

PAPER DETAILS

TITLE: Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi

AUTHORS: Bahar ÖCAL

PAGES: 345-387

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208248>

DAMNUM INIURIA DATUM'DA INIURIA VE CULPA İLİŞKİSİ

Bahar ÖCAL*

ÖZET

Damnum iniuria datum, hukuka aykırı olarak mala verilen zararı ele alan ve Lex Aquilia'da düzenlenmiş bir haksız fiildir. Bu düzenlemeye göre söz konusu haksız fiilden sorumluluğun unsurları: zarar (damnum), zarar veren eylem ve hukuka aykırılık (iniuria) olarak belirtilmiştir. Ancak söz konusu düzenlemede failin kusurlu olup olmaması hususuna değinilmemiştir. Gaius'un Institutiones'inde ve Digesta'nın damnum iniuria datum'dan söz eden metinlerinde ise kusur (culpa) kavramının, kimi zaman hukuka aykırılık (iniuria) kavramı ile birlikte kimi zaman da hukuk aykırılık (iniuria) kavramından bağımsız olarak kullanılmış olduğu dikkat çekmektedir. O nedenle çalışmamızda öncelikle culpa ile iniuria kavramlarını birlikte ele alan metinler incelenecek ve iki kavram arasındaki ilişki anlaşılmaya çalışılacaktır. Ardından tek başına culpa (kusur) kavramını ele alan metinler incelenerek, Lex Aquilia kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından culpa'nın (kusur) bir unsur olarak tanınıp tanınmadığı araştırılacak ve culpa (kusur) kavramının kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Lex Aquilia, damnum iniuria datum, sorumluluk, kusur, hukuka aykırılık.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (ocalbahar@gmail.com).

RELATIONSHIP BETWEEN INIURIA AND CULPA IN DAMNUM INIURIA DATUM

ABSTRACT

Damnum iniuria datum which deals with the wrongful damage of things is a delict regulated under Lex Aquilia. According to this act, the conditions of liability were stated as damage (damnum), act caused damage and wrongfulness (iniuria). However, the issue of the fault of the wrongdoer was not dealt with by that act. On the other hand, it is noticed that the concept of fault (culpa) was sometimes used together with the concept of wrongfulness (iniuria) or on its own in the texts which mentioned damnum iniuria datum of the Institutiones of Gaius and Digesta. Therefore, in this article, the texts which referred to the concepts of culpa and iniuria together will be examined to understand the relationship between these two concepts. Then the texts which discussed the concept of culpa on its own will be examined to understand whether the culpa was recognized as a condition for the Aquilian liability and to define the scope of the concept of culpa.

Keywords: Lex Aquilia, damnum iniuria datum, liability, fault, wrongfulness.

GİRİŞ

Damnum iniuria datum, yani hukuka aykırı olarak mala verilen zarar haksız fiili, tarihi tam olarak bilinmemekle birlikte M.Ö. III. yy.'da¹

¹ Schulz, F.: Classical Roman Law, Oxford 1969, s. 587; Koschaker P.-Ayiter K.: Modern Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s. 264; Tahiroğlu B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2003, s. 261. Kaser'e göre M.Ö. 286 yılında çıkarılmıştır: Kaser, M.: Roman Private Law, s.213; Cursi, 19.yy. Roma Hukuku doktrinine uzanan ve oldukça yaygın olan yaklaşıma göre Lex Aquilia'nın M.Ö. 287-286 yıllarında çıkarılmış olduğuna ilişkin görüşün, modern Roma Hukuku doktrinde aşılması; her ne kadar Lex Aquilia'nın tarihinin kesin bir şekilde tespiti mümkün değilse de M.Ö. IV.yy. ile M.Ö. III. yy. çıkarılmış olduğu görüşündedir: Cursi, M. F.:

çıkarıldığı tahmin edilen bir plebiscitum² olan Lex Aquilia'da³ düzenlenmiştir.

D.9.2.1.pr. (Ulpianus 18 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. 1.Quae lex aquilia plebiscitum est, cum eam aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.”

D.9.2.1.pr. (Ulpianus 18 ad ed.)

Lex Aquilia, hukuka aykırı olarak verilen zararı ele alan kendisinden önceki tüm kanunların, gerek On İki Levha Kanunları gerek başka kanunların, <ilgili bölümlerini> yürürlükten kaldırdı. Söz konusu kanunları anmaya gerek

Iniuria Cum Damno: Antigiuridicità e Colpevolezza nella Storia del Danno Aquiliano, Milano 2002, s. 147 vd. [Cum Damno].

² Gai.Ins.1.3. *“Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit.”* (Plebiscitum, pleb'lerin emir ve vazettiğidir). Gaius'un metninden de anlaşıldığı üzere Plebiscitum, Pleb Meclisi tarafından çıkarılan kurallardır. M.Ö.286 yılında çıkarılan Lex Hortensia'ya kadar yalnızca pleb'leri bağladığı kabul edilmekteydi. Söz konusu kanun ile plebiscitum'ların patricius'lar da dahil tüm Roma Halkını (Populus Romanus) bağladığı kabul edildi. Bkz. Umur, Z.: Roma Hukuku Tarihi Giriş, İstanbul 1965, s. 51; Masiello, T: Corso di Storia del Diritto Romano, Bari 2010, s. 43; Umur, Z.: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, s. 158 [Lügat]; Gruppo Editoriale: Dizionario Giuridico Romano, Napoli 2006, s. 398. Ancak bazı yazarlara göre Lex Hortensia'dan yaklaşık 163 yıl önce M.Ö. 449-448 yıllarında çıkarıldığı tahmin edilen Lex Valeria Horatio ile plebiscitum'ların, Senato tarafından onaylandıktan sonra tüm Roma vatandaşlarını bağladığı kabul edilmektedir. Söz konusu yazarlar, M.Ö. 339 tarihinde çıkarılan Lex Publilius Philo ile plebiscitum'ların Pleb Meclisi'ne sunulmadan önce Senato'ya sunulması gerektiği kuralının getirildiği; ancak Lex Hortensia ile öncesinde ve sonrasında Senato'nun onayına tabi olmaksızın plebiscitum'ların tüm Roma vatandaşlarını bağladığının kabul edildiği görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Okandan, R.G.: Roma Amme Hukuku, İstanbul 1944, s.47; Arsal, S.M.: Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul 1948, s. 198; Serrao, F.: Diritto Privato Economia e Società nella Storia di Roma: 1-Dalla Società Gentilizia alle Origini dell'Economia Schiavistica, Napoli 2006, s. 99-103.

³ Ancak Lex Hortensia'dan sonra çıkarılmış olduğu ve bu nedenle Lex olarak adlandırıldığı tahmin edilmektedir: Somer P.: Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008, s. 5.

yoktur. 1. Bahsi geçen *Lex Aquilia*, *Tribunus Aquilius* tarafından pleb meclisine teklif edilen bir plebiscitum'dur.

Alıntı yapmış olduğumuz metinde *Ulpianus*, *Lex Aquilia*'nın hukuka aykırı olarak mala verilen zararı düzenleyen kendisinden önceki kanunların -gerek On İki Levha Kanunları gerekse diğerlerinin- ilgili bölümlerini ilga ettiğini ve *Tribunus Aquilius*'a başvurularak çıkarılmış bir plebiscitum olduğunu belirtmektedir.

Lex Aquilia üç bölümden oluşmaktadır. Yasanın *adstipulatio*'ya ilişkin olan ikinci bölümünde, borçluyu hileli bir şekilde borçtan kurtaran *adstipulator*'a karşı vekalet sözleşmesinden doğan bir dava hakkı tanınmaktaydı. Bu bölüm herhangi bir gelişme göstermeksizin Klasik Dönemde varlığını korumuş; ancak *Iustinianus* döneminde ortadan kalkmıştır⁴.

Bu nedenle çalışmamızda “*Lex Aquilia* kapsamında sorumluluktan” bahsedilirken, *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde düzenlenen haksız fiilden sorumluluk kastedilmektedir.

II. *Lex Aquilia*'da Damnum Iniuria Datum Haksız Fiilinin Düzenlendiği Bölümler

Lex Aquilia'nın birinci bölümünde, başkasının kölesi ya da dört ayaklı bir sürü hayvanını (*pecudes*)⁵ hukuka aykırı olarak öldüren kimsenin, köle ya da dört ayaklı hayvanın o yıl içindeki en yüksek değerini malike vermeye mahkum edileceği şeklinde bir yaptırım öngörülmüştür.

⁴ D.9.2.27.4 (Ulpianus 18 ad ed.); *Erişgin Söğütlü, Ö.*: Haksız Fiil Benzerleri (*Quasi Delicta*) Ankara 2002, s.15; *Umur, Lügat*, s. 114-115.

⁵ Köleler ve *pecudes* yani dört ayaklı hayvanların öldürülmesi neticesinde verilen zararın *Lex Aquilia*'da ayrı bir bölümde düzenlenmiş olması, Roma'nın başlangıçta bir tarım toplumu olmasıyla açıklanabilir: *Erişgin Söğütlü Ö.-Karakaş F.T.*, Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi, BATİDER, C. XXIII, Sayı 3, Ankara 2006, s.161.

Gai. Ins. 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 fuerit, tantum domino dare damnetur.*”⁶

Gai. Ins. 3. 210

Actio damni iniuriae (hukuka aykırı olarak mala verilen zarara ilişkin dava), *Lex Aquilia*’da öngörülmüştür. Birinci bölümünde, bir başkasının kölesi ya da büyük bir sürünün parçası olan dört ayaklı hayvanını hukuka aykırı olarak öldüren kimsenin malın son yılda ulaştığı en yüksek değeri malikine vermeye mahkûm edileceği düzenlenmektedir.

D.9.2.2. pr. (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“*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».*”

D.9.2.2. pr.(Gaius 7 ad ed. provinc.)

Lex Aquilia’nın birinci bölümündeki düzenleme şu şekildedir: “Eğer bir kimse bir başkasının erkek ya da kadın kölesini veya dört ayaklı bir sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldürürse, malın o yıl içindeki en yüksek değerini malike vermeye mahkum olsun”⁷.

Yasanın üçüncü bölümünde ise birinci bölüm dışında kalan diğer zararlar ele alınmıştır (*si quis alteri damnum faxit*). Şöyle ki; hukuka aykırı biçimde herhangi bir eşyasını yakarak, kırarak ya da parçalayarak

⁶ Ayrıca bkz. Ius.Ins.4.3.pr.

⁷ Çeviri’de Somer’den yararlanılmıştır: Somer, s.6.

bir başkasına zarar veren kimsenin, eşyanın takip eden otuz gün içindeki değerini malike vermeye mahkum edileceği öngörülmüştür. Ayrıca birinci bölümde bahsi geçen köle ya da pecudes grubuna dahil olan bir hayvanın yaralanması da yasanın bu bölümüne göre yaptırıma tabidir.

Gai. Ins. 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.”*⁸

Gai. Ins. 3. 217

Üçüncü bölümde, diğer tüm zararlar inceleniyor: Bir kimse, bir köleyi ya da sürü hayvanı sayılan dört ayaklı bir hayvanı yaralarsa ya da sürü hayvanı olmayan, örneğin; köpek ya da ayı veya aslan gibi vahşi bir hayvanı yaralar ya da öldürürse bu bölüme göre bir dava tanınır. Diğer hayvanlara ve cansız eşyalara hukuka aykırı olarak verilen zararlar da bu bölümde yaptırım altına alınmaktadır. O takdirde bu bölümde yakılan, kırılan ya da parçalanan eşyalarla ilgili olan dava düzenlenmiştir. Aslında ruptum (parçalama) kavramı tüm bu halleri anlatmaya yeterlidir. Zira ruptum’dan herhangi bir şekilde tahrip olma (*corruptum*) anlaşılır. Dolayısıyla, bu

⁸ Ayrıca bkz. Ius.Ins.4.3.13.

kavram yalnızca yanma, kırılma ya da parçalanmayı değil ve fakat bölünme, paramparça etme, fırlatma ve herhangi bir şekilde zarar verme ya da yok etme ya da kötüleşmeyi de içerir.

D.9.2.27.5 (Ulp.18 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».*”

D.9.2.27.5 (Ulp.18 ad ed.)

Lex Aquilia’nın üçüncü bölümünde “köle ya da sürü hayvanının öldürülmesi hariç diğer zararlarla ilgili olarak, eğer birisi bir başkasına <herhangi bir eşyasını> hukuka aykırı olarak yakmak, kırmak veya parçalamak suretiyle zarar verirse, eşyanın son 30 gün içindeki değerini malike vermeye mahkum olsun” denilmektedir⁹.

