

ROMA HUKUKUNA GÖRE SORUMLULUK ÖLÇÜTLERİ İÇERİSİNDE IMPERITIA'NIN YERİ

THE PLACE OF IMPERITIA WITHIN THE CRITERIA OF RESPONSIBILITY ACCORDING TO ROMAN LAW

Emine MINDİZ*

Özet: Roma Hukukuna göre, kendilerini belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtip teknik bilgi gerektiren bir edimi üstlenen kimse-ler (*conductor*), *imperitia* (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik) veya *infirmetas* (zayıflık, güçsüzlük) sebebiyle iş sahibine (*locator*) verdik-leri zararlardan sorumlu tutulmuşlardır. Bu nedenle bir eser (*opus*) meydana getirme borcu altına giren *conductor*'un yüklendiği edimi gereği gibi ifa etmek için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ol-masının onu sorumluluktan kurtarmadığı anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin *Digesta*'da yer alan metinlerden anlaşıldığı üzere *imperitia*'nın varlığı objektif ölçütler çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Imperitia, Infirmetas, Conduc-tor, Locator

Abstract: According to Roman Law, persons (*conductor*) who introduce themselves as an expert in a certain field and assume a performance requiring technical knowledge are held responsible by reason of damages they cause to employer (*locator*) due to *imperitia* (incompetence, ignorance, inexperience) or *infirmetas* (weakness). Therefore, the *conductor*, who is obliged to create a work (*opus*), could not acquit from responsibility, even if he has made every effort to perform his deed. It is understood from the *Digest* texts on the subject that the existence of *imperitia* is evaluated according to ob-jective criteria.

Keywords: Responsibility, Imperitia, Infirmetas, Conductor, Lo-cator

* Dr. Öğr. Üyesi Emine Mindiz, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, e.sevimli@iku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5307-2118, Ma-kalenin Gönderim Tarihi: 09.12.2020, Kabul Tarihi: 10.12.2021

GİRİŞ

Borçluyu, borcun gereği gibi ifası için dikkat ve özen gösterme ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altına sokan genel ihmal tipinin yanında, teknik veya meslekî niteliğe sahip olan ifalara özgü özel bir ölçüt bulunmaktadır. Bu ölçüte göre, mesleğine ilişkin olarak bir akit yapan veya teknik nitelikte bir edimin borçlusunu olan kişi, mesleğin gereklerine uygun hareket etmemesi veya teknik anlamdaki yetersizliği sebebiyle borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden sorumludur. Romalı hukukçular bu bağlamda borçlunun yetenekli olmakla (*imperitiam praestare*) yükümlü olduğunu kabul etmişlerdir. Kusurun objektifleştirilmesi olarak nitelendirilen bu hallerde *imperitia*'nın (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik) ve *infirmetas*'ın (zayıflık, güçsüzlük) kusurlu davranış ile eşit derecede kabul edildiği ve sorumluluğun doğması için yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bu hallerde borçlunun yüklendiği edimi ifa etmek için bütün gayreti göstermiş olması onu sorumluluktan kurtarmak için yeterli olmuyordu¹. Bu çalışmada Roma Hukukuna göre borçlunun sorumluluğunun tespiti için kullanılan ölçütlerden biri olan *imperitia* kavramı, yüklenicinin (*conductor*) eser sözleşmesinden (*locatio conductio operis*) doğan sorumluluğu bağlamında ele alınacaktır.

I. SORUMLULUK HUKUKU ALANINDA KLASİK VE KLASİK SONRASI HUKUK DÖNEMLERİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLERE İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Roma hukukunun tarihsel gelişimine bakıldığında sorumluluk hukuku alanında uygulanan ilkelerin zaman içerisinde sosyal, ekonomik ve kültürel değişmelere paralel olarak devamlı geliştiği ve değiştiği anlaşılmaktadır. Bu alanda özellikle kusursuz (objektif) sorumluluk ve kusura dayanan (sübjektif) sorumluluk ilkelerinin, her devrin özelliklerine göre bazen biri bazen diğeri hâkim olacak şekilde, eski hukuk devrinden itibaren uygulandığı anlaşılmaktadır. Borçlunun sorumlu olup olmadığının tespitinde kullanılan ilkelerden biri olan kusursuz sorumluluk ilkesine göre, borçlunun davranışı ile zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı yeterlidir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesinin uygulandığı hallerde ise, borcun hiç veya gereği gibi ifa edil-

¹ Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2018, syf. 55-56.

memesinin borçlunun kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılır. İradedeki eksiklik veya bozukluk olarak tanımlanabilecek kusur (*culpa*) ise ağır veya hafif olmasına göre kasıt (*dolus*) ve ihmâl (dar anlamda *culpa*) şeklinde derecelendirilmiştir.

Roma hukuku öğretisinde, klasik hukuk döneminde kusursuz sorumluluk ilkesinin ve buna bağlı ölçütlerin hâkim olduğu, *Iustinianus* dönemine gelindiğinde ise bu ilkenin bazı küçük istisnalar dışında tamamen bırakılarak kusura dayanan sorumluluk ilkesinin benimsendiği genellikle kabul edilmektedir. Ancak, *Iustinianus* döneminde kaynaklarda yapılan *interpolatio*'lar² sebebiyle sorumluluğa ilişkin klasik hukuk dönemi kaynakları değişikliğe uğramıştır. *Custodia*³, *fides*'e⁴ aykırı her hareketi içine alan bir sorumluluk ölçütü olarak, iradenin bilerek ve isteyerek hukuka aykırı sonuca yöneldiği *dolus* (kasıt) ölçütü ile birlikte klasik hukuk döneminde geçerli olan sorumluluk sistemini oluşturmuştur. Borçlunun göstermesi gereken ve en titiz kimselerden beklenebilecek normalin üstündeki özen olarak tanımlanan *custodia*, beklenmedik hallerde (*casus fortuitus*) bile sorumluluğun devam ettiği en ağır sorumluluk ölçütüdür. Zira *custodia*'nın, sorumluluğun tespitinde bir ölçüt olarak kullanıldığı hallerde, borçlu mücbir sebep (*vis maior*) haricinde, mala gelen zararlardan kusuru olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur. Roma hukukçılarının büyük bir çoğunluğu, sözleşmeden doğan sorumlulukta klasik hukuk dönemi boyunca sadece *dolus* ve *custodia* ölçütlerinin kullanıldığını ileri sürmüşlerdir. Ancak *dolus-custodia* ölçütlerinin yetersizliğinden ötürü, *culpa*'nın da klasik hukuk döneminde kullanılan sorumluluk ölçütlerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bu kullanım sınırlı bir alanda kalmış ve *culpa*'nın çağdaş hukuk sistemlerindeki

² Interpolatio: Iustinianus'un talimatıyla, Corpus Iuris Civilis'i derleyen hukukçuların, klasik hukukçulardan parçalar halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişiklikler için kullanılan tabir. Bu değişiklikler, klasik Roma hukukunu zamanın zihniyetine ve adalet fikrine uydurmak amacıyla yapılmıştır. Ziya Umur, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 (Lügat).

³ Custodio: Borçlunun elindeki başkasına ait malın telef olmasını veya zarar görmesini engellemek için borçlunun göstermesi gereken ve en titiz kişilerden beklenen normalin üstünde özen. Bazı durumlarda custodia, kusursuz sorumluluk halini gösterirdi. Umur, Lügat.

⁴ Fides: Verilen söze itibar etmek; yüklenilen mükellefiyetleri tazyik görmeden kendiliğinden yerine getirmek. Kendisine güvenilmiş olan kimsenin, bu güvene layık olduğunu gösterecek şekilde dürüst hareket etmesi. Umur, Lügat.

görünümü, tüm sorumluluk sisteminin bu ölçüte bağlı olarak ele alındığı *Iustinianus* döneminde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla *culpa* kavramı klasik hukuk döneminde mevcut olmakla birlikte, sözleşmeden doğan sorumluluk alanında sadece bazı hallerde kullanılmış ve genel bir ilke haline gelememiştir. *Iustinianus* döneminde ise, kusura dayanan sorumluluk ilkesi kapsamında *culpa lata* (ağır ihmal) ve *culpa levis* (hafif ihmal), sorumluluğun tespitinde kullanılan ölçütler olarak uygulanmaya başlamıştır. Klasik hukuk dönemindeki objektif sorumluluk ölçütlerinden biri olan *custodia*'nın, *Iustinianus* dönemindeki subjektif sorumluluk anlayışına uyarlanmış biçimi ise özen yükümü olarak tanımlanabilecek *diligentia* terimiyle ifade edilmiştir.⁵ (Bu paragrafta konuya ilişkin benzer değerlendirmeler yapan yazarların görüşleri tarafımızca aktarılmış ve yararlanılan her esere dipnotunda yer verilmiştir.)

