

İÜHF-İMECE PAYLAŞIM

1.SINIF ÇİFT

ROMA HUKUKU

04.03.2019

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1.SINIF ÇİFT KÜRSÜ öğrencilerinin ORTAKLAŞA EMEĞİYLE, özveri ile hazırlanmıştır.
ÜCRETSİZDİR.

İÜHF 1.SINIF ÇİFT-İMECE PAYLAŞIM

ROMA HUKUKU

04.03.2019

İÇİNDEKİLER

Kusur Kavramı

Borçların kaynakları

İÜHF-İMECE

Geçen dersin alt başlıklarına tekrardan bir bakalım,

KUSUR KAVRAMI

Kusur: Hukukun çizdiği sınır içerisinde kalmak hususunda düşüncelerinizde oluşan eksikliklere **kusur** diyoruz. Kusurun kelime anlamı, bir şeyin eksilmesi, azalması, olması gerekenden daha az olması demektir. Kanunun yükümlülüklerine uyacaksınız, bu uyma konusunda iradenizde ortaya çıkan azalma, sizin kusurunuzu oluşturur. Bu azalma, hukukun gereğini yerine getirmeme konusunda çok açık net bir arzu ise, bu artık kasıt olmuş oluyor.

Borçluya bir kusur İsnat edilebiliyorsa, borcunu ifa etmediği için, haksız fiil işlediği için sorumlu olacak ve verdiği zararı tazmin edecektir. Eğer borçlu borcunu ödemek için gerekli dikkati gayreti göstermemiş, gerekli tedbirleri almamışsa kusurludur. İfada bulunmak için gerekli dikkat ve tedbirde kusur göstermiştir. Borcun yerine getirilmesi için, gereken her türlü şeyi yapmak gerekir. Eğer irade buna aykırı ise, gerekenin aksi isteniyorsa veya irade hukuken ifası gerekeni gerçekleştirecek kadar kuvvetli değilse, bu irade eksikliğine veya irade bozukluğuna **kusur** denir. Romalılar sorumluluğun esas itibarıyla subjektif bir unsur olan kusur kavramını karşılamak için **culpa** kelimesini kullanırlardı. Geniş anlamıyla kusur içine, kasıt yani dolus ve ihmal yani culpa girmektedir.

Eski dilde yani Osmanlıca'da bir kelime vardır; bir şeyin ince ince dilimlere ayrılması küçük küçük parçalara bölünmesi. Eski dilde buna dakik de derlerdi. Hatta zamanı küçük küçük dilimlere ayırırsanız dakikadır. Siz olayları çözerken ya da bir iş yaparken, her bir unsurunu her bir hareketinizi ince İnce düşünmek zorundasınız, bunun adı da dikkattir; ya da bir işi en ince ayrıntısına kadar inceleyeceksiniz bunun adı da tetkiktir. Yani **dakika dikkat tetkik,** ayrıntıya gideceksiniz. Bazen özellikle **ceza yargılaması açısından birinci soru; bu eylemde kasıt mı var; yoksa ihlal mi; önemlidir.** Ceza yükümlülüğü için kasıt aranıyorsa bu iş biraz daha kolay. Peki ihmalde de sorumluluk varsa, ilgili konuda hukuk ihmali de cezalandırmışsa ne olacak?

1-Kasıt (Bunlardan birincisi kasıt yani dolus)

Bu Terim haksız kötü davranışı ifade etmektedir **dolus, hile** anlamına gelmektedir, kötü niyeti ifade eder. Kasıt, borçlunun borcunu ifa etmemek için bilerek ve isteyerek hukuka aykırı haksız şekilde hareket etmesi, zarar vereceği belli bir sonucu istemesidir. Mesela bir kimse kasabaya gitmek için aldığı, dolayısıyla başkasına ait olduğunu bildiği bir atı, onu geri verilemeyecek hale gelmek için bilerek ve isteyerek öldürürse, kasıt vardır. Satıcı sattığı malı teslim etmemek için malı bozar veya kırarsa, kastı vardır. Kötülük etme niyeti olmasa bile alacaklısına zarar vereceğini bile bile hareket eden kimsenin, kastı olduğu söylenir. Kastın varlığını kabul etmek için, hukuka aykırı sonucun istenilmiş olması yeter

2- ihmal (Kusurun 2. kısmı ihmal yani culpa)

İhmal, dar anlamda özensizlik, dikkatsizlik, tedbirsizlik olarak ifade edilir. Kişi kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemişse, gerekli tedbirleri almamışsa, ihmal vardır. Borçlu yanlış hareket etmemeye, hareketinin muhtemel kötü zarar verici sonuçlarını hesaba katmaya, bunlardan kaçınmaya mecburdur. Kanunlarımızda çeşitli tabirleri vardır; ihmal, özensizlik, dikkatsizlik, tedbirsizlik, ağır kusur olarak tanımlanır.