Lex Aquilia’nın birinci ve üçüncü kısmında düzenlenmiş olan haksız fiil bakımından karşılaştırmalı bir inceleme yapacak olursak:

a) Birinci bölümüne konu olan *damnum* yani zarar, köle ya da dört ayaklı sürü hayvanının öldürülmesini içermektedir (*ut qui servum servamve -alienum alienamve- quadrupedem vel pecudem occiderit*). Üçüncü bölümde ise *damnum*; birinci bölümde sözü edilen köle ya da dört ayaklı sürü hayvanının yaralanması, sürü hayvanı olmayan diğer hayvanların öldürülmesi ya da yaralanması ve diğer eşyanın parçalanması, kırılması ya da yakılması halinde söz konusu olmaktadır (*quod usserit fregerit ruperit iniuria*). Yasanın birinci bölümünde zarar verilen mal özel olarak ekonomik değeri bulunan köle ya da *pecudes* grubuna dahil bir

⁹ Çeviri’de Somer’den yararlanılmıştır: Somer, s. 7.

hayvan olarak belirlenmiştir. Yasanın üçüncü bölümünde ise herhangi bir mala yani *res*'e verilen zarar düzenlenmiştir.

b) Birinci bölümde zarar veren eylem öldürme (*occidere*), üçüncü bölümde ise zarar veren eylem yakma (*urere*), parçalama (*rumpere*) veya kırma(*frangere*) olarak belirlenmiştir.

c) Gerek birinci bölümde gerekse üçüncü bölümde hukuka aykırı olarak (*iniuria*) verilen zarar yaptım altına alınmaktadır.

d) Birinci bölümde yaptırım, zarar verenin kölenin ya da dört ayaklı hayvanın öldürülmesi neticesinde malike köle ya da dört ayaklı hayvanın öldüğündeki değerini değil; o yıl içerisindeki en yüksek değerini ödemeye mahkum edilmesi şeklindedir. Üçüncü bölümde ise yaptırım, zarar verenin yakmak, parçalamak ya da kırmak suretiyle zarar verdiği malın (*res*), takip eden otuz gün içindeki değerini malike vermeye mahkum edilmesi olarak düzenlenmiştir.

Tek başına *damnum*¹⁰ yani zararın varlığı, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından yeterli değildir. Aynı zamanda *damnum datum* yani mala fiilen zarar verilmiş olması şartı aranır. Başka bir anlatımla, zarar tehdidinin ya da tehlikesinin olması yetmez; fiilen zararın gerçekleşmiş olması gerekir. *Lex Aquilia*'ya dayanılarak, doğrudan açılan davada sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zararın fiziksel bir hareket sonucunda -bedenden bedene (*corpore corpori*)- meydana gelmiş olması gerekmektedir. Zarar veren bizzat kendi bedeni ile zarara neden olmuşsa doğrudan *actio Legis Aquiliae*'den sorumlu olur. Bu unsurun eksikliği halinde zarar veren, *praetor* tarafından yaratılan *actio utilis* ya da *actio in factum*'dan sorumlu olacaktır¹¹. Klasik

¹⁰ “*Damnum*” ibaresi taksim etmek, paylaşmak anlamına gelen “*da*” kökünden gelmekte ve belki de vermek, tahsis etmek, neden olmak vs. anlamlarına gelen “*do, dare*” sözcüğünün daha eski biçimini oluşturmaktadır: *Daube D.: On the Use of the Term Damnum*, Studi in Onore di Siro Solazzi, Napoli 1948, s. 3.

¹¹ Gai. Ins. 3. 219.

Dönemdeki en büyük gelişme, *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluk bakımından, *preator*'ların ölüme neden olma veya zarar nedenini hazırlama durumlarında *actio utilis* ya da *actio in factum* tanımak suretiyle zararın "*corpore corpori*" verilmiş olması koşulunu genişletmiş olmalarıdır¹². Bu koşulu tamamlayan diğer unsur ise iniuria yani hukuka aykırılıktır¹³⁻¹⁴. Zararın hukuka aykırı olarak verilmiş olması, yani *damnum iniuria datum*¹⁵ ile *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk için gerekli olan temel unsurlar tamamlanmış olur. *Culpa* yani kusur kavramının bu sorumluluktaki yeri ise Roma Hukuku doktrinde tartışmalara neden olmuş önemli bir sorundur.

Çalışmamızda öncelikle *culpa* ile *iniuria* kavramları birlikte incelenecek ve Romalı Hukukçuların bu iki kavramı kullanış şekilleri bakımından bir değerlendirme yapılarak, *culpa* yani kusurun *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından bir unsur olarak

¹² Erişgin Söğütü, s. 21; Erişgin Söğütü - Karakaş, s. 163-164.

¹³ D.9.2.3 (Ulpianus 18 ad ed.): "*Si servus servave iniuria occisus fuerit, Lex Aquilia locum habet. iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum.*" (Eğer bir köle hukuka aykırı (*iniuria*) olarak öldürülmüşse *Lex Aquilia* uygulama alanı bulur. Öldürmenin hukuka aykırı olması gerektiği haklı olarak eklenir. Nitekim öldürme yalnız başına yeterli değildir; hukuka aykırı olarak yapılmış olması gerekir). *Ulpianus*'un bu metninde *iniuria*, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir unsur olarak belirtilmiştir. Zira tek başına kölenin öldürülmesi eylemi yeterli görülmemiş, bu eylemin hukuka aykırı olması halinde *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluğun söz konusu olacağına değinilmiştir.

¹⁴ D.9.2.52.pr.(Alfenus 2 dig.): "*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.*" (Eğer bir köle yaralarından öldüyse, sahibinin dikkatsizliği ve doktorun bilgisizliği gibi rol oynayan başka etken olmasa da, dava açılacaktır çünkü hukuka aykırı olarak öldürülmüştür). Ancak MacCormak, *Alfenus*'un bu metindeki görüşünden hareketle, *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk koşulları bakımından bir şey yapmak zorunda olan için dikkatsizliğin ve becerisini göstermek durumunda olan için bilgisizliğin kusur yönünden değerlendirilmesinin zeminini hazırladığı görüşündedir: MacCormak, G: *Aquilian Studies*, SDHI 41, 1975 s. 46.

¹⁵ Kelly'e göre *Lex Aquilia*, *iniuria* ve *damnum iniuria datum* arasındaki ayrımın başlangıç noktasıdır. Ekonomik kayba neden olan haksız fiiller *Lex Aquilia de damno iniuria* ile cezalandırılmaya başlanmıştır. Ancak *damnum iniuria datum* şeklindeki adlandırma daha geç bir dönemde Post-Klasik Hukukçular tarafından kullanılmıştır: Kelly J.M.: *The Meaning of the Lex Aquilia*, LQR, Vol. 80, London 1964, s. 83.

tanınıp tanınmadığı anlaşılmaya çalışılacaktır. Ardından *culpa* yani kusur kavramının kapsamı ve sorumluluk bakımından değerlendirilmesi yapılarak, genel çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

II- *Lex Aquilia* Kapsamındaki Haksız Fiilden Sorumluluk Bakımından *Iniuria* (Hukuka Aykırılık) ve *Culpa* (Kusur) İlişkisi

Lex Aquilia'nın birinci ve üçüncü bölümünde, *damnum iniuria datum* yani hukuka aykırı olarak verilmiş olan zarar nedeniyle sorumluluktan söz edilmektedir. Yukarıda alıntı yapmış olduğumuz *Lex Aquilia*'nın birinci bölümüne ilişkin Gai.Ins.3.210 ve D.9.2.2.pr.'daki metinlerden, bu bölümdeki düzenlemenin aşağıdaki şekilde olduğu varsayılmaktadır:

“Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto”¹⁶

“Eğer bir kimse bir başkasının erkek ya da kadın kölesini veya dört ayaklı bir sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldürürse, malın o yıl içindeki en yüksek değerini malike vermeye mahkum olsun”.

Üçüncü bölümüne ilişkin Gai.Ins.3.217 ve D.9.2.27.5'deki metinlerden, *Lex Aquilia*'nın üçüncü bölümündeki düzenlemenin ise aşağıdaki şekilde olduğu varsayılmaktadır:

“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”¹⁷

¹⁶ Cursi'ye göre bu metin, “*si quis servum servumve alienum alienumve quadrupedemve pecudem alienam iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare ero damnas esto*” şeklindedir: Cursi, Cum Damno, s. 180.

¹⁷ Cursi bu metni, “*ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alterum damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fu(er)it in diebus*

“Köle ya da sürü hayvanının öldürülmesi hariç diğer zararlarla ilgili olarak, eğer birisi bir başkasına <herhangi bir eşyasını> hukuka aykırı olarak yakmak, kırmak veya parçalamak suretiyle zarar verirse, eşyanın son 30 gün içindeki değerini malike vermeye mahkûm olsun”.

Bu metinlerin de yol göstermesi ile *damnum iniuria datum* haksız fiilin düzenlendiği *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümünde, failin ruhsal durumu ya da ihmali ya da kusurlu davranışı ile ilgili açık bir düzenleme¹⁸ bulunmadığı anlaşılmaktadır¹⁹.

Ancak *Digesta*'nın kimi metinlerinde “*iniuria datum*” yani hukuka aykırı olarak verilen ibaresinin yerine “*culpa datum*” yani “kusurla verilen” ibarelerinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Bu durum *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından *culpa* yani kusur kavramının, Klasik Dönem Hukukçuları tarafından haksız fiilin ayrı bir unsuru olarak kabul edildiği fikrini ortaya çıkarmaktadır²⁰⁻²¹. Bazı

triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto” şeklinde yeniden oluşturmaktadır: *Cursi, Cum Damno*, s. 207-208.

¹⁸ *Corpus Iuris Civilis*' de *culpa* 'ya yapılan atıfların *interpolatio* görmüş olduğunu savunan görüşe göre, Klasik Hukukçular daha çok dava *formula* 'ları ile ilgilenmiş ve sorumluluk bakımından *culpa* 'dan pek söz etmemişler; ancak *culpa* 'nın varlığını varsaymışlardır: Oğuz, A.: Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1989, s. 80.

¹⁹ Ancak bu durum, failin psikolojik durumunun sorumluluk bakımından bütünüyle ilgisiz olduğu anlamına gelmemektedir: *Ibbetson, David*: Wrongs and Responsibility in Pre-Roman Law, *The Journal of Legal History*, 2004, s. 114; *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk bazı olguların meydana gelmesine bağlanmıştır yani duruma bağlıdır. Bu olguların neler olduğu ise rastlantısal bir biçimde belirlenmemiştir. Ancak bu olgular doğal olarak kasıtlı davranış sonucu meydana gelmektedir: *Descheemaeker, E.*: The Roman Division of Wrongs: A New Hypothesis, *Roman Legal Tradition* 5, 2009, s. 17.

²⁰ Talamanca'ya göre *Lex Aquilia* 'dan kaynaklanan sorumluluk *dolus* ve *culpa* yani kasıt ve ihmale bağlı subjektif bir sorumluluktur: *Talamanca M.*: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1990, s. 627; Zimmermann da *Lex Aquilia* 'da düzenlenen haksız fiil bakımından sorumluluğun *culpa* yani kusura dayandığı görüşündedir: *Zimmermann, R.*: The Law of Obligations: Roman Foundations of Civilian Tradition, Cape Town 1992, s.1004; Koschaker-Ayiter'e göre Kanunun hukuka aykırı olarak mala verilen zarardan bahsetmesi, hukukçuların fiilin kusurlu (*dolus* ve *culpa*) olması fikrine yönelmesine neden olmuş ve *actio Legis Aquiliae* 'de *culpa* kavramı işlenmiştir. Ancak sorumluluk için *culpa in faciendo* (zarar verenin bir şeyi yapması gibi olumlu bir hareketine dayanan

Digesta metinlerinde ise *culpa* yani kusur kavramının, *iniuria* yani hukuka aykırılık kapsamında ele alınmış olması Klasik Hukukçuların her iki kavramı bir arada değerlendirdiği ve iki kavram arasında bir ayırım yapmadığı düşüncesine neden olmaktadır²². Ancak Romalı hukukçuların tanımlamalardan uzak durması²³ ve *Digesta* metinlerinin *interpolatio*²⁴’ya uğramış olması şüphesi nedeniyle kesin bir çıkarım yapmak oldukça güçtür.

D.47.10.1.pr. (Ulpianus 56 ad ed.)

“Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege

kusur) esas alınmaktaydı; yoksa *culpa in non faciendo* (zarar verenin bir şeyi yapmaması, örneğin engel olmaması gibi, olumsuz bir hareketine dayanan kusur) söz konusu değildi: *Koschaker -Ayiter*, s. 265.

²¹ *Iniuria* kavramının *damnum* ile birlikte *Lex Aquilia* ile ortaya çıktığı; ancak *culpa* kavramının *Lex Aquilia*’dan 150 yıl sonra hukukçular tarafından ortaya koyulduğu kimi yazarlarca kabul edilmektedir. Bu yazarlara göre ilk olarak klasik öncesi dönemde *Quintus P. Mucius*’un eserlerinde *culpa* ile karşılaşılmaktadır. Örneğin, D.9.2.39 ve D.9.2.31 (metinler aşağıda incelenmiştir: bkz. s. 17 vd. ve s. 18 vd.); *Pugsley D.*, On the Lex Aquilia and Culpa, *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis, The Legal History Review*, S.50, 1982, s. 11 [Lex Aquilia and Culpa]; *Jansen, N.*: Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 3, 2004, s. 448.

