş olması haklı olsun."

- Gündüz yakalanan hırsız kendini silahı ile müdafaa etmişse. Hukuk düzeni burada mağdurun şahit olarak çevredekileri çağırmasını arar. Bu çağrı ve şahitler, eylemin hukuka uygunluğunu ispatlar. Diğer bir deyişle bu çağrı, mağdurun taammüden adam öldürmekle suçlanmaması için düşünülmüş bir tedbirdir⁹². Daha sonraları, kaynaklarda, bu özel öldürme hakkının sınırlandırılması yönünde bir

⁸⁹. Hausmaninger, sh:22.

⁹⁰. Kaser, RRG, sh:70.

⁹¹. *Fur manifestus*: Suç üstü yakalanan hırsız.

⁹². Tahiroğlu, *Furtum*, sh:21; Hausmaninger, sh:24; Pernice, *Labeo*, II/1, sh:23 vd.

egilim görülmektedir⁹³.

*XII Levha Kanunu 8.13: Luci...si se telo defendit, ...
endoque plorato.*

"Gündüz ... eger kendini silahla savunursa ... (malı çalınan) bağırsın⁹⁴."

Ulpianus, D.47.10.13.1'de, magistranın kamu görevini yerine getirirken bir hakkı ihlâl etmesini hukuka aykırı bulmaz:

D.47.10.13.1 (Ulp.libro LVII ad Ed): Is qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: Iuris enim executio non habet iniuriam.

"Kamu görevini (hakkını) icra eden kişi, bunu -kural olarak- haksızlık ikası amacıyla yapmış olmaz; çünkü bir hakkın icrasını sağlamak hukuka aykırılık sayılmaz."

Örneğin, *magistra*, yangının genişlemesini önlemek için evleri yıkabilir⁹⁵, kamuya ait sokaklardaki yatakları imha edebilir.

*D.18.6.13(12) (Paul.libro III Alfeni epitomarum):
Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent,*

⁹³. Wieacker, sh:21; Kaser, *Methodologie*, sh:61 dn.119 ve sh:91 dn.219; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:90 vd.

⁹⁴. *Kars. D.9.2.4.1 (Gai.libro VII ad Ed.provinciale): Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur; interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequè cum clamore testificetur.*

"XII Levha Kanunu, gece yakalanan hırsız, yakalayan eger bağırarak şahit çağırmissa, hırsızı öldürmeyi caiz görür. Gündüz yakalanan hırsız, hırsız eger kendisini silah ile savunmuşsa ve yine bu bağırılarak haber verilmişse, öldürmeyi bu Kanun caiz görür."

⁹⁵. *Ulp.D.43.24.7.4.*

concidit; si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.

"Aedilis, satın alınmış yatakları kamuya ait yollara konmuş oldukları için imha etti; eger onlar alıcıya teslim edilmişse veya henüz teslim edilmemesinden (alıcı) sorumluysa, baskın görüşe göre, hasar alıcıya aittir."

D.18.6.14(13) (Iul.libro XXX ad Urseium Ferozem): eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.

"Eger aedilis haklı değilse, satın alan, aedilis'e karşı *actio legis Aquiliae* açar veya o, herhalukârda satım akdine istinaden satıcıyı aedilis'e karşı açabileceği davaları (kendisine) devir ve temlik etmesi için dava edebilir."

Ne var ki, mazur görülemeyecek müdahalelerinden *magistra da lex Aquilia*'ya göre sorumludur (*D.18.6.13 (12)* ve *D.18.6.14(13)*). Örneğin, bir eşyayı haczettikten sonra, bunları zarar görmüş şekilde geri verirse ya da bir hayvanı haczettikten sonra, hayvanı beslemek isteyen sahibini içeriye sokmayıp hayvanları aç bırakırsa *actio in factum* açılabilirdi.

D.9.2.29.7 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. Nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est. Item si dum putat se ex lege capere

pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: Quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. Si quid tamen Magistratus adversus resistantem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: Nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio.

" Eger hukuka aykırı zarar vermişlerse *municipales magistratus* da *lex Aquilia*'dan dolayı sorumlu olabilir. Bir hayvanı haczedip sonra aç bıraktı ise, hayvana yem getirmek için sana izin vermemişse *actio in factum* verilir. Aynı şekilde, hukuka uygun haczettigine inanırsa, ancak gerçekte bu haciz hukuka uygun değilse ve bu eşyayı bozulmuş - yıpranmış olarak geri verirse *lex Aquilia*'nın uygulanmasına karar verilir. Eşyayı yıpranmış olarak geri verdiği durumda hukuka uygun haciz yapılmışsa bile aynı şekilde karar verilir. *Magistra* kendisine karşı koyan kişiye karşı kuvvet kullanırsa *lex Aquilia*'dan sorumlu olmaz. Yani, bir köleyi haczettikten sonra köle kendini asarak intihar ettiyse, bir dava verilmeyecektir."

dd. Magdurun Rızası

Hukuka aykırı olarak üçüncü kişinin malvarlığına yapılan saldırıyı malikin rızası hukuka uygun hale getirebilir⁹⁴. Örneğin, bir köleyi yarışmada (müsabaka esnasında) birisi öldürürse, fakat kölenin sahibi onun

⁹⁴. Koziol, sh:84; Pernice, Labeo, II/1, sh:82 vd. ve II/2, sh:82 vd.

yarışmaya girmesine rıza göstermişse, *lex Aquilia*'ya göre bir sorumluluk doğmaz.

D.9.2.7.4 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): *Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: In filiofamilias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus; aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit; tunc enim Aquilia cessat⁹⁷.*

"Resmî şekilde düzenlenmiş olan bir güreş, *pancratio* veya boks müsabakasında biri diğerini öldürmüşse, *lex Aquilia* uygulanmaz; çünkü, zarar birisine hukuka aykırı olarak değil, şan şöhret ve cesaret için verilmiştir. Bu durum köle açısından da geçerli değildir, çünkü sadece özgür kimselerin müsabakalara katılması mutaddır. Buna karşın, bu hüküm yaralanmış bir aile evlâdı için geçerlidir. Eger bir kimse, kosulsuz yarışmadan çakileni yaralarsa bu davaya izin verilir. Ya da bir köleyi yarışma dışında öldürürse de aynı hükümler uygulanır; bu takdirde *actio legis Aquiliae* verilmez; meğer ki kölenin sahibi buna izin vermiş olsun."

Parçanın ilk cümlesinde eger boks, *pancratio*, güreş

⁹⁷. Wittmann'a göre, *si quidem* cümlesinde bir *glossa* vardır. Körperverletzung, sh:95, dn.61.

müsabakası esnasında ölüm meydana gelmişse -bir köle veya bir özgür olduğuna ilişkin herhangi bir şey söylenmeksizin- birinci bölümden doğan *actio legis Aquiliae*'nin açılmayacağı kuralı konulmuştur. Burada sadece böyle bir müsabakada öldürme kasdının olmadığı, aksine "*gloriae causa et virtutis*", "şöhret ve cesaret sebebiyle" ölümün meydana geldiği belirtilmiştir. Parçanın ikinci cümlesinde, bu kuralın köleye uygulanmayacağı, *filius familias*'in yaralanmalarında geçerli olduğu vurgulanmaktadır⁹⁸. Üçüncü cümle ise, ilk cümlede konulan kuralın uygulama alanına bir sınır getirmektedir. Karşı taraf oyundan çekilirse (boyun eğerse - pes ederse) ve böylece diğerinin galibiyeti kesinleşirse, oyun sona erer. Bu durumda hasmın öldürülmesi ve yaralanması artık "*in pancratio*" ve "*gloria causa et virtutis*" olarak kabul edilmez⁹⁹. Bunu müteakip, bir kölenin ona açık olmayan müsabakada öldürülmeyip - birinci cümle ile anlam paralelligi kurularak yarışma dışı öldürülmesi durumu tartışılmaktadır. Burada, eğer müsabaka *dominus*'un izni¹⁰⁰ ile yapılmışsa, bunu *lex Aquilia*'nın uygulamasından ayırmak gerekir.

D.9.2.27.29 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit,

⁹⁸. De Medio'ya göre, "*in filio familias vulnerato procedit*", *interpolatio*dur. Wittmann, Körperverletzung, sh:96, dn.65'den naklen.

⁹⁹. Wittmann, Körperverletzung, sh:96 dn.66.

¹⁰⁰. "*Domino committente*" sadece "malikin izni" olarak anlaşılmaz; aksine burada "bir kimseyi diğerine karşı çarpıştırmak" olarak anlaşılmalıdır. Wittmann, Körperverletzung, sh:96, dn.67.

damni iniuria tenebitur; Si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus; Et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.

"Eger cam bardağı yontmak (tras etmek) için verdiysen ve yontucu onu tecrübesizlikten dolayı kırmışsa, hukuka aykırı zarar vermeden dolayı sorumludur. Ancak eger tecrübesizlikten kırılmamış, aksine bardağın yapısındaki bir bozukluktan dolayı kırılmışsa, bu durumda bir özür ileri sürülebilir. Ve bu sebeple el sanatkarları bu çeşit bir madde kendilerine verildiğinde (müşteri ile) üzerlerine riziko almama anlaşması yaparlar. Bundan dolayı *actio ex locato* ve *actio legis Aquiliae* mümkün değildir."

ee. Kendi Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

Kendi hakkının korunmasından amaç, devlet organlarının yardımına başvurmaksızın, bir hakkı, hak sahibinin kendi gücü ile koruması, güvence altına almasıdır¹⁰¹. Belirli hallerde hukuk düzeni kişiye, mahkemeye müracaat edilip dava görülmeden, vasıtasız olarak hakkını elde etmek üzere yetki verir. Ancak, tek çıkar yol bu olmalıdır ve saldırganın mallarına zarar verilmemelidir¹⁰².

Roma Hukuku'nda kendi kendine hak alma, örneğin, zilyedlik ihtilâflarında caizdi. Kim *possessio*'yu *vi, clam,*

¹⁰¹. Hausmaninger, sh:22.

¹⁰². Hausmaninger, sh:23; Koziol, sh:83.

precario kaybetmişse, onu başkasından (silah kuvveti olmaksızın) kuvvet kullanarak geri alabilirdi (D.43.17.1 *pr*). Romalı ev sahibi kira parası ve faizi ödenene kadar kiracısının eşyalarına el koyabilirdi (D.43.32.1 *pr*)¹⁰³. Buna karşılık Romalı malik, komşusunun binasına geçecek şekilde bir çatı yaparsa *Proculus* komşuya hukuka aykırı olarak yapılanı kendi kendine ortadan kaldırma hakkı tanımaz; komşu ancak *actio negatoria in rem*¹⁰⁴ ile hakkını arayabilir. Çatıya, caiz olmayan şekilde zarar verilmesi durumunda *lex Aquilia*'dan doğan sorumluluk söz konusu olurdu.

D.9.2.29.1 (Ulp. libro XVIII ad Ed.): *Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam, recidisses, posse me tecum damni iniuria agere, Proculus scribit; debuisti enim mecum ius mihi non esse protectum habere, agere, nec esse aequum damnum me pati recisis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto Imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum traiectus erat aquaeductus citra servitatem, rescripsit iure suo posse eum intercidere, et merito, interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.*

"Eger sen, benim senin evinin üstünde haksız olarak

¹⁰³. Zilyedlik ihtilâflarında "*interdictum utrubi*", kira bedeli için "*interdictum de migrando*" yolu ile. Wesener, Fest., sh:100 vd.

¹⁰⁴. *Actio negatoria in rem*: Mülkiyet hakkına müdahale edilmek suretiyle bir hak kısmen ihlâl edildiğinde *Quirites Hukuku* malikinin müdahaleyi menetmek için başvurduğu aynı dava. Malik, sadece malik olduğunu ve zarar gördüğünü ispat etmekle yükümlüdür. Bu şekilde, diğer tarafın iddia ettiği ve dolayısıyla ispat etmeye mecbur kaldığı hakkı reddetmiş olurdu. Umur, Lügat, sh:10.

duran çatımı yıkarsan; *Proculus* bu durumda benim sana hukuka aykırı zarar vermeden dolayı dava açabileceğimi yazar. Çünkü, hakkım olmadan orada çatım olduğu için sen beni dava etmeliydin: benim tahtalarımı sökmen ve bu sebeple benim zarar görmem hakkaniyete uymaz. Bir başka karar imparator *Severus*'un emirlerinden çıkarılmaktadır: irtifak hakkı olmaksızın evine su tesisatı yerleştiren kişiye cevap veriyor: o, hakkını kullanarak su tesisatını kaldırabilir ve bunu geçerli bir sebebe istinaden yapmış olur; çünkü birinin çatıyı inşa etmesiyle, diğerinin yabancı toprağa su tesisatı yerleştirmesinin arasında fark vardır."

Quintus Mucius'un verdiği örneğe göre, kim çimenlerinde otlayan başkasına ait gebe bir kısırağı döver ya da şiddet kullanarak uzaklaştırırsa ve kısırak da bu sebeple erken doğum yaparsa, zarar veren *lex Aquilia*'ya göre sorumlu olacaktır (*D.9.2.39 pr.*). *Pomponius* (*D.9.2.39.1*), başkasına ait bir hayvana verdiği her türlü zarar için gayrimenkul sahibini sorumlu tutar.

D.9.2.39.pr.(Pomp.libro XVII ad Q.M.): Quintus Mucius scribit: Equa cum in alieno pasceretur, in cogendo, quod praegnas erat, eiecit; quaerebatur, dominus eius possetne cum eo, qui coegisset, lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.

"*Quintus Mucius* der ki: Başkasına ait bir otlakta otlayan gebe bir kısırak, kovalandığı zaman erken doğum yaparsa, sopa ile yaralayarak kovan kişiyi kısırağın

sahibinin *lex Aquilia*'dan dolayı dava edip edemeyeceği sorulmaktadır. Eger o, kısırağı dövüyse veya kasıtlı olarak çok şiddetli bir şekilde kovaladıysa, dava edilebileceğine karar verilir."

D.9.2.39.1 (Pomp.libro XVII ad Q.M.): Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam, si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet, quam, ut supra diximus, quasi suum; sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

"Pomponius: Başkasına ait hayvanı kendi arazisinde bulması durumunda, onu ancak kendi hayvanını bulması durumunda yapacağı şekilde uzaklaştırmalıdır; çünkü ondan dolayı herhangi bir zarar meydana gelmişse açabileceği bir davası vardır. Başkasına ait bir hayvanı tarlasında bulanın onu hapsedmek hakkı yoktur. Yukarıda söylenenden başka türlü de kovalayamaz, yani ya zarar vermeden kovalamalıdır veya hayvanını alması için sahibine haber vermelidir."

B. Zarar Verici Eylem

Haksız fiil nedeniyle tazminat borcunun doğabilmesi için bir zararın meydana gelmiş olması gerekir. *Lex Aquilia*'nın birinci bölümüne göre köle veya dört ayaklı

sürü hayvanını öldürmek (*occidere*)¹⁰⁵ ve üçüncü bölümüne göre, köle veya sürü hayvanını yaralamak, birinci bölüme giren hayvanlar dışındaki bir hayvanı öldürmek, cansız varlıkları yakmak, kırmak ya da bozmak (*urere-frangere-rumpere*)¹⁰⁶ zarar olarak nitelendirilmiştir. Zarar gören eşyaya ancak doğrudan doğruya verilen zararlar sorumluluğu gerektirirdi¹⁰⁷. Aksi halde *Iex Aquilia*'nın hükümleri uygulanmazdı. Daha sonraları bu durum *corpore corpori*¹⁰⁸ ¹⁰⁹ formülüyle ifade edildi. Eğer zarar pozitif bir eylemle (*committendo*) meydana gelmişse *Iex Aquilia*'da yer alan unsurlar oluşmuş kabul edilirdi. İhmâl etme (*omittendo*), gelecek bir zararı önleyecek hareketi yapmama, zarar vermeye yeterli değildir. Örneğin, yangının çıktığını görüp söndürmeye çalışmayan ya da bağları kesmeyi veya su kemerini tamir etmeyi ihmâl eden intifa hakkı

¹⁰⁵. Kanun başlangıçta oldukça dar yorumlanmış; *occidere* kelimesi etimolojik anlamına dayalı olarak "elde tutulan bir silah ile hareketin gerçekleştirilmesi" şeklinde kabul edilmiştir. Fakat uygulamada "bir kişinin bir mızrak/ok ile veya bir sahısa doğrudan verdiği zarar" şeklinde *corpore corpori* kapsamında değerlendirilmiştir. Buckland, Manual, sh:325.

¹⁰⁶. *Rumpere*, Cumhuriyet Devri'nde *corrumpere* anlamında ele alınmıştır. İlk zamanlar "*rumpere*" ile hasara uğratmak, tahrip etmek esas alınırken daha sonra "*corrumpere*" genel olarak "bozmak" anlamında kullanılmıştır. Wanzyl, sh:339; Honsell, RR, sh:155. *Rumpere* kelimesi, üçüncü bölümde, bütün fiziksel hasarları içine alacak şekilde *corrumpere* anlamında kullanılmıştır. Buckland, Manual, sh:325; Tahiroğlu, Iniuria, sh:56.

¹⁰⁷. Koschaker, sh:268; Rado, RH, sh:133; Tahiroğlu/Erdoğan, Meseleler, sh:108.

¹⁰⁸. Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:366. Bu ifadeye orta çağdan önce rastlanmamaktadır. Kaufmann, sh:5 dn.5.

¹⁰⁹. *corpore corpori*: zararın bedenen dokunarak verilmesi. Umur, Lügat, sh:50.

sahibini kimse takip edemez.

D.7.1.13.2 (Ulp.libro XVIII ad Sab.): De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait: Nam fructuarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commisserit. Denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eibus arbitrari utatur: Nam qui agrum non proscindit, qui Vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem et in usario dicenda sunt.

"Iulianus'un dedigi gibi, intifa hakkı sahibi zarar verdiginde *lex Aquilia* ve *interdictum quod vi aut clam* ile sorumlu tutulur. Hırsızlıkta olduğu gibi ve başkasına ait esyaya zarar veren kişi gibi intifa hakkı sahibinin de bu davalardan sorumlu olacağı kesindir. Son olarak *praetor*' un *actio legis Aquiliae* dururken bir başka dava vermesinin ne yararı olduğu sorulduğunda, *lex Aquilia*'nın uygulanamayacağı durumlar olduğu cevabı verilir, bir hâkim atanır ve onun takdiri ölçüsünde intifa hakkı sahibi esyadan yaralanır; çünkü tarlayı sürmeyen ve bağı budamayan ve su tesisatının bakımsız olmasına göz yuman kişi *lex Aquilia*'dan dolayı sorumlu olmaz. Aynı durum *usuar* için de geçerlidir."

Kısa sürede bu dar yorum aşıldı. Klâsik hukukçular zararın şartlarından *corpore*'yi bir tarafa bıraktılar ve

davanın uygulanma alanını genişleterek *lex Aquilia*'nın metninden doğan engelleri ortadan kaldırdılar¹¹⁰. Bundan sonra *causam mortis praebere* (ölüme sebebiyet vermek) yeterli oldu¹¹¹.

Doğrudan doğruya bir cebir (*damnum corpore datum*) ile maddî zarar verilmesi şartı, aktif yönü oluşturur. Bu nedenle, aslında *occidere*, münhasıran daha dolaylı olan *causam mortis praebere*'den ayırdedilmelidir¹¹². Yani *occidere*, başka bir sebep olmaksızın kendiliginden ölümün meydana geldiği veya bir kölenin ya da hayvanın bedeninin güç bir durumda bırakılarak öldürüldüğü yahut ölecek şekilde yaralandığı durumlardan farklıdır. Tedavi sırasında doktor ya da ebenin kendiliginden ilaç verip vermediği ya da tavsiyede bulunup bulunmadığı *lex Aquilia*'da farklı

¹¹⁰. Tahiroğlu/Erdogmuş, Meseleler, sh:109.

¹¹¹. Hausmaninger/Selb, sh:348. Bununla beraber, *causa damni*'nin değişimi gerekli değildi. Esas olarak *damnum* eşyaya verilen maddî zararı (*Sachschaden*) değil, bu şekilde mamelekte meydana gelen zararı (*Vermögensschaden*) ifade etmektedir. Kaufmann, sh:6 dn.10; ayrıca bkz. Unterholzner, sh:694, dn.674c.

¹¹². *D.9.2.7.6 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Celsus autem multum interesse dicit, occiderit, an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde adfert eum, qui venenum pro medicamento dedit et ait, causam mortis praestitisse, quemadmodum eum, qui furenti gladium porrexit; nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.*

"Celsus, birinin öldürmesi veya ölüme sebebiyet vermesi arasında büyük fark olduğunu söyler; bu bağlamda ölüme sebebiyet veren kişiye *actio legis Aquiliae* değil, aksine *actio in factum* açılır. İlaç yerine zehir verilmesiyle ölüme sebebiyet verme örneğinde olduğu gibi, bir akıl hastasına kılıç verilerek ölümüne sebep olunmasında da aynı durumun varolduğunu söyler. Çünkü o da (kılıç veren) *actio legis Aquiliae*'den değil, *actio in factum*'dan sorumludur." Karş. *Ulp.D.9.2.9 pr-1* ve *Iul.D.9.2.51 pr.*

düzenlenmiştir¹¹⁹.

Kanunda *occideri*'nin mahiyeti ile ilgili iki metin vardır: *D.9.2.7.1* ve *D.9.2.51 pr.*

D.9.2.7.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Occisum autem accipere debemus, sive gladio sive etiam fuste vel alio telo vel manibus (si forte strangulavit eum) vel calce petiit vel capite vel qualiterqualiter.

"*Occidere*'den, bir kimsenin diğerini bir saldırı dolayısıyla kılıç, sopa ya da diğer bir silah veya elleri ile (eğer onu boğduysa) yahut tekme ile, kafa ile veya herhangi bir şekilde öldürmesi anlaşılır."

D.9.2.51 pr (Iul.D.libro LXXXVI): Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum, medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit; quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit? respondit: Occidisse dicitur vulgo quidem, qui

¹¹⁹. *D.9.2.9 pr (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse, sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam; quae sententia vera est, magis enim causam mortis praestitit quam occidit.*

"Ebe bir kadına ilaç verdi ve bunun üzerine kadın öldüyse, *Labeo*, ebe ilâcı kendi eliyle içirmişse, bunun öldürme olarak anlaşılacağını; kadına kendi içmesi için vermişse *actio in factum* verileceğini tefrik eder. Bu bakış doğrudur. Ebe öldürmekten ziyade, ölüme sebebiyet vermiştir."

D.9.2.9.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si quis per vim vel suasum medicamentum alicui infundit vel ore vel clystere vel si eum unxit malo veneno, lege Aquilia eum teneri, quemadmodum obstetrix supponens tenetur.

"Eğer bir kimse, bir başkasına kuvvet kullanarak (şiddetle) veya ikna ederek ağzından veya iğneyle ilaç verirse veya zehir sürerse, ilaç veren ebe gibi *lex Aquilia*'dan sorumlu tutulur." Karş. *Gai.D.9.2.8 pr* ve *Ulp. D.9.2.7.6.*

mortis causam quolibet modo praebuit, sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui ahibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede...

"Bir köle, darbeler ile kesin olarak ölecek şekilde şekilde yaralanmıştır. Sonra, bu arada geçen zaman içinde mirasçı olarak tayin edilmiştir ve daha sonra bir başkasının darbesi dolayısıyla ölmüştür. Ben her ikisinin de öldürme dolayısıyla *lex Aquilia*'dan dolayı dava edilip edilmeyeceğini soruyorum. (*Iulianus*) cevap veriyor: genel görüşe göre, herhangi bir şekilde ölümüne sebebiyet verilmiş bir kimse öldüğünde *lex Aquilia*'dan, sadece şiddet kullanarak ve aynı zamanda elleri ile (*caedendum* ve *caedes* dolayısıyla *occidere* kelimesinin yorumundan hareket edildiğinde) ölüme sebep olan kişi sorumlu olur."

İlk metin öldürmenin iki şekline işaret eder:

- herhangi bir silah kullanarak,

- öldürülene karşı doğrudan vücudu ile veya vücudunun

bir bölümü ile kuvvet kullanarak.

Iulianus'a ait ikinci metin açıklamayı tamamlar. Ona göre *occidere*, öldürmenin bütün şekillerini kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

Mortis causam praebere'de, *occidere*'nin ifade ettiklerinin dışında kalan kısma göndermede bulunmaktadır¹¹⁴.

Şu haller *occidere* olarak kabul edilmektedir:

¹¹⁴. Andrews, sh:316 vd.

- (X), tuttuğu bir silah ile (Y)'ye vurur (Ulp.D.9.2.7.1);

- (X), (Y)'yi elleriyle, örneğin boğarak, öldürür (Ulp.D.9.2.7.1);

- (X) elinde tuttuğu ve klâsik (bilinen) silahlardan başka bir silah kullanarak (Y)'yi öldürür (Ulp.D.9.2.7.1);

- (X), elleri dışında, vücudu ile veya vücudunun bir kısmı ile (Y)'ye vurur ve öldürür (Ulp.D.9.2.7.1);

- (X), (Y)'ye bir silah fırlatır (Ulp.D.9.2.7.1);

- (X), (Y)'ye, yukarıdaki gibi elinde tuttuğu, bir nesne fırlatır veya atar (Ulp.D.9.2.11.4);

- (X), (Y)'nin üzerine ağır bir şey düşürür (Ulp.D.9.2.7.2);

- (X), (Y)'ye kaya veya sert bir şey fırlatır (Ulp.D.9.2.7.7);

- (X), (Y)'ye kendi elleriyle (doğrudan) bir zehir uygular (Ulp.D.9.2.9 pr);

- (X), (Y)'yi nehre atar ve (Y),

* boğularak,

* nehirdeki bir kayanın üstüne düşerek,

* bitap düşmekten ölür (Ulp.D.9.2.7.7);

- (X) ata biner ve at ile (Y)'ye vurur ve (Y) ölür (Gai.D.9.2.8.1).

Şu haller ise *occidere* sayılmaz¹¹⁵ :

-Kölenin veya hayvanın gaz ile öldürülmesi,

-Kölenin veya hayvanın kapatıldığı ve aç bırakıldığı

¹¹⁵. Keller, Pandekten, sh:677.

yerde ölmesi (Ulp.D.9.2.29.7)¹¹⁴.

D.9.2.9.2 (Ulp .libro XVIII ad Ed.): Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.

"Eger bir kimse bir köleyi açlıktan ölüme terkederse Neratius'a göre, *actio in factum*'dan sorumludur."

-Bir kölenin elbiselerinin çıkartılarak soğuktan ölmesine sebebiyet verilmesi,

-Sirtında olduğu atı ürkütterek, kölenin atın ayakları altına düşerek ölmesine yol açmak,

-Bir kölenin pusu kurularak tuzaga düşürülmesi ve orada üçüncü bir şahıs tarafından öldürülmesi (Ulp.D.9.2.11.1).

D.9.2.9.3 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari, atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit, quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.

"Eger sen üzerine benim kölemin bindiği atı ürküttüysen ve bu sebeple benim kölem nehre düşüp öldüyse, Ofilius, *actio in factum* verileceğini söyler. Aynı şekilde kölemin bir kimse tarafından pusuya düşürülmesi ve bir başkası tarafından öldürülmesinde olduğu gibi."

- Aklî dengesi yerinde olmayan birisine kendisini öldürmesi için silâh verilmesi (Ulp.D.9.2.7.6),

- Bekçi sobanın yanında otururken, büyük bir ateş yakıp kapıyı üstünden kapatarak, orada ölmesine sebep olmak.

¹¹⁴. Karş. I.4.3.16.

Kanunda yer alan diğer zararlaraya gelince:

- Katır veya benzeri hayvanı fazla yük yüklenerek bir uzvunun kırılmasına sebep olmak.

D.9.2.27.23 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Et si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore.

"Eger bir kimse bir katıra çok fazla yük yüklerse ve onun herhangi bir uzvuna zarar verirse *lex Aquilia* uygulanacaktır."

- Bir gemi veya tekne ile bir diğerine çarpmak (Ulp.D.9.2.29.2 ve Alf.D.9.2.52.2).

D.9.2.29.2 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si navis tua impacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret? Et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum, quia parvi refert navem immittendo aut verriculum ad navem ducendo, an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficior: Sed si fune rupto aut cum a nullo regetur navis incurrisset, cum domino agendum non esse.

"Eger bir tekne benim kayığıma doğru gelip bana bir zarar verdiyse, bana hangi dava tanınacaktır? Eger çarpışma gemi mürettebatının gücü dahilinde önlenilecekse, fakat onların kusurundan dolayı vuku bulmuşsa, *Proculus* gemi mürettebatına karşı *lex Aquilia*'dan doğan davayı açacağımı söyler. Senin tekne ile benim kayığıma çarpmanda zarara sebep olup olmadığın veya tekneyi dümenin sürükleyip sürüklemediği, tekneye senin bizzat elinle zarar verip

vermediğin çok az fark eder; çünkü bütün bu durumlarda ben, senden dolayı zarara uğradım. Ama tekne, halat koptuğu için veya teknede tayfa olmadığı için bir başka gemi ile çarpışırsa malike dava açılmaz.”

- Hububatın nehre atılması veya kum ya da benzeri zararlı bir madde ile karıştırılması.

D.9.2.27.19 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed et si quis milium vel frumentum meum effuderit in flumen, sufficit Aquiliae actio.

”Eğer birisi benim buğdayımı veya darımı nehre attıysa *Iex Aquilia*’dan doğan dava kullanılır.”

- Ele vurularak, avuçtaki paranın kaybolmasına sebep olunması.

D.9.2.27.21 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si quis de manu mini numos excusserit, Sabinus existimat, damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent; puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt; quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio, furtum factum agendum;...

”Eğer birisi benim elimdeki bozuk paraya vurarak yere düşürdüyse, *Sabinus*’un fikrine göre, bozuk para kimsenin bulamayacağı şekilde kaybolup gitmişse; örneğin, bozuk para nehre, denize ya da lağıma düştüyse hukuka aykırı zarar vermeden dolayı bir dava verilir. Eğer bu durumda düşen parayı birisi alabilecekse, hırsızlığa yardımdan dolayı dava açılır...”

- Zararlı maddeyi şaraba veya yağa karıştırmak,

- Bir teknenin sıkıca bağlandığı ipi keserek, teknenin

batmasına veya kaybolmasına yol açmak.

D.9.2.29.5 (Ulp.libro XVII ad Ed.): Si funem quis, quo religata navis erat, praeciderit, de nave quae periit in factum agendum.

"Bir kimse kayığı tutan halatı keserse ve bundan dolayı kayık kaybolursa, *actio in factum* verilmelidir."

A, B'nin kendisine vedia olarak verdiği atı ihmâl ederek yemsiz bırakırsa ve at ölürse, sorumlu olmaz. Pasif yönde haksız fiilin şartı olarak maddî-bedenî dokunarak yaralama (*damnum corpori datum*) ile zarar birbirine bağlıydı¹¹⁷. Bu nedenle eğer birisi, başkasının hayvanını veya kölesini acıma duygusuyla ya da şaka olsun diye çözer ve bunun üzerine köle veya hayvan kaçıp kaybolursa *actio legis Aquiliae* açılmaz.

Yani, *lex Aquilia*'dan doğan davanın açılabilmesi için zararın *corpore* (failin müsbet bir hareketi-teması ile) ve *corpori* (doğrudan doğruya mal üzerinde) ika edilmesi gerekiyordu¹¹⁸. Örneğin, bir kimse deniz kenarında gezen köle veya hayvanı denize iterek ölümüne sebep olmuşa zarar *corpore corpori*'dir. Ancak, *corpore* unsuru eksikse, örneğin bir kimsenin kölesini ikna ederek kuyuya indirip ölümüne ya da yaralanmasına sebep olunmuşsa *lex Aquilia* uygulanmaz. Aynı durum *corpori* unsurunun eksikliği için de sözkonusudur: Bir akıl hastasına demir parçası vererek

¹¹⁷. Keller, Pandekten, sh:676; Rado, RH, sh:196; Di Marzo, sh:478; Lee, sh:400.

¹¹⁸. Tahiroglu/Erdogmus, Meseleler, sh:126; Di Marzo, sh:477; Honig, sh:287; Sohm/Wenger/Mitteis, sh:457; Mommsen, sh:827 vd.; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:173.

kendisini yaralamasına sebep olmak gibi¹¹⁹.

D.9.2.27.9 (Ulp.libro XVII ad Ed.): Si fornacarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit; ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? Nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit; quid ergo est? Puto utilem competere actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit, quam in eum qui negligenter custodit. Nec quisquam dixerit in eo, qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur.

"Eger bir hasılat kiracısının soba bekçiliği yapan kölesi, sobanın yanında uyursa ve kirevi yanarsa, Neratius yardımcının seçiminde dikkatsiz davranmışsa hasılat kiracısının kira akdinden dolayı sorumlu olduğunu yazar. Birisi sobayı yakar, bir diğeri dikkatsizce nezaret ederse, sobayı yakan sorumlu olacak mıdır? Nezaret eden hiç bir şey yapmamıştır, diğeri ise kuralına uygun şekilde sobayı yaktığından kusurlu değildir. O halde nasıl bir karar verilmelidir? Sanırım ateşin yanında uyuyana karşı da ateşe dikkatsizce nezaret eden kişiye olduğu gibi, *actio utilis* açılır. Kimse onun uyumasının doğal ve beşerî olduğunu söyleyemez; çünkü, ya yangını söndürmek veya yangının genişlememesi için gereken önlemleri almak zorundadır."

Ayrıca zararın maddî - ekonomik olması gerekir. Birisi

¹¹⁹. Karş. I.4.3.16.

değerli olmayan bir köleyi yaralarsa veya yaralama dolayısıyla, örneğin başarılı bir hadımlaştırmadan dolayı kölenin değeri yükselirse, bu kanunda düzenlenen duruma girmez. Çünkü, ekonomik zarar unsuru eksiktir¹²⁰; özgür bir insanın yaralanmasında ya da öldürülmesinde olduğu gibi.

C. İlliyet Bağı

Yukarıdaki koşulların gerçekleşmesine rağmen, failin sorumlu tutulabilmesi, fiil ile zarar arasında illi bağlantının varlığına bağlıdır¹²¹. İlliyet bağı ya da diğer bir ifade ile sebep - sonuç ilişkisinde, hukuka aykırı fiil ile zarar arasında "biri olmazsa diğeri olmaz" (*condictio sine qua non*)¹²² şeklinde çok sıkı bir ilişki sözkonusudur. İki olaydan birincisi, ikincisinin "*sine qua non*"udur.

Bu sebep-sonuç ilişkisini tesbit etmek bazı durumlarda zordur. Başlangıçta Romalı hukukçular illiyet bağının sınırlarını oldukça daraltmışlardır. *Lex Aquilia*'da düzenlenen *damnum iniuria datum*'da önceleri çok sıkı bir

¹²⁰. Di Marzo, sh:98. Bir kimsenin başkasına ait şaraptan içmesinde, başkasının tarlasına tohum ekmesinde veya hububattan yemesinde her ne kadar ekonomik zarar varsa da, maddi zarar kabul edilemez. Keller, Pandekten, sh:677.

¹²¹. Wilinski, sh:71; Karadeniz-Çelebican, sh:283; Tahiroglu/Erdogmus, Meseleler, sh:104; Rado, RH, sh:183.

¹²². *Condictio sine qua non* deyimi, ondan ayrı olarak düşünülemez ya da onsuz olunamayacak ölçüde gerekli olan koşul (durum) dur. Karadeniz-Çelebican, sh:283; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:229; Hausmaninger, sh:18.

illî bağı aranıyordu: Hukuka aykırı müspet bir fiilin varlığı ile meydana gelen zararın, zarar gören mala doğrudan doğruya etki edilmesiyle ortaya çıkması gerekirdi. Örneğin, bir başkasının kölesinin veya hayvanının dövülmesi ve böylelikle öldürülmesi arasında bir illiyet bağının varlığının kabul edilmesine rağmen; bir kimsenin başkasından ödünç aldığı köleyi veya hayvanı yeterince besin vermeyerek açlıktan öldürmesi olayında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı kabul edilmiyordu¹²³. Illiyet bağının kesilmesini ve illiyet bağı kesilene kadar failin sorumlu tutulmasını Roma hukukçuları kabul etmektedir¹²⁴.

Lex Aquilia'ya göre eğer birisi, bir köleyi ölüm derecesinde yaralarsa ve sonra bir başkası onu öldürürse, birincisi yaralamadan ikincisi öldürmeden sorumlu olur.

D.9.2.11.3 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere perit, posteriorem teneri, quia occidit. Quod et Marcello videtur et est probabilius.

"Celsus, biri (bir köleyi) ölüm derecesinde yaralarsa,

¹²³. Karadeniz-Çelebican, sh:285.

¹²⁴. Hem Romalı hukukçular hem de modern hukukçular, hukuka aykırı bir fiilin zarar verici sonucu meydana getirmesinden önce bir başka hukuka aykırı fiilin araya girip aynı sonucu meydana getirmesini " illiyet bağının kesilmesi" olarak değerlendirirler. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh:568; Tahiroğlu/Erdogmuş, Meseleler, sh:104, dn.8 ; von Lübtow, Lex Aquilia, sh:62.

sonradan diğeri de onu öldürürse, birincisinin öldürmüş olmaktan değil yaralamaktan sorumlu olacağını; çünkü, ikincisinin yaralamasından dolayı öldüğünü; ikincisinin de öldürdüğü için sorumlu olacağını yazar. *Marcellus* da aynı fikirdedir ve makûl olan fikir de budur.”

Zarar verici fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı tamamlanmışsa, artık aynı sonucu bir başka olayın nasıl olsa meydana getireceği söylenerek, sorumluluktan kurtulunamaz. Yani, tamamlanmış illiyet, gerçekleşmemiş illiyet ile etkisiz kalmaz. Bir kimse bir köleyi ölüm derecesinde yaraladıktan sonra bir başka kişi onu tekrar yaralarsa ve köle bu nedenle ilk yara sebebiyle öleceğinden daha kısa sürede ölürse, her ikisi de *lex Aquilia*'ya göre sorumlu olacaktır.

D.9.2.51.pr (Iul.D.libro LXXXVI): ...igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eudemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.

“Nitekim bir kimse bir köleyi ölüm derecesinde yaralar ve sonra bir başkası ona tekrar vurursa ve köle de birinci yara yüzünden öleceğinden daha önce ölürse, her ikisinin *lex Aquilia*'dan sorumlu olduklarına karar verilmek gerekir.”

Bazen zarar verici sonuç birden çok fiille dayandırılabilir. Zararı bunlardan birinin verdiği kesindir ama hangisinin olduğu bilinmemektedir. Bu şekilde birden çok hukuka aykırı fiilden birinin zararı meydana getirmesi

ve failin tespit edilememesi halinde faillerden herbiri sorumlu olacaktır. Nitekim *lex Aquilia*'ya göre köle bir kaç kişi tarafından yaralanır, hangisinin darbesinin onu öldürdüğü bilinmezse hepsi birden sorumlu olur; eğer kimin darbesinden öldüğü belli ise o öldürmüş gibi sorumlu olur. Birine karşı dava açılması diğerlerini kurtarmaz. *Lex Aquilia*'ya göre, birinin bu cezayı ödemesi diğerlerini sorumluluktan kurtarmaz¹²⁵.

D.9.2.51.1 (Iul.D.libro LXXXVI): Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non apparet, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.

"Bu da köle birkaç kişi tarafından o şekilde (ölecek şekilde) yaralanır ve hangisinin darbesinden öldüğü belli olmazsa hepsinin *lex Aquilia*'ya göre sorumlu sayılacakları kanaatinde olan eski hukukçuların görüşüne uygundur."

D.9.2.11.2 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint, teneantur, videamus; et si quidem apparet, cuius ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur; Nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

"Bir kaç kişi köleyi döverek öldürürse hepsinin öldürmüş gibi sorumlu tutulup tutulamayacağını inceleyelim: Eğer kimin darbesinden öldüğü belli olursa o öldürmüş gibi

¹²⁵, von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:61; Schindler, sh:201 vd.

sorumlu olur; fakat belli olmazsa, *Julianus* hepsinin tıpkı öldürmüş gibi sorumlu olacağını söylüyor. Eger birisine karşı dava açılırsa diğerleri kurtulamaz; çünkü *lex Aquilia*'ya göre bir ceza sözkonusu olduğunda birinin ödemesi diğerlerini yükümlülükten kurtarmaz."

Praetor'lar, *lex Aquilia*'nın bu sıkı illiyet bağını genişleterek¹²⁶ *corpore corpori* verilmeyen zararlar ve müspet bir hareketle verilen zararlar dışında da dava hakkı tanıdılar; böylece Roma Hukukunun son dönemlerinde hukuka aykırı bir fiille mala verilen her türlü zarara *lex Aquilia*'nın hükümlerini uygulamaya başladılar. *Iustinianus* zamanında ise *actio legis Aquiliae* genel bir tazminat davası niteliği kazandı¹²⁷.

D. Kusur

a. Zarar Verenın Kusuru

Hukuka aykırı davranışı ile zarara yol açan kişi, bu davranışından dolayı her zaman sorumlu tutulamaz. Başka bir deyişle verdiği zararı tazmin ile mükellef olmaz. Bir haksız fiilin sözkonusu olabilmesi için diğer şart hareketin bilinçli olarak yapılmasıdır. Bu bağlamda kişilerin haksız fiil ehliyetinden (kusur ehliyetinden) bahsolunur. Bu sebeple fail bir çocuk veya akıl hastası

¹²⁶. Wilinski, sh:71.

¹²⁷. Karadeniz-Çelebican, sh:286; Tahiroglu/Erdogmus, Meseleler, sh:109; Rado, RH, sh:196.

olmayıp haksız fiil ehliyetine sahip bulunmalıdır¹²⁸.

D.9.2.5.2 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: Et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax¹²⁹.

"Ve bu yüzden eger bir akıl hastası zarar verirse *actio legis Aquiliae* tanınıp tanınmayacağı sorunu ortaya çıkar. *Pegasus* bunu reddeder: Aklî melekeleri yerinde olmayan kişiye hangi kusur isnat edilir? Bu fikir tamamen doğrudur. Bundan dolayı *actio legis Aquiliae* söz konusu olmaz; aynı dört ayaklı bir hayvanın veya damdan düşen kiremitin verdiği zararda olduğu gibi. Keza eger bir *infans* zarar vermişse aynı şekilde karar verilecektir. *Labeo*, *impubes*'in verdiği zararlardan dolayı, onun hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Iex Aquilia*'dan da sorumlu olacağını

¹²⁸. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:87; Lee, sh:394; Umur, RH, sh:504; Pernice, *Labeo*, II/1, sh:231 vd.; Di Marzo, sh:98; Karadeniz-Çelebican, sh:290; Rado, RH, sh:185.

¹²⁹. Büyük oranda *interpolatio* olan bu parçanın ilk kısmı, *Vespasianus* zamanında yaşamış olan hukukçu *Pegasus*'un, *furiosus*'un sorumsuzluğu fikrini kabul ettirmiş olduğunu ortaya koyuyor. Bu da, eskiden bir kimsenin sorumlu olabilmesi için olaya sebebiyet vermiş olmasının yeterli geldiğini göstermektedir. Ancak daha sonraları, bir kimsenin iradesi ile hareket etmiş olması, dolayısıyla yaptığını bilmesi lazım geldiği fikri kabul edildi. Di Marzo, sh:98, dn.63.

söyler. Eger *impubes* hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise ben bunu doğru buluyorum.”

Roma'da yedi yaşından küçükler (*infans*)¹³⁰, henüz çocukluk dönemini geçirmediikleri ve hareketlerinin bilincinde olmadıkları için haksız fiillerinden sorumlu tutulamazlardı. Çünkü bu anlamda temyiz kudretine sahip oldukları kabul edilmiyordu. 7-12 / 7-14 yaşları arasında olanlar (*impuberes*)¹³¹ yönünden bir ayrıma gidilmiştir. Eger fiillerinin kötü sonuçlarını anlayabilecek, idrak edebilecek durumda iseler, sorumlu tutuluyorlardı. 12-14 yaşından büyük olanlar tam haksız fiil ehliyetine sahip sayılıyorlardı¹³².

