



Roma Hukukunda Birlikte Kusur Üzerine Bazı Düşünceler (*)

Some Thoughts on Contributory Negligence in Roman Law

Doç. Dr. Güzide Burcu GÜNVEREN**

Öz

Roma Hukukunda zarar görenin zararın meydana gelmesindeki kusurlu davranışı, kural olarak zarar verenin, zararı giderme yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Temelini "kendi kusuru ile zarara uğrayan, zarar görmüş sayılmaz" düşüncesinde bulan kural, "*compensatio culparum*: ihmallerin mahsubu" ilkesini de beraberinde getirmektedir. Günümüz hukukunda "birlikte kusur, müterafık kusur, zarar görenin kusuru" olarak ifade edilen kavramda yansımaları bulan *compensatio culparum* hem zarar verenin hem zarar görenin ihmalinin bulunması durumunda karşılıklı ihmallerin birbirini götürmesi esasına dayanır.

Günümüzde zarar görenin birlikte kusuru, zarar verenin tazminat yükümlülüğünü mutlak surette ortadan kaldıran bir sebep değildir. Bununla beraber Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 1. fıkrası, haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tazminat yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde birlikte kusurun uygulama alanına işaret etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Compensatio culparum, *Culpa*, Nedensellik Bağı, *Lex Aquilia*, Kusur

Abstract

As a rule in Roman law, a faulty behavior of a party suffering damage in the occurrence of a damage is accepted as a reason to eliminate the liability of the party causing damage to compensate the damage unless the offender acted with intent. This rule, which is based on the idea that "he who suffers a loss through his own fault is not considered damaged", brings along the principle of "*compensatio culparum*: exchange of negligence". *Compensatio culparum*, which is reflected in the concept expressed as "mutual fault, joint fault, fault of the damaged party" in today's law, is based on the principle of mutual negligence in case of negligence from both the party causing damage and the party suffering damage. Today, the

* Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 03.07.2023 - Makale Kabul Tarihi: 09.10.2023 DOI: 10.56701/shd.1321462

Makale Yayın Tarihi: 20.12.2023

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye
gbdogan@marmara.edu.tr
0000-0001-5710-6541.

fault of a party suffering damage is not an absolute reason that removes the liability of the party causing it. Moreover, Article 52 in the Turkish Code of Obligations points out to the practice of mutual fault for determining the scope of the benefit obligation.

Key Words

Compensatio culparum, Culpa, Causal relation, Lex Aquilia, Negligence

GİRİŞ

Günümüzde olduğu üzere Roma Hukukunda da zarar gören kimsenin, zararın oluşumunda ya da zararın artmasında etkili olacak kusurlu davranışlar sergilemesinin, zarar verici fiili gerçekleştirenin sorumluluğuna etkisinin ne olacağı meselesi hukukçuları meşgul etmiştir. Roma Hukukunda bir zarar gerçekleşmişse, zedelenen menfaatin giderilmesi zararın tazmin edilmesi suretiyle gerçekleşirdi¹. Esas itibarıyla zararı verenin veya zarar görenin “tek başına” zarara katlanması kuralı söz konusudur. Bununla beraber Roma Hukukunda menfaati zedeleyen olayın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun², zarar verenin kusuruna refakat etmesi, zararı verenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir husus olarak değerlendirilmiştir.

Roma Hukukunda zarar görene atfedebileceğimiz kusur, zarar verenin zarar verici fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmazdı. Ancak çalışmamızda yer verdiğimiz metinlerden de anlaşılacağı üzere, zararı meydana getiren olayda birlikte kusurun bulunması, zarar verene dava açılmasına engel olan bir etken olmaktadır. Bir başka ifadeyle zarar verenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Günümüzde ise birlikte kusur, somut olaya göre, zarar verenin sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran bir husustur. Buna göre, Türk hukukunda

¹ Roma Hukukunda başkasının malına verilen zararların (*damnum iniuria datum*) tazmin edilmesi hususundaki gelişmeler asıl olarak haksız fiillere ilişkin özel şartlara yer veren *lex Aquilia*'nın yürürlüğe girmesi ile kaydedilmiştir. Yasal düzenlemenin birinci bölümünde, hukuka aykırı olarak bir başkasının kölesini ya da *pecudes* grubu içinde yer alan hayvanını öldüren kişinin sorumluluğu düzenlenmişti. Üçüncü bölümde ise, yakmak, yıkmak veya bozmak suretiyle, hukuka aykırı olarak bir başkasının taşınır malına verilen zararlar düzenlenmişti. Birinci bölüm kapsamında bir zarar ortaya çıktığı zaman yaptırım, öldürülen kölenin ya da hayvanın o yıl içerisindeki en yüksek değerinin ödenmesiydi. Üçüncü bölüm kapsamında bir zarar ortaya çıktığı takdirde ise yaptırım, zarar verilen malın takip eden otuz içindeki değerinin zarar görene ödenmesi şeklindeydi. Pervin Somer, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*, (İstanbul: Der Yayınları, 1999), 49; Özlem Söğütlü Erişgin, *Haksız Fiil Benzerleri Quasi Delicta*, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2002), 15; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983), 114-115.

² Roma Hukukunda sorumluluk konusu bakımından kusur (*culpa*) kavramı, oldukça önemli bir yere sahipti. Eğer borçlunun iradesi, bir borç ilişkisinden doğan borcun yerine getirilmesinden yana değilse, ya da yerine getirilmesini isteyecek kadar güçlü değilse, bu irade eksikliğine ya da irade bozukluğuna kusur denilmektedir. Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 30; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 48; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Der Yayınları, 2019), 33.

ortaya çıkan zararın tazmininde, zarar verenin ya da zarar görenin kusuru oranında bir hesaplama yapılarak, zararın tazmin edilmesi esası hakimdir. Bir başka ifadeyle günümüzde zarar, zarar veren ile zarar gören arasında, bu kimselerin davranışlarının zarara neden olması nispetinde paylaştırılması suretiyle giderilmektedir.

Roma Hukukunda birlikte kusur konusunun günümüzü etkilediği bir başka husus ise, zarar veren davranışı sergileyen kimsenin kastıdır³. Zarar veren kimsenin kasıt ile hareket etmesi hali, zarar birlikte kusura bağlı olarak ortaya çıksa bile, sorumluluktan kurtulmasına engel olurdu. Bir başka ifadeyle Roma Hukukunda, zarar verenin kastının bulunması, zarar görenin ihmalinin dikkate alınmamasına ve dolayısıyla birlikte kusur esasının uygulanmamasına neden olurdu. Günümüzde aynı esasın Roma Hukukundaki mutlak şekli ile uygulandığını ifade edemesek de zarar verenin kastının bulunduğu durumlarda, zarar görenin ihmali ile karşılaştırıldığında, ödeyeceği tazminat kapsamında indirim yapılmasına engel olduğu kesindir⁴.

Bu çalışmada Roma Hukukunda birlikte kusura ilişkin metinlerden yola çıkarak birlikte kusur kavramının ne olduğunu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Diğer yandan zarar görenin kusurunun, zararın giderilmesi noktasında sorumluluk hukukuna olan etkisini incelerken, bu konuda ortaya çıkan çeşitli görüşler değerlendirilmiştir.

I. KAVRAM VE BİRLİKTE KUSURA İLİŞKİN HUKUKİ METİNLER

Zarar gören tarafın, makul bir insandan beklenen bir davranışı sergilemeyerek zararın oluşumunda veya zararın artmasında etkili olmasına birlikte (müterafik; refakat eden) kusur ya da zarar görenin kusuru denilmektedir⁵. Asıl olarak zarar görenin kusuru, zarara uğramamak için menfaati icabı alması gereken tedbirleri almaması ya da somut olayda makul bir kimsenin

³ Kusur, ağırlık derecelerine göre kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kusurun derecesi olarak kasıt (*dolus*), bir kimsenin bilerek ve isteyerek haksız şekilde hareket etmesinde söz konusu olurken; ihmal (*culpa*), sonucun yerine getirilmesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinde söz konusu olurdu. Richard Honig, *Roma Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938), 230; Paul Koschaker (Kudret Ayiter), *Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1983), 193-194; Somer, *Zarar*, 49.

⁴ Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1994), 55. Örneğin, günümüzde de hırsız girmiş olduğu evin kapısının kilitlememiş olmasını indirim sebebi olarak ileri süremez. Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), 265; Aynı hususta bkz. Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 305.