İhmal halinde, bir haksızlık, hukuka aykırılık niyeti ve kastı yoktur fakat, yeteri kadar dikkat ve itina gösterilmemiş, haksız sonucu meydana gelmesini önlemek için gerekli önlem ve özen sarf edilmemiştir. Kasıt hukuka aykırı davranma bilinci olduğu halde, ihmalde böyle istek ve bilinç yoktur. Ancak zararın meydana gelmemesi için, yeteri kadar dikkat gösterilmemiş , tedbirlere başvurmamıştır özensizlik tedbir eksikliği söz konusudur

a-Ağır ihmal (Culpa lata)

Ağır ihmalden maksat, herkesin anladığını anlamamak herkesin bildiği ve yaptığı şeyi bilmemek ve yapmamak, yani herhangi bir kimsenin alacağı bir tedbiri almayı düşünmemektir. Ağır ihmal açıklanamaz, affedilemez bir düşüncesizliktir. Dikkatsiz, hatta ihmalkar bir kişinin bile yapmayacağı bir hatadır; o kadar ağırdır ki, sanki bilerek yapılmıştır. Ancak irade unsuru bulunmadığından, ağır ihmal kasıttan ayrılır. Mesela hasta köleyi, zamanında tedavi ettirmeyen, ameliyatta gerekli tedbirleri almayan kişinin, ağır ihmali söz konusu olur. Herkes tarafından daha ilk anda '*böyle bir şeyi nasıl yaptı'* tepkisiyle karşılaşan kimsenin ağır ihmali vardır.

b-Hafif ihmal (Culpa Levis)

Dikkatli bir insanın da gösterebileceği tedbirsizlik halidir. Normal seviyede dikkatli bir insanı alacağı tedbiri almamak. Mesela bir bisikleti bahçe içinde bırakmak veya apartmanın girişinde bırakmak gibi. Oysa daha özenli davranabilirdi. Çoğu kez bu konuda soyut olarak, dürüst bir insanın, iyi bir aile reisinin özeni şeklinde ifade olunur. İyi bir aile reisi dikkatli, dürüst, iyi bir vatandaş tipidir ve onun gösterdiği özeni göstermiş olan kimsenin, ihmali olmadığı söylenir. Roma hukukçularına göre, borçlunun sorumluluğu, borç ilişkisinden istifadesi yani, yararı olduğu zaman, yararı olmadığı ilişkiye göre daha ağır olmalıdır. Dürüstlük kuralı uygulandığında, her iki taraf hukuku ilişkiden bir yarar sağladığı zaman, bütün kusurlarından sorumludur. Ancak eğer işten, sadece bir tarafın yararı varsa, diğer taraf sadece kasıttan sorumludur. Buna rağmen justinyanus hukuku, yarar prensibini mutlak olarak uygulamamıştır. Buna karşılık, alım satım, kira akitlerinde olduğu gibi her iki tarafın da sözleşmeden yararı varsa, tüm kusurlarından sorumluydular. Borçlu, justinyanus Hukukunda bütün kusurlardan sorumludur; yani borçlu, kasıt ağır ihmal ve hafif ihmalden sorumludur. Buna karşılık beklenmedik hallerden kimsenin sorumlu olmayacağı durumlar vardır.

Özellikle ceza yargılaması açısından cevap verilmesi gereken bir soru; bu eylemde kasıt mı var, yoksa ihmal mi var? Cezai sorumluluk için kasıt aranıyorsa bu kolay. Peki **ihmalde de sorumluluk varsa, ilgili konuda hukuk ihmali de cezalandırmışsa, ne olacak? Ya da özel hukuk açısından bakınca, tazminatın derecesi kusurun seviyesine göre belirlenecek ise ne olacak?**