Genellikle ilkel hukuklarda çok basit olan objektif sorumluluk kuralı uygulanıyordu. Nitekim Roma'da da en eski devirlerde, haksız fiilden sorumluluklarda, objektif sorumluluk kuralı geçerlidir. Objektif sorumlulukta, bir kimsenin hukuka aykırı ve zarar doğuran bir fiil işlemesi

¹³⁰. *Infans*: Cumhuriyet devrinde ve klasik devirde, henüz (büyüklerin dilini) konuşamayan (*qui fari non possunt*) (yani, Roma'nın şekilci muamelelerinde gerekli sözleri söyleyemeyen) bu sebeple fiil ehliyetinden tamamen mahrum ve eger *sui iuris* ise vesayet (*tutela*) altında bulunan çocuk. *Iustinianus* hukukunda, yedi yaşından küçük olduğu için temyiz kudretinden mahrum, tam ehliyetsiz küçük. Umur, Lügat, sh:86; Berger, sh:500; Heumann/Seckel, sh:263.

¹³¹. *Impuberes infantia maiores*: çocukluk çağını geçirmiş, balığ (ergen) olmayan küçükler.

¹³². Karadeniz-Çelebican'a göre, Roma Hukuku'nda haksız fiil ehliyeti bakımından yaşın yüksek tutulması ve temyiz kudreti ölçüsü ile yetinilmemesinin sebebi, haksız fiillerin aynı zamanda suç sayılmaları ve tazmin ettirici müeyyide yanında cezai müeyyideyi de gerektirmeleridir, sh:290.

sorumlu tutulması için yeterlidir. Hukuka aykırı bir fiil işlemiş ve bir zarar doğmuştur, fail de bu zararın doğmasına sebebiyet verdiği için sorumludur¹³³.

Oniki Levha Hukuku Döneminde kasdî ve kasıtlı olmayan fiiller ayırımı yapılmıştır. Kasıtlı olmayan fiiller kendine has nitelik taşır; söyle ki, henüz bu dönemde kasdî olmayan fiillerde tam bir birlik yoktur, ihmali fiiller gibi tamamen tesadüfe dayanan zararlar da zarar verene tazmin yükümlülüğü getirir.

Cumhuriyet döneminde esyaya zarar vermeden dolayı sorumluluk için zarara kusurla sebep olunması (*damnum culpa datum*) şart koşulmuştur¹³⁴.

D.9.2.5.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: Et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumaliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.

"*Iniuria* burada *actio iniuriarum*'daki gibi hakaretin bir tarzı olarak anlaşılmaz; hukuka uygun olmayan yani hukuka aykırı yapılmış olandır, yani birisi kusurlu öldürdüyse. Bundan dolayı zaman zaman bu iki dava - *actio*

¹³³. Rado, RH, sh:184.

¹³⁴. Roma Hukuku'nda ilk defa haksız fiilde kusuru düzenleyen kanun *Iex Aquilia* olduğu için, Romalılar haksız fiildeki kusura *culpa Aquiliana* diyorlardı. Rado, RH, sh:184; Umur, RH, sh:501.

legis Aquiliae ve *actio iniuriarum* - birlikte bulunurlar. Vakıa iki değerlendirme yapılacaktır: Biri zarar, diğeri hakaret açısından. Burada *iniuria*'dan anlaşılan hiçbir kasıt olmaksızın birisine ihm lle verilen zarardır."

Praetor'ların çalışmaları sonucunda subjektif sorumluluğa (kusur sorumluluğuna) ait kurallar uygulanmaya başlanmıştır. Bu arada kusur kavramının içine kasıtlı fiillerin yanında ihm l de dahil edilmiştir. Ancak tamamen tesad fe dayanan fiiller sorumluluk alanının dışındadır.

D.9.2.52.4 (Alf.D.libro II): Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit: Quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest? Respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

"Bir kaç kişi top oynarken bunlardan biri topu yakalamaya çalışan köleyi itiyor, köle düşüyor ve bacağı kırılıyor. Sorulan şudur: Kölenin maliki, köleyi iterek yaralanmasına sebep olan kimseye karşı *lex Aquilia*'dan dolayı dava açabilir mi? Burada kusurdan ziyade tesadüften meydana geldiği intibainı verdiği için aamayacağı şeklinde cevap veriyorum."

Klâsik hukuk döneminde başlayan bu uygulamayı takiben *Iustinianus* hukukunda kusur sorumluluğunun genel kural olarak benimsenmesi aşamasına varılmıştır. Haksız fiil ile bir başkasına zarar veren kişiye kusur izafe edilebiliyorsa fiilinden sorumlu olur. Bu da kendi hareketinin başkalarına zarar verebileceği ihtim lini dikkate alması gerekirken

bunu yapmamış olmasında, yani kusurlu olmasında yatar. Burada insan iradesini ilgilendiren ruhsal, psişik bir durum sözkonusudur¹⁹⁵. Hukukî anlamıyla kusur¹⁹⁶, eğer irade hukuken ifası gerekeni yerine getirecek kadar kuvvetli değilse, aksine bir irade ya da irade eksikliğidir¹⁹⁷. Bu gibi durumlarda kişinin hukuk kurallarına uyma iradesinin bulunmadığı ya da mevcut iradesinin kurallara aykırı davranma yönünde olduğundan bahsolunur. Romalılar kusur için genel olarak "*culpa*"¹⁹⁸ terimini kullanıyorlardı. Bu kavram yukarıda belirtildiği gibi, Cumhuriyet devri hukukçularının Kanunda yer alan *iniuria* kelimesini yorumlamalarıyla ortaya kondu¹⁹⁹. Böylece "*dolus*"un karşısında kasıtlı olmayan fiil kusur

¹⁹⁵. Rado, RH, sh:37 vd.

¹⁹⁶. Kusur, "akdi" veya "akid dışı" (hukuki) olur. Zarar, akid veya başka bir sebep ile olsun, önceden mevcut bir borç münasebetinin ihlalinden doğmuşsa, kusur akdidir. Zarar gören ile zarar verenin arasındaki bir hukuki müsabetin ihlalinden doğmayan zararlarda "hukuki kusur" sözkonusu olur. *Lex Aquilia*'da, zarar verenle aralarında hiçbir hukuki ilişkinin bulunmadığı kişilerin mallarına verilen zararlar düzenlenmiştir. Di Marzo, sh:86.

¹⁹⁷. Karadeniz-Çelebican, sh:287; Rado, RH, sh:37.

¹⁹⁸. *Culpa (neglegentia)*: Ya bir fiili işlerken (*culpa in faciendo*) veya yapması gereken bir işi yapmadığı için (*culpa in non faciendo*) bir başkasına zarar veren kimsenin, gerekli dikkat ve ihtimamı göstermemesi hali. Umur, Lügat, sh:51; Heumann/Seckel, sh:112; Berger, sh:419.

¹⁹⁹. Wesel, sh:48 vd. Hukukî mütalaalarda, eylemin hukuka aykırı *-non iure-* verilip verilmediği, zararın faillere isnad edilip edilemeyeceği, zarara kusurla sebebiyet verilip verilmediği sorunları yer almaktadır. Klâsik hukukçular kusurun bu yönünü ön planda tutmaktadırlar. Hausmaninger, sh:25 ve von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:98 vd.'da failin kusuruna işaret edilen bir çok yerde *interpolatio* olduğu görüşündedirler.

olarak sınırlandı¹⁴⁰.

Kusur bazı hallerde daha ağır, bazı hallerde ise daha hafif olabilir. Ağırılık derecesine göre *dolus* ve *culpa*'yı *Gaius* kusurun iki türü olarak adlandırır.

Gai.I.3.211: Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id occiderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

"Hukuka aykırı olarak öldürmeden maksat, bunun bir kast veya ihmâl neticesinde meydana gelmesidir. Zira, hukuka aykırılık olmadan verilen zarar, hiçbir kanun tarafından cezalandırılmamıştır. Nitekim ihmâl ve kasıt olmadan herhangi bir şekilde tesadüfî zarar veren kişi cezalandırılmaz"¹⁴¹.

Eğer bir kimse bilerek ve isteyerek haksız bir şekilde

¹⁴⁰. Kaynaklarda *culpa* arasına "kusurluluk" anlamında *dolus* ve dar manasıyla *culpa*'nın üst kavramı olarak, her ikisini de içerecek şekilde ortaya çıkar. Hausmaninger, sh:25.

¹⁴¹. *I.4.3.2: Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest.*

"Haksız olarak öldürmekten, hiçbir hukukî mesnedi olmaksızın öldürmek anlaşılır. Dolayısıyla bir haydutu öldüren sorumlu olmaz. Ancak, tehlikeden başka türlü kurtulmak imkanı olmamalıdır."

I.4.3.3: Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla invenitur: nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hoc lege tenetur.

"Bu kanun tesadüfen öldüreni sorumlu tutmaz. Ancak, hiçbir ihmâlinin de olmaması lazımdır. Aksi halde kasıt gibi ihmâl de cezalandırılır."

hareket ederse o kimsenin kasdının olduğundan bahsolunur¹⁴⁸.

Örneğin bir kimse bilerek başkasının hayvanını veya kölesini öldürürse kasıt (*dolus*) sözkonusudur. *Dolus* muayyen bir hareket şeklinin ve iradenin mevcut olup olmamasını ifade ettiği halde, diğer bir deyişle *dolus*'da niyet, hiç değilse zarar verme iradesi ayırd edici nitelikte olduğu halde; ihmâlde düşüncesizlik ve tedbirsizlik sözkonusudur¹⁴⁹.

D.9.2.31 (Paul.libro X ad Sab.): Si putator ex albore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit, sed Mucius dixit, etiam si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: Culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. Quod si

¹⁴⁸. *Dolus*: Haksız fiillerde kast. Başkasının hakkını bile bile ihlal ederek, ona zarar vermek maksadıyla hareket etmek. *Dolus*, *praetor*'lar tarafından geliştirilerek, genellikle kötü niyet anlamını kazanmıştı. Umur, Lügat, sh:60; Heumann/Seckel, sh:156; Berger, sh:440; Umur, RH, sh:502; Rado, RH, sh:38; Tahiroğlu/ Erdoğan, Meseleler, sh:111, dn.27.

¹⁴⁹. Di Marzo, sh:87. Bazen fail, fiilindeki hukuka aykırı sonucu önceden görüp, gerçekleşmesini istemese de sonuca razı olur veya sonucu kabul eder. Bu durum, sonucun doğrudan istenilmiş olmasını ifade eden *dolus directus*'un (vasitasız kastın) aksine, *dolus eventualis* (ihtimali kast) şeklinde ifade edilir. Tahiroğlu/ Erdoğan, Meseleler, sh:111, dn.27.

nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem; nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

"Bir ağaç budayıcısı bir dalı kesip aşağıya atarsa veya çatıda çalışan bir işçi gelip geçen köleyi öldürdüyse, ağaç dalı kamuya ait yola düşmüştü ve işçi uyarılmak için bağırmasaydı, (eğer uyarılsa) bu şekilde kazadan kaçınılabilecek idiyse, sorumludur. *Mucius*, aynı şey özel arazi üzerinde meydana gelmişse, ihmâlden dolayı dava açılabilirliğini söyler. ihmâl, dikkatli bir kimsenin öngörebileceğini öngörememe veya tehlike önlenemeyecek bir duruma geldikten sonra uyarıdır. Bu yoruma göre, onun, kamuya veya özel mülkiyete ait bir arazide olup olmaması pek fark etmez. Çünkü insanlar sık sık özel arazi üzerinden geçerler. Eğer başka hiçbir yol yoksa, faili kasdından sorumlu tutmak gerekir; yani oradan geçen birisini gördüğünde onun üzerine atmamak zorundadır. Oradan birisinin geçebileceğini tahmin edemezse, ona ihmâl isnat edilemez."

ihmâlde haksızlık, hukuka aykırılık niyeti ve kasdı yoktur¹⁴⁴; ancak yeterli dikkat ve özen gösterilmemiş, zarar verici sonucun meydana gelmesini önleyici gerekli dikkat ve özen harcanmamıştır¹⁴⁵. Örneğin, ameliyat

¹⁴⁴. Umur, RH, sh:502.

¹⁴⁵. *Diligentia* (ihtimam-özen) *neglegentia*'nın aksi anlamındadır. Ancak, *imperitia* (tecrübesizlik-beceriksizlik) ve *imfirmetas* (zaaf) da *culpa*'nın içinde yer alır. Hausmaninger, sh:26.

yapan doktorun dikkatsizlikle yaranın içinde pens unutmamasında, bir eczacının yanlış ilaç vererek hastanın ölümüne sebep olmasında yeterli dikkat ve özen gösterilmemiş, hukuka aykırı zarar verici sonucun meydana gelmemesini sağlamak için gerekli önlemler alınmamış demektir¹⁴⁴.

D.9.2.8.pr (Gai.libro VII ad Ed.provinciale): Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intelligitur.

"Eğer bir ilâcı yanlış kullanmışsa, aynı durum geçerlidir. Ancak aynı şekilde doktor ameliyatı gerektiği gibi yapmışsa, fakat sonraki tedaviyi ihmâl etmişse sorumluluktan kurtulamaz; aksine ihmâlden dolayı sorumlu tutulur."

D.9.2.8.1 (Gai.libro VII ad Ed.provinciale): Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpa nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit. Nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

"Eğer katır sürücüsü tecrübesizliğinden dolayı

¹⁴⁴. Karş. Ulp.D.9.2.7.2.

katırları tutamamış ve bu başkasına ait köleyi çignemisse, kusurundan dolayı katır sürücüsünün sorumluluğu genel bir düşünce tarzıdır. Zayıflığından dolayı tutamamışsa da aynı şey söylenebilir. Çünkü, zayıflığın bir başkasına tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde (bu) kimse birşeyi yapmaya kalkışmamalıdır. Bir kimse bir at sürüyorsa ve atı tecrübesizliği veya zayıflığı dolayısıyla tutamamışsa, aynı hukukî durum ortaya çıkar"¹⁴⁷.

Iustinianus hukukunda ihmâl iki dereceye ayrılmıştır: Ağır ihmâl (*culpa lata*) ve hafif ihmâl (*culpa levis*). Bu ayırım çağdaş hukuk düzenlerince de benimsenmiştir. Ancak, kasıt ile ihmâl arasındaki fark ve ihmâlin ağırlığına göre derecelendirilmesi, sadece akdî kusura göredir. Çünkü, hukukî kusurda en küçük bir ihmâl bile sorumluluğu

¹⁴⁷. I.4.3.6-7 ve 8:

I.4.3.6: *Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpa reus est.*

" Bundan başka, köleni ameliyat eden doktor tedaviyi terk etse ve köle ölse, ihmalden sorumludur."

I.4.3.7: *Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit.*

" Beceriksizlik de ihmâl sayılır. Örneğin, doktor kötü ameliyat yaparak veya yanlış ilaç vererek köleni öldürürse, durum böyledir."

I.4.3.8: *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, aequae culpa tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui, cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

" Bir katır çobanı, beceriksizliği yüzünden katırların azgınlığına mani olamaz ve kölen ezilirse, katır çobanı sorumludur. Eger güçsüzlüğü yüzünden engel olamamışsa ve buna daha kuvvetli birisi engel olabilecek idiye, yine kusurlu addedilir. Ata binmiş olup da kuvvetsizliği veya beceriksizliği yüzünden atın azgınlığına mani olamamış kimse için de aynı şekilde karar verilmiştir."

gerektirir. Bu nedenle bu ayırım üzerinde durmuyoruz.

Ulp.D.9.2.44.pr.: In lege Aquilia et levissima culpa venit: Lex Aquilia, en hafif ihmâli de dikkate alır.

Culpa sorumluluğu ilk defa *lex Aquilia*'nın çerçevesinde geliştirildi ve pek çok hukukî alana aktarıldı¹⁴⁸. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, *Dolus* ile verilen zararların yanında *lex Aquilia*'dan sorumluluk için en hafif ihmâl (*culpa levis*) dahi yeterlidir¹⁴⁹. Fakat sorumluluk için esas olan *culpa Aquiliana*¹⁵⁰ denilen *culpa in faciendo* idi¹⁵¹; bir şeyin yapılmamasına dayanan *culpa in non faciendo*¹⁵² yeterli olmuyordu.

Ancak hiçbir kayda değmeyen, önemsiz ihmâller hangi zarara yol açmış olurlarsa olsunlar kanun kapsamı dışında kalırlar¹⁵³. Beklenmedik hallerden kimse sorumlu

¹⁴⁸. Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:232.

¹⁴⁹. Waentig, sh:17; Mayer/Maly, Archiv, sh:124; Tahiroglu/Erdogmus, Meseleler, sh:108; Dernburg, sh:347; Kaser, RPR, I, sh:502.

¹⁵⁰. *Culpa Aquiliana*: Bir kimsenin kendisine hukuki ilişki ile bağlı bulunmayan birisine karşı işlediği kusur. Bu durumda haksız fiil, önceden kurulmuş bir hukukî ilişkinin ihlalinin doğmamakta, zarar veren fiil, hukuk tarafından kendi başına haksız fiil addedilmektedir. Modern Hukuk'ta buna akit dışı (ya da hukuki) kusur denilmektedir. Umur, Lügat, sh:51.

¹⁵¹. Honig, sh:287.

culpa in faciendo: Zarar veren kimsenin müsbet olarak işlediği bir fiille dayanan kusur. *Lex Aquilia*'nın düzenlediği haksız fiillerde, sadece bu tür kusurlar dikkate alınırdı. Umur, Lügat, sh:52; Berger, sh:420; Mommsen, sh:829.

¹⁵². *culpa in non faciendo*: Zarar veren kimsenin, zararı önleyebilecek olan bir işi yapmamasına dayanan kusur. Umur, Lügat, sh:52.

¹⁵³. Buckland, Manual, sh:324.

degildir.

D.9.2.29.4 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae, Alfenus ait: Sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem; sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere.

"Bir gemi kendisine doğru gelen bir başka gemiyi batırdıysa, *Alfenus*, ya dümençiye ya da gemi kaptanına hukuka aykırı zarar vermeden dolayı dava açılacağını söyler. Eger gemi hâkim olunamayacak bir güçle sürüklenirse malike karşı dava açılmaz; ancak olay gemi mürettebatının kusuruyla meydana gelmişse ben, *actio legis Aquiliae* tanınır fikrindeyim."

Yeteneğin arandığı yerde yeteneksizlik de kusur sayılır. Örneğin, hekim köleyi, yeteneksizliğine rağmen ameliyat eder ya da yanlış ilâç vererek ölümüne sebep olursa sorumludur¹⁵⁴.

Eger bütün tedbirler alınmışsa faile kusur isnad edilemez ve fiil borç konusu yapılamaz. Bir anızın yakılması sırasında önceden kestirilemeyen kuvvetli bir rüzgârın çıkması ile komşu tarladaki ürünün yanmasında veya karşı konulmaz bir kuvvet ile geminin başka bir gemiye çarpmasında bir kusur değil, tesadüf vardır¹⁵⁵.

D.9.2.30.3 (Paul.libro XXII ad Ed.): In hac quoque

¹⁵⁴. Tahiroglu/Erdogmus, Meseleler, sh:108; Lee, sh:399.

¹⁵⁵. Mayer-Maly, Festschrift, sh:58 vd.

actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immisserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpa reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): In eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

"Bu bölümde düzenlenen dava ile kasıt ve ihmâl cezalandırılır. Bir kimse dikenli çalı çırpıyı veya anızı tamamen yakmak için ateşlediğinde ateş daha genişler ve başkasına ait ekini veya bağı tahrip ederse, bunun tecrübesizlik veya dikkatsizlikten meydana gelip gelmediğine bakmalıyız. Eger rüzgârlı bir günde bu işi yapmışsa ona ihmalkârlık isnad edilebilir (çünkü bir kimse, zararın meydana gelmesine bunun -rüzgârın- vesile olacağını görmek zorundadır). Aynı suçlama, ateşin genişlemesini kontrol etmeyen kişi için de geçerlidir. Ancak kişi gerekli tüm önlemleri almışsa ve örneğin ani bir rüzgâr ateşi başka yerlere taşımışsa ona kusur yüklenemez."

Böylece Roma Hukuku en sonunda ihmâl ile verilen mamelekî zarara varmış oluyordu. Dolayısıyla *damnum iniuria datum* menkul bir mala kusurlu şekilde verilen zarar olduğuna göre, bu zararlar için tanınan *actio legis Aquiliae*'nin şartı, davalının *dolus* ya da *culpa* şeklinde kusurlu olmasıdır. Ancak, buna ilâve olarak, davacının

belli bir eşyasına verilen zarar ile bağlantılı olarak kusurluluk sözkonusu olmalıdır¹⁵⁶. Sadece zarardan dolayı *actio legis Aquiliae* tanınmazdı.

b. Zarar Görenin Birlikte Kusuru

Zarar görenin birlikte kusuru sorunuyla ilgili klâsik hukukçuların düşünceleri sadece tahminen çıkarılabilir. Zarar verenin olduğu gibi zarar görenin de ihmalkâr davranışlarının olduğu durumda zararın dağılımı bugünkü hukuk anlayışı çerçevesinde Roma Hukuku kaynaklarında yer almamaktadır. Roma Hukuku çözümleri, esas itibariyle zarar verenin veya zarar görenin tek başına zarara katlanması şeklindedir¹⁵⁷.

"Zarar görenin tehlikeye sokulması failin korunmasını ortadan kaldırır." Romalı hukukçular benzer durumlarda mümkün olduğunca bu fikirden hareket etmeye çalışmışlardır¹⁵⁸.

Fail, zarara kasıtlı sebep olmuşsa, zarara uğrayanın birlikte ihmâli sözkonusu olmaz¹⁵⁹. Bazı durumlarda, zarar gören eşyanın maliki olan tarafın kusuru sonucunda,

¹⁵⁶. Sohm, sh:317; Sohm/Wenger/Mitteis, sh:457.

¹⁵⁷. Hausmaninger, sh:27. Zarara uğrayanın birlikte kusuru sözkonusu ise zararı tazmin borcunun ortadan kalkacağı şeklindeki Roma-Müşterek Hukuk'taki görüş, bazen açık haksızlığa sebep olduğundan, modern hukuklarda bu durumda tazminatın azaltılması hakkaniyete uygun görülmüştür. Tahiroglu/Erdogmuş, Meseleler, sh:112.

¹⁵⁸. Hausmaninger, sh:28.

¹⁵⁹. Rado, RH, sh:50.

örneğin zararı önlemek veya azaltmak imkânına sahipken bunu yapmamışsa, davalının sorumluluğu azalabilir¹⁴⁰.

Bir köle, ciritçilerin atış yaptıkları bir oyun sahasının ortasından geçerse ve oyunculardan biri kasden köleye cirit atarsa, kölenin kusuruna rağmen ciritçi *lex Aquilia*'dan sorumludur. Çünkü kasıttan dolayı her zaman sorumluluk vardır ve kasıt ile ihmâlin mahsubu sözkonusu değildir.

Kölenin dikkatsizce oyun sahasından geçmesi ve ciritin kendisine isabet etmesi durumunda *Ulpianus*, *lex Aquilia*'nın uygulanmasını kabul etmez¹⁴¹.

D.9.2.9.4 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: Sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquiliae cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.

"Cirit taliminde atılan cirit (talim alanı dışındaki) bir köleyi öldürürse *lex Aquilia* uygulanır. Eğer bir kişi talim alanında cirit attığı sırada bu alandan geçen bir köleyi öldürdüyse *lex Aquilia* uygulanmaz; çünkü o (köle) zamansız talim alanından geçmemelidir. Ancak, ciriti ona

¹⁴⁰. Morey, sh:380.

¹⁴¹. karşı. *D.50.17.253 (Pomp.libro VIII ad Q.M.): Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*

"Şahsi kusuru ile zarara uğrayan kişi, zarar uğramış kişi olarak dikkate alınmaz."

kasden fırlatan kişi tabii ki *lex Aquilia*'dan sorumlu olur"¹⁴².

Ancak ihmâl ile ihmâlin mahsubu mümkündür. Fakat kölenin daha fazla ihmâli varsa dikkate alınacak mıdır? Ya da, Romalı Hukukçular için, izin verilen sahada atış yapan ciritcinin ağır ihmâli şayanı dikkat değil midir?¹⁴³

Bir köle, sahanın yanındaki veya işlek bir yol üzerindeki berberde traş olurken, bir top berberin usturasına çarpar ve bu şekilde kölenin boğazı kesilirse, *D.9.2.11. pr*'a göre berber sorumlu olmalıdır. Bir diğer anlayışa göre, burada mağdurun rızası tehlikeyi kabul telâkki edilir.

D.9.2.11.pr (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Item Mela scribit, si cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello, in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: Et sane si ibi tondebat,

¹⁴². karşı. *I.4.3.4: Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in campo eoque, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur; si alius tale quid admisit, culpa reus est. Idem iuris est de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.*

"Eğer bir kimse cirit talimi yaparken veya bu şekilde oynarken, oradan geçen kölene cirit saplanacak olursa, bakılır: Yani, eğer olay bu gibi talimlerin yapılması adet olan bir saha içerisinde bir asker tarafından yapılmışsa, hiç bir ihmâlinin olmadığı kabul edilir. Asker değilse, ihmâlinde sorumludur. Aynı durum, askerî talimlere tahsis edilen yer (eğitim alanı) dışında meydana gelmişse, askeri talim yapan için de sorumluluk esası kabul edilir."

¹⁴³. Pernice, *Sachbeschaedigungen*, sh:58 vd.; Pernice, *Labeo*, II/2, sh:89 vd.; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:106 vd.; Lawson, sh:53 vd.; Wollschlaeger, sh:127.

ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: Quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

"Mela'nın yazdığına göre, birkaç kişi top oynarken birinin topa kuvvetle vurmasıyla top bir berberin eline çarpar ve berberin traş ettiği kölenin boğazı ustura ile kesilirse, bu olayda kimin kusuru varsa *lex Aquilia*'ya göre o sorumludur. *Proculus*, kusurun berberde olduğu kanaatindedir: Gerçekten eğer her zaman oyun oynanan yerde veya işlek bir yolda traş ediyor idiyse, kusur ona isnad edilebilir. Bununla birlikte tehlikeli bir yerde, sandalye koyan bir berbere kendini emanet edenin de ancak kendinden şikâyet etmesi gerektiğini de söylemek yersiz olmaz."

Top sahasının kenarında traş olan kölenin davranışında da dikkatli bir insanın yapmaması icap eden bir eksiklik vardır. Bu durumda tazmini gereken zararın meydana gelişinde onun da kusuru vardır; ancak, zarar borçlusunun kasdı sonucu meydana gelmiş olsaydı, örneğin berber, kölenin boynunu ustura ile kesseydi olayda kölenin de ihmâlinin bulunması durumu değiştirmezdi. Zarar, tazminat borçlusunun ihmâli sonucu meydana gelmiş ve kölenin ihmâli de zararın doğmasına yardımcı olmuştur. Burada müterafik kusur denilen durum ortaya çıkmaktadır. Romalılar, buna *compensatio culparum*¹⁴⁴ "ihmâllerin mahsubu" demektedir.

¹⁴⁴. *Compensatio*: Takas, mahsup. *Iustinianus* Hukuku'nda borcun *ipso iure* sona erme sebeplerindendi. Umur, Lügat, sh:41; Heumann/Seckel, sh:83; Pernice, Labeo, II/1, sh:32 vd.

Ayrıca bkz. *D.16.2.10*.

Bu prensibin tazminat açısından en önemli sonucu, zararı tazmin yükümlülüğünün kalkabilmesidir¹⁴³.

Zarar görenin kusuru, makûl bir insanın kendi menfaati gereği zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması lâzım gelen bir hareket tarzıdır. Zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya zararın meydana gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının sonuçlarına katlanmalı ve kendi hareketinin zararın meydana gelmesinde oynadığı role göre kısmen veya tamamen sorumluluğu kendisi üzerine almalıdır.

3. *Lex Aquilia*'daki Malvarlığı Zararları

A. Zarar Görmüş Nesnelere

Lex Aquilia'nın birinci bölümünde başkasına ait bir kölenin veya dört ayaklı sürü hayvanının haksız, hukuka aykırı şekilde öldürülmesinden bahsedilmektedir. Bu hayvanlara yalnız *res mancipi*'ler değil, koyun, keçi, domuz gibi *res mancipi* olmayanlar da dahildir¹⁴⁴.

Pecus'u kategorize eden *Gaius* koyun, keçi, sığır, at, eşek, katır gibi hayvanları bunun içine katmıştır. *Pecus* kavramının domuzu kapsayıp kapsamadığı noktasında *Labeo* bunu kabul eder. Köpek ve vahşi hayvanlar (ayı, aslan, panter) *pecus* sayılmamıştır. İş hayvanı olarak kullanılan

¹⁴³. Rado, RH, sh:50; Tahiroglu/Erdogmus, Meseleler, sh:107.

¹⁴⁴. Koschaker, sh:267; Hausmaninger, sh:31.

fil ve deve de bu kapsamdadır.

I.4.3.1: Quod autem non praecise de quadrupede, sed de ea tantum, quae pecudum numero est cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis neque de canibus cautum esse intellegamus, sed de his tantum, quae proprie pasci dicuntur, quales sunt equi muli asini boves oves caprae. De suibus quoque idem placuit: Nam et sues pecorum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur: Sic denique et Homerus in Odyssea ait, sicut Aelius Marcianus in suis institutionibus refert:

*Δίεις τόν γε σύεσαι παρήμενον· αἱ δὲ νέμονται
πῦρ κόρακος πέτρῃ, ἐπὶ τε κρήνη Ἄρεθούσῃ.*

"Kanunda genellikle dört ayaklı hayvanlardan değil, *pecudes* sayılan (bir sürüye dahil olan) hayvanlardan bahsedilmesinin sebebi bunlar arasında ne yabani hayvanların ne de köpeklerin bulunduğunu zannetmememiz içindir. Ancak sürü halinde otlayanlar yani, atlar, katırlar, esekler, öküzler, koyunlar ve keçiler bu meyandadır. Domuzlar da buna dahildir. Çünkü domuzlar da sürü halinde beslendikleri için (*pecus*) aynı kavram altında toplanırlar. *Aelius Marcianus*'un *Institutiones*'inde belirttiği gibi, Homeros da *Odyssea*'da şöyle demektedir: «Korax Kalesi civarında, Arethusa kaynağı kenarında otlayan domuzların yanında onu göreceksin»".

D.9.2.2.2 (Gai.libro VII ad Ed.Provinciale): Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves

equi muli asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur; et recte Labeoni placet contineri. Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in eo numero non sunt, veluti ursi, leones, pantherae, elephanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.

"Bu nedenle Kanunun kölelerimizi, örneğin koyun, keçi, sığır, at, katır, eşek gibi *pecus* kategorisinde sayılan, sürüye dahil dört ayaklı hayvanlarla kıyasladığı (hayvanlara benzettiği) görülür. *Pecus* kavramının domuzu da kapsayıp kapsamadığı şüphelidir. Haklı olarak *Labeo*, bunu kapsadığı kanaatindedir. Köpek, *pecus* kavramına dahil değildir. Ayılar, aslanlar, panter gibi vahşi hayvanlar da bu kategori içinde degillerdir. Buna karşı filler ve develer tabiri caizse ara statüde kabul edilir (çünkü bir yandan yük hayvanı olarak hizmet ederler, diğer taraftan dogaları gereği vahşidirler). Bunlar birinci bölüme dahil edilmelidir".

Bu bölüme göre malik, zarara uğrayan eşyanın o sene içindeki en yüksek değerinin kendisine ödenmesini isteyebilirdi¹⁴⁷.

Kanunun üçüncü bölümünde yakmak, kırmak, bozmak (*urere, frangere, rumpere*) suretiyle eşyada meydana getirilen her türlü zarar ele alınıyordu (*D.9.2.27.5*). Bu bölümde, bir köleyi veya sürü hayvanını sadece yaralayan

¹⁴⁷. Keller, sh:675; Rein, sh:745; Honsell, RR, sh:155.

veya herhangi bir hayvanı öldüren ya da yaralayan yahut mülkiyete herhangi bir maddî zarar veren kişinin esyanın son otuz gün içindeki değerini malike ödemesi (*quanti ea res erit in diebus triginta proximis*) gerektiği düzenlenmiştir¹⁶⁶. Sürü hayvanı olarak sayılmayan dört ayaklı hayvanın (*quadrupedes, quae pecudum numero non sunt*) öldürülmesinde veya yaralanmasında, geri kalan hayvanların (*cetera animalia*) öldürülmesinde veya yaralanmasında ve son olarak bütün *res*'in zarar görmesinde Cumhuriyet devrindeki içtihatlarla Kanunun uygulama alanı genişletildi¹⁶⁷.

B. Zarar Kavramındaki Gelişim ve Tazminatın Esasları

Klâsik hukukta *lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde düzenlenen mala verilen zararlarda tazminatın miktarı, zarar gören veya hasara uğrayan esyanın objektif -piyasa- değerine göre hesaplanmaktaydı. Şekil bozuklukları ya da ağrı gibi istisnai durumlar, maddî zarar içine girmediklerinden Roma Hukuku'nda ancak malvarlığına maddî zarar veren durumlar için tazminat talep edilebilirdi¹⁷⁰.

Klâsik sonrası dönemde hukukçuların içtihatları,

¹⁶⁶. Liebs, SZ, sh:196 vd.; Mac Cormack, sh:164 vd.; Rein, sh:746; Daube, LQR, sh:253 vd.; Daube, Studi, sh:146 vd.; Lawson, sh:10 vd.; Watson, sh:234; Birks, sh:104; Wittmann, Körperverletzung, sh:41 dn.16; Kaser, RPR, I, sh:161 dn.60.

¹⁶⁷. Hausmaninger, sh:31.

¹⁷⁰. Kaufmann, sh:6; Pernice, Sachbeschaedigungen, sh:160.

görüşlerindeki değişme sonucunda önce zarara uğrayan şahsın menfaatleri gözönünde tutulmuş; nihayet zararın kapsamı manevî zararları da kapsar şekilde genişletilmiştir¹⁷¹.

a. Maddî Zarar

Malvarlığı, kişinin ekonomik değeri olan ya da olabilecek mallarının bütünüdür. Bu mallarda malikin isteği dışında meydana gelen azalma zarar olarak adlandırılır. Meydana gelen zarar kişinin malvarlığının aktif kısmı ile ilgili olmasına rağmen bazen pasiflerin artmasına da sebep olabilir. Bu nedenle malvarlığına bağlı pasifleri de hesaba katmak gerekir¹⁷².

Roma Hukuku'ndan modern hukuka gelen bir ayırım ile maddî zarar iki türlü gerçekleşebilir: Pozitif yani benim malvarlığımın çoğalmasına engel olunursa veya değerinde bir azalma olursa; negatif yani ben makûl şekilde gerçekleşecek kârdan mahrum kalırsam. Bu ayırımın esasını zararın kaynağı oluşturur^{173 174}.

¹⁷¹. von Lübtow, Lex Aquilia, sh:121 vd.; Koziol, sh:21 vd.; Lawson, sh:59; Wilinski, sh:71; Wanzyl, sh:340; Karadeniz-Çelebican, sh:282; von Tuhr, Lex Aquilia, sh:9 vd.; Kaser, Quanti, sh:167 vd.

¹⁷². Deschenaux/Tercier, sh:282.

¹⁷³. Vangerow, sh:44 vd.; Lange, sh:32 vd.; Lee, sh:394,398; Deschenaux/Tercier, sh:21; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:224; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:224.

¹⁷⁴. Maddî zarar doğrudan doğruya olabileceği gibi, dolaylı olarak da (*damnum indirectum*) gerçekleşebilir. Bir kişinin maddî-manevî bakımdan şahsi bütünlüğüne karşı girişilen saldırı, o kişinin malvarlığına da zarar verebilir. Bu şekilde aslında şahsa karşı girişilen saldırı

I.4.3.10: *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum perempti corporis aestimationem habendam esse secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis adlatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is iussu tuo adiret: Nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fuerit occisus: Non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt qui supersunt.*

"Şu hususa kanunun lâfzından değil yorumundan varılmıştır: Söylemiş olduğumuza göre, bir şeyin sadece maddî değeri takdir edilmekle kalmaz, bu ziyan size sebebiyet verdiği diğer zararlar da hesaba katılır. Örneğin, mirasçı naspedilmiş bir kölen, senin müsaadenle mirası kabul etmeden önce birisi tarafından öldürülmüş olsa, doğal olarak kaybedilmiş olan bu terekenin de hesaba katılması gerekir. Aynı şekilde bir çift katırdan teki veya dörtlü attan birisi öldürülmüşse veya komedi trubuna dahil kölelerden birisi öldürülmüşse, sadece ölmüş şeyin kıymeti takdir edilmekle kalmaz; geri kalan şeylerin kıymetlerinde meydana gelen eksilme de hesaba dahil edilir"¹⁷⁵.

dolayısıyla malvarlığına zarar verilmiş olur. Karadeniz-Çelebican, sh:281.

¹⁷⁵. Karş. *Gai.I.3.212*.

aa. Fiilî Zarar (*damnum emergens*)

Bu tür zararlar da, zarar verici olaydan önceki duruma göre malvarlığı gerçek olarak azalmıştır. Hırsızlık (*furtum*), gasp (*rapina*), mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*) da malvarlığındaki azalma fiilî zarar olarak nitelendirilmektedir. Kölenin öldürülmesi veya gözünü kaybetmesi şeklinde derhal gerçekleşir¹⁷⁶. Fiilî zarar ya aktifin azalması veya pasifin çoğalması şeklinde ortaya çıkabilir.

Bir çift attan bir tanesinin öldürülmesi halinde yaşayan diğer atın daha düşük değer ifade etmesi de fiilî zarardır.

D.9.2.22.1 (Paul.libro XXII ad Ed.): Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.

"Aynı şekilde bir kimse bir komedyen grubundan veya orkestra üyelerinden veya ikizlerden birisini, dört koşum atından ya da katır çiftinden birisini öldürdüyse, vücut ile birbirine bağlı olan menfaatler de kıymet takdirinin içine girer. Burada aslında sadece zarar verilen bedenin değeri değil, geri kalan bedendeki kıymet kaybı da tazmin

¹⁷⁶. Karadeniz-Çelebican, sh:281; Deschenaux/Tercier, sh:166.

edilmelidir"¹⁷⁷.

Fakat, *Labeo* ve *Proculus*'un *D.9.2.29.3* de verdikleri bir diğer örneğe göre, dikkatsiz bir seyir ile balık ağlarının yırtılmasında sadece ağın değeri tazmin edilecektir, -miktarı kesin olmadığı için- tutulamayan balıklar tazmin edilemez.

Ancak, tazmini istenecek fiilî zarar miktarı bazı durumlarda kanunda belirlenmiştir:

D.9.2.23.3 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Idem Iulianus scribit aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit: Et ideo et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse eum Aquilia agere pretioque eo aestimandum, quanti fuit priusquam artem cum pollice amisisset.

"*Iulianus*'un yazdığına göre: Öldürülen kölenin kıymet takdiri, o yılın içinde sahip olduğu en yüksek değere taallık eder. Değerli bir ressamın basparmağı kesildiye ve o yılın içinde öldürüldüyse malik *actio legis Aquiliae* açabilir ve bu kölenin sahip olduğu değer, becerisini kaybetmeden önceki basparmağı ile sahip olduğu birinci değere göre takdir edilmelidir".

D.9.2.21.2 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.

"Ama biz, sadece öldüğünde sahip olduğu vücunun

¹⁷⁷. Karş. *Gai.I.3.212*.

değerini mi yoksa ölmemesinde bize sağlayacağı menfaati mi takdir ediyoruz? Ve biz menfaatlerin takdirinin dikkate alınması gerektiği kuralını uyguluyoruz”.

bb. Mahrum Kalınan Kâr (*lucrum cessans*)

Bazı hallerde malvarlığına dokunulmamakla beraber, meydana gelecek bir artışa engel olma şeklinde zarar verilebilir. Bu, gelecekteki bir kazancın veya kazanç ihtimalinin yitirilmesinden ibarettir. Malvarlığında gerçekleşecek net artış önlenmiştir.

Mahrum kalınan kâr ya aktifin artmasının önlenmesi veya pasifte azalmanın gerçekleşmemesi şeklinde olabilir¹⁷⁸.

Roma Hukuku'nda genellikle, zarar verici eylemin malvarlığında meydana getirdiği gerçek azalma (fiilî zarar) ve mahrum kalınan kâr birlikte bulunmaktadır¹⁷⁹.

Iulianus'dan itibaren hukukçular, zarar görenin menfaatlerini de (*id quod interest*) hesaba katıyorlardı¹⁸⁰. Örneğin, mirasçı olarak tayin edilmiş bir kölenin öldürülmesinde kölenin öldürülmesi fiilî zarar, bu sebeple malikin ileride mirasçı olma hakkının şimdiden kaybolması mahrum kalınan kâr olarak aynı olayda yer almaktadır. Aynı şekilde, sahtekârlık yapan kölenin

¹⁷⁸. Karadeniz-Çelebican, sh:281; Eren, sh:166; Tandoğan, sh:65.

¹⁷⁹. Karadeniz-Çelebican, sh:282.

¹⁸⁰. Hausmaninger/Selb, sh:349; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:258.

öldürülmesinde (fiilli zarar) malikin kölenin öldürülmemesinde ve bu şekilde sahtekârlığı ortaya çıkarmadaki menfaati de hesaba katılacaktır.

D.9.2.23.pr.(Ulp.libro XVIII ad Ed.): Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire.

"Neratius'a göre, mirasçı olarak tayin edilen köle öldürüldüyse zararın içinde mirasın değeri de yer alır"¹⁰¹.

D.9.2.23.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Iulianus ait, si servus liber et heres esse iussus occisus fuerit, neque substitutum neque legitimum actione legis Aquiliae hereditatis aestimationem consecuturum, quae servo competere non potuit; quae sententia vera est. Pretii igitur solummodo fieri aestimationem, quia hoc interesse solum substituti videretur. Ego autem puto, nec pretii fieri aestimationem, quia, si heres esset, et liber esset.

"Iulianus der ki: Eger vasiyetname ile azat edilen ve mirasçı tayin edilen köle öldürülürse, ne yedek mirasçı ne de kanunî mirasçı, kölenin iktisap edemediği mirasın değerini *actio legis Aquiliae* ile alabilir. Bu karar doğrudur. Bundan dolayı sadece kölenin pazar değeri tazmin edilir; çünkü bu, yedek mirasçının menfaati olarak telâkki edilemez. Ama ben, o (köle) özgür olmuş ve mirasçı olmuşsa, pazar değerinin tazmin edilemeyeceğini düşünüyorum".

D.9.2.23.2 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub conditione "si Stichum

¹⁰¹. Karş. Gai.I.3.212.

manumisero" et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum; propter occisionem enim defecit conditio: Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur.

"Iulianus aynı şekilde yazar: Eger ben Stichus'u azat etme şartıyla mirasçı tayin edildiysem ve Stichus murisin ölümünden sonra öldürüldüyse, benim zararım mirasın değerini de kapsar; çünkü bu şart ölümden dolayı yerine getirilemez. Eger murisin yaşadığı zaman içinde öldürüldüyse, zarar mirasa teşmil edilemez; çünkü en yüksek değer hesaptan düşülme yoluyla saptanır".

D.9.2.23.4 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudium participes eruerentur, rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi, non quanti noxa eius servi valeat.

"Ama eger benim hesaplarımda ciddi sahtekarlık yapan ve onu suç ortaklarını öğrenmek için işkence ile sorguya çekmek istediğim kölem öldürülürse, Labeo'nun tamamen doğru yazdığı gibi, kölemin pazar değerinin ne kadar tuttuğu değil, benim kölemin irtikap ettiği sahtekârlık dolayısıyla elde edemediğim menfaatlerin miktarı da takdir edilmelidir".

D.9.2.22.pr.(Paul.libro XXII ad Ed.): Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.

"Eger sen benim cezai şart altında vermeyi taahhüt ettiğim bir köleyi öldürdüysen, bu davada benim menfaatlerim de nazarı itibare alınır"¹⁰².