İlk zamanlarda bu kavramlar kullanılmamakta ve sadece akdî kusurdan (sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur) söz edilmekteydi. Romalı hukukçular *culpa*'nın çeşitlerine ilişkin bir ayırım yapmaya gerek duymamışlar ve sadece borçlunun sorumluluğunu bir temele oturtma çabası içine girmişlerdir. *Culpa* kavramı ise, zaman içerisinde, *imperitia* ve *neglegere* (ihmal) biçiminde değerlendirilmiştir. Örneğin, *Ulpianus*'a ait bir metin olan *D.19.2.9.5*'te,⁶ eser sözleşmesinde (*locatio conductio operis*), yüklenicinin (*conductor*) kusurunun kapsamı belirlenirken, *imperitia*'dan söz edilmiştir. Bu kapsamda, zanaatkârın (*artifex*), yüklendiği işe ilişkin belli seviyede bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekirken bunun olmaması şeklindeki bir davranış biçimi olan *imperitia*, *culpa*'ya dâhil edilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, önceleri sadece akdî kusur kavramının kullanıldığı

⁵ Hilâl Zilelioğlu, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", *AÜHFM*, C. 39, Y. 1982-1987, S. 1-4, syf. 241-264, syf. 241-250. Aynı yönde bkz. Tahiroğlu, syf. 42 vd.; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 2018, syf. 22 vd.; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005, syf. 24 vd.

Özensizlik, tedbir eksikliği anlamına gelen *neglegentia*, *diligentia*'nın zıddıdır. *D.50.16.213.2*'de olduğu gibi ihmal anlamında da kullanılmıştır. Bir kimsenin ihmalkâr, özensiz davrandığı karine olarak kabul edilmediğinden (*neglegentia non praesumitur*), bunu iddia eden taraf diğer tarafın ihmali, özen eksikliğini kanıtlamak zorundadır. Erdoğan, syf. 32, dn. 65.

⁶ *D.19.2.9.5*: *Ulpianus libro 32 ad edictum. "... culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit."*, "Tecrübesizlik nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, zanaatkâr kusurlu olduğundan sorumludur." Zilelioğlu, syf. 257, dn. 51.

ve bunun saptanması için sözleşmenin sınırlarının aşılp aşılmadığına bakıldığı; daha sonraki dönemlerde ise *culpa*-ihmal bağlantısının kurulduğu ve son olarak da *culpa-imperitia* ölçüsü ile *culpa*'nın çeşitlerine ilişkin bir ayırım yapıldığı şeklinde kronolojik bir değerlendirme yapılabilir. Roma hukuku düşüncesine göre, geniş anlamıyla *culpa*, kasıtlı davranışları da kapsadığı için, *culpa* kavramının kapsamına *dolus* (kasıt) ve dar anlamıyla *culpa* (ihmal) kavramları girmektedir. Sonuç olarak, klasik hukuk dönemindeki *culpa* anlayışı, modern hukuktaki *culpa* anlayışından belirgin bir biçimde farklıdır. Modern hukukta *culpa*, borcun ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumluluğunun tespitinde kullanılan bir ölçüt iken; klasik dönem Roma hukukunda ise kusurlu hareket, ifa etmemenin bizzat kendisi olarak görülmüş ve kendi içerisinde ihmal veya bilgisizlik şeklinde farklı değerlendirmelere konu olması düşünülememiştir.⁷ (Bu paragrafta Zilelioğlu'nun adı geçen eserinden yararlanılmış ve paragrafın sonunda yazara zaten atıf yapılmıştır.)

II. BORÇLUNUN SORUMLULUĞUN TESPİTİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLERİNDEN BİRİ OLARAK IMPERITIA

Romalı hukukçular MS II. yüzyılın başlarında, bir işin görülmesi sırasında başkasının malına zarar veren kalifiye kişilerin hukukî sorumluluklarının dayanağı olarak *imperitia* terimini kullanmışlardır. Örneğin işlenmesi için kuyumcuya teslim edilen değerli bir taşın işlem sırasında zarar görmesi, cerrahi bir müdahalede bulunan doktorun hasta bir köleye zarar vermesi, oyulması için bir zanaatkâra teslim edilen çanağın parçalanması hallerinde⁸ benzer bir durum söz konusudur. (Dayanak 8 nolu dipnotunda zaten belirtilmiş olan *Digesta*'daki metinlerdir. Ayrıca paragrafın başında verilen bilginin örneklendirilmesi için belirtilen hususların verilen bilgi ile tutarlı olduğu düşünülmektedir.) *Digesta*'dan alınmış bu örneklerin her birinde, bir kimse- nin, işin yapılması için gerekli olan bir mal kendisine tevdi edilerek istihdam edildiği ve işin görülmesi sırasında bu şeyin zarar gördüğü anlaşılmaktadır. Klasik hukuk döneminde, bir konuda meslekî bilgiye

⁷ Zilelioğlu, syf. 256-258.

⁸ D.19.2.13.5; D.9.2.7.8; D.9.2.27.29

sahip olan özgür bir kişinin (*conductor*), iş sahibinin (*locator*) vereceği ücret karşılığında, kol veya kafa çalışmasını gerektiren bir iş gücü harcayarak belli bir sonucu (eseri) meydana getirmeyi üstlendiği eser sözleşmesinde (*locatio conductio operis*), yüklenicinin sorumluluğunun hukukî dayanağının ne olduğu *imperitia* kavramı çerçevesinde değerlendirilmeler yapılarak tespit edilmiştir. Yüklenicinin işin görülmesi sırasında gösterdiği performansın yeterli olup olmadığının tespitinde hangi ölçütlerin kullanılması gerektiği ise, Romalı hukukçular tarafından açıkça ifade edilmemiştir. Konuya ilişkin kaynakların değerlendirilmesi sonucunda, hukukçuların, sübjektif ölçütlerden ziyade objektif ölçütlere dayandıkları anlaşılmaktadır.⁹ (Bu paragrafta 9 nolu dipnotunda zaten atıf yapılmış olan yazarın eserinden yararlanılmıştır. Hiç atıf vermeden kullanılan bir kısım ne bu paragrafta ne de eserin diğer kısımlarında mevcut değildir. Hangi yazarın hangi eserinden yararlanılmışsa, yazara ve eserine mutlaka atıf yapılmıştır.)

Imperitia'nın, başkasına ait bir mala zarar verilmesi halinde, sözleşmeden (*locatio conductio operis* – eser sözleşmesi) veya haksız fiilden (*damnum iniuria datum*- haksız olarak başkasının malına verilen zarar) doğan sorumluluk sebebiyle açılacak davalarda, davalının sorumlu olup olmadığının tespitinde başvurulacak ölçütlerden biri olduğu anlaşılmaktadır. Alacaklının borçluya karşı aynı konuda belirli bir sonucu sağlamak amacıyla farklı hukukî nedenlere dayanarak istemde bulunması mümkündür.¹⁰ İş sahibi, yüklenici tarafından malına zarar verilmesi halinde bu dava haklarından hangisine başvuracağı konusunda serbest olup bu davalardan biri açıldığı takdirde diğer dava hakkı düşer. Bu durumda, genellikle, *lex Aquilia*'nın¹¹, başkasına ait bir kölenin veya bir sürü hayvanının öldürülmesinden söz edilen birinci faslına veya köle ve hayvanların yaralanmasından ve mallara verilen

⁹ Susan D. Martin, Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law, *The American Journal of Philology*, Vol. 122, No. 1 (Spring, 2001), pp. 107-129, The John Hopkins University Press, syf. 107-108.

¹⁰ Hakların yarışması konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ömer Faruk Karacabey, Hakların Yarışması, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1980, S. 6, syf. 666-685; Nilgün Dinçer Araz, Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (*concursum actionum*) Genel Bir Bakış, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.3, Y. 2017, syf. 235-281.

¹¹ *Lex Aquilia*: MÖ 287 yılında çıkarılan bu kanunla, başkasının malına verilen zararın (*damnum iniuria datum*) ne şekilde tazmin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Umur, Lügat

her türlü zarardan söz edilen üçüncü faslına dayanılarak, haksız fiilden doğan bir dava (*actio legis Aquiliae*) açıldığı anlaşılmaktadır. Haksız fiilden doğan davaya başvurulmasının sebebi, tazminat miktarının tespitinde, sadece fiili zararın (*damnum emergens*) değil, fakat mahrum kalınan kârın da (*lucrum cessans*) hesaba katılmasıydı.¹² Buna karşılık, yüklenici, yardımcı şahıs kullandığı hallerde,¹³ yardımcı şahsın davranışından, kural olarak, kendi yapmış gibi sorumlu olduğundan,¹⁴ sözleşmeden doğan davanın (*actio locati*) açılması tercih edilecektir.¹⁵ Sözleşmeden doğan davaya başvurulmasının sebebi ise, iş sahibinin, yardımcı şahsın verdiği zarar sebebiyle yüklenicinin sözleşmeden doğan sorumluluğuna dayanarak, yardımcı şahsın ödeme güclüğü içinde olması ihtimalinin yaratacağı olumsuz sonuçlardan kaçınabilmesiydi. Ayrıca borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmediğinin ispatı alacaklı açısından daha kolaydır. Buna karşılık, taraflar arasında bir sözleşme yoksa davacı, malına zarar verildiği iddiası-

¹² İlk zamanlarda, lex Aquilia ile getirilen düzenlemeye uygun olarak, öldürme halinde malın son bir yıl içerisinde ulaştığı en yüksek piyasa değeri, diğer hallerde ise son ay içerisindeki en yüksek piyasa değeri, yani malın objektif değeri, zarar görene ödenmekteydi. Zamanla hukukçular, zarar görenin sübjektif durumunu da (in id quod interest) dikkate alarak, tazminat miktarını, sadece zarar gören mal yönünden değil, zarar görenin malvarlığının tümü itibarıyla zarar verici olay olmasaydı alabileceği hal yönünden de hesaplamaya başlamışlardır. Erdoğan, s. 129-130.