Bugün mahkemelerin yapması gerekirken en çok yaptığı şey, kusurun derecesini kendilerinin belirlemesi gerekirken, bilirkişiye başvurmalıdır. Bugün Bilirkişilik Kanunu düzenlemeye çalışıyorlar. Sırf bu sebeplerden, Bilirkişilik Kanunu değişti. Kanun, mahkemelere, '*kusurun derecesinin belirlenmesi için hukukçu bilirkişilere başvuramazsın*' dedi. Diyelim ki onuncu katta oturuyorsunuz, ön tarafta bahçe olur, boş arsalar olur. Misafiriniz geldi, patates kızartması ikram edeyim dediniz. Ne de olsa öğrenci evi, patates kızartması bol olur. Genişçe bir tava buldunuz, yağı da koydunuz, kızarttığınızı misafirimize ikram ettiniz, yediniz. Şimdi ise kızartmanın yağını dökmemiz gerek, nereye dökeceksiniz? Lavaboya dökseniz tesisata yazık, çöpe de atamazsınız. Ne yaptınız? Camı açıp aşağıya döktünüz. Tam o sırada eski ev sahibiniz oradan geçiyormuş. Bir de '*merhaba'* dediniz. Adam yukarı baktı, eli yüzü, iyice yandı. Bunu yaparken adama erken bağırırsanız kaçabilir, geç kalırsanız isabet veremezsiniz. Buradaki düşünce gibi, ince ayar yaparsanız, nasıl olur? Kasıt olur. Ama aşağıdan sesler geliyor, kim olduğuna bakmadınız yağı döktünüz. Bu durum hiç kimsenin yapmayacağı bir dikkatsizlik örneğidir ve ağır ihmaldir.

Örneği değiştirelim, tavadaki yağ soğusun diye pencerenin kenarına koydunuz, yağ rüzgarla devrildi, iradeniz dışında ve aşağıya döküldü. Bu durumda hafif ihmaldir.

3-Çeşitli borçlarda sorumluluk kıstasları

4-Borçlunun davranışı dışındaki sebepler

a-Beklenmedik olay (Casus fortuitus)

Yükümlülük altında olana izafe edilemeyen bir durumdur. **Beklenmedik olaylar yani casus, bir insanın kolaylıkla ön göremeyeceği ihtimaller demektir**. Bazı durumlarda hiçbir insan gücüyle önlenemeyecek kadar kuvvetli, önüne geçilmez olaylarla karşılaşılır. Bunların borçlunun davranışı ile hiçbir ilişkisi yoktur. Mesela; deprem, sel, savaş, isyan, yıldırım düşmesi ve benzeri. Bunlara **mücbir sebep, yani borçlunun borcu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan dış olaylar denir**. Alacaklının borcun ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zarar, hem fiili zarar hem de mahrum kaldığı kar olabilir. Fiili zarar, mevcut mallar çerçevesinde meydana gelen azalmayı ifade eder. Mesela alacaklıya bir mal teslim edilecek yani, edilmemişse önce malın değeri olan fiili zarar hesap edilir. Sonra alacaklının o maldan elde edecek olduğu kar, yani mahrum kalınan kar, **yapılması zorunlu masraflar** olarak hesap edilir **mahrum kalınan kar**, yani Latince **olarak lucrum cessans,** bir karın, mal varlığında bir artışın eksik kalmasını gerçekleşmesini ifade eder. Bir kimse başkası tarafından trafik kazasında yaralandığı için işini yapamıyor ve kazancından mahrum kalıyorsa, mesela iş yerini, dükkanını açamıyorsa, bu hesaplar yapılır.

b-Mücbir Sebep (Vis Maior)