Bu sübjektif menfaatler, objektif piyasa değerinin üzerinde olmaktadır. Hesaplama, zarar gören malın kendi değerindeki farka göre değil, zarar görenin toplam malvarlığında meydana gelen farka göre (yani gerçek ve farazî durum arasındaki fark) hesaplanırdı. Bu durum sonraları *damnum emergens*¹⁰³ ve *lucrum cessans*¹⁰⁴

¹⁰². Karş. D.9.2.55 (*Paul.libro XXII quaestionum*): *Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti; stipulator stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi, cum viliozem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti meo interest? et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Iam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor et sufficere fuisse pluris, cum occideretur vel intra annum. Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.*

"Ben Titius'a değeri 10000 olan Stichus'u veya değeri 20000 olan Pamphilus'u (*stipulatio* ile) vaad ettim. *Stipulatio* alacaklısı temerrütten önce Stichus'u öldürdü. Bir *actio legis Aquiliae* verilip verilmeyeceği soruluyor. Ben cevap verdim: Daha az değerli olanı öldürmüş olmak kaydıyla alacaklı bu tartışmada (konunun dışındaki) bir 3. kişi ile aynı durumdadır. Bu halde ne kadar tazminat ödenecektir? Yani ölenin değeri yaklaşık 10000 mi? yoksa vermek zorunda olduğum diğerinin değeri yani benim menfaatim mi? Temerrütten önce Pamphilus da ölseydi nasıl karar verilmelidir? Borçlu borcundan kurtulduğu için Stichus'un değeri düşülecek midir? Öldürüldüğünde veya o yıl içerisinde daha değerli olması yeterlidir. Bu nedenle Stichus'un aynı yıl içerisinde Pamphilus'un ölümünden sonra da daha değerli olduğu kabul edilecektir."

¹⁰³. *damnum emergens*: Bir borcun yerine getirilmemesi sonucunda alacaklıya doğrudan doğruya verilmiş olan fiilî zarar. Umur, Lügat, sh:54; Berger, sh:424.

¹⁰⁴. *lucrum cessans*: Borçlu borcunu ifa etseydi alacaklının elde edebileceği kâr. Borçlu borcunu ifa etmediği için alacaklının zararı hesap edilirken *damnum*

olarak formüle edildi¹⁰³.

Zarar gören kişinin, mahrum kalınan kâr olarak bir tazminat isteyebilmesi ancak, bu kazancın elde edilebilmesinin çok muhtemel olmasına bağlıdır¹⁰⁴. Diğer bir ifade ile, talep edilecek mahrum kalınan kâr her halükârda aşırı tartışmalı (spekülatif) olmamalıdır¹⁰⁷. Balıkçının ağlarının zarar görmesinde, tutamadığı balıkların hesaba katılmaması durumunda olduğu gibi. Zararın takdirinde duygusal bağlantılar değil, "*pretium commune*" "topluluğun fiatı" (resmî değer) dikkate alınmaya değerdir. Roma Hukuku'nda bu tür zararların tazmini son dönemlerde ve ancak olağanüstü hallerde kabul ediliyordu.

Eğer vasiyetname veya bir borç senedi yırtılmışsa, bu sebeple mirası veya alacağı isteme hakkını yitiren kişi, bu talebini faile karşı *actio legis Aquiliae* ile ileri sürebilir.

D.9.2.41.pr.(Ulp.libro XLI ad Sab.): Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. Et Marcellus libro quinto Digestorum dubitans negat competere; quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? Ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius, aestimari non potest; verum

emergens'e ilâve edilirdi. Umur, Lügat, sh:129;Heumann/Seckel, sh:322.

¹⁰³. Hausmaninger/Selb, sh:349.

¹⁰⁴. Deschenaux/Tercier, sh:167; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:224.

¹⁰⁷. Below, sh:22 vd.; Kaufmann, sh:9; Hausmaninger, sh:30.

tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit chirographo deleta competere legis Aquiliae actionem. Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.

"Bir kimse bir vasiyetnameyi imha ettiyse, hukuka aykırı zarar vermeden doğan davanın ikame edilip edilemeyeceğine bakalım: *Marcellus, Digesta*'sının beşinci kitabında (ikame edileceğinden) şüphe eder ve bu davanın açılmayacağını söyler; çünkü (bu durumda) zarar nasıl hesap edilecektir? Ben onun kitabında vasiyet eden bakımından bunun doğru olduğunu tesbit ettim, çünkü onun menfaatleri zarar görmemiştir. Mirasçı veya muayyen mal vasiyet edilen açısından mesele başkadır; çünkü onlar için vasiyet tamamen borç senedi anlamındadır. Aynı yerde *Marcellus*, eğer bir borç senedi imha edilirse *actio legis Aquiliae*'nin uygulanabileceğini yazar. Ama bir kimse kendisine emanet edilmiş vasiyeti imha ederse veya birden çok kimsenin yanında okursa, bir *actio factum* verilmesi ve *actio iniuriarum* açılması daha faydalıdır. Çünkü o son arzuların gizliliğini tahkir kasdı ile ifşa etmiştir".

b. Manevî Zarar

Bir kişinin, şahıs varlığını oluşturan hukukî değerlerin ihlâl edilmesi dolayısıyla uğradığı kayıplara

manevî zarar denir¹⁸⁸. Haksız fiil dolayısıyla şahsın duyduğu bedenî ve manevî ızdırap, acı, huzursuzluk, hayat zevklerinde bir azalmayı ifade eder¹⁸⁹. Şahıs varlığı, bir kişinin kişi olarak haiz olduğu, hukuk tarafından korunan değerlerdir.

Klâsik öncesi dönemde, zarar kavramına manevî zararlar dahil edilmemiştir. *Faulus*'a göre de, eğer kölemi öldürürseniz benim duygusal zararlarımın değerini hesaplayamazsınız; sadece o kölenin piyasa değerini hesaplayabilirsiniz. Dolayısıyla manevî zararlar için tazminat sözkonusu olamaz. Özel bir zevk veya *affectio interesse* bir malvarlığı (maddî değer) oluşturmaz, bilâkis hissi değer oluşturur¹⁹⁰.

D.9.2.33.pr (Paul.libro II ad Plautium): Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandes esse puto.

"Eğer benim kölemi öldürdüysen, bana göre şahsî temayül/sempati, zararın belirlenmesinin içinde yer almaz."¹⁹¹

¹⁸⁸. Karadeniz-Çelebican, sh:282; Deschenaux/ Tercier, sh:172.

¹⁸⁹. Deschenaux/Tercier, sh:172.

¹⁹⁰. Lee, sh:297; Honsell, *Quod interest*, sh:155; Raber, *Festgabe*, sh:197 vd.; Lange, sh:46.

¹⁹¹. Esasen manevî değerlere bir tecavüz sözkonusu olduğunda, manevî zarar doğduğunda, *actio iniuriarum* açılması imkânı vardır.

c. Zararın Tazmini

aa. Genel Olarak Zararın Tazmini

Roma Hukuku'nda zararın tazmini konusunda çeşitli davaların formulalarına uygun şekilde, iki usûl sözkonusudur:

Bazı hallerde tazminata esas alınan, zarar gören eşyanın maddî değeridir. Hâkim davalıyı o eşyanın tutarına (*quanti ea res erit*) mahkum eder. Böyle bir duruma *condictio certae rei* gibi *intentio*'ları *certa* olan dar hukuk davalarında rastlanır.

Bazı hallerde ise, özellikle hüsnüniyet davaları ve gayrimuayyen davalarda zararın takdirinde, *formulada* "davacının menfaati neyi gerektiriyorsa" (*id quod interest*) veya "verilmesi ya da yapılması gereken herşey" (*quidquid dare facere oportet*) gibi geniş ölçüler kullanılmaktaydı.

Tazminat alacaklısının menfaati, bu hallerde, eşyanın değerinden daha fazladır. Sadece fiilî zararlar (*damnum emergens*) değil, elde edemediği kârlar (*lucrum cessans*) da bu miktarın içinde yer alır. Yani alacaklının menfaatinin gerektirdiği durumlarda tazminat, fiilî zararı aşar¹⁹⁸.

bb. Lex Aquilia'da Zararın Tazmini

Lex Aquilia'nın birinci bölümünde, zarar gören nesnelere yönünden zararın tazmini güçlük arzuetmez. Zarar

¹⁹⁸. Rado, RH, sh:48.

para ile tazmin edilecektir. Ne varki en önemli özellik bu degerin hesaplanmasında ortaya çıkar. Kanun (D.9.2.2.pr) malike, öldürülen hayvanın veya kölenin son bir yıl içindeki, yani fiilin vuku bulduğu yıl içindeki, en yüksek piyasa degerini failden isteme hakkını vermektedir. *Iulianus*'a göre bir yıllık süre ölüme sebebiyet veren yaralamadan itibaren hesap edilir; *Celsus* ise, bu bir yılın ölümden itibaren başlayacağı görüşündedir¹⁹³.

D.9.2.21.pr (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Ait lex;

"Quanti is homo in eo anno plurimi fuisset". Quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est.

"Kanun der ki: "kölenin, o yıl içindeki sahip olduğu en yüksek deger kadar". Bu hüküm, ika edilmiş zararın takdirine taallük eder."¹⁹⁴.

D.9.2.21.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est. Quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra

¹⁹³. Liebs'e göre, bu ifade ile, takvim yılı anlaşılır. Ancak piyasa degeri ile ilişkisi olmaksızın sadece "fiilden önceki yıl" olarak anlaşılırsa, takvim yılı ifadesinin bir anlamı olmaz. Dolayısıyla, bu iki ifade birlikte değerlendirilmelidir, RR, sh:203.

¹⁹⁴. Böylece failin, "öldürme anında kölenin veya hayvanın hiç bir degeri yoktur" şeklindeki iddiası da ortadan kalkmış olur. Davacı kölenin veya hayvanın öldüğü andaki degerini ispattan kurtulmuş olacağı gibi, piyasada değışmelerden de korunmuş olur. Tahiroğlu/Erdogmuş, Meseleler, sh:107.

Liebs'e göre, bu kuralın anlamı, mağdurun zarardan önceki varlığını korumaktır. Magdur davada, mevsimlik, özellikle en düşük deger ile yetinmek zorunda değildir; aksine o yılın en uygun fiyatını isteyebilir, RR, sh:203.

Karş. I.4.3.pr ve *Gai.I.4.3.210*.

scribit.

"Bu yıl, ölüm zamanından geriye doğru hesaplanır: Eger bir köle ölüm derecesinde yaralanmış ve uzun süre sonra ölmüşse, *Celsus*'un yazdığına aksine, *Iulianus*'a göre bu bir yıl yaralanmadan başlar"¹⁹⁵.

Zarar gören nesnenin başka bir sebeple ölüm zamanında değerden düşmüş olmasından dolayı (*Ulp.D.9.2.23.3*) faile kanıt imkânı getirilmiştir.

D.9.2.23.5 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed et si bonae frugi servus intra annum mutatis moribus occisus sit, pretium id aestimabitur, quanto valeret, priusquam mores mutaret.

"Eger iyi huylu bir köle bu yıl içinde karakter değiştirmiş (kötü huylu olmuşsa) ise ve sonra ölmüşse, onun değeri kölenin karakterinin değişmesinden önceye göre

¹⁹⁵. karşı. *D.9.2.51.2 (Iul.D.libro LXXXVI): Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. Eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegitur...*

"Öldürülenin değerinin takdiri her iki fail için aynı şekilde yapılmaz: Onu önce yaralayan kişi, kölenin yaralandığı yıl, yaralandığı günden geriye doğru hesaplanmış 365 gün içindeki en yüksek değer ne kadarsa, o kadardan sorumlu olur. İkincisi, geçmiş yıl içinde köle satılmış olsaydı, bu yüksek fiattan sorumlu olacaktır. Bu fiat ölüm zamanından geriye hesaplanır ve içinde mirasın değeri de yer almaktadır. Mevzubahis olan kölenin öldürülmesinden dolayı iki failden birinin daha yüksek değerinin daha düşük değeri ödemesi ikisinin de köleyi başka şartlar altında ve başka bir zamanda öldürmesi gerçeği göz önünde tutulduğunda şaşırtıcı değildir..."

belirlenir"¹⁹⁶.

D.9.2.23.6 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): In summa omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, prestiosiore servum facerent, haec accedere ad aestimationem eius dicendum est.

"Özetle şu söylenir ki, öldürüldüğü yıl içinde köleyi değerli yapan bütün avantajlar değerini takdirinde hesaba katılmalıdır."

D.9.2.23.7 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si infans sit occisus nondum anniculus, verius est sufficere hanc actionem, ut aestimatio referatur ad id tempus, quo intra annum vixit.

"Eğer bir yaşından daha küçük bir çocuk öldürüldüyse, çocuğun yaşadığı yıla taallük eden değerinin bu davada yeterli olacağı görüşü doğrudur."

Yukarıda da belirtildiği üzere Klâsik Hukuk döneminin büyük bir bölümünde menfaatlerin tazmini kabul edilmez; bu dönemde öldürülen kölenin veya hayvanın değeri, zararın hesaplanmasının hareket noktasıdır. Klâsik devrin sonlarına doğru, *Iulianus*'dan itibaren davacının menfaatlerinin dikkate alınması ve failin, malvarlığında onun eylemi ile meydana gelen farklılıktan sorumlu tutulması kabul edilmiştir¹⁹⁷.

Zararın son bir yılın en yüksek değeri dikkate alınarak tazmin ettirilmesi, diğer bir deyişle zarardan

¹⁹⁶. Karş. *Gai.I.3.214* ve *I.4.3.9*.

¹⁹⁷. Hausmaninger, sh:29; Koziol, sh:21 vd.; Lawson, sh:59; Honsell, RR, sh:155.

dolayı böyle bir kazanç elde etme *lex Aquilia*'nın cezaî yönüdür.

I.4.3.9: His autem verbis legis "quanti id in eo anno plurimi fuerit" illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris; Ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur.

"Kanunun «o sene zarfindaki en yüksek değeri» kelimeleriyle ifade olunan hükmüne göre, bugün topal, bir gözü kör veya sakat bir vaziyette bulunurken öldürülen kölen, o sene içinde sıhhatte ve daha kıymetli idiyse, mesuliyet bugünkü değerine göre değil, o sene içindeki en yüksek değerine göredir. Bu sebeple kanunun verdiği dava hakkının bir ceza davası olduğu kabul edilmiştir. Zira borçlu olunan miktar, sebebiyet verilen zarar kadar değil, bazen çok daha fazladır. Bu sebeple de dava mirasçılar aleyhine intikâl etmez, halbuki mahkumiyet miktarı tazminatı (esyanın değerini) aşmamış olsaydı dava mirasçı aleyhine intikâl ederdi."¹⁹⁸

¹⁹⁸. Karş. *Ulp.D.9.2.23.8* ve *Gai.I.3.214*.

Gai.I.3.214: Quod autem adiectum est in hac lege "quanti in eo anno plurimi ea res fuerit", illud efficit, si clodum puta aut luscum servum occiderit, qui in eo anno integer fuerit, ut non quanti fuerit, cum occideretur, sed

Oysa *lex Aquilia*'nın üçüncü bölümüne göre, zararın hesaplanması modern yorumculara büyük zorluk çıkartmıştır.

" *quanti ea res erit in diebus triginta proximus* " ne anlamdadır?

Otuz günlük sürenin birinci bölümle ilişkisinde anlamı nedir? Üçüncü bölümde " *plurimi*" kelimesi neden eksiktir?

Eşyanın değerindeki küçük (önemsiz) bir zarar da hesaplanacak mıdır?¹⁹⁹.

Gaius'un ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde ve *Digesta*'da yer alan açıklamalar çerçevesinde bu problemleri ele alırsak:

Gai.I.3.218: Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur

quanti in eo anno plurimi fuerit, aestimatio fiat; quo fit, ut quis plus interdum consequatur, quam ei damnum datum est.

" Bu Kanunun metnindeki «O eşyanın o yıl içindeki en yüksek değeri» ile kastedilen sudur: Öldürülen köle, o sene içinde sağlam olup da öldürüldüğü zaman örneğin topal veya bir gözü kör idiyse, kıymetinin takdiri, topal veya bir gözü körmüş gibi değil, sapaşaglamış gibi yapılır ve böylece bazan o kimse gördüğü zarardan daha fazla bir miktar elde etmiş olur."

¹⁹⁹. Ne *Gaius* ne de *Ulpianus*, *lex Aquilia*'nın orijinal metnini tam olarak verirler, Pringsheim, sh:416. Üçüncü bölümün metni *Digesta* içinde sadece *Ulpianus* tarafından verilmekte olup, metin hakkında başka bir kaynak bulunmamaktadır. Bu da metnin incelenmesini ve değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. *Gaius*, *Institutiones*'inde, birinci bölüm metnini harfi harfine almış olmakla beraber, aynı şeyi üçüncü bölüm için yapmaktan çekinmiş gözükmektedir. Kelly, LQR, sh:77. Kelly, orijinal metin ile farklılık olduğunu tahmin eder, LQR, sh:78. Kelly'nin eleştirisi için bkz. Watson, sh:246.

Daube ise, "*plurimi*" kelimesi hariç, metnin aslına uygun olduğunu belirtir, LQR, sh:262.

Kelly'e göre, lâtincede fiiller kural olarak sonda bulunur; dolayısıyla bu metin " *si quis alteri iniuriam faxit, quod usserit fregerit ruperit, quanti ea res erit in diebus XXX proximis, tantum aes ero dare damnas esto*" şeklinde olmalıdır, Kelly, Studi, sh:239 vd.

is, qui damnum dederit. Ac ne "plurimi" quidem verbum adicitur; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi, res fuit, vel ad id, quo minoris fuit. Sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte "plurimi" verbum adiectum esset: Nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset.

"Bu bölüme göre fail, eşyanın o yıl içindeki en yüksek değerine değil, son otuz gün içinde sahip olunan değerini tazmine mahkûm olur. Burada "plurimi" kelimesi konmamıştır. Bundan dolayı bazıları hâkimin kıymet takdir ederken eşyanın bu otuz gün içindeki en yüksek değeri veya daha düşük olan değeri seçmekte serbest olduğunu kabul ediyorlar. Ama Sabinus'un fikrine göre "plurimi" kelimesinin kanunun bu bölümüne ilâve edilmiş gibi hareket etmek gerekir. Çünkü kanunkoyucu bu kelimenin birinci bölümde kullanılmış olmasını yeterli bulmuştur."

Görüldüğü gibi Gaius, klâsik hukukçuların bu hususta farklı görüşlere sahip olduklarını belirttikten sonra, Sabinus'un görüşünde olduğunu ilâve etmektedir.

I.4.3.14: Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite ex dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit.

"Tabiidir ki, nasıl birinci fasılda bir köleyi veya dört ayaklı hayvanı öldürmüş olan kimse ancak ihmâl veya

kasdıyla zarardan mesul olur idiyse, bu fasılda da diğer zararlardan sırf ihmâl veya kasdına müsteniden mesul olur. Yalnız bu fasıla göre zarar veren kimse, malın o sene zarfında değil, son otuz gün zarfında haiz olmuş olduğu en yüksek değerden mesul olur.”

1.4.3.15: Ac ne plurimi quidem verbum adicitur. Sed Sabino recte placuit perinde habendam aestimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum fuisset: Nam plebem Romanam, quae Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa est.

”En yüksek (*plurimi*) sözü buraya ilâve edilmemiştir; fakat, *Sabinus* doğru olarak kabul etti ki, *plurimi* kelimesi buraya da ilâve edilmiş gibi kıymet takdiri yapmak gerekir. Zira, *Tribunus Aquilius*’un teklifi üzerine bu kanunu sevkeden Roma *plebs*’i bu kelimeyi sadece birinci kısımda kullanmayı kâfi görmüştür.”

D.9.2.29.8 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Haec verba: "Quanti in triginta diebus proximis fuit", et si non habent "plurimi", sic tamen esse accipienda constat.

”Son otuz gün içinde ne kadar degere sahipse ifadesinde, *plurimi* kelimesi eksik olmasına rağmen, bu manada anlaşılması gerektiği kesindir.”

Ulpianus, Digesta’da, "*plurimi*" kelimesinin metindeki eksikliğine rağmen birinci bölüme kıyasen bu bölümde de varolduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtir. *Sabinus*’un ve *Iustinianus*’un görüşü de bu şekildedir. Sadece *Gaius*’un *Institutiones*’inde, buradaki ifadenin bazılarınca zararın takdirine yönelik olduğu ve en yüksek

değer ya da daha düşük değer arasında zararın takdiri hususunda hâkime imkân tanındığı şeklinde yorumlandığı belirtilmektedir.

Metinlerle ilgili çalışmalar yapan hukukçuların büyük çoğunluğu yaptıkları yorumda, bu bölümde de zararın en yüksek degere göre hesaplanması gerektiğini kabul etmektedirler²⁰⁰.

Buna rağmen bazı müellifler, bu bölüme göre zarar gören eşyanın değerinin tamamen ödenmesinin sözkonusu olmadığını, zarardan sonraki değer ile - zarar verici olaydan geriye doğru- en yüksek değer arasındaki farkın ödenmesi gerektiği görüşündedirler²⁰¹.

Üçüncü bölümdeki ifadeye göre, zararın takdiri son (en yakın) (*proximus*) otuz gün içindedir. Bu hükmün anlamı oldukça tartışılmıştır.

Bir görüşe göre otuz günlük süre, zarar verici fiilden itibaren geriye yürür²⁰².

Diğer görüş taraftarları ise bu süreyi, yaralanmadan itibaren (ileriye doğru) başlatırlar. Bu anlamda süre, zararın kesin tesbitine imkan vermek için yaralanmadan

²⁰⁰. Daube, Roman Law, sh:66 vd.; Daube, LQR., sh:262 vd. (Daube'nin eleştirisi için bkz. Kelly, Studi, sh:238 vd.); Liebs, RR, sh:196 vd.; Mac Cormack, sh:164 vd.; Morey, sh:381; Völkl, sh:461 vd. Honsell'e göre *res*, burada eşyanın değerini değil, zararın miktarını ifade etmektedir, RR, sh:155.

²⁰¹. Buckland, Manual, sh:324; Daube, Roman Law, sh:66 vd.

²⁰². Waentig, sh:10; Morey, sh:381; Buckland, Manual, sh:324; Liebs, RR, sh:205; Lenel, sh:575 vd.; Siber, sh:232; Kaser, Quanti, sh:168 vd.; von Vangerow, sh:600; Tahiroglu/Erdogmus, Meseleler, sh:107.

itibaren başlamalıdır²⁰³.

Otuz günlük süreyi, davalının verdiği zararı tazmin etme süresi olarak değerlendiren müelliflere göre ise, bunun anlamı şudur: İlk anda beliren zarar değil, otuz gün içinde meydana gelecek tüm zararlar tazmin edilecektir ve zarar veren kişi, sadece bu otuz gün içinde beliren zararlardan sorumlu olacaktır. Müteakip sonuçlar ona yüklenemez. Dolayısıyla, elimize ulaşan metin bu yorumla açıklık kazanmaktadır. Zarar veren, bu süre içindeki değeri tazmin etmekle yükümlü olacaktır²⁰⁴.

²⁰³. Daube, LQR., sh:252, 256 vd.; Lawson, sh:10; Hausmaninger, sh:29; Birks, sh:184; Wittmann, Körperverletzung, sh:41; Honsell, RR, sh:155; von Lübtow, Lex Aquilia, sh:121, dn.170.

²⁰⁴. Kelly ise, kesin olarak bir çözüm getirememekle birlikte, Latince'de fiillerin sonda bulunması kuralından hareket ederek, Üçüncü Bölüm'deki metni aşağıdaki şekilde bölmekte ve bu suretle her cümle, sonunda kendi fiilini taşımaktadır:

*Si quis alteri iniuriam faxit
quod usserit fragerit ruperit
quanti ea res erit*

in diebus XXX proximis tantum aes ero dare damnas esto.

Bu durumda anlam tamamen değişir ve 30 günlük süre tazminatın hesabından ayrılır. Usul Hukuku bakımından XII Levha Kanunu (3.1) ile paralel bir ilişki kurulduğunda şu durum ortaya çıkar: "İkrar eden veya mahkum olan borçlu, *manus iniecto* ile sorumlu olmasından önce, otuz günlük süreye sahiptir." Eğer bu paralellik uygun görülürse, "*damnas esto*" nun nihai anlamına bir adım daha yaklaşmış oluruz. Metin, etimolojik kökeni ne olursa olsun, alacaklıya, borçluya *manus iniecto* ile el koyma yetkisinin verilmesini ifade eder. Buna rağmen Kelly, kendi görüşünün de bir takım güçlükler arzettiğini belirterek, birinci bölümde borçluya neden böyle bir sürenin verilmediğini sorusunu buna örnek gösterir. Bu soruyu, "belki, öldürme nedeniyle failin daha ağır bir rejime tabi tutulmak istenmesi olabilir" şeklinde ve sadece bir ihtimal ile cevaplandırır. Kelly, Studi, sh:240 vd.

Kaser, burada belki *legis actio* usulünde talep ile hakimin kararı arasındaki otuz günlük sürenin düşünüldüğünü belirtir, ancak kesin bir cevap vermez, RPR, I, sh:161,

"*Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*"²⁰⁵ formülündeki "res" den kasıt, gerçek değer değil, zarardır²⁰⁶. Dolayısıyla "müteakip otuz gün içinde

dn.61.

²⁰⁵. I.4.3.pr.: *Quanti ea res in eo anno plurimi fuit.*

I.4.3.9: *His autem verbis legis "quanti id in eo anno plurimi fuerit",*

I.4.3.14: *Sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit.*

Gai.I.3.210: *Quanti ea res in eo anno plurimi fuit,*

Gai.I.3.214: *Quanti in eo anno plurimi ea res fuerit,*

Gai.I.3.218: *Sed de quanti in diebus triginta proximis ea res fuerit.*

Ulp.D.9.2.21.pr.: *Quanti is homo in eo anno plurimi fuisset,*

Gai.D.9.2.2.pr: *Quanti id in eo anno plurimi fuit,*

Ulp.D.9.2.23.3: *Quo plurimi in eo anno fuit,*

Ulp.D.9.2.27.5: *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis.*

Daube'ye göre, "*quanti ea res erit*", "bu hadisenin baliğ olduğu meblağ" olarak anlaşılırsa, *edictum*'da yer alan anlam ile uyumlu kullanılmış olur. Zira, *edictum*'daki "*quanti ea res est*" cümlesindeki "*ea res*" her zaman sözkonusu davayı ifade eder. Eğer değişik bir metin kabul edilirse, "*quanti ea res fuit plurimi*" deki "*ea res*" zarar gören esya anlamına gelecektir. Fakat, Roma hukukçularının örfe verdikleri değer dikkate alındığında, bu ifadenin aynı formula içinde farklı teknik anlamları olduğuna inanmak zordur.

Ulp.D.9.2.21.pr'deki ifadenin "*quanti is homo idve quadrupes pecus*" şeklinde olması muhtemeldir. Ancak, sonraları I.4.3.10'da belirtildiği gibi, hukukçuların ilk bölümü de menfaat ilkesi gereğince yorumlamaları üzerine "*quanti ea res*" veya "*quanti id*" olarak değişmiştir.

"*Quanti ea res*" veya "*quanti id in eo anno plurimi fuit*" böylece sadece ölen kölenin en yüksek değerini değil fakat, hadisenin bütün şartlarını ihtiva eder hale gelmiştir.

Her ne kadar "*ea res*" ve "*id*" eş anlamlı iseler de bunlardan ilki Gai.I.3.210 ve 214, I.4.3.pr.'da; ikincisi ise Gai.D.9.2.2.pr.'da yer almıştır. I.4.3.9, açıkça hukukçuların asıl metne bağlı kalmadıklarını ve Ulpianus'un tesbitinin daha isabetli olduğunu göstermektedir. "*Quanti is homo*" ifadesinin "*quanti ea res*"e dönüşmesi rahatça anlaşılabiliriyorsa da tersine seyreden bir gelişme için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Daube, LQR, sh:257 vd.

²⁰⁶. Honsell, RR, sh:114; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:258; Buckland, Manual, sh:324; Daube, Roman Law, sh:66 vd.; Wittmann, Körperverletzung, sh:40; Kelly, LQR, sh:80.

hadise neye baliğ olursa" yani "haksız fiilin sonucunda ortaya çıkan durumun değeri" diye ifade etmek gerekir²⁰⁷.

Bize göre, burada son, zararın meydana gelmesine en yakın otuz günün dikkate alınması gerekir. Zira ancak bu durumda bu bölüm için de kabul edilen "en yüksek" değer bir anlamı olacaktır. Zarar gören eşyanın en yüksek değeri ancak zarar verilmemiş olduğu zaman içinde belirlenebilir. Aksi takdirde zarar gören eşyanın ve hatta ölen bir hayvanın zararı müteakip otuz gün içinde sahip olduğu en yüksek değer nasıl belirlenebilir? Bu sebeple biz zarardan önceki son otuz gün içindeki değer esas alınması gerektiğini savunan müelliflerin görüşüne katılıyoruz.

Üçüncü bölümdeki anlamı ile *damnum, urere, frangere, rumpere (corrumpere)* suretiyle bir eşyanın zarar görmesinden dolayı malikin malvarlığında meydana gelen bir eksilmedir. Yani onun servetinin zarar görmesidir; ancak, her türlü yaralamada, malvarlığında bir eksilme meydana gelmez. Örneğin, bir kölenin hadım edilmesinde, kölenin değeri artmışsa *lex Aquilia*'dan doğan sorumluluk yoktur.

D.9.2.27.28 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Et si puerum quis castraverit et pretiosiore fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum.

"Eğer bir kimse, köle bir çocuğu hadımlaştırır ve onu

²⁰⁷. Bu faslın lâfzına göre davacı başlangıçtan itibaren bütün menfaatlerinin tazminini ister. "*Quanti ea res erit*" buna imkân vermektedir. Tahiroğlu/Erdogmus, Meseleler, sh:108.

bu şekilde değerli yaparsa *Vivianus*, *lex Aquilia*'nın uygulanamayacağını yazar. *Actio iniuriarum* ile veya *edictum aedilicium*'dan doğan dava ile veya değerinin dört katına ilişkin dava ile istenebilir."

Benzeri şekilde, başkasına ait ağaçlardan olgun meyvaları toplayan kişiye karşı, malikin üçüncü bölüm anlamında bir zararı olmadığı için, *lex Aquilia*'ya dayanılmaz. Aynı durum, bir ormandaki meyvalı ağaçlar için de geçerlidir.

D.9.2.27.25 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si olivam immaturam decerpserit vel segetem desecuerit immaturam vel vineas crudas, Aquilia tenebitur: Quod si iam maturas, cessat Aquilia: Nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur: Sed si collecta haec interceperit furti tenetur. Octavenus in uvis adicit, nissi inquit in terram uvas proiecit, ut effunderentur.

"Kim olgunlaşmamış zeytinleri toplarsa veya olmamış tahıl ve üzümleri keserse, *lex Aquilia*'dan sorumlu olur. Eğer bunlar olgunlaşmışsa, *lex Aquilia* uygulanmaz; hatta o seni, mahsulün ve benzeri meyvaların toplama masrafından kurtardığı için hukuka aykırılık yoktur. Ancak, olgunlaşmış meyvaları alırsa, hırsızlıktan sorumlu olur. Üzümler açısından *Octavenus* ilâve eder: "meğer ki üzümleri toprağa (yere) atsın ve böylece onlar yok olsun."

D.9.2.27.26 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Idem et in silva caedua scribit, ut, si immatura, Aquilia teneatur, quod si matura interceperit, furti teneri eum et arborum furtim

caesarum.

"Kesilebilir ağaçlarla ilgili olarak da eğer kesmek için henüz ağaç olgunlaşmamışsa, *lex Aquilia*'ya göre sorumlu olunacağını yazar; kesilecek şekilde olgunlaşmış ağacı alan ve ağaçları gizlice kesen kişi, hırsızlıktan dolayı sorumludur."

D.9.2.27.27 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si salictum maturum ita, ne stirpes laederes, tuleris, cessare Aquiliam.

"Eğer sen, olgun otların saplarını kesersen ama köklerini zarar vermezsen *lex Aquilia* uygulanmaz."

C. Özgür Romalının Yaralanması

XII Levha Kanunu'nda özgür kişilerin yaralanmaları ile ilgili bir boşluk sözkonusu değildir. Daha önce de belirtildiği gibi, özgür kişinin kemigi kırılmışsa 300 As, hafif müessir fiillerde 25 As ödemek gerektiği Kanunda belirlenmişti²⁰⁸.

Lex Aquilia'nın özgür kişinin yaralanmasını kapsayıp kapsamadığı ise modern literatürde tartışmalıdır²⁰⁹.

Konuyu özellikle şu metinler açısından incelemek gerekir:

²⁰⁸. Wittmann, Körperverletzung, sh:3 vd.; Liebs, RR, sh:215 vd.; Hausmaninger, sh:32.

²⁰⁹. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:116; Schulz, Einführung, sh:55 vd.; Schuz, Classical, sh:591 vd.; Haymann, sh:49; Kunkel, RP, sh:257; Kaser, RPR, I, sh:520, II, sh:437, dn.4; Wieacker, sh:257 vd.; Raber, Iniurienansprüche, sh:120 vd.; Honsell, Quod Interest, sh:143 vd.

D.9.2.5.3 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquiliae teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: Multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis: Sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: An ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: Sed lege Aquilia posse agi non dubito.

"Derste bir erkek köleyi yaralayan veya öldüresiye döven öğretmen, hukuka aykırı zarar veren birisi olarak *lex Aquilia*'dan sorumlu mudur? *Iulianus*'a göre, kim bir derste öğrencisinin gözünü çıkardıysa, *lex Aquilia*'dan sorumludur. Bu, vurarak öldürme halinde öncelikle uygulanmalıdır. Bu takdirde şu durum örnek gösterilebilir: Bir kunduracı, ondan meslek öğrenmeye giden özgür doğmuş bir *filius familias*'ın ensesine, ona gösterdiklerini yeterince iyi yapmadığı için sopa ile vurduğunda ve bu sebeple erkek çocuğun bir gözü zarar gördüğünde, burada bir *actio iniuriarum* sözkonusu olmaz. Çünkü *Iulianus*'a göre *iniuria* amacıyla, kasıtlı vurmamıştır; aksine onu eğitmek ve ikaz etmek için vurmıştır. Hafif bir tedip için öğretmene izin verildiğinden o, *actio ex locato* açılıp açılmayacağını

düşünür: ben, *lex Aquilia*'dan doğan davanın açılabileceğinden şüphe etmiyorum."

D.9.2.6 (Paul libro XXII ad Ed.): Praeceptoris enim nimia saevitia culpa adsignatur.

"öğretmenin aşırı sertliği, kusur olarak hesaba katılmalıdır."

Ulpianus'un verdiği bilgilere göre *Iulianus*, özgür olmayan bir çırağın tedip edilmesinden bahseder; öğretmen onun gözünü çıkartmamak zorundadır. *Iulianus* daha sonra örneği değiştirir: Bir kundura ustası, direktiflerini yerine getirmeyen, o sırada biz ile çalışan özgür öğrencinin ensesine vurarak onun gözünü kaybetmesine yol açmıştır.

Benzeri bir duruma *D.19.2.13.4* 'de rastlanır :

D.19.2.13.4 (Ulp.libro XXXII ad Ed.): Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius; Quamvis enim magistris levis castigatio coscessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: Sed et de Aquilia supra diximus. Iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praeciipiendi.

"*Iulianus*, *Digestası*'nın 86 ncı kitabında şöyle yazmıştır: Eger bir kunduracı, işini kötü yapan çırağının ensesine sopa ile kuvvetlice vurup onun gözünü çıkardıysa, erkek çocuğun babası *locatio conductio*'dan doğan davayı açabilir. Çünkü usta, hafif bir tedip için izinli olmasına

ragmen, burada bu ölçüye riayet etmemiştir. Ama *actio legis Aquiliae* hakkında yukarıda konuştuk. *Iulianus*, *actio iniuriarum*'un uygulanmasına itiraz eder. Öğretmen bunu *iniuria* amacıyla değil, öğretmek amacıyla yapmıştır."

D.19.2.13.4'den, *Iulianus*'un *actio ex locato*'nun uygulanabilir oluşu bakımından bir sakınca görmediği anlaşılmaktadır. *Iulianus*, öğretmek için yapılan akitten doğan davayı müşahade eder. Öğretmene sadece hafif bir ceza (*levis castigatio*) için izin vermiştir, ama o tedip hakkını aşmıştır. Ancak *actio iniuriarum*'u kabul etmez. Çünkü, öğretmenin öğrencinin kişiliğini yaralamak gibi bir niyeti yoktur; aksine öğretim ile bağlantılı bir tedip sözkonusudur.

Kompilatörler *D.9.2.5.3*'deki "*sed lege Aquilia posse agi non dubito*" ifadesini alâkasız ve bir anlamdan uzak bulurlar ve babaya ayrıca bir *actio legis Aquiliae* verirler. Kompilatörler, *Iulianus*'un bir *actio legis Aquiliae*'dan bahsettiği ve bunun *Ulpianus* tarafından desteklendiği görüşündedirler²¹⁰. Herhalde metne daha sonradan eklenen bir *glossa* sözkonusudur. *D.19.2.13.4*'de "*sed et lege Aquilia posse agi, ut supra diximus*" yerine "*sed et de Aquilia supra diximus*" cümlesiyle, ilk *interpolatörlar*'a bilinçli olarak dönülmüştür.

Ancak yazarlardan birçoğu²¹¹ *Iulianus* ve

²¹⁰. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:117.

²¹¹. Bkz. Mayer-Maly, *RP*, sh:139; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:118, dn.158; Wieacker, sh:262'de, klâsik devirde *actio legis Aquiliae utilis*'in bir özgür kişinin yaralanmasını da kapsadığını; ancak, özgür kişinin objektif değeri sözkonusu olmadığından, sadece tedavi giderleri ve

Ulpianus'un bir *actio utilis*'den bahsettiğine inanırlar.

PSI 1449 metnindeki bir Yunan *scholion*'unda²¹², *Scholiast*'a göre, *Ulpianus* bir *actio utilis ex lege Aquilia* tanıyordu. Bu *scholion*, *Iustinianus*'dan önceki zamana aittir. Belki o zaman *D.9.2.5.3*'deki "sed" cümlesinin glossası *Ulpianus*'un metni ile "sed lege Aquilia utiliter posse agi non dubito" şeklinde içiçe geçmişti. Daha sonra "utiliter" çizilmiş ve *lex Aquilia* doğrudan uygulanabilir şeklinde yorumlanmıştır²¹³.

Daha önce de açıklandığı gibi, *D.9.2.7.4*'de *Ulpianus*, özgür aile evlâdı (*filius familias*) için bir *actio legis Aquiliae* tanır. Güreşte, *pancratiada* veya boksta, biri diğerini öldürdüyse *lex Aquilia* uygulanmaz. Zarar, burada, şan/şöhret ve cesaret için verilmiştir; mücadeleye katılanlar için cesaret ve dolayısıyla kendini göstermek, şöhrete ulaşmak demektir. Bütün güçlerini toplamalarının istendiği böyle bir müsabaka heyecanı içinde basiret, dikkat ve itina göstermedeki ihmalden kaçınılamaz; yaralamak, öldürmek kasdı yoktur.

Bu kurala köleler dahil edilemez. Gerçek bir müsabaka sadece özgürler arasında yapılır. Bir köle ile yapılan mücadelede onu yenmek, şan ve şöhret getirmez. Bu sebeple, özgür kişi tarafından, onun için yersiz olan böyle bir oyundan kaçınılması gerekir. Buna rağmen katılır ve köleyi

kaybedilmiş çalışma gücünün hesaba katılacağını belirtir.

²¹². *Scholion*: Metnin eleştirisi, açıklayıcı kenar notu. Antik literatürde, haşiye.

²¹³. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:118.

öldürürse, *actio legis Aquiliae* ile sorumludur. Buna karşılık *lex Aquilia*, aile evlâdı için uygulanır. Geri çekilen bir özgür yarışmacının hareketi, bu mücadeleden ayrıldığına gösterir. Bu duruma rağmen, çekilmeden sonraki yaralama veya öldürme hukuka aykırıdır ve *lex Aquilia* uygulanır²¹⁴.

Bir görüşe göre²¹⁵, *lex Aquilia*'nın birinci bölümündeki "*si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit...*" ifadeleri genellikle kabul edildiği üzere "eğer bir kimse hukuka aykırı olarak, bir başkasına ait erkek veya dişi köleyi ya da dört ayaklı bir sürü hayvanını öldürürse" şeklinde tercüme edilmektedir. Ancak, metnin içindeki "*alienum alienamve*" kelimelerinin cümledeki yeri üzerinde durmak gerekir. Eger köle ve dört ayaklı hayvanın her ikisi de "bir başkasına ait" kelimesi ile birlikte değerlendirilecekse, neden kölelerin ve hayvanların arasına yerleştirilmiştir? "*Alienum alienamve*" kelimeleri orijinal anlamında köleler ve dört ayaklı hayvanları tanımlayan bir sıfat olarak değil, büyük bir ihtimalle "*alieni iuris* kimseler" anlamında kullanılmışlardır; ve bu durumda Kanun, hür erkek ve kız çocukları da kapsar. Dolayısıyla, yukarıdaki tercüme "eğer bir kimse hukuka aykırı olarak bir köle veya herhangi bir *alieni iuris*'i ya da dört ayaklı bir sürü hayvanını öldürürse..." şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü, neden hür evlâtların Kanununun uygulanmasından istisna

²¹⁴. Wittmann, Körperverletzung, sh:96vd.

²¹⁵. Kelly, LQR, sh:76 vd.

edildiğini anlamak mümkün değildir. Gerçi hür evlât *extra commercium*'dur. Mülkiyet hakkının konusu değildir ve ekonomik değeri yoktur. *Pater familias*, onun ölümünden dolayı ekonomik kayba uğramaz, denilebilir. Ancak, Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarına kadar hür evlâdın statüsü (*potestas* altındaysa) köleninki gibidir ve örneğin, babanın çiftliğinde çalışan bir evlât, köle ile aynı ekonomik değeri haizdir. Ayrıca, çocukların para ile satılmaları da bilinmeyen bir uygulama değildir.

Klâsik Devir'de sosyal baskılar altında hür çocukların "ekonomik değeri haiz olanlar" kategorisinden çıkarılmalarına bağlı olarak, *lex Aquilia*'nın ilgili bölümünde köleler ve hayvanların dikkate alındığı açıktır.

Ayrıca *lex Aquilia*'daki metinlere bakıldığında, bir çok paragrafta²¹⁴ köle olup olmadığı belirtilmeksizin, bir kimsenin ölümünden bahsedilmektedir. Ayrıca *Paul.D.9.2.6*; *Ulp.D.9.2.7 pr*; *Ulp.D.9.2.7.4*'de hür çocukların ölümü veya zarara uğramaları hükme bağlanmaktadır. Her ne kadar bu durumlar *utilis* davalar ile açıklanmakta ise de, Klâsik Dönem'deki davalarda, birinci bölümün asıl gayesinin *pater familias*'ın, kölenin veya dört ayaklı hayvanın dışında, hür çocuğun kaybı nedeniyle uğradığı zararı tazmin amacının olduğunu düşünmek mümkündür.

²¹⁴. *Gai.D.9.2.4.1*; *Ulp.D.9.2.5.pr*; *Ulp.D.9.2.7.1*; *7.7*; *7.8*; *Gai.D.9.2.8 pr*; *Ulp.D.9.2.9 pr*; *9.1*; *Ulp.D.9.2.11.3*; *11.5*; *Ulp.D.9.2.25 pr*; *Ulp.D.9.2.27.22*; *Paul.D.9.2.33 pr*; *Paul.D.45.3*; *45.4*; *Iul.D.9.2.51.pr*; *Alf.D.9.2.52.1*.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre²¹⁷, bir özgür kişi yaralanırsa, aşağıda görüleceği gibi, *lex Aquilia*'ya göre istisnaen bir dava meydana gelir; bu durumda açılacak dava *actio iniuriarum*'dur. Özgür kişilerin ihmalî yaralanmalarında bir boşluktan sözedilemez. Ancak, *actio iniuriarum*'un açılmasının "dolus" ile sınırlanmasından sonra başka hukukî yollara ihtiyaç doğmuştur: *actio de effusis vel deiectis*, *actio de pauperie*. Bu davalarla "liberum corpus nullam recipit aestimationem", "özgür kişinin vücudu para ile ölçülmez" kuralı gereği²¹⁸, sadece tedavi masrafları ve kaybedilen çalışma ücretleri tazmin ediliyordu. *Alieni iuris* olan özgürlerin yaralanmalarında *lex Aquilia*'nın kıyasen uygulanması *Iulianus* zamanında, *liber homo bono fide serviens*'e²¹⁹ uygulanması da *Ulpianus* zamanında olmuştur.