¹³ Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, kişilerin, bazı şartların varlığı halinde, üçüncü kişilerin fiillerinden sorumlu tutuldukları anlaşılmaktadır. Yardımcı şahsı seçmede kusur nedeniyle sorumluluk (*culpa in eligendo*) düşüncesi, özellikle aile ve kölelik kurumlarının yarattığı ihtiyaçlar sebebiyle klasik hukuk dönemi itibarıyla kabul görmüş, sözleşmeye dayanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluğun dayanağı olmuştur. Diler Tamer Güven, *Culpa In Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, İstanbul 2001, syf. 1. Eser yapma borcunun mutlaka yüklenici tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığı, başka bir ifadeyle, yüklenicinin borcunun kişisel bir nitelik taşıyıp taşımadığı meselesi dönemlere göre ele alındığında, klasik hukuk döneminde, *locatio conductio operis*'den doğan borcun, bir *facere* borcu olduğu için, bizzat yüklenici tarafından ifa edilmesi gerektiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Iustinianus döneminde ise, bu sözleşmeden doğan yapma borcunun artık kişisel bir nitelik taşımadığı ve işin yapılması borcunun yüklenici dışında bir kişi tarafından da yerine getirilebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Pervin Somer, *Roma Hukukunda İstisna Akdi*, İstanbul 2008 (İstisna), syf. 96-97.

¹⁴ Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. 1, München 1971, syf. 571; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: The Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Capetown 1990, syf. 399-400. Bu hususta bkz. *D.19.2.25.7*; *D.19.2.30.2*.

¹⁵ Akitlerden doğan davalar ile *actio legis Aquiliae*'nin yarışması hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Pervin Somer, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*, İstanbul 2008 (Mala Verilen Zarar), syf. 116 vd.

la *lex Aquilia*'dan doğan davayı açabileceği gibi; *ius civile*¹⁶ tarafından tanınmış bir hak mevcut değilse bir *praetor* davası'nın (*actio in factum conceptae*¹⁷) açılması da mümkündür.¹⁸ Konuya ilişkin metinlerden biri aşağıdaki gibidir:

D.9.2.27.34: Ulpianus libro 18 ad edictum

Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. Mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae. (Bu latince metnin türkçe çevirisi takip eden paragrafta yer almaktadır. Çeviri kaynakçada belirtilmiş olan The Digest of Justinian isimli eserin Alan Watson tarafından yapılan İngilizce çevirisinden yararlanılarak tarafımızca mealen yapılmıştır. Çalışmamızın bazı kısımlarında ise latince metinlerin çevirisi tırnak içinde gösterilmiştir. Bunun sebebi ise, bu çevirilerin atıf yapılan yazar tarafından mealen değil doğrudan doğruya Latince metinlerden yararlanılarak yapılmış olmasıdır.)

Hukukçu *Mela* tarafından ele alınan bu meselede, bir katırı gütmekle görevlendirilen kölenin, dizginini parmağına bağladığı hayvanın kontrolünü kaybetmesi üzerine köle ve hayvanın yaralandığı anlaşılmaktadır. Hukukçu, hayvan gütmeye konusunda tecrübeli (*pro perito imperitus*) bir köle yerine tecrübesiz bir köle görevlendirilmişse, kölenin malikine karşı sözleşmeden doğan sorumluluğu sebebiyle dava açılabilirliğini belirtmektedir. Ancak hukukçu bu aşamada katırın malikinin, *lex Aquilia* sebebiyle de dava açabileceğinden söz etmemekte ve açıklamalarına varsayıma dayanan bir değerlendirme yaparak devam etmektedir. Buna göre, kölenin katırın kontrolünü kaybetmesine,

¹⁶ *Ius Civile*: Roma vatandaşlarına ait özel hukuka verilen isim olan *ius civile*, eski vatandaşlar hukukunu, *praetor* hukukunu (*ius honorarium*) ve evrensel hukuku (*ius gentium*) içermektedir.

¹⁷ *Actiones in factum conceptae*: *Ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığı için *ius civile*'ye göre davası olmayan, fakat *praetor*'un korunmasını hakkaniyete uygun bulduğu için formula'nın *intentio* kısmına dâhil ettiği bir olguya dayanan *praetor* davaları. Umur, Lügat.

¹⁸ Martin, syf. 109-111.

hayvanın üçüncü bir kişi tarafından ürkütülmesi sebep olmuşsa gerek kölenin gerekse katırın maliki, *lex Aquilia*'ya dayanarak, üçüncü kişiye karşı ayrı ayrı dava açabilirler. *Ulpianus* ise, ilk durumda da *actio legis Aquiliae*'nin açılabilirliğini belirterek *Mela* tarafından yapılan açıklamalara bir eklemede bulunmuştur. Hukukçu *Mela* konuyu "*si pro perito imperitus locatus sit*" ifadesi çerçevesinde ele almakta ve malikin görevlendirdiği kölenin hayvan gütme konusunda tecrübeli olup olmadığı ihtimallerine göre bir değerlendirme yapmaktadır (Cümlelerin devamında, aktarılan latince ifadenin çevirisine zaten yer verilmiştir.). Dolayısıyla hukukçu, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin yükleniciyi, ifa yardımcısı olarak yetenekli veya tecrübeli bir kişiyi kullanma yükümlülüğü altına soktuğu varsayımından hareket etmekte ve ifa yardımcısının buna uygun davranması gerektiğini ifade etmektedir. Bu noktada, ifa yardımcısının yetenekli olup olmadığının nasıl tespit edileceği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya cevap verilebilmesi için *imperitia* kavramının zaman içerisinde hukukçular tarafından nasıl geliştirildiğine bakılması gerekir.¹⁹

Mela'dan sonra yaşamış bir hukukçu olan *Proculus*'a ait bir metin ise aşağıdaki gibidir:

D.9.2.7.8: *Ulpianus libro 18 ad edictum*

Proculus ait, si medicus seruum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.

"*Ulpianus*'un beyanname şerhinin 18. kitabından

Proculus, eğer bir doktor bir köleyi beceriksizce ameliyat ettiyse ona karşı ya *actio ex locatio* ya da *actio legis Aquiliae*'nin açılacağını söyler."²⁰

¹⁹ Martin, syf. 111-113.

²⁰ Pervin Somer, Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. XIV, S. 4, Y. 2008, syf. 133-151 (Hekimin Sorumluluğu), syf. 145.

Özgür doğan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuken nasıl nitelendirileceği ve sorumluluğun neye dayandırılacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, hekimlik faaliyeti gibi fikri hizmetler (*operae liberales*) ücretsiz olduğu, başka bir ifade ile bu işin değeri parayla saptanamadığı için, bu faaliyet *locatio conductio* kapsamına girmez. Çünkü ücret, *locatio conductio* akitlerinin temel unsurudur. Diğer görüşe göre, hekimlik faaliyetinin Roma'da ücret karşılığında yapılması bir gelenek olduğu için bu faaliyet *locatio conductio*'nun kapsamına girer. Ancak, eğer bir ücret kararlaştırılmışsa, bunun şeref ücreti (*honorarium*)

Metinde, bir iş görme sözleşmesi olan *locatio conductio operis* çerçevesinde bir köleyi beceriksizce ve acemice ameliyat eden hekime karşı, sözleşmeye (*actio ex locato*) veya *lex Aquilia'*ya dayanılarak dava açılabilir. Yani kölenin malikinin hukuka aykırı bu durum karşısında birden çok dava hakkına sahip olduğu (*concursus actionum*)²¹ ifade edilmiştir.²² *Proculus*, hastayı tedavi etme yükümlülüğü altındaki hekimin meslekî yeterliliğe, gerekli bilgiye ve tecrübeye sahip olması gerektiği varsayımından hareket etmiş; ancak hekimin meslekî yeterliliğe sahip olup olmadığının nasıl tespit edileceği, sorumluluğun belirlenmesinde objektif bir ölçüt mü yoksa sübjektif bir ölçüt mü kullanılması gerektiğini belirtmemiştir.²³

Cumhuriyet dönemi hukukçularından *Alfenus Varus'*a ait olan daha erken tarihli bir metin ise aşağıdaki gibidir:

olmasından dolayı sistem dışı yargılama usullerine (*cognitio extra ordinem*) göre talep edilmesi gerekir. Somer'e göre, hekimlik faaliyetini *locatio conductio* kapsamında değerlendiren metinlerin varlığından yola çıkılarak, hekimin faaliyetini bütünüyle *locatio conductio operis* çerçevesinde değerlendirmek ve örneğin hekimin bu akitten doğan davayı açarak ücret isteyebileceğine dair herhangi bir yargıya varmak mümkün değildir. Yazara göre, hekimin, işin gereği gibi yapılıp yapılmamasından doğan sorumluluğunun tespiti için *locatio conductio* kuralları uygulama alanı bulacaktır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine (*mandatum*) dayanıp dayanmadığı sorunu ise, daha çok ücrete ait tartışmalarla birlikte ele alınmıştır. Ancak hekime şeref ücreti verilmesi veya hekimin şeref ücreti talep edebilmesi, çok erken dönemlerden itibaren, hukuken değilse bile fiilen uygulanan bir durumdur. Bu ücret ister vekâlet sözleşmesine dayandırılсын ister dayandırılmasın, daima sistem dışı yargılama usulünden doğan yöntemlere göre talep edilmiştir ve bu konuda, müellifler arasında bir tartışma da yoktur. Şeref ücretinin talep edilmesini, hâkim görüş dikkate alınarak, vekâlete dayandırmak bir ölçüde düşünülebilse de tarafların sorumluluklarını tam olarak bu sözleşmeye dayandırmak mümkün değildir. Somer, Hekimin Sorumluluğu, syf. 144-146.