²² Kimi yazarlarca, Klasik Dönemde *iniuria* ve *culpa* kavramlarının ayırt edilmediği hatta *culpa* kavramının *Iustinianus* döneminde kendine özgü bir kavram olarak benimsendiğini ileri sürmektedir: *Somer*, s. 21; *Oğuz*, s.79-80). Ancak Söğütü Erişgin’e göre Klasik Öncesi ve Klasik Hukuk Döneminde *dolus*’un yanı sıra ihmalin de sorumluluk doğuracağı düşüncesi sorumluluk hukukuna girmiş ve bu sayede kasıttan ve ihmalden oluşan kusur kavramına doğru bir gelişim başlamıştır. Klasik Sonrası Hukuk Döneminde *culpa*’nın alt ayrımları yapılmış ve *culpa* teknik bir anlam kazanmıştır. *Iustinianus* zamanında ise kusur (*culpa*), nedensellik bağı ve hukuka aykırılık (*iniuria*) unsurları birbirinden ayrılmış ve kusur kavramının içeriği belirlenmiştir. *Iustinianus* Döneminde ayrıca kasıt (*dolus*), ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) kavramları geliştirilmiştir: *Söğütü Erişgin*, s.17-24.

²³ D.50.17.202.(Iavolenus 11 epist.)”*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*” (Hukukta tüm tanımlamalar tehlikelidir; nitekim <tanımlamaların> dönüştürülebilmesi zordur).

²⁴ *Iustinianus*’un emriyle, *Corpus Iuris Civilis*’i derleyen hukukçuların, klasik hukuk metinlerini günün ihtiyaçlarına uyarlamak ve kanunlaştırmak amacıyla yapmış oldukları değişikliklerdir: *Umur*, Lügat, s. 95; *Gruppo Editoriale*, s. 260.

*aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo*²⁵. ”

D.47.10.1.pr. (Ulpianus 56 ad ed.)

Hukuka uygun yapılmayan her şeye, *iniuria* denir. O halde, hukuka aykırı olarak yapılan her şey *iniuria* olarak yapılmış demektir. Bu geneldir²⁶. Özel olarak ise *iniuria*'ya *contumelia* denir. Bazen *iniuria* kelimesi ile *damnum culpa datum* kastedilir, *Lex Aquilia*'da söylendiği gibi. Bazen de bir kimse haksız ya da hukuka aykırı bir şekilde hüküm verdiğinde haksız deriz. <Burada> adalet ve hukuka uygun olmadığı için *iniuria* denir. Diğer yandan *contumelia* “aşağılamak, küçümsemek”ten türemiştir.

Alıntı yapmış olduğumuz *Ulpianus*'un bu metninde *iniuria*, genel olarak “hukuka uygun olmayan, hukuka aykırı olarak yapılan” biçiminde tanımlanmıştır. Metnin devamında *iniuria*'nın, özel olarak *contumelia*²⁷ haksız fiili anlamında kullanıldığı belirtilmiştir. *Ulpianus*, *Lex Aquilia* kapsamında ise *iniuria*'yı “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen

²⁵ Bu metinde “*omne enim*”, “*specialiter*” ve “*generaliter*” ibarelerinin sonradan eklendiği yönünde şüpheler vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Schipani*, S.: *Responsabilità “Ex Lege Aquilia” Criteri di Imputazione e Problema della “Culpa”*, Torino 1969, s. 299, dipnot. 55.

²⁶ Çeviri aynen alıntı: *Söğütü Erişgin*, s. 16.

²⁷ Şeref ve haysiyete yapılan manevi tecavüz. Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren hem şeref ve haysiyete yapılan manevi tecavüz yani *contumelia* hem de kişinin vücut varlığına yapılan maddi tecavüz, *Ius Civile* tarafından tanınan *iniuria* haksız fiili kapsamında değerlendirilmekteydi: *Umur*, Lügat, s. 88; Kısmen yabancıların ve stoisyen düşüncenin etkisi ile Roma toplumuna giren *contumelia*, bir başkasına hakaret etmek, küçük görmektir. *Contumelia*'dan söz edebilmek için bir kimseye hakaret etme kastının bulunması gerekir (D.47.10.3.1). M.Ö. III. yy.'dan itibaren fiziki tecavüz (*iniuria*) ve hakaret (*contumelia*) birbirinden ayrılmıştır. *Contumelia*'nın etkisi ile *iniuria* suçu, manevi anlamda şahsiyete yapılan bütün tecavüzleri içeren bir suç haline gelmiştir: *Tahiroğlu B.*: Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul 1969, s.121 vd. [Iniuria].

zarar biçiminde ifade etmiştir: “*interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege aquilia dicere solemus*”.

D.9.2.5.1.(Ulpianus 18 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 contumeliae. igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*”²⁸

D.9.2.5.1.(Ulpianus 18 ad ed.)

Burada *iniuria*’ yı *actio iniuriarum*’daki <şahsa karşı> bir çeşit hakaret (tecavüz) gibi anlamamak gerekir; öyle ki hukuka uygun olarak yapılmayandır, hukuka aykırı olandır yani birisi kusurla öldürdüyse. Bu yüzden bazen her iki davaya da başvurulur, hem *Lex Aquilia*’dan kaynaklanan davaya hem de *actio iniuriarum*’a; ancak <hâkim tarafından> davanın konusunun takdiri yapılacaktır; birisi zarar için, diğeri hakaret (tecavüz) için. Dolayısıyla burada *iniuria* ile zarar vermek istemese dahi bir kimsenin kusurla verdiği (*culpa datum*) zarar kast edilmektedir²⁹.

²⁸ Schipani, bu metnin “*et ideo-contumeliae*” kısmının metnin devamındaki konu ile doğrudan bağlantılı olmadığı; ancak davaların yarışması bakımından değerlendirilebileceği kanaatindedir. Fakat metnin sonundaki “*igitur*” kelimesi ile başlayan son cümlemin metne sonradan eklendiğine ilişkin şüpheler olsa da “*nocere noluit*” ibaresi ile bağlantı kurularak, bir sonraki paragrafta ortaya koyulan sorun ile ilgili bir açıklama olarak kabul edilebileceği kanaatindedir: Schipani, s. 298.

²⁹ Çeviri’de Somer’den yararlanılmıştır. Somer, s. 47. Cursi, bu metinde *iniuria*’nın aynı zamanda zararın meydana getirilmesindeki subjektif unsuru belirttiği ve o nedenle *damnum iniuria datum* ile *damnum culpa datum* ifadelerinin eş anlamlı olduğu görüşündedir. Yazara göre Ulpianus, zararın kusurla (*culpa*) ya da hukuka aykırı olarak (*iniuria*) meydana getirilmiş olması arasında bir ayrım yapmamaktadır. Zira psikolojik davranış, *culpa* yani kusura denk gelmekte; kusur ise hukuka aykırı (*iniuria*) zararı meydana getirmektedir: Cursi, Cum Damno, s. 94.

Ulpianus, bu metinde *Lex Aquilia* bakımından *iniuria*'nın, *actio iniuriarum*³⁰ kapsamındaki şahsa karşı tecavüz anlamında değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir³¹. Burada bir eylem, *non iure* yani hukuka uygun değilse ve *contra ius* yani hukuka aykırı ise *iniuria* olarak nitelendirilmiştir. Bu açıdan *Ulpianus*'un yukarıdaki iki metni arasında bir uyum vardır. *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelere gelince; *Ulpianus* ilk metinde *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* kavramını “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen zarar şeklinde tarif etmiştir. İkinci metinde ise, *iniuria* hukuka aykırı olan şeklinde ifade edildikten sonra birisinin kusurla öldürülmesi *iniuria*'ya örnek olarak gösterilmiştir³². Metnin sonunda da zarar vermek istemeyenin kusurla verdiği zarar *iniuria* olarak nitelendirilmiştir: “*igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere nolit*”.

Ulpianus'un bu konudaki değerlendirmesi oldukça ilginçtir. Zira her iki metnin başında da *iniuria* hukuka aykırılık olarak nitelendirilmişken, ardından *culpa* ile ilişkilendirilmiştir³³. Birinci metinde

³⁰ Kişilik haklarının ihlali halinde, *praetor* 'larca tanınmış olan ceza davası: *Umur*, Lügat, s. 8; *Gruppo Editoriale*, s. 28.

³¹ Pugsley, *damnum iniuria datum*, ve *iniuria* 'nın birbiri ile bağlantılı olduğunu ve benzer haksız fiili kapsadığını ileri sürmektedir: *Pugsley D.*: *Damni Iniuria*, Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis, The Legal History Review, s.36, 1968, s. 376 ve s.386. Ancak *Cursi*'ye göre *Ulpianus*, bu metinde net bir şekilde *actio iniuriarum* ve *Lex Aquilia* kapsamındaki *iniuria* kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Birincisinde *contumelia* kastedilmektedir, ikincisinde ise hukukçu hukuka aykırılık ve *culpa* –burada kusur olarak anlaşılmalıdır- arasında gidip gelmektedir: *Cursi M.F.*: *Damnum e Iniuria nella Collatio, Crimina e Delicta Nel Tardo Antico*, Milano 2003, s. 62-63.

³² Corbino'ya göre, bu metinde *iniuria* 'nın *culpa* 'nın varlığına bağlı olduğu şeklinde bir çıkarım yapmak oldukça güçtür: *Corbino A.*: *Il Danno Qualificato e la Lex Aquilia*, Catania 2003, s. 173. Ancak Schulz'a göre *iniuria*, hukuka aykırılık anlamında kullanılmakla birlikte hem kasıt hem de ihmal bakımından *culpa* kavramını da içermektedir. *Schulz*, s. 588. *Cursi*'ye göre ise burada “*si culpa quis occiderit*” ile kusurlu davranış ifade edilmektedir. Burada “*id est*”(yani) ibaresi kullanılarak, “*quod non iure factum est, hoc est contra ius*” şeklinde hukuka aykırı davranış ifade eden önceki cümle ile kusurlu davranış ifade eden “*si culpa quis occiderit*” cümlesi arasında bağlantı sağlanmıştır: *Cursi*, *Cum Damno*, s. 31-32.

³³ *Cursi*, *Cum Damno*, s. 32.

Lex Aquilia'daki *iniuria*'nın "*damnum culpa datum*" yani kusurla verilen zarar anlamında kullanıldığı ifade edilmiştir. İkinci metinde ise kusurla öldürme *iniuria*'ya örnek gösterilmiştir. Metnin devamında bir kimsenin zarar vermek istemese dahi kusurla verdiği zarar, *iniuria* olarak değerlendirilmiştir. Bu da *iniuria*-hukuka aykırılığın, kusuru kapsayan bir üst kavram olarak değerlendirildiği fikrini akla getirmektedir³⁴.

D.47.10.15.46 (Ulpianus 77 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.*"

D.47.10.15.46 (Ulpianus 77 ad ed.)

Eğer efendi kölesinin kırbaçla dövüldüğünden bahisle, *actio iniuriarum* ve ardından hukuka aykırı zarar için dava açarsa; *Labeo*, iki davanın konusunun aynı olmadığını, ikinci davanın kusurla verilen zararlar ile ilgili olduğunu, önceki davanın şeref ve haysiyete yapılan tecavüzler için olduğunu söyler.

Bu metinde de yine *iniuria* haksız fiili ile *damnum iniuria datum* haksız fiili arasında bir karşılaştırma yapıldığı göze çarpmaktadır. *Labeo*, bu iki haksız fiil nedeniyle açılacak davaların farklı olduğunu vurgulamaktadır. Bunu yaparken dikkat çeken husus, kölenin kırbaçlanması olayı ile ilgili olarak mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*) nedeniyle açılacak olan davanın³⁵ kusurla verilen zarar (*culpa*

³⁴ Söğütü Erişgin, s. 20.

³⁵ Gai. Ins. 4.9; Ius. Inst. 4.6.19. *Actio Legis Aquiliae*: Klasik Dönemde bu davanın daha çok *poenalis* yani ceza davası özelliklerini taşıdığı; ancak *Iustinianus* Döneminde *mixta* yani karma dava olduğu kabul edilmektedir. Somer, s. 82. Corbino'ya göre Klasik Dönemde de söz konusu dava ne tam olarak *poenalis* (ceza) ne de tam olarak *rei persecutio* (tazminat) olarak nitelendirilmektedir. Zira bu dava ile zarar görenin zararının tazmini olanağı gündeme gelmektedir. Burada daha önceden olduğu gibi belirli ve sabit bir ceza (*poena*) öngörülmemekte; ancak basit bir tazminat da söz konusu olmamaktadır. Yalnız *infinitio* yani inkar durumunda, zarar veren failin *duplum*-talep edilen para

*datum*³⁶⁾ sonucunda açılabilir³⁷⁾. Kölenin kırbaçlanması³⁸⁾ nedeniyle şeref ve haysiyete yapılan manevi tecavüz (*contumelia*) gerekçesiyle ise *actio iniuriarum* açılabilir³⁹⁾.