D.9.2.13 pr'da, özgür kişilerin yaralanmaları ile ilgili olarak *actio utilis* verilir:

D.9.2.13 pr (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Liber homo, suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: Directam enim non

²¹⁷. von Lübtow, *lex Aquilia*, sh:116 vd.; Ehrhard, sh:92.

²¹⁸. Lange, sh:58; Mommsen, sh:836; Sohm/Wenger/Mitteis, sh:457.

²¹⁹. *liber homo bono fide serviens*: Hür kimse olduğunu bilmeden başkasına köle gibi hizmet eden. Hür doğan bir çocuk babası tarafından terkedilmişse (*exposito*) ve kendisini alan biri tarafından köle gibi büyütülmüşse veya vasiyetname ile azat edildiği halde bundan haberi olmamışsa, bu vaziyete düşebilirdi. Umur, Lügat, sh:126; Berger, sh:562; Wittmann, *Körperverletzung*, sh:75 vd., 82 vd.

*habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.
Fugitivi autem nomine dominus habet.*

"Bir özgür kişi, kendi adına bir *actio legis Aquiliae utilis*'e sahiptir. Ona *actio directa* verilmez; çünkü, kimse kendi uzuvlarının sahibi olarak telâkki edilemez. Ancak bu dava kaçan kölenin sahibine aittir²²⁰."

²²⁰. Hakim olan fikre göre, bu cümle *interpolatio* ile değiştirilmiştir. Bkz. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:120; Rabel, sh:97; Kunkel, *RP*, sh:257.

Schulz'a göre, metin şu şekildedir: "*liber homo nec utilem Aquilia habet actionem*", *Classical*, sh:592.

Kunkel ve Kaser, cümlenin "*homo liber bono fidei serviens*"den bahsettiğini tahmin ederler. De Medio ise cümlenin şu şekilde olduğunu düşünür: "*liber homo actionem non habet, quoniam dominus membrum suorum nemo videtur*". Bkz. naklen von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:120, dn.166a.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5.1. DAMNUM INIURIA DATUM DOLAYISIYLA AÇILAN DAVA

ACTIO LEGIS AQUILIAE

Kanunun birinci ve üçüncü bölümünde yer alan zararların tazminine yarayan dava *actio legis Aquiliae*'dir²²¹ ²²²,

Gai.I.4.6.9'da ya bir zararın tazmini gayesiyle (*ut rem consequamur*: bir şeyi elde etmemiz için) ya bir ceza amacıyla (*ut poenam tantum*: bir cezayı elde etmek için) ya da her ikisini temin etmek gayesiyle (*ut rem et poenam*: hem

²²¹. *actio legis Aquiliae*: Önceleri köle ve sürü hayvanlarına, sonraları her türlü mala verilen zararlarda mal sahibinin uğradığı zararı tazmin ettirmek için açılan *praetor* davası. Umur, Lügat, sh:9; Levy, Konkurrenz, I, sh:484 vd.

actio legis Aquiliae directa şeklinde kullanımına da rastlanmaktadır. Bkz. Mackeldey, sh:303; Waentig, sh:16; Morey, sh:381; Kaufmann, sh:5; Lee, sh:397. Ancak kaynaklarda *actio directa* terimi *actio contraria*'nın karşısında kullanıldığı için -kanunda yer aldığından dolayı kullanmak zorunda kaldığımız bir kaç yer dışında- *actio directa* terimini kullanmamaya özen gösterdik.

²²². Birinci ve üçüncü bölüm dikkate alındığında, ikrar eden veya inkâr eden itibariyle, davanın dört tipinden bahsedilebilir :

- ikrardan doğan dava (*actio ex confessione*),
- inkârdan doğan dava (*actio ex infitiatione*),
- kölenin verdiği zararda, efendinin izni/bilgisi sözkonusu ise *noxæ* imkânı olmaksızın efendinin sorumlu olduğu dava (*actio adversus dominum sine noxæ deditioe, si servus sciente domino occiderit*),
- efendinin izni olmaksızın kölenin verdiği zarar için açılan dava (*actio noxalis, si servus in sciente domino occiderit*). von Lübtow, Lex Aquilia, sh:33.

Legis actio'lar usulünde ve *formula* usulünde dava örneği için bkz. von Lübtow, Lex Aquilia, sh:26 vd.; Lenel, EP, sh:199 vd.

seyi hem cezayı) dava açılabileceğini belirtmektedir. Bu sebeple davaları:

- *actio quibus rem persequimur*: tazminat davaları,
- *actio quibus poenam persequimur*: ceza davaları,
- *actio quibus rem et poenam persequimur*: karma davalar,

olarak üçlü bir ayırımı tâbi tutmak mümkündür²²³.

Actio legis Aquiliae'nin bu ayırım içindeki yerine gelince, klâsik hukuk döneminde zararın hesaplanmasındaki yöntem dikkate alındığında, ceza davalarının kurallarına sıkı sıkıya bağlı bir ceza davasıdır²²⁴. Nitekim *Ulp.D.9.2.23.8*'de de *actio legis Aquiliae*'nin ceza davası olduğu ifade edilmektedir. Ancak *Iustinianus* hukukunda bunun bir karma dava olarak nitelendirildiğini görüyoruz.

Iustinianus dönemindeki bazı davalar ile hem haksız fiil failinin cezalandırılması hem de zarar görenin mamelekindeki azalmanın telâfi edilmesi amaçlandı. Bu davalar postklâsik devrin kaynaklarında karma dava (*actio mixta*) olarak adlandırılmıştır²²⁵.

I.4.6.16: Sequens illa divisio est, quod quaedam

²²³. Di Marzo, sh:104 ve 469 vd.; Keller, Zivilprozess, sh:473 vd.; Levy, Privatstrafe, sh:139 vd.; Tahiroglu/Erdogmus, Usul, sh:32; Honsell, RR, sh:78.

²²⁴. Karadeniz-Çelebican, sh:278; Koschaker, sh:268. *Actio legis Aquiliae*'nin ceza davası olduğunu kabul eden müelliflere göre, *Gai.I.* de yer alan ifade, *Institutiones*'in özetini yapan bir yazar tarafından yanlış yorumlanmıştır. Dolayısıyla *actio legis Aquiliae*, saf bir ceza davasıdır. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:36 vd.; Levy, *Privatstrafe*, sh:135 vd.; Kaser, *Quanti*, sh:165vd.

²²⁵. Rado, *RH*, sh:185; Schulz, *Prinzipien*, sh:52.

actiones rei persecuendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persecuendae, quaedam mixtae sunt.

"Bundan sonra gelen tasnifi müteakip, bazı davalar bir mal talebine, bazıları bir ceza talebine müteallik olan, bazıları da karma vasıfta davalar, tasnifi vardır."

Nitekim *actio legis Aquiliae* de Iustinianus zamanında hem tazminat hem ceza davası karakterini bir arada bulundurmasından dolayı *actio mixta* olarak nitelendirilmiştir.

I.4.6.19: ...sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. Veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: Tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem...

"...Fakat *actio legis Aquilia* sadece hasım inkâr ettiginden iki misli dava dermeyan edildiginde değil, aynı zamanda bazı defalar olduğu gibi bir misli talep edildiği vakit de bazen karma davadır. Mesela, bir kimse, o sene içinde sağlam ve azamî değerinde bulunmuş olan bir gözü kör veya topal bir köleyi öldürürse, bu kimse daha evvel söylemiş olduğumuza göre, o sene içinde kölenin en yüksek değeri ne olmuş ise, o kadarına mahkûm olur..."

Actio legis Aquiliae'nin karma dava olduğunu ileri süren müelliflere göre²²⁴, *actio legis Aquiliae*, zararın

²²⁴. Honsell, RR, sh:153; Lee, sh:461; Wanzyl, sh:340; Kaser, RPR, II, sh:438, dn.14; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:225; Koschaker, sh:268; Sohm, sh:318; Keller, Pandekten,

tazmini ve cezayı bünyesinde bulunduran bir karma davadır; kanunun zararın tazminine yönelik hesaplama şekli de aslında bu karma niteliğin bir görünümüdür.

Actio legis Aquiliae'nin özelliklerini incelemeye geçmeden önce, kısaca ceza davaları (*actio poenalis*) ile tazminat davalarının (*actio rei persecutoria*) bir karşılaştırmasını yapmakta yarar vardır :

- Ceza davaları ile failin cezalandırılması amaçlandığından, failin ölümü halinde mirasçılara karşı dava açılmaz. Tazminat davaları mirasçılara karşı açılabilir. Buna karşılık dava açma hakkı zarar görenin mirasçılara -istisnai haller dışında- geçer.

- Birden fazla kişinin haksız fiil işlemesi halinde ceza davası bunların her birine ayrı ayrı açılır ve cezanın tamamı her birinden ayrı ayrı istenir. Faillerden birinin cezayı ödemesi diğer failleri sorumluluktan kurtarmaz. Oysa tazminat davalarında tazminat bir kez istenir ve faillerden biri bunu ödemişse diğerleri borçtan kurtulur.

- Bütün ceza davaları aile evladının ve kölelerin haksız fiilleri sözkonusu ise, *pater familias*'a veya *dominus*'a karşı *actio noxalis* şeklinde açılabilir.

- Ceza davasının açılması, suça konu olan esyanın istenmesi veya malvarlığında meydana gelen zararın tazmini için bir tazminat davasının açılmasına engel değildir.

- *Ius civile*'de yer alan haksız fiillerden doğan ceza

sh:677; Wittmann, Körperverletzung, sh:41; Riccobono, sh:75 vd.

Sohm ise, *actio legis Aquiliae*'nin bir tazminat davası olduğunu, zararın tazmininin özel tarzı dolayısıyla ceza ögesi de içerdiğini belirtir, sh:318.

davaları süresiz açılabilirler. Yani daimî bir karakter taşırlar²²⁷.

I. Davanın Özellikleri

1. Dava Pasif Olarak Intikâl Etmez

Gai.I.4.112'de haksız fiilden doğan ceza davalarında, davanın pasif olarak intikâl etmeyeceği kuralı, "*actio damni iniuriae*" de örnek verilerek belirtilmiştir²²⁸.

D.9.2.23.8 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): *Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat; sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.*

"Bu davanın mirasçıya ve diğer haleflere de verildiği kesindir; buna karşılık, mirasçılara ve diğer haleflere karşı verilmemiştir, çünkü ceza davasıdır. Çünkü, böyle olsaydı, mirasçı zarardan dolayı zenginleştirilmiş olurdu."

Ancak, eğer mağdur ile zamanında *litis contestatio* meydana gelmişse²²⁹ veya zarar verici fiilden dolayı

²²⁷. Rado, RH, sh:186 vd.; Di Marzo, sh:470 vd.; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:225; Honsell, RR, sh:149.

²²⁸. Levy, Privatstrafe, sh:89 vd.; Honsell, RR, sh:153; von Lübtow, Lex Aquilia, sh:40 vd.; Kaser, RPR, I, sh:612; Wanzyl, sh:340.

²²⁹. Ölenin işlediği haksız fiilden dolayı mirasçılarını *praetor* önüne çağırılıp *litis contestatio* yapmaya zorlamak mümkün değildir.

tereke zenginleşmişse, mirasçılar sorumludur²⁰⁰.

Yani ceza davaları²⁰¹, davanın tesbitinden sonra ölmüş olmamak kaydıyla, failin mirasçılarına intikâl etmezler²⁰²; faile karşı *actio iniuriarum* gibi intikam hissini tahrik ettiği davalar (*vindictam spirantes*) gibi, para temin etmekten çok öc alma hissinden açılan davalar (*magis vindictae quam pecuniae persecutionem*) hariç, diğerleri zarar görenin mirasçılarına intikâl eder²⁰³

²⁰⁰. *litis contestatio*: Davanın tesbiti. Bilhassa hususi mahkemeler nizamı (*ordo iudiciorum privatorum*) usulü sırasında, davanın ağırlık merkezi olan ve ihtilafli taraflar arasında yapılan anlaşma. *Legis actio*'lar zamanında tarafların, kararına uyacaklarını kabul ettikleri bir hâkimi, *magistranın* kontrolü altında seçmeleri idi. *Formula* usulünde, yine *magistranın* kontrolü altında, hakimin seçilmesi. Nizam harici usulde (*cognitio extra ordinem*) önemini kaybetmiş, tek safhada cereyan eden davanın bir şı olmuştur. Umur, Lügat, sh:128; Berger, sh:506; Lee, sh:398; Kaufmann, sh:10; Riccobono, sh:75 vd.

²⁰¹. Wittmann, *Körperverletzung*, sh:41'de, *litis contestatio*'nun *actio legis Aquiliae*'nin ceza davası olarak kabul edilmesinde yeterli olamayacağını ileri sürer.

²⁰². Karadeniz-Çelebican, sh:345; Liebs, RR, sh:204; Lee, sh:398.

²⁰³. *Gai.I.4.112: Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent. Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus huiusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.*

"*Ipsa iure var olan veya praetor tarafından bir kimseye karşı verilmiş bütün davalar, aynı şekilde mirasçılara karşı da açılmaz. Haksız fiilden doğan ceza davalarının mirasçılara karşı ileri sürülemeyeceği ve böyle bir davanın verilemeyeceği, örneğin actiones furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum ve damni iniuriae; tartışma götürmeyen bir hukuk kuralıdır. Buna karşılık davacının mirasçılarının, actio iniuriarum ve benzeri davalar istisna olmak kaydıyla, bu tür dava hakları vardır ve onlara bu davaları vermekten imtina olunamaz.*" Karş. I.4.12.1.

234.

Ancak zarar, murisin ölümü ile mirasın iktisabı arasında da vuku bulabilir²³⁵. Bu takdirde, mirasçıların talep hakkının kaybolmaması için, bunları, henüz paylaşılmayan mirasa malik olarak kabul etmek gerekir.

D.9.2.13.2 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si servus hereditarius occidatur, quaeritur quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit huius servi. Et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse; dominus ergo hereditas habebitur. Quare adita hereditate heres poterit experiri.

"Mirasa dahil bir köle öldürülürse, kimse bu kölenin efendisi olmadığı için, kimin *actio legis Aquiliae* açacağı sorunu ortaya çıkar. *Celsus*, kanunun malikin zararının ödenmesini amaçladığını söyler. Bu durumda mirasçı malik olarak kabul edilir. Dolayısıyla, mirasın açılmasından sonra mirasçı bu davayı açabilir. "

D.9.2.13.3 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si non post mortem servi adgnovit legatum; Quod si repudiavit, consequens esse ait Iulianus dicere, heredi competere.

"Ama, eger vasiyet bırakılan köle mirasın açılışından sonra öldürülürse, muayyen mal vasiyetini kölenin öldürülmesinden sonra kabul etmemek şartıyla, *actio legis Aquiliae*, mirası alan kişiye aittir. Eger reddettiyse, *Iulianus*'a göre, dava daha sonraki mirasçıya aittir."

²³⁴. Di Marzo, sh:470.

²³⁵. Hausmaninger, sh:33; Rein, sh:747.

D.9.2.14 (Paul.libro XXII ad Ed.): Sed si ipse heres eum occiderit, dictum est dandam in eum legatario actionem.

"Ama, eğer köleyi mirasçı öldürdüyse, muayyen mal vasiyet olunan kişinin ona karşı dava hakkına sahip olduğuna karar verilmelidir²³⁴.

Actio legis Aquiliae failin ölümü ile ortadan kalktığı halde *capitis deminutio* durumunda devam eder²³⁷.

2. Dava Birden Fazla Faile Karşı Açılabilir

Actio legis Aquiliae'nin bir başka önemli sonucu, bu davada müteselsil sorumluluğun değil, kumulativ (yığılma) sorumluluğunun varlığıdır. Yani zarar gören, zararın tamamını faillerin her birinden isteyebilirdi²³⁸. Bu durum ayrıca, zararı kimin verdiğinin belirlenemediği haller için de uygulanırdı²³⁹.

Başkasına ait eşyaya zarar veren kişiler birden fazla ise, zarar verici sonuca etkilerine göre sorumlu olurlar. Kanun bu konuda ikili ayırım yapmıştır²⁴⁰:

- Eger birden çok kişi, aynı anda bir köleyi veya

²³⁴. Karş. *Ulp.D.9.2.15 pr* ve *Pomp.D.9.2.43*.

²³⁷. Rado, *Armagan*, sh:697.

Capitis deminutio ile bu dava bertaraf edilemezdi. Zira, birlikte sorumlu olan birden fazla kişi mevcuttu. *Buckland, Manual*, sh:324.

²³⁸. *Honsell, RR*, sh:154; *Kaufmann*, sh:10; *Kaser, RPR*, I, sh:612; *Dernburg*, sh:349; *Mackeldey*, sh:303; *Levy, Konkurrenz*, I, sh:484; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, sh:365.

²³⁹. *Honsell, RR*, sh:112.

²⁴⁰. *von Vangerow*, sh:607 vd.

hayvanı yaralamışlar veya ölümüne sebep olmuşlarsa, hangisinin fiilinden dolayı ölümün meydana geldiği anlaşılamıyorsa *lex Aquilia*'nın 1. bölümüne göre, her biri ölümden ayrı ayrı sorumludur (*Ulp.D.9.2.11.2*).

- Birden fazla yaralama ayrı zamanlarda meydana gelmişse, öldürücü son darbeyi vuran, ölüme sebebiyet veren kişi olarak 1. bölüme göre, diğerleri 3. bölüme göre yaralamadan sorumlu olacaktır (*Ulp.D.9.2.11.3*).

D.9.2.11.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebeuit, in factum actione tenetur.

"Bir kimse köleyi tutup, diğeri onu öldürdüyse; birincisi *actio in factum*'dan sorumludur, çünkü o ölüme sebebiyet vermiştir."

D.9.2.11.4 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aequae veteribus placet omnes lege Aquilia teneri.

"Birden fazla kişi aşağıya kalas atarak bir köleyi öldürdülerse, eski hukukçulara göre, hepsi *lex Aquilia*'dan sorumludurlar."

Birden fazla fail ne *litis contestatio* ne de ifa dolayısıyla karşılıklı muafiyet, kurtuluş olmaksızın yani birinin yaptığı ifa diğerlerini ödemediği kurtarmaksızın sorumludurlar⁴⁴¹.

Bu durum *Ulpianus* tarafından açıkça ifade edilmiştir:

D.9.2.11.2 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): ... et si cum uno

⁴⁴¹. Keller, *Pandekten*, sh:677; Rado, *RH*, sh:186; Rado, *Armağan*, sh:697.

agatur, ceteri non liberantur: Nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

"... eger onlardan birisine dava açıldıysa, bu sebeple diğerleri sorumluluktan kurtulamayacaktır. Çünkü, failin *lex Aquilia* mucibince ödediği bir ceza söz konusu olduğu için, diğerlerini sorumluluktan kurtarmaz."

Benzeri açıklamaları *Iulianus*'a ait *D.9.2.51.1*'deki metinde görmek mümkündür. Hatta *Iulianus* birden fazla kişinin darbesi sonunda kölenin ölmesi halinde, hepsinin birden sorumlu olacağını belirtirken, kendisinin eski hukukçuların görüşlerine katıldığını belirtmektedir.

**3. Dava, İtiraf Edene Karşı "In Simplum" (bir);
Haksız Yere İnkâr Edene Karşı "In Duplum" (iki)
Misli Mahkûmiyeti Gerektirir²⁴²**

Davalı, davanın doğruluğunu ve davacının *litis aestimatio*²⁴³ ile talep ettiği miktarı inkâr etmeyecektir²⁴⁴. Bu prensibe gerekçe olarak, "kim inkâr

²⁴². *lis infitiando crescit in duplum*: İnkâr ile hukuki uyumsuzluk iki katına yükselir. Bir *simplum* tazminat, bir *simplum* ceza olmak üzere *in duplum* mahkum edilmiş bir kimse, kararın infazı için hâkimin önüne çağrıldığında, bu kararı infaza mecbur olduğunu inkâr ederek kendini müdafaa etmesi halinde söz konusu olurdu. Lenel, sh:203 vd.; Di Marzo, sh:419; Koschaker, sh:268; Honig, sh:287; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:26; Rein, sh:746; Dernburg, sh:349; Lee, sh:398.

²⁴³. *litis aestimatio*: İhtilâf mevzuunun takdiri. Umur, Lügat, sh:128.

²⁴⁴. Eger davanın hâkimi (*iudex*) bu durumu iki kat cezaya mahkum edilmeyi sağlayan *condemnatio*'ya uygun bulursa, bu durum *litis contestatio* ile tespit edilir. Keller, Pandekten, sh:677.

dolayısıyla davacıyı haksız fiili isbata zorlarsa, bu kararın ifasını bilinçli engelleyip engellemediğine bakılmaksızın, aynı muameleye tâbi tutulur" denilmektedir²⁴⁵.

D.9.2.23.10 (Upl.libro XVIII ad Ed.): Haec actio adversus confitentem competit in simplum, adversus negantem in duplum.

"Bu dava ikrar edene karşı sadece eşyanın değeri, inkâr edene karşı iki misli mahkûmiyeti gerektirir."²⁴⁶

D.9.2.2.1 (Gai.libro VII ad Ed. provinciale): Et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.

"Aşağıdaki durumlarda, inkâr edene karşı dava iki misline taallük eder".

Suçunu ikrar edene (*confessio*) karşı bir kat, inkâr edene (*infitiantio*) karşı iki kat cezayı düzenleyen dava şekli daha sonra ortadan kalktı. Rein, sh:746, dn.3.

İkrar eden davalının eşyanın en yüksek değerini ödemesine sebep olan davayı "*actio legis Aquiliae confessoria*" olarak nitelendiren yazarlar mevcuttur. Hausmaninger/Selb, sh:349.

²⁴⁵. Sohm, sh:318.

²⁴⁶. Bkz. *I.4.6.21: Omnes autem actiones vel in simplum conceptae sunt vel in duplum vel in triplum vel in quadruplum ulterius autem nulla actio extenditur.*

"Bütün davalar ya bir misli, ya iki, ya üç, ya dört misli olmak üzere konulmuştur. Bundan fazlası yoktur."

I.4.6.23: In duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuriae ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus;...

"Suç üstü olmayan hırsızlıktan *lex Aquilia* mucibi mala verilen zararlardan, bazı hallere müteallik *vedia*'dan dolayı iki misli için dava ederiz." Karş. *Gai.I.3.216* ve *Gai.I.4.9*.

4. Dava bir süreye bağlı değildir.

Tazmin edilecek esyanın değeri ile ilgili esas alınacak süre, 1. ve 3. bölümde ayrı ayrı belirtilmişse de, *actio legis Aquiliae*'nin açılabilceğı süreyle ilgili herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu davanın *actio perpetuae* olduğu²⁴⁷ ve açılmasının bir süreye bağlı olmadığı söylenebilir²⁴⁸.

Dolayısıyla hem yukarıda yaptığımız ceza davaları-tazminat davaları karşılaştırmasından hem de *lex Aquilia*'da yer yer ifade edilen ve üç başlık altında topladığımız *actio legis Aquiliae*'nin özelliklerinden hareket ile, *actio legis Aquiliae*'nin başlangıçta esas itibariyle bir ceza davası olduğunu söylemek mümkündür. Ancak *Iustinianus* hukukunda karma dava olarak nitelendirilmektedir. Bunun sebebi de mala verilen zararın sözkonusu olduğu hallerde *actio legis Aquiliae*'den başka bir tazminat davasının (*condictio*) sözkonusu olmamasıdır²⁴⁹.

II. Davanın Genişlemesi: *Actio Legis Aquilia Utilis* ve *Actio In Factum*

Bazı davaların *formula*'larında *intentio* kısmındaki

²⁴⁷. *Actiones Perpetuae*: Genellikle süresi olmayan davalar. Postklâsik dönemde, düşürücü zamanasımı süresi otuz sene olarak tesbit edilmiş davalara verilen isim. Umur, Lügat, sh:15; Berger, sh:347.

²⁴⁸. Rado, RH, sh:195.

²⁴⁹. Rado, RH, sh:195.

iddia, *ius civile*'nin tanıdığı bir hakka dayanır. *Formula*' ya ve davasına "*in ius concepta*" (bir hakka dayanan) denir. Bunlar *Ius civile* davalarıdır. Ancak bazen *praetorlar*, *ius civile*'nin himaye etmediği bir ihtilâfı, *ius civile*'nin uygulanma alanını genişleterek korurlar. Bu tür davalara da *actio utilis* adı verilir²⁵⁰.

Yukarıda ifade edildiği gibi, *actio legis Aquiliae*, ancak *corpore corpori* verilen zararlarda açılabilir. Zarar unsurunun kapsamının zaman içinde değişmesi, dolaylı zarar vermenin de haksız fiil (*damnum iniuria datum*) olarak kabul edilmesi ve bu tür zararlara da *actio* verilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. *Actio legis Aquiliae*'nin sınırlarını genişletmeye yönelik müdahaleler doğrudan doğruya değil, aksine benzer uygulamaları kanunun ruhuna dahil etmek amacıyla, belirli ve özel durumlarda kullanılmak üzere *praetorlar* tarafından yapılmıştır²⁵¹ ve *actio utilis* ile *actio in factum* ortaya çıkmıştır^{252 253}.

²⁵⁰. Tahiroglu/Erdogmus, Usul, sh:29; Keller, Zivilprozess, sh:467 vd.

²⁵¹. Keller, Pandekten, sh:676; Morey, sh:381; Villey, sh:122.

²⁵². Keller, Zivilprozess, sh:468 vd.; Rein, sh:747; Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:367; Hausmaninger, sh:33 vd.; Selb, sh:490; Kaser, RPR, I, sh:621 vd.; von Lübtow, Lex Aquilia, sh:136; Keller, Pandekten, sh:680.

²⁵³. *Actiones in factum*: *Ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığından *ius civile*'ye göre davası olmayan; fakat *praetorun*, himaye edilmesini hakkaniyete uygun bulduğu için bir *formula*'nın *intentio*' suna dahil ederek zikrettiği bir vakiyaya dayanan *praetor* davaları. Hâkim, o vakianın doğruluğunu tesbit edebildiği

Gai.I.3.219'da, dokunarak bir zarar verilmişse *lex Aquilia*'dan doğan davanın açılacağını; bunun dışındaki durumlarda *actiones utiles* açılacağını söylemektedir.

Gai.I.3.219: Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur.

"Diğer taraftan kabul edilen fikre göre, ancak bir kimse bizzat kendi vücudu ile zarar vermişse bu Kanundan doğan dava açılıyordu. Buna karşılık eğer zarar başka türlü (başka yolla) verilmişse, *actiones utiles* verilir."

Actio legis Aquiliae dışında dava²⁵⁴ tanınması *Gaius* zamanında başlamıştır. Ancak, yukarıdaki ifade de görüldüğü üzere *Gaius*, "başka yolla verilen" zararlar için *actio utilis*'den bahseder ve *actio utilis* ile *actio in factum* arasında bir fark görmez^{255 254}.

takdirde, davalıyı mahkûm ederdi. Umur, Lügat, sh:15.

Actiones utiles: Mevcut olan bir *ius civile* davasının ve bazen *praetor* davasının uygulama alanını genişletmek için, genellikle *intentio*'ya bir *fictio* (faraziye) ilâve etmek suretiyle *praetorun* yarattığı dava sekline verilen isim. Umur, Lügat, sh:16; Berger, sh:347.

²⁵⁴. Kaynaklardaki terminoloji çok çeşitlidir :

- *actio utilis* (*legis Aquiliae* ilâvesi ile veya ilâvesiz),

- *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae*,

- *actio ad exemplum legis Aquiliae*,

- *actio ad exemplum legis Aquiliae in factum*,

- *actio in factum*.

Wittmann, Körperverletzung, sh:105 vd.

²⁵⁵. von Vangerow, sh:605.

Kars. I.4.3.16: *Ceterum placuit ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent:....*

"Esasen, bu kanundan mütevellit dava ancak bir kimse bedenen zarar vermişse tanınır. Dolayısıyla zararı başka bir şekilde vermiş olan kimseye karşı *utiles* davalar

Ancak I.4.3.16'da bu ayırımı rastlamak mümkündür:

I.4.3.16: ...Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: Veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

"Fakat, eğer zarar bedenen ika edilmemiş ve vücutta yaralanma olmamışsa, herhangi başka bir şekilde zarar ika edilmişse, ne doğrudan doğruya ne de utilis olarak actio legis Aquiliae verilebileceğinden, zarar vermiş olan kimse, in factum olan bir dava ile mesul tutulur: örneğin, bir kimse merhamet saiki ile başkasına ait bir köleyi zincirden çözmüş, kaçmasına sebebiyet vermişse durum böyledir²⁵⁷."

Örneğin (A), (B)'nin köpeğine zehirli bir parça et atarsa ve köpek bunu yerse, sorumlu olmaz. Çünkü, köpeğe elini sürmemiştir. (A), (B)'nin kayığının ipini keserse ve kayık bu suretle açık denize doğru sürüklenip batarsa (A), ipin hasar görmesi dolayısıyla sorumlu olur ve fakat kayığın batmasından dolayı sorumlu olmaz. Eger ipi kesmemiş sadece çözmüşse yahut (B)'ye ait kuş kafesinin kapısını

tanımak adettir..."

²⁵⁴. Kaufmann'a göre, haksız fiilin unsurlarından corpore bir tarafa bırakıldıktan sonra, utiles ve in factum eki ile tanınan davalara gerek kalmadı ve bunlar ihmâl edildi, sh:6.

²⁵⁷. König, yorumcuların actio legis Aquiliae in factum ile bilinçli olarak, çok geniş uygulama alanı olan bağımsız ve tamamen genel bir dava ortaya kondugu (ki I.4.3.16 ve D.9.2.33.1'deki ifadeden anlaşılır) düşüncesindedir. Kaufmann, sh:14 dn.5'den naklen.

açmış ve kuşlar uçup gitmişse, hiçbir sorumluluğu yoktur.

Klâsik devrin ilmî içtihatları, bazı hallerde, birinci örnekte olduğu gibi *corpore* olmayan ama *corpori* verilen zararlar da *actio legis Aquiliae* örneğine benzeyen bir dava hakkı tanımışlardır. Klâsik sonrası ilmî içtihatları ile herhangi bir şekilde malvarlığına verilen zararlar tazmin edilir hale gelmiştir²⁵⁸;

Genellikle kabul edildiği üzere²⁵⁹ zarar *corpore corpori* verilmişse *actio legis Aquiliae*, *corpore* sonucu olmayıp *corpori* verilmişse *actio utilis*, bunlar dışında verilmişse (*nec corpore nec corpori*) *actio in factum* tanınmıştır^{260 261}.

²⁵⁸. Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:367; Koschaker, sh:268 vd.

²⁵⁹. Morey, sh:381; Lee, sh:397; von Vangerow, sh:605. Wanzyl, bu ayrımı yaptıktan sonra, *actio in factum* ve *actio utilis* arasında yasada düzenlenmemiş ve başvurunun isteği bağlı olması bakımından bir fark olmadığını, bu ayrımın pek tatmin edici olmadığını ifade etmektedir, sh:342.

²⁶⁰. Kaufmann, sh:6 vd., iki dava arasındaki net farkın ortaya konulamadığını söyler. Wanzyl, sh:342, dn.375'de, her iki davanın da yasada düzenlenmemiş olduğundan ve başvurunun isteğe bağlı olmasından dolayı, aralarında fark olmadığını belirtir. Lee de bu görüşü paylaşmakta ve sh:397'de "farksız gibi görülmektedir, sadece *Iustinianus'un Institutiones'inde* ikisi arasında bir fark yaratılmıştır" demektedir. Yukarıdaki ayrımın yer vermekle birlikte, Wangerow'a göre, kesin bir kural yoktur. *Actio utilis*, davanın formüle edilmesi sırasında bilinçli olarak sınırlı biçimde kullanılmıştır. *Actio in factum* ise *lex Aquilia'nın* esas ifadesinde bir genişlemenin olduğu durumlarda kullanılmaktadır. İki dava arasında formel fark, menfaatler yönünden yoktur; ancak *actio utilis*, *actio legis Aquiliae'nin* bütün orijinalligine sahiptir, sh:606.

Kaser'e göre *actio utilis*, *actio in factum'dan* daha dardır, RPR, I, sh:621, dn.21.

Keller ise, zarar *corpore corpori* ika edilmişse *actio directa*, sadece *corpore* unsuru eksikse *actio utilis*, her iki unsur da zararda sözkonusu değilse *actio in factum* verileceğinden bahseder, Pandekten, sh:681 vd.; Dernburg, sh:346, dn.4; Mackeldey, sh:304; Lee, sh:400.

Iustinianus'dan sonra *actio utilis* ve *actio in factum*'un kullanılmasıyla²⁴² zararın tazmininin²⁴³ sınırları genişlemiştir. Böylece fail, her türlü zarardan sorumlu tutulmaya başlanmıştır.

Dominus'un dışında iyiniyetli zilyedin, rehin alacaklısının, intifa hakkı sahibinin açabileceği dava da ya *actio in factum* veya *actiones utiles ad exemplum legis Aquiliae*'dir²⁴⁴.

Daha önce belirtildiği gibi, özgür insanın yaralanmasında da yine *actio legis Aquiliae utilis* tanınmıştır.

III. Davada Taraflar

1. Davacı (Malik ve Diğer Hak Sahipleri)

Lex Aquilia'da düzenlenen haksız fiillerden doğan dava hakkı, sadece yaralanan veya öldürülen kölenin, zarar verilen hayvanın malikine aittir. Yani *actio legis*

²⁴¹. Aşağıdaki hallerde, Kaufmann'a göre, *actio in factum* yerine *actio utilis* verilmeliydi: *D.9.2.29.7* ve *D.9.2.9.2*. Kaufmann, sh:7, dn.18.

²⁴². Jörs/Kunkel/Wenger, sh:258, dn.10.

²⁴³. *Actio in factum* -genel- tazminat için tek davadır ve *duplex contra infitiandem* değildir. Buckland, Manual, sh:326. Mommsen'e göre, bu iki dava arasında usul yönünden farklılık mevcuttur, sh:828, dn.1.

²⁴⁴. Rein, sh:747.

Aquiliae'de aktif dava ehliyeti sadece malike tanınmıştır²⁴⁵.

D.9.2.11.6 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Legis autem Aquiliae actio ero coptetit, hoc est dominus.

" *Actio legis Aquiliae*, efendiye yani malike aittir."

Bununla birlikte, yukarıda kısaca değinildiği gibi, post klâsik devirde *praetorlar*, esya üzerinde sınırlı aynı hakkı olan, o eşyanın zilyedi olan ya da esyayı elinde bulunduran kimsenin haklarını da *actiones ad exemplum legis Aquiliae* ve *actiones in factum* ile korumuşlardır²⁴⁴. Örneğin, intifa hakkı sahibine, rehin dolayısıyla alacaklı olana, iyiniyetli zilyede, ariyet hakkı sahibine dava hakkı tanınmıştır²⁴⁷. *Iulianus D.9.2.11.10*'da, ariyet hakkına sahip olana ve intifa hakkı sahibine *actio legis Aquiliae* verilmesi görüşünü savunmaktadır. Oysa *Ulp.D.7.1.17.3*'de *Sabinus* ve *D.9.2.11.10*'da *Ulpianus*, *actio utilis* verilmesi gerektiğini söylemektedirler. Ayrıca, kendi malına zarar veren malike karşı intifa hakkı sahibine *Paulus (D.9.2.12)*, bir *actio ad exemplum legis Aquiliae* tanımaktadır.

D.9.2.11.10 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus

²⁴⁵. Thomson'a göre, Cumhuriyet döneminde malik olmayanlar için de *actio legis Aquiliae* tanınmaktaydı. İmparatorluk hukukunda kısıtlayıcı yorumlar yapılmıştır, sh:216.

²⁴⁴. Honsell/Mayer-Maly/Selb, sh:367; Hausmaninger/Selb, sh:350; Di Marzo, sh:428; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:169 vd.; Kaser, ZPR, sh:252 vd.; Koschaker, sh:268.

²⁴⁷. Wesener, SZ, sh:100 vd.; Hausmaninger, sh:33; Liebs, RR, sh:210; Jörs/Kunkel/Wenger, sh:258; Windscheid, sh:643; Dernburg, sh:348.

tractat; Et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.

"Julianus, ariyet alan ve intifa hakkı sahibinin *actio legis Aquiliae*'ye sahip olup olmadığı problemini tartışır. Bu şartlar altında ben *utilis* dava'nın verilmesinin daha iyi olduğunu düşünüyorum."

Bu metin *D.47.2.46.1* ile kıyaslandığında, malik ve intifa hakkı sahibinin kanunda dava hakkına sahip olduğu ancak, intifa hakkı sebebiyle malikin menfaatlerinin kısıtlandığı görülecektir. MS.200 yılından itibaren intifa hakkı sahibi, zararını failden almak için, büyük ölçüde, dava hakkından yararlanmıştı²⁴⁸

D.7.1.17.3 (Ulp.libro XVIII ad Sab.): Si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandum numquam dubitavi.

"Eğer birisi bir köleyi öldürdüyse, intifa hakkı sahibine *actio legis Aquiliae* örneğine göre bir *actio utilis* verilmesi gerektiğinden asla şüphe etmedim."

D.9.2.12 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit.

"Ama üzerinde benim intifa hakkımın olduğu köleyi

²⁴⁸. Thomson'a göre, intifa hakkı sahibi, erken tarihlerden başlayarak *lex Aquilia*'ya dayanan dava hakkına sahip olabilir. Ancak klâsik hukukta, kanunun katı yorumu ve intifa hakkına verilen çağdas anlam ile sadece "*actio utilis*" dava hakkına sahip olacaktır, sh:209.

kendi sahibi yaralar veya öldürürse, ona karşı bana intifa hakkı değeri kadar *actio ad exemplum legis Aquiliae* verilmelidir. Bu degerde, o yılın henüz intifa hakkına sahip olmadığım bölümü de hesaba katılır²⁴⁹."

Benzeri şekilde, borçlunun aczinden korkulduğu halde veya alacak üzerindeki iddiasını kaybeden rehin hakkı

²⁴⁹. Ariyet hakkına sahip olan kişinin aktif dava ehliyeti tartışmalı idi. *Iulianus*'a göre, *actio legis Aquiliae* malike ait olduğundan, ariyet hakkı sahibi bu davayı açamayacaktır.

D.9.2.11.9 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere.

"*Iulianus* der ki: Elbise ariyet alan bunların birisi tarafından parçalanması durumunda *actio legis Aquiliae*'yi açamaz. Bu dava, daha çok, malike verilmiştir."

Karş. *D.13.6.19 (Iul.D.libro I): Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: Qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*

"Bir şeyi (ivazlı) emanet alan veya (ivazsız) kullanmak için alan kişinin, başkasının eşyaya hukuka aykırı verdiği zarardan sorumlu olmayacağına şüphe yoktur. Acaba hangi dikkat ve ihtimam ile bize bir kimsenin hukuka aykırı zarar vermemesini sağlayabiliriz?"

D.19.2.41 (Ulp.libro V ad Ed.): Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: Qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.

"*Iulianus*'a göre, başka birisi tarafından verilmiş bir zararla ilgili ona (yani emanet alana) dava açılmaz. Nasıl muhafaza edebiliriz ki, başka birisi tarafından hukuka aykırı zarar verilemesin? Ama *Marcellus*'a göre, bazı hallerde dava açılabilir. Eger eşyaya iyi nezaret etmiş olsaydı zarar verilmeyecek idiyse ya da muhafız (bekçi) kendisi zarar vermişse, *Marcellus*'un bu yorumu haklıdır."

Görüldüğü gibi, *D.19.2.41* ve *D.13.6.19*'da *Iulianus*'a göre, *commodator*'a bir dava açılmaz. *Custodia* yükümlülüğü yeterli değildir. *Marcellus* ise *commodator*'un sorumluluğunun tek tek her olay yönünden ele alınmasını söyler ve bazı hallerde ona karşı bir *actio utilis* dava tanır. Hausmaninger, sh:34; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:169, dn.180.

sahibine *D.9.2.30.1*'de *actio utilis* verilir²⁷⁰. Eger malik, üzerinde rehin bulunan esyaya kendisi zarar vermişse, rehin alacaklısına *D.9.2.17*'de *actio in factum* tanınmıştır. Rehinli mala başkasının zarar vermesi halinde, rehin alacaklısının açacağı dava, alacağının miktarı ile sınırlıdır; geri kalan miktar için, malik olarak rehin borçlusuna *actio legis Aquiliae* bırakılmıştır²⁷¹. Her iki durumda aktif dava ehliyeti, elinde tutana (*detentor*) da şamil olur. Rehin hakkı sahibinin köleyi öldürmesi veya yaralamasında malik, *actio legis Aquiliae* veya *actio pigneraticia*'dan birini açabilir.

D.9.2.18 (Paul.libro X ad Sab.): Sed et si is qui pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debet actor.

"Ama eger rehin alacaklısı köleyi öldürdü veya yaraladıysa, *actio legis Aquiliae* ve *actio pigneraticia* açılabilir. Ama davacı, bu iki davadan birisi ile yetinmelidir²⁷²."

Ulpianus, rehinli alacaklıya *actio in factum* verilmesi düşüncesindedir²⁷³.

²⁷⁰. Wolf, (SZ), sh:520 vd.

²⁷¹. Karş. *Gai.D.13.6.18.1*; *Paul.D.19.2.43* ve *Gai.D.19.2.25.5*.

²⁷². Wolf, (SZ), sh:520 vd.; Hausmaninger, sh:34; Pernice, *Sachbeschaedigungen*, sh:190 vd.

²⁷³. Bu hakkın kapsamı çok tartışılmıştır ve bu metin *D.9.2.30.1* ile çok büyük oranda *interpolatio*'ya uğramıştır. *D.9.2.30.1*'de yer alan "*consecuturus sit ab eo*" daki "*eo*" ile alacaklıya mı, yoksa faile mi gönderme yapıldığı açık değildir. "*eo*" ile alacaklının kastedilmiş olması daha iyi

D.9.2.17 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.

"Eğer malik kendi kölesini öldürürse, iyiniyetli zilyede veya rehin alacaklısına karşı *actio in factum*'dan sorumlu olur."

Rehin hakkı sahibinin, rehin hakkına konu olan köleyi öldüren malike karşı dava hakkı vardır^{e74}.

D.9.2.30.1 (Paul.libro XXII ad Ed.): Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit, sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.

"Rehin olarak verilmiş köle öldürülürse, dava borçluya (*debitor*'a) aittir. Borçlunun ödeme gücü olmadığı veya

bir Lâtinçe'dir. Metnin sonundaki bölüm *interpolatio*'dur. Bu sebeple Lawson (sh:65 vd.), klâsik hukuka itibar etmektedir. Thomson, sh:211.

^{e74}. Thomson, sh:211.

zamanaşımı dolayısıyla dava hakkını yitirdiği için menfaati bulunan alacaklıya da bir *actio utilis* verilip verilmeyeceği problemi ortaya çıkar. Bu durumlarda failin hem malike hem de alacaklıya karşı sorumlu olması haksızlıktır. Borçluya bu işte bir haksızlık (hukuka aykırılık) yapılmamıştır görüşü ayırt edilmelidir. Çünkü borç toplamında bu miktar hesap edilir ve o fazlayı alacaklıdan talep edebilir veya borçluya en baştan itibaren, zararın onun borcunu aştığı ölçüde dava verilebilir. Bundan dolayı böyle durumlarda borçlunun çaresizliğinden veya dava hakkını kaybetmesinden dolayı alacaklıya borcun yüksekliği ile sınırlı olarak bir *actio legis Aquiliae* verilebilir; böylece borçlu borcundan kurtulur. Zararın borcu aştığı miktar için borçlunun kendisi *actio legis Aquiliae* açar."

Ulpianus, iyiniyetli zilyedin dava hakkına sahip olup olmadığını değil, dava hakkına doğrudan mı, dolaylı mı sahip olduğunu tartışır.

D.9.2.11.8 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? Et magis in factum actio erit danda.

"İyiniyetle bir kimseye hizmet eden köle için, ona *actio legis Aquiliae* verilir mi? Burada daha çok *actio in factum* verilmesi sözkonusudur."