²¹ *Concursus actionum*: Aynı hukukî olayda bulunan birkaç ilişki sebebiyle, aynı amaç için açılması mümkün birden fazla dava hakkının bulunması. Bu davalardan bir tanesi açıldığı takdirde, diğerleri düşeceği için, bu durum davanın düşme sebeplerinden biri olarak kabul edilirdi. Umur, Lügat.

Bkz. D.19.2.25.5; D.47.7.9; D.19.2.43

²² Somer'e göre, konunun esası sorumluluk açısından değerlendirildiğinde, bu sözleşmeye göre, *conductor'*un (hekimin) sorumluluğunun meslekî tecrübesizliği de kapsamı tazmin açısından önemli avantaj sağlar. Çünkü D.9.2.7.8, *Digesta'*da mala verilen zararları düzenleyen bölüme ilişkindir. Genel ilke gereği, beceriksizlik de ihmal gibi cezalandırılmakla birlikte, *conductor'*un meslekî tecrübesizliği *locatio conductio operis* çerçevesinde avantaj sağlayabilir. Ancak altı çizilerek belirtilmelidir ki, eğer bir ihmal varsa ve örneğin ameliyat sonucunda köle öldüyse, kölenin son bir yıl içinde ulaştığı en yüksek değer tazmin ettirilecek olması, genellikle *actio legis Aquilae'*yi avantajlı kılabılır. Somer, Hekimin Sorumluluğu, syf. 145.

²³ Martin, s. 113-114.

D.9.2.52 pr.: Alfenus libro secundo digestorum

Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur. (Metnin çevirisi takip eden paragrafta tarafımızca mealen yapılmıştır.)

Bu metinde de belli bir meslekî bilgiyi gerektiren hekimlikte, hekimin bu bilgiye ve yeterliliğe sahip olup olmamasının, sorumluluğun tespitinde bir ölçüt olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.²⁴ Buna göre, bir kölenin, kendisini tedavi eden hekimin meslekî bilgisinin yetersizliği (*medici inscientia*) veya malikin ihmali (*domini neglegentia*) yüzünden değil, üçüncü kişinin darbesi sonucunda ölmesi halinde, saldırıgana karşı *lex Aquilia*'dan doğan davanın açılabilceği belirtilmiştir. Ancak davalı da (saldırgan), tedaviyi gerçekleştiren hekim meslekî açıdan yetersiz olduğu için kölenin öldüğü iddiasıyla kendini savunabilirdi.²⁵

Bu noktada, *D.9.2.8 pr.*²⁶ ve *D.9.2.7.8'*deki düzenlemeler arasında kurulan ilişkiye değinmekte fayda vardır. *D.9.2.8 pr.*'da hastasını tedavi eden hekimin, ameliyat sırasında kusuru olmasa da ameliyattan sonra yapılması gerekenleri yapmaması halinde *neglegentia* (özensizlik, tedbir eksikliği) sebebiyle sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Yukarıda ele alınan *D.9.2.7.8'*de ise, *imperitia* sebebiyle başarısız bir ameliyat yapan hekimin, meydana gelen zarardan sorumlu olacağı belirtilmiştir. *D.9.2.8 pr.*'da kullanılan *idem iuris est* ifadesi, *Gaius* tarafından, *Ulpianus*'a ait olan bir önceki metne (*D.9.2.7.8*) atfı yapıldığını göstermektedir. Buna göre, *D.9.2.7.8'*de, yüklenilen iş gereği gibi yapılmadığı için (*imperite secuerit*), *D.9.2.8 pr.*'da ise yüklenilen işin yerine

²⁴ Aynı yönde bkz. I.4.3.7: "Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit." "Beceriksizlik de ihmâl sayılır; meselâ doktor fena ameliyat yaparak veya yanlış ilaç vererek köleni öldürürse, vaziyet böyledir." Iustinianus Institutiones (çev. Ziya Umur), İstanbul 1968 (Institutiones).

²⁵ Martin, syf. 113.

²⁶ *D.9.2.8. pr.*: *Gaius libro septimo ad edictum provinciale. Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur.* "Gaius'un eyalet beyannamesi şerhinin 7. kitabından. Eğer bir ilacı yanlış kullanmışsa aynı durum geçerlidir. Ancak aynı şekilde doktor ameliyatı gerektiği gibi yapmışsa, fakat sonraki tedaviyi ihmâl etmişse sorumluluktan kurtulamaz; aksine ihmâlden dolayı sorumlu tutulur". Sommer, Mala Verilen Zarar, syf. 50. *Gaius*, metinde aynı durum geçerlidir derken, *Ulpianus*'a ait olan bir önceki metne (*D.9.2.7.8*) atfı yapmıştır.

getirilmesinden sonra yapılması gerekenler yapılmadığı için (*sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem*) hekimin meydana gelen zarardan sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Bu metinlerde ele alınan ihtilâflar birbirinden farklıymış gibi görünse de aslında aralarında önemli bir bağlantı vardır. Başarılı bir cerrahi müdahale gerçekleştiren hekim, operasyon sonrasında uygulanacak tedavinin gereği gibi yapılmasından da sorumludur. Başka bir ifadeyle, hekim operasyondan sonraki tedavi aşamasında da mesleğinin gerektirdiği beceriyi, bilgiyi ve tecrübeyi göstermekle yükümlüdür. Dolayısıyla, borcun ifası sırasında gösterilmesi gereken dikkat ve özen (*diligentia*) ile borcun ifası sırasında dikkatsiz ve tedbirsiz (*neglegentia*) davranılması birbirine çok yakın kavramlardır.²⁷ Zira *conductor*'un, *D.9.2.8 pr.*'da, zararı önleyebilecek bir davranışı sergilemediği, başka bir ifadeyle yapması gereken bir işi yapmadığı için (*culpa in non faciendo*); *D.9.2.7.8'*de ise, bir şey yaptığı yani sergilediği bir davranış sebebiyle zarara sebep olduğu için (*culpa in faciendo*) sorumlu olacağı belirtilmiştir.

MS II. yüzyılın başlarında yaşamış önemli bir hukukçu olan *Celsus*, *imperitia*'nın, *locatio conductio operis*'den doğan sorumluluğun tespitinde belirleyici bir unsur olduğu hususunda başı çeken hukukçulardan olmuştur:

D.19.2.9.5: Ulpianus libro 32 ad edictum

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

“*Ulpianus*'un beyanname şerhinin 32. kitabından

Celsus, *Digesta*'nın 8. kitabında, yeteneksizliğin/tecrübesizliğin de bir kusur olarak kabul edilmesi gerektiğini yazar. Eğer birisi, sürüyü otlatmak veya bir şeyi tamir etmek veya temizlemek için bir akit yaparsa kusurundan dolayı sorumlu tutulmalıdır. Ve onun beceriksizce/acemice iş yapması da kusurdur. *Celsus* zanaatkârlar hakkında da böyle olduğunu söyler.”²⁸

²⁷ Marta Rodrigues Maffei Moreira, Medical Responsibility in Roman Private Law, *Journal on European History of Law*, 1/2017, pp. 18-22, syf. 20-21.

²⁸ Somer, İstisna, syf. 104. Somer'e göre, metinde temizleyici ve terzinin yanı sıra sürü

Metinden anlaşıldığı üzere, *Celsus* tecrübesizliği, yeteneksizliği (*imperitia*) kusurun bir türü olarak kabul etmiştir. Hukukçu, *locatio conductio operis* ile bir sürüyü otlatma, bir şeyi tamir etme veya temizleme borcu altına girmiş olan yüklenicinin, kusurlu davranışıyla karşı tarafa verdiği zararlardan sorumlu olduğunu belirtmiştir. Hukukçu, yüklenicinin, beceriksizliği veya acemiliği yüzünden yanlış bir şey yapması halinde bunun kusurlu bir davranış olarak değerlendirilmesi gerektiğini, zira kendisinin belirli bir uzmanlığa sahip bir kişi olarak (*ut artifex*) bu işi yerine getirmeyi üstlendiğini ifade etmiştir. *Celsus*, *imperitia*'nın yüklenicinin sorumluluğunun tespitinde bir ölçüt olarak kullanılması gerektiğini açıkça ifade ederek, yüklenicinin üzerine aldığı iş için gerekli deneyim, beceri ve ustalığa sahip olmamasının (*imperitia*) kusurun bir türü olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde diğer Romalı hukukçular tarafından dayanan varsayımı desteklemiştir. *Celsus* bu ifadesiyle, yüklenilen işin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin sorumluluğun, yüklenicinin kişisel yeterliliklerinden veya eksikliklerinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu nedenle *locatio conductio operis*'de olduğu gibi, taraflardan birinin bir işin ustası olarak yapma (*facere*) borcu altına girdiği sözleşmelerde, kusur (*culpa*), yüklenicinin yetersizliğini veya tecrübesizliğini de kapsamına alacak şekilde değerlendirilmeli; bir zanaatkârdan objektif olarak beklenen performans ise kusurun olup olmadığının tespitinde ölçüt olarak kullanılmalıdır.²⁹

D.9.2.8.1: *Gaius libro septimo ad edictum provinciale*

Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non

otlaticılarından da bahsedilmesi ve bütün bu kişiler için "artifex-işçi, zanaatkâr" teriminin kullanılması, bu kişilerin örnek olarak verildiğini ve *locatio conductio operis* çerçevesinde, genel olarak *conductor* terimini karşılayacak şekilde kullanıldığının kabul edilmesini gerektirir. Somer, İstisna, syf. 104, dn. 302.