⁵ Birlikte kusur kavramı müşterek hukuktan gelmektedir. Müşterek hukuk döneminde kusurların mahsubu kuralı benimsenmiştir. Zararın meydana gelmesinde zarar görenin ve zarar verenin birlikte ihmal derecesinde kusurunun varlığı, davalının sorumluluğunu ve dolayısıyla tazminat yükümlülüğünü de ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmiştir. Andreas von TUHR, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. 1-2, (Çev. EDEGE, C.), (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), 98; Diler Tamer Güven, "Compensatio Culparum-Roma Hukukunda Birlikte Kusur" Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 17/1-2, (1997), 252.

göstereceği özeni göstermediği için ortaya çıkmaktadır⁶. Zarar gören kimse, zararın meydana gelmemesi veya meydana gelen zararın artmaması için mevcut koşullarda makul bir kimsenin benimsemesi gereken hareket tarzını benimsemekten kaçınıyorsa⁷, o takdirde birlikte kusurun varlığından söz edilebilir.

Oldukça kaba bir tabirle zarar verici olayın meydana gelmesinde zarar görenin de kusurunun bulunması hali olarak ifade edebileceğimiz birlikte kusura örnekler vermek mümkündür⁸. Özellikle mağdurun vücut bütünlüğünün ihlali sonucu ortaya çıkan malvarlığı zararlarının bir başka ifadeyle bedensel zararların meydana gelmesine zarar görenin davranışının da etki etmesi şeklindeki birlikte kusuru gerek günümüzden Yargıtay kararları ile gerek Roma Hukukundan *Digesta* metinleri ile örneklemek mümkündür.

⁶ Klasik hukuk döneminde *dolus* ve *culpa*, kusurun ağır ve hafif halleri olarak düşünülüyordu. *Dolus*'un karşısında, *culpa* kasıtlı olmayan fiili ifade ediyordu. İkisi arasındaki fark ise *dolus* ile hareket eden failin, zarar verme istek ve niyetiyle hareket etmesiydi. *Culpa*'nın ağır ihmali (*culpa lata*) ve hafif ihmali (*culpa levis*) diye ikiye ayrılması ise *Iustinianus* hukukunda olmuştur. Bu ayrım çağdaş hukuk düzenlerinde de benimsenmiştir. Özlem Söğütü Erişgin, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 133; Rado, *Borçlar*, 39; Erdoğan, *Borçlar*, 36. Buna karşılık dikkatli ve özenli bir kimsenin göstermesi gereken özenin gösterilmemesi anlamında hafif ihmali (*culpa levis*) belirlenmesi, özen yükümü (*diligentia*) aracılığıyla gerçekleştirilirdi. Rado, *Borçlar*, 33; Umur, *Roma Hukuku*, 211-212, 309; Erdoğan, *Borçlar*, 40; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 64; Savaş, Abdurrahman. "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi". İstanbul Hukuk Mecmuası 80 / 2 (Temmuz 2022), s. 561. Hafif ihmali (*culpa levis*) belirlenmesinde bazen özenli bir aile babasının davranışı (*diligens pater familias*) örnek alınarak soyut ölçü (*culpa in abstracto*) kullanılırken, bazen de borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) olarak somut ölçü (*culpa in concreto*) kullanılmaktaydı. Rado, *Borçlar*, 33; Umur, *Roma Hukuku*, 211 ve 309; Nilgün Dinçer Araz, N., "Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22/1, (2020), 184.

⁷ Roma Hukukunda sorumluluk ölçütlerine göre, bir kimsenin dikkatli ve özenli olduğundan bahsedebilmemiz için somut olayda dikkatli ve özenli olduğunu göstermesi aranmaktadır. Kişilik özellikleri anlamında dikkate ve özene sahip olması ya da bir olayda zararın oluşabileceğine ilişkin kaygı taşıması "*diligentia*" kapsamında değerlendirilemezdi. Dier Tamer Güven, *Culpa in Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, (İstanbul: Der Yayınları 2001), 32; Söğütü Erişgin, *Contractus (Sözleşme) Kavramı*, 203.

⁸ Doktrinde atış talim alanı olduğu belirtilen ve dikenli telle çevrilmiş olan yere, uyarı levhaları ve tellere rağmen mantar toplamak için giren kimsenin, atışa maruz kalması ve yaralanması halinde hem zarar gören hem de zarar verenin birlikte kusurundan bahsedilmektedir. Bir başka örnekte kiracının, damın aktığını ve şiddetli yağmurda evi su bastığını bildirmesine rağmen; kiraya verenin, uzunca bir süre kayıtsız kalması nedeniyle kusurlu olduğunu ama bizzat tamir ettirme imkânı varken tamir ettirmeyerek eşyasının zarar görmesine neden olan kiracıyı da zararın artmasına vesile olduğu için birlikte kusurlu bulunmaktadır. Erdoğan, *Borçlar*, 40- 42. Doktrinden başka bir müellifin verdiği örnekte ise, temizleyiciye gönderilen gömlekte inci kol düğmelerinin bulunduğu söylenmediği ve bunların zarar görmesi nedeniyle alacaklının birlikte kusurlu olduğu ifade edilmektedir. Aynı müellifin verdiği diğer örnekte ise, yüzme dersleri alacak olan çocuğun ara sıra kalp krampları geçirdiğinin öğretmene söylenmemesi birlikte kusur olarak değerlendirilmektedir. Tahiroğlu, *Borçlar*, 65. Konuya ilişkin bir başka müellif ise şu örneği vermektedir: arkadaşına verdiği mektupta para olduğunu söylemeyen bir kimse, mektubun kaybolması halinde birlikte kusurludur. Rado, 34. Spor hukukundan verilebilecek güncel bir örnek ise şu şekildedir: "*judoda, kendisine kurallara aykırı olarak saldıran rakibinin bu hareketiyle yaralanan sporcunun, yaralanmayı önleyebilecek nitelikteki koruyucu giysileri spor kurallarına aykırı şekilde giymemesi, birlikte kusur oluşturur*" Şeref Ertaş (Hakan Petek), *Spor Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 312.

Örneklerin benzerliği açısından aşağıda yer alan ilgili Yargıtay kararı ve *Digesta* metni özellikle seçilerek arka arkaya verilmiştir:

Y. 4. HD 4.5.2010, E.2009/9087, K. 2010/5337⁹:

“...dava, haksız eylem nedeniyle yaralanmadan dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur” ...“Davacı, ön dingili eski ve paslı olan traktörünü götürdüğü davalıya ait sıcak demir atölyesinde, davalının önlem almaksızın çekiçle vurarak dingilin civatalarını çıkardığı sırada, **civatadan sıçrayan demir parçasının gözüne değmesi nedeniyle sağ gözünde görme kaybı oluşacak** biçimde yaralandığını belirterek, tedavi gideri, geçici ve sürekli iş göremezlik zararı ile manevi tazminat istemiştir. Davalı ise, olayda kusuru bulunmadığını, davacının işinin hatır için yapıldığını ve davanın zamanaşımına uğradığını ileri sürerek, istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. Olayın gelişimi, davacının işinin yapıyor olması ve civatalar çıkarılırken **davacının da önlem almaksızın olay yerinde bulunarak** kusurlu davranmış olması gözetilerek, Borçlar Yasası'nın 43 ve 44. maddeleri uyarınca, hesaplanan maddi ve belirlenen manevi tazminat tutarlarından uygun bir indirim yapılmalıdır. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeyerek, hiçbir indirim yapılmadan karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması...kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür” ...

D. 9.2.11 pr: “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. 9.2.11 pr: *Mela*'nın yazdığına göre, birkaç kişi top oynarken, fazla sert vurulan top o esnada bir köleyi tıraş eden bir berberin eline çarparsa ve bu şekilde kölenin boğazı usturayla kesilirse; kusurlu olan taraf hangisiyse, *Lex Aquilia*'ya göre sorumlu olacaktır. *Proculus*'a göre, kusur berberindir ve şüphesiz, eğer ticaretini genellikle sportif faaliyetlerin gerçekleştirildiği ya da insanların devamlı olarak geçtiği bir alanda yapıyor idiyse kusur ona isnat edilebilir. Diğer yandan kendini sandalyesini tehlikeli bir yere koyan bir berberin ellerine teslim edenin kendisinin de sorumlu tutulması gerektiğini söylemek yersiz olmaz.

⁹ Karar için bkz. www.legalbank.net. Erişim tarihi: 27.09.2023

Yargıtay'ın ilgili kararından anlaşılacağı üzere, traktörünü tamir ettirmek için götürdüğü atölyede, davalının önlem almadan vurduğu civatadan sıçrayan demir parçası, davacı zarar görenin gözünde görme kaybı meydana gelmesine yol açmıştır. İlk derece mahkemesi ortaya çıkan zararın giderilmesi hususunda sadece davalının kusurunu dikkate alarak, onun sorumluluğunun bulunduğuna hükmetmiştir. Zararın meydana gelmemesi için hiçbir önlem almadan olay yerinde bulunan davacının da zararın meydana gelmesinde davalıyla birlikte kusurlu olduğunu açıklayan Yargıtay ise söz konusu kararında birlikte kusur bulunduğu için zararın giderilmesi hususunda davacının kusurunu indirim sebebi olarak uygulamıştır.