Ulpianus, D.9.2.5.1'deki metinde *Lex Aquilia* kapsamında *iniuria*'yı (hukuka aykırılık) açıklarken, bu kavramın *iniuria* haksız

miktının iki katına- mahkum edilmesi söz konusu olmaktadır. (D.9.2.2.1): *Corbino*, s. 45. Pugsley'e göre de tam olarak davanın ceza davası olduğuna dair bir değerlendirme yapmak güçtür. Davalının yalnızca zarardan değil fazlasından sorumlu tutulması nedeniyle ceza davası olduğu düşünülebilir: Pugsley, *Lex Aquilia and Culpa*, s. 2. Albenese ise *infilitatio*-inkar durumunda- *poena* ve *res* bir arada bulunduğundan bu davanın hem tazminat davası hem de ceza davası özellikleri taşıdığını savunmaktadır: *Albanese B.*: Cenni sullo Svolgimento Storico dell'Illecito Privato in Roma, Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz, Napoli 1964, s. 118. Ancak D.9.2.23.8'de Ulpianus'un bu davanın zarar görenin mirasçıları ve diğer haleflerine de verilebileceği; fakat karşı tarafın mirasçıları ya da diğer haleflerine karşı iler sürülemeyeceği çünkü ceza davası (*cum sit poenalis*) olduğu ifadelerini içeren metni ile karşılaşıyoruz.

³⁶⁾ Schipani'ye göre *culpa datum* ibaresi *interpolatio* değildir. Yazara göre bu metnin alıntı yapıldığı Basilica 60.21.14'deki metinde "*culpa datum*" ibaresinin bulunmaması, bu ibarenin *Corpus Iuris Civilis*'i derleyenler tarafından D.47.10.15.46'daki metne eklenmediği yönünde önemli bir delil olarak kabul edilebilir: *Schipani*, s. 218.

³⁷⁾ Pugsley'e göre eğer *iniuria*'dan bahsediliyorsa *actio Legis Aquiliae* kapsamında sorumluluk söz konusu olmaktadır; ancak eğer *culpa*'dan bahsediliyorsa o takdirde *actio utilis* ya da *actio in factum* kapsamında sorumluluk söz konusu olmaktadır. Bu tezine kaynak olarak gösterdiği D. 9.2.31, D. 9.2.39. pr., D.9.2.30.3, D.9.2.8. pr.'de yer alan metinler ve *Collatio* ile yaptığı karşılaştırma neticesinde yazar, ne zaman ki *culpa reus est* ifadeleri kullanılıyorsa *actio Legis Aquiliae* kapsamında sorumluluktan bahsedilmediği, *praetor* davaları kapsamında sorumluluktan bahsedildiği sonucuna ulaşmaktadır: *Pugsley D.*, *Lex Aquilia and Culpa*, s. 12.

³⁸⁾ Başlangıçta sadece özgür kimselere karşı *iniuria* haksız fiilinin işlenebileceği kabul edilmekteyken, *praetor* beyannamesi ile kölenin maruz kaldığı ağır *iniuria* haksız fiili nedeniyle efendisinin isterse kendi adına isterse köle namına *iniuria* davası açabileceği kabul edilmişti. Beyannamede bir ayrıma gidilmekteydi. Buna göre sahibinin rızası olmadan bir başkasının kölesini kırbaçlayan veya işkence yapan kimseye karşı efendi *iniuria* davası açabilirdi: *Tahiroğlu, Iniuria*, s. 205-206; D.47.10.15.34, D. 47.10.15.43.

³⁹⁾ Cursi, D.47.10.50.1'deki metnin de incelenmesi sonucunda *verberatio* yani kırbaçlamanın bir çeşit *ruptio* yani genel anlamda tahrip etme kapsamında olduğu görüşündedir. Ancak D.47.10.15.46'daki metinde *actio Legis Aquiliae* ve *actio iniuriarum*'un birlikte değerlendirilmesinin nedenleri farklıdır. Yazara göre *verberatio* yani kırbaçlama eylemi nedeniyle köleye yani *res*'e zarar verilmiş olması nedeniyle *actio Legis Aquiliae* söz konusu olmaktadır. Ancak *verberatio* eylemi nedeniyle kölenin efendisinin onuru zedelenmekte ve bu suretle *contumelia* haksız fiili dolayısıyla *actio iniuriarum* söz konusu olmaktadır: *Cursi*, *Cum Damno*, s. 121 vd.

fiilinden farklı bir biçimde anlaşılması gerektiğini belirtmiş; ancak *iniuria* (hukuka aykırılık) kavramını zarar verenin kusurla verdiği zarar olarak nitelendirerek, kusur ile ilişkilendirmiştir. D. 47.10.1.pr.'da *Ulpianus*, *iniuria*'yı genel olarak "hukuka aykırılık" olarak tanımladıktan sonra, özel olarak kişilik hakkının ihlali yani *iniuria* haksız fiili anlamında kullanıldığını ifade etmiştir. Ancak daha sonra, *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* kavramının "*damnum culpa datum*" yani kusurla verilen zarar için kullanıldığını belirtmiştir. D.47.10.15.46'daki metinde ise *Ulpianus*, bu kez *Labeo*'nun görüşüne yer vermektedir. *Labeo* kölenin kırbaçlanması üzerine efendinin, şeref ve haysiyete tecavüz (*contumelia*) nedeniyle *actio iniuriarum* talep edebileceğini belirttikten sonra, efendinin hukuka aykırı zarar (*damni iniuriae*) nedeniyle de dava açabileceğini; ancak bu davanın kusurla verilen (*culpa datum*) zarar halinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir⁴⁰. *Ulpianus*, D.9.2.5.1'de kusur (*culpa*) kavramını hukuka aykırılık (*iniuria*) ile birlikte ele almıştır. Her ne kadar D.47.10.1.pr.'da *Ulpianus*, *Lex Aquilia*'da *iniuria* ile "*damnum culpa datum*" yani kusurla verilen zararın kastedildiğini belirtmiş olsa da D.47.10.15.46'daki *Labeo*'nun ifadeleri ile *Ulpianus*'un ifadeleri arasında fark vardır. *Labeo*, kusuru mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*) haksız fiilinin bir unsuru olarak ele almaktadır⁴¹. *Ulpianus* ise *Lex Aquilia* bakımından

⁴⁰ D.44.7.34. pr. (Paulus l.S. de concurr. act.) "Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in aquilam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraque competere....". Bu metinde de *Paulus* kölenin *iniuriose* yani hukuka aykırı olarak, kırbaçla dövülmesine ilişkin yaptığı değerlendirmesinde; buradaki tek eylem nedeniyle hem *actio iniuriam* hem de *actio Legis Aquiliae*'nin söz konusu olacağını belirtmektedir. Hukukçuya göre *iniuria* haksız fiilinden bahsedebilmek için eylemin, *ex affectu* yani isteyerek işlenmiş olması gerekmektedir. Hukuka aykırı verilen zarardan bahsedebilmek için ise eylemin *ex culpa* yani kusurla işlenmiş olması gerekmektedir. *Cursi*, *ex affectu* ibaresini *animus iniuriandi* yani şahsa karşı tecavüz haksız fiilini kasıtlı olarak yapmak şeklinde değerlendirmektedir. Metinde geçen *ex culpa* ibaresini ise kasıt ve ihmali de kapsayacak şekilde anlamak gerektiği görüşündedir. Zira yazara göre her iki haksız fiilden de bahsedebilmek için zarara sebep olan eylem kasıtlı işlenmelidir: *Cursi*, *Cum Damno*, s.124-125.

⁴¹ *Cursi*, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil dolayısıyla ele alınan hukuka aykırılık (*iniuria*) kavramının *Labeo* tarafından da kusur (*culpa*) biçiminde anlaşıldığı, o nedenle de subjektif bir niteliği olduğu görüşündedir. *Cursi* *Cum Damno*, s. 98.

iniuria ile “*damnum culpa datum*”⁴² yani kusurla verilen zararın kastedildiğini belirterek, *iniuria*'yı sanki *Lex Aquilia* kapsamında kusurla zarar veren davranış olarak değerlendirmektedir.

Gai. Ins. 3.211.

“*Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*”

Gai. Ins. 3.211.

Hukuka aykırı öldürme, kasıt ya da ihmalle meydana gelmişse söz konusudur; yoksa hukuka aykırılık olmadan verilen zarar hiçbir yasada yaptırım altına alınmamıştır. Öyle ki; kasıt ya da ihmal olmaksızın kazayla zarar veren herhangi biri cezasız kalmıştır⁴³.

Bu metinde *Gaius*, kasıt ve ihmal olmadan bir kimsenin öldürülmesinin hukuka aykırı (*iniuria*) biçimde öldürme olarak kabul edilmeyeceğini belirtmektedir. Hukukçu ardından hukuka aykırılık

⁴² Burada *damnum* ve *culpa datum*, “*interdum iniuriae appellatione*”’yi nitelemek amacıyla kullanılmıştır. Şöyle ki; *iniuria* hukuka aykırılık olarak açıklanmış ve “*damnum dare*” ile başkasının kölesinin öldürülmesi gibi somut bir biçimde ifade edilmiştir. *Culpa* ise *dare* ile birlikte davranışı belirtecek şekilde kullanılmıştır: *Schipani*, s. 300.

⁴³ Ibbetson, *Gaius*’un sorumluluğu *dolus*, *culpa* ve *casus* açısından üçü için de, ele aldığı görüşündedir: Ibbetson, s.114; Schipani’ye göre de *Gaius*’un bu metnindeki üç cümle ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yazara göre birinci cümlede *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk bakımından kullanılmakta olan bir kural yorumlanmaktadır. Buna göre kasıtlı bir davranış ya da ihmal (*dolo aut culpa*) hukuka uygun değildir. İkinci cümlede bir eylemin yaptırım altına alınabilmesi için hukuka aykırı olması gerektiği ifade edilmekte ve bir nevi *argumenta* (akıl yürütme) yapılmaktadır. Üçüncü cümlede ise nedensellik bağı bakımından birden fazla etkenin söz konusu olduğu hallerde sorumluluğun kime atfedileceği durumu değerlendirilmektedir. Schipani, *Gaius*’un eğitsel bir amaç güderek, soyut ölçütler getirerek somut olaylara çözüm aramak istediği ve metinde söz konusu olan haksız fiilden bir kimsenin sorumlu olup olmadığının *culpa* kavramı ile bağlantılı bir biçimde ele alındığı görüşündedir: *Schipani*, s. 250 vd.

olmadan verilen zararın hiçbir yasa tarafından yaptırım altına alınmadığını ifade etmektedir. Metindeki son değerlendirmeye göre ise kasıt ya da ihmal olmaksızın, kazayla bir zarara neden olunmuşsa yaptırım söz konusu olmamaktadır⁴⁴.

Gaius, hukuka aykırılık olmadan yaptırım olmaz şeklindeki ifadesi ile hukuka aykırılığı yaptırım uygulanabilmesi için temel unsur olarak kabul etmiştir. Kasıt ve ihmal ise hukuka aykırı davranışı nitelemektedir⁴⁵. *Gaius*, kaza ile kusurlu davranışı da birbirinden ayırmıştır. Şayet kaza ile bir eylem gerçekleştirilmişse yaptırım söz konusu olmamaktadır. Ancak kasıt ve ihmal söz konusu ise yani kişi kusurlu davranışı ile eylemi gerçekleştirmiş ise sorumluluk söz konusu olmaktadır. Elimize ulaşan

⁴⁴ Cic. *Rhetoric ad Herennium*, 2.16.24: “*Si autem imprudentia reus se peccasse dicet, primum quaeretur, utrum potuerit nescire an non potuerit; deinde, utrum data sit opera, ut sciretur, an non; deinde, utrum casu nescierit an culpa. Nam qui se propter vinum aut amorem aut iracundiam figisse rationem dicet, is animi vitio videbitur nescissem non imprudentia; quare non imprudentia se defendet, sed culpa contaminabit*” (Eğer davalı bilgisizliği yüzünden hataya düşmüş olduğunu söylerse, ilk soru şu olacaktır: Kendisi haberdar edilebilmiş ya da haberdar edilememiş midir? Sonra, kendisi bilgilenmek için çaba harcamış mı harcamamış mıdır? Ardından, onun bilgisizliği kaza (*casus*) ya da kendi kusuru (*culpa*) olarak nitelendirilebilir mi? Şarap ya da aşk ya da öfke yüzünden mantıksız hale gelmiş olduğunu ifade eden bir kimse, <bu hallerde> bilgisizlikten ziyade karakterinde oluşan bozukluktan dolayı kavrama yeteneğinden yoksun gibi görünecektir, dolayısıyla bilgisizliğe dayanarak kendisini aklamayacaktır; ancak kusuru ile kendisini lekeleyecektir). *Cicero*’dan alıntı yapmış olduğumuz bu metin, Cumhuriyet Dönemi sonundaki retorik metinlerde sorumluluk kavramının ele alındığını göstermektedir. *Cicero*, bir kimsenin kendisine yöneltilen suçlamayı bilmediği, bilebilmek için her yolu deneyip denemediği ve bu kimsenin bilgisizliğinin kaza ya da kendi kusur olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini ele almaktadır. *Cicero*’ya göre eğer şarap, aşk ya da öfke gibi bir etkene dayanılıyorsa bu durum bilgisizliğin kaynağı olamaz. Kişinin kavrama yeteneğini etkileyen ve karakterinde bozukluğa neden olan bu durum ancak kusur yani *culpa* olarak kabul edilebilir. *Gaius*’un metninde de *Cicero*’nun metninde ki gibi zarara neden olan eylem kaza (*casus*) ve kusur (*culpa*) kavramları açısından değerlendirilmiş ve benzer terminoloji kullanılmıştır: *Ibbetson*, s. 114.