²⁹ Zimmermann, syf. 397-398; Martin, syf. 114-115.

Conductor, sözleşme kurulduğu sırada, kendisini, yüklenilen edimi gereği gibi ifa etmek için yeterli derecede bilgi, beceri ve tecrübeye veya fiziksel performansla sahip bir kişi olarak tanıtmıştır. *Locator* ise, buna güvenerek, *conductor*'un, bu işin icrası için gerekli uzmanlığa sahip olduğuna kanaat getirmiştir. *Conductor*, kendisini, belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtırken iyi niyetli (*bona fides*) olsa bile, işin icrası sırasında bu uzmanlığın gerektirdiği performansı sergileyemezse, *imperitia* veya *infirmetas* sebebiyle meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulmalıdır. Zira *conductor*, sözleşme akdedilirken *locator* üzerinde, gerekli yeterliliğe sahip olduğu izlenimini yaratmıştır. Zimmermann, syf. 397-398; Rodrigues Maffei Moreira, syf. 21-22.

*potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel 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.*³⁰

“Gaius’un eyalet beyannamesi şerhinin 7. kitabından

Nitekim bir katır sürücüsü tecrübesizliği nedeniyle katırlara hâkim olamaz katırlar başkasına ait bir köleyi ezerse, genel olarak kusuru nedeniyle sorumlu olduğu söylenir. Aynı şey onun zayıflığı (*infirmitas*) sebebiyle katırları tutamaması halinde de söylenir; zayıflığın kusur sayılması haksız değildir, zira bir kimse zayıflığının başkaları için tehlikeli olacağını bildiği veya bilmeye mecbur olduğu bir işi üstlenmemelidir. Bir kimsenin zayıflığı veya tecrübesizliği nedeniyle bindiği atı tutamaması halinde aynı esaslar geçerlidir.”³¹

Gaius, katırları gütmekle görevlendirilen kişinin *imperitia* sebebiyle hayvanların kontrolünü kaybetmesi ve bu yüzden başkasına ait bir kölenin zarar görmesi halinde, bu sonuçtan sorumlu tutulması gerektiğini ve kölenin malikinin *lex Aquilia*’dan doğan davayı açabileceğini belirtmiştir. Gaius’un D.9.2.8.1’de vardığı bu sonuç, yukarıda ele alınan D.19.2.9.5’te Celsus’un vardığı sonuç ile uyumludur. Kendisini bir iş için gerekli deneyime, beceriye ve ustalığa sahip olarak tanıtan ve bu bağlamda bir edim yükümlülüğü altına giren bir kişinin, gerek sözleşmeden gerekse haksız fiilden doğan sorumluluğunun tespitinde *imperitia*’nın, *culpa*’nın bir türü olarak kabul edilmesi olağan bir sonuç-

³⁰ I.4.3.8: “Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. sed et si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, qui, cum alius firmior retinere potuisset, aequae culpa tenetur. eadem placuerunt de eo quoque, cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.” “Bir katır çobanı, beceriksizliği yüzünden katırların azgınlığına mâni olamaz ve kölen ezilirse, katır çobanı mesuldür. Eğer takatsizliği yüzünden mâni olamamış ve buna mukabil, daha kuvvetli birisi mâni olabilecek idiyse, yine kusura addedilir. Ata binmiş olup da kuvvetsizliği veya beceriksizliği yüzünden atın azgınlığına mâni olamamış olan kimse için de aynı şekilde karar verilmiştir.” Umur, Institutiones.

³¹ Erdoğan, syf. 31, dn. 64; Somer, Mala Verilen Zarar, syf. 50-51; Rodrigues Maffei, syf. 21.

tur. Zira bu kişinin uzmanlık gerektiren bu işi gereği gibi yerine getirme yükümlülüğü altına girdiğinin kabul edilmesi gerekir.³² Metinde *custodia'*nın yanı sıra *imperitia'*dan da bahsedilmesi klasik hukuk döneminde, *imperitia'*dan doğan sorumluluğun da *custodia'*dan doğan sorumluluğun içinde yer aldığı şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü kendisine *locatio conductio operis* sebebiyle malzeme verilen ve beklenmedik hallerden bile sorumlu tutulan *conductor'*un, beceriksizlikten, bilgisizlikten, tecrübesizlikten doğan zararlardan sorumlu tutulmaması düşünülemez.³³ Klasik sonrası dönemde ise kusursuz sorumluluğun yerini kusura dayanan sorumluluk aldığından, *imperitia*, *culpa* kavramının kapsamına girmiş (D.9.2.27.29), *custodia* sorumluluğunun yerini ise, çok tedbirli bir aile babasından beklenebilecek tedbir ve özen (*diligentia bonus pater familias*) almıştır. Yani *conductor*, aynı durumda çok dikkatli bir aile babasının göstereceği özeni göstermemişse meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Başka bir deyişle, sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun ifa sırasında sadece iyiniyet (*bona fides*) göstermesi yetmez ve *diligentia* olarak ifade edilen “belirli bir özeni sağlama borcu”nu da yerine getirmesi gerekir. Gerekli özenin (*diligentia*) gösterilmemesi halinde ise *neglegentia'*dan (ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik) söz edilir. Bu nedenle, borçlunun sorumluluktan kurutulabilmesi için zarara sebep olacak davranışlardan kaçınması yetmemekte; pozitif bir davranış sergilemesi, yani özen yükümüne uygun davranması gerekmektedir.³⁴ Sonuç itibarıyla, *Celsus* ve *Gaius*, *locatio conductio operis* bağlamında *imperitia* kavramının tereddütsüz bir şekilde *culpa'*nın bir türü olduğunu belirtmişlerdir. Hatta *Gaius*, borçlunun, yüklendiği edi-

³² Martin, syf. 115-116.

³³ Kaser, syf. 426, dn. 45; William Warwick Buckland, Textbook of Roman Law, Cambridge 1963, syf. 505; Somer, İstisna, syf. 105.

³⁴ Somer, İstisna, syf. 105; Somer, Hekimin Sorumluluğu, syf. 146-147.

Klasik hukuk döneminde *conductor'*un sorumluluğu, beklenmedik halleri de (*casus fortuitus*) içine alan objektif nitelikteki *custodia* sorumluluğudur. Ancak bu sorumluluğun kapsamına mücbir sebepten (*vis maior*) kaynaklanan zararlar girmektedir. Klasik sonrası hukuk döneminde ise, sübjektif sorumluluk ilkesinin bir gereği olarak, taraflar kusurun bütün derecelerinden (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuşlardır. *Conductor* ise, ayrıca, meslekî tecrübesizliği sebebiyle verdiği zararlardan kusuru olmasa bile sorumlu tutulmuştur. Klasik sonrası hukuk döneminde, *conductor'*un kusuru olup olmadığının belirlenebilmesi için, beklenmedik halleri de kapsayacak şekilde “*diligentia diligentissima patris familias*-çok tedbirli bir aile babasından beklenebilecek tedbir ve özen” ölçütü kullanılmıştır. Özcan Karadeniz, Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara 1976, syf. 177 vd.

mi gereği gibi ifa edebilmesi için fiziksel bir performans sergilemesi gereken hallerde, fiziksel zayıflığı da (*infirmitas*) yine *culpa*'nın bir türü olarak kabul etmiştir.³⁵

Gerek *D.9.2.8.1'*de gerekse, yukarıda ele alınan *D.9.2.8 pr.'*da kendilerini belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtip teknik bilgi gerektiren bir edimi üstlenen kimselerin, aslında bu uzmanlık alanının gerektirdiği bilgi, beceri ve tecrübeye sahip olmadıkları (*imperitia*) veya yeterince güçlü olmadıkları (*infirmitas*) için verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır. Dolayısıyla güçsüzlük, zayıflık ve çelimsizliğin, tıpkı beceriksizlik, bilgisizlik ve tecrübesizlik gibi kusur olarak addedildiği, bu metinlerde kullanılan, *infirmitas culpa adnumeratur ve imperitia culpa adnumeratur* ifadelerinden açıkça anlaşılmaktadır.³⁶