Yukarıda bahsedilen kararda gerçekleşen olay, *Digesta* metninde tartışılan olayın bir benzeridir. Zira olayda, seyyar berberin köleyi oyun alanının kenarında tıraş etmesi ve topun berberin koluna isabet etmesi nedeniyle kölenin boğazı kesilmektedir. Berberin bir kimseyi tıraş etmek için uygun olmayan bir mekânda mesleğini icra etmesi, zararın meydana gelmesi bakımından ona kusur isnat edilmesi ve sonuç itibarıyla zararın giderilmesinde sorumluluğunun doğması için yeterli bir sebeptir. Bununla beraber metinde zarar verici olayın meydana gelmesinde, berberin uygun olmayan yerde kendisini tıraş etmesine müsaade edenin de kusuru olduğu ve zararın birlikte kusur ile ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Gerek Yargıtay kararındaki gerekçeden gerek Roma hukukunun en önemli bilgi kaynaklarından olan *Digesta* metninde dönemin hukukçularının yorumundan anlaşılan; zarar görenin, zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği tüm makul tedbirleri almasının kendisinden beklendiğidir. Bu beklentinin temel dayanağı ise gerek günümüz hukukunda gerek Roma Hukukunda dürüstlük kuralıdır. Zarar veren, zarar görenin zararını gidermekle yükümlüdür. Ancak zarar gören, zararının giderilmesine yönelik talebini gerçekleştirirken dürüst olmak zorundadır. Zarar gören, zarara uğramasına sebep olan olayın meydana gelmesine kendisi neden olmuşsa ya da meydana gelen zararın artmasına sebebiyet vermişse, bu zararların giderilmesini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Açıkladığımız üzere, Roma Hukukunda *Digesta* metinlerinde de “zarar görenin, zarar meydana geldikten sonra uğradığı zararı arttırmamak ve zarar verenin ödemesi gereken tazminat miktarını arttırmamak için kendisinden katlanması beklenebilecek makul tedbirleri alması ve bu hususta gerekli özeni göstermesi gerekliliği” hususundaki vurgu; günümüzde doktrinde “Zarar Görenin, Zararı Azaltma Külfeti”¹⁰ olarak değerlendirilmektedir.

¹⁰ Kemal Oğuzman (Turgut Öz), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021), 122; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 767; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2012), 139; Leyla Müjde Kurt, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti” (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 777.

Roma Hukukunda zarar görenin zararın meydana gelmesini ya da mevcut zararın artmasını önlemek için kendi menfaatinin gerektirdiği tedbirleri alması aksi takdirde bir talebinin bulunamayacağı açıkça ifade edilmiştir:

D.50.17.203:

“Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire”.

D.50.17.203:

Kendi kusuru ile zarara uğramış olan kimse, zarara uğramış kimse olarak anlaşılmaz.

D.50.17.203'teki ifadeyi destekleyen bir başka metin ise D.50.17.50'dir. D.50.17.50'deki ifadeden kendi menfaatine olanı gören, bilen ama gerekli tedbiri alarak önleme imkânı varken bunu yapmayan kusurlu olduğunu anlıyoruz:

D.50.17.50: “Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest”.

D.50.17.50: Bilen, fakat önleyemeyenin kusuru yoktur.

Zarar görenin, fiilin yapılışına bizzat kendisinin de katılması ya da mevcut zararın artmasına yardım ederek failin durumunu ağırlaştırması halinde, Türk hukukunda tazminattan indirim yapılması ya da tazminatın tamamen ortadan kaldırılması hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır¹¹. Roma Hukukunda ise birlikte kusurun varlığı halinde tazminat yükümlüğünün tamamen ortadan kaldırılması esası benimsenmiştir¹²:

D.16.2.10.pr: “Si ambo socii parem negligentiam societati dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione negligentiae facta...”.

D.16.2.10.pr: Ortaklar olarak ikimiz ortaklığa ilişkin olarak aynı ihmalle suçlu isek, kanun gereği gerçekleşen ihmallerin mahsubu ile birbirimize karşı sorumluluğumuzun sona erdiği söylenmelidir.

Anlaşılabileceği üzere Roma hukukuna göre zarar gören ve zarar verenin, sonucun meydana gelmesinde birlikte ihmal derecesinde kusurlu olması halinde, zararın tazminine gerek olmayacağı yönünde bir görüş hakimdir. İhmallerin mahsubu olarak ifade edilen “*compensatio*

¹¹ Tazminatın indirilmesi başlığını taşıyan TBK. md. 52/1: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir” demek suretiyle birlikte kusurun uygulamasına ve indirim sebebi ya da tamamen tazminat kaldırılması için bir neden olabileceğine işaret etmektedir.

¹² Andreas Bertalan Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, C.I, (Çev. Davran, B.), (İstanbul; İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943, 144-145; Tahiroğlu, *Borçlar*, s. 77; Erdoğan, *Borçlar*, s. 40; Somer, *Zarar*, s. 56; Topuz, *Maddi Zarar*, 244.

culparum” esas itibariyle, zararın tazmin edilmesi noktasında karşılıklı ihmallerin birbirinden mahsup edilmesi fikrine dayanmaktadır.

Bunun yanı sıra Roma Hukukunda birlikte kusurun mevcut olduğu olaylarda, zarar verenin kasıtlı davranışı, zarar görenin zararın meydana gelmesinde bir ihmali bulunsa bile, ihmalin dikkate alınmasını önlerdi bir başka deyişle zarar verenin kastı ile zarar görenin ihmali mahsup edilmezdi. Dolayısıyla zarar görenin birlikte kusuru bulunsa dahi, zarar verene kasıt isnat edilebilen olaylarda zarar verenin kastı sorumluluğunun ortadan kalkmasına bir engel teşkil ederdi. Bu konuda D.9.2.9.4 bizi aydınlatmaktadır.

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

D.9.2.9.4: “Cirit taliminde atılan cirit talim alanı dışındaki bir köleyi öldürürse *lex Aquilia* uygulanır. Eğer bir kişi talim alanında cirit attığı sırada bu alandan geçen bir köleyi öldürdüyse *lex Aquilia* uygulanmaz; çünkü köle zamansız talim alanından geçmemelidir. Ancak, ciriti ona kasten fırlatan kişi tabii ki *lex Aquilia*’dan sorumlu olur”¹³.

Metinde ifade edildiği üzere bir köle, ciritçilerin antrenman yaptıkları bir alandan geçerse, kölenin kusuru cirit atarak onun ölümüne neden olan kimsenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Zira köle, talim alanından geçerek zararlı sonucun meydana gelmesine yol açmaktadır. Antrenman alanında talim yapan cirit atıcısının herhangi bir kusuru yokken, tedbirli davranmayarak antrenman alanına giren köle kusurlu davranmaktadır. Eğer ki bu olayda cirit atan kasıtlı hareket etseydi ve talim alanından geçen kölenin ölümüne yol açsaydı, kölenin de kusurlu olmasına rağmen cirit atan kimse, kölenin ölümü nedeniyle sorumluluktan kurtulamazdı. Roma Hukukunda taraflardan birinin kasıtlı hareket ettiği olaylarda, zarar görenin ihmalinin bulunması nedeniyle birlikte kusur mevcut olsa bile, zarar verenin kastı zarar görenin ihmali ile mahsup edilmezdi. Bir başka ifadeyle, zarar verenin kasıtlı davranmış olması, “*compensatio culparum*: ihmallerin mahsubu” ilkesinin uygulanmasını engellerdi. Bu durumda makul bir çerçevede herkesin kaçınması gereken tehlikeden kaçınmayarak, talim alanından geçen köle ve kasıtlı hareket eden cirit atanın yarışan kusurlarının var olduğunu söylesek de zarar görenin kusurlu davranışına rağmen, zarar veren sorumluluktan

¹³ Metnin tercümesi için bkz. Somer, Zarar, 54.

kaçamayacaktır. Dolayısıyla Roma Hukukunda her halükârda, kastın, ağır ihmal karşısında dahi tek sorumluluk nedeni olacağı şüpheye yer vermeyecek şekilde hükme bağlanmıştı.

Birlikte kusura ilişkin bilgi sahibi olabildiğimiz bir başka metin ise bize aşağıda *Digesta* metninden tercümesine yer verdiğimiz tuzak davasını aktarır.

D. 9. 2. 28: “Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. 1. Haec tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit: et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit”.