Müşterek eşyası zarar gören malik (*proportione dominii*) de, dava hakkına sahiptir. Müşterek malikin, sadece üçüncü şahsa karşı değil, bilâkis bir diğer müşterek

malike karşı da dava ehliyeti vardır²⁷⁵. Ancak tazminat sadece ilgili (zarar veren) müşterek malikten istenebilir.

D.9.2.19 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed si communem servum occiderit quis, Aquilia teneri eum Celsus ait: Idem est et si vulneraverit:

D.9.2.20 (Ulp.libro XLII ad Sab.): Scilicet pro ea parte, pro qua dominus est qui agat.

"Celsus'a göre, bir kimse müşterek malik olduğu köleyi öldürdüyse veya yaraladıysa, *lex Aquilia*'dan sorumludur. Yani hissesi oranında dava hakkı (diğer) malike aittir."

Celsus (D.9.2.27.14), ikinci kez dava açılmayacağını tekeffül etmişse, hasılat kiracısına da *actio in factum* tanır. Esasen sadece borçlar hukukuna ait hak sahibinin eşya ile ilgili olarak böyle bir dava açma hakkı yoktur. Tek istisna, henüz ayrılmamış semerelerin zarar görmesinden dolayı hasılat kiracısı lehine tanınmıştır²⁷⁴.

D.9.2.27.14 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetam alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum

²⁷⁵. Hausmaninger, sh:33.

²⁷⁴. Hausmaninger, sh:34; Kaufmann, sh:8; Koschaker ise, klâsik hukukta yalnız borç çeşitlerine göre hak sahibi olan hasılat kiracısına, ekine verilen zarar sebebiyle davanın verilip verilmediğinin şüpheli olduğunu belirtmektedir. Koschaker, sh:268.

Borç, vatandaşlara karşı bir yabancıнын veya tersine bir yabancıya karşı vatandaşın işlediği haksız fiilden de doğabilir. Bu durumda yabancılar da, vatandaş statüsünde değerlendirilir. Rein, sh:736.

debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.

"Eger sen başkasına ait ekinin içine yemlik çimen veya yabancı yulaf ektiysen ve bu sebeple ekini telef ettiysen, malik (ya da eger arazi kiralanmışsa hasılat kiracısı) sadece *interdictum quod vi aut clam* ile dava açmaz; *actio in factum* da açabilir. Eger kiracı bu davayı açtıysa, ikinci kez dava açılmayacağını tekeffül etmelidir, yani malik tarafından talep ileri sürülmesini engelleyecektir. Çünkü aynı türde zarar sözkonusu değildir; eger eşya bir taraftan telef olmuş ve değişmişse *lex Aquilia* uygulanırken, diğer taraftan eşyada bir değişme olmaksızın ayıklanması zahmetli bir şeyler karışmışsa, zararın bu türü için *lex Aquilia*'nın uygulanması sözkonusu değildir²⁷⁷."

D.9.2.27.32 irtifak hakkı sahibinin dava hakkıyla ilgilidir.

Genellikle, ilk zamanlarda irtifak hakkı mülkiyet hakkının bir türü olarak kabul edilmesine rağmen, irtifak hakkı sahibinin doğrudan doğruya bir dava hakkına sahip olduğu şüphelidir. Su yolu kemeri varken, mülkiyet arazi malikine aittir, inşaat malzemesinin sahibi sadece irtifak hakkına sahiptir ve metne göre, sonuç olarak, irtifak hakkı sahibinin *actio utilis* hakkı vardır²⁷⁸.

²⁷⁷. karşı. *Ulp.D.9.2.27.20*.

²⁷⁸. Thomson, sh:210.

D.9.2.27.32 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si quis aquae ductum meum diruerit, licet cementa mea sunt, quae diruta sunt, tamen quia terra mea non sit, qua aquam duco, melius est dicere actionem utilem dandam.

"Eger bir kimse benim su tesisatımı yıktıysa, bir *actio utilis* verilmesini söylemek daha doğru olacaktır. Esasen yıkılmış bulunan tuğlalar benim mülkiyetimde olmasına rağmen, üzerinden benim suyu geçirdiğim arazi parçası bana ait değildir."

Mirasçıların kanundaki dava hakkına ilişkin genel bir kural *D.9.2.23.8*'de verilmektedir. Haksız fiillerde genel kural basittir: Dava, mirasçılar haksız fiilden yararlanmadıkça, örneğin davalı mirasçı tayin edilmiş köleyi öldürdüğünde, dava aktif olarak intikâl eder fakat pasif olarak intikâl etmez²⁷⁹.

2. Davalı

Lex Aquilia'nın birinci ve üçüncü bölümüne göre, bir başkasına zarar veren kişi, bu zararı tazmin etmelidir. Kanunun ifadesine göre, hukuka aykırı fiili kim işlemişse bunu tazmin de yine aynı kişiye ait olacaktır. Modern hukuk açısından son derece normal görünen bu sonuç, Roma Hukuku'nda aile evlâtları (bu kişiler, kanunun nesredildiği yıllar dikkate alındığında, ne mamelek edinebilirler ve ne de buna bağlı olarak hükmolunan borcu ödeyebilirler) ve köleler (ki bunlar da mamelek edinmemek bir yana hiçbir hukuk

²⁷⁹. Thomson, sh:214.

davasında davalı olamazlar)²⁰⁰ dikkate alındığında, pek normal değildir. Bu sebeple, sözkonusu ifadeyi "... bir erkek ... şeklinde zarar verirse ... tazmin etmek zorundadır" şeklinde anlamak gerekir. Zira *sui iuris* olan bu kişidir ve kasdolunan da budur. Dolayısıyla, bu takdirde ilgili madde *sui iuris* erkeğe olduğu kadar, oğlunun haksız fiilleri sebebiyle *pater familias*'a ve kölenin haksız fiillerinden dolayı *dominus*'a da uygulanabilecektir. Yani, bu maddeler tazminatın, kim olursa olsun, yükümlü kişi tarafından ödenmesini zorunlu kılar. Bu kişi bazen failin kendisi bazen de bir başkasıdır²⁰¹.

Birden fazla kişinin zarar vermesi halinde, faillerden her biri ayrı ayrı para cezasının tamamını ödeyecektir; yukarıda belirtildiği gibi, yığılma (kumulatif) sorumluluk sözkonusudur.

Bu kural, klâsik dönemin sonlarına doğru, tazminat fonksiyonu da olan davalarda bazı hallerde terkedilmisti. Nihayet *Iustinianus*, bir çok failin bulunduğu karma davalarda (*actiones mixtae*) teselsül esasını kabul etmiştir. Dolayısıyla, zarar gören kişi faillerden birisine dava açarak zararını tazmin ettirdikten sonra, diğerlerini takip edemeyecektir. Bu durumda ceza, faillerden biri tarafından ödenmişse, diğerleri de sorumluluktan kurtulacaktır²⁰².

Yukarıda incelediğimiz gibi, dava, fail yönünden,

²⁰⁰. Koschaker, sh:263.

²⁰¹. Kelly, LQR, sh:76.

²⁰². Koschaker, sh:262.

pasiftir. Yani, mirasçılara geçmez. Çünkü cezalandırmanın amacı faildir, mirasçılar değildir. Ancak davanın başlangıcından sonra bu mümkündür.

Esasen, kisasın uygulandığı dönemde, bu sonuç son derece normaldir. Bu konudaki gelişmeler sonucunda, malvarlığını hedef alan diyete geçilmiştir. *Praetor*, aynı zamanda tazminat fonksiyonu olan haksız fiil davalarında, eğer failin malvarlığında bir zenginleşme olmuşa, failin mirasçılarına karşı, suçtan dolayı elde ettikleri şeyler için *actio in factum* tanıdı. Böylece mirasçılar, zenginleşmeden dolayı sorumlu tutuldular²⁸³.

Mirasçılara karşı, bu zenginleşmeden dolayı açılacak en uygun dava *actiones in id quod ad eum pervenit*²⁸⁴ ve *actiones in id quod locupletior factum est*²⁸⁵ dir.

Kocasının eşyasına zarar veren kadın da *lex Aquilia'* dan sorumlu olacaktır.

D.9.2.56 (Paul.libro II sententiarum): Mulier si in rem viri damnum dederit, pro tenore legis Aquiliae convenitur.

"Bir kadın, eğer kocasının eşyasına zarar verdiyse,

²⁸³. Koschaker, sh:261; Keller, Pandekten, sh:677; Maier, sh:6 vd.

²⁸⁴. *actiones in id quod ad eum pervenit*: müteveffadan elde ettiği kadarına müteallik dava. Ceza davaları failin mirasçılarına intikâl etmediginden, fail öldükten sonra mirasçılara intikâl eden iktisadî menfaat nisbetinde dava edilebileceğini gösteren deyim. Umur, Lügat, sh:15.

²⁸⁵. *actiones in id quod locupletior factum est*: zenginleşmiş olduğu nisbet dahilinde davalar. Mirasçının, haksız fiillerden elde ettiği menfaat kadar sorumlu tutularak davaya maruz kalabileceğini gösteren deyim. Umur, Lügat, sh:15.

lex Aquilia'nın esaslarına göre sorumludur²²⁶."

Köleler ve aile evlâtlarının²²⁷ yol açtıkları zararda, yukarıda da belirttiğimiz nedenlerle, zararı tazmin edecek kişi *pater familias* veya *dominus*'dur. *Pater familias*'ın veya *dominus*'un sorumluluğu *noxia sorumluluk*'tur²²⁸.

Bu aile reisinin, aile evlâtlarının; köle maliklerinin de kendi kölelerinin işledikleri suçtan dolayı sorumluluğudur. *Pater familias*'ın veya *dominus*'un sorumluluğunun derecesi, suçlunun değeri kadar olabilirdi.

Gai.I.4.75: ...Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.

²²⁶. *D.9.2.27.30 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si cum maritus uxori margaritas extricates dedisset in usu eaque invito vel inscio viro perforasset, ut pertusis in linea uteretur, teneri eam lege Aquilia, sive divertit sive nupta est adhuc.*

" Bir evli erkek, karısına kullanması için inci verdiyse ve kadın kocasının isteği hilafına veya bilgisi olmaksızın bu incileri kolye olarak takmak için deldiyse, kadın *lex Aquilia*'dan sorumludur. Ayrılmış olması veya hala onunla evli olması fark etmez."

²²⁷. de Vischer, *in manu* ve *in mancipio* kimselerle aile kızlarının bazı özel hükümlere tabi olduğunu, *actio noxalis* sonucunda *noxae deditio*'nun sadece erkek evlatlara inhisar ettiğini ileri sürmektedir, naklen Rado, *Armagan*, sh:698, dn.10.

²²⁸. *noxia/noxia*: Bir kimsenin haksız fiilinden başka bir kimsenin gördüğü zarar. Klâsik devirde bu deyim, *alieni iuris*'ler ve köleler tarafından işlenmiş haksız fiilleri, hayvanların verdiği zararları ve aynı zamanda haksız fiili işleyen kimselerin kendilerini göstermekteydi. Umur, *Lügat*, sh:142; Heumann/Seckel, sh:374; Berger, sh:600-601; Mommsen, sh:7 vd.; *Der Kleine Pauly*, IV, sh:182.

I.4.8.1: Noxa autem est corpus, quod nocuit, id est servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, iniuria.

"*Noxa*, zarar veren beden yani köledir; *noxia* da, bizzat haksız fiil, yani hırsızlık, gasp, mala verilen zarar ve hakarettir."

" ... Onların (aile evlâtları ve kölelerin) kötülüklerinin, efendilerine veya babalarına, bizzat kendi mevcudiyetlerinden daha fazla zarar vermeleri haksızlık olurdu."²⁸⁹

Zarar gören kimse, daha yüksek değerde bir tazminat talep ettiğinde, aile reisi/efendi, faili ona terketmekle sorumluluktan kurtulurdu²⁹⁰.

XII Levha Kanunu'nda (XII L.K. 12.2a) sınırlı haller için verilen ve *lex Aquilia* ile sınırları genişletilen *actio noxalis*'ler, cezayı gerektiren fiili işleyen bir hâkimiyet altında olması halinde tanınıyordu.

Aile evlâtları için *noxia sorumluluktan, noxia sorumlulugun* terki de mümkün kılması sebebiyle, daha sonra vazgeçilmiştir²⁹¹.

XII Levha Kanunu'nda ve Klâsik Dönem'de, "para cezasını ödemek" veya "zarar vereni mağdura teslim etmek" şeklinde yer alan *noxia sorumluluk*, *Iustinianus* Hukuku'nda *filius familias*'a uygulanmamaktaydı; *Iustinianus*

²⁸⁹. *Actio noxalis*'ler ya kanunlarla veya *praetor* beyannameleriyle ihdas edilmişlerdir. Burada kanundan doğmaktadır.

Gai.I.4.76: Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: Legibus, velut furti lege XII Tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum.

"*Noxia* dava ya kanunlarla ya da *praetor*'un *edictum*'unda düzenlenmiştir. Kanunlardan örneğin hırsızlığa ilişkin XII Levha Kanunu'nda, mala verilen zarara ilişkin *lex Aquilia*'da; *praetor edictum*larıyla, örneğin *iniuria* ve gasp hususunda."

²⁹⁰. Honsell, RR, sh:154; Waentig, sh:48 vd.; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:41 vd.; Honig, sh:295; Di Marzo, sh:420.

²⁹¹. Bkz. I.4.8.4.

Hukuku'nda, hür kişilerin mağdura teslimi yasak edilmişti. *Actiones noxales*'in konusuna sadece köle ve hayvanlar giriyordu²⁹². Aile evlâtlarını bizzat takip etmek gerekiyordu²⁹³. Bu, *Iustinianus Hukuku*'nda, aile evlâtlarının malvarlığı (*peculium*) elde etmiş olmalarıyla bağlantılıdır. *Peculium* kabul edilince, tazmin mükellefiyeti şahsileşmiş ve *alieni iuris*'ler de mağdura terkedilmek tehlikesinden kurtulmuştur. Dava, İmparatorluk Devri'nden itibaren sadece köleler ve hayvanlarla sınırlı kalmıştır (I.4.8.7)²⁹⁴.

D.9.2.27.3 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): *Servi autem occidentis nomine dominus tenetur.*

"(Birisini) öldüren kölenin sorumluluğu malike aittir."

Zarar gören kimse, malike (aile reisine) *actio noxalis* açardı²⁹⁵. Bu dava ile davalı ya zararı tazmine²⁹⁶

²⁹². Bir hayvanın verdiği zarara karşı açılacak dava "*actio de pauperie et de pastu*" dur. Ehil bir hayvanın, tabiatı hilafına hareket etmek suretiyle ika ettiği zararın, maliki tarafından tazmin edilmesini sağlayan ceza davası. Hayvanı *noxa* olarak zarar görene vermek suretiyle malik, sorumluluktan kurtulabilirdi. Umur, Lügat, sh:5.

Bkz. I.4.9.pr.

²⁹³. Haksız fiil işleyen aile evladı *actio poenalis* ile takip edilirdi. Rado, RH, sh:187.

²⁹⁴. Söllner, sh:54; Di Marzo, sh:421; Berki, sh:268; Koschaker, sh:264; Rado, Armağan, sh:12 vd.

Ceza davası (*actio poenalis*) ancak kölenin azad edilmesinden sonra kendisine karşı açılabilirdi. Çünkü, bilindiği gibi, köle davada taraf olamaz. Rado, RH, sh:187.

²⁹⁵. *actiones noxales*: Bir *alieni iuris* veya köle tarafından işlenmiş bir haksız fiilden veya bir hayvanın hareketlerinden zarar gören kimsenin, aile reisi veya malike karşı açtığı, munzam mahiyetteki davalar (*actiones adiecticiae qualitatis*). Bu davalarla ya vaki zararın tazmini veya zarar vermiş olan suçlu yahut hayvanın zarar

(*noxiam sarcire*) ya da suçlunun davacıya teslimine (*in noxam dedere*) mecburdu²⁹⁷ ²⁹⁸.

Davanın *formulasına*, borçlu olarak görülmesi gereken aile evlâdının ya da kölenin yerine, aile reisinin veya efendinin ismi yazılmak suretiyle bu kişiler davalı olurdu. Yani, açılan davada davalı, suçlu/fail sıfatıyla değil, "suç işleyen kimsenin üzerinde hâkimiyet sahibi olan kişi" sıfatıyla ve onun yerine (*servi vel filli nomine*) sorumlu olmaktadır²⁹⁹. Hâkimiyet hakkına sahip olan kimsenin pasif durumda kalması yeterlidir, zarar verenin alıp götürülmesine engel olursa, kendisi hakkında kişisel öc uygulamasına sebep olurdu. Zaten *noxæ* sorumluluğun esasını, davanın kaynağını, özel intikam sisteminde suçlu ve mağdurun *gens*'ini karşı karşıya getirme ihtimâlinin verdiği korkuda aramak gerekir. Suçluya hâkim olan kişi, mağdurun kabilesinin kendi kabilesi ile, intikam almak için,

görene teslimi gerekliydi. Umur, Lügat, sh:15.

²⁹⁶. Ancak, kamu suçlarında, hakimiyet sahibinin suçluyu teslim etmesi gerekir; bir miktar para vererek, *pater familias/dominus*, aile evladını veya köleyi kurtaramaz.

²⁹⁷. Honig, sh:295,296; Di Marzo, sh:420; Hausmaninger, sh:35.

²⁹⁸. I.4.8.2: *Summa autem ratione permissum est noxæ deditio defungi; namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

"Suçluyu *noxæ* olarak vermek suretiyle borçtan kurtulmak imkânının tanınması çok doğrudur; hakikaten, kölelerin kötülükleri yüzünden maliklerinin kendi maddî değerlerinden fazla zarar görmeleri hakkaniyete aykırı olurdu."

²⁹⁹. Köle azad edilmişse, köle iken işlediği haksız fiilden dolayı kendisine *actio in factum* açılırdı (D.44.7.20).

mücadeleye girmemesini temin amacıyla suçluyu mağdura terk ediyor ve onun üzerindeki haklardan geçici ve muayyen bir süre vazgeçiyordu. Aslında başkasının hâkimiyetine tâbi olup suç işleyen kimsenin mağdura teslim edilmesi, onun üzerinde hâkimiyet hakkı olan kimsenin *potestas*'ı ile çatışır. Roma Hukuku kaynakları, "*noxae dare*" yani hâkimiyete tabi olan kimse üzerindeki hakkın tamamen mağdura geçirilmesini öngörmemiştir³⁰⁰. Eğer böyle olsaydı, geçirmenin *mancipatio* ile yapılması gerekirdi. Oysa kaynaklarda "*noxae dedere*" den bahsolunmaktadır. Burada "*dedere*", "vermek, terketmek" anlamındadır³⁰¹. Dolayısıyla, hâkimiyet hakkına sahip olan kimsenin olumlu bir fiilde bulunması gerekmez; faili bırakması yeterlidir.

Noxa sorumlulukta yer alan, faili mağdura teslim veya para cezası ödenmesini, alternatif bir borç olarak anlamamak gerekir. Bu şekilde bir yorum yapılacak olursa, "*noxæ caput sequitur*" kuralını "*noxæ sorumluluk*" ile bağdaştırmak mümkün olmaz^{302 303}.

³⁰⁰. Koschaker, sh:263.

³⁰¹. Klâsik devirde, terkedilen aile evladı köle olmaz, *mancipium* altına girmiş olurdu. Zarar gören kimse, fail üzerinde bir hakimiyete dayanarak, onu çalıştırır, zararını telafi ettikten sonra serbest bırakırdı.

³⁰². Eğer alternatif bir borç olsaydı, *noxæ dedere*'ye dayanan borcun ifasına imkan kalmadığı için, eskiden hakimiyet hakkına sahip olan kişi para cezası ödeme borcu altına girerdi. Koschaker, sh:264.

³⁰³. *noxæ caput sequitur* (D.9.1.1.12): Bir köle veya hayvanın vermiş olduğu zarardan dolayı teslim edilmesi herkesten talep edilebilir. Bu ifade ile, işlenen haksız fiilden zarar gören lehine doğan hakkın faili takip ettiği kastedilir; fail malik değiştirdiğinde, *noxæ dava* yeni malike karşı açılırdı. Umur, Lügat, sh:142; Berger, sh:601; Koschaker, sh:264; von Vangerow, sh:620; Pernice, Labeo, I,

I.4.8.5: *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commisserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; aut si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxae deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit; nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse coeperit (quod casibus quibusdam effici primo libro tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio, quae ante directa fuisset.*

"Her *actio noxalis*, suçlunun şahsını takip eder. Böylece, şayet senin kölen bir *noxia* suçu işlemişse, senin hâkimiyetin altında bulundukça dava sana karşı açılır; başka birinin hâkimiyeti altına geçecek olursa, dava da bu kimse aleyhine intikâl etmiş olur; azad edilirse, köle doğrudan doğruya kendisi mesul olur ve *noxae deditio* sukut eder. Buna karşılık alelâde bir dava, *actio noxalis* haline gelebilir, böylece hür bir kimse *noxia* işler ve sonra senin kölen olursa (bu hallerin nasıl vuku bulduğunu birinci kitabımızda söylemiştik), evvelce doğrudan doğruya ona ikame edilecek olan dava, *actio noxalis* olarak sana karşı cereyan etmeye başlar."

Bu hükme göre *noxia sorumluluk*, o anda fiilen hâkimiyet sahibi bulunan kimseye aittir. Hâkimiyet hakkına sahip olan kimse, davanın her aşamasında faili terk etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Doğal olarak, sorumluluk failin

sh:119; II/1, sh:237; Hausmaninger/Selb, sh:339.

ölümü ile sona erer. Fail mağdurun hâkimiyeti altına girerse, *noxæ sorumluluk* ortadan kalkar. Çünkü mağdur, hâkimiyete dayanan suçtan dolayı hakkını bizzat elde etmek imkânını kazanacaktır. Suğun işlendiği anda fail *sui iuris* olup, davanın açıldığı anda *alieni iuris* ise, mağdura iadesi istenebilir. Buna karşılık, *sui iuris* hale gelen failin mağdura devri istenemez. Diğer bir ifade ile, eğer fail suçu işlediği sırada *sui iuris* olup da, dava esnasında hâkimiyet altında ise *actio noxalis* açılabileceği halde; suçu işlerken hâkimiyet altında bulunan fail bilahare *sui iuris* olsa dava açılmaz. Dolayısıyla *actio noxalis*'in açılıp açılmayacağı veya kime karşı açılacağı *litis contestatio* anındaki duruma göre belirlenir³⁰⁴. Ayrıca mağdurun, fiil ile *litis contestatio* arasında geçen süre içinde faili hâkimiyeti altında bulundurmamış olması gerekir (*D.47.2.17 pr*). Çünkü kendisi dava açmadan faili cezalandırmak imkânına sahiptir.

I.4.8.6: Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur; namque inter dominum et eum, qui in potestate est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque, et si in alienam potestatem servus pervenerit aut manumissus fuerit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit: Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemadmodum si dominus in

³⁰⁴. Rado, Armağan, sh:698.

servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

"Kölenin malikine karşı bir *noxia* işlemesi, hiç bir dava hakkı doğurmaz: Zira malik ile hâkimiyeti altında bulunan kimse arasında bir borç münasebeti doğamaz. Öyle ki, şayet bu köle başka birinin hâkimiyeti altına geçse veya azad edilse bile, ne bizzat ona karşı ne de o esnada hâkimiyeti altında bulunduğu kimseye karşı dava açmak mümkündür. Dolayısıyla, şayet başkasının kölesi sana karşı bir *noxia* işlerse ve sonra senin hâkimiyetin altına girerse, dava hakkı ortadan kalkar. Çünkü, bu halde, mümkün olmayan bir *deditio* hali söz konusu olmaktadır. Sonradan senin hâkimiyetin altından çıkarsa da davada bulunamazsın. Keza malik kölesine karşı bir suç işlerse de böyledir. Azat edilmiş veya başkasının mülkiyetine geçmiş olsa dahi, malikine karşı hiç bir davada bulunamaz. "

Fiili işleyen köle, sahipsiz bir köle durumunda ise, örneğin *servus derelictus*³⁰⁵ ise doğal olarak *actio noxalis* açma imkânı yoktur. Ancak, suçu işleyen kölenin mülkiyeti birisinde ve zilyedliği bir başka kimsede ise *Iex Aquilia*'ya göre *actio legis Aquiliae noxalis* zilyede değil malike karşı açılacaktır. Nitekim, kaçmış kölenin bir başkasına zarar vermesi halinde de, malik köleyi fiilen hâkimiyeti altında bulundurmamakla beraber, sorumludur

³⁰⁵, *servus derelictus*: terk edilmiş köle. Malikin terk ettiği köle kölelikten kurtulmuş olmaz, maliksiz köle ve *res nullius* olurdu. *Iustinianus* hukukunda terk edilmiş köle, hür olmuş sayılmaktaydı. Umur, Lügat, sh:198.

(Ulp.D.9.2.27.3)³⁰⁴.

Eger haksız fiil *pater familias*'ın veya *dominus*'un emri ile gerçekleşmişse ya da kusurlu davranmışlarsa, bu zararlar ilgili bilgileri varsa³⁰⁷ kendi fiilleriymiş gibi sorumlu tutulurlar. Aynı sorumluluk, haksız fiilin kendisinin engelleyebileceği şartlar altında işlenmesinde de sözkonusudur. Ancak bu halde sorumluluk hâkimiyete bağlı değildir, hâkimiyet ortadan kalksa bile sorumluluk devam eder³⁰⁸.

D.9.2.27.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): *Si servus communis, id est meus et tuus, servum meum occiderit, legi Aquiliae locus et adversus te, si tua voluntate fecit: Et ita proculum existimasse Urserius refert. Quod si non voluntate tua fecit, cessare noxalem actionem, ne sit in potestate servi, ut tibi soli serviat: Quod puto verum esse.*

"Senin ve benim müşterek mülkiyetimizde olan köle, benim bir kölemi öldürdüyse ve bunu senin rızan ile yaptıysa, sana karşı *lex Aquilia* uygulanır. *Urseius*, bunun *Proculus*'un görüşü olduğunu bildirir. Ama o, senin rızan ile bunu yapmamışsa, sadece sana hizmet ettiği için *actiones noxales* açılmaz. Bu bakış açısı bana göre de

³⁰⁴. D.9.2.27.3 ile ilgili tartışmalar için bkz. Rado, *Armağan*, sh:700 vd.

³⁰⁷. Burada bilgiden (*Scientia*'dan) kasıt, sadece efendinin kölenin suçuna hareketlerle veya sözlerle iştiraki değil, kölenin bu suçu işlemesine engel olacak durumda iken bunu yapmamış olmasıdır. Rado, *Armağan*, sh:703, dn.23.

³⁰⁸. Buckland, *Slavery*, sh:162; Honig, sh:295; Keller, *Pandekten*, sh:677; Pernice, *Labeo*, I, sh:119.

dogrudur."

D.9.2.44.1 (Ulp.libro XLII ad Sab.): Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est.

"Bir köle malikin bilgisi ile yaraladığı veya öldürdüğü zaman, malikin *lex Aquilia*'dan sorumlu olacağına şüphe yoktur."

D.9.4.2 pr (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim veditur dominus occidisse; Si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat.

"Bir köle efendisinin bilgisiyle öldürdüyse, efendi tam bir sorumluluk üstlenir. Çünkü bu, efendinin bizzat kendisinin öldürmesi olarak kabul edilir. Eger köle, efendisinin bilgisi olmaksızın öldürdüyse, efendiye karşı bir *noxa* dava verilir. Çünkü, kölenin bu fiilinden dolayı, köleyi teslim etmekten daha fazlasıyla sorumlu olmaz."

D.9.2.45.pr (Paul.libro X ad Sab.): Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit.

"Biz burada bilgiyi müsaade olarak telâkki ediyoruz. Eylemi yasaklayabilecekken bunu yapmayan sorumludur³⁰⁹."

³⁰⁹. *D.9.4.2.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibebat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. Et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem*

Ulpianus, bu hususta Celsus ve Iulianus arasındaki görüş ayrılığına değinir³¹⁰: Celsus, efendinin bilgisi olması halinde, sadece ona "suo nomine" dava açılacağını, ancak "actio noxalis servi nomine" açılmayacağını söyler.

Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commissit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octagesimo sexto scribit, "si servus furtum faxit noxiamve nocuit" etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.

" Fiili yasaklamayan kişi artık malik olsun yada olmasın bu davadan sorumludur. Çünkü malikin fiilin gerçekleştiği esnada bunu yasaklamamış olması önemlidir. Celsus'a göre, eğer köle tamamen veya kısmen devredilmiş veya azad edilmişse, noxa dava köleyi takip etmez. Çünkü efendisinin emrini dinleyen köle, hukuka aykırı davranmış olmaz. Eger efendi bir emir verdiyse, doğal olarak, bu söylenebilir. Eger efendi özellikle bir yasaklama yapmamışsa, biz onun eylemini nasıl mazur göreceğiz? Celsus, lex Aquilia ve XII Levha Kanunu arasında fark olduğunu söyler. Çünkü eski kanunda eğer köle efendisinin bilgisi ile bir hırsızlık yaptıysa veya başkasına zarar verdiyse, kölenin adına bir noxa dava vardır. Efendi, bu haksız fiilden sorumlu olmaz. Ama lex Aquilia'da, Celsus'a göre, efendi kölenin adına değil, kendi adına sorumlu olur. Celsus, her iki kanunun manasını, XII Levha Kanunu'nun bazı durumlarda sanki kölelerin efendilerine itaat etmemesine çabaladığı, lex Aquilia'nın (sanki) efendisine itaat eden köleyi mazur göreceği, itaat etmediği takdirde efendisi tarafından öldürüleceği şeklinde yorumlar. Iulianus'un 86 ncı kitabında yazdığı gibi, eğer "köle hırsızlık yaptı veya zarar verdiyse" ifadesinin daha sonraki kanunlara da tesmil edileceği kabul edilirse, şu söylenebilir: Efendiye karşı kölenin adına da bir noxa dava açılabilir. Ki bu sayede Actio legis Aquilia'nın himayesi, efendiye karşı köleyi mazur göstermez; aksine, efendiye külfet olur. Ama biz Iulianus'un fikrini doğru bulduk ve Marcellus tarafından da, Iulianus'a ait notlarında da, bu tasvip edilir."

Lex Aquilia'dan doğan actio noxalis'in intentio ve condemnatio örneği için bkz. Lenel, sh:202.

³¹⁰. von Lübtow, Lex Aquilia, sh:46.

Bu durumun *lex Aquilia* ile *XII Levha Kanunu* arasındaki farktan kaynaklandığını belirtir: *XII Levha Kanunu*, efendiye karşı bir *actio directa* vermez, kölesinin eylemini bilsin veya bilmesin, ya zararı tazmin etmek ya da köleyi *noxae* olarak vermek zorundadır. Dolayısıyla, "*noxae caput sequitur*" kuralı gereğince, daha sonraki malike karşı dava açılabilir. *Lex Aquilia* ise, efendinin bilgisi varsa, *noxae datio* hakkı olmaksızın sorumlu tutar. *Celsus*, bu farkın iki kanunun mantıklarındaki farktan kaynaklandığı görüşündedir. *XII Levha Kanunu*'na göre, köle efendisinin emrine uymayabilir; *lex Aquilia* ise itaati mazur görmektedir.

Iulianus, *Celsus*'un *lex Aquilia* ile ilgili yaptığı bu yorumu reddeder ve *XII Levha Kanunu*'nda yer alan ifadenin doğrudan doğruya değil, ama dolayısıyla diğer kanunlara da tesmil edilebileceğini söyler. *Iulianus*'un görüşüne *Marcellus* ve *Ulpianus* da katılmaktadır.

5.2. DAVALARIN YARIŞMASI

I. *Lex Cornelia*'dan Doğan Ceza Davası ile *Actio Legis Aquiliae*'nin Yarışması

Başkasına ait bir köleyi kasden öldüren kişi sadece *lex Aquilia*'dan değil, aynı zamanda *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*³¹¹'den de sorumludur. Ceza davası

³¹¹. *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*'e göre, nefrete yol açan usullere başvurarak bir kimseyi zehirleyen veya öldürücü ilaçları satanlar ölüme mahkum edilmekte idiler (I.4.18.5; D.48.8). Umur, Lügat, sh:221.

ve tazminat talebi bir arada bulunabilir³¹⁸.

D.9.2.23.9 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat: Et si lege Aquilia egerit, praeiudicium fieri Corneliae non debet.

"Eger bir köle kasıtlı öldürüldüyse malik, *lex Cornelia*'ya göre de dava açabilir. Ve eger daha önceden *lex Aquilia*'dan dava açıldıysa, bu durum *Cornelia*'ya dayanılmasına engel olmaz."

D.9.2.5.pr (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit non videbitur iniuria occidisse: Et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: Ergo et Cornelia tenebitur.

"Ama eger bir kimse, ona kılıç ile saldıran bir başkasını öldürürse bu, hukuka aykırı öldürme olarak telâkki edilmez. Aynı şekilde eger bir kimse, ölüm korkusu içinde bir hırsızı öldürürse, onun *lex Aquilia*'dan sorumlu olmayacağına şüphe yoktur. Ama, onu yakalayabilecekken öldürmeyi tercih ettiyse, hukuka aykırı eylem olarak telâkki edilmesi sözkonusudur. Bu nedenle *Lex Cornelia*'dan da sorumlu olacaktır³¹⁹."

³¹⁸. Liebs, Klagenkonkurrenz, sh:269; Hausmaninger, sh:36; Rein, sh:747.

³¹⁹. *D.47.10.17.7 (Ulp.libro LVII ad Ed.): Si iussu domini servus iniuriam fecerit, utique dominus conveniri poterit etiam suo nomine, sed si proponatur servus manumissus, placet Labeoni dandam in eum actionem, quia et*

Lex Cornelia'dan dolayı fail aleyhine açılan dava, *Quaestio de sicariis et veneficiis*³¹⁴ denilen ceza mahkemelerinde görülürdü.

II. Diğer Haksız Fiil Davaları ile *Actio Legis Aquiliae*'nin Yarışması

1. *Actio Iniuriarum* - *Actio Legis Aquiliae*

Ulpianus, *lex Aquilia*'dan doğan dava ile *iniuria*'dan doğan dava arasında fark olduğunu belirtmektedir:

D.47.10.7.1 (*Ulp. libro LVII ad Ed.*): ...*Quid ergo de lege Aquilia dicimus ? Nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum ? Non principaliter; nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est; at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno, ut vindicetur, non ut damnum sarciatur.*

"O halde *Lex Aquilia* hakkında ne söyleyeceğiz? Yani,

noxæ caput sequitur nec in omnia servus domino parere debet: ceterum et si occiderit iussu domini, Cornelia eum eximemus.

"Eğer bir köle, efendisinin emri üzerine bir *iniuria* ika etmişse, efendi her halukarda kendi adına da dava edilebilir. Kölenin azat edildiği kabul edilirse, *Labeo*'ya göre, ona karşı, bir yandan *noxæ sorumluluk* köleyi takip ettiği için, diğer taraftan köle efendiyi her zaman dinlemek (efendiye itaat etmek) zorunda olmadığı için, dava açılmalıdır. Bunun dışında eğer efendinin emri ile öldürdüyse, biz onu *lex Cornelia* vasıtası ile beraat ettireceğiz."

³¹⁴. *Quaestio de sicariis et veneficiis*: Önceleri *lex Sempronia* ile, sonra *lex Cornelia* ile düzenlenmiş olup; adam öldürmek suçundan başka büyüçülük, yalancı şahitlik ve idam cezalarında haksız verilmiş kararlar, insanları kurban etmek gibi suçları tetkik ederek cezalandıran ceza mahkemesi. Umur, Lügat, sh:175.

bu dava, bir kölenin öldürülmesini kapsar mı? Genellikle hayır. Çünkü, burada genellikle efendiye verilen zarardan dolayı dava açılır; *actio iniuriarum* ise döverek öldürme veya zehirlemeden dolayı cezalandırmak için açılır, verilen zararın tazmini için değil."

Daha sonra, parçada, iki dava arasındaki net fark ortaya konulmaktadır:

D.47.10.15.46 (Ulp.libro LVII ad Ed.): Si quis servo verberato iniuriarum egerit deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

"Eğer bir kimse başkasının kölesini sopa ile döverse *Labeo*, *actio iniuriarum* ve ayrıca *actio legis Aquiliae* açılacağını yazar. Burada bir tartışma sözkonusu değildir. Çünkü bu dava kusur ile verilen zarara, diğeri şahsiyete yapılan tecavüze (*iniuria*) ilişkindir."

Labeo'nun görüşünü *Ulpianus* da paylaşmaktadır²¹⁵.

D.9.2.5.1 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): ...et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumelia.

"*Actio legis Aquiliae* ve *actio iniuriarum* bazen bir arada bulunurlar. Herşeyden evvel, birisi zarardan diğeri hakarettten iki zarar verme vardır."

Metinlerden de görüldüğü gibi, başkasına ait bir köleyi yaralayan kimse, bir yandan *damnum iniuria datum*'un diğeri taraftan *iniuria*'nın unsurlarını gerçekleştirmiş

²¹⁵. Aynı şekilde. *Papian.D.48.5.6.pr.*

olabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda, iki dava sözkonusudur: *actio iniuriarum* ve *actio legis Aquiliae*³¹⁴.

Bu noktada, ilk davada yer alan *litis contestatio* ile davalının *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*³¹⁷ dolayısıyla ikinci davadan beraat ettirilip ettirilmediği, *eadem res*'in³¹⁸ mevcut olup olmadığı tartışmalıdır³¹⁹.

Paulus D.44.7.34 pr.'da bu durumu tartışır ve her iki davanın birlikte açılabileceğini kabul eder; hatta, ikinci davanın sonundaki elde edilecek tazminattan, birinci davada elde edilenin mahsup edilmesi gerektiğini belirterek, bu davaları sadece alternatif nitelikte gören hukukçulara itiraz eder.

D.44.7.34 pr (Paul.libro III Decretorum): Qui servum

³¹⁴. Hausmaninger, sh:36; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:80; Pernice, *Labeo*, II, 1, sh:45 vd.; Levy, *Konkurrenz*, II, 1, sh:182 vd.

³¹⁷. *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*: Aynı kişiler arasında, aynı ihtilaftan dolayı ikinci defa dava açan kimseye karşı kesin hüküm veya ihtilafa müteallik *formulanın* artık kesinleşmiş yani *litis contestatio*'su yapılmış olduğunu beyan ederek, davalının ileri sürdüğü def'i; kesin hükme veya *formulası* yapılmış ihtilafa müteallik def'i. *Litis contestatio*, davalı ve davacı arasında, mevcut borcun yerine yenisini ikame eden bir muamele sayılmaktan çıktıktan sonra, yani *cognito extra ordinem* usulünde sadece bir *exceptio rei iudicatae* olmuştur. Umur, Lügat, sh:68.

³¹⁸. *eadem res*: aynı şey; bu ifade "aynı konu üzerinde iki defa yargı hakkı olmaz" anlamına gelen "*bis de eadem re ne sit actio*" cümlesi için sözkonusu edilir. Umur, Lügat, sh:63.

³¹⁹. Hausmaninger, sh:36; Liebs, *Konkurrenz*, sh:73 ve 243; Wittmann, *SZ*, sh:294 vd.; Raber, *Iniuriensprüche*, sh:110 vd.; Lewinson, sh:12.

alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum; (-iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa, et ideo possunt utrae competere- sed quidam, altera electa alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit; sed si aute iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit agatur; rationalibus itaque est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit, actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi)²²⁰.

Bu metne göre, kim bir başkasının kölesini hukuka aykırı olarak döverse, bu tek fiilden dolayı hem *actio iniuriarum* hem de *lex Aquilia*'dan doğan davaya maruz kalacaktır. Zira *iniuria*, *dolus*'u gerektirir, zarar ise *culpa* ile ika edilir. Her iki davadan da yararlanılabilir. Bazı hukukçulara göre bu davalardan birisi seçildiğinde diğeri kaybedilir. Aslında *lex Aquilia*'dan doğan davanın tercih edilmesi gerektiğini düşünenlere göre *actio legis Aquiliae* tercih edildiğinde *actio iniuriarum* sona erer.

²²⁰. Parantez içinde yazılmış bölüm, büyük bir ihtimalle, sonradan ilâve edilmiştir; hakiki değildir, Liebs, *Klagenkonkurrenz*, sh:73 ve 243; Schulz, *Classical*, sh:598. Bkz. buna karşı Raber, *Iniurienanspruche*, sh:115. von Lübtow, "*iniuria enim*" den, "*competere*" ye kadar olan bölümün gerçek olmadığını belirtmektedir, *Lex Aquilia*, sh:81.

Metinde yer alan *interpolatio* ile ilgili olarak ayrıca bkz. Wittmann, *SZ*, sh:294 vd.

çünkü sebep olunan zararın değerinin ikinci kez ödettirilmesi (tazmin ettirilmesi) hakkaniyete aykırı olur. Ancak bu hukukçular eğer önce *actio iniuriarum* açıldıysa *Iex Aquilia*'dan doğan davanın muhafaza edileceğini ileri sürmektedirler. *Fraetor* da bu düşüncede olmalıdır ve kararında *Iex Aquilia*'dan doğan talebin birinci davayı aşan kısmına izin vermelidir. Böylece makûl olan, kişinin istediği davayı seçmesi ve geri kalan kısım için diğer davayı açmasıdır.

Ulpianus'un belirttiğine göre *Labeo*, *eadem res*'i kabul etmez. *Labeo*'nun görüşü doğrudur ve *Ulpianus* tarafından da paylaşılmaktadır. Gerçi her iki davanın sebebi yani *verberare*'nin unsurları aynıdır ama, amaçlar farklıdır: *Actio iniuriarum* kişilik yaralanmalarını cezalandırır; *actio legis Aquiliae* ise *verberare* dolayısıyla zararın tazminini amaçlar. Bundan dolayı her iki dava, tereddütsüz bir şekilde bir arada bulunabilir.

Iustinianus'dan önce, Klâsik Sonrası Dönem'den bir araştırmacı, kendi zamanındaki fikir ayrılığından bahseder³²¹: *Verberare* dolayısıyla (*actio legis Aquiliae* ve *actio iniuriarum*) iki dava oluşur. Bu fikre göre, bir davanın seçilmesi bir başka davanın açılması imkânını ortadan kaldırır. Bu görüşün klâsik sonrası dönemdeki savunucuları, davaların farklı amaçları ve eylemlerin farklı hukuki niteliklerini unutarak, "*eadem res*"i kabul ettiler.

Bu görüşü kabul edenlerden bazıları bir ayırım

³²¹. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:81.

yapmışlardır: Eger önce *actio legis Aquiliae* açılmışsa, artık *actio iniuriarum* açılmaz. Çünkü, *condemnatio*'da belirtilen miktarı ödemiş²²² olan davalının bir kez daha ödemeye mahkûm edilmesi uygun olmaz. Bu farklılığın esası şüphelidir. Yani fail zararı tazmin ettikten sonra davacının, neden ayrıca şahsiyete tecavüz halinde tarziye isteyememesi anlaşılabilir. Diğer fikre göre, önce *actio iniuriarum* açıldıysa, davacı daha sonra *actio legis Aquiliae* açabilir; eger davacı bununla yetinmeyip *actio legis Aquiliae*'den doğan miktar üzerindeki talebi için (*amplius*) dava açmışsa, bu fikre *praetor* karşı çıkabilir.

Araştırmacının çalışmasında belirttiği gibi, bu iki davadan hangisinin daha önce açılmış olduğunun bir fark yaratmaması daha mantıklı, daha rasyoneldir.

2. *Actio Legis Aquiliae* - *Actio Furti/Condictio Furtiva*²²³

Ulpianus, D.47.1.2.3'de, *actio legis Aquiliae* ile

²²². *Condemnatio*: *Formula* içinde şartlı bir cümle olan *intentio*'yu neticeye bağlayarak hâkime, davacının iddiasının ispat edilip edilememiş olmasına göre, davalıyı beraat ettirmesi veya mahkûm etmesi hususunda emir ve yetki veren kısım. *Formula* usulünde mahkûmiyet, daima bir miktar para üzerinden olmaktadır.

Condemnare: Hâkimin gerek davacı gerek davalı aleyhine karar vermesi.

Bkz. Umur, Lügat, sh:42; Heumann/Seckel, sh:87.