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, cumhuriyet devrinin sonları ve imparatorluk devrinin başlarından itibaren, hukukçular, beceriksizliği, tecrübesizliği veya bilgisizliği sebebiyle bir zarara sebep olanların gerek sözleşmeden (*locatio conductio operis*) gerekse haksız fiilden (*damnum iniuria datum*) ötürü sorumlu tutulabileceklerini kabul etmişlerdir. Hukukçular, bu yaklaşımlarıyla, iş sahiplerinin (*locator*), bir eser meydana getirmeyi üstlenmiş olan kişilerle (*conductor*), bu konuda yetenekli olduklarını düşünerek *locatio conductio operis* sözleşmesi kurdukları varsayımından hareket etmişlerdir. Bu durumda, ihtilâf halinde, *conductor* tarafından sergilenen performansın yeterli olup olmadığıнын somut (sübjektif) ölçütlere göre mi, yoksa soyut (objektif) ölçütlere göre mi tespit edildiği ve *imperitia*'nın yargılama aşamasında nasıl bir işlevi olduğu sorusu akla gelmektedir. Konuya ilişkin metinlere bakıldığında, hukukçuların uygulanacak ölçütün ne olması gerektiği hususunda yeknesak bir yaklaşım sergilemedikleri anlaşılmaktadır. *Celsus* ve *Gaius*'a göre, *conductor*'un sergilediği performansın yeterli olup olmadığı, içinde bulunduğu sübjektif koşullara ve kendi yeterliliğine göre değil; objektif ölçütlere göre nasıl bir performans sergilemesi gerektiği dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu hukukçular tarafından soyut ölçütlere göre bir değerlendirme yapıldığı ve *conductor*'un sorumluluğunun ağırlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak metinlerde, ihtilâf halindeki tarafların, *imperitia*'nın mevcut olup olmadığını ispat

³⁵ Martin, syf. 122; Rodrigues Maffei Moreira, syf. 22.

³⁶ Rodrigues Maffei Moreira, syf. 21.

edebilmek için nelere dayanabilecekleri hakkında herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.³⁷

Digesta' da yer alan metinlerden anlaşıldığı üzere, taraflar arasında bir bina inşa edilmesine ilişkin olarak akdedilen *locatio conductio operis* sözleşmelerinde de, *conductor*'un işin gerektirdiği tecrübeye (*probatio*) sahip olması gerekirdi. *Locator*, işin tamamlanması üzerine, eser henüz kendisine teslim edilmeden önce, *conductor*'un, işin gerektirdiği bilgi, beceri ve tecrübeyi sergileyip sergilemediğini denetleme hakkına sahipti. Eserin, bu gereklere uygun olarak inşa edildiğinin kabul edildiği andan itibaren, sorumluluk *conductor*'dan *locator*'a geçerdi. *Conductor*'un, yüklendiği edimi gereği gibi ifa edip etmediğinin hangi ölçütlere göre değerlendirileceği hususunda benzer sorunların ortaya çıktığı düşünülebilir. *Conductor*'un, eseri, işin gerektirdiği tecrübeye (*probatio*) uygun bir şekilde meydana getirip getirmediğinin nasıl tespit edileceğine ilişkin *Paulus*'a ait bir metin aşağıdaki gibidir:³⁸

D.19.2.24 pr.: Paulus libro 34 ad edictum

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. Idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.

“*Paulus*’un beyanname şerhinin 34. kitabından

Eğer istisna akdinde yer alan bir şartla, iş sahibinin işin kabul edilebilir olup olmadığını takdir yetkisi varsa, bu adil bir kişinin vereceği karara uygun olmalıdır. Aynı kural, bu yetkinin üçüncü kişiye verilmiş olması halinde de söz konusudur. İyiniyet, bu kararın adil şahsın kararına uygun olmasını gerektirir. Bu şart, işin kalitesi/niteliği ile ilgilidir,

³⁷ Martin, syf. 122-123. Celsus’a ait bir metin olan *D.19.2.9.5*’de kullanılan “quippe ut artifex, inquit, conduxit.” ve Gaius’a ait bir metin olan *D.9.2.8.1*’de kullanılan “in quo intellegit vel intellegere debet.” ifadelerinden anlaşıldığı üzere; bir konuda uzmanlaşmış kişilerin, işin icrası sırasında yeteneklerini sergilemeleri gerekir. Ortaya çıkarılan sonucun beklentileri karşılamaması halinde ise, bu kişilerin sorumluluğu söz konusu olur. Martin, syf. 123, dn. 42.

³⁸ Martin, syf. 123.

işin görüleceği süreye ilişkin değildir. Meğer ki bu husus da sözleşme ile kararlaştırılmış olsun. Müteahhidin hilesinin olması halinde *actio ex locato*'nun gündeme gelmesi -verilmesi- akla uygundur.”³⁹

Metinden anlaşıldığı üzere, *conductor* tarafından meydana getirilen eserin, kalitesi/niteliği bağlamında kabul edilebilir olup olmadığı; başka bir deyişle, eserin, işin gerektirdiği tecrübeye, beceriye ve bilgiye uygun bir şekilde tamamlanıp tamamlanmadığı gerek *locator* tarafından gerekse taraflarca bu konuda yetkilendirilmiş üçüncü bir kişi tarafından adil bir kişinin hareket tarzına uygun bir şekilde (*arbitrium boni viri*) takdir edilmelidir. Hukukçuya göre, iyiniyet bu şekilde davranılmasını gerektirir. Dolayısıyla, bu takdir yetkisinin objektif standartlara göre kullanılması gerekir. Bu sayede, eserin kabul edilebilir olup olmadığının keyfi bir şekilde takdir edilmesi önlenmiş olur.⁴⁰

Martin'e göre, Romalı hukukçular, *conductor*'un, işin icrası için gerekli bilgi, beceri ve tecrübeye (*imperitia*) sahip olup olmadığını tayin ederken “soyut” bir ölçüt kullanmışlardır. *Imperitia*'nın söz konusu olup olmadığının tespiti her zaman kolay olmadığı için, özellikle belli bir uzmanlık gerektiren zanaat işlerinin icrasının sözleşmenin konusunu teşkil ettiği hallerde, soyut bir ölçütün kullanılması oldukça isabetlidir. Bunun en önemli sebebi, *locator*, *imperitia* iddiasını ileri sürdüğünde zararın zaten ortaya çıkmış olmasıdır. Bu durumda, *arbitrium boni viri* gibi bir ölçüt esas alınmadığı için, *imperitia*'nın tespiti zorlaşmaktadır. Ancak *imperitia*'nın veya *peritia*'nın varlığı, *conductor*'un bir zanaatkâr gibi (*ut artifex*) davranıp davranmadığına göre tespit edileceğinden, bu objektif yaklaşım, tarafları, işin kabul edilebilir olup olmadığının tespiti için nesnel ölçütler kullanmaya sevk eder. Romalı hukukçular, bilgi, beceri, tecrübe, yetenek ve karakterleri açısından zanaatkârlar arasında farklılıklar olabileceğinin farkındaydılar. Ancak dönemin şartları açısından düşünüldüğünde, bir işteki uzmanlığın belgelendirilmesi veya uzman kişiye bir ruhsat verilmesi gibi bir uy-

³⁹ Somer, İstisna, syf. 24.

⁴⁰ Martin, syf. 123.

Locatio conductio operis’de conductor, eserin meydana getirildiği aşamada yani, sonuca yönelik faaliyeti bakımından locator’a bağımlı değildir. Çünkü iş sahibini ilgilendiren husus, işin sözleşme ile kararlaştırılan şekilde tamamlanıp tamamlanmadığıdır. Dolayısıyla, iş sahibi, sadece sonuçlanmış olan iş kendisine sunulduğunda bir denetleme yetkisine sahiptir. Karadeniz, syf. 174.

gulama olmadığı için, hukukçuların bu yaklaşımının isabetli olduğu söylenebilir.⁴¹ Örneğin, *Ulpianus* tarafından aktarılan *aedilis*⁴²'lerin bu konudaki *edictum*'unda, satıcının zanaatkâr olduğunu taahhüt ederek sattığı bir kölenin, gerçekten böyle bir vasfı olduğunun genel olarak kabul edilebilmesi için, bir dereceye kadar deneyimli (*ad aliquem modum peritus*) olmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir.⁴³ *Imperitia*'ya ilişkin metinlerde de, benzer şekilde, zanaatkârın bilgi, beceri ve tecrübesinin yüksek standartlara göre ölçülmesi gerektiğine dair bir görüş mevcut değildir. Aksine, zanaatkârın, genel kabul görmüş bir standartta bilgi, beceri ve tecrübeye sahip olması, kendisinin faaliyette bulunduğu alanda uzman olduğunun kabul edilebilmesi için yeterlidir.⁴⁴

III. CONDUCTOR'UN HASARI ÜSTLENMESİ SEBEBİYLE IMPERTIA ÖLÇÜTÜNÜN UYGULANMAMASI

Eser sözleşmesinde hasarın hangi tarafa ait olacağı Romalı hukukçular arasında tartışmalı olan konulardan biridir. Klasik hukuk devrinin başlarında genellikle uygulan esasa göre, yapılan eser, iş sahibi teslim edilmeden veya iş sahibi tarafından kabul edilmeden önce, mücbir sebep neticesinde telef olursa, iş sahibi ücreti ödeme borcundan kurtulurdu. Yani hasar yükleniciye ait olurdu. *Iustinianus* hukukunda ise, yüklenici, mücbir sebep neticesinde ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmuyordu. Başka bir deyişle, yüklenicinin borcunun sona ermesine karşılık iş sahibinin ücreti ödeme borcu devam ediyordu. Fa-

⁴¹ Bkz. D.46.3.31: *Ulpianus libro septimo disputationum: Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis...* (Atıf yapılan bu metnin mealen çevirisine ilgili paragrafta zaten yer verilmiştir: Romalı hukukçular, bilgi, beceri, tecrübe, yetenek ve karakterleri açısından zanaatkârlar arasında farklılıklar olabileceğinin farkındaydılar.)