Bazı durumlarda, hiçbir insan gücüyle önlemeyecek kadar kuvvetli, önüne geçilmez olaylarla karşılaşılır. Bunların, borçlunun davranışları ile hiçbir ilgisi yoktur. Mesela deprem, sel baskını, bir binanın çökmesi, düşman işgali, iç savaş, yıldırım düşmesi, geminin batması, soygun, hastalık, hayvanların doğal sebeplerle veya kaza sonucu ölmesi ve büyük yangınlar buna örnektir. Bu gibi hallerde mücbir sebep, yani en büyük kuvvet söz konusu olur. **Bu hallerde zarardan doğan sorumluluğun, borçluya yüklenmesi imkanı yoktur,** borçlu sorumlu olmaz. Bununla birlikte, istisnai olarak borçlunun mücbir sebepten veya beklenmedik halden sorumlu olması söz konusu olabilir. Mesela bir dare yani vermek borcunun borçlusu temerrüt halindeyse, bu kural yapma borçlarına da uygulanır. Eğer borçlu kusurlu davranışı ile bir malı beklenmedik hal veya mücbir sebep sonucu telef olma tehlikesiyle karşı karşıya bırakmış ve mal telef olmuşsa, mesela ariyet alınan bir atın tarla yerine savaşa götürülmesi gibi, eğer borcun ifası borçlunun kusuru olmadan imkansız hale gelmişse, justinyanus Hukuku'nda borçlu, kural olarak sorumlu olmaz. Nezaret sorumluluğunda ise beklenmedik olaylardan da sorumlu olur. Mücbir sebep, borçlunun borcu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan dış olaydır. Beklenmeyen olay, borçlunun kaçamayacağı şekilde borcun ihlaline yol açar. Mücbir sebeple borcun ihlalinden kaçınamama, herkes için söz konusu olacak niteliktedir. Yani beklenmeyen olayda, borçlunun kendisinden beklenen tedbirleri almakla borcun ihlalini ödeyemeyeceği bir olaydır. **Mücbir sebep, hiç kimsenin alacağı tedbirlerle, borcunu ihlali önüne geçemeyeceği bir olaydır.**

2.DERS

Borçların kaynakları

Ortaya bir borç ilişkisi çıkaran hukuki olaylara borcun kaynakları denir. Romalılar buna borçların doğuş sebepleri anlamında **causae obligationum, yani borçların sebepleri** derlerdi. Belirtildiği gibi hukukçu gaiusa göre, borçlar ya akit'ten ya da haksız fiilden doğarlar. **Akit** ile iki taraf birbirleri ile uygun rızalarını beyan ettikleri için borç doğmaktadır. **Haksız fiilde** ise, taraflardan birisi hukuka aykırı bir harekette bulunmuş olduğu için borç doğar. Bizim Borçlar Kanunumuzda, borçların akitlerden ve haksız fiillerden doğduğunu söylenmektedir. Yalnız, bu tasnif eksik kalmaktadır. Çünkü akit veya haksız fiil olmayan bazı olaylar da borç oluşturmaktadır. Bu sebeple Borçlar Kanunu, borç kaynağı olarak **sebepsiz**

zenginleşmeyi de üçüncü kaynak olarak eklemiştir. Roma kaynaklarında, akitlerin haksız fiillerin ve çeşitli sebeplerin borçları doğurduğu yazılıdır. Roma kaynaklarında, Justinianosun ınstitutionnes'indeki bir paragrafta, akitten haksız fiilden akit benzerinden ve haksız fiil benzerinden, borçların doğdukları ifade edilmektedir. Contraktus ve delictum yani akit ve haksız fiil benzerleri olarak vasıflandırma halleri herhalde, daha önceki metinde çeşitli sebepler diye söylenenlerdir.

Haksız fiiller (delictum)

Genel Bilgiler

Borç doğuran kaynaklar arasında haksız fiiller önemli bir yer tutarlar. Önce, modern hukuktaki haksız fiil kavramını ana çizgileriyle gözden geçirmek gerekir. Modern hukukta **cezai ve hukuki sorumluluk** arasında kesin bir ayrım vardır. Modern hukuktaki haksız fiil veya suç söz konusu olduğu zaman, toplumun ortak menfaatini koruyan bir kuralın ihmal edilmiş olduğu anlaşılır. Böyle bir olay, zamanımızda iki sonuç doğurur.

Birincisi Kamu Hukuku Bakımından. Zamanımızda suç fikri, devlet adına ve bir devlet makamı olan Savcılık tarafından açılan ceza davasından ayrılamaz. Bu ceza, devlete yani bütün topluma karşı çekilir. Bir şahsın maruz kalmış olduğu zarara karşılık, suçluyu zarar gören hesabına cezalandırmak, sadece zarar görenin intikam hislerini tatmin etmeye yarayabilir zamanımızda. Böyle bir şeye müsaade edilemez.

Haksız fiilin özel hukuk bakımından doğurduğu ikinci sonuca gelince, haksız fiile maruz kalan kimse bir zarar görmüştür, mal varlığında bir eksilme olmuştur. Özel hukukta **haksız fiil, bozulan bu durumun yerine getirilmesini gerektiren fiildir.** Şu halde haksız fiil işleyen kimse, bir taraftan kamu cezası davası ile devlete karşı bir cezaya mahkum olur; diğer taraftan özel hukuk davası ile, sebebiyet verdiği zararı tazmin etmeye mahkum olur.