D. 9. 2. 28: Ayı ve geyik yakalamak amacıyla çukur kazan kişiler, böylesi bir çukuru kamusal alanda açılırsa ve içine bir şey düşerek zarar geldiyse, *lex Aquilia*'ya göre sorumludurlar, ancak bu çukurların kazılmalarının olağan olduğu başka bir yerde çukur açılırsa böylesi bir sorumluluk söz konusu olmaz. 1. Ancak bu dava yalnızca haklı durumlarda tanınır, yani, bir uyarı verilmemişse ve davacı tehlikeyi bilmiyorsa ya da öngöremeyecek durumdaysa; ve hakikaten, davacının davasının, tehlikeyi önleyebilecek olması dolayısıyla reddedildiği, bu türden pek çok dava ile karşılaşılır.

Bu metinde ayı ve geyik yakalamak için çukur açan kimsenin durumu anlatılmaktadır. Herkesin geçmesinin adetten olduğu yol kenarlarında çukur açarak tuzak kuranlar, bu çukurlara düşen ve zarar gören kimselerin zararını *lex Aquilia* gereğince karşılamakla yükümlüdür. Olağan karşılanamayacak bir alanda çukur kazılmış olması, oradan geçmekte olan herhangi bir kimsenin öngörebileceği bir durum değildir. Dolayısıyla böylesi alanlarda çukur kazılmasının önüne geçilmeye gayret edilmiştir. Ayrıca uyarıcı önlemler alınmasının da gerekliliği ifade edilmiştir. Çukur, olağan karşılanamayacak bir alanda açılmış ise ve uyarıcı bir önlem de alınmamışsa, çukur dolayısıyla bir zararın meydana gelmesi ihtimalinde, kusurlu olan çukuru kazan kimsedir. Ancak böyle çukurların açılmasının normal olduğu yerlerde bu olayın meydana gelmesi durumunda, çukuru açanın sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Zira avlanmak için çukur kazmanın olağan olduğu bir yerden geçmekte olan kişiden dikkatli olması beklenir. Dikkatli davranmak suretiyle zararın meydana gelmesini önlemek imkânı varken, zarar gören bunu yapmayarak kusurlu davranmıştır¹⁴. Tehlikeyi atlatabilecek durumda olup da gerekli önlemleri almayarak yaralanan kişinin tazminat talebinde haklı olmayacağını ifade etmeliyiz.

¹⁴ WACKE, A., “Accidents In Sports And Games In Roman And Modern German Law”, *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, C. 42, S. 1, Butterworths 1979, s. 276.

Metinden de anlaşılacağı üzere, zarar görenin zarar doğuran olayın meydana gelmesindeki birlikte kusuru, tazminat borçlusunun sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum olmuştur.

Aynı esas *Iustinianus* döneminde de kabul edilmiştir¹⁵:

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

Iust. Inst. 4.3.4: “Eğer bir kimse cirit talimi yaparken veya bu şekilde oynarken, oradan geçen köleye cirit saplanacak olursa, bakılır: Yani, eğer olay bu gibi talimlerin yapılması adet olan bir saha içerisinde bir asker tarafından yapılmışsa, hiçbir ihmâlinin olmadığı kabul edilir. Asker değilse, ihmâlinen sorumludur. Aynı durum, askerî talimlere tahsis edilen yer (eğitim alanı) dışında meydana gelmişse, askeri talim yapan için de sorumluluk esası kabul edilir”.

II. ZARAR GÖRENİN KUSURU HAKKINDA ORTAYA ATILAN GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. ZARAR GÖRENİN KUSURUNU BİRLİKTE KUSUR KAPSAMINDA DEĞERLENDİREN GÖRÜŞ

Roma hukukuna ait metinlerden birlikte kusura ilişkin olanları değerlendirdiğimizde, zararın meydana gelmesi ya da artmasında zarar görenin de ihmâl derecesinde kusurunun olması durumunda, tazminat borcunun sorumlular arasında ne şekilde dağıtılacağı meselesinin günümüzdekinden farklı çözüldüğünü anlıyoruz. Öncelikle ifade edilmelidir ki, Roma Hukukunda zarar gören ya da zarar verenin “tek başına” zarara katlanması yönünde bir esas benimsenmişti. Ortaya çıkan zararın sorumlulara kusurları oranında paylaştırılmadığı, iki taraftan birinin (kusurun derecesi ağır olanın) zarara katlanması gerektiği yönündeki bu anlayış, “**ya hep ya hiç**” ilkesi olarak anılmaktadır¹⁶. Bu teori çerçevesinde birlikte kusura dayanarak ortaya çıkan zararın bir kısmının tazmin edilmesi mümkün değildi. Eğer zarar gören kendi kusuru ile zarara sebebiyet verdiyse sonuçlarına katlanmalıdır, meğerki zarar veren kasıtlı davranmış olsun. Dolayısıyla Roma Hukukunda birlikte kusur halinde, zarar gören ya da zarar verenden hangisinin kusurunun daha ağır bastığını söyleyemiyorsak, karşılıklı ihmallerin denkleştirilmesi suretiyle birbirinden mahsup edilmesi bir başka deyişle *compensatio culparum* ilkesi ile çözüm yoluna gidildiğini ifade etmek yanlış değildir. ZIMMERMANN, söz konusu

¹⁵ Çeviri için bkz. Iustinianus, *Institutiones*, Çev. Umur Z., (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968, 302-303.

¹⁶ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Oxford: Oxford University Press, 1996), 1010 ve 1030.

durumu “*culpa culpam abolet: ihmal, ihmali ortadan kaldırır*” şeklinde bir deyişle ile kısaltmaktadır¹⁷.

Bununla beraber ifade etmeliyiz ki, bu görüş çerçevesinde Roma Hukukunda karşılıklı ihmallerin denkleştirilerek birbirinden mahsup edilmesi, zarar görenin zararına katlanmak zorunda kalması sonucunu doğurmaktadır.

B. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN NEDENSELLİK BAĞINI ORTADAN KALDIRDIĞINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Roma Hukukunda zarar görenin kusurunun bulunması halinde, zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkmasını, nedensellik bağının kopmasına dayanarak açıklayan bir görüş de mevcuttur¹⁸. Roma Hukukunda temel kural, ihmal gösteren kimsenin sebep olduğu zararlardan sorumlu olması ancak araya giren başka fiillerle, failin hareketinin sonuca ulaşması engellenmişse sorumluluktan kurtulmasıdır. Bu temel kuraldan hareketle PERNICE, mağdurun ihmalinin, zarar verenin kusuru ile zarar arasındaki nedensellik bağını kırdığını ifade etmektedir. Dolayısıyla müellife göre, tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkması aslında karşılıklı ihmallerin mahsubu esasına değil nedensellik bağının kopmasına dayanmaktadır. BUCKLAND/McNAIR de aynı görüştedir¹⁹. Bu görüş uyarınca zarar verenin tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkması, zarar görenin kusurundan ziyade zarar görenin fiilinin nedensellik bağını kopartmış olmasıdır. Dolayısıyla zarar verenin kusurlu davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağı koptuğu için zarar vereni zarardan sorumlu tutmak mümkün değildir.

Kanaatimizce araya giren fiiller, zarar gören mağdura ait ise ve zarar verenin hareketinin sonuca ulaşmasını engellemiş ise, nedensellik bağının ortadan kalktığına ilişkin teori, tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkmasını açıklamaya yeterli olabilirdi. Örneğin bir kimsenin bir köleyi kaza ile yaralamasında ihmali olduğunu varsayalım. Eğer kölenin sahibi, köleyi doktora götürmekle beraber tedaviyi ciddiye almadığı için köle ölmüşse, zarar görenin ihmalinin, zarar verenin kusurlu davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldırdığını söyleyebiliriz. Zira bu olayda köleyi öldüren, onu yaralayan değil, tedavisini ihmal eden yani

¹⁷ Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1030.

¹⁸ A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867, s. 58-64 (naklen Güven, *Birlikte Kusur*, 253).

¹⁹ William Warwick Buckland (Arnold McNair), *Roman Law & Common Law*, (Cambridge: Cambridge University Press 1952), 370-371.

bizzat zarar görenin kendisi olan efendidir²⁰. Dolayısıyla zarar verenin, kölenin ölmesi nedeniyle meydana gelen zararı tazmin etme hususundaki sorumluluğunun ortadan kalkması, nedensellik bağının kopmasına bağlanabilir. Benzer şekilde doktora götürülen köleye, doktorun yanlış tedavi uygulaması neticesinde kölenin öldüğünü düşündüğümüz zaman, ölüm sebebiyle köleyi yaralayanın sorumlu olduğunu iddia edemeyiz. Son varsayımda üçüncü kişinin hareketi araya girerek nedensellik bağını kesmiştir. Ya da köle yaranın ıstırabına dayanamayarak intihar etse idi, şüphesiz ki köleyi yaralayan kölenin ölümü ile sorumlu tutulamazdı.