⁴⁵ Zimmermann, *Lex Aquilia*’da bahsi geçen haksız fiilden sorumluluğun kusur temelinde bir sorumluluk olduğu ve gerek *Gaius*’un söz konusu metninden gerekse D.9.2.5.1.’deki *Ulpianus*’un metninden hareketle, *damnum iniuria datum* yani hukuka aykırı verilen zararın *damnum culpa datum* yani kusurla verilen zararı da kapsamaya başladığı görüşündedir: *Zimmermann*, s. 1004. *Schipani*’ye göre ise burada *Gaius*, *iniuria* ile *culpa* ve *dolus* arasında bağlantı kurmakta ve üstü kapalı bir şekilde *iniuria* ile ilgili değerlendirmesine bu kavramları da dahil etmektedir: *Schipani*, s. 253-254.

kaynaklardan en yalın ve saf kaynak olduğuna inanılan *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan bu değerlendirme, o dönemde *iniuria* ve *culpa*'ya ilişkin kavramsal bir ayırım yapılmadığını göstermektedir.

III- Kusur Anlamında “*Culpa*”

Roma Hukuku metinlerinde *culpa* hem kusur anlamında hem de ihmal anlamında karşımıza çıkmaktadır⁴⁶. Yukarıda kusur anlamında *culpa* kavramının, *iniuria* yani hukuka aykırılıkla birlikte değerlendirildiğine ilişkin metinler incelenmiştir. Kusur anlamında *culpa* kavramının *iniuria*'dan bağımsız bir biçimde ele alındığı metinlerin incelenmesiyle ise *culpa* yani kusurun, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilin bir unsuru olarak değerlendirilip değerlendirilmediği hususu anlaşılabilecektir.

D.9.2.5.2 (Ulpianus 18 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 capax.”

D.9.2.5.2 (Ulpianus 18 ad ed.)

Ve bu nedenle eğer akıl hastası zarar verirse *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu ortaya çıkar. *Pegasus* bunu reddeder: akıl sağlığı yerinde olmayan birine hangi kusur isnat edilir? Bu görüş son derece doğrudur. *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava uygulama alanı bulmayacaktır, sanki zarara dört ayaklı bir hayvan ya da damdan düşen bir kiremit neden olmuş gibi. Eğer bir infans

⁴⁶ *Umur*, Lügat, s. 51.

zarar vermişse de aynı şey söylenecektir. Peki, bir *impubes* söz konusu ise, *Labeo* hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan da sorumlu olacağını söyler; eğer hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise bu kanı doğrudur⁴⁷.

Bu metinde *Ulpianus*, *Pegasus*'un görüşüne yer vermektedir. Buna göre akıl hastası tarafından zarar meydana getirilmişse, sorumluluk söz konusu olacak mıdır sorusuna *Pegasus*, akıl hastasına kusur isnat edilemeyeceğinden, ona karşı *actio Legis Aquiliae* açılmayacağı yanıtını vermektedir. *Pegasus*, benzer şekilde dört ayaklı bir hayvana ve *infans*⁴⁸'a da kusur isnat edilemeyeceğini belirtmektedir. Ancak *impubes*⁴⁹ söz konusu ise *Labeo*, *impubes*'in hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi, *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan da sorumlu olacağını belirtmektedir. *Ulpianus*, şayet *impubes* hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise sorumlu tutulacağını söylemekte ve bu değerlendirmenin ardından kişinin yaptığı eylemin hukuka aykırılığını anlayabilecek bilinç düzeyinde ise eyleminden sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşmaktadır⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁷ Çeviri'de Somer'den yararlanılmıştır. Somer, s. 46.

⁴⁸ Cumhuriyet Dönemi ve Klasik Dönemde, henüz konuşamadığı için fiil ehliyetinden tamamen yoksun çocuk. *Iustinianus* Döneminde ise 0-7 yaş arası tam ehliyetsiz küçük: *Umur*, Lügat, s. 86.

⁴⁹ Ergenlik çağına ulaşmamış 7-14 yaş arası küçük: *Umur*, Lügat, s. 84.

⁵⁰ Roma Hukukunda hayvanlar, akıl hastaları ve küçükler (*infantia*) yaptıkları eylemin bilincinde olmadıklarından, hukuka aykırı eylemlerinden kendileri sorumlu tutulmuyorlardı. Ancak onları gözetmekle yükümlü olan kişilerin sorumluluğu söz konusu oluyordu: *Jhering R.V.* (Çev. *Fusillo, F.*) : Il Momento della Colpa Nel Diritto Privato Romano, Napoli 1990, s. 39-40. Roma Hukukunda sorumluluk için kusurun varlığı aranan durumlarda, yaptığı eylemin sonuçlarının bilincinde olma kriterinin varlığı araştırılıyordu. Roma'da yedi yaşından küçükler (*infantia*), bu anlamda bilinç sahibi olmadıkları için haksız eylemlerinden sorumlu tutulmuyorlardı. *Impuberes infantia maiores* yani 7 ile 12-14 yaş arasındakilerin, haksız fiil bakımından durumları tartışmalı olmakla birlikte; *puberes minores* yani 12-14 yaşından büyük olanların haksız fiil ehliyetine sahip oldukları kabul ediliyordu. Roma Özel Hukukunda tüm haksız fiillerin suç sayılması nedeniyle söz konusu ayrımın yapıldığı kabul edilebilir: *Çelebican Karadeniz Ö.*: Roma Hukuku, Ankara 2005, s. 261.

⁵¹ Ibbetson, bu metinde failin ruhsal durumuna dayanan subjektif bir değerlendirme yapıldığı görüşündedir. Bu da yazara göre, Cumhuriyet Dönemi ve İmparatorluk Dönemi başlarında temelleri atılan sübjektivizmin devamı niteliğindedir: *Ibbetson*, s.117.

Metindeki örneklerde, *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zarara neden olan kişiye yani faile kusur isnat edilebilmelidir. Zira kusur isnat ediliyorsa (*quae enim in eo culpa sit*), kişi eyleminden sorumludur ve kendisine *actio Legis Aquiliae* açılabilir. Ancak faile kusur isnat edilemiyorsa, akıl hastasında olduğu gibi (*cum suae mentis <culpa> non sit*), o takdirde failin eyleminden sorumlu olması beklenemez⁵².

D.9.2.52.4 (Alfenus 2 dig.)

“*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.*”

D.9.2.52.4 (Alfenus 2 dig.)

Birden fazla kişi top oynarken ve aralarından birisi topu almaya çalışırken genç bir köleyi iterse ve <köle> yere düşer de dizinin biri kırılırsa; genç kölenin efendisinin <köleyi> itekleyerek düşürene karşı *Lex Aquilia*'ya dayanarak, dava açıp açamayacağı sorunu ortaya çıkar. Verilmiş olan cevaba göre açamaz. Çünkü <olayın> kusurdan çok kazayla meydana geldiği kabul edilir.

Bu metinde *Alfenus*, zarar kazayla meydana gelmişse sorumluluğun söz konusu olmayacağını belirtmiştir⁵³. Metnin son

⁵²*Labeo*'nun görüşünden hareketle, haksız fiilden sorumluluğun tespitinde objektif unsurun yanı sıra, failin psikolojik davranışının yani subjektif unsurun da dikkate alındığını söylemek mümkündür. Ergen küçüğün *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin *Labeo*'ya yöneltilen soruya hukukçu, hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden de sorumlu olacağı yanıtını vermektedir. *Labeo*, *Lex Aquilia*'da öngörülmemiş bir hususu, kıyas yöntemi ile çözüme kavuşturmuştur: *Schipani*, s. 220-222.

⁵³Metinde bahsi geçen olayda birden fazla kişi top oynarken meydana gelen bir eylem söz konusu olduğundan, öncelikle eyleme sebep olan kişinin tespiti önem taşımaktadır. Dolayısıyla metindeki somut olay bakımından haksız fiilden sorumluluğun tespitinde ilk

cümlesindeki ifade önemlidir. Zira *Alfenus*, olay kusurdan çok kazayla (*casu magis quam culpa*) meydana geldiği için *Lex Aquilia*' ya dayanılarak dava açılmayacağını söylemektedir. Diğer bir anlatımla kusur sorumluluk kapsamında değerlendirilmiştir⁵⁴.

D.9.2.11.pr (Ulpianus 18 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, 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.”

D.9.2.11pr. (Ulpianus 18 ad ed.)

Aynı şekilde Mela şöyle yazar; birkaç kişi top oynarken biri topa o kadar kuvvetli vurur ki; top bir berberin eline çarpar ve berberin tıraş etmekte olduğu kölenin boğazı kesilirse bunlardan hangisinin kusuru varsa *Lex Aquilia*'ya göre <o> sorumludur. *Proculus* kusurun berberde olduğu kanaatindedir. Gerçekten de her zaman oyun oynanan bir yerde ya da çok sık geçilen bir yerde <köleyi> tıraş ediyor idiyse, kusur ona isnat edilebilir. Bununla birlikte tehlikeli bir yere sandalye koyan bir

olarak nedensellik bağı önemlidir. İkinci olarak da zarara neden olmuş kişinin eyleminin hukuka uygun olup olmadığı meselesi dikkate alınmaktadır. Zira zarar top oynarken meydana gelmiştir. Her ne kadar tehlikeli bir faaliyet olsa da oyun esnasında yani meşru bir faaliyet sırasında, zarar meydana geldiğinden sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Metinde bahsi geçen olayda ise *culpa* yani kusur bakımından değerlendirme yapılmış ve zarara neden olan davranış somut olayın koşullarına göre ele alınarak, kusurlu bir davranış olarak nitelendirilmemiş ve sorumluluğun söz konusu olmayacağı sonucuna varılmıştır: *Schipani*, s. 176-177.

⁵⁴Gai.3.211.'de *Gaius* da olay kazayla meydana gelmişse sorumluluğun söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Bkz.s.11.

berberde tıraş olmak için kendini riske atanın da kendisinden şikayet etmesi gerektiği haklı olarak söylenebilir⁵⁵.

Bu metinde *Ulpianus*, öncelikle *Mela*'nın görüşünü alıntı yapmıştır. Buna göre birkaç kişinin top oynadığı sırada, onlardan birisinin topa kuvvetli vurmasıyla ve topun berberin eline çarpmasıyla berberin tıraş etmekte olduğu kölenin boğazı kesilir de ölürse, kölenin ölümünden kimin sorumlu olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Metinde bu soruya, kölenin ölümünde kimin kusuru varsa onun *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumlu olacağı şeklinde cevap verilmektedir. Ancak sorumluluk bakımından yapılacak değerlendirmenin, topu atan açısından mı yoksa berber açısından mı yapılacağı yönünde metinde tam bir açıklık yoktur⁵⁶. *Ulpianus* metnin devamında, *Proculus*'un görüşüne yer vermiştir. Buna göre her zaman top oynanan ya da sık geçilen bir yerde köleyi tıraş ediyorsa kusur, berbere isnat edilebilir. Ancak tehlikeli bir yerde sandalye koymuş olan berberde tıraş olan kölenin de riske girmesi nedeniyle kusurlu olabileceği akla gelmektedir⁵⁷.

⁵⁵ MacCormack, bu metinde *Mela* ve *Proculus*'un *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğunu *culpa* yani kusur bakımından tartıştığı görüşündedir: *MacCormack, G.: Culpa*, SDHI 38, 1972, s. 150 [Culpa].

⁵⁶ MacCormack'a göre, *Ulpianus* tarafından alıntı yapılan *Mela*'nın değerlendirmesine göre, "in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri" cümlesinden hareketle burada kullanılan "eorum" topa vuran kişi ve berberi işaret etmektedir. Burada sorumluluk hangisinin kusurlu olduğuna göre belirlenir. Ancak her ikisinin birden sorumluluğu söz konusu olmaz: *MacCormack*, s. 48. *Schipani* ise burada öncelikle zarar veren davranışa gereksinim duyulduğu ve nedensellik bağının da bu değerlendirmeye eklendiği görüşündedir. Yazar, metinde hukukçuların karar vermesinde etkin olan hususun *culpa* yani kusur ile yakından ilgili olduğu ve zarar verenin kusurunun tanınması ile birlikte *iniuria* kavramına ilişkin yorumların üstesinden geldiği kanaatindedir: *Schipani*, s. 331-333.

⁵⁷ *Somer*, bu metni zarar görenin birlikte kusuru bakımından değerlendirmektedir. Yazara göre zarar, haksız fiil failinin ihmali sonucu ortaya çıkmıştır ve kölenin ihmali de zararın meydana gelmesinde etkili olmuştur. Bu durumda müterafik kusurdan bahsedilir. Ancak haksız fiil faili, zarara kasıtlı bir şekilde neden olmuş olsa idi o takdirde kölenin ihmalinin bulunması tazminat açısından bir fark yaratmazdı: *Somer*, s. 56.