Ceza davası, suçlunun ölümü ile sona erer, özel hukuk davası ise mirasçılara intikal eder. Roma hukukunda, suçların çoğunun yaptırımı, para cezasıdır, fail bunu mağdura veya ailesine ödeyecektir. Ceza çoğu kere basit bir tazminattan daha ağırdır. Eski devirlerde, daha ziyade kısas usulü vardı, yani göze göz, dişe diş. Ancak kısas, çok ilkel ve vahşi bir ceza olduğu gibi, hukuk düşüncesine de aykırıdır. Daha sonra, belli bir miktar para yani diyet vermek suretiyle uzlaşmaları ve nihayet haksız fiilin cezası, kanuni yaptırımlar altında, hakim tarafından tayin edilen para cezalarına dönüştü. **Bir kimsenin menfaatlerinin hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi haksız fiildir**. Haksız fiil şahsa veya mala karşı olabilir

Haksız fiilin 4 şartı vardır

1-Fiil hukuka aykırı olmalıdır. Bir hukuk kuralını ihlal eden her fiil, kanuna aykırı ve haksızdır. Bununla birlikte bazı hallerde, meşru müdafaa veya zaruret hali, kasıtla işlenen suça ceza verilmesini engeller. Ayrıca bir kanun hükmünün uygulanması veya bazı hallerde mağdurun rızası sonucu bir kişiye verilen zarar haksız fiil oluşturmaz; bunlar hukuka uygunluk sebeplerini oluşturur. Örneğin, bir kimse kendisine silahla saldıran birini öldürürse, onu haksız yere öldürmemiştir, ancak meşru müdafaada saldırı ile orantılı olmak şartına tabii tutulmuştur. Aynı şekilde bir kimse öldürüleceği korkusuyla bir hırsızı öldürürse, kesin olarak sorumlu değildir, fakat onu hareketsiz hale getirebileceği halde öldürmeyi tercih etmişse, haksız olarak hareket ettiği düşünür

2-Haksız fiillerin ikincisi: Failin kusuru olmalıdır. Bu kusur hafif da olabilir, fakat hiç kusuru olmayan zararla sonuçlanan olayda kusursuz olan kimse için, haksız fiil işlemiş denemez. Bu nedenle haksız fiil bir faile istinat edebilmeli, yani o kimseye fiilin sorumluluğu yüklenebilmelidir. Bunun anlamı, fiili işleyenin o olaydan doğacak sonuçların farkında

olmasıdır. Roma Hukukunda, **yedi yaşından küçükler veya akıl hastaları**, temyiz kudretinden mahrum oldukları için, kendilerine haksız fiil isnat edilemez.

3-Haksız fiillerin üçüncüsü: Haksız fiil ile meydana gelen sonuç arasında, uygun illiyet bağı olmalıdır. Bunun tespiti bir hayli zor olabilir. İlliyet bağı, zararın kökenindeki davranıştan hareketle bir kimseyi suçlayabilmek için, zarar verenin kimliğini tespit etmek ve davranışı ile mesela, bir malın tahribi veya telafi edilmesi arasında maddi ilişkiyi kurmaktır

4-Haksız fiillerin dördüncüsü: Haksız fiil sonucu bir zarar meydana gelmelidir, bu manevi bir zarar da olabilir. Kişinin manevi varlığına bir tecavüz durumunda, haksız fiilin bu şartı oluşmuştur. Haksız fiil davaları **ceza davalarıdır, yani Latincesi actıones poanales** Ceza davalarının özellikleri, mağdurun zarardan fazla bir miktara mahkum edilmesi, davalarının mirasına intikal etmemesi, suçlular birden fazla ise her birine karşı ceza davasının ayrı ayrı açılabilmesidir. Bazen haksız fiilden dolayı, ayrıca bir de tazminat davası açılabilir. Haksız fiil davalarından mahkum olanlar, **şerefsiz yani infamis** olurlar

Haksız olarak başkasının malına verilen zararlar (Damnum iniuria Datum)