Bununla beraber nedensellik bağının koptuğuna ve bu nedenle zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalktığına ilişkin açıklama her somut olayda tatmin edici olmayabilir. Seyyar berber davasını aktaran metindeki meşhur olayı tekrar ele alacak olursak, berber daha dikkatli davranırsa ve uygun bir alanda mesleğini icra etseydi²¹, zarar doğuran olay gerçekleşmeyebilirdi. İhmal derecesinde kusurlu olan berber, kölenin yaralanmasına neden oldu²². Lakin bu kazanın gerçekleşmesinde, tedbirsiz berbere kendisini teslim etmek suretiyle tıraşa ikna olan kölenin de ihmal derecesinde kusurlu olduğunu göz ardı edemeyiz. Zira köle tedbirli davranarak kazanın meydana gelmesini önleyebilirdi. Bununla beraber kölenin ihmale dayanan davranışının, berberin zarar veren fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağını keseceğini ve buna dayanarak berberin sorumluluğunun ortadan kalkacağını iddia etmek oldukça zorlama bir yorum olacaktır. Bir başka anlatımla, zararlı sonucun doğabileceği öngörüsünden aciz biçimde, sandalyesini oyun alanının yanına koyan tedbirsiz berber karşısında; gerekli özeni göstererek zararın ortaya

²⁰ Ekonomisi tarıma dayanan Roma devleti için tarım hayatında kullanılan hayvanlar ve köleler özel bir önem taşırdı ve malvarlığının önemli bir kısmını teşkil ederdi. Dolayısıyla köle zarar gördüğünde esas itibarıyla zarar gören, malvarlığı azalan efendidir. Romalılar diğer mal ayrımlarını da bilmelerine rağmen, tarım ve hayvancılık bakımından kendileri için önem arz eden malları dikkate almak suretiyle *res Mancipi- res nec Mancipi* mal ayrımını kabul etmişlerdi. *Pecudes* denilen grup da yer alan hayvanlar ise, sürü halinde yaşayan, yününden, ürünlerinden ve tarımda hizmetlerinden yararlanan hayvanlardı. Köleler ve *pecudes* (dört ayaklı hayvanların) öldürülmesi neticesinde verilen zararın *Lex Aquilia*'da ayrı bir bölümde düzenlenmiş olması, Roma'nın başlangıçta bir tarım toplumu olmasıyla açıklanabilir. Özlem Söğütlü Erişgin (Fatma Tülay Karakaş), "Tarihsel Açından Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXIII/3 (2006), 161.

²¹ Roma toplumunda sosyo-ekonomik açıdan daha aşağı statüde yer alanlar açık havada seyyar berberlere tıraş olurlardı. Bununla beraber refah düzeyi yüksek kimseler için daha nezih ortamlarda tıraş olma imkânı mevcuttu. Jerome Carcopino, *Daily Life in Ancient Rome*, (Pelican: Yale University Press 1956), 175.

²² Bu olayda topa sert şekilde vuran oyuncunun kusurunu tartışmıyoruz. Zira Roma Hukukunda sportif faaliyetlerde kusurun saptanmasında, zarara sebep olan fiilin bu faaliyet için ayrılan alanda yapılıp yapılmadığı gözetilmiştir. Kadir Gürten "Roma Hukuku'nda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Yaralanmalar ve Ölümler Nedeniyle Hukuki Sorumluluk", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4/1 (2014), 179. D. 9. 2. 9. 4'teki gibi metinde de bahsedildiği üzere, cirit atanın, bu faaliyete ayrılan yerde antrenman yapması da ona kusur isnat edilmesine engel olmakta ve sorumluluğunun doğmasını önlemektedir. Oyunlar sebebiyle meydana gelen üçüncü kişi yaralanmaları karşısında Romalı hukukçuların yaklaşımını oldukça somut bir şekilde tespit etmek mümkündür. Meşhur seyyar berber olayını aktaran D. 9.2.11 pr.'da da metnin sonuna doğru, oyunun sportif faaliyetlere ayrılan yerde yapıldığı ifade edilmektedir. WACKE de, kural olarak normal seyrinde devam eden sportif faaliyetler esnasında, yayalar veya seyircilerin yaralanması durumunda, bu yaralanmanın kendilerinden kaynaklanması halinde, oyuncuların sorumlu tutulamayacağını açıklar. Wacke, s. 278.

çıkmasına engel olabilecek son kişinin köle olduğu, bu bağlamda kölenin tedbirsizliğinin, berberin fiili ile sonuç arasındaki nedensellik bağını keser nitelikte olduğu akla gelebilir²³. Kanaatimizce somut olayda bu zorlama yorum, zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kopardığı teorisine uydurulmak suretiyle zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalktığına ilişkin zemin bulma çabasıdır. Bu meşhur metinde, kölenin kendisini olası bir zarardan koru(ya)maması, zararı veren berberin hareketinin sonuca ulaşmasına engel olmamıştır. Bu sebeple nedensellik bağını kopartacak yoğunlukta değildir. Zira zarar görenin kusurlu davranışının, uygun nedenselliği kesmiş sayılabilmesi için davranışın ağırlığı, zarar verenin fiilini uzak bir sebep kılacak ölçüde olmalıdır. Bunun için zarar görenin davranışının, zararın münhasır nedeni olması gerekir. Nitekim günümüzde de mağdurun birlikte kusuru, zararın meydana gelmesinde başlıca etken ise zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkmasını haklı kılabileceği kabul edilmektedir²⁴. Zira ancak bu durumda zarar verenin sorumluluğu için gerekli olan, fiille zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmadığı veya kesildiği söylenebilir.

C. ZARAR GÖRENİN KUSURLU DAVRANIŞINI “ÜSTLENİLEN RİSK” TEORİSİNE GÖRE AÇIKLAYAN GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu konudaki bir başka görüş²⁵ ise somut olayda üstlenilen risk kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğidir. Yine meşhur dava üzerinden açıklamalarımıza devam edeceğiz. İleri sürülen bu görüş uyarınca, seyyar berberin üstelik tehlike doğabilecek bir alanda hizmet vermesine rağmen, kölenin bu tehlikeyi göze alarak hizmetten yararlanmaya yönelik davranışı, riski üstlenmesi sonucunu doğurmalıdır. Bir başka ifadeyle, riskli bir faaliyette bulunan kimselerin, bu faaliyetin sonucuna katlanması gerekir ve berbere ya da köleye kusur isnat etmek mümkün değildir. Bu durumda birlikte kusurdan da bahsedilemez.

Kanaatimizce bu görüş çerçevesinde, zarar görenin bilinçli olarak tehlike yaratacak faaliyete katılması ve ondan korunması mümkün iken korunmaması, meydana gelebilecek zararlı sonuca ilişkin adeta “zımnî bir rıza” olarak görülmüştür. Bir başka ifadeyle tehlikeli bir faaliyete katılan ve zarar görme tehlikesi bulunan biri, henüz zarar doğmadan önce sırf faaliyete katılmış olmak

²³ Ne Pernice ne Buckland/Mcnaire nedensellik bağının kesildiğine ilişkin teori ile berber davasını ele alarak herhangi bir açıklama yapmıştır. Lakin Zimmermann, bu teoriyi savunanların, “kölenin gerekli özeni göstermediği için berberin davranışı ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağını kestğini” düşündüklerini ifade etmiştir. Zimmermann, 1012.

²⁴ Baysal, Birlikte Kusur, 139; Eren, Borçlar Hukuku, 84-85; Oğuzman, Borçlar Hukuku, 124; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 568.

²⁵ Zimmermann, 1013.

nedeniyle, sorumluluk hukukunun ona sağlayabileceği tazminat talebinden önceden ve zımnen vazgeçmiş sayılır.

Bununla beraber bizim görüşümüze göre zarar verici faaliyete katılmış olmak, zarar görenin rızası bulunduğu için tek başına zarara katlanmasının adil olduğunu söylemeye ve bu sonuca varmaya yeterli değildir. Bu sonuca varmak için mevcut olayda ölüm tehlikesi, köle tarafından somut olarak öngörülmüş olmalı ve buna ilişkin önlemler bilinçli bir şekilde alınmamış olmalıdır. Aslında mesele, bu noktada tehlikeyi bilinçli olarak göze alan zarar görenin iradesine nasıl sonuç bağlayacağımız ile alakalıdır. Bu meşhur davada, kölenin ustura ile boğazının kesilmesi tehlikesini somut olarak düşünmesine rağmen önlem almamış olduğunu söyleyebilmemiz olasılık dahilinde değildir. Bir başka deyişle kölenin zımni rızasından ziyade “*kendi menfaatini korumak için gerekli özeni göstermemek*” olarak belirlenebilecek kusurundan bahsetmek hakkaniyete uygundur. Aksi halde “zımni bir rızadan” bahsetmek suretiyle zarar görenin sorumluluğunu ağırlaştırmış oluruz. Ayrıca bu görüşe göre sadece tehlikeli bir faaliyete katılmış olan, “*kendi menfaatini korumak*” mecburiyetine aykırı davrandığı için kusurlu sayılacaktır. Bu anlayış, “kölenin riskli bir faaliyete katıldığı için bu şekilde yaralanma olayına hazır olması” gerektiğinden bahisle berbere savunma imkânı sağlar. Üstelik bir şekilde bu savunma, hukuk tarafından desteklenmiş olur. Oysa çevirisine de yer verdiğimiz hukuki metinlerden (özellikle D.9.2.28’den) anlaşılacağı üzere, Roma Hukukunda zarar görenin kusuru, “*kendi menfaatini korumamak*” biçimindeki davranışından değil; “*kendi menfaatini korumak için gerekli özeni göstermemek*” biçimindeki davranışından doğmaktadır.