²²³. Geniş bilgi için bkz. Tahiroğlu, *Furtum*, sh:126 vd.

condictio furtiva'nın³²⁴ yarışmasını inceler:

D.47.1.2.3 (Ulp.libro XLIII ad Sab.): *Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an nihilominus lege Aquilia agi possit. Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus.*

"Eger *condictio furtiva* varsa (açılmışsa) *lex Aquilia*'dan doğan davanın açılıp açılmayacağı tartışılmıştır. *Pomponius*, tazminatın bir tanesi *actio legis Aquiliae* (dan) diğeri *condictio furtiva* (dan) olduğu için açılabileceğini yazmıştır. Zira, (*lex*) *Aquilia* o yıl içindeki en yüksek değeri kapsar, *condictio furtiva* ise kararın alındığı zamandan geriye doğru yürümez."

Bu iki davayı *Pomponius* birlikte kabul eder. Çünkü, *condictio* ile hırsızlıktan dolayı zararın tazmini, *actio legis Aquiliae* ile kölenin öldürülmesinin cezalandırılması talep edilir. *Condictio furtiva*, *actio furti*'de olduğu gibi, genel kurallara uygun bir ceza davası değil, bir tazminat davasıdır. Orjinal metin üzerinde çalışsan daha sonraki araştırmacılar, davaların farklı nitelikte

³²⁴. *Condictio furtiva*: Hırsıza (*fur*) karşı, zarara maruz kalan kimseye verilen ve hırsızın mirasçılarına karşı karşı da ikame edilebilen tazminat davası. Burada bir sebepsiz zenginleşme olmamakla birlikte, *Gaius*'a göre maksat, hırsıza karşı bir kaç dava açılabilmesinin istenmesi idi. Umur, Lügat, sh:43.

Condictio furtiva'da zararın hesaplanması için bkz. Kaser, *Quanti*, sh:120 vd.

faydalarının olduğunu tesbit etmişlerdir. *Lex Aquilia*'ya göre davacı, öldürülen kölenin son bir yıl içindeki en yüksek değerini alacaktır. *Condictio* ile ona sadece kölenin öldürüldüğü zamandaki değeri ödenir. Geri kalan miktarı davacı, *actio legis Aquiliae* ile elde etmelidir.

Actio furti ve *actio legis Aquiliae*'nin bir arada bulunup bulunmayacağı sorununa gelince³²³: Bazı metinlerde tartışmasız bir şekilde bu iki davanın birlikte açılabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, başkasına ait bir köle önce çalınır ve sonra da öldürülürse, iki haksız fiil meydana gelecektir: *furtum* ve *damnum iniuria datum*. Dolayısıyla, bu haksız fiillerden doğan iki dava da açılabilir.

D.9.2.27 pr (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Si servus alienum subriperit et occiderit, et Iulianus et Celsus scribunt et furti et damni iniuriae competere actionem.

" Eger bir köle, başkasına ait bir köleyi sürükleyerek götürüp öldürdüyse, *Iulianus* ve *Celsus*, hem *actio furti* hem de *actio damni iniuriae* açılabilirliğini yazar."³²⁴

³²³. Levy, *Konkurrenz*, I, sh:463 vd.; Kaser, *Quanti*, sh:120 vd.

³²⁴. *D.9.2.51.2 (Iul.D.libro LXXXVI): cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.*

" Eger birden fazla kişi, hırsızlık kasdıyla, birlikte başkasına ait, hiçbirisinin tek başına taşıyamayacağı bir kalası taşıdırsa, onlardan hiçbirisinin bu kalası gerçekten taşıyamadığına göre sorumlu olmayacağı söylenebilirse de, hepsi *actio furti*'den sorumludur."

Sorumluluğun şeklinin, hukuka aykırı zarar verme ile ilgisi, genel olarak *D.9.2.32 pr*'da ifade edilmiştir.

D.9.2.32 pr (Gai.libro VII ad Ed. provinciale): Illud quaesitum est, an quod proconsul in furto observat quod a

Bir kimsenin başkasına ait bir belgeyi ele geçirip, aynı yerde yırtması olayında *Ulp.D.47.2.27.3*'de, hem *actio furti* hem de *actio legis Aquiliae* tanınır. *Pomponius* ise, *D.9.2.41.1*'de, sadece *actio legis Aquiliae* verileceği görüşündedir.

D.47.2.27.3 (Ulp.libro XLI ad Sab.): Sed si quis non amovit huiusmodi istrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrumpit.

"Ama bir kimse böyle bir belgeyi alıp gitmez, aksine okunamaz hale getirirse, *actio furti* değil, *actio legis Aquiliae* de açılır. Çünkü belgeyi bozan kişinin fiili *rumpere*'dir"³²⁷.

familia factum sit (id est ut non in singulos detur poenae persecutio, sed sufficeret id praestari, quod praestandum foret, si id furtum unus liber fecisset) debeat et in actione damni iniuriae observari. Sed magis visum est idem esse observandum, et merito: cum enim circa furti actionem haec ratio sit, ne ex uno delicto tota familia dominus careat aequae ratio similiter et in actionem damni iniuriae interveniat, sequitur, ut idem debeat aestimari, praesertim cum interdum levior sit haec causa delicti. Veluti si culpa et non dolo damnum daretur.

" Kölelerin yaptığı hırsızlıkta, prokonsulun hesaba kattığı şeyin hukuka aykırı zarar vermeden doğan davada hesaba katılıp katılmayacağı şüpheliydi (aslında her bir köle için bir para cezası değil, aksine bir özgür hırsızlık yapsaydı ne ödeyecek idiyse, o kadarının ödenmesi yeterlidir). Hakim görüş, bunun hesaba katılması şeklindedir ve yerindedir. Eger *actio furti*'de düşünce, efendi bir haksız fiil dolayısıyla bütün kölelerini kaybetmek zorunda değildir şeklindeyse ve bu fikir benzer şekilde hukuka aykırı zarar vermeden doğan davada da uygulanırsa, bundan çıkan sonuç aynı değerlendirmenin yapılmasıdır. Ancak bu defa suçun bu türünün daha hafif olması, yani zararın kasden değil ihmal suretiyle verilmesi sözkonusudur."

³²⁷. *D.47.2.27.2 (Ulp.libro XLI ad Sab.): Apocha quoque si fuerit subrepta, aequae dicendum est furti actionem in id quod interest locum habere: sed nihil mihi videtur interesse, si sint et aliae probationes solutae*

D.9.2.41.1 (Ulp.libro XLI ad Sab.): *Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: Nam furti non tenebitur: Cum facto enim etiam animum furis furtum exigit.*

"Pomponius'un dediği gibi, bir kimse bir belgeyi tahrip ettiyse, hırsızlıktan değil, sadece hukuka aykırı zarar vermeden sorumlu olacaktır; örneğin, eğer hırsızlık kasdı ile değil zarar verme kasdıyla tahrip ettiyse. O, hırsızlıktan sorumlu tutulamaz, çünkü hırsızlık olması için, eylemin yanında hırsızlık kasdının da bulunması gerekir."

Eğer bir belge önce çalınır, sonra yok edilirse Paulus, sadece *actio furti* verir.

D.47.2.28 (Paul.libro IX ad Sab.): *Sed si subripuit priusquam debeat, tanto tenetur, quanti domini interfuit non subripi: delendo enim nihil ad poenam adicit.*

"Bir kimse bu belgeyi tahrip etmeden önce çaldıysa, sadece malikin hırsızlığın yapılmamasındaki menfaatlerinden sorumludur. Tahrip etme dolayısıyla cezasına hiçbir şey ilâve etmez."

Labeo, başkasına ait bir ağacın kesilip çalınması

pecuniae.

" Eğer bir makbuz çalınmışsa, davacının menfaatinden dolayı, *actio furti*'nin uygulanacağına karar verilir. Ama eğer, paranın ödendiği başka bir türlü ispat edilebiliyorsa, bana, burada menfaat yok gibi görünüyor."

halinde *actio arborum furtim caesarum*²²² ile *actio legis Aquiliae*'yi şartsız olarak birleştirir. *Trebatius* ve *Paulus* ise, *actio legis Aquiliae*'ya ancak ilk davada elde edilemeyen tazminat için müracaat edilebileceğini savunurlar.

D.47.7.1 (Paul.libro IX ad Sab.): Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: Sed Trebatius ita utramque dandum, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet.

"Eğer olgun bir ağaç kesildiyse, *Labeo*'ya göre, hem *XII Levha Kanunu* hem de *lex Aquilia*'dan doğan davalar uygulanmalıdır. *Trebatius* ise daha sonra açılacak davadan, ilk açılan davada elde edilen miktarın düşülmesi ve geri kalana karar verilmesi halinde, bu iki davanın birlikte açılabilirliği düşüncesindedir."

III. *Lex Aquilia*'nın Birinci Ve Üçüncü Bölümündeki Taleplerin Yarışması

Birinci bölümdeki "öldürme" ve üçüncü bölümdeki "yaralama", *lex Aquilia*'daki iki ayrı haksız fiil unsurudur ve esasen bu bölümlerden doğan davalar birbirinden

²²². *actio arborum furtim caesarum* : *XII Levha Kanunu*'na göre, başkasına ait ağaçları kesip çalan kimseye karşı açılan ceza davası. Umur, Lügat, sh:2; Berger, sh:341. Ayrıca bkz. Liebs, *Klagenkonkurrenz*, sh:214; Hausmaninger, sh:37.

bağımsızdır³²⁹.

Fail eylemi ile köleyi önce yaralar sonra öldürürse, *Gaius*'a göre, bir yığılma meydana gelir, yani her iki dava ayrı ayrı açılabilir³³⁰. Yaralamadan çok sonra bu köle ölürse, *lex Aquilia*'ya göre, önce yaralamadan sonra ölümden, iki kez dava açılması mümkündür. Fail, üçüncü bölüme göre yaralamadan, ayrıca birinci bölüme göre ölümden sorumludur³³¹. Yaralanan köle, bir yılın geçmesinden evvel ölürse, burada iki ayrı ceza verilmiş olur³³².

D.9.2.32.1 (Gai.libro VII ad Ed. provinciale): Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso: duo enim sunt delicta. Aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit: Tunc enim una erit actio de occiso.

"Bir kimse bir köleyi yaralar ve sonra onu öldürürse, hem yaralamadan hem de öldürmeden sorumlu olur. Çünkü, iki haksız fiil vardır. Ancak buna karşı, birisi bir diğeri saldırıda birden fazla yaralayarak öldürdüyse, öldürmeden dolayı bir dava verilmelidir."

Bu bağımsız yapıya rağmen, *D.9.2.46* ve *D.9.2.47*'de, *lex Aquilia*'nın iki bölümünden doğan davaların yarışması ele alınmıştır:

³²⁹, von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:66-67; Hausmaninger, sh:37.

³³⁰, Levy, *Konkurrenz*, I, sh:470 vd. ve II, 1, sh:179.

³³¹, Levy, *Konkurrenz*, I, sh:485.

³³², von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:66; Pernice, *Sachbeschädigungen*, sh:25.

D.9.2.46 (Ulp.libro L ad Sab.): Si vulnerato servo lege Aquilia actum sit, postea mortuo ex eo vulnere agi lege Aquilia nihilo minus potest.

"Eğer bir kölenin yaralanmasından dolayı *lex Aquilia*'dan doğan dava açılmışsa, bu yaradan daha sonra ölse de, hiçbir şekilde bir daha *lex Aquilia*'dan doğan dava açılmaz."

D.9.2.47 (Iul.D.libro LXXXVI): Sed si priore iudicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si inito de occiso homine egisset.

"Ama eğer ilk davada zarar tesbit edilmeden önce köle ölmüş ve malik öldürmeden dolayı dava açmışsa, bu davada bir *exceptio doli mali* verilir; böylece malik, eğer başlangıçta kölenin öldürülmesinden dolayı dava açsaydı elde edeceğinden daha fazlasını iki davada elde edemez."

O halde, yaralanan kölenin sahibi tarafından üçüncü bölüme dayanılarak bir dava açıldıktan sonra, köle bu yaralama sebebiyle ölse, *Ulpianus*, *D.9.2.46*'ya göre dava vermez³³³. Ancak, üçüncü bölümden doğan davanın tesbit edilmesinden (*litis contestatio*) önce köle ölürse, bu durumda öldürmeden dolayı dava verilmelidir³³⁴.

³³³, von Lübtow'a göre, *Gaius*'dan beri tartışmalı olan durumun aksine, burada tek bir fiil vardır ; öldürücü yaralama, *Lex Aquilia*, sh:67.

³³⁴, *Sabinus*, efendinin bu *litis contestatio*'ya rağmen *actio de occiso* açabileceğini kabul eder; çünkü, her iki davada cezanın yüksekliği farklıdır. von Lübtow, *Lex*

Iulianus'a göre, *D.9.2.47*'de, başlangıçta ölüm meydana gelseydi, birinci bölüme göre davacının elde edeceğinden daha fazlası ikinci davada verilmez. *Iulianus*'a göre, bu yağılma iki bakımdan haksız olur: Birincisi, bir eyleme ceza verilir. İkinci olarak, eğer köle öldürücü yaralamadan dolayı kanunda belirtilen süre içinde ölseydi, başından itibaren sadece öldürmeden dolayı dava açılacaktı. Bu sebeple davalıya *exceptio doli mali* verir^{335 334}.

IV. Akitlerden Doğan Davalar ile *Actio Legis*

Aquiliae'nin Yarışması

Kaynaklarda yer alan davalar ile, yani *actio ex locato*, *actio pro socio*, *actio commodati*, *actio pignoratitia* ve *actio depositi* ile *actio legis Aquiliae* birlikte açılabilir³³⁷. Ancak, metinler incelenirken

Aquilia, sh:67.

³³⁵. Levy, *Konkurrenz*, II, 2, sh:180'deki sınırlamaya karşılık; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:67 ve Liebs, *Klagenkonkurrenz*, sh:208'e göre, iki ayrı haksız fiilde her eyleme münferid ceza gerekir.

³³⁴. *Exceptio doli mali*: Hileli olarak yapılan bir muamele sonucu, alacaklı durumuna girmiş olan bir kimsenin açtığı dava karşısında, davalının beraat etmesini mümkün kılmak için davalıya tanınmış def'i, hile def'i. Umur, Lügat, sh:67.

³³⁷. von Lübtow, *actio legis Aquiliae*'nin cezai yönü dolayısıyla, akitten doğan davalar ile yarışmasını kabul eder. Yazara göre, ilgili metinlerde *interpolatio* vardır, *Lex Aquilia*, sh:69. Cuq ise ariyet akdinde, ariyet alanın sakarlık sebebiyle kendisine verilen eşyayı kırması halinde (*D.44.7.34.2*) (*D.9.2.27.9*) *lex Aquilia*'dan doğan davanın açılmasını ancak "sakarlık akdin gerektiği özen derecesini aşıyorsa" mümkün görmektedir, sh:607, dn.1.

görülebileceği gibi, iki davanın birlikte açılması halinde davacı, ikinci davadan feragat etmeye *officium iudicis*³³⁸ çerçevesinde zorlanırdı.

Gaius, D.19.2.25.5'de, hasılat kiracısının sorumluluğunu tartışır; *actio legis Aquiliae* ile yarışmasına değinir.

D.19.2.25.5 (Gai.libro X ad Ed. provinciale): Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam; sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.

"Eger hasılat kiracısı ağaçları kesmişse, sadece kira akdinden değil, aynı şekilde *lex Aquilia*'dan da, bunun yanında *XII Levha Kanunu*'nda olduğu gibi gizlice ağaç kesmesinden dolayı ve *interdictum quod vi aut clam* sorumludur. Kira akdinden doğan dava hakkında karar veren hâkimin görevi, kiraya vereni geri kalan davaları açmamaya zorlamaktır"³³⁹.

³³⁸. *Officium iudicis*: Mahiyeti belirtilmiş bir ihtilafı halletmek üzere hakime verilmiş vazife. *Formula* usulü zamanında bu vazifeyi icra ederken hakimin rolü, davanın hüsnüniyet davası (*iudicium bonae fidei*) veya dar hukuk davası (*iudicium stricti iuris*) olmasına göre değişirdi. Birincilerde takdir selahiyeti nisbeten geniş, ikincilerde ise çok mahduttu. Taraflar arasındaki hadiseleri serbestçe takdir ederek kararını, kanaatine uygun şekilde verirdi. *Formula* devrinde hakim, hususi bir şahıs olduğundan, halletmek üzere çağırılmış olduğu ihtilaf sona erince, hâkimlik vazifesi de biterdi. Umur, Lügat, sh:146.

³³⁹. Bkz. *Paul.D.9.2.18* ve benzeri şekilde *Gai.D.13.6.18.1*.

D.13.6.18.1 (Gai.lib. IX ad Ed. provinciale): Sive autem pignus, sive commodata res sive deposita deterior ab

Urseius Ferox'un³⁴⁰ belirttiğine göre, *Sabinus Coll.12.7.9*'da, kölesinin çıkardığı yangından dolayı hasılat kiracısının akidden doğan sorumluluğunu değil, *lex Aquilia*'daki *nox*a sorumluluğunu kabul eder. Çünkü, haksız fiil ve kira akdi arasında illiyet bağı yoktur. Buna karşılık *Proculus*, akidden doğan sorumluluğu da kabul eder³⁴¹.

D.9.2.27.11 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. Sed haec ita, si culpa colonus careret: Ceterum si noxius servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. Idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: Quae sententia habet rationem.

eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae sed si qua eorum actum fuerit, aliae tolluntur.

" Eger rehnedilmiş, ödünç alınmış veya emanet edilmiş eşya yeddinde bulunan tarafından bir zarar verilmişse, sadece bunlarla ilgili davalar değil, *actio legis Aquiliae* de uygulanır. Ama eger bunlardan biri açılmışsa, diğerleri açılmaz. "

³⁴⁰. *Urseius Ferox*: M.S.1 inci yüzyılın sonlarında yaşamış, klâsik hukukçu. *Iulianus*'un onun hakkında yazdığı bir şerhi ile tanınmaktadır. Umur, Lügat, sh:218.

³⁴¹. Bu düşüncenin temeli, kiracının kendi hâkimiyetinde olan kişilerin kiralanan eşyaya zarar vermemesi veya tahrip etmemesine dikkat etmesi gerekliliğine dayanır. *Proculus*, kiracıya, zararı tazmin etmek veya zarar vereni teslim etmek arasında bir seçim hakkı tanır. *Ulpianus* da, *D.19.2.11.pr*'dan anlaşıldığına göre, bunu doğru bulur. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:71; Wieacker, sh:246; Tamer-Güven, sh:83 vd.

"*Proculus* der ki: Eger bir hasılat kiracısının kölesi evi yakmışsa, kiracı ya akidden veya *lex Aquilia*'dan sorumlu olur, bu durumda kiracı köleyi *noxae deditio* ile bırakabilir ve eger dava dolayısıyla bir şeye karar verilmişse, artık diğeri istenemez. Bu durum kiracının kusuru yoksa sözkonusudur. Eger o (kiracı), tehlikeli bir köleye sahip ise, hukuka aykırı zarar vermeden sorumlu olur. Çünkü, böyle bir köleyi tutmaktadır. *Proculus*, bunun bir evi kiralayan kiracı için de geçerli olduğunu yazar. Bu karar makuldür"³⁴².

Coll.12.7.9 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Sed et si qui servi inquilini insulam exusserint, libro X Urseius refert Sabinum respondisse lege Aquilia servorum nomine dominum noxali iudicio conveniendum: ex locato autem dominum teneri negat. Proculus autem respondit, cum coloni servi villam exusserint, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus servos posset noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum.

"Ama eger kiracının kölesi kiralanan evi yakmışsa, *Urseius* 10 uncu kitabında, *Sabinus*'un, kölesiyle ilgili olarak malikin *legis Aquilia*'dan doğan davayı açacağı cevabını verdiğini belirtir. Malikin kira akdinden dolayı sorumlu olmasını reddeder. *Proculus* ise, hasılat kiracının kölesi evi yakmışsa, hasılat kiracısının ya kira akdinden dolayı veya *lex Aquilia*'dan dolayı sorumlu olacağı cevabını

³⁴². Daha sonra, *komplitorlar*, tehlikeli bir köleye sahip olan kiracının *noxae deditio* imkanı olmaksızın, kendisinin sorumlu olacağı ilavesini yaptılar. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:71.

verir. Böylece, kiracı köleyi *noxae deditio* ile (ona) terkedebilir. Eger davalardan biri ile karar verilmişse, diğer dava ikame edilemez.”

Collatio ve *Digesta*'da yer alan iki metin arasındaki ilk fark, *Collatio*'da "kiracının kusuru yoksa" ifadesinin eksikliğidir. *Digesta* ve *Collatio*'nun aynı metinden hareketle hazırlandığı, *Iustinianus* öncesinde metin arasında yer alan şerhlerin *Digesta* metnine eklendiği ve bu sebeple *Digesta*'da yer alan ifadenin orjinal olmadığı ileri sürülmüştür³⁴³. Ancak bilinmektedir ki, *Digesta* metinlerini derleyenler sadece eskimiş, yetersiz kalmış kısımlarda değişiklikler yapmışlar, metinleri değiştirme hususunda oldukça tutucu ve titiz davranmışlardır³⁴⁴. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş ise, *Ulpianus* tarafından yazılan kusur şartının *Proculus*'un görüşüymiş gibi ifade edildiği, gerçekte ise bunun *Ulpianus*'un görüşü olduğudur³⁴⁵.

Görülmektedir ki, hangi dava kullanılırsa kullanılsın, malikin köleyi teslim ederek sorumluluktan kurtulma imkânından dolayı, sonuçta sorumluluk değişmemektedir³⁴⁶.

Bir diğer metne *D.19.2.30.2 (Alf.D.libro III a Paulo epitomatorum)*'de rastlanmaktadır:

³⁴³. Wolf, Scritti Ferrini, sh:87. Aksi görüş için bkz. Wieacker, sh:246.

³⁴⁴. Buckland, Interpolation, sh:350.

³⁴⁵. Mac Cormack, sh:538 vd.

³⁴⁶. Buckland, Slavery, sh:123; Grüber, sh:90; Liebs, Klagenkonkurrenz, sh:123, dn.217.

Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere sed lege Aquiliae tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato, etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi³⁴⁷.

"Bir katırın, sadece belirli bir ağırlığa kadar yüklenebileceği hususunda bir kira akdi yapan kiraya veren, kiralananın çok fazla yükleme nedeniyle yaralanmasından dolayı hangi davayı açabileceğini soruyor. *Alfenus* onun (kiraya verenin) ya *lex Aquilia*'dan ya da kira akdinden dolayı dava edebileceği; ama, katırı süren kişiye sadece *lex Aquilia*'dan dolayı dava açılabileceği, (kiraya verenin) kira sözleşmesinden dolayı kiracıyı katırı başka biri yaralamışsa dahi dava edeceği cevabını verdi."

Eğer kiraya veren, kiraladığı köleyi yaralamışsa, bu yaralamadan dolayı *actio legis Aquiliae* ve kira akdinden doğan dava (*actio ex locato*) açılabilir. Ancak *D.19.2.43*'e göre davacı, bu iki davadan biri ile tatmin edilmelidir. Hâkimin görevi, kira akdinden doğan davayı sonuca bağlamaktır. Bu durumda da davacı ikinci davadan feragat

³⁴⁷. von Lübtow'a göre, metindeki "vel ... vel" ifadesi, klâsik olmayan seçimlik türde bir yarışmayı gösterir. Kiracı akde aykırı olarak hayvanı aşırı yükler ve bu suretle zarar verirse, ya *lex Aquilia*'dan ya da akitten sorumlu olur. Yazara göre, metnin devamı daha sonra bir araştırmacı tarafından ilâve edilmiştir ve iki yeni durum doğrudan doğruya verilmiştir:

- kiracı veya diğerlerinden birinin, yani kiracının hakimiyetinde olanlardan birisinin verdiği zararlarda,
- kiracının kira akdinden dolayı sorumluluğu üzerine alması esnasında, atın hızlı sürülmesinden doğan zararlarda.

Bkz. *Lex Aquilia*, sh:72.

etmek için *officium iudicis* ile zorlanırdı.

D.19.2.43 (Paul.libro XXI ad Ed.): Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continentur, apud quem ex locato agetur.

"Eger sana kiralanmış olan köleyi yaraladıysan, bu fiilden dolayı *actio legis Aquiliae* ve *actio ex locato* açılır. Davacı, bu iki davadan birisi ile yetinmelidir ve hasılat kirasından doğan davadan *officium iudicis* vasıtasıyla vazgeçmeye zorlamak, nezdinde dava derdest olan hâkimin görevidir"³⁴⁰.

Ulpianus, D.9.2.7.8'de, actio legis Aquiliae ve actio ex locato'nun yarışmasını inceler:

Proculus'a göre, doktor bir köleyi usulüne uygun olmayan şekilde ameliyat ettiyse, ya iş görme akdinden ya da lex Aquilia'dan sorumlu olacaktır.

D.9.2.7.8 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.

"*Proculus, eger bir doktor bir köleyi beceriksizce ameliyat ettiyse, ona karşı ya actio ex locato ya da actio*

³⁴⁰. İki dava arasındaki farkın sonradan talep edilmesi ve ikinci davada davacının daha iyi hale getirilmesi (*D.44.7.34.pr*) mümkündür ancak, cüzi bir fark olduğundan davanın çabuk ve kesin bir şekilde neticelendirilmesi tercih edilmelidir. Liebs, *Klagenkonkurrenz*, sh:241 vd.

Ariyet akdinde ise *Paulus*, sonradan talep etme imkanını sınırlar (*D.44.7.34.2*).

legis Aquiliae'nin açılacağını söyler³⁴⁹.

Lex Aquilia'dan doğan dava ile *actio pro socio*'nun yarışmasına ise, *Ulpianus D.17.2.47.1 (Ulp.libro XXX ad Sab.)*'de değinir:

Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum, et Celsus, et Iulianus et Pomponius scribunt.

"*Celsus, Iulianus ve Pomponius, eğer ortak, şirketin mallarına zarar vermişse, Aquilia (dava) verileceğini yazarlar*"³⁵⁰.

Paulus, D.4.3.18.5'de, *actio legis Aquiliae* ve *actio de dolo malo*'nun yarışmasından bahseder. (A), sahibi (B)'nin *stipulatio* gereği (C)'ye borçlandığı bir köleyi öldürmüştü, hâkim olan fikre göre (C), (A)'ya karşı *actio*

³⁴⁹. I.4.36.7.

Coll.12.7.7 (Ulp.libro XVIII ad Ed.): ...quemadmodum si hominem medicus recte secuerit sed neglegenter vel ipse vel alius curaverit, Aquilia cessat. Quid ergo est? Et hic puto ad exemplum Aquiliae dandam actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit vel neglegenter custodit, quam in medicum qui neglegenter curavit, sive homo periit sive delibitatus est.

" Bir doktor, köleyi başarılı bir şekilde ameliyat ettiyse ama daha sonra bu doktor veya bir başka biri köleye gerekeni yapmadıysa, bu *lex Aquilia*'nın kapsamı dışında kalır. O zaman nasıl karar verilmelidir? Ben bu durumda aynı şekilde yangın esnasında uyuyan veya ihmalli davranan kişide olduğu gibi, köleye karşı ihmalkar olan doktora karşı da *actio ad exemplum Aquiliae* verilmesine gerektiğine inanıyorum; kölenin ölmüş olması ya da sakat kalması durumu arasında bir fark yoktur."

³⁵⁰. Kars. *Ulp.D.17.2.49*.

D.9.2.48 (Paul.libro XXXIX ad Ed.): Si servus ante aditam hereditatem damnum in re hereditaria dederit et liber factus in ea re damnum det, utraque actione tenebitur, quia alterius et alterius facti hae res sunt.

" Eger bir köle, mirasın kabulünden evvel, mirasa dahil bir esyaya zarar vermişse ve sonra mirasa, azad edilen biri olarak yine herhangi bir zarar vermişse; iki davadan sorumlu olacaktır, çünkü iki ayrı eylem söz konusudur."

dolo malo hakkına sahiptir³⁵¹. Kölenin öldürülmesi dolayısıyla (B)'nin borcu sona erer. Çünkü, borçlanılmış esyanın tesadüfen (kendi kusuru olmaksızın) yok olmasından dolayı sorumlu değildir. *Actio legis Aquiliae*'yi (C) açamaz, çünkü bu dava sadece malik veya diğer aynı hak sahiplerine aittir. Dolayısıyla geriye sadece *dolus* davası kalmaktadır³⁵².

*D.4.3.18.5 (Paul.libro XI ad Ed.): Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis : ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur*³⁵³.

"Eğer üçüncü kişi, bana (vermeyi) taahhüt ettiği köleyi öldürdüyse, genellikle hukukçuların fikrine göre, ona karşı *actio de dolo* verilmelidir. Çünkü sen, bana karşı yükümlülüğünden kurtulursun ve bu nedenle sana karşı *actio legis Aquiliae* kabul edilmez."

Papinius da, *D.9.2.54*'de, bu noktayı ele alır:

D.9.2.54 (Pap.libro XXXVII quaestionum): Legis Aquiliae debitori competit actio, cum reus stipulandi ante moram promissum animal vulneravit: Idem est et si occiderit

³⁵¹. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:76; Pernice, *Sachbeschaedigungen*, sh:208; Von Tuhr, *Lex Aquilia*, sh:17 vd.; Mitteis, I, sh:320 vd.

³⁵². Ancak hukukî taahhüt altına giren malik, kendisine ait olan dava hakkını alacaklıya devretmelidir. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:78.

Her iki davanın amaçları farklıdır. (A), hile dolayısıyla *actio de dolo malo* ile (C)'ye; esyaya zarar verilmesinden dolayı *actio legis Aquiliae* ile (B)'ye para ödemelidir. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:78.

³⁵³. Beseler, "*ideoque*" cümlesinin gerçek olmadığını söyler. Bkz. Beseler, sh:458 vd. Aynı şekilde Kaser, *Quanti*, sh:178.

animal. Quod si post moram promissoris qui stipulatus fuerat, occidit, debitor quidem liberatur, lege autem Aquilia hoc casu non recte experietur; nam creditor ipse sibi potius, quam alii iniuriam fecisse videtur.

"Eger *stipulatio* alacaklısı, taahhüt edilen hayvanı, borçlu temerrüde düşmeden önce yaralamışsa, *actio legis Aquiliae* borçluya ait olur. Aynı durum hayvanı öldürmesinde de geçerlidir. Ama alacaklı, *stipulatio* borçlusunun temerrüdü esnasında hayvanı öldürmüştü, borçlu borcundan kurtulur ve bu durumda *Iex Aquilia* uygulanmaz. Alacaklı, başkasına hukuka aykırı zarar vermekten çok, kendisine vermiş görünüyor."

Metne göre *stipulatio* alacaklısı, taahhüt edilen hayvanı öldürdü veya yaraladıysa, zarar veren herhangi bir üçüncü şahsa olduğu gibi, ona karşı da *actio legis Aquiliae* dava açılabilir. Ancak borçlunun temerrüdü söz konusu ise, bu dava açılmaz; çünkü, alacaklı uygun teslim olmadan kendi hayvanını öldürmüştür³⁵⁴.

Orjinal metin üzerinde daha sonra çalışan araştırmacılar, farklı bir mülahazaya varmışlardır. Bunlara göre *actio legis Aquiliae*'deki istisna dışında, bu davalar saf bir tazminat davasıdır. Bu davalara *actio de dolo malo*

³⁵⁴. Ancak Beseler, sh:458'de, *Papianus*'un kararının yazılanın aksine olduğunu tahmin eder. Yazara göre, alacaklının temerrüdünden evvel hayvanın öldürülmesi *reus promittendi*'yi (taahhüt edeni) yükümlülüğünden kurtarır. *Aquilia* dava uygulanmaz. Çünkü, *iniuria* eksiktir ve fail kendi kendine zarar vermiştir. Ama fiil *post moram promissoris* (temerrüdden sonra) ise, borçlunun yükümlülüğünden kurtulması söz konusu olmaz, *actio legis Aquiliae* açılır. von Lübtow'a göre, Beseler'in görüşü kabul edilemez, bkz. *Lex Aquilia*, sh:78.

da dahildir. Dolayısıyla, *stipulatio* borçlusu, *Aquilia* davasından mahrum edilir. Çünkü (A), iki kez tazmin etmek zorunda değildir ve *actio de dolo malo* tamamen korumasız kalan alacaklıya aittir. Yani davaların yarışmasından kaçınılmalıdır³⁵⁵.

Diğer tazminat talepleriyle *actio legis Aquiliae*, sadece alternatif olabilirler; yağılma olmaz³⁵⁶. Eğer hâkim, esyaya zarar verilerek iade edildiği için *rei vindicatio* çerçevesinde zararın tazminine karar vermişse, davacı *cautio*³⁵⁷ dolayısıyla hâkim önünde *actio legis Aquiliae*'den feragat etmelidir³⁵⁸ (D.6.1.13).

Pomponius ve *Paulus*, D.5.3.36.2'de, davalı bir *servus hereditarius*'u öldürdüğünde, *actio legis Aquiliae* ve *hereditas petitio*'nun³⁵⁹ yarışmasını kabul ederler.

D.9.2.18'de ise *actio legis Aquiliae* ile *actio pignoratitia*'nın yarışmasına değinilmektedir.

D.9.2.18 (*Paul. libro X ad Sab.*): *Sed et si is qui*

³⁵⁵. von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:79 vd.; Pernice, *Sachbeschaedigungen*, sh:209.

³⁵⁶. Hausmaninger, sh:38; von Lübtow, *Lex Aquilia*, sh:68, bu davaların birlikte açılmasına engel bulunmadığı görüşündedir.

³⁵⁷. *cautio*: Teminat olmak üzere, bir kimsenin genellikle *stipulatio* yoluyla bazen de yazılı olarak, başka bir kimseye karşı taahhüt altına girmesi. Bu şekilde taahhüt altına giren, esas mükellefiyeti yerine getiremeyecek olursa, yaptığı *stipulatio*'dan sorumlu olurdu. Umur, *Lügat*, sh:34; Heumann/Seckel, sh:61.

³⁵⁸. Liebs, *Klagenkonkurrenz*, sh:206.

³⁵⁹. *Hereditatis petitio*: Mirasçıya, mirasçılık sıfatı ile verilen ve bu sıfatın kendisine sağladığı herhangi bir hakkı talep etmesine yarayan *ius civile* davası. Miras sebebiyle istihkak davası. *Iustinianus* hukukunda bir hüsnüniyet davası idi. Umur, *Lügat*, sh:81.

pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debebit actor.

"Ama, eğer rehin alacaklısı köleyi öldürmüş veya yaralamışsa, *actio legis Aquiliae* ve *actio pigneraticia* açılabilir. Ama davacı, bu iki davadan birisi ile tatmin edilmelidir."



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

5.1. LEX AQUILIA'DAN MODERN KANUNLARA GEÇİŞ

Roma Hukuku'nda mala verilen zararın gelişimini yukarıdaki paragrafta inceledik. Özel hukuk haksız fiil kavramının son şeklini alması birden bire olmamıştır.

Orta çağ'da Roma Hukuku ile ilgilenen *glassator*ların ve *postglassator*ların fiilleri dolayısıyla gerçekleşti. Bunlar çalışmalarında *C.I.C.* ve antik hukuki düşünceyi esas aldılar.

VI. yüzyılda *actio legis Aquiliae*'nin sınırlı uygulama alanının zaman zaman terkedildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yine de her türlü mala verilen zararlar için genel bir tazminat davasının bilinçli olarak ortaya konulması henüz bu aşamada sözkonusu değildi³⁴⁰. Örneğin, öldürülen özgür kişinin mirasçılarının talep hakkı ile ilgili bir kural *C.I.C.* de yoktu. Ortaçağ yazarlarının çoğunluğu bu kaynakları aştılar ve mirasçıya öldürülenin kaybettiği iş ve hizmetler (*operae*) için bir talep hakkı verdiler.

Hukuka aykırılık, özellikle kusur *C.I.C.* zamanında (anlam olarak) en yüksek seviyesine yükselmişti. Bu hususta daha sonraki araştırmalar özel meselelerin açıklanmasına münhasır oldu³⁴¹.

Davanın cezaî niteliği, yani inkâr halinde arttırılan

³⁴⁰. Kaufmann, sh:19.

³⁴¹. Kaufmann, sh:20.

ceza, tazminatın geriye yönelik hesaplanması korundu³⁴².

XII. ve XVI. yüzyılda, Almanya'da ve Avrupa'da, Roma Hukuku'nun mala verilen zarara ilişkin kuralları benimsendi ve *actio legis Aquiliae*'nin cezaî yönü kayboldu³⁴³.

Pandektlerin modern kullanımında Alman uygulaması - başlangıçta doktrinin karşı gelmesine rağmen- *litis contestatio* ile ilgilenmedi. Uygulamada, tazminatın hesaplanmasında "geriye dönük en yüksek değer" kabul edildi, bu doktrin tarafından da desteklendi. Faillerin yığılma sorumluluğu da uygulamada nazarı itibara alınmadı.

Actio legis Aquiliae'nin pasif intikâli, uzun tartışmalardan sonra, XVIII. yüzyılda genel olarak kabul edildi. Ayrıca dava başka değişikliklere de uğradı³⁴⁴.

Actio legis Aquiliae, en büyük değişimi Kanunun Almanya'ya iktibasında, gerçek malvarlığının sınırlarıyla ilgili olarak yaşadı. *Lex Aquilia*, bugüne kıyasla sorumlulukla ilgili daha dar unsurlar tespit etmişti; daha önce incelediğimiz gibi, esyaya verilen zararlarda, örneğin sadece malike tazminat talebi bahşetmiştir. Daha sonraki çalışmalar neticesinde intifa hakkı sahibine ve diğerlerine bu hak verilmişti.

Tabii Hukuk'un etkisiyle, akid dışı esyaya verilen zararın tazmini talebi, doğrudan doğruya hukuka aykırılığa, zarar verici eylemin caiz olmamasına ve zararın meydana

³⁴². Lange, sh:33 vd.; Geniş bilgi için bkz. Kaufmann, sh:25 vd.

³⁴³. Liebs, RR, sh:206.

³⁴⁴. Liebs, RR, sh:206, 207 vd.

gelmesinde failin kusuruna bağlandı³⁴⁵ ve genel kural haline getirildi. XVIII. yüzyıldaki kanun koyucular bu yeni kuralı benimsediler:

(1804) Fransız Medeni Kanunu, md.1382

(1811) Avusturya Medeni Kanunu, md.1295

(1911) İsviçre Borçlar Kanunu, md.41

(1789) Peru Devleti, Genel Devlet Kanunu, § 10-16

İtalyan Medeni Kanunu, md.2043

(1900) Alman Medeni Kanunu, § 823.

Roma Hukuku'nda olduğu gibi, İngiliz Hukuku da genel bir haksız fiil teorisi geliştirmeksizin, kazuistik yolla, sayma şeklinde haksız fiilleri belirlemiştir³⁴⁶.

Fransız Hukuku'na göre, C.C.'in kanunlaştırılması sırasında hâkim olan tabii hukuk düşüncesine daha yakın olarak, kusuru ile başkasına zarar veren kişinin eylemi kural olarak hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın ortadan kalkması için failin bir hakkının varlığını ispat etmesi gerekmektedir. Bu sebeple de, ayrıca hukuka aykırılık unsurundan bahsedilmemiştir³⁴⁷.

Demek oluyor ki, bu görüşe (sübjektif görüş) göre, kendisinin bir hakkı olmadıkça başkasına kusuruyla zarar veren kimsenin eylemi hukuka aykırıdır. Gerek malvarlığı hakları, gerekse kişilik hakları anayasanın temel ilkeleri ile güvence altına alındığında, artık bu mutlak haklardan birisini ihlâl eden kimsenin hangi hukuk kuralını ihlâl

³⁴⁵. Liebs, RR, sh:210.

³⁴⁶. Schnitzer, sh:632.

³⁴⁷. Hatemi, sh:16 vd.

ettiğini ayrıca araştırmak gerekmez. Meğerki, bir hukuka uygunluk sebebi getiren bir kural var olsun. Bu görüşe göre, hukuka aykırılığın mağdur tarafından ispatı değil, hukuka uygunluğun fail tarafından ispatı gereklidir.

Türk-İsviçre Hukuk Sistemi'nde kabul edilen diğer görüş ise, ana hatlarıyla şöyle özetlenebilir: Kusur ile başkasına zarar vermiş olmak yetmez, aynı zamanda bir hukuk kuralı da ihlâl edilmelidir.

Bu ikinci görüş, C.C.'den sonra geçen yüzyıl içinde endüstrinin gelişmesi dolayısıyla tazminat borcunu sınırlama veya kişinin eylem hürriyetine daha fazla bir alan tanıma amacıyla savunulmuş olsa bile, uygulamada iki görüşün sonuçları bakımından yakınlaştırılması eğilimi görülmüştür.

5.2. TÜRK HUKUKUNDA MALA VERİLEN ZARARLAR³⁴⁸

I. Genel Olarak

Buraya kadar incelemiş olduğumuz Roma hukukunda mala verilen zararı modern Türk hukuku açısından ikiye ayırarak ele almak gerekir:

- 1.Sorumluluk Hukuku yönünden (Haksız Fiiller)
- 2.Ceza Hukuku yönünden (Nası Izrar).

³⁴⁸. Tezin konusunun Roma Hukuku ile ilgili olmasından dolayı bu bölümde sadece - paralellik ve ayrılıkları göstermek amacıyla - genel bilgiler verilmiş, sınırlar dar tutulmuştur. Dolayısıyla, yapılan atıflarda da - konuya bütün Borçlar Hukuku kitaplarında kolaylıkla ulaşılabileceğinden - aynı sınırlama yapılmıştır.

Kural olarak kişiler başkalarına verdikleri zararlardan sorumludurlar. Bu sorumluluk hukukî sorumluluktur ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesine yöneliktir. Bu anlamda sorumluluk bir borç kaynağıdır ve borçlu(zarar veren) alacaklıya (mağdura) vermiş olduğu zararı tazminle yükümlüdür. Akit dışı olaylardan meydana gelen zararın tazminini düzenleyen kurallar sorumluluk hukukunu oluşturur; dolayısıyla sorumluluk hukukunun konusu, zarar verenin verdiği bu zararı tazmin etmesidir³⁴⁹.

Cezaî sorumlulukta ise toplumsal nitelik ağır basar; bir kişi kanunlara aykırı hareket eder ve bu sebeple topluma zarar verir ya da zarar tehlikesi yaratırsa toplumun korunması amacıyla suçlu cezalandırılır³⁷⁰. Failin eyleminin hem hukukî sorumluluk hem de cezaî sorumluluk doğurması mümkündür. Örneğin alkollü sürücünün bir başka araca çarparak zarar vermesi halinde hem trafik kurallarına aykırılıktan dolayı cezaî sorumluluğu hemde verdiği zarardan dolayı hukukî sorumluluğu söz konusu olacaktır.

II. Sorumluluk Hukuku Yönünden: Haksız Fiiller

Bir kişinin zarara ugraması halinde, önemli olan

³⁴⁹. Eren, sh:125,126; Tandogan, sh:9; Deschenaux/Tercier, sh:2; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, sh:474. Geniş anlamda Sorumluluk Hukuku deyimi sözleşmenin ihlâlinden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluğu ifade etmek üzere kullanılır.

³⁷⁰. Deschenaux/Tercier, sh:2.

mağdurun zarara tek başına katlanmak zorunda olup olmadığı ya da zararın kısmen veya tamamen başkalarına yüklenip yüklenemeyeceğidir. Kural olarak herkes zararına katlanmak zorundadır. "*Casum sentit dominus*". Örneğin, iyi yüzme bilmeyen birisinin nehirde yüzerken akıntıya kapılarak ölmesi halinde, ölen kişinin yakınları ölümden doğan bu zarara katlanmak zorunda kalacaklardır. Mağdur ancak özel sebeplerin (sözleşme, haksız fiil ya da kanun) varlığı sözkonusuysa uğradığı zararı başkasına tazmin ettirebilir³⁷¹.

BK.md.41 vd.nda hükme bağlanmış haksız fiil sorumluluğu, kural olarak, zarar verenin kusurlu olmasına bağlıdır³⁷².

Biz bu tezin sınırları içinde Roma Hukukunda mala verilen zarar ile BK md.41 vd. açısından kusur sorumluluğu arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışacağız.