Damnum ne demek? Damnum iniuria nedir? Bu, damnum ama nasıl bir damnum, **damnum iniüria, hukuka aykırı** demek oluyor. Latince'de in eki, olumsuzluk ekidir. **Damnum da davranış** demek, yani hukuka aykırı bir davranış olmasıdır. Bu haksız fiili oluşturan bileşenlerden bir tanesidir. Data nedir? Veri anlamında, bugün bile kullanıyoruz. Türkçe'ye çevirecek olursak damnum iniüria datum, haksız fiil ifa etmektir. Toplumsal hayatta hakim olan kuralların çoğu da yazısızdır, öyle değil mi? Mesela, hiçbir yerde pencereden aşağıya çöp atılmaz yazmaz, ama bu bir kuraldır. Çöp, çöp tenekesine atılır. Pencereden aşağı sıcak su dökülmez. Bir de ayrıca bir davranış vardır ki, hareketsiz kalmak da bir yükümlülük davranışı sayılıyor. Mesela, doktor davranışı. Bu tarz suçlara da **garantörlük suçları** deniyor. Bir görev size yüklenmiş ve siz bu görevi yerine getirmemişsiniz. Bu da kanunda düzenlenmiş, ona **garantörlük suçu** adı veriliyor. İhmal suretiyle, hareketsiz kalmak suretiyle bir suç işlenmiş oluyor. Borçlar hukuku bunlara bakıyor ve bunlar varsa diyor ki; '*verdiğin zararı karşılayacaksın.'*

Başkasının malına verilen zararlara yatırım getiren aquilia kanunu, lex aquilia de damno halk oylamasıyla, -yani plebiscitum ile - kabul edilmiştir. Kanunun kapsamı ve uygulama alanı, hukukçular tarafından genişletilmesi, özel hukuk suçunun hukuku rejimini tamamen değiştirmiştir ve haksız fiilden doğan borçların modern teorisine bağlanan sorumluluk kavramını başlatmıştır damnum iniuria datum yani Aquila Kanunu. Yani lex aquile ile doğan bir haksız bir fiil şeklidir. Daha önceleri 12 Levha Kanunu'nda genel bir düzenleme yoktu, başkasının malına verilen zararlar için tek tek kimler vardır? Önceleri nispeten eski bir kanun olan lex aquile, mallarda meydana gelen zararlar için genel kavramlar ortaya koymuştur. Bu kanun mallara verilen zararlara da genel sorumluluğu getirmiş ve bu fiillerin hepsini tek bir haksız fiil haline sokmuştur.

Bu kanun suçları 3 bölümde toplamıştır

1. bölümde başkasına ait bir köle veya sürü hayvanın öldürülmesi

2. bölümde alacakların zararına borçlunun ibrası

3. bölümde köle veya hayvanların yaralanması veya mallara verilen her türlü zararlardan söz ediliyordu.

Kanun bir bölümde başkasına ait bir kölenin veya sürü hayvanının haksız şekilde öldürülmesinden bahsediyordu. Bu kanundan doğan actio Legis aquilia, bir ceza davasıdır. Haksız fiili birkaç kişi işlerse, dava her birine karşı ayrı ayrı açılabilir. Haksız fiili aile evladı veya köle işlerse, dava aile reisine veya kölenin efendisine karşı, noxalis şeklinde açılabilir.

Lex aquilia davasının üç unsuru vardır

A- Haksız fiil sonucu bir zarar meydana gelmelidir.

B- Zarar haksız hukuka aykırı olmalıdır. Meşru müdafaa veya ıztırar halinde başkasının malına zarar verenler sorumlu değildir. Zarar veren kusurlu olmalıdır, kusurun her derecesi sorumluluk bakımından yeterlidir.

C- Zarar bedenen verilmelidir, yani haksız fiil doğrudan doğruya fail tarafından ve doğrudan doğruya mal üzerinde gerçekleştirilmelidir.

Plato hukukunun tedbirleri ve hukukçuların içtihatları ile Roma hukukunun son devrinde lex aguilia hükümleri son derece genişledi. Kusurlu bir hareket sonucu mala verilen her türlü zararı kapsadı. Hatta hür bir insanın yaralanması da **actioutilis** olarak tanındı. Bu gelişmeler sonucu, haksız fiilin kapsamı, mala verilen zararı aşmıştır. Zira insan vücudu mal değildir, tazminatta tedavi masrafları, kar mahrumiyeti dahil edildi. Mesela bir kimse başkasının atını yaralarsa ve atın sahibi bu nedenle atını, kazancını temin eden arabaya koşamazsa, atın tedavi masraflarından başka maruz kaldığı zarardan, hukukta kar mahrumiyetinin de tazminini isteyebiliriz,

Zarar, iki şekilde ortaya çıkıyor, birisi sözleşmeye aykırılık, bir diğeri ise haksız fiil.