Ayrıca kanaatimizce “zımni rıza bulunduğu için riskin üstlenilmesi gerektiğine ilişkin” görüş Roma Hukukunda hukuka uygunluk nedeni oluşturan mağdurun rızası hakkındaki bilgilerimize de ters düşmektedir. “Mağdurun rızası” genel olarak esas itibariyle oyuncu yaralanma ve ölümlerinden kaynaklanan sorumluluk konusunda karşımıza çıkmaktadır.

D. 47. 10. 1. 5: “... *quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*”

D. 47. 10. 1. 5: ... zarara uğrayanın rızasının olduğu yerde, *iniuria* yoktur.

Yukarıda yer verdiğimiz metnin tamamı, kişilik haklarına yönelik bir saldırıyı ele almaktadır. Ancak çalışmamızı ilgilendiren kadarıyla yer verdiğimiz metinden açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, zarara uğrayan kimsenin rızası *iniuria*²⁶’yı ortadan kaldırmaktadır. Roma Hukukunda

²⁶ En geniş anlamı ile her türlü hukuka aykırılık halini karşılayan “*iniuria*”, XII Levha Kanunlarında, kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik hafif nitelikteki saldırıları ifade edilecek şekilde kullanılmıştır. Zamanla, *praetor* uygulamalarının da etkisi ile kapsamı genişleyerek kişiliğe yönelik her türlü saldırıyı karşılamak üzere kullanılır hale gelmiştir. Bülent Tahiroğlu, *Roma Hukukunda Iniuria*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

“*volenti non fit iniuria*: kabul edene haksızlık yapılmış olmaz”²⁷ özdeyişi ile ifade edildiği üzere zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir unsurdur.

Muhtemel yaralanma ve hatta ölüm olaylarının sıkça görüldüğü dolayısıyla zarar görme riskinin en bariz olduğu spor müsabakalarına²⁸ katılanların rızasına yüklenen hukuki anlamı ortaya koyan metin de bizi destekler niteliktedir:

D. 9. 2. 7. 4. : “*Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.*”²⁹

D. 9. 2. 7. 4.: Resmi olarak düzenlenen bir güreş maçında ya da *pankratio*'da ya da iki boksör arasındaki müsabakada biri diğerini öldürürse, *lex Aquilia* uygulanmaz, çünkü zararın, yaralamak maksadıyla değil, saygınlık ve cesaret uğruna gerçekleştiği gözetilmek zorundadır. Bu durum, köle açısından geçerli değildir, zira yalnızca özgür kişiler müsabakalara katılabilir; ancak bir *filii familias* yaralandığı zaman uygulanır. Tabii ki, biri, pes ederek yarışmadan çekilen birini yaralarsa, *lex Aquilia* uygulanır, ya da biri, bir köleyi, yarışma dışında öldürürse, sahibinin rızası ile olmadığı sürece, *lex Aquilia* uygulanır: zira o takdirde *lex Aquilia* uygulanmayacaktır.

Yayınları, 1969), 116; Max Kaser, *Roman Private Law* (Çev. Rolf Dannenbring), (Durban, 1965), 215. Bu metinde genel anlamı ile değil, *ius civile*'nin tanıdığı dört haksız fiilden birini ifade etmektedir.

²⁷ Özdeyiş için bkz. Belgin Erdoğmuş, *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük*, (İstanbul: Der Yayıncılık 2004), 136. “*volenti non fit iniuria*” kapsamında hukuka aykırılık için bkz. Seldağ Güneş Peschke, “The Reflection of Volenti Non Fit Iniuria in Personality Rights in Modern Laws”, *Antecedentes Históricos Y Horizonte Actual*, (Koordinatör: Fernando Reinoso Barbero), (Madrid 2014), 875 ve ayrıca Duygu Tahan Orhan, *Roma Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk ve Türk Hukukuna Yansımaları*, (İstanbul: On iki Levha Yayıncılık 2019), 53.

²⁸ Günümüzdeki kadar çeşitli eğlence ve iletişim araçlarına sahip olmayan Romalılar için eğlence demek *ludus* ya da *munus* olarak adlandırılan ve tiyatro gösterilerini, gladyatör dövüşlerini, oyunları, sportif faaliyetleri içeren ve çeşitli eğlence unsurlarına yayılmış geniş bir yelpazeyi ifade ederdi. Bu eğlencelerin halk tarafından büyük bir hevesle karşılanması zamanla *ludus* ve *munus*'un geniş kitleleri etkilemek için kullanılmasını da beraberinde getirdi. Zira bu eğlenceleri düzenlemek ile görevli *magistralar*, çoğunlukla kendi bütçelerinden karşılamak suretiyle kamu menfaatini önceliğine almış bir devlet görevlisi izlenimi ile şöhret ve siyasi güç elde ediyorlardı. Alison Futrell, *The Roman Games Historical Sources in Translation*, (Malden: Wiley Blackwell Publishing 2010), 10. Zamanla kamu görevine gelmek için müsabakalar ve oyunlar düzenlemek adeta bir gelenek haline aldı. Daha ziyade seçim dönemi öncesine denk getirilen bu eğlencelerde, dağıtılan farklı rüşvet araçları da Roma toplumunda seçim yolsuzluklarının anılmasını gündeme getirmişti. Bir adayın, rüşvet vererek seçimlerin sonucunu etkilemek için girişimde bulunduğu politik yolsuzluk suçunu ifade eden “*ambitus*” ve bu suçla mücadele etme yöntemleri için bkz. Pervin Somer “Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve *Ambitus*” *Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23/3 (2017), 33.

²⁹ Metnin çevirisi için bkz. Tahan Orhan, 55.

Volenti non fit iniuria ilkesinin uygulama bakımından kendisine zemin bulduğu bu tehlikeli sporlarda, zarar görenin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu açıklanmaktadır. Bununla beraber, zarar verici faaliyete katılan kimsenin bu tarz oyunlarda zarar görme ve hatta ölme ihtimalini “somut ve açık olarak öngörebildiğini” ifade etmeliyiz³⁰. Riski öngören ve üstlenen zarar gören, söz konusu zarar için faili sorumlu tutamaz. Ancak rızanın hukuka uygun olması için üstlenilen riskli durumun önceden öngörülebilir olmasına rağmen, zarar görenin kendi menfaatine aykırı olan bu durumdan kaçınmama yönünde tercih göstermesi aranmaktadır. Öyle ki bahsedilen müsabakalara katılan bir köle olduğu takdirde, kölenin sahibinin (zarar görenin) açık rızasının bulunması aranmıştır. Oysa seyyar berber-köle davasında, kölenin sahibinin tehlikeye ilişkin “somut ve belirgin bir öngörüsünden” bahsetmek de buna ilişkin açık bir rızadan bahsetmek de mümkün değildir. Dolayısıyla birlikte kusur ilkesi yerine üstlenilen risk kapsamında zarar görenin tek başına zarara katlanması gerektiğine ilişkin görüşe katılmamaktayız.

D. KANAATİMİZ

Çalışmamızda konuya ilişkin farklı görüşleri değerlendirirken yaptığımız açıklamalar vesilesi ile de anlaşılacağı üzere, zarar görenin zararın meydana gelmesindeki davranışını birlikte kusur olarak kabul eden görüşü benimsemekteyiz. Kanaatimizce seyyar berber-köle davasında berberin tazminata ilişkin sorumluluğunun ortadan kalkması, karşılıklı ihmallerin bulunması ve özellikle gerekli tedbiri alarak önleme imkânı varken bunu yapmayan kölenin (dolayısıyla malvarlığı zararı doğan kölenin sahibinin) zarara katlanmasının Roma hukukçuları tarafından daha adil bulunmasıdır. Biz bu meşhur davada, karşılıklı ihmallerin mahsup edilmek suretiyle berberin zararı tazmin etme yükümlülüğünün ortadan kalktığını düşünmekteyiz. Bu somut olayda *compensatio culparum* ilkesinin uygulanması nedeniyle zarara katlanmak zorunda kalan, kölenin sahibi olmuştur.