1. Haksız Fiil Sorumluluğunun Unsurları

BK.md.41 de genel kural olarak "Gerek kasten, gerek ihmâl ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs,o zararın tazminine mecburdur.

Ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara ugramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur" denilmektedir.

³⁷¹. Deschenaux/Tercier, sh:4 vd.

³⁷². Oguzman/Öz, sh:9.

Borçlar Kanununun bu genel kuralından hareketle haksız fiili, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu fiiliyle başkasına zarar vermesidir, şeklinde tanımlayabiliriz.

Maddeden ve tanımdan hareketle haksız fiilin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz²⁷³:

- 1.Hukuka aykırı bir fiil
- 2.Zarar
- 3.filliye bağı
- 4.Kusur.

A. Hukuka Aykırı Fiil

a. Genel Olarak

Haksız fiil (kusur) sorumluluğunda davranış (fiil), ancak iradenin denetim ve egemenliği altında ise sorumluluğu doğuran olaylarla, sorumlu olacak kişileri belirler²⁷⁴. Fiil bir kimsenin yapma ya da yapmama şeklinde dış dünyaya yansıyan iradî davranışdır. Bu

²⁷³. Doktrinde haksız fiilin unsurları olarak değişik tasnifler yapılmaktadır: Bazı yazarların bu tasnife "fiil" unsurunu ayrıca dahil ederlerken, bkz. Tandoğan, sh:11; İnan, sh:265; Eren, sh:153; diğer yazarlar haksız fiil sorumluluğunu dört unsur içinde incelerler, bkz. Feyzioglu, sh:471; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, sh:475; Deschenaux/Tercier, sh:38; Oğuzman/Öz, sh:10'da haksız fiil sorumluluğunun şartlarını 1.hukuka aykırı bir fiil, 2.bu fiille bir şahsa verilen zarar, 3.fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması şeklinde üç grupta toplamaktadırlar. Biz Türk Hukuku yönünden ilk tasnife katılmakla birlikte çalışmanın ikinci bölümü dikkate alındığında bir paralellik oluşturmak amacıyla dörtlü tasnif esasına göre konuyu ele alacağız.

²⁷⁴. Eren, sh:155 vd.

davranış, örneğin bir kimsenin taş atarak komşusunun camını kırmasında olduğu gibi icraî (müspet, olumlu) olabileceği gibi, başkasını zarardan korumak için bir harekette bulunmak mükellefiyetine rağmen bu hareketten kaçınmak (menfî, olumsuz) örneğin bir yüzme havuzunda yüzme bilmeyenleri kurtarma görevi olan şahsın boğulmakta olan birisini kurtarmaması şeklinde de olabilir. Böyle bir mükellefiyet yoksa sorumluluk da doğmaz.

Burada da Roma Hukukunda olduğu gibi yapmama (eylemsizlik) şeklindeki ihmâl (*omission*) ile kusurun bir türü olan ihmâli (*culpa*) birbirinden ayırdetmek gerekir. Nitekim Yargıtay 4.HD. bir kararında bu kavramlar arasındaki farka değinmiştir³⁷⁵.

b. Hukuka Aykırı Fiiller

EK md.41/I'e göre, tazmin zorunluğunun ortaya çıkması için fiilin "haksız surette" (hukuka aykırı) ika edilmesi gerekmekte; ancak hangi fiillerin hukuka aykırı sayılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ana fikrini Roma Hukukunda bulan tanıma göre hukuka aykırılık kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde koruma amacı güden yazılı ya da yazılı olmayan hukuk normlarının ihlâlidir³⁷⁴.

³⁷⁵. Yarg. 4.HD. 13.6.1989 E.4164 K.5352, YKD. 1989/11, sh:1556.

³⁷⁴. Doktrinde fiilin hukuka aykırılığını tespit için "objektif" ve "subjektif" teoriler kullanılmaktadır. Objektif teoriye göre emredici hukuk kuralları ihlâl edilmişse haksız fiil, dolayısıyla tazmin yükümlülüğü

Hukuka aykırı bir fiil sonucu zarara uğrayan kişi, zarara uğraması ile ihlâl edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı varsa haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilir. Fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunmasına rağmen hukuka aykırılık bağı kurulamıyorsa haksız fiil sorumluluğu dolayısıyla tazmin borcu söz konusu olmaz²⁷⁷.

c. Ahlâka Aykırı Fiiller

BK md.41/II de ahlâk kurallarına aykırı bir fiil ile bir başka kimseye kasden verilen zararın da tazmin yükümlülüğü doğuracağı hükme bağlanmıştır. Hukuka aykırılığın kapsamına yazılı hukuk kurallarının yanında yazılı olmayan hukuk kurallarının da girmesi sebebiyle bu fıkranın uygulama alanı daralmışsa da BK md.41/II'nin uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Sosyal/genel ahlâka, halk vicdanına aykırı bir

ortaya çıkar. Türk/İsviçre hukukunda kabul edilen teori budur. Subjektif teoriye göre başkasına zarar veren kişinin fiilini haklı gösterecek subjektif bir hakkı olmadığı sürece fiili hukuka aykırıdır. Burada failin başkasına zarar verme hakkının olmaması fiili hukuka aykırı yapmaktadır. Fransız Hukukunda subjektif teori kabul edilir. Tandoğan, sh:17 vd.; Eren, sh:247 vd.; İnan, sh:267 vd.; Oğuzman/Öz, sh:11; Hatemi, sh:16 vd. da bu fıkrada yer alan "haksız bir surette" ibaresini "başka bir hukuk normunun faile verdiği cevaz söz konusu olmaksızın" veya "özel bir norm faile bu konuda cevaz vermeksizin" şeklinde yorumlamakta ve gerek objektif gerekse subjektif teorinin tek başına kabulündeki sakıncalar yönünden ortalama bir görüşü benimsemektedir.

²⁷⁷. Oğuzman/Öz, sh:12,14.

davranışta bulunulması;

- Bu davranışın kasden yapılmış olması³⁷⁸;
- Kasıtlı yapılmış bu davranıştan bir zararın doğması.
Zarar maddî olabileceği gibi manevî de olabilir.

d. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Bazı durumlarda fail, başkasına zarar verme yasağını ihlâl ederken bu şekilde davranmasına izin veren bir başka hukuk normuna dayanır. Bu hukuk normunun varlığı zarar verenin davranışını hukuka uygun hale getirir.

Hukukumuzda yer alan hukuka uygunluk sebepleri

- aa. mağdurun rızası;
- bb. kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması;
- cc. özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması;
- dd. BK nda özel olarak düzenlenen üç durum
 - aaa. meşru müdafaa,
 - bbb. ıztırar hali,
 - ccc. hakkını korumak için kuvvet kullanma;
- ee. faydalı vekaletsiz iş görme;

şeklinde sıralanabilir.

Hukuka uygunluk sebepleri, birbiriyle çatışan iki hukukî varlık veya menfaatten zarar verenin menfaatinin üstün tutulmasını ifade eder. Yukarıdaki hallerde, başkasına zarar vermeyi bizzat hukuk düzeni, hukuk normları

³⁷⁸. Hatemi, sh:19, dn.14'de fıkrada yer alan "ıztırar kasdı"nın sorumluluğunun munzam bir şartı değil; illiyet bağının varlığını gösteren bir olgu olduğunu, dolayısıyla eğer zarar ile fiil arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa "ıztırar kasdı"nın aranmaması gerektiğini belirtmektedir.

hukuka uygun bulmaktadır³⁷⁹.

Bu sayılan hukuka uygunluk hallerini bu tezin sınırları içinde kalacak şekilde kısaca ele alırsak:

aa. Magdurun Rızası

BK.md.44/I'e göre "mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu ...takdirde hâkim zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir".

"*Volenti non fit iniuria*" haksızlığa rıza gösteren haksızlıktan bahsedemez. Magdurun, failin davranışına razı olması kural olarak zarar verici davranışın hukuka aykırı sayılmasını engellerse de, bu maddeye göre tazminat miktarının indirilmesine veya tazmin yükümlülüğünün tamamen ortadan kalkmasına sebep olan magdurun rızasının geçerliliği bazı şartların varlığına bağlıdır³⁸⁰.
Şöyleki:

-rıza, yasaklayıcı ve emredici hukuk kurallarına ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır; aksi halde BK.md.19/II, BK.md.20 gereğince bu rıza bătıldır ve hukuka

³⁷⁹. Eren, bu tür normları "kendi kendini koruma normları" olarak isimlendirir. Kendi kendini koruma normları, çatışan iki menfaatten hangisinin feda edileceğini belirler; dolayısıyla bu belirleme başkalarının hukuki varlıklarını ihlali hukuka uygun hale getirir; sh:268.

³⁸⁰. *Haftungsbefreienden Handeln den Verletzten auf eigene Gefahr* : Magdurun rızası kural olarak, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır ve faili tüm sorumluluktan kurtarır. Eger failin eylemi, magdurun rıza gösterdiği husustan daha ileri gitmişse, zarar ve ziyandan indirim yapılabilir. Rıza, bir riskin kabulü şeklinde de olabilir. Eren, sh:271; Hausmaninger, sh:27.

uygunluk sebebi teşkil etmez³⁰¹. Örneğin tedavisi imkânsız ve çok ızdıraplı bir hastalığa yakalanan kişi, kendisinin öldürülmesine rıza göstermiş bile olsa, bu rıza şahsiyet haklarına ve hukuka aykırı olduğu için fiilin haksızlığını ortadan kaldırmaz. Ancak tıbbî bir müdahale için bacağına kesilmesine razı olma durumu farklıdır; bu halde mağdurun rızası fiilin hukuka uygunluğunu sağlar. Yani kişinin makûl bir sebep veya yüksek menfaatleri için kişilik haklarının ihlâline razı olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Nitekim Yarg.4.HD. 20.3.1978 T. ve E.1977/3137, K.1978/3803 sayılı kararında, zarar gördüğünü ileri süren kimsenin haksız fiile rıza göstermesinin o fiil suç niteliğinde olmadıkça veya vazgeçilmez haklara ilişkin olmadıkça tazminat istegini düşüreceğinden bahseder³⁰². Buna karşılık malvarlığı hakları ihlâl edildiğinde zarar görenin zarara razı olması hukuka uygunluk sebebi teşkil eder, fail sorumluluktan kurtulur.

- tek taraflı bir hukuki muamele olan rıza zarar meydana gelmeden önce verilmiş olmalıdır. Haksız fiilin

³⁰¹, Kanun kişilik haklarından vazgeçmeyi kabul etmemiştir. Devir ve takyit yasası ve istisnaları başlığını taşıyan MK.md.23/II,III de kişilik hakları ile ilgili kısıtlama yer almakta; kanuna ve ahlaka aykırı olarak hürriyetin sınırlanamayacağı belirtilmektedir. Tek istisna biyolojik madde verme ile ilgili olarak getirilmiştir. Maddede bunun ancak yazılı rıza ile mümkün olacağı ifade edilmiştir. Yine de böyle bir borç altına giren kişiye karşı ifa talebinde bulunulamayacak ve aleyhine maddi/ manevi tazminat davası açılmayacaktır. MK.md.24/II de ise şahsiyet hakkı ihlal edilen kişinin rızasına ... dayanmayan tecavüzler hukuka aykırı addedilmektedir. Dolayısıyla bir yandan BK.hükümleri diğer yandan MK. hükümlerinin rıza açısından dikkate alınması gerekmektedir.

³⁰², YKD. 1979, s.1, sh:31 vd.

yapılmasından sonra zarar gören tarafından rıza gösterilmesi hali fiili hukuka aykırılıktan çıkarmaz; diğer bir deyişle bu tür bir rıza hukuka uygunluk sebebi değildir, sadece tazminat talebinden feragat anlamına gelir. Burada doğmuş olan bir haktan vazgeçme diğer bir ifade ile ibra sözkonusudur. Rızadan rücu her zaman mümkündür. Rıza açık bir şekilde verilmiş olabileceği gibi zımnî de verilmiş olabilir. Bu gibi hallerde bir davranışın muvafakat sayılabılıp sayılamayacağı güven prensibi çerçevesinde değerlendirilir.

- rıza gösteren kişi fiil ehliyetine sahip olmalı, irade sakatlığı bulunmamalıdır.

bb. Kamu Hukukuna Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması

Bir kimse, kanunun ve kendisine tanınan yetkinin sınırları içinde kamu gücünün kullanılması sırasında başkasına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz. Örneğin, hakkında ölüm cezası verilen kimseyi asan cellad ya da direnme dolayısıyla kapıyı kırarak içeri girip haciz kararını uygulayan icra memuru bu fiillerinden sorumlu olmayacaklardır. Benzeri şekilde yetkili bir kamu tüzel kişisi tarafından kanunun aradığı şartlar da yerine getirilerek bir kimsenin taşınmazının kamulaştırılmasında hukuka aykırılık yoktur. Kamu hukukuna dayanan bu yetki, fiilin hukuka aykırı sayılmasını önler; bu hallerde kamu menfaati özel menfaate üstün tutulduğu için özel menfaat hukukî korumadan mahrum kalmıştır.

Ancak verilen yetkinin aşılması halinde veya yetkinin kullanılmasına ilişkin kurallara uyulmaması halinde ya da yetkili olmayan birinin görev gasbında bulunması halinde fiil hukuka aykırı sayılacaktır.

cc. Özel Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması

Özel hukukun kendisine tanıdığı bir hakkı ya da yetkiyi kullanan kişinin fiili başkasına zarar vermiş olsa dahi hukuka aykırı sayılamaz. Örneğin MK.md.267 ye göre ana babanın çocuk üzerinde - makûl ölçüler içinde - tedip hakları vardır. Hakkın kullanılmasında birbiriyle çatışan iki menfaatten hukuk düzeni üstün menfaate öncelik vermiştir. Örneğin komşuluk hukukundan doğan ilişkilerde mevzuata uygun şekilde yaptığı bina ile arkadaki evin manzarasını kapatan malikin mülkiyet hakkını kullanmasına komşunun katlanması gerekir. Eger fail, hakkını kullanırken tanınan sınırları aşmışsa menfaat üstünlüğü ortadan kalkar ve fiil hukuka aykırı hale gelir. Nitekim malik kendisi için hiç yararı olmadığı halde sırf arkadaki evin manzarası kapansın diye bir duvar örmüşse ya da anne baba tedip haklarını aşacak şekilde davranmışlarsa durum böyledir. Özel hukukun kişiye tanıdığı yetkinin aşılması ya da hakkın kötüye kullanılması sözkonusu olursa fiil hukuka aykırı sayılır ve zararın tazmini borcunu doğurur. Örneğin kiralayanın hapis hakkında da aynı ilkeler geçerlidir. Özel hukukun tanıdığı hakkın kullanılmasında sınır iyiniyet kurallarıdır. MK.md.2/II'ye göre, hakkın kötüye

kullanılmasını kanun korumaz.

dd. Borçlar Kanunu'nda Özel Olarak Düzenlenen Üç Durum

BK.md.52'nin başlığı "meşru müdafaa, ıztırar ve kendi hakkını vikaye için kuvvet kullanılması halinde mesuliyet" şeklindedir. Maddede fiilin hukuka aykırılığını önleyen bu üç durum ayrı ayrı düzenlenmiştir:

aaa. Meşru Müdafaa

BK.md.52/I'e göre "meşru müdafaa halinde mütecavizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lâzım gelmez".

Borçlar Kanunu, sadece meşru müdafaa halinde iken verilen zarardan dolayı tazminat borcunun doğmayacağını hükme bağlamış, meşru müdafaanın tanımını yapmamıştır.

Doktrinde verilen tanıma göre³⁸³ meşru müdafaa: bir kimsenin gerek kendisinin gerek başkasının şahsına veya mamelekî varlıklarına karşı yapılan hukuka aykırı ve halen mevcut bir tecavüzü defetmek için tecavüzde bulunana karşı zorunlu karşı tecavüzde bulunmasıdır³⁸⁴.

Bir fiilin meşru müdafaa niteliğini kazanabilmesi ve tazminat borcunun ortadan kalkmasından bahsedebilmek için

³⁸³. Tandoğan, sh:33; İnan, sh:270; Oğuzman/Öz, sh:20.

³⁸⁴. Eren, sh:272 ve Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh:486 da yapılan tanımlar daha farklı olmakla birlikte aynı unsurları içermektedir.

su şartların birarada bulunması gerekir:

- Şahsî veya mamelekî varlıklara tecavüz olması: Meşru müdafaada bulunan kişinin kendisinin veya üçüncü kişinin şahıs veya malvarlığına³⁰³ karşı yönelmiş bir saldırı olmalıdır. Şahsa ilişkin saldırı hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, ırz, namus, şerefe yönelmiş olabilir. MK.md.894'de mala karşı meşru müdafaanın özel bir hali düzenlenmiştir. Bu maddeye göre zilyedin, her türlü gasp ve tecavüz fiillerini kuvvet kullanarak bertaraf etme hakkı vardır³⁰⁴.

Meşru müdafaanın imkânı kişinin kendi şahsî ve malvarlığına yönelen tecavüzlerin yanında yakınlık derecesi aranmaksızın, üçüncü şahsın şahsına ve malvarlığına yönelen tecavüzler için de tanınmıştır.

Saldırı fiili insan davranışı olmalıdır. Hayvanların veya eşyanın yarattığı tehlikelere karşı meşru müdafaanın değil ıztırar hali söz konusu olabilir³⁰⁷. Ancak hayvan veya eşya, bir şahıs tarafından tecavüz aracı olarak kullanılıyorsa tecavüz şartı gerçekleşir ve yapılacak meşru müdafaadan dolayı tazminat borcu doğmaz.

³⁰³. Ceza Kanunu md.49 da mal varlığına ilişkin saldırılarda meşru müdafaayı kabul etmemektedir.

³⁰⁴. Mala ilişkin saldırının konusunu daha çok zilyedlik teşkil eder, bu sebepten dolayı MK.da zilyede söz konusu yetki tanınmıştır; ancak malik olmayan zilyed tarafından mala zarar verilmesi veya tehlikeye düşürülmesi bir saldırı oluşturmaz. Eren, sh:272.

³⁰⁷. BK.md.57 bu konuda özel bir düzenleme getirmiş ve hayvan üzerinde hapis hakkının yanı sıra zarar gören gayrimenkul malikine hayvanı öldürme yetkisini vermiştir.

- Tecavüzün hukuka aykırı olması: Kendisine karşı meşru müdafaada bulunulacak olan kişinin örneğin, sanığı yakalamak isteyen bir polis ya da hacizde bulunan icra memurunda olduğu gibi, davranışı hukuka uygun ise meşru müdafaadan sözedilemez. Kanunun tanıdığı hak ve yetkileri kullananlara, görevini yerine getirenlere karşı meşru müdafaaya olmaz;

Saldırıda bulunan kişi zaruret halindeyse veya haklı kuvvet kullanmak zorundaydısa fiili saldırı sayılmaz ve ona karşı meşru müdafaada bulunulamaz. Meşru müdafaaya karşı meşru müdafaaya olmaz.

Mütecevizin kusurlu olması aranmadığından, kusuru olmaksızın kendini haklı zannedene ve temyiz kudretine sahip olmayan saldırganı karşı da meşru müdafaada bulunulabilir.

- Gerçekten başlamış ya da başlaması çok yakın bir saldırının varlığı: Gerçekte mevcut olmayan ama mevcut zannedilen bir tecavüze karşı meşru müdafaaya olmaz. Örneğin, gece yarısı merdivenlerden sessizce çıkan kiracıya ev sahibinin hırsız zannederek ateş etmesi. Bazı hallerde tecavüzün ağırlık derecesinde kişi yanılgıya düşüp gerçekte olandan daha önemli bir tehlikenin var olduğunu sanabilir; örneğin, boş bir tabanca kendisine doğrultulduğu halde bunu dolu zannedip tabanca sahibini öldürmesi. Bu hallerde "muhal meşru müdafaaya" sözkonusu olur ve meşru müdafaada bulunma amacıyla zarar veren kişinin davranışındaki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz; ancak kusurun olmadığı ispat

edilerek sorumluluktan kurtulmak mümkündür³⁸⁸.

Yapılmış ve sona ermiş bir tecavüze karşı mesru müdafaa olamayacağı gibi³⁸⁹ muhtemel bir tecavüzü önlemek amacıyla da mesru müdafaa yapılamaz. Mesru müdafaa'nın amacı tecavüz ile ortaya çıkacak zararı önlemektir; ancak tecavüzün tekrarlanması ihtimâli varsa mesru müdafaa yapılabilir³⁹⁰.

- Zararın sadece mütecavizin şahsına veya mallarına verilmesi: Saldırgandan başka kimsenin şahsına veya mütecavize ait olmayan mallara verilen zarar mesru müdafaa'nın kapsamına girmez ve ortaya çıkan zararı tazmin borcu doğurur. Dolayısıyla üçüncü kişilere karşı mesru müdafaa yapılamaz; bu durumda ancak ıztırar hali söz konusu olur.

- Savunma ile saldırı arasında makûl bir dengenin bulunması: Savunma, tecavüzü uzaklaştırmak için yeterli araçlarla yapılmalıdır; tecavüze karşı savunma amacı aşılmamalıdır. Bu amaç aşıldığı takdirde savunma başlı başına bir tecavüz halini alır. Savunma için kullanılacak araçların üst sınırı tecavüzü etkisiz bırakabilmeye yeterli olmasıdır, bu düzeyi aşamazlar. Karşılıklı olarak zarara uğratılacak değerler arasında aşırı dengesizlik olacaksa dürüstlük kuralı gereğince mesru müdafaa kabul edilemez. Mesru müdafaa şahsı veya malvarlığına saldırıda bulunulan

³⁸⁸. Tandoğan, sh:35.

³⁸⁹. Ancak zilyedliğe tecavüzde MK.md.894/ mesru müdafaa'yı BK.md.52/I den daha kapsamlı şekilde düzenlemiştir.

³⁹⁰. Tandoğan, sh:35.

kişiyeye tanınan bir hak olduğuna göre bu hakkın kötüye kullanılmaması esastır.

Saldırıyı önleme amacını aşan savunma sözkonusu ise, örneğin sopa ile saldıran kişiyeye karşı tabanca kullanılması durumunda "meşru müdafaanın aşılması" veya "aşkın savunma" vardır ve böyle bir savunmadan dolayı sorumluluk doğar.

Yukarıda belirtilen şartlara uygun olarak yapılan meşru müdafa sırasında ortaya çıkan zararın tazmini gerekmez; çünkü sorumluluğun şartlarından hukuka aykırılık unsuru eksiktir.

bbb. İztırar Hali

BK.md.52/II'ye göre "kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına hâlel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hâkim, hakkaniyete tevfikân tayin eder".

Meşru müdafaada olduğu gibi, zaruret hali de kanunda tanımlanmamıştır. Maddeden hareketle doktrinde ıztırar hali, bir kimsenin kendisini veya başka bir şahsı bir zarardan veya hemen meydana gelecek bir tehlikeden korumak için, tehlike ile ilgisi bulunmayan diğer bir şahsın mallarına zarar vermesidir, şeklinde tanımlanmaktadır³⁹¹. Örneğin, soguktan donacak olan bir kişinin dağdaki bir kulübenin kapısını kırıp içeri girmesi.

Zaruret halinde sadece malvarlığına zarar verilebilir.

³⁹¹. İnan, sh:273; Tandoğan, sh:37; Eren, sh:274; Oguzman/Öz, sh:22.

BK.md.52/II sadece taşınır mallar için uygulanır³⁹².

Zaruret halinde işlenen fiil de hukuka aykırı değildir; ancak burada meşru müdafaaadan farklı olarak üçüncü kişinin malına verilen zararda zaruret halinde bulunmak kişiyi mutlak olarak tazminat borcundan kurtarmaz; gerektiğinde tazminata hiç hükmetmemek mümkünse de tazminat hakkaniyete uygun olarak tespit edilir. Esasen kendisini veya başkasını bir tehlikeden kurtarmak için bu olayla ilgisi olmayan bir kimsenin malını feda eden kişinin tazminat vermesi genellikle hakkaniyete uygundur³⁹³. Bundan dolayı ıztırar halinde "hukuka uygun fiilden doğan sorumluluk"tan bahsolunur³⁹⁴. Diğer bir ifade ile burada hukuka aykırı olmayan fiilden fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanan bir sorumluluk sözkonusudur³⁹⁵. Hâkim takdir hakkını kullanırken zarar görenin ve failin tehlikenin doğmasında kusurlu olup olmadıklarına, korunmak

³⁹². Taşınmazlar için MK.md.677 de özel bir hüküm vardır. Zaruri sebepler başlığını taşıyan bu maddeye göre, eğer bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebiliyorsa ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza verilecek zarardan önemli ölçüde büyükse malik buna katlanır; fakat uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir. BK.md.52/II ve MK.md.677 arasındaki ilişki için bkz. Ulusan, sh:99 vd.; Tandoğan, sh:37, dn.81.

³⁹³. Tandoğan, sh:40; İnan, sh:274; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'a göre -ki biz de bu görüşe katılıyoruz- hakkaniyete uygun tazminat tam tazminat değildir. Gerçi hakimin zararın tamamını tazmin ettirmesini gerektiren olağanüstü bir durumda buna karar verebilir. Ancak kanun koyucunun burada esas amacı meydana gelen zararın paylaşılmasıdır, sh:488.

³⁹⁴. Eren, sh:276.

³⁹⁵. Oğuzman/Öz, sh:22; Ulusan, sh:100 vd.

istenen menfaatle zarar arasındaki deger oranına, zarar verilen malın tehlike dolayısıyla kıymetten düşüp düşmediğine bakacaktır³⁹⁴.

Zaruret hali sınırları aşılmışsa BK.md.52/II değil BK.md.41 uygulanır. Yani meydana gelen zarar hakkaniyet ölçüsünde değil tam olarak tazmin edilir. Zaruret halinde üçüncü şahsın malına kasıtlı olarak yani bilerek ve isteyerek zarar verme sözkonusudur. Dolayısıyla ihmâl ile verilen zararlar bu madde kapsamında yeralmazlar; ancak bu durum mazur görülebilirse sorumluluk kalkar. Zaruret halinden bahsedebilmek için şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

- Şahsa veya mala yönelmiş bir zarar veya derhal vuku bulacak bir tehlikenin varlığı: Bu zarar veya tehlike zaruret halinde olan kişiye yönelmiş olabileceği gibi üçüncü kişiye de yönelmiş olabilir. Dolayısıyla kişi böyle bir tehlikeden gerek kendisini gerekse bir başkasını kurtarmak için harekete geçmiş olmalı ve zarar bu sebepten ortaya çıkmalıdır. Örneğin, bir kimsenin boğulmakta olan birisini kurtarmak için kıyıdaki kayığın iplerini kesmesi.

- Zarar veya tehlikenin sebebinin malına zarar verilecek kişi olmaması: Zarar ve tehlikenin kaynağı üçüncü kişinin fiili, tabii olaylar, bir hayvan yahut eşya olabilir; ancak malına zarar verilecek kişi olmamalıdır. Zira bu halde ıztırar hali değil meşru müdafaa sözkonusu olur. Tehlikeye zarar veren şahsın kendisi sebep olabilir; örneğin attığı sigara ile yangın çıkarmış ve yangının

³⁹⁴. Tandoğan, sh:40.

sirayet etmemesi için başkasının malına zarar vermişse ya da boğayı kendisi kızdırıp sonrada ondan kaçarken bir seyyar satıcının tablasındaki kırılacak eşyaları devirmişse. Bu durumlarda tehlikeye sebep olanın kusuru tazminatın miktarı tespit edilirken dikkate alınır³⁹⁷.

- Sadece üçüncü şahsın malına zarar verilmesi: Zaruret halinde sadece malvarlığına zarar verilebilir, üçüncü kişinin şahsına verilen zarar zaruret halini oluşturmaz; hukuk düzeni başka bir şahsın kişilik haklarına, özellikle vücut bütünlüğüne veya yaşam hakkına saldırıyı zaruret hali kapsamında kabul etmemiştir³⁹⁸.

- Önlenecek zarar veya tehlikenin üçüncü şahsa verilen zarardan büyük olması: Şahsa yönelmiş zarar veya tehlikeye karşı mala verilen zararlarda bu dengenin varlığı genellikle kabul edilir; ancak mala yönelik hallerde dengenin tesbiti her zaman kolay değildir. MK.md.677 bu oranı "zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise" şeklinde daha somut şekilde belirtmiştir. Tehlikeyi önlemeye elverişli olmayan tahripler BK.md.52/II kapsamına girmez; aynı şekilde tehlikenin verilen zarardan daha önemsiz olduğu açıksa yine bu madde uygulanmayacaktır.

- Zarar veya tehlikeden üçüncü şahsın malına zarar

³⁹⁷. Tandoğan, sh:38.

³⁹⁸. Bu tür saldırı fiili ceza hukuku yönünden cezalandırılmasa bile hukuka aykırı fiil niteliğini taşır. Ceza hukukunda ıztırar halinin kapsamı daha geniştir; zaruret halinde bulunduğu için başkasının şahsi varlıklarına karşı ika edilen zarardan dolayı ceza verilmez. Eren, sh:275; Tandoğan, sh:39, dn.87.

verilmeden kaçınılmasının imkânsız olması.

Zarardan veya tehlikeden başkasını korumak için üçüncü kişiye zarar veren kimse, ödemek zorunda kaldığı tazminat miktarı için BK.md.413'e dayanarak vekâletsiz iş görme hükümlerine göre zarar veya tehlikeden koruduğu kişiye rücu edebilir³⁹⁹.

ccc. Hakkını Korumak İçin Kuvvet Kullanma

Kendi hakkını korumak, hak sahibinin devlet organlarının yardımına başvurmadan hakkını kendi gücü ile teminat altına almasıdır⁴⁰⁰.

Modern hukuk sistemlerinde haklar, devlet organları, mahkemeler, icra daireleri aracılığı ile teminat altına alınırlar; kural olarak kişilerin haklarını kendi güçleri ile teminat altına almalarına izin verilmez. BK.md.52/III de bu kuralın istisnası yer almaktadır:

"Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevkie nazaran zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkil olmasını menî için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyle mükellef olmaz."

Hükme göre hak sahibinin kuvvet kullanması ve bu hareketinin hukuka aykırı sayılmaması şu şartların

³⁹⁹. Tandoğan, sh:40; Inan, sh:274.

⁴⁰⁰. Tandoğan, sh:41; Inan, sh:275.

varlığına bağlıdır:

- kuvvet kullananın bir hakkının mevcudiyeti,
- kuvvete başvurmadığı takdirde hak sahibinin hakkını kaybetmesi veya hakkını kullanmasının çok güçleşmesi tehlikesi; ancak hakkın elde edilmesinin gecikmesi kuvvet kullanmak için yeterli bir sebep değildir.

- bu tehlikeyi men etmek için devlet organlarının müdahalesinin temin edilememesi ve kuvvet kullanmaktan başka çarenin kalmaması; eğer hak yokolmuşsa, borçlu teminat göstermişse, bu arada resmî makam müdahale etmişse kuvvet kullanılamaz.

Başkasının hakkı için kuvvet kullanılamaz; ancak yasal sınırlar içinde yardımcı şahıstan yararlanılabilir⁴⁰¹. Kullanılacak kuvvet sonunda ihlâl edilecek hukukî varlıkla korunacak hukukî varlık arasında bir denge ve uygunluk bulunması gerekir. Diğer bir ifade ile korunan hukukî varlık daha üstün değerde olmalıdır.

ee. Faydalı Vekâletsiz İş Görme

BK.md.413'e göre "tecviz edilen" vekâletsiz iş görme hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden birisidir.

Vekâletsiz iş gören kimsenin başkasının işini görmek niyetiyle hareket etmesi, bu hareketinin o kişinin yararına veya muhtemel iradesine uygun olması ve vekâletsiz iş görmeyi hak sahibinin geçerli bir sebeple yasaklamamış

⁴⁰¹. Oğuzman/Öz, sh:24.

olması gerekir⁴⁰².

B. Zarar

Hukuka aykırı fiilden tazminat borcunun doğması için bir zararın bulunması gerekir. Fiilin hukuka aykırılığına rağmen zarar meydana gelmemişse-failin cezai sorumluluğu doğsa bile- haksız fiil sorumluluğu yoktur. Aynı şekilde bir kimsenin rızası ile malvarlığında meydana gelen azalma zarar değildir.

Zarar kelimesi, hukukumuzda dar anlamıyla "bir kişinin malvarlığında onun rızası hilâfına meydana gelen eksilmeyi" ifade eder ve yalnız maddî zarar burada yer alır; geniş anlamda zarar ise, hem maddî hem manevî zararı içine alacak şekilde, "hukuken korunan maddî ve manevî varlıkların, bunlara yapılan tecavüzden önceki ve sonraki değerleri arasındaki fark" tanımlanır⁴⁰³.

Zarar çeşitli bakımlardan ayırımı tâbi tutulabilir:

a. Maddî Zarar – Manevî Zarar

aa. Maddî Zarar

Yukarıda da belirtildiği gibi, zarar dar anlamda ele

⁴⁰². Eren, sh:271; Tandogan, sh:32-33; Inan, sh:271; Oguzman/Öz, sh:24 de "üstün kamu yararı veya üstün özel yararın bulunması"nı hukuka uygunluk sebepleri arasında sayarlar.

⁴⁰³. Tandogan, sh:63; Deschenaux/Tercier, sh:19-20.

alındığında maddî zararı ifade eder. Mamelekte, kişinin rızası hilâfına meydana gelen azalma -Roma Hukukunda olduğu gibi- iki şekilde olabilir:

aaa. Fiilî Zarar

Fiilî zararda, ya örneğin bir malın tahrip edilmesinde olduğu gibi malvarlığının aktifinde bir azalma ya da örneğin üçüncü şahsın hilesi sonunda borç yüklenilmesinde olduğu gibi malvarlığının pasifinde bir artma söz konusudur. Zararı ortadan kaldırmak veya çoğalmasını önlemek için yapılan masraflar, zararın failini bulmak için ödenen mükafaat da fiilî zarardır.

bbb. Mahrum Kalınan Kâr⁴⁰⁴

Kâr mahrumiyeti, malvarlığının artmasına engel olunması şeklinde meydana gelebileceği gibi, malvarlığındaki pasifin azalmasına engel olunması şeklinde de meydana gelebilir. Mahrum kalınan kârın belirlenmesi tamamen farazî bir hesaba dayanır; hâkim BK.md.42/II'ye

⁴⁰⁴. Alman doktrininde bazı yazarlar, malvarlığında bir azalmanın olmamasına rağmen malvarlığındaki bazı malların kullanılmasından veya tatil yapma imkanından haksız fiil sonucu mahrum kalınmasını normatif zarar olarak adlandırmakta ve bu zararın da tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak bu ayırım Türk-İsviçre hukuk doktrininde çok fazla kabul görmemiştir; zira sözkonusu durumlarda şartlar mevcutsa zaten manevi tazminat istenebilir. Oğuzman/Öz, sh:31; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh:548 vd.; geniş bilgi için bkz.: Serozan, sh:462 vd.; Zeuner, sh:380 vd.

göre halin mutad cereyanına ve zarar görenin aldığı tedbirlere göre elde edilmesi kuvvetle muhtemel olan kârı dikkate almalıdır.

Elde edilecek kârın çok yüksek olduğunu iddia eden zarar gören kişi bunu ispatlamak zorundadır; ancak eğer zarar gören hukuka ve ahlâka aykırı şekilde yüksek kazanç elde edecek idiyse bunun tazmini istenemez⁴⁰³.

bb. Manevî Zarar

Manevî zarar haksız fiil sonucu kişinin duyduğu bedenî ve ruhî ızdırap, acı, huzursuzluk, hayat zevklerinde azalmayı ifade eder⁴⁰⁴. Bu durumda "şahsî menfaatlerin haleldar olması" halinde, BK.md.49'a göre; "cismanî tamamîyetin ihlâli ve adam ölmesi" halinde BK.md.47'ye göre manevî tazminat istenebilecektir.

Esasen manevî zararların yani acının, elemin maddî zarar gibi belirlenmesi ve para ile ölçülmesi mümkün değilse de, paranın bu anlamda gördüğü iş kişilik hakları ve menfaatleri zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevî dengeyi onarıp düzeltmekten ibarettir⁴⁰⁷.

⁴⁰³. Tandoğan, sh:65 vd.

⁴⁰⁴. Oğuzman/Öz, sh:162 vd.

⁴⁰⁷. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh:655, dn.1a.

b. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar

Bu ayırım zarara uğrayan kişiler bakımından değil, haksız fiil ile zararın doğuşu arasındaki ilişkiye göre yapılmaktadır. Zira hukuka aykırı bir fiilden dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin uğradıkları bu zarar tazmin edilemez; örneğin, A'nın B tarafından öldürülmesi halinde A'nın terziyi veya alışveriş yaptığı bakkal B'den tazminat isteyemez⁴⁰⁸.

Doğrudan zarar, zarar gören kişinin hukuka aykırı fiilin ilk ve en yakın sonucu olarak uğradığı zarardır. Dolayısıyla zarar ise bu doğrudan zarara bağlı olan ve ondan doğan zarardır⁴⁰⁹.

c. Şahsa Verilen Zarar – Eşyaya Verilen Zarar – Diğer Zararlar

Adam öldürme, cismanî ve hayat varlığının ihlâlinden

⁴⁰⁸. Ancak, doktrinde "yansıma zarar" ya da "üçüncü şahsın zararı" adı altında yapılan ayırım ile üçüncü şahsın zararının da bazı hallerde tazmininin istenebileceği kabul edilmektedir; ancak bu durumu yukarıdaki hal ile karıştırmamak gerekir. Yansıma zarardan failin sorumlu tutulabilmesi için hem fiille uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık bağı bulunması gerekir. Örneğin A'nın ölümü dolayısıyla eşinin ve çocuklarının destekten mahrum kalmaları yansıma zarardır, A'nın eşi ve çocukları açısından uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağı (BK.md.45/II) kabul edilmiştir. Oysa terzi açısından uygun illiyet bağı bulunmadığı kabul edilse bile hukuka aykırılık bağı yoktur. Oğuzman/Öz, sh:32 vd.; Eren, sh:169 vd.

⁴⁰⁹. Zararın, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı olan her halde tazmin edileceği ilkesi sebebiyle bu ayırımın pratikte önemi kalmamıştır. Oğuzman/Öz, sh:32; Tandoğan, sh:70.

doğan zararlar şahsa verilen zarar olarak nitelendirilir; bu mameleke dahil eşyanın kaybı, tahribi sonucu ortaya çıkan zarar ise eşyaya verilen zarardır. Bunların dışında, örneğin ticarî itibarın zedelenmesi, haksız rekabetten doğan zararları ise diğer zararlar başlığı altında toplamak mümkündür⁴¹⁰.

BK.md.42'ye göre zararın isbatı, zarar gördüğünü iddia eden kişiye aittir. Eger zararın gerçek miktarı isbat edilemiyorsa, hâkim "hâlin mutad cereyanına ve mutazarrır olan tarafın aldığı tedbirlere göre" zararı takdir edecektir.

C. İlliyet Bağı

İlliyet bağı hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir; ve hukukî sorumlulukta olduğu gibi cezaî sorumlulukta da büyük önem taşır⁴¹¹.

İnsan düşünce ve mantığı olaylar arasında daima bir sebep-sonuç ilişkisi bulur; ancak bu çok geniş sebep-sonuç ilişkisi içinde hangi bölümün failin sorumluluğu için kâfi geleceğinin belirlenmesi, diğer bir ifade ile failin zararı tazmin mükellefiyetinin dogması için "gerekli ve yeterli

⁴¹⁰. Tandoğan, sh:69; İnan, sh:288; Bu ayırımlardan başka, eşyaya müteallik zararın tesbitindeki usuller bakımından zararı "somut zarar" "soyut zarar" ve zararın hesap edildiği tarihe kadar kesinleşip kesinleşmemesine göre "mevcut zarar" "müstakbel zarar" "muhtemel zarar" şeklinde ayırımlar da yapılmaktadır.

⁴¹¹. Türk Hukuku yönünden konuyu sınırlı ele almamız sebebiyle illiyet bağı ile ilgili teorilere burada yer vermiyoruz.

olan illiyet derecesinin" belirlenmesi gerekir. Söz konusu sebep, sonuca etkili sebeptir ve "*condictio sine qua non*"dur.

İsviçre-Türk Hukuk Sistemlerinde hâkim olan "uygun illiyet bağı"dır. Fiil, olayların mutad cereyanına, hayat tecrübelerine göre meydana gelmiş zarar türünden bir zararı doğurabilecek nitelikte ise "uygun illiyet bağı" mevcuttur. Burada önemli olan, failin zarar verici sonucu öngörebilmesi değil, olayların mutad akışı içinde fiilin o zararlı sonuca yolaçacak olduğunun kabul edilmesidir. Illiyet bağının bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir⁴¹⁸.

Bazı hallerde hukuka aykırı fiil, zarar verici sonucu doğurmadan araya başka bir fiil girer ve zarar bu ikinci fiilin sonucunda ortaya çıkar. Bu durumda ilk fiil ile sonuç arasındaki bağ -illiyet bağı- kesilmiştir. Ancak fiil zararlı sonucu meydana getirmişse illiyet bağı kurulmuş olduğundan, bu illiyet, başka bir olay dolayısıyla "nasıl olsa gerçekleşecek olduğu" söylenerek, etkisiz hale getirilemez. Diğer bir ifade ile tamamlanmış illiyet gerçekleşmeyen (farazî) illiyet ile etkisiz bırakılamaz.

Doktrinde illiyet bağını kesen sebepler arasında :

- mücbir sebep,
- zarar görenin kusuru,
- üçüncü kişinin kusuru, sayılmaktadır⁴¹⁹.

⁴¹⁸. Oguzman/Öz, sh:34 vd.; Deschenaux/Tercier, sh:32.

⁴¹⁹. Geniş bilgi için bkz. Eren, sh:215 vd.; Deschenaux/Tercier, sh:34 vd.

Bazen birden fazla sebep zararlı sonucun ortaya çıkmasında birlikte etkili olurlar:

Tek başlarına bulduklarında zararı meydana getirmeye yeterli olmayan sebepler birlikte ortaya çıktıklarında zarar doğuyorsa, sebeplerle sonuç arasında "müşterek illiyet" vardır. Örneğin, demir kasanın üç hırsız tarafından götürülmesi⁴¹⁴. Bu tür illiyet bağının olduğu hallerde failler müteselsilen sorumludur⁴¹⁵.

Birden çok sebep zararı meydana getirmekle birlikte bu sebeplerden biri bile zararın meydana gelmesi için yeterli olabilir. Örneğin, göl kenarındaki iki fabrikadan akıtılan atık sular ayrı ayrı gölün zehirlenmesine ve balıkların ölmesine sebep olmuşlarsa, Bu durumda "müterafik illiyet" sözkonusudur ve faillerin müteselsil sorumluluğuna gidilir.

Birden çok sebeplerden yalnız biri zararı doğurmakla birlikte, bu zararın hangisine bağlanabileceği belirlenemezse "alternatif illiyet"ten bahsolunur; burada faillerin sorumluluğuna gidebilmek için sebeplerin bir bütünlük arzemesi yani birden fazla şahısların fiillerinin bir bütün teşkil etmesi ve bunlardan birisinin zarara sebep olması aranır, ancak bu durumda faillerin hepsi müteselsilen sorumlu tutulurlar. Örneğin, kavgada bir şahsa birden fazla kişi saldırmış, içlerinden birinin darbesi ile

⁴¹⁴. Y.4.HD. 19.9.1977 E.7150 K.8449 YKD.1978 s.9, sh:1466-1467.

⁴¹⁵. Faillerin önceden anlaşmamış olmaları halinde, örneğin iki doktorun birbirinden habersiz verdikleri iki ilaç karışımının hastanın ölümüne yolaçmasında olduğu gibi, failler arasında eksik teselsül sözkonusu olur, inan, sh:295.

yaralanmışsa, fakat kimin yaraladığı tespit edilemiyorsa.

D. Kusur

Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından biri olan kusur sorumluluğun esasını teşkil eder. Yani kusur varsa sorumluluk vardır, kusur yoksa sorumluluk yoktur⁴¹⁶.