⁴² *Aedilis curulis*: Roma'da, pazar yerlerindeki alım satımların denetlenmesi ile görevli olan cumhuriyet dönemi magistrası. Umur, Lügat.

⁴³ D.21.1.18'de *Gaius*, satıcının sattığı kölenin belirli niteliklere sahip olduğuna dair açıklamalarının katı olarak değil, ölçülü şekilde anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre, satılan kölenin düzgün karakterli olduğu beyan edilmişse, köleden ancak bir filozoftan beklenebilecek saygınlık ve karakter sağlamlığını sergilemesi beklenemez. Kölenin çalışkan ve dikkatli olduğu belirtilmişse, gece ve gündüz devamlı çalışması beklenemez. Ancak satıcı kölenin olağanüstü bir aşçı olduğunu taahhüt etmişse, bu zanaatte gerçekten çok iyi olması gerekir. Fakat satıcı, kölenin sadece aşçı olduğunu beyan etmişse, vasat bir aşçı olması yeterlidir. Bu bütün meslekler için geçerlidir. Erdoğan, syf. 79, dn. 147. Aynı yönde bkz. D.21.1.19.4.

⁴⁴ Martin, syf. 124.

kat prensip olarak, iş, iş sahibi tarafından kabul edilmişse (*adprobatio*), yüklenicinin hileli davrandığı haller haricinde, hasar iş sahibine geçer ve dolayısıyla tamamlanmış ve kabul edilmiş eser mücbir sebep neticesinde telef olursa, iş sahibi ücreti ücreti ödemek zorunda olurdu.⁴⁵ Ancak tarafların anlaşmasıyla yüklenicinin sorumluluğunun ağırlaştırıldığı hallerde, uzmanlık gerektiren bir işi üstlenen kişi, kendisine *imperitia* sebebiyle bir kusur yüklenememesine rağmen, meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilirdi.

Zanaatkârın, bilgisizliğinden, tecrübesizliğinden veya beceriksizliğinden (*imperitia*) kaynaklanan zararların yanı sıra malzemedeki eksiklik ve bozukluklardan kaynaklanan hasarı da üstlendiği hallerde (*lex locationis*), *locator* her türlü riskten doğabilecek zararı *conductor*'a yükleyerek büyük bir avantaj elde etmiş olur. Bu durumda yüklenicinin bu nitelikte kapsamlı bir sorumluluğu neden üstlendiği sorusu akla gelir. Çeşitli ihtimaller dikkate alınarak bu sorunun cevabının ne olabileceğine ilişkin ancak tahminde bulunmak mümkündür: Bu tarz kayıtların (*lex locationis*), değerli malzemelerden bir eser yaratılmasına ilişkin sözleşmelere eklendiği ve bu sayede zanaatkârların iş sahibine avantajlı bir durum sağlayarak işin kendilerine tevdi edilmesi için onu ikna ettikleri varsayımında bulunulabilir. Bir diğer ihtimal ise, işin yapılması için kendisine tevdi edilen malzemedeki eksiklik veya bozukluktan kaynaklanan zararı da üstlenerek sözleşmeden doğan bir haktan feragat eden yüklenicinin, bu sayede pazarlık gücünü arttırdığı ve işin yapılması karşılığında alışılmışın üstünde bir bedel talep etme imkânı elde ettiğidir.⁴⁶ Konuya ilişkin olarak *Digesta*'da yer alan metinler ise aşağıdaki gibidir:

D.19.2.13.5: Ulpianus libro 32 ad edictum.

Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae fractum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.

“Ulpianus’un beyanname şerhinin 32. kitabından.

⁴⁵ Rado, syf. 108.

⁴⁶ Martin, syf. 118.

Değerli taş oyulması veya yerine yerleştirilmesi için verilmiş sonra da kırılmış ise, eğer bu taştaki bozukluktan (malzemedeki eksiklik/taşın defosundan) kaynaklanıyorsa *actio ex locato* verilmez. Fakat tecrübesizlikten/beceriksizlikten kaynaklanıyorsa dava hakkı vardır. Bu görüşe şu da eklenmelidir ki, meğerki hasarı/rizikoyu zanaatkâr üstüne almış olsun. Bu takdirde, malzemedeki eksiklik (taştaki defo) yüzünden kırılma gerçekleşmiş olsa dahi bir dava hakkı söz konusu olacaktır.”⁴⁷

D.9.2.27.29: *Ulpianus libro 18 ad edictum.*

Si calicem diatretum faciendum dedissi, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimas habeat vitiosas, potest esse excusatus; et ideo plerumque artifices convenire solent, quum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere; quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.

“Ulpianus’un beyanname şerhinin 18. kitabından.

Eğer cam bardağı yontmak (traş etmek) için verdiysen ve yontucu onu tecrübesizliğinden dolayı kırmışsa, hukuka aykırı zarar vermekten dolayı sorumludur. Ancak eğer tecrübesizlikten kırılmamış, aksine bardağın yapısındaki bir bozukluktan dolayı kırılmışsa, bu durumda bir özür ileri sürülebilir. Ve bu sebeple zanaatkârlar bu tür bir madde kendilerine verildiğinde, (müşteri ile) üzerlerine riziko almama anlaşması yaparlar. Bundan dolayı *actio ex locato* ve *actio legis Aquiliae* mümkün değildir.”⁴⁸

⁴⁷ Somer, İstisna, syf. 109.

⁴⁸ Somer, İstisna, syf. 108, dn. 314.

Roma hukukunda belli bir netice meydana getirilmediği için doğan sorumluluk hallerine ve hatta kusurun objektifleştirilmesi olarak nitelendirilebilecek hallere rastlanmaktadır. Imperitia (beceriksizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik) ve infirmitas (zayıflık, güçsüzlük) borçlunun sorumluluğunun doğması için yeterli olup kusura eş tutulmaktaydı. Keza, D.50.17.132’deki düzenlemede de bilgisizlik ve beceriksizliğin kusur sayıldığı ifade edilmiştir. Böylece, borçlunun edimi ifa etmek için bütün gayreti göstermiş olması onu sorumluluktan kurtarmamaktaydı. D.2.27.29’da Ulpianus tarafından belirtildiği üzere, eğer bir kupa kabartma yapılması için bu işin ustasına verilmişse ve kupa, ustanın beceriksizliği yüzünden kırılmışsa, usta, mala verilen zarar sebebiyle sorumlu olur. Ancak kupa zaten çatlak olduğu için kırılmışsa, beceriksizlikten dolayı sorumluluk söz konusu olamaz. Beceriksizliğin kusurun bir türü olarak kabul edildiği hallere bir diğer örnek ise, D.19.2.9.5’de yer almaktadır. Metinden anlaşıldığı üzere, Celsus, ücret karşılığında elbise temizlenmesini konu alarak, buradaki beceriksizliğin (impertia) kusur

Her iki metin, kendisine işlemesi için değerli ve kırılğan bir nesne verilen zanaatkârın, tecrübesizliği (*imperitia*) yüzünden bu nesneye zarar vermesi halinde sözleşmeden (*locatio conductio operis*) veya haksız fiilden (*damnum iniuria datum*) doğan sorumluluğu sebebiyle kendisine karşı dava açılabilirliğine ilişkindir. Yine her iki metinde, zanaatkârın, *imperitia* sebebiyle sorumlu olduğu iddiasına karşı, işlemesi için kendisine verilen nesnenin ayıplı olduğu (*vitium materiae or rimae vitiosae*) savunmasında bulunduğu varsayılmakta ve malzemenin ayıplı olması halinde zanaatkârın meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, meydana gelen zarardan taraflardan hangisinin ne ölçüde sorumlu olduğu, bu zararın ne ölçüde kendilerinin kusurundan kaynaklandığı ile doğru orantılıdır. Değerli bir malzemenin bir eser meydana getirilmesi amacıyla işlenmesine ilişkin olan *locatio conductio operis*'de yüklenicinin becerikli olması oldukça önemlidir. İşin yapılması esnasında malzeme zarar gördüğü için eserin meydana getirilememesi halinde iş sahibi zarar gördüğü gibi, neticeyi üstlenen taraf da bu süre zarfında harcadığı zaman ve emek açısından zarara uğramış olur. Bu nedenle tazminat miktarının tespitinde taraflardan her birinin eserin meydana gelmesi için yaptıkları yatırım ve sağladıkları ekonomik katkının da göz önünde bulundurulması gerekir.⁴⁹

olarak sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Keza, I.4.3.7'deki düzenlemede, doktorun başarısız bir ameliyat neticesinde veya yanlış bir tedavi uygulayarak kölenin ölümüne yol açması beceriksizlik olarak kabul edilmiş ve metinde beceriksizliğin de ihmal sayıldığı belirtilmiştir. Erdoğan, syf. 31, dn. 64.