Asıl itibarıyla *culpa*'nın ölçülerine değinen D.9.2.31'i incelediğimiz zaman da birlikte kusura ilişkin yukarıda paylaştığımız çıkarıma ulaşmamız mümkündür:

D.9.2.31: “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,

³⁰ Zira metin içinde bahsedilen oyun ve sportif faaliyetler, o dönemde şiddet temeline dayanan ve ölümcül sonuçların faaliyetin gereği gibi düşünülmediği etkinliklerdi. *Pankratio*, Roma stili boks olarak anılan ve rakibi nakavt etme esasına dayanan, rakiplerin daha çabuk sonuca ulaşmak için yumruklarına delici ve yaralayıcı metal parçacıklarla besledikleri deri kayışları sardıkları bir dövüş oyunuydu. Wacke, 281 ve 282.

quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit”.

D.9.2.31: Eğer ağaç budayan bir dalı aşağıya atar ve aşağıdan geçmekte olan bir köleyi öldürürse, aynı şey iskelede çalışan işçi için de geçerlidir, ağaç dalı kamuya ait bir yola düşmüşse ve bağırarak uyarmak suretiyle kazayı önleyebileceksen bağırmasaydı, kazadan sorumludur. Lakin Mucius, kaza özel bir arazide meydana geldiyse, ihmalden dolayı dava açılabilirliğini söyler. Ona göre ihmal, özenli bir kimsenin öngörebileceğini öngörememe ve tehlikenin önlenmesi mümkün olmayacak kadar geç olduğunda uyarmaktır. Aynı muhakeme ile ölenin kamusal ya da özel araziden yoluna devam edip etmediği çok da önemli değildir, zira halk sık sık özel araziden geçer. Eğer başka bir yol yoksa, zarar vereni kastından dolayı sorumlu tutmak gerekir çünkü geçmekte olduğunu gördüğü kimsenin üzerine bir şey atmamalıdır ama diğer yandan o yerden birinin geçmekte olduğunu tahmin edemediği zaman ihmalden dolayı sorumlu tutulamaz.

Metinde herhangi bir kimsenin geçmesinin adetten olduğu bir yola bir şey düşüren kimsenin, sebebiyet verdiği zarardan sorumlu olup olmayacağı ve kusurun hangi ölçüsünün ona isnat edilebileceği tartışılmaktadır. Ağaç budayan ya da iskelede çalışan kimse, kamuya ait bir yola bir şey düşürdüğü takdirde oradan geçmekte olan birinin yaralanabileceğini öngörmeli; gerekirse bağırarak suretiyle zararın meydana gelmesini önlemek adına elinden geleni yapmalıdır. Yapmasaydı, bu zarardan sorumludur. Aslında bu ihtimalde zarar verenin sorumluluğu ağır ihmal ölçüsündedir. Hele ki *Iustinianus* döneminde ağır ihmali, kasta eşit tutulduğunu (“*culpa lata dolo aequipatur: ağır ihmal, kasta eşittir*”) göz önünde bulundurursak, zarar verenin sorumlu tutulmasını anlamak daha kolay olacaktır³¹. Zira “ağaç budandığını ya da iskele kurulduğunu gördüğü alana yakın geçmemeliydi” demek suretiyle zarar görene de kusur atfetsek bile, zarar görenin kamuya açık bir alanda böylesi bir çalışma yapılması nedeniyle tehlikeye maruz kalabileceğini öngörmesinin daha zor olacağını ve

³¹ Aynı yönde bir başka örnek ve açıklama için bkz. Erdoğan, Borçlar Hukuku, 41. Bu bağlamda *Iustinianus* döneminde birlikte kusur nedeniyle ortaya çıkan karşılıklı ihmallerin mahsubunun ancak hafif ihmallerin mahsup edilmesiyle suretiyle yapıldığını belirtebiliriz. Zira Klasik hukuk döneminde *dolus* ve *culpa*, kusurun ağır ve hafif halleri olarak düşünülüyordu. *Dolus*’un karşısında, *culpa* kasıtlı olmayan fiili ifade ediyordu. İkisi arasındaki fark ise *dolus* ile hareket eden failin, zarar verme isteği ve niyetiyle hareket etmesiydi. *Culpa*’nın ağır ihmal (*culpa lata*) ve hafif ihmal (*culpa levis*) diye ikiye ayrılması ise *Iustinianus* hukukunda olmuştur. Tamer, *Culpa in Eligendo*, s. 30, Savaş, s. 549.

sorumluluğunun zarar verene kıyasla daha sınırlı olması gerektiğini ifade etmeliyiz. Nitekim Roma hukukçuları da aynı esasları gözeterek zarar verenin sorumlu olduğunu tespit etmişlerdir. Zarar verici kusurlu davranışının ölçüsü daha ağır olan, zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

Metne göre aynı kazanın, kimi zaman bazı kimselerin kullandığı özel bir yolda gerçekleşmesi ve failin bağırarak suretiyle gerekli önlemi almaması, yine ihmal ile kusurlu olmasına yol açardı zira özel bir alandan gelip geçmekte olan bir kişinin de zarar görebileceğini öngörmelidir. Bir başka deyişle yoldan geçmekte olan kimse, iskele kurulan ya da ağaç budanan yerden uzak kalmadığı ve dolayısıyla gerekli tedbiri almadığı için ihmal derecesinde sorumlu olsa bile, tehlike doğurabilecek şeyi düşürenin özel bir alanda da olsa bağırarak suretiyle uyarıda bulunması gerekirdi. Dolayısıyla zarar veren uyarmadığı veya geç uyardığı için ihmal derecesinde kusurlu bir davranış sergilemiştir. Her ne kadar metin içinde değerlendirmesine yer verilmemiş olsa da bu ihtimal, birlikte kusur nedeniyle *compensatio culparum* ilkesinin uygulanacağı ve zarar verenin sorumluluktan kurtulacağı bir örnektir.

Metinde tehlike doğuran eşyanın düştüğü yoldan başka bir yolun bulunmaması ve insanların o yolu kullanmak zorunda olması, failin mutlaka bağırarak uyarı yapmasını gerektiren aksi halde kasıttan dolayı sorumluluğunun doğacağı bir durum olarak ifade edilmiştir. Bununla beraber metne göre, budayıcının budama yaptığı ya da işçinin çalıştığı alan kimsenin geçme ihtimalinin olmadığı bir yol ise ve düşmekte olan şeyin tehlike doğuracağını öngörmediği için bağırmanın ama zarar doğmuşsa; zarar vereni ihmal ile davrandığı için sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Bu metinde aslında zarar verenin, yoldan geçmekte olan bir kimsenin bulunabileceğini öngörmemesi ve bağırarak suretiyle tehlikeyi önlememesi (ya da geç bağırması) ona ihmal derecesinde kusur atfedilmesine neden olmaktadır. Son ihtimalde (yoldan kimsenin geçme ihtimali yok ve bu nedenle zarar veren tehlike doğabileceğini öngörmüyorsa), zarar verene ihmal derecesinde bile kusur isnat etmek mümkün görünmemektedir.

Özetle Roma Hukukunda zarar gören ya da zarar verenin “tek başına” zarara katlanması yönünde bir esas benimsendiği düşünmekteyiz. Bu anlayış nizam harici usule (*cognitio extra ordinem*)³² kadar ancak “...iudex... condemnato, si non paret absolvito...: Ey

³² Nizam Harici Usul ya da Sistem Dışı Yargılama: Roma usul hukuku alanında MS. 342 yılından *Iustinianus* döneminin sonuna kadar uygulanmış olan yargılama sistemidir. Özel yargılama sisteminin yerine başka bir yargılama sistemine geçiş, o dönemde sosyo-ekonomik ve siyasi koşulların etkileri sonucunda gerçekleşmişti. Bu dönemde dava tek bir aşamada ve imparator tarafından atanan, hiyerarşik açıdan ona bağlı ve devlet memuru olan hâkim tarafından görülürdü. Yargılamanın yapıldığı yerler artık açık alanlar değildi. Kapalı salonlarda yapılan yargılamada hâkimin beyanı ve uyuşmazlığın taraflarının beyanları yazılı olarak saptanırdı. Ziya Umur, *Roma Hukuku -Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi*, (İstanbul: İstanbul

hakim...mahkum et. Sabit olmazsa beraat ettir” şeklinde hazırlanabilen *formula*³³ örnekleri ve Roma usul hukuku esaslarının gelenekleri ile de örtüşmektedir. Zira Roma usul hukukunda post klasik devre kadar mahkûmiyet davacının iddiasının bir kısmı üzerinde cereyan edemezdi³⁴.