1. Kasıt (*Dolus*)

Zarar veren bilerek ve isteyerek, zarara neden olmuşsa *dolus* yani kasıt söz konusu olmaktadır⁵⁸. Kasıt (*dolus*), belirli bir hareket şeklinin ve iradenin varlığına işaret etmekte⁵⁹ ve kasıtlı davranış, *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluğa neden olmaktadır. Hatta pek çok yazar, bu haksız fiilin temel unsurlarından biri olan *iniuria* kavramının aynı zamanda *dolus* yani kasta işaret ettiğini savunmaktadır⁶⁰.

D.9.2.30.3 (Paulus 22 ad ed.)

“In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut neglegentia 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.”

⁵⁸ Umur, Lügat, s. 60.

⁵⁹ Somer, s. 49.

⁶⁰ Kaser'e göre buradaki *iniuria* sadece eylemin hukuka aykırı olarak yapılmış olmasını ifade etmez aynı zamanda kasıtlı yapılmış olmasını da ifade eder. Kaser, bu tezini *furtum*, *iniuria* gibi Eski Hukuk Döneminden beri var olan haksız fiillerin cezai karaktere sahip olması ve eylemin cezalandırılabilmesi için kasıtlı olarak işlenmiş olmasının gerekliliğine dayandırmış ve *Lex Aquilia*'da düzenlenen haksız fiilden sorumluluk bakımından da *iniuria*'nın *dolus* yani kastı ve hatta Klasik Öncesi Hukukçuların yorumları ile *culpa* yani ihmali de kapsamaya başladığı sonucuna ulaşmıştır: Kaser, s. 153 ve 214; Söğütü Erişgin, Kaser'le hemfikirdir. *Lex Aquilia*'nın yorumu ile *dolus* yani kastın yanı sıra *culpa* yani ihmalin de sorumluluk doğuracağı düşüncesinin, Klasik Öncesi ve Klasik Hukuk Döneminde sorumluluk hukukuna girdiği görüşündedir: Söğütü Erişgin, s. 21. Buckland'a göre ise *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluktan söz edilebilmesi için zararın hukuka aykırı bir şekilde verilmiş olması gerekir; ayrıca kasıtlı olarak zarar verilmiş olması şartı aranmaz, ihmali yeterlidir: Buckland W.W.: The Text Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge 1950, s. 586.

D.9.2.30.3 (Paulus 22 ad ed.)

<Lex Aquilia'nın> bu bölümünden kaynaklanan davada kasıt ve ihmal cezalandırılır. Dolayısıyla eğer birisi kendi anızını ya da çalı çırpıyı ateşe verdiğiğinde, ateş genişleyerek ve ilerleyerek, başkasının üzüm bağına ya da ekinine zarar verirse; tecrübesizliğinden ya da dikkatsizliğinden mi meydana geldiğini inceleyelim. Nitekim eğer rüzgarlı bir günde yaptıysa kusurludur (çünkü o da vesile olmuştur, zarara neden olduğu kabul edilir) ve ateşin daha ileriye gitmesini engellemek için önlem almayan kişi de aynı şekilde sorumludur. Ancak kişi önlem aldıysa ya da rüzgarın ani gücü ile ateş uzağa taşınmışsa o kusurdan yoksundur.

Paulus, alıntı yapmış olduğumuz bu metinde *Lex Aquilia*'nın üçüncü bölümünden kaynaklanan davada kasıt (*dolus*) ve ihmali (*culpa*) cezalandırılacağını ifade etmektedir⁶¹. Ancak metnin devamında verdiği örnekten hareketle, kişinin kendi çalısını ya da anızını ateşe vermesi nedeniyle kendisine kusur isnat edilemez. Ancak yaktığı bu ateş bir başkasının malına zarar verirse, *imperitia* yani tecrübesizlik ve *neglegentia* yani dikkatsizlik göz önünde bulundurulacaktır⁶². Eğer rüzgarlı bir günde ateşe verme işi yapıldıysa kusurun varlığı kabul edilir; fakat ateşin ilerlemesini engellemek için önlem alındıysa ya da ani bir rüzgar gücü ile ateş yayıldıysa kişiye kusur isnat edilmez. *Paulus* kasıt ve ihmalle hareket edilmiş olmasını genel anlamda sorumluluk kapsamında değerlendirmiş, ardından dikkatsizlik-*neglegentia* ve tecrübesizlik-

⁶¹ MacCormack'a göre *Paulus* bu metinde *dolus* (kasıt) kavramı üzerinde durmamakta, özellikle kusur anlamında *culpa*'yı oluşturan olgular üzerinde durmakta ve belirli bazı durumların kusur olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunu ele almaktadır: *MacCormack, Culpa*, s. 130.

⁶² Burada öncelikle kişi kendi malını ateşe verdiğiinden *iniuria* yani hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır. Zira kişinin eylemi başlangıçta hukuka uygundur. Ancak daha sonra rüzgarın etkisi ile ateş, bir başkasının malına zarar vermiştir. Bu durumda kusur (*culpa*) bakımından bir değerlendirme yapılarak, eğer kişi dikkatsizliği ya da tecrübesizliği ile bir başkasının malına zarar vermişse, o takdirde sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. *Schipani*'ye göre kusur (*culpa*), metinde sözü edilen olayda sorumluluğun tespitinde temel bir işleve sahiptir: *Schipani*, s. 370-371.

imperitia'yı da *Lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan haksız fiilden sorumluluk bakımından bir ölçüt olarak kabul ederek, sorumluluğun kapsamını genişletmiştir.

D.9.2.9.4 8 (Ulpianus 18 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, aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique aquilia tenebitur.”

D.9.2.9.4 (Ulpianus 18 ad ed.)

Eğer bir köle eğlenmek için cirit atanların attığı cirit ile ölürse, *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava uygulama alanı bulur. Ancak eğer köle cirit atmak için tahsis edilmiş sahadan geçtiyse *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava uygulama alanı bulmaz; çünkü köle cirit atıldığı sırada böyle bir alandan geçmemelidir. Bununla birlikte <zarar veren> bile bile ona doğru fırlatırsa *Lex Aquilia*'dan <kaynaklanan davadan> sorumlu olur.

Bu metinde *Ulpianus*, eğlenmek için cirit atanların attığı ciritin isabet etmesi nedeniyle kölenin ölmesi halinde *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın uygulama alanı bulacağını öngörmektedir. Ancak devam eden değerlendirmesinde, eğer köle cirit atmak için ayrılmış alandan geçiyor idiyse *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın uygulama alanı bulmayacağı⁶³ (*aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium*); zira kölenin o anda o alandan geçmemesi gerektiği (*iter intempestive facere*) belirtilmektedir. Kölenin hareketi intempestive yani zamansız, uygun olmayan şekilde nitelenmiştir. Ancak eğer cirit bilerek, yani kasıtlı köleye doğru atılmışsa *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluk söz konusu olacaktır.

⁶³ D.9.2.10 (Paulus 22 ad ed.): “*Nam lusus quoque noxius in culpa est.*” (Nitekim, zarara neden olan bir oyun da kusura dahildir).

D.9.2.39pr. (Pomponius 17 ad q. muc.)

*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.*¹ 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.*

D.9.2.39pr.

Pomponius 17 ad q. muc.

Quintus Mucius şöyle yazar; gebe bir kısrak başkasının arazisinde otlarken, kovulduğu sırada düşük yaparsa, sahibi kovalayana karşı, *Lex Aquilia*'ya dayanarak dava açabilir mi sorusu yöneltir. Çünkü düşüğe neden olurken ona zarar vermiştir. Ona şiddetle vurduysa ya da vahşi bir şekilde kovaladıysa, <*Lex Aquilia*'ya dayanarak> dava açılacağı kabul edilir. 1. Pomponius. Birisi kendi arazisinde başkasının sürü hayvanını bulursa, onu kendi hayvanını kovalıyormuş gibi kovalamalıdır. Çünkü davranışının sonucunda hemen bir zarar meydana gelirse, <bu yüzden> belirlenmiş davadan sorumlu olur. Öyleyse kendi arazisinde başkasının sürü hayvanını bulanın onu kapatma hakkı yoktur, dediğimiz gibi, kendi hayvanıymış gibi davranmaktan başka türlü davranamaz. Yani ya zarar vermeden gitmesini sağlamalı ya da gelip alması için sahibine haber vermelidir.

Alıntı yapmış olduğumuz bu metinde *Pomponius, Quintus Mucius*’un görüşüne yer vermektedir. Buna göre bir başkanının arazisinde otlamakta olan kısırak, eğer şiddet uygulanarak ya da vahşi bir şekilde kovulduysa ve bu nedenle düşük yaptıysa *Lex Aquilia* kapsamında dava açılacağı kabul edilmektedir⁶⁴. *Pomponius, Quintus Mucius*’un görüşünden hareketle, bir başkasının sürü hayvanının bulunması halinde ona kendi hayvanıymış gibi muamele edilmesinden başka bir alternatifin bulunmadığı belirtmektedir. *Pomponius*’a göre araziye girmiş bulunan sürü hayvanına zarar vermeden araziden çıkması sağlanmalı ya da sahibine haber verilmelidir. Zira aksi davranış nedeniyle bir zararın meydana gelmesi halinde arazi sahibi, *Lex Aquilia*’dan kaynaklanan davadan sorumlu olacaktır⁶⁵.

2- İhmal Anlamında “*Culpa*”

Lex Aquilia ile ilgili metinlerde dolus yani kasıt kavramına ilişkin değerlendirmelere sık rastlamamakla birlikte *culpa* yani ihmal ile ilgili pek çok yorum ile karşılaşırız. Hatta aşağıda alıntı yapmış olduğumuz ilk *Digesta* metninde, en hafif ihmalin dahi *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluk nedeni olduğunun açıkça ifade edilmiş olduğunu görüyoruz⁶⁶.

⁶⁴ Pugsley’e göre bu metinde *Quintus Mucius*’tan yapılan alıntıdan hareketle eğer eylem kasıtlı yapıldıysa *Lex Aquilia*’dan kaynaklanan dava açılabilir: *Pugsley, Lex Aquilia and Culpa*, s. 12. MacCormack’e göre ise *Quintus Mucius* sorunu hakkın aşırı kullanımı ya da suistimali yönünden incelemektedir. O nedenle buradaki değerlendirme eylemin *iniuria* yani hukuka aykırılığı ile ilgilidir: *MacCormack*, s. 44.

⁶⁵ Schipani, *Quintus Mucius*’un görüşünden hareketle, metinde bahsi geçen olayda bir başkasının eşyasına zarar verildiği için mülkiyet hakkına aykırılık oluşturduğu ve bu nedenle metnin öncelikle *iniuria* (hukuka aykırılık) bakımından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak metnin devamında yer alan “*si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.*” yani “ona şiddetle vurduysa ya da vahşi bir şekilde kovaladıysa, <*Lex Aquilia*’ya dayanarak> dava açılacağı kabul edilir.” cümlesinden hareketle yazar, özellikle subjektif bir değerlendirme yapıldığı ve failin kasıtlı hareketinden bahsedildiğini vurgulamaktadır: *Schipani*, s. 140.

⁶⁶ Lenel tarafından geliştirilen ve genel olarak kabul gören görüşe göre, *culpa lata* ve *culpa levis* ayrımı Klasik Döneme ait bir ayrım değildir, Klasik Sonrası ya da Bizans Dönemine aittir. Bu doğrultuda Klasik Dönem hukukçularının teknik anlamda kullanmadıkları ve en hafif kusuru ifade eden *culpa levis* kavramı, Klasik Sonrası döneme aittir. Bu görüşe göre *culpa levis*’in yer aldığı tüm metinler *interpolatio*’ya uğramıştır: *Erişgin Söğütü*, s. 22.

D.9.2.44pr. (Ulpianus 42 ad sab.)

“In lege Aquilia et levissima culpa venit.”

D.9.2.44pr. (Ulpianus 42 ad sab.)

*Lex Aquilia'da en hafif ihmali de dikkate alınır*⁶⁷.

D.9.2.31 (Paulus 10 ad sab.)

“Si putator ex arbore 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 etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiandum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum,

⁶⁷ Bu metinle ilgili olarak geliştirilen bir başka görüş ise, metnin kendisinden sonra gelen D.9.2.44.1 (Ulpianus 42 ad sab.): *“Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, aquilia dominum teneri dubium non est”*. (Bir köle malikinin bilgisi ile yaraladığı veya öldürdüğü zaman, malikin *Lex Aquilia* <kapsamında> sorumlu olacağına şüphe yoktur.) şeklindeki paragrafı tamamladığı yönündedir. Roma Klasik Hukukundaki genel kurala göre; kölenin işlediği haksız fiil nedeniyle efendisi, *noxal* sorumluluk hükümleri gereğince sorumluydu. Eğer köle sahibinin emri üzerine haksız fiili gerçekleştirdi ise o takdirde haksız fiilden efendisi, “kendi adına” sorumlu olmaktadır (D.9.4.2.pr.). Efendi kölenin eyleminden haberdar ise ve engelleyebilecekken bunu yapmamış ise kendisi bizzat sorumlu olmaktadır (D.9.2.45.pr.). Tellegen, öncelikle McCormack'ın efendisinin bilgisi dahilinde kölenin işlediği haksız fiil nedeniyle efendinin sorumlu tutulmasını, *“culpa levissima”* kapsamında değerlendiren görüşünü ele almakta ve kendi değerlendirmesi kapsamında D.9.2.44.pr.'da sözü edilen en hafif ihmali de *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan sorumluluk için dikkate alınacağını, genel bir kural olmadığını belirtmektedir. Yazara göre de D.9.2.44.pr.'da bahsi geçen kural, kendisinden sonra gelen D.9.2.44.1.'deki kölesinin eyleminden haberdar olan efendinin, bu eylemden kendisinin sorumlu olmasına ilişkin kural ile bağlantılıdır. Ancak bu iki metni D.9.2.45.pr ile birlikte ele alan Tellegen, kölenin haksız fiilini bilmekte iken ona engel olmaması nedeniyle efendinin sorumluluğunun, *culpa levissima* yani en hafif ihmali kapsamında değerlendirileceği ve efendinin bizzat kendisinin bu eylemden sorumlu olacağı sonucuna ulaşmaktadır. Tellegen-Couperus, O.: The Limits of Culpa Levissima, The Legal History Review, 76(1) 2008, s. 1 ve 9-10.

quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.”