Ulpianus, zanaatkârların, ancak, kendilerine tevdi edilen malzemenin yapısındaki bozukluktan kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacakları yönündeki anlaşmanın müşteri tarafından kabul edilmesi halinde bu tür bir malzeme (*eiusmodi materiae*) ile çalışmayı kabul ettiklerini düşünmektedir. Böylece iş sahibinin, *actio ex locato* ve *actio legis Aquiliae* sebebiyle dava açma hakkı ortadan kalkar. Martin, syf. 119.

⁴⁹ Martin, syf. 117-120.

Eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesinden önce, malzemedeki bozukluk sebebiyle zarar görmesi halinde, bu zarara iş sahibinin katlanacağına ilişkin D.19.2.62'de yer alan benzer bir düzenleme ise aşağıdaki şekildedir:

D.19.2.62: Labeo libro Pithanorum. Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras antequam eum probares labes corrumpit tuum periculum est. Paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.

Metinden anlaşıldığı üzere, sözleşme ile bir kanalın yapımının üstlenildiği ve işin tamamlandığı hallerde, kanal, iş sahibi onu kabul etmeden önce, tarafların kusuru

D.9.2.27.29 ve D.19.2.13.5'de yer alan düzenlemeler, hassas ve değerli malzemeler üzerinde çalışan zanaatkârlar bağlamında *imperitia* kavramının nasıl bir gelişim sürecinden geçtiğini açıklığa kavuşturması açısından önemlidir. Buna göre; *conductor*, kusurun bütün derecelerinden sorumlu olduğu gibi (*omnis culpa*⁵⁰), yapılacak iş konusundaki bilgisizliğinden ve beceriksizliğinden (*imperitia*) de sorumludur. Bu sayede, *locatio conductio operis* kapsamında alanında uzman bir kişi olarak bir eser meydana getirme borcu altına giren kişilerin, beceriksizlikleri veya işin gerekleri açısından yeterli ölçüde becerikli olmamaları yüzünden verdikleri zararlarda sorumlu tutulmaları mümkün olmuştur. İş sahibi tarafından verilen malzeme ayıplı olduğu için eserin tamamlanamaması halinde ise zanaatkâr, meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Taraflar eser sözleşmesine hukuk düzeni tarafından kendiliğinden (*ipso iure*) bağlanan bu sonuçları kabul edebilecekleri gibi, sözleşmenin müzakere edildiği aşamada, rizikonun taraflar arasında kanunda öngörülenden farklı bir şekilde paylaştırılması için sözleşmeye bir hüküm (*lex locationis*) ekleyebilirler. Yazara göre, yeteneği ve becerisi sayesinde alanında ün yapmış zanaatkârların bir eser meydana getirme borcu altına girdikleri sözleşmelerde, taraf iradesiyle eklenen bu kayıtların önemi oldukça fazladır. Zanaatkârın alanında ustalaşmış olduğu hallerde, taraflar arasında *imperitia* sebebiyle bir ihtilâfın ortaya çıkması sık rastlanan bir durum değildir. Bu zanaatkârlar sözleşmenin müzakeresi aşamasında sahip oldukları şöhretten yararlanarak

olmaksızın yıkılmışsa, hasar yükleniciye ait olur. Paulus'a göre, eğer hasar arazi-deki bir eksiklikten veya bozukluktan kaynaklanıyorsa, iş sahibi hasara katlanır; ancak kanalınlı yıkılması işteki eksiklik veya bozukluktan kaynaklanıyorsa hasara yüklenici katlanmak zorundadır (*solı vitio ve operis vitio*).

Locatio conductio operis'de, eser henüz iş sahibine teslim edilmeden önce, tarafların kusuru olmaksızın meydana gelen zarara kimin katlanacağı meselesine ilişkin olarak Zimmerman, Labeo tarafından D.19.2.62'de yapılan değerlendirmeye dayanmaktadır. Böyle bir durumda, *conductor*, işin icrasına başladığı andan hasarın gerçekleştiği ana kadar, emek ve zaman harcamış olmasına rağmen, ücrete hak kazanamayacaktır (*periculum conductoris*). Buna karşılık, eser henüz teslim edilmemiş olmasına rağmen, *conductor*'un eseri kararlaştırılan şekilde tamamladığının *locator* tarafından kabul edildiği andan itibaren (*antequem eum adprobares*), hasar *locator*'a geçer. Zimmerman, syf. 401-402.

⁵⁰ *Omnis culpa*: Bütün kusurlar (*culpa levis, culpa lata ve dolus*). Hafif ihmalinden (*culpa levis*) sorumlu tutulan borçlu ağır ihmalinden (*culpa lata*) ve kastından da (*dolus*) sorumlu tutulacağı için, hafif ihmal sorumluluğuna *omnis culpa* sorumluluğu denmektedir. Umur, Lügat.

oldukça yüksek bir ücret talep ettikleri gibi, sözleşmeye kendileri lehine hükümler eklenmesini sağlayabiliyorlardı. İş sahipleri ise, böyle şöhretli bir ustanın elinden çıkmış bir esere sahip olabilmek için yapılacak iş karşılığında yüksek bir bedel ödemeyi göze almaktaydılar. *Ulpianus* ise, yukarıda ele alınan metinlerde (*D.19.2.13.5* ve *D.9.2.27.29*), zanaatkârın, beceriksiz veya tecrübesiz olduğu iddiasına karşılık, meydana gelen zararın tevdi edilen malzemenin yapısındaki bozuluktan (*vitium*) kaynaklandığı yönünde kendisini savunabileceğini ifade etmiştir. Hukukçu, böylece, *imperitia* kavramının kapsamının nasıl sınırlandırıldığını açıklamıştır.⁵¹

SONUÇ

Roma Hukukuna göre, eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*) ile bir sonuç (*opus*) meydana getirme borcu altına giren yüklenici (*conductor*), kendisini belirli bir alanda uzman bir kişi olarak tanıtır ve teknik bilgi gerektiren bir edimi üstlendiği için, meslekî tecrübesizliği (*imperitia*) sebebiyle iş sahibine (*locator*) verdiği zararlardan kusuru olmasa bile sorumlu tutulmuştur. *Imperitia* kavramının sergilediği gelişim sürecine bakıldığında, hukukçuların, *locatio conductio operis* kapsamında icra edilen ve uzmanlık gerektiren işler açısından, yeterli esnekliğe sahip yasal bir ilkeyi yerleşik hale getirdikleri anlaşılmaktadır. Yüklenicinin gösterdiği performansın yeterli olup olmadığının objektif (soyut) ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi, işin icrası için gerekli bilgi, beceri ve tecrübenin varlığının veya yokluğunun soyut bir model referans alınarak belirlenmesine imkân sağlamıştır. Ancak, objektif ölçüt, somut ve ferdileşmiş hareket tarzını esas alan bir ölçütün kullanıldığı hallere kıyasen, *conductor*'un sorumluluğunun kapsamının genişlemesine yol açmıştır. Bununla birlikte, soyut bir modelin referans olarak kabul edilmesinin, keyfi ve aşırı katı bir değerlendirme yapılmasına engel olduğu hususunun da göz ardı edilmemesi gerekir. Tarafların anlaşmasıyla yüklenicinin sorumluluğunun ağırlaştırıldığı hallerde ise, uzmanlık gerektiren bir işi üstlenen *conductor*'un, kendisine *imperitia* sebebiyle bir kusur yüklenememesine rağmen meydana gelen zarardan sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır.

⁵¹ Martin, syf. 121-122.

Kaynakça

Kitaplar

- Buckland William Warwick, Textbook of Roman Law, Cambridge 1963
- Erdoğan Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005
- Güven Diler Tamer, Culpa In Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2001
- Karadeniz Özcan, Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara 1976
- Kaser Max, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, München 1971
- Rado Türkân, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2018
- Somer Pervin, Roma Hukukunda İstisna Akdi, İstanbul 2008 (İstisna)
- Somer Pervin, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008 (Mala Verilen Zarar)
- Tahiroğlu Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2018
- Zimmermann Reinhard. The Law of Obligations: The Roman Foundation of the Civilian Tradition, Capetown 1990

Makaleler

- Araz Dinçer Nilgün, Roma Hukukunda Davaların Yarışması Meselesine (*concursum actionum*) Genel Bir Bakış, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 23, S.3, Y. 2017, syf. 235-281
- Karacabey Ömer Faruk, Hakların Yarışması, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1980, S. 6, syf. 666-685
- Martin Susan D., *Imperitia: The Responsibility of Skilled Workers in Classical Roman Law*, *The American Journal of Philology*, Vol. 122, No. 1 (Spring, 2001), pp. 107-129, The John Hopkins University Press
- Rodrigues Maffei Moreira Marta, Medical Responsibility in Roman Private Law, *Journal on European History of Law*, 1/2017, pp. 18-22
- Somer Pervin, Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. XIV, S. 4, Y. 2008, syf. 133-151 (Hekimin Sorumluluğu)
- Zilelioğlu Hilâl, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", *AÜHF*, C. 39, Y. 1982-1987, S. 1-4, syf. 241-264

Diğer Kaynaklar

- Iustinianus Institutiones (çev. Umur Ziya), İstanbul 1968 (Institutiones)
- The Digest of Justinian, Mommsen, T./Krüger, P., English translation edited by Alan Watson, Philadelphia 1985
- Umur Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975 (Lügat)