BK.md.41'de kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak belirtilmiş ancak tanımlanmamıştır. Doktrin ve uygulamadaki tanımlama ile kusur, hukuka aykırı bir fiil işleyen kişinin hukuk düzenince kabul görmeyen bir psikolojik hâl içinde bulunmasını ifade eder⁴¹⁷.

Eğer fail,

- hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu biliyor yada bilmesi gerekiyor ve bu sonucu istiyorsa veya
- hukuka uygun davranma imkânına sahipken bu şekilde davranmamışsa, kusurludur.

Bu noktada sorumluluk ehliyeti üzerinde de durmak gerekir. Kusur sorumluluğunda bir kişinin sorumlu

⁴¹⁶. Y.4.HD. 13.3.1980 E.1279 K.3256 YKD. 1982 s.1 sh:30; Biz burada failin, kusurlu olmasada ortaya çıkan zarardan sorumluluğunun doğduğu kusursuz sorumluluk hallerine -tezin konusu olan mala verilen zararları kusur sorumluluğu açısından inceleyerek sınırladığımız için- yer vermiyoruz.

⁴¹⁷. Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altın, sh:492; Eren, sh:230 vd.; ayrıca bkz. Kaneti, sh:40 vd.; Deschenaux/Tercier, sh:48 vd. Sorumluluk hukukunda kusur kavramı ceza hukukundan farklıdır. Söyle ki, sorumluluk hukukunda davranış ceza hukukuna göre daha kolay kusurlu olarak nitelendirilir. Ceza hukukunda subjektif kusur teorisi, sorumluluk hukukunda objektif kusur teorisi hakimdir, Eren, sh:243.

tutulabilmesi için davranışının hukuk düzenince tasvip edilmemesinin yanında, temyiz kudretine de sahip olması gerekir. Temyiz gücüne sahip olmayan kişi sorumluluk (haksız fiil) ehliyetine de sahip değildir. Haksız fiil ehliyeti sadece temyiz kudretinin olması ile ilgilidir; failin ayrıca reşit olması gerekmez⁴¹⁸.

Yukarıda *culpa* bahsini incelerken belirttiğimiz gibi, modern hukuklarda da yer alan kusur kavramının tanımı ve ayırımları Roma hukukundan farklı değildir. Nitekim BK.md. 41/I de kusuru kasıt ve ihmâl olarak ikiye ayırmıştır. Bu fıkraya göre ihmâl⁴¹⁹ sorumluluk için yeterli iken, BK.md.41/II'de sorumluluk failin kasdına bağlanmıştır.

Kast, hukuka aykırı sonucu bilmek ve istemektir⁴²⁰. Kasdda zarar verenin iradesi hukuka aykırı sonuca yönelmiştir. Fail istemese bile kasıtlı davranışı sonucu ortaya çıkan diğer sonuçlardan da sorumludur.

İhmâlde ise fail hukuka aykırı sonucun meydana gelmesini istememiştir, ancak o sonucun meydana gelmemesi

⁴¹⁸. Nitekim MK.md.16/III'e göre küçük ve mahcurlar, haksız fiillerinden doğan zararlardan sorumludurlar. BK.md. 54/II ye göre temyiz kudretinin sarhoşluk sebebiyle geçici olarak kaybında, fail bunda kusuru olmadığını ıspat ederse sorumlu olmaz, kendi isteği ile sarhoş olmuşsa bu kusur sayılır ve sorumluluk doğar.

⁴¹⁹. Kanun her ne kadar "teseyyüb yahut tedbirsizlik" den de bahsetmekte ise de bu kavramlar zaten ihmalin içinde yer almaktadır, ihmâl dışında bağımsız bir anlama sahip değildirler, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, sh:493.

⁴²⁰. Kasdın bir türü olan ihtimali kast'da fail hukuka aykırı sonucu istememekte, ancak fiilinin hukuka aykırı sonuca yol açacağını görmekte ve hiçbir önlem almayıp ihtimale rıza göstermektedir. Hukuki sonuç bakımından kast ve ihtimali kast arasında bir fark yoktur.

için gerekli dikkati sarfetmemiş, tedbirleri almamıştır. Failin davranışı, orta seviyede, akli başında makûl bir kişinin somut olayda durumun özelliklerine ve gereklerine göre alması gereken tedbirlere, göstereceği özene, harcadığı çabaya göre değerlendirilir⁴²¹. Ancak kasdda olduğu gibi ihmâlde de failin bilgi ve yetenekleri makûl kişinin bilgi ve yeteneklerinden daha üst düzeyde ise makûl kişinin davranışı esas alınmaz.

Ihmâl, ağırlık derecesine göre "ağır ihmâl" ve "hafif ihmâl" olarak ikiye ayrılır.

Ağır ihmâl, aynı şartlar altında bulunan her makûl insanın alması gereken en basit tedbirleri almamış olmaktır. Ağır ihmâl kasda eşit sayılmıştır.

Hafif ihmâl ise ancak dikkatli bir kişinin göstereceği özenin gösterilmemiş olmasıdır.

Failin temyiz kudretinden yoksun olması, kaza hali ve iradeyi felce ugratan zorlamalar kusurun ortaya çıkmasına engel olur.

Kusurun isbatı haksız fiil sorumluluğunda zarar görene aittir.

⁴²¹. Yargıtay da ihmalin belirlenmesinde subjektif değil objektif ölçünün esas alınması, bu objektif ölçünün ise "hayat tecrübelerine göre o isteki normal seviyedeki insanların hareket tarzının olması" gerektiği görüşündedir, Y. 4.HD. 9.10.1980 E.9386 K.1399 YKD. 1981 s.8 sh:964 vd.; Eren, sh:238; Bu objektif ölçü ise, görüldüğü üzere Roma Hukukçularının ortaya koydukları ölçünün bir benzeridir.

III. Ceza Hukuku Yönünden: Nası İzzar

Ceza Kanunumuz onuncu başlık altında " Mala Karşı Cürümler"i düzenlemektedir. Bu düzenlemeden amaç, mal üzerindeki hakların saldırılara karşı korunmasıdır. Esasen mal üzerindeki haklar, yukarıda incelediğimiz gibi Medeni Hukuk hükümleri ile korunmaktadır. Ancak bazı hallerde, tamamlayıcı nitelikte, Ceza Kanunu'nda yer alan hükümler de uygulama alanı bulur.

CK.md.516'ya göre bir kimse, her ne suretle olursa olsun, başkasına ait bir menkul veya gayrimenkul malı tahrip eder veya yok ederse veya bozar yahut bunlara zarar verirse zarar görenin şikayeti üzerine cezalandırılır⁴²².

Esasen *lex Aquilia*'da başkasına ait menkul bir mala zarar verilmesi sözkonusu iken, bugün menkul ya da gayrimenkul mallar kanun kapsamında yer almaktadır⁴²³.

Malın, asgarî derecede de olsa, ekonomik değeri haiz olması gerekir. Değeri hemen hemen hiç olmayan bir madde ile ilgili nası izzar suçu işlenemez. Ancak, bu değerlendirme yapılırken mala ait manevî değerler dikkate

⁴²². Kanun hayvanlar aleyhine işlenen fiilleri 521. madde ile ayrıca cezalandırmaktadır. Dolayısıyla zarar gören hayvanlar 516. maddenin kapsamına girmezler. Biz de tezin bu bölümünde konuyu önce 516. madde sonra da 521. madde açısından ele alıyoruz.

⁴²³. Dönmezer'e göre, "Roma Hukuku bu konuda ağaçlara, bağlara zarar vermek gibi bazı halleri suç saymış, prensip şeklinde olarak mülkiyete konu teşkil eden şeylerin imha, tahribini veya bunlara zarar verilmesini cezalandırmamıştır.", sh:473.

alınmalıdır⁴²⁴.

Kanunda yer alan yıkmak veya yok etmekten kasıt, bir malı sahibinin tasarruf alanından çıkarmak veya malın belirli vasıflarını kaybettirmektir.

Bozmak, bir şeyin kendisine özgü seklini değiştirmek suretiyle tahsis edildiği gayeye aykırı, gereği gibi kullanılamaz hale getirmektir.

Zarar vermek ise, Ceza Hukuku'ndaki anlamı ile, bir malın üzerinde yapılan maddî değişiklik ile değerini azaltmak veya kullanılamaz hale koymaktır⁴²⁵.

Bugün Ceza Kanunu'nda yer alan bu suç, ancak kasıt ile işlenebilir. Oysa Roma Hukuku'nda, en küçük ihmâl bile sorumluluk için yeterlidir.

Kural olarak, zarar verilen mal başkasına ait olmalıdır. Ancak, bir kimsenin üzerinde başkasının da sınırlı aynı hakkı olan malı tahrip etmesi veya iştirak halinde mülkiyette, maliklerden birinin bu suçu işlemesi mümkündür⁴²⁶.

Konuyla ilgili olarak Ceza Kanunu'nun 521. maddesinde ayrıca düzenlenen bir başka suç da, yukarıda belirttiğimiz gibi, hayvan öldürme veya zarara uğratmadır. Madde, başkasına ait hayvanı haksız yere öldüren veya işe yaramayacak hale sokan kişinin, hayvan sahibinin şikâyeti üzerine, mahkûm edileceğini hükme bağlamaktadır.

⁴²⁴. Dönmezer, sh:475.

⁴²⁵. Gözübüyük, sh:635 vd.; Dönmezer, sh:476; Erem/Toroslu, sh:586 vd.

⁴²⁶. Erem/Toroslu, sh:585 vd.

521. maddede kastedilen, başkasına ait canlı hayvandır. Bu hayvanın ehli veya vahşi (ehlileştirilmemiş) olmasının bir önemi yoktur⁴²⁷. Hayvanın haksız yere öldürülmesi veya işe yaramayacak hale getirilmesi suçun maddî unsurunu oluşturur. Kanun, verilen zarar hafifse, örneğin hayvanın bir kulağı kesilmişse ya da hayvanın çalışma gücünden veya faydalanma yeteneğinden bir eksilme olmaması sadece değerinde eksilme olussa, örneğin çift sürmede kullanılan hayvanın kuyruğu kesilmişse, bu halleri cezayı azaltıcı nedenler olarak kabul etmiştir⁴²⁸.

Görüldüğü gibi, bugünkü kanunlarda *lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan mala zarar verme ile ilgili düzenlemelerin kelime kelime tercümesini bulmak mümkün değilse de, bu maddeler başkasının malına verilen zararlarda faili sorumlu tutan mantığın bir devamıdır.

⁴²⁷. Dönmezer, sh:694.

⁴²⁸. Gözübüyük, sh:646 vd.

SONUÇ

Roma Hukuku'nda haksız fiil işleyenlerin bu fiillerinden sorumlu tutulacaklarına dair bir genel kural yoktur. *Ius Civile*, belli haksız fiil tiplerini tek tek düzenlemiş ve müeyyideye bağlamıştır: *Furtum* (hırsızlık), *rapina* (gasp), *iniuria* (şahsiyete tecavüz), *damnum iniuria datum* (mala verilen zarar). Bunlar dışında kalan ve bir zarar meydana getiren haksız fiillerin müeyyideye bağlanmaları *praetor* veya özel kanunlar tarafından sağlanmıştır.

Genellikle kabul edildiği üzere, M.Ö.287/286 yılında yürürlüğe giren *lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde yer alan *Damnum iniuria datum*, bir kimsenin malına, dokunarak, hukuka aykırı bir zarar verilmesidir.

Fiilin haksız sayılması ve *lex Aquilia*'da müeyyidesini bulabilmesi için müsbet bir hareket niteliğinde olması gerekir. Hukuka aykırı olmalı yani, kanun tarafından gerek fertler gerekse devlete ait sayılan menfaatleri ihlâl etmesi gereklidir. Hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya koruyan, herkes için geçerli emredici davranış kurallarına aykırılıktır.

Bir kimse kendi hakkını kullanırken başkasına zarar vermiş sayılamaz. Ancak, başkasının malvarlığına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır; meğer ki, hukuk düzeninin yetki vermesiyle yetkili makamların uygulamaları, mağdurun açık ya da zımnî olarak zarara rıza göstermesi sözkonusu

olsun. Aynı durum meşru müdafaa ve ıztırar halinde de geçerlidir.

Haksız fiil nedeniyle tazminat borcunun doğabilmesi için bir zararın meydana gelmesi gerekir. *Lex Aquilia*'ya göre, canlı varlıkları öldürmek ve yaralamak, cansız varlıkları yakmak, kırmak ve bozmak zarar olarak nitelendirilmektedir. Ancak, sorumluluğun doğması için zararın, failin doğrudan doğruya maddî bir teması neticesinde meydana gelmesi gereklidir. Kısa sürede bu dar yorum aşılmış ve sadece *occidere* değil, *causam mortis praebere* de sorumluluğun doğması için yeterli sayılmıştır.

Hukuka aykırı ve zarar doğurucu bir fiili işleyen kimsenin haksız fiil ehliyetinin olması şarttır. Roma Hukuku'na göre, yedi yaşından küçükler, hareketlerinin bilincinde olmadıklarından, haksız fiillerinden sorumlu tutulamazlar. Yedi ile oniki/ondört yaş arasındakiler ise, fiillerinin suç oluşturduğunu anlayacak durumdalarsa sorumlu olurlar. Oniki/ondört yaşından itibaren ise, tam olarak haksız fiil ehliyetine sahiptirler.

Kusur unsuruna gelince: Oniki Levha Kanunu'nda kasdî ve kasıtlı olmayan fiiller ayrımı yapılmıştır. Ancak haksız fiilde kusuru düzenleyen ilk kanun *Lex Aquilia*'dır.

Klâsik Hukuk döneminde kusur kavramının içine kasıtlı fiillerin yanında ihmâl de dahil edilmiştir ve *Iustinianus* Hukuku'nda kusur sorumluluğunun genel kural olarak benimsenmesi aşamasına varılmıştır.

Kusur bazı hallerde daha ağır, bazı hallerde ise daha hafif olabilir. Bir kimsenin bilerek ve isteyerek haksız

bir şekilde hareket etmesinde kastından bahsolunur.

Culpa'da ise haksızlık, hukuka aykırılık niyeti ve kasdı yoktur; ancak, yeterli dikkat ve özen gösterilmemiş, zarar verici sonucun meydana gelmesini önleyici gerekli dikkat ve özen harcanmamıştır.

Iustinianus Hukuku'nda ihmâl iki dereceye ayrılmıştır: Ağır ihmâl ve hafif ihmâl. Aynı ayırım modern hukuklarda da yer almaktadır.

Ağır ihmâl, herkesin aynı durum ve koşullar altında bildiği ve yaptığı şeyi yapmamaktır, bilmemektir. Hafif ihmâl ise, iyi bir aile resinin göstermesi mutad olan titizlik ve ihtimamın gösterilmemesidir; bazı hallerde ise kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen, ölçü olarak alınabilir.

Kusursuz tazminat olmaz (*nulla indemnitate sine culpa*) kuralı gereğince, zarar verenin hiç bir kusuru olmadan tamamen tesadüfen ortaya çıkan zararlara, zarar gören kişi katlanacaktır. Ancak, *lex Aquilia*'ya göre çok küçük bir ihmâl bile sorumluluğun doğması için yeterlidir.

Ancak hiç bir kayda değmeyen önemsiz ihmâller, hangi zarara yol açmış olurlarsa olsunlar, Kanun kapsamı dışında kalırlar. Beklenmedik hallerden ise kimse sorumlu değildir.

Lex Aquilia'ya göre, yeteneğin arandığı yerde yeteneksizlik de kusurdur.

Roma Hukuku'nda kural, zarar verenin veya zarar görenin tek başına zarara katlanmasıdır. Bazen zarar gören kişinin de kusuru bulunabilir. Bu takdirde davalının sorumluluğu azalır. Ancak failin kasdı sözkonusu ise

sorumlulugunda bir azalma olmaz. Sadece ihmâl ile ihmâlin mahsubu mümkündür.

Bu şartların varlığına rağmen Romalı hukukçular failin sorumluluğunu illiyet bağının varlığına; yani, fiil ile zarar arasında ilişkinin olmasına bağlamışlardır. Önceleri *lex Aquilia*'da sıkı bir illî bağ aranmaktaydı. Müsbet bir hukuka aykırı fiilin varlığı ile meydana gelen zarar, zarar gören mala doğrudan etki edilmesiyle ortaya çıkması gerekiyordu. *Fraetorlar lex Aquilia*'nın bu sıkı illiyet bağını genişleterek, doğrudan doğruya temas ile verilmeyen zararlar ve olumsuz fiiller için de dava hakkı tanıdılar ve hukuka aykırı fiille mala verilen her türlü zarara *lex Aquilia*'nın hükümlerini uygulamaya başladılar.

Kanun, birinci bölümünde, başkasına ait bir köleyi veya dört ayaklı sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldüren kişinin malike, kölenin veya hayvanın son bir yıl içindeki en yüksek değerini ödemesi hükmüne bağlanmıştır.

Üçüncü Bölüm'de ise, başkasının malına, yakmak, kırmak veya bozmak suretiyle zarar veren kişinin, malike bu malın müteakip otuz gün içindeki değerini ödemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Birinci Bölüm yönünden Kanundaki ifade bir zorluk çıkarmaz. *Res mancipi*'lere dahil hayvanların yanında koyun, keçi, domuz gibi *res nec mancipi* olanlar da Kanunun kapsamındadır. Ancak Kanun, köpek ve vahşi hayvanları kapsamaz. Bu bölüme göre malik, zarara uğrayan eşyanın zararın meydana geldiği yıl içindeki en yüksek değerinin kendisine ödenmesini isteyebilir. Bu yıl, ölüm anından

geriye doğru hesaplanır. Herhangi bir sebeple ölüm anında köle veya hayvanın değerinde düşme olmasından dolayı faile kanıt imkânı getirilmiştir. Ancak, örneğin iyi huylu bir köle, son yıl içinde karakter değiştirmiş ve sonra öldürülmüş ise, kölenin değeri karakter değiştirmesinden önceye göre hesap edilir. Öldürüldüğü yıl köleyi değerli yapan bütün avantajlar değer hesabında dikkate alınır.

Sadece *Ulpianus* tarafından *Digesta* içinde verilen ve metin hakkında başka hiç bir kaynak bulunmayan Üçüncü Bölüm'de ise bir çok zorluk ile karşılaşılmaktadır:

Bu bölümde "en yüksek" ifadesi eksiktir. Bu hususta kaynaklarda adı geçen klâsik hukukçuların görüşleri farklıdır. Bir kısmına göre Kanunun Birinci Bölümü'nde yer alan *plurimi* kelimesini, burası için de var kabul etmek gereklidir. Diğerleri ise bunu reddederler ve bu bölüme giren zararların takdirini esyanın otuz gün içindeki en yüksek veya daha düşük değerine göre hâkimin takdir edeceğini savunurlar.

Konuyla ilgili çalışma yapan hukukçuların büyük çoğunluğu da zararın en yüksek değere göre hesaplanması gerektiğini kabul etmektedirler. Bazı müellifler ise zarardan sonraki değer ile zarar verici olayda geriye doğru en yüksek değer arasındaki farkın ödenmesi gerektiği görüşündedirler. Tartışılan bir diğer nokta da, "otuz günlük süre"dir. Bir görüşe göre, her ne kadar Kanun'da, "*proximis: gelecek, müteakip*" diyorsa da, otuz günlük süre zarar verici fiilden geriye doğru yürür. Aksini savunanlar ise bu süreyi, zararın kesin tespitine imkân vermek için,

yaralamadan başlatırlar. Üçüncü görüş ise, bu otuz günü zararı tazmin etme süresi olarak kabul eder. Yani ilk anda ortaya çıkan zarar değil, otuz gün içinde doğacak tüm zararlar tazmin edilecektir. Otuz günün geçmesinden sonra ortaya çıkan zararlardan fail artık sorumlu olmayacaktır.

Bu bölümde yer alan "res"den kasıt ise, gerçek değer değil, zarardır. Yani malikin servetinin zarar görmesidir. Burada Romalı hukukçuların yaklaşımı ilgi çekicidir. Örneğin, hadım edilen kölenin bu sebeple değeri artmışsa, olgunlaşmış zeytinler toplanmışsa, malik toplama masrafından kurtulduğu için, tazmin edilecek zarar yoktur. Ancak olgunlaşmamış zeytinleri toplayan kişi, *lex Aquilia*'dan sorumlu olur.

Klâsik Hukuk'ta mala verilen zararlarda tazminatın miktarı, zarar gören veya hasara uğrayan esyanın piyasa değerine göre hesaplanmaktaydı. Klâsik sonrası hukukta *praetorların* ve hukukçuların çalışmaları sonucunda önce zarara uğrayan şahsın menfaatleri gözönünde tutulmuş ve nihayet zararın kapsamı manevî zararı da kapsar şekilde genişletilmiştir.

Bu gün Modern Hukuklarda yer alan zararın, fiilî zarar ve mahrum kalınan kâr olarak ikiye ayrılması da Roma Hukuku'na dayanır. Fiilî zarar, zarar verici olaydan önceki duruma göre malvarlığının gerçek olarak azalmasıdır ve derhal gerçekleşir. Bazı hallerde de malvarlığına dokunulmamakla birlikte meydana gelecek artışa engel olunmaktadır. Bu durum da mahrum kalınan kâr olarak adlandırılmıştır.

Roma Hukuku'nda genellikle fiilî zarar ile mahrum kalınan kâr birlikte bulunmaktadır. Ancak mahrum kalınan kâr olarak bir tazminatın istenebilmesi için, bu kazancın elde edilmesinin çok muhtemel olması gerekir.

Oniki Levha Kanunu'nda özgür kişilerin yaralanmalarıyla ilgili bir boşluk yoktur. *Lex Aquilia*'nın özgür kişinin yaralanmasını kapsayıp kapsamadığı ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Birinci Bölüm'de yer alan "*alienum alienamve*" ifadesi *alieni iuris* kimseleri anlatmak için kullanılmıştır. Zira, Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarına kadar *potestas* altındaki aile evlâdının statüsü köleninkine benzer. Klâsik dönemde hür çocukların sosyal baskılar ile ekonomik değeri haiz olanlar kategorisinden çıkarılmasıyla *lex Aquilia* köleler ve hayvanlara verilen zararlar ile sınırlı kalmıştır. Ayrıca metinlerde köle olup olmadığı belirtilmeksizin bir kimsenin ölümünden bahsedilmesinin yanı sıra *utilis* davalarla korunmuş olsa bile, hür çocukların ölümü veya zarara uğramaları ile ilgili hükümler vardır ve Kanun esasen hür çocuğun kaybı nedeniyle aile reisinin uğradığı zararı da tazmin ettirmek istemistir.

Diğer görüşe göre, bir özgür kişi yaralandığında esasen *actio iniuriarum* açılır, *lex Aquilia*'ya göre istisnaen bir dava meydana gelir. Yani Kanunda bir boşluk yoktur.

Alieni iuris'lerin yaralanmalarında *lex Aquilia*'nın kıyasen uygulanması *Iulianus* zamanında olmuştur. Nitekim *Ulpianus* da özgür kişiye *actio legis Aquiliae utilis* verildiğini, kimse kendi uzuvlarının sahibi olarak telâkki

edilemeyeceğinden *actio directa* verilemeyeceğini belirtir.

Kanunun birinci ve üçüncü bölümünde yer alan zararların tazminine yarayan dava *actio legis Aquiliae*'dir. Dava pasif olarak intikâl etmez. Ancak, mağdur ile *litis contestatio* yapılmış veya zarar verici fiilden dolayı tereke zenginleşmişse mirasçılar sorumludur. Dava birden fazla faile karşı açılabilir ve zarar gören, zararın tamamını her bir failden isteyebilir. Fail, açılan davada suçu itiraf ederse "*in simplum*", inkâr ederse "*in duplum*" mahkum edilir.

Davanın açılması bir süreye bağlı değildir.

Bütün bu özellikler dikkate alındığında *actio legis Aquiliae*, bir ceza davasının özelliklerini gösterir. Ancak, *Iustinianus* Hukuku'nda karma dava olarak nitelendirilmiştir. Bunun sebebi de, mala verilen zararda *actio legis Aquiliae*'den başka bir tazminat davası verilmemiş olmasıdır.

Actio legis Aquiliae, başlangıçta, ancak *corpore corpori* verilen zararlarda açılabilmekteydi. Davanın sınırlarını genişletmeye yönelik müdahaleler doğrudan doğruya değil, aksine benzer uygulamaları kanunun ruhuna dahil etmek amacıyla belirli ve açık durumlarda kullanılmak üzere *praetorlar* tarafından yapılmıştır.

Genellikle kabul edildiği üzere, zarar *corpore corpori* verilmişse *actio legis Aquiliae*; *corpore* değil, *corpori* verilmişse *actio utilis*; bunlar dışında bir zarar verilmişse *actio in factum* tanınmaktadır.

Lex Aquilia'da esasen aktif dava ehliyeti sadece

malike tanınmıştır. Post klâsik devirde *praetorların* çalışmaları sonunda sınırlı aynî hak sahibine, zilyede ya da eşyayı elinde tutan kimseye de dava açma imkânı verilmiştir. Davalı ise, başkasının malına zarar veren kişidir. Ancak, Roma Hukuku'nun özelliği dikkate alındığında, zarar aile evlâdı ve köle tarafından verilmişse, davalı olarak aile reisi gösterilecektir. Dolayısıyla zararı tazmin edecek olan kişi daima bir özgür erkek kişi olmaktadır. Zira, *sui iuris* olan bu kişidir.

Davanın formulasında, borçlu yerinde aile reisinin veya malikin ismi yazılmak suretiyle davalı gösterilir. Ancak bu davalarda davalı kendi adına değil, ama suç işleyen kişinin üzerinde hâkimiyet sahibi olan kişi sıfatıyla ve onun yerine sorumlu olur. Ama, eğer zarar efendinin bilgisi dahilinde verilmişse ya da emri ile gerçekleşmişse kendi fiiliymiş gibi sorumlu olacaktır.

Zararı veren köle ise, malik onu zarar görene teslim ederek sorumluluktan kurtulur. Zira, kölelerin efendilerine varlıklarından daha fazla bir zarar vermeleri kabul edilmemiştir.

Aile evlâdları için, başlangıçta, aile reisinin onu zarar görene teslim ederek sorumluluktan kurtulması mümkünken, sonraları sosyal baskılar nedeniyle bundan vazgeçilmiştir. Bu aynı zamanda aile evlâdlarının malvarlığı elde etmeleriyle de bağlantılıdır.

Lex Aquilia'nın yanında bir diğer kanunun ihlâl edilmesinden doğan davaların yarısına gelince: Başkasına ait köleyi kasden öldüren kişiye karşı *actio legis*

Aquiliae'nin yanında *lex Cornelia*'ya dayanılarak ceza davası da açılabilir.

Actio iniuriarum ile *actio legis Aquiliae*'nin birlikte açılabilmesine dair metinlerde yer alan bilgiler vardır. Başlangıçta "*eadem res*" kabul edilmemekle beraber, sonraları bir davanın açılmış olması ikinci davanın açılabilmesine engel sayılmıştır.

Hırsızlıktan dolayı *condictio furtiva* ile *actio legis Aquiliae* birlikte açılabilir. Zira *condictio furtiva* ile o anki değer ödenir. *Actio legis Aquiliae* ile öldürülen kölenin son bir yıl içindeki en yüksek değeri istenir. Dolayısıyla, *condictio furtiva*'dan geri kalan miktarı davacı *actio legis Aquiliae* ile elde eder.

Actio furti ile *actio legis Aquiliae*'nin yarışması genel olarak metinlerde kabul edilmektedir. Ancak bazı metinlere göre sadece malikin hırsızlık yapılmamasındaki menfaatleri dikkate alınır. Tahrip etme dolayısıyla failin cezasına ilâve yapılmaz.

Lex Aquilia'nın birinci ve üçüncü bölümüne göre iki ayrı davanın açılması bazı metinlere göre iki ayrı haksız fiilin varlığı sebebiyle kabul edilmiştir. Ancak, üçüncü bölüme göre yaralamadan dava açılmışsa, ölüm meydana geldikten sonra hiç bir şekilde *lex Aquilia*'dan doğan dava açılmayacağını kabul eden metinler de vardır.

Haksız fiillerin temelini oluşturan, Roma Hukuku'nda mala verilen zarara ilişkin kurallar, XII ve XIII. yüzyıllarda Avrupa'da özellikle Almanya'da benimsenmiştir. Geçen süre içinde Kanun, bazı değişikliklere maruz

kalmasına rağmen en büyük değişim malvarlığının sınırları ile ilgili olarak gerçekleşmiştir. Tabii hukukun da etkisiyle genel kural haline gelen *Damnum iniuria datum*'un sorumluluk şartlarını kanun koyucular XVIII. yüzyıldaki yeni kanunlara almışlardır.

1911'de İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel haksız fiil sorumluluğu, bu Kanunun iktibası neticesinde Borçlar Kanunumuzda da yer almıştır. BK.nun 41. maddesine göre, bir fiilin haksız fiil sayılabilmesi ve sorumluluk doğurabilmesi için bazı hususların varlığı gereklidir: hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusur. Görüldüğü gibi bütün bu unsurların mensei Roma Hukuku'ndadır. Sadece, örneğin ahlâka aykırı fiillerin de madde kapsamında olması, zararın ve manevî tazminatın kapsamındaki genişleme gibi bir takım değişiklikler olmuştur.

Ancak *damnum iniuria datum*'u Borçlar (Sorumluluk) Hukuku ile sınırlamak yeterli değildir. Konu aynı zamanda nası ızrar suçunu oluşturması sebebiyle, Ceza Hukuku'nu da ilgilendirmektedir. Ceza Kanunu'nda ayrıca hayvanlara verilen zararlar da düzenlenmiştir. Kanunda yer alan unsurların (yıkma, yok etme, bozma) dahi (kapsamları daha farklı olsa bile) *Iex Aquilia*'nın üçüncü bölümündeki ifadeye paralel olması Roma Hukuku'nda düzenlenen bu suçun günümüz hukuklarını etkilediğinin bir göstergesidir.

BIBLIYOGRAFYA

- Andrews, N.H. : Occidere and the lex Aquilia, Cambridge Law Journal 46 (2) 1987
- Below, K.H. : Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht, München 1964
- Berki, S. : Roma Hukuku, Ankara 1949
- Beseler, G. : Miscellanae, SZ 45 (1925)
- Birks P. : The early of iniuria, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 37 (1969)
- Buckland, W.W. : A Manual of Roman Private Law, Aalen 1981 (Manual)
- Buckland, W.W. : The Roman Law of Slavery, Cambridge 1970 (Slavery)
- Buckland, W.W. : Interpolation in the Digest, Yale Law Journal 33 (1924) (Interpolation)
- Cuq, E. : Manuel des Institutions Juridiques des Romains, Paris 1928.
- Daube, D. : On the Third Chapter of lex Aquilia, LQR 52 (1936) (LQR)
- Daube, D. : On the use of the Term Damnum, Studi in Onore di Siro Solazzi 1948 (Studi)
- Daube, D. : Roman Law, Linguistic, Social and Philosophical Aspect, Edinburg 1969 (Roman Law)
- Dernburg, H. : System des römischen Rechts, Pandekten II (Obligationenrecht), Berlin 1889

- Deschenaux/Tercier : Sorumluluk Hukuku (çev.Özdemir,S.),
Ankara 1983
- Di Marzo,S. : Roma Hukuku (çev.Umur,Z.), İstanbul 1959
- Dönmezer,S. : Ceza Hukuku, Özel Kısım, Kisilere ve Mala
Karşı Cürümler, İstanbul 1984.
- Dulckeit/Schwarz/Waldstein : Römische Rechtsgeshichte,
München 1981
- Ehrhardt,A. : Rechtvergleichende Studien zum antiken
Sklavenrecht I, SZ 68 (1951)
- Erdoğan,B. : Roma Hukuku, Tarihi Giriş -Hukuk Tarihi-
Genel Kavramlar, İstanbul 1992
- Erem/Toroşlu : Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Ank.1978.
- Eren,F. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.II, Ankara
1986.
- Feyzioğlu,F.N. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I,
İstanbul 1976.
- Genzmer,E. : Talion im klassischen und nachklassischen
Recht, Erwägungen über Ursprung und
Grundgedanken des Edikts Quod quisque juris
in alterum statuerit, ut ipse eodem jure
utatur, SZ 62 (1942)
- Gözübüyük,A.P. : Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza
Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu
Açılması, c.IV, Ankara 1976.
- Grüeber,E. : The Roman Law of damage to property a
commentary on the title of the Digest ad
legem Aquiliam, London 1886
- Haymann,F. : Textkritische Studien zum römischen
Obligationenrecht, SZ 40 (1919)

- Hatemi,H. : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı), İstanbul 1976.
- Hausmaninger,H. : Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, Wien 1980
- Hausmaninger/Selb : Römisches Privatrecht. Wien-Köln-Weimar 1991
- Honig,R. : Roma Hukuku (çev.Talip,Ş.), İstanbul 1938
- Honsell,H. : Römisches Recht, Zurich 1992 (RR)
- Honsell,H. : Quod interest im bona fidei iudicium, München 1969 (Quod Interest)
- Honsell/Mayer-Maly/Selb : Römisches Recht, Berlin -Heidelberg -New York 1986
- Inan,A.N. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1979.
- Jörs/Kunkel/Wenger : Römisches Recht, Römisches Privatrecht, Abriss des römischen Zivilprozessrecht, Berlin-Heidelberg-New York, 1978.
- Kaneti,Ş. : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler 1. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980.
- Karadeniz-Çelebican,Ö. : Roma Hukuku, Ankara 1989.
- Karlowa,O. : Römische Rechtgeschichte (Privatrecht und Civilprozess, Strafrecht undStrafprozess), c.II, Leipzig 1901.
- Kaser,M. : Römische Rechtgeschichte, Göttingen 1976 (RRG).
- Kaser,M. : Das Altrömische Ius, Göttingen 1949 (Ius).

- Kaser, M. : Das römische Zivilprozessrecht, München 1966 (RZP).
- Kaser, M. : Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, Wien 1972 (Methodologie).
- Kaser, M. : Quanti ea res est, München (1935) (Quanti).
- Kaser, M. : Das römische Privatrecht I/II, München 1971/1975 (RPR).
- Kaufmann, H. : Rezeption und usus modernus der Actio Legis Aquiliae, Köln-Graz 1958.
- Keller, F.L. : Pandekten, Leipzig 1861 (Pandekten).
- Keller, F.L. : Der römische Zivilprozess, 1966 (Zivilprozess).
- Kelly, J.M. : Further Reflection on the lex Aquilia, Studi in onore di E. Volterra, I, 1971 (Studi).
- Kelly, J.M. : The Meaning of the Lex Aquilia, LQR 80 (1964) (LQR).
- Kipp, T. : Geschichte der Quellen des römischen Rechts, Leipzig 1919.
- Koschaker, P. : Roma Özel Hukuku, Ankara 1977 (çev. Ayiter, K.).
- Koziol, H. : Österreichisches Haftpflichtrecht I 1973.
- Kreller, H. : Römische Rechtsgeschichte (Eine Einführung in die Volksrechte der Hellenen und Römer und in das römische Kunstrecht), Tübingen 1948.
- Kunkel, W. : Exegetische Studien zur aquilischen Haftung, SZ. 49 (1929) (SZ).

- Kunkel,W. : Römisches Privatrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949 (RP).
- Kübler,B. : Geschichte des römischen Rechts, Aalen 1979.
- Lange,H. : Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie, Münster-Köln 1955.
- Lawson,F.H. : Negligence in the Civil Law, Oxford 1950.
- Lee,R.W. : The Elements of Roman Law (with a translation of the Institutes of Justinian), London 1986.
- Levy,E. : Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, I/II Aalen 1964 (Konkurrenz).
- Levy,E. : Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht, Berlin 1915 (Privatstrafe).
- Lewinsohn : Beiträge zur Lehre von Aktionenkonkurrenz im reinen römischen Recht, Heidelberg 1910.
- Liebs,D. : Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht (Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatzes und Privatstrafe), Göttingen 1972 (Klagenkonkurrenz).
- Liebs,D. : Damnum, damnare und damnas, Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter, SZ 85 (1968) (SZ).
- Liebs,D. : Römisches Recht, Göttingen 1987 (RR).
- Lübtow,U.von : Das römische Volk, sein Staat und sein Recht, Frankfurt 1955 (Römisches Volk).

- Lübtow, U. von : Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971 (lex Aquilia).
- Mac Cormack : On The Third Chapter of the Lex Aquilia, The Irish Jurist (1970).
- Mackeldey, F. : Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, Main 1842.
- Maier, G.H. : Praetorische Bereicherungsklagen, Berlin 1932.
- Mayer-Maly, T. : Widerkehr der culpa levissima, Archiv für die civilistische Praxis 163 (1964) (Archiv).
- Mayer-Maly, T. : Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung Festschrift Steinwenter, 1958 (Festschrift).
- Mayer-Maly, T. : Römisches Privatrecht, Wien 1991 (RP).
- Mitteis, L. : Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I, Leipzig 1908.
- Mommsen, T. : Römisches Strafrecht, Graz 1955.
- Morey, W. : Outlines of Roman Law, New York 1890.
- Oguzman/Öz : Borçlar Hukuku Dersleri, c.II, Istanbul 1991.
- Oguzoglu, H.C. : Roma Hukuku, Ankara 1959.
- Pernice, A. : Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte, 1867 (Sachbeschädigungen).
- Pernice, A. : Labeo (Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit) Bd. I-II/1/2 Aalen 1963 (Labeo).

- Pringsheim, F.: Gesammelte Abhandlungen II, Heidelberg
1961.
- Rabel, E. : Grundzüge des römischen Privatrechts,
Darmstadt 1955.
- Raber, F. : Zum Pretium affectionis, Festgabe
Herdlitzko, 1972 (Festgabe).
- Raber, F. : Grundlagen Klassischer Iniurienansprüche,
Wien- Köln-Graz, 1969 (Iniurienansprüche).
- Rado, T. : Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku,
Istanbul 1992 (RH).
- Rado, T. : Actio legis Aquiliae noxalis'in Bazı
Hususiyetleri, Dr. Tahir Taner'e Armağan,
Istanbul 1956 (Armağan).
- Rein, W. : Das Privatrecht und der Zivilprozess der
Römer (von der ältesten Zeit bis auf
Justinian) Aalen, 1964.
- Riccobono, S. : Die Vererblichkeit der Strafklagen und die
Fiktion der Litiskontestation nach
klassischem und Iustinianischem Recht, SZ 47
(1927).
- Schindler, K.H.: Eine Streit zwischen Julian and Celsus, Zum
Problem der überholenden Kausalität SZ 74
(1957).
- Schnitzer, A.F.: Vergleichende Rechtslehre, Basel 1961.
- Schulz, F. : Classical Roman Law, Oxford 1969
(Classical).
- Schulz, F. : Einführung in das Studium der Digesten,
Tübingen 1916 (Einführung).

- Schulz, F. : Geschichte der römischen Rechtswissenschaft,
Leipzig 1975 (Geschichte).
- Schulz, F. : Prinzipien des römischen Rechts, München-
Leipzig 1954 (Prinzipien).
- Schwarz, A.B. : Roma Hukuku Dersleri (çev.Rado, T.), c.I,
Istanbul 1965.
- Selb, W. : Actiones Utiles, SZ 95 (1978).
- Serozan, R. : Tendenzen zur Normativierung und
Individualisierung der Schadenszurechnung
Turkish-Schweizerische Juristenwoche,
Zurich und Bern 1980.
- Simon, D.V. : Begriff und Tatbestand der "Iniuria" im
altrömischen Recht, SZ.82 (1965).
- Sohm, R. : Institutionen des römischen Recht, Leipzig
1896.
- Sohm/Wenger/Mitteis : Institutionen (Geschichte und System
des römischen Privatrechts), Berlin
1949.
- Söllner, A. : Einführung in die römische Rechtsgeschichte,
München 1980.
- Tahiroglu, B. : Roma Hukukunda Iniuria, Istanbul 1969
(Iniuria).
- Tahiroglu, B. : Roma Hukukunda Furtum, Istanbul 1975
(Furtum).
- Tahiroglu/Erdogmus : Roma Hukuku Meseleleri, Istanbul 1993
(Meseleler).
- Tahiroglu/Erdogmus : Roma Usul hukuku, Istanbul 1994
(Usul).

- Tamer-Güven,D. : Roma Hukukunda Yardımcı Şahıs Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 1993 (yayınlanmamış doktora tezi).
- Tandoğan,H. : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Thomson,J.M. : Who could sue on the lex Aquilia? LQR 91 (1975).
- Tuhr,A.von : Zur Schaedung des Schadens in der Lex Aquilia, Baseler Festschrift für Jhering 1892 (Lex Aquilia).
- Tuhr,A.von : Über den Notstand im Civilrecht, Heidelberg 1888 (Notstand).
- Ulusan,I. : Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- Umur,Z. : Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, İstanbul 1979 (RH).
- Umur,Z. : Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1990 (Ders Notları).
- Unterholzner,D. : Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhaeltnissen, II, Leipzig 1840.
- Vangerow,K.A.von : Lehrbuch der Pandecten, III.Bd., Marburg 1856.
- Villey,M. : Roma Hukuku- Güncelliği (çev.Tahiroğlu,B.), İstanbul 1985.
- Völkl : Quanti ea res erit in diebus triginta proximis, RIDA 24 (1977).

- Waentig, H. : Haftung für fremde unerlaubte Handlungen,
Leipzig 1875.
- Wanzyl, D.H. : History and Principles of Roman Private Law,
1983.
- Watson, A. : The Law of Obligations in the later Roman
Republic, Oxford 1964.
- Weiss, E. : Institutionen des römischen Privatrechts,
Stuttgart 1949.
- Wesel, U. : Rhetorische Statuslehre und Gesetzeauslegung
der römischen Juristen, Köln-Berlin-Bonn
-München, 1967.
- Wesener, G. : Iulians Lehre vom Ususfructus, SZ 81 (1964)
(SZ).
- Wesener, G. : Offensive Selbsthilfe im klassischen
römischen Recht, Festschrift Steinwenter,
1958 (Festschrift).
- Wieacker, F. : Textstufen Klassischer Juristen, Göttingen
1960.
- Wilinski, A. : Das Römische Recht (Geschichte und
Grundbegriffe des Privatrechts mit einem
Anhang über Strafrecht und Strafprozess),
Leipzig 1966.
- Windscheid, B. : Lehrbuch des Pandektenrechts, C.II,
Frankfurt 1891.
- Windscheid/Kipp : Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt
1906.
- Wittmann, R. : Die Entwicklungslinien der klassischen
Iniurienklage, SZ.91 (1974) (SZ).

- Wittmann,R. : Die Körperverletzung an Freien im
klassischen römischen Recht, 1972
(Körperverletzung).
- Wolff,J.G. : D.20.1.27 Marc.5 Zur Aktiflegitimation
des Pfandgläubigers für die actio legis
Aquiliae, SZ.76 (1959) (SZ).
- Wolff,J.G. : Ulpian XVIII Ad Edictum in Collatio and
the Problem of Postclassical Editions of
Classical Works, Stritti Ferrini 4 (1949)
(Stritti Ferrini).
- Wollschlaeger,C. : Eigenes Verschulden des Verletzten
im römischen Rechts, SZ 94 (1976).
- Zeuner,A. : Schadensbegriff und Ersatz von
Vermögensschaden, AcP, 163 (1963).

YARARLANILAN KAYNAKLAR

I. Corpus Iuris Civilis:

- Institutiones: Krüger, P., Berolini 1963.
- Digesta : Mommsen/Krüger, Berolini 1965.
- Codex : Krüger, P., Berolini 1965.

II. Gaius Institutiones : Seckel/Kübler, Erlangae 1934.

III. Yardımcı Kaynaklar:

- Berger, A. : Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.
- Düll, R. : Das Zwölftafelgesetz, Texte Übersetzungen und Erläuterungen, München 1959.
- Heumann/Seckel : Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, Graz 1958.
- Lenel, O. : Das Edictum Perpetuum, Leipzig 1907.
- Rado, T. : Gaius Institutiones, Borçlar Kısım, İstanbul 1953 (Inst.).
- Umur, Z. : Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983 (Lügat).
- Umur, Z. : Iustinianus, Institutiones, İstanbul 1955 (Inst.).
- Ziegler/Sontheimer : Der kleine Pauly, Lexikon der Antike, Stuttgart-München 1964-1975 (Der kleine Pauly).