D.9.2.31. (Paulus 10 ad sab.)

Eğer bir ağaç budayıcısı bir ağaç dalını aşağıya düşürürse ya da bir işçi <çatıdan aşağıya bir şey düşürürse> ve gelip geçen bir köleyi öldürürse, kamuya ait yola düşmüşse ve kazayı önlemek için bağırmasıyla sorumludur. Ancak *Mucius* şöyle der; eğer özel alanda meydana gelseydi, ihmal yüzünden dava açılırdı. Dikkatli bir insanın öngörebileceğinin öngörülememesi yahut tehlike önlenebilecekken zamanında uyarıma, ihmaldir. Bu anlayışa göre, kamusal alanda ya da özel alanda meydana gelmiş olması fark etmez. Kaldı ki; sık sık özel alandan geçilmektedir. Eğer ki; başka geçiş yoksa sadece kasıttan sorumlu olur, yani oradan geçtiğini gördüğü birisinin üzerine bir şey düşürmemesi gerekir. Nitekim oradan birinin geçebileceğini tahmin edemeyenin ihmalden söz edilemez⁶⁸.

Paulus'un, alıntı yapmış olduğumuz metninde kamuya ait bir yola düşürülmüş olan bir ağaç dalı ya da çatıdan düşen bir cisim nedeniyle bir kölenin ölmesi halinde, eğer fail kazayı önlemek için bağırmasıyla yani uyarıda bulunmaması zarar verenin, *Lex Aquilia* kapsamında sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Metnin devamında ise *Quintus Mucius*'un görüşüne başvurulmaktadır. Buna göre dikkatli bir insanın öngörebileceğinin öngörülememesi ya da tehlike önlenebilecekken uyarıda bulunmama ihmali olarak (*culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiaturum esset, cum periculum evitari non possit*) değerlendirilmiştir⁶⁹⁻⁷⁰.

⁶⁸ Bkz. I.4.3.5.

⁶⁹ MacCormack'a göre *Quintus Mucius*, *culpa* 'yı *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğun bir koşulu olarak değerlendirmiş ve *culpa* 'yı “dikkatli bir insanın

D.9.2.8.pr. (Gaius 7 ad ed. provinc.)

“Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur.”

D.9.2.8.pr. (Gaius 7 ad ed. provinc.)

Yanlışlıkla bir ilaç kullanıldıysa <uygulanacak> hukuk aynıdır. Ancak bir kimse ameliyatı iyi yapmışsa ve bakımını ihmal ettiyse, sorumluluktan kurtulamayacaktır. İhmalden sorumlu olacağı kabul edilecektir.

Bu metinde *Gaius*, ameliyat sonrası bakımın gereği gibi yerine getirilmemesi halinde “ihmalden” sorumlu olunacağını belirtmektedir. Ancak metnin başında yanlışlıkla ilaç kullanılması halinde de uygulanacak hukukun aynı olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla doktorun ameliyat sonrası bakım görevini yürütürken, görevini ihmal etmiş olması

öngörebileceğinin öngörülememesi” olarak yani ihmal anlamında değerlendirmiştir. Benzer bir değerlendirmeye D.9.2.8.1’de (metin aşağıda incelenmiştir, bkz. s.19) rastlanmaktadır: *MacCormack, Culpa*, s. 127 ve s.148.

⁷⁰ Pugsley’e göre *Paulus*’un eğer ki *iniuria* yani hukuka aykırı bir eylem söz konusu ise, zarar verici eylemin kamusal alanda meydana gelmesi halinde, *Lex Aquilia* kapsamındaki davadan sorumluluğun söz konusu olacağını ifade ettiğini; ancak *Quintus Mucius*’tan yapmış olduğu alıntıda da eğer ki eylem özel mülkiyetteki bir yerde gerçekleşmişse o takdirde ihmalden sorumlu olunacağını belirtildiğine değinir. Yazar, *Quintus Mucius*’un burada ihmal nedeniyle *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluğa atıf yapmadığı kanaatindedir. Daha sonraları *actio utilis* ve *actio in factum* olarak isimlendirilecek olan *preator*’lar tarafından verilen davalardan sorumluluktan bahseden ilk yazarın *Quintus Mucius* olabileceğini ileri sürmektedir: *Pugsley, Lex Aquilia and Culpa*, s. 11. *MacCormack*’e göre ise makul bir insanın neyi öngörebileceği ve uyarıda bulunma zorunluluğu somut olayın koşullarında ihmal yani *culpa*’dan sorumluluk açısından değerlendirilmiştir. Yoksa *Quintus Mucius* tarafından *culpa*’ya ilişkin kesin bir tanım yapıldığından bahsedilemez: *MacCormack*, s. 45. *Schipani, Quintus Mucius*’un *culpa* kavramını somut terimlerle açıkladığı kanaatindedir. Bu açıdan *culpa*, öngörülen yoksunluk anlamında kullanılmamakta, yani yalnızca öngörme yükümlülüğü getirmemekte; ancak buna göre davranma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla bir yanı ile hukuka aykırı davranış söz konusu olmaktadır. Yazara göre söz konusu metin, *iniuria* ve *culpa* arasındaki ilişkinin devamını gösteren bir metin olarak kabul edilmelidir: *Schipani*, s. 152.

nedeniyle sorumlu tutulacağı sonucuna varmanın söz konusu olup olamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır ki; kimi yazarlara göre bu mümkündür ⁷¹.

3- Diğer Kusur Ölçütleri: Dikkatsizlik (*Neglegentia*), Tecrübesizlik (*Imperitia*) ve Zayıflık (*Infirmitas*)

Lex Aquilia kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğa ilişkin metinlerde kusura ilişkin farklı ölçütlere yer verilmektedir.

D.9.2.7.2 (Ulpianus 18 ad ed.)

Sed si quis plus iusto oneratus deiecerit onus et servum occiderit, aquilia locum habet: fuit enim in ipsius arbitrio ita se non onerare. nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait lege aquilia eum teneri ita demum, si vel plus iusto se oneraverit vel neglegentius per lubricum transierit.

D.9.2.7.2 (Ulpianus 18 ad ed.)

Eğer birisi aşırı şekilde yüklüyse ve yola yük atarak, bir köleyi öldürdüyse *Lex Aquilia* 'dan kaynaklanan dava vuku bulacaktır. Nitekim o kadar yüklenmemek onun elindedir. Kuşkusuz ki, yükü düşerken başkasının kölesini ezerse, *Pegasus*, sadece aşırı yüklenmişse ya da dikkatsizliği ile kaygan bir zeminden geçmişse *Lex Aquilia* 'dan kaynaklanan davadan sorumlu olacağını beyan eder.

Alıntı yapmış olduğumuz bu metinde *Ulpianus*, *Pegasus* 'un görüşlerine başvurmaktadır. Buna göre *neglegentia* yani dikkatsizlik de *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk içinde değerlendirilmektedir.

⁷¹ *Dias R.W.M.*: The Duty Problem in Negligence, The Cambridge Law Journal, 13., 1955, s. 208. Schipani de belirli bir faaliyetin yerine getirilmesi sırasında ihmal söz konusu olduğu için bu metni aynı zamanda *imperitia* kapsamında değerlendirmekte ve doktorun sorumlu olacağı sonucuna ulaşmaktadır: *Schipani*, s. 246.

D.19.2.9.5 (Ulpianus 32 ad ed.)

Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarcendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.

D.19.2.9.5 (Ulpianus 32 ad ed.)

Celsus, Digesta'sının sekizinci kitabında şöyle yazar: tecrübesizlik (imperitia) de kusur (culpa) olarak addedilmelidir. Eğer bir kimse, buzağları otlatmak ya da bir şeyi tamir etmek ya da temizlemek için sözleşme yaparsa, kendi kusurundan sorumlu olmalıdır, tecrübesizliği nedeniyle yaptığı yanlış da kusura dahildir. Çünkü Celsus'un ifade ettiği gibi bu kimsenin zanaatkar olarak sözleşmeye taraf olduğu bellidir.

Ulpianus burada *Celsus*'un görüşüne başvurmaktadır. Buna göre öncelikle genel bir değerlendirme yapılarak, *imperitia* yani tecrübesizlik de kusur olarak kabul edilmektedir. Metnin devamında tecrübesizliğin kusur olarak değerlendirilebilmesi için kişinin zanaatkar olarak (*ut artifex*) yani o işin ehli olarak bir faaliyeti yerine getirmesi hususu vurgulanmaktadır⁷².

D.9.2.8.1.(Gaius 7 ad ed. provinc.)

Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec

⁷² Martin'e göre burada *Celsus*, zanaatkarların *locatio operis* (istisna sözleşmesi) kapsamında bir iş yüklendiklerinde, bunu usta bir şekilde yerine getirmekle yükümlü olduklarını vurgulamak istemektedir: *Martin, S. D.: Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law, American Journal of Philology, Vol. 122, Number 1, Spring 2001, s. 115-116.*

videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.”

D.9.2.8.1.(Gaius 7 ad ed. provinc.)

Eğer bir katırcı genel olarak söylendiği şekilde; tecrübesizliği ile katırların coşkusu kontrol edemezse ve katırlar bir başkasının kölesini ezerse kusurlu olarak kabul edilir. Zayıflığı ile neden olmuşsa ve katırların coşkusu engelleyemediyse de benzer şey söylenir. Zayıflığın kusur olarak değerlendirilmesi haksız görülmez. Çünkü zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde <kişi> bir şeyi yapmaya çalışmamalıdır. Aynı şey at binmekte olanın tecrübesizliği ya da zayıflığı ile atın coşkusu engelleyemediyse de söz konusudur.

Burada *Gaius*, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından tecrübesizlik ve zayıflığı kusur kavramının içinde değerlendirmiştir. Öncelikle, katırcının tecrübesizliği (*imperitia*) ile katırları kontrol edememesi nedeniyle bir başkasının kölesi zarar görür ise katırcı bu fiilden sorumlu olacaktır. İkinci olarak ise fiziksel zayıflık (*infirmitas*) da kusur kapsamında değerlendirilmiştir: “*nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur*”. Buna göre zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde kişinin, eylemi yapmaktan kaçınması gerektiği belirtilmektedir⁷³.

⁷³ Benzer şekilde: D.9.2.27.29 (Eğer malzeme işlenmek üzere zanaatkara verilmişse, zanaatkar genellikle hasara katlanmayacak şekilde iş sahibi ile anlaşarak işi kabul etmekteydi: “*et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere*”). Bu sayede gerek *actio locatio* gerekse *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından sorumluluktan kurtuluyordu yani zarardan sorumlu olmuyordu.) ve D.9.2.7.8. (Bir doktor beceriksizce bir köleyi kötü bir biçimde ameliyat

SONUÇ

Damnum iniuria datum, yani hukuka aykırı olarak mala verilen zarar haksız fiili, *Lex Aquilia*'nın birinci ve üçüncü bölümlerinde düzenlenmiştir. İncelemiş olduğumuz Gai.Ins.3.210 ve D.9.2.2.pr.'daki metinler yasanın birinci bölümüne ilişkin düzenlemeye atıf yapmaktadır. Bu metinlerin yol göstermesi ile yasanın birinci bölümündeki düzenleme uyarınca bir başkasının kadın ya da erkek kölesi ya da dört ayaklı bir sürü hayvanını hukuka aykırı olarak öldüren bir kimse, köle ya da sürü hayvanının o yıl içindeki en yüksek değerini malikine vermeye mahkum edilecektir. Gai.Ins.3.217 ve D.9.2.27.5'deki metinlerde ise yasanın üçüncü bölümündeki düzenlemeye atıf yapılmaktadır. Bu metinlerden hareketle yasanın üçüncü bölümünde, hukuka aykırı bir biçimde herhangi bir eşyasını yakarak, kırarak ya da parçalayarak bir başkasına zarar veren kimsenin zarar verilen eşyanın takip eden otuz gün içindeki değerini malikine vermeye mahkum edileceği düzenlemesi getirilmiştir.