Bir sözleşme yapılmış ama sorumlulukları yerine getirilmemiş, ya da hukuk dikkat et demiş ama dikkat edilmemiş, zarar verilmiş. Bu sayılanların sonuçları çoğunlukla tazminattır. Zaten haksız fiilin sonucu tazminat ama borca aykırı davranış da tazminatla sonuçlanabilir.

Borca aykırı davranışı sebebiyle karşı tarafa borcunu ödemeyene bir de '*tazminat ödemeni talep ediyorum*' diyebilirsiniz ya da '*artık borcunu ödeme, iş işten geçti tazminat istiyorum* ' diyebilirsiniz.

Roma hukuku nakden tazmini daha çok gündeme getirir, maddi değeri olmayan şeyler Roma Hukukunda satışa söz konusu olmaz.

Romalıların borcu countracus'dan doğar. İlk zamanlarda iradenin ne şekilde olduğuyla çok ilgilenmezlerdi. Yabancılar ise bu kavramları telaffuz edemiyor, haliyle contraktus yapamıyor. O zaman yabancılar nasıl ticaret yapacaklar? Yabancıların borç altına girebilmesi için, güven mantığı bir kaynak olarak kabul edildi.

Zarara devam edelim, zarar, fiili zarar şeklinde ortaya çıkar. Bir de Roma hukuku lucrum cessans denilen yoksun kalınan kar'ı da bu zarar kapsamında değerlendirir. Kaza yaptınız, adamın arabasına çıktınız. Arabayı yaptırdın ama adam, bir hafta çalışamadı ve bir gelirden yoksun kaldı; bu kısmı da tazminat olarak alacak. Fiili zararın tespiti kolaydır, ancak yoksun kalınan geliri nasıl hesap edeceksin? Taksici hele bir de belge vermiyorsa, şimdi taksicinin yoksun kaldığı geliri nasıl hesaplayacağız? Taksiciye sorsan, her gün işlerin süper olduğunu düşünerek hesap yapacak ama boş gezen taksici de var değil mi? O zaman, o civardaki bir durakta çalışan bir taksinin ortalama geliri hesap edilir ve zarar tazmin edilir.

İlliyet bağı

İlliyet nedir? Borçlar Hukukunda Roma devrinde bir şart daha aranıyordu: Kanunda zararı temasla vermeniz gerekiyordu. Bir hayvana vurmanız ya da onu uçurumdan aşağı temasla atmanız gerekiyordu. Hayvana vurmadınız ama ürküttünüz, o da uçurumdan aşağı düştü. Bu durumda, temas etmediğiniz için sorumlu değilsiniz, çünkü elinizi sürmediniz. Ya da hayvan bağlıyken kapıyı kapatınız, ahırda hayvan havasızlıktan öldü, yine sorumlu tutulmuyorsunuz. Yani kanun Roma döneminde fiziksel teması, illiyet bağının yani sebep sonuç ilişkisinin en somut hali olarak görüyor. Bu toplumda, bu fiil, zararı vermeye yeterli ise sorumlusunuz. Yerden nohut büyüklüğünde bir taş aldınız, adamın kafasını attınız, adam öldü mümkün mü? Olabilir. Normalde nohut kadar taşın darbesiyle adam ölmez ama o taşı hızlı bir şekilde atarsanız belki ölebilir.

Bir gün apartman yöneticisi ile yaşlı bir adam tartışmış, aidatı ödersin, ödemezsin derken itişmişler. Yaşlı adam yere düşmüş, daha sonra kalkmış, evine gitmiş. Oradan camiye gitmiş, sonra eve gelmiş, evde ölmüş. Bu kavgayı öğrenen polis, apartman yöneticisini tutuklamış. Neticede bir kişi ölmüş, Normalde yavaş bir şekilde yere düşmek ölüme sebep olmaz. Dış görünüş itibariyle illiyet bağı var gibi görünüyor, dolayısıyla tedbir amaçlı tutuklama kararı verilmiş. Ancak hastaneden otopsi raporu geliyor, adam kalpten ölmüş, çünkü zaten kalp hastasıymış. Dolayısıyla düşme olayı ile ölüm arasında bir illiyet bağı kurulamamış oluyor.

Ruhi TUNCER

İÜHF-İMECE