Roma Hukukunda birlikte kusur halinde, zarar gören ya da zarar verenden hangisinin kusurunun daha ağır bastığını söyleyemiyorsak, karşılıklı ihmallerin denkleştirilmesi suretiyle birbirinden mahsup edilmesi bir başka deyişle *compensatio culparum* ilkesi ile çözüm yoluna gidildiğini bir kez daha ifade etmek isteriz. Bununla beraber zarar doğuran olayın meydana gelmesinde taraflardan birinin kusurunun daha ağır olduğunu tespit edebiliyorsak, o zaman *compensatio culparum* ilkesine başvurmaya gerek olmazdı.

SONUÇ

Günümüzde olduğu gibi Roma Hukukunda zarar veren bir olayın meydana gelmesinde zarar veren kimsenin kusurlu davranışı kadar zarar gören kimsenin de kusurlu davranışı etkili olabilirdi. Zararın meydana gelmesinde her iki tarafın da kusurunun bulunduğu bu gibi durumlarda “birlikte kusur” halinin varlığı kabul edilmişti.

Roma Hukukunda birlikte kusur halini münhasıran açıklayan metinler olmasa da kusur ve özellikle *lex Aquilia*'ya ilişkin metinlerden konu ile ilgili bilgi sahibi olmamız mümkündür. Çalışmamızda çevirilerine yer verdiğimiz söz konusu metinleri incelediğimizde, birlikte kusur halinin var olduğunu kabul edebilmemiz için zarar gören kimsenin kusurunun, “zararın meydana gelmemesi için mevcut koşullarda makul bir kimsenin benimsemesi gereken hareket tarzını benimsemekten kaçınması” şeklinde dolayısıyla ihmal derecesinde kendini göstermesi gerektiğini anlamaktayız. Diğer yandan zarar veren olayın ortaya çıkmasında her ne kadar zarar görenin kusurlu davranışının etkisi olsa da zarar verenin kasıt ile hareket etmesi, zarar görenin ihmalinin dikkate alınmamasına yol açardı. Bir başka deyişle Roma Hukukunda her halükârda, kastın, ağır ihmal karşısında dahi tek sorumluluk nedeni olacağı şüpheye yer vermeyecek şekilde hükme bağlanmıştı.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), 631-633; Nadi Günel, *Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık 2007), 34-35.

³³ *Legis actiones* (kanuni davalar) usulünde, kanunun öngörmediği bir dava açılmazken, kanunun verdiği bir dava da *magistra* tarafından durdurulamazdı. Davanın nasıl yürütüleceğine ilişkin hâkime talimat veren ve *praetor*'un yazdığı belge niteliğindeki *formula* ile *legis actiones* usulünün sakıncaları giderilmeye çalışılmıştı. *Praetor*'lar bir yıl için yapılan beyannamelerinde ihtiyaca uygun olan *formula*'ları teklif ve ilan ederlerdi. Her dava için ayrı *formula* hazırlanırdı. Bülent Tahiroğlu (Belgin Erdoğmuş), *Roma Hukuku Dersleri. Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku*, (İstanbul: Der Yayıncılık 2021), 236-237.

³⁴ Tahiroğlu/Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, 255.

Diğer yandan Roma’da çok uzun yüzyıllar boyunca usul hukuku esaslarının da etkisi ile esas itibariyle bir zarar ortaya çıktığında zararı verenin veya zarar görenin “tek başına” zarara katlanması kuralı söz konusuydu. Dolayısıyla zararın ortaya çıkmasında etkili olan sorumlulara kusurları oranında taksim yapılmadığını ifade etmeliyiz. Zira sorumlulardan kusuru ağır basanın zararı karşılaması gerektiği anlayışı hakimdi. Bu esas çerçevesinde birlikte kusurun zarara sebebiyet verdiği hallerde, ortaya çıkan zararın bir kısmının tazmin edilmesi de mümkün değildi. Dolayısıyla Roma Hukukunda birlikte kusur halinde, zarar gören ya da zarar verenden hangisinin kusurunun daha ağır bastığını söyleyemiyorsak, karşılıklı ihmallerin denkleştirilmesi suretiyle birbirinden mahsup edilmesi bir başka deyişle *compensatio culparum* ilkesi ile çözüm yoluna gidilmişti. Bununla beraber ifade etmeliyiz ki, bu ilke çerçevesinde Roma Hukukunda karşılıklı ihmallerin denkleştirilerek birbirinden mahsup edilmesi, zarar görenin zararına katlanmak zorunda kalması sonucunu doğururdu.

Anlaşılabacağı üzere Roma Hukukunda zararı meydana getiren olayda birlikte kusurun bulunması, zarar verene dava açılmasına engel olan, bir başka ifadeyle zarar verenin sorumluluğu ortadan kaldıran bir durumdu. Günümüzde ise birlikte kusur, somut olaya göre, zarar verenin sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran bir unsurdur. Zira Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, ortaya çıkan zararın tazmininde, zarar verenin ya da zarar görenin kusuru oranında bir hesaplama yapılarak, zararın tazmin edilmesi esası hakimdir. Bir başka ifadeyle günümüzde zarar, zarar veren ile zarar gören arasında, davranışlarının zarara neden olması nispetinde paylaştırılması suretiyle giderilmektedir. Dolayısıyla birlikte kusurun, kusurlu davranışları ile zararın doğumuna neden olanların sorumluluklarını ne şekilde etkileyeceği hususu Roma Hukukundan farklı tanzim edilmiş olsa da birlikte kusur kavramını ve bu kavrama nasıl bir anlam yüklenmesi gerektiği hususunda bilgilerimizi Roma hukukuna borçluyuz.

KAYNAKÇA

Alison, Futrell. *The Roman Games Historical Sources in Translation*. Malden: Wiley Blackwell Publishing 2010.

Baysal, Başak. *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2012.

Buckland, William Warwick (Arnold McNair). *Roman Law & Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press 1952.

Carcopino, Jerome. *Daily Life in Ancient Rome*. Pelican: Yale University Press 1956.

Dinçer Araz, Nilgün. “Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak Özen Yükümü (Diligentia)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22/1, (2020) 171-218.

Erdoğan Belgin. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2019.

Erdoğan Belgin. *Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler*. İstanbul: Der Yayıncılık 2004.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Erişgin, Özlem Söğütü, (Fatma Tülay Karakaş). “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXIII/3 (2006), 157-183.

Ertaş, Şeref- Petek, Hakan. *Spor Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

Günel, Nadi. *Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf*. Ankara: Yetkin Yayıncılık 2007.

Güneş Peschke, Seldağ. “The Reflection of Volenti Non Fit Iniuria in Personality Rights in Modern Laws”. Antecedentes Históricos Y Horizonte Actual, (Koordinatör: Fernando Reinoso Barbero), Madrid, 2014, 869-876.

Gürten, Kadir. “Roma Hukuku’nda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Yaralanmalar ve Ölümler Nedeniyle Hukuki Sorumluluk”. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4/1 (2014), 175-186.

Honig, Richard. *Roma Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938.

Kaser, Max. Roman Private Law (Çev. Rolf Dannenbring). Durban, 1965.

Koschaker, Paul- Ayiter, Kudret. *Modern Özel Hukuku Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.

Kurt, Leyla Müjde. “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 64(3) (2015), 775-814.

Nomer, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023.

Oğuzman, Kemal- Öz, Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021.

Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

Savaş, Abdurrahman. "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi". İstanbul Hukuk Mecmuası 80 / 2 (Temmuz 2022): 537-582.

Schwarz, Andreas Bertalan. *Borçlar Hukuku Dersleri*, C.I, (Çev. Davran, B.). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları 1943.

Somer, Pervin. *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar*. İstanbul: Der Yayıncılık, 2008.

Somer, Pervin. "Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve *Ambitus*". Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23/3 (2017), 33-54.

Söğütlü Erişgin, Özlem. *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Tahan Orhan, Duygu. *Roma Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk ve Türk Hukukuna Yansımaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları 2020.

Tahiroğlu, Bülent. *Roma Hukukunda Iniuria*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969.

Tamer Güven, Diler. "Compensatio Culparum-Roma Hukukunda Birlikte Kusur", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 17/1-2 (1997), 251-260.

Tamer Güven, Diler. *Culpa in Eligendo Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*. İstanbul: Der Yayınları, 2001.

Tiftik, Mustafa. *Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.

Topuz, Murat. *İsviçre ve Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

von TUHR, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2* (Çev. EDEGE, C.). Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku -Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mefhumlar- Hakların Himayesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügati*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983.

Wacke, Andreas, “Accidents In Sports And Games In Roman And Modern German Law”, *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, C. 42, S. 1, Butterworths, 1979.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*.
Oxford: Oxford University Press, 1996.

The Digest of Iustinian, çev. Watson, A. (Latince metin: Mommsenn, T./Krüger, P.),
Pennsylvania 1985.

The Institutes of Gaius, çev. Gordon, W.M./ Robinson, O.F. (Latince metin: Seckel/Kruger)
New York 1988.