Yasanın birinci ve üçüncü bölümündeki düzenlemede, *damnum iniuria datum* haksız fiilinden sorumluluğun unsurları; zarar (*damnum*), zarar veren eylem ve hukuka aykırılık (*iniuria*) olarak açıkça belirtilmekteyken zarar verenin kusurlu hareket edip etmemiş olmasına değinilmemiştir. Ancak *damnum iniuria datum* haksız fiiline ilişkin *Digesta* metinlerinde kusur (*culpa*) kavramının, kimi zaman hukuka aykırılık (*iniuria*) kavramı ile birlikte kimi zaman da hukuk aykırılık (*iniuria*) kavramından bağımsız olarak kullanılmış olduğu göze çarpmaktadır.

ederse, *actio locati* ya da *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan dava ile karşı karşıya kalacaktır). İkinci metinde kölenin sahibinin seçimi söz konusu olmaktadır. Efendi *actio locati*, yani istisna akti nedeniyle kararlaştırılmış olan belirli bir işin yapılmaması halinde açılan davayı, talep edebileceği gibi köleye verilen zarardan ötürü *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davayı da açabilir: *Martin*, s. 113. Zimmermann'a göre ikinci metinde bahsi geçen doktorun ve D.9.2.8.1'de sözü edilen katircının *imperitia* nedeniyle sorumlu tutulmasının kendi tecrübeleri ya da zararı öngörebilmeleri ile ilgili değildir; ancak yaptıkları iş nedeniyle kendilerinde olması beklenen vasıf ve becerilerden dolayı sorumluluklarının söz konusu olmaktadır: *Zimmermann*, s. 1009.

İncelemiş olduğumuz D.47.10.1.pr. D.9.2.5.1'deki metinlerde *Ulpianus*, *iniuria* ibaresini “hukuka aykırılık” anlamında kullanmaktadır. Her iki metinde de *iniuria* yani kişilik hakkının ihlali haksız fiili ile *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk açısından *iniuria* karşılaştırılmakta ve *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* açıklanırken *culpa*'dan yararlanılmaktadır. Ancak ilk metinde *Ulpianus*, *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* ile “*damnum culpa datum*”un kastedildiğini belirtmektedir. Bu kullanım, *iniuria*'nın hukuka aykırı davranışı temsil ettiği ve “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen zarar ifadeleri ile bu davranışın tarif edildiği şeklinde yorumlanabilir. D.47.10.15.46'daki metinde ise *Ulpianus*, *Labeo*'nun görüşüne başvurmaktadır. Burada da yine *iniuria* haksız fiili ile bir karşılaştırma yapılmaktadır. Ancak *Lex Aquilia* bakımından açılacak davanın “*damnum culpa datum*” yani kusurla verilen zarar halinde söz konusu olacağı vurgulanmaktadır. *Labeo*, *Ulpianus*'tan farklı bir biçimde *culpa* yani kusuru *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumluluğun bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Bu metinlerde ilgi çeken husus, üçünde de *iniuria* haksız fiili ile karşılaştırma yapılmış olması ve *Lex Aquilia* bakımından *iniuria* açıklanırken “*culpa datum*” ibaresinden yararlanılmış olmasıdır. “*Culpa datum*” ibaresinin *iniuria* haksız fiili ile karşılaştırma yapılan metinlerde kullanılmış olması oldukça ilginç bir durumdur.

Bu durum iki soruyu akla getirmektedir. Birincisi, söz konusu metinlerde *iniuria* haksız fiili ile *damnum iniuria datum* haksız fiili arasında karşılaştırma yapılırken karışıklığa mahal vermemek adına “*damnum iniuria datum*” ifadesi yerine “*damnum culpa datum*” ifadesi mi tercih edilmiştir? İkincisi ise *damnum iniuria datum* haksız fiilinden sorumluluğun subjektif unsurunun kusur (*culpa*) olduğunu belirtme ihtiyacı mı duyulmuştur? Söz konusu metinlerde kanımca kavramlar arasındaki karışıklık önlenmek istenmiş olabilir; ancak metinlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu *damnum iniuria datum* haksız fiilinin subjektif unsurunu belirtme amacı taşıdığı hükmüne varmak oldukça zorlama

olacaktır. Zira D.47.10.1.pr. ve D.9.2.5.1'deki metinlerde *culpa datum* yani kusurla verilen ifadesi daha çok hukuka aykırılığı yani *iniuria*'yı anlatmak için kullanılmıştır. Yalnızca D.47.10.15.46'daki *Labeo*'dan yapılan alıntıda *damnum iniuria datum* haksız fiilinden sorumluluk bakımından *culpa* yani kusur ayrıca değerlendirilmiş ve *damnum iniuria datum* haksız fiilin bir unsuru olarak belirtilmiştir.

İncelediğimiz metinlerde dikkat çeken bir diğer husus ise kaza (*casus*) ile kusurun (*culpa*) bir arada ele alınmış olmasıdır. Özellikle Gai. Ins. 3.211 ve D. 9.2.52.4'te gerek *Gaius* gerek *Alfenus* her iki kavramı birlikte ele almış ve zarar veren eylem, failin kusurlu davranışı ile meydana gelmiş ise sorumluluğun doğacağı; ancak kaza ile gerçekleşmiş ise sorumluluğun söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşmışlardır. *Alfenus*'un yaptığı değerlendirmede, eğer olay kusurdan çok kaza ile meydana gelmişse faile, *Lex Aquilia* kapsamındaki dava açılmayacaktır. *Gaius* ise kasıt ya da ihmal olmaksızın kaza ile zarar veren kimseye yaptırım uygulanmayacağını belirtmek suretiyle hem kasıt hem de ihmal ifadelerini kullanarak, bir değerlendirme yapmıştır. Bu da sorumluluk bakımından zarara neden olan kimsenin bilinçli hareketinin arandığını göstermektedir. Cic. *Rhetoric ad Herennium*, 2.16.24'de de *Cicero* failin davranışının casus yani kaza ya da *culpa* yani kusur açısından ele almakta ve failin şarap, aşk ya da öfke gibi nedenlerle mantıklı düşünemediğine ilişkin yaptığı savunmasında, söz konusu hallerin kusur (*culpa*) kapsamında değerlendirileceği sonucuna ulaşmaktadır.

Gai. Ins. 3.211'deki metin başka açılardan da oldukça önemlidir. Zira *Gaius*, bu metinde genel olarak hukuka aykırılığı yaptırım uygulanması bakımından temel unsur olarak kabul etmiştir. Kasıt ve ihmal ise hukuka aykırı davranışı nitelemek için kullanılmıştır.

Bu metinlerin incelenmesi neticesinde, Romalı hukukçuların kusurlu hareketin (*culpa datum*) sonucunun hukuka aykırılık (*iniuria*) olduğu şeklinde bir değerlendirme yaptığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Culpa yani kusurun tek başına *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiil bakımından ayrıca bir unsur olarak değerlendirilip değerlendirilmediği meselesine gelince, D.9.2.5.2'den hareketle *culpa* yani kusurun *Lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan *damnum iniuria datum* haksız fiilinin bir unsuru olduğu söylenebilir. Zira söz konusu metinde, *Pegasus*'un akıl sağlığı yerinde olmayan birine kusur isnat edilemeyeceği için *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu olmayacağı şeklindeki görüşüne yer verilmiştir. *Pegasus*, dört ayaklı bir hayvan ya da damdan düşen bir kiremidin zarara neden olması ile bir akıl hastasının zarara neden olması arasında bir fark görmemektedir. Metnin devamında tam ehliyetsiz küçüğün de aynı kapsamda değerlendirildiği; ancak *Labeo*'nun görüşünden hareketle ergenlik çağına ulaşmamış 7-14 yaş arası küçüğün hırsızlıktan sorumlu olduğu gibi *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden de sorumlu olduğu belirtilmiştir. *Ulpianus* metnin sonunda “hukuka aykırılığı kavramaya ehil ise bu kanı doğrudur” demek suretiyle *Labeo*'nun görüşüne katılmaktadır. *Ulpianus*'un ifadelerinden de anlaşıldığı üzere eğer kişi eyleminin sonuçlarını anlayabilecek bilinç düzeyinde ise zarar veren davranışından sorumlu tutulmaktadır. Bu da bizi kusurun haksız fiil bakımından bir unsur olarak arandığı sonucuna götürmektedir. D.9.2.11.pr. da ise kimin kusuru varsa onun zarardan sorumlu olacağı belirtilmektedir.

Roma Hukuku metinlerinde *culpa* hem kusur hem de ihmal anlamında kullanılmakla birlikte *dolus* ibaresi kasıt manasında kullanılmaktadır. *Lex Aquilia ilgili Digesta*'daki metinlerde, *dolus*-kasıt ile ilgili değerlendirmelere pek sık rastlamamakla beraber D.9.2.30.3'te açıkça kasıtlı davranışın *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davada cezalandırılacağı belirtilmektedir. Benzer şekilde D.9.2.9.4'te bilerek bir kölenin ölümüne neden olan kimsenin, *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu olacağı; D.9.2.39.pr.'da ise bir başkasının kısırağı şiddetle vurulmak ya da vahşice kovalanmak suretiyle düşük yaptıysa, zarar veren kimsenin *Lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan haksız fiilden sorumlu olacağı ifade edilmektedir.

Lex Aquilia kapsamındaki haksız fiil bakımından ihmal anlamında *culpa*'ya ilişkin değerlendirmelere gelince, D.9.2.44.pr.'da en hafif ihmalin de *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan sorumluluğun bir nedeni olduğunun açıkça ifade edilmiş olduğu görülmektedir. Ancak *culpa levissima* yani en hafif ihmalin *Lex Aquilia* bakımından sorumluluğa neden olan genel bir unsur olarak değerlendirilmesi hususu Roma Hukuku doktrininde tartışmalıdır. **Lenel** tarafından geliştirilen ve genel olarak kabul gören görüşe göre, *culpa lata* yani ağır kusur ve *culpa levis* yani hafif kusur arasındaki ayrım Klasik Döneme ait değildir; Klasik Sonrası ya da Bizans Dönemine ait bir ayrımdır. Buna göre Klasik Dönem hukukçularının teknik anlamda kullanmadıkları ve en hafif kusuru ifade eden *culpa levis* kavramı Klasik Sonrası döneme ait olduğundan *culpa levis*'in yer aldığı tüm metinler interpolatio'ya uğramıştır. Bir diğer görüş ise D.9.2.44pr.'un kendisinden sonra gelen ve kölesinin haksız fiilinden haberdar olan efendinin doğrudan *Lex Aquilia*'dan kaynaklanan davadan sorumlu olacağına ilişkin D.9.2.44.1'deki metin ile bağlantılı olduğu şeklindedir. Bu görüşe göre kölesinin haksız fiilinden haberdarken onu engellemeyen efendinin davranışı *culpa levissima* olarak değerlendirilir ve efendi doğrudan *Lex Aquilia* kapsamındaki haksız fiilden sorumlu olur. İkinci görüşle ilgili olarak, eğer kölenin haksız fiilinden efendinin haberi yoksa o takdirde efendi, *noxal* dava ile karşı karşıya kalacaktır. Ancak efendinin kölenin eyleminden önceden haberdar olması; ancak engelleyebilecekken köleyi durdurmaması halinde D.9.2.45.pr.'da belirtildiği üzere bizzat kendisi bu eylemden sorumlu olacaktır. Burada haksız fiil köle tarafından işlendiğinden kölenin kastından bahsedilebilir; efendi ise ancak ihmalden sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla, kanımca, D.9.2.44.pr.'daki "*culpa levissima*" ibaresi *Corpus Iuris Civilis*'i derleyenler tarafından metne eklenmiş olmakla beraber buradaki kural genel bir kural değildir ve kendisinden sonra gelen paragrafla bağlantılıdır.

D.9.2.31'de ihmal anlamında *culpa*'dan sorumluluğa yer verilmiş ve metindeki somut olayda dikkatli bir insanın öngörüsüne sahip olmamak

ve tehlike öngörülebiyecekken önlem almamak ihmal anlamında *culpa* olarak değerlendirilmiştir. D.9.2.8.pr.'da yine ihmal ele alınmış ve ihmali davranışın *Lex Aquilia* kapsamında sorumluluğa neden olduğu belirtilmiştir.

Lex Aquilia'dan kaynaklanan sorumluluk bakımından tecrübesizlik (*imperitia*) ve zayıflık (*infirmetas*) da kusur kavramının içinde değerlendirilmiştir. Hatta zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde kişinin, eylemi yapmaktan kaçınması gerektiği değerlendirilmiştir. Benzer şekilde neglegentia yani dikkatsizlik de *Lex Aquilia* kapsamındaki sorumluluk içinde değerlendirilmektedir.

KISALTMALAR

Ad ed.	: Ad Edictum
Ad ed. Provic.	: Ad Edictum Praetoris Provinciale
bkz.	: Bakınız
Cic.	: Cicero
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta, Iustiniani
Dig.	: Digestorum
Gai.Ins.	: Gaius Institutiones
Ius.Ins.	: Iustinianus Institutiones
Md.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
pr.	: Principium
s.	: Sayfa
SDHI	: Studia Documenta Historiae et Iuris
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
yy.	: Yüzyıl

