

## VEKALET VERENİN SORUMLULUĞU ÜZERİNE (D. 47 . 2. 62. 5)

Diler Tamer GÜVEN\*

D.47.2.62.5 (Africanus libro octavo quaestionum) Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aequè dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere, nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa suscepit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere, nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum qualem servum deponeret.

D.47.2.62.5 (Africanus'un Meseleler'inin sekizinci kitabından) Vekalet davasına ilişkin olarak; her durumda zararın tamamının tazmininin gerekip gerekmediğinden ve aynı şekilde, belli bir kölenin satın alınması için vekalet veren kimsenin, kölenin hırsız olduğundan habersiz olması halinde, zararı yüklenmeye zorlanmaması için, bunun daha önce tartışılan durumdan daha fazla korunmasının gerekip gerekmediğinden şüphe ettiğini ve eğer bu hususu açıkça üstlenmemişse, vekalet verenin onu çok uygun bir sebeple görevlendirmesinin, vekilin zarara katlanması anlamına gelmediğini söyler. Sonucun vedia meselesinde daha açık görüldüğünü söyleyerek devam eder; zira hiç kimsenin kölesi yüzünden, kölenin kendi değerinden fazla zarar görmemesinin kabul edilmesi hakkani-

\* Yard. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

yete uygun görüldüğü halde, kendisinin değil, diğerinin isteğiyle sözleşme yapmış olan bir kimsenin zarara uğramaması gerektiği daha haklı bulunmalıdır ve daha önceki sözleşmelerdeki, alım satım, kira ve rehindeki gibi, sessiz kalan birindeki kastın cezalandırılmasının gerektiği söylenmelidir, böylece sözleşme yapılmasını isteyenlerin kusuru bizzat kendilerine daha fazla zarar vermelidir, zira, böyle bir köleyi kendisine alması için vekalet verdiği için dolayısı, kesinlikle vekalet veren kusurluydu ve ona benzer şekilde vedia veren ne tür bir köleyi vedia verdiği hakkında uyarı konusunda özenli olmamıştı.

Kendisi için bir köle alınması isteğiyle vekalet verenin, alınan kölenin vekilin malını çalması halinde hangi dava ile ve ne ölçüde sorumlu tutulabileceği inceleyeceğimiz metnin konusunu oluşturmaktadır.

Metin Digesta'ya Africanus'un Meseleleri'nin 8. kitabından alınmıştır ve Julianus'un görüşlerini yansıtmaktadır<sup>1</sup>. Julianus, vekalet verenin, vekilin uğradığı zararların tümünü gidermesi gerektiği sonucuna varmakla beraber, kuşkularını da dile getirmektedir. Julianus'un kuşkuları Roma hukukunun iki temel prensibinin karşı karşıya gelmesinden kaynaklanmaktadır. Bu prensiplerden birincisi, bir kimsenin kölesinin fiillerinden, kölenin değerinden daha fazla sorumlu tutulmaması gerektiği, ikincisi ise taraflardan sadece birinin yararına olan dostluğa dayalı sözleşmelerde, diğeri yararına hareket eden kimsenin, bu ilişki nedeniyle bir zarara katlanmaması gereğidir. Julianus bu iki temel prensibi ortaya koyarak, ikincisinin olayda geçerli olması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

Vekalet sözleşmelerinde tarafların sorumlulukları farklı ağırlıktadır. Vekil, sözleşmeden bir yararı bulunmaması nedeniyle klasik devirde yalnızca kastından sorumlu tutulmuş, ancak Justinianus devrinde, vekalet sözleşmesinin dostluğa ve güvene dayalı bir sözleşme olması nedeniyle, tüm kusurlarından sorumlu olması kabul edilmiştir. Ayrıca *actio mandati contraria* sonucu mahkum edilen vekilin şerefsizliğine de karar verilmektedir<sup>2</sup>.

Vekilin yalnızca kastından sorumlu olduğu, kusurdan sorumlu tutan metinlerin interpolatio olduğu da ileri sürülmüştür (Index Int.). Ancak metinler incelendiğinde vekili Culpa'dan sorumlu tutan pek çok metnin bulunduğu, bazı metinlerde hem dolus'tan hem de culpa'dan sorumluluğa işaret edildiği görülmektedir (D.17.1.26.8; D.17.1.22.11; D.17.1.8.10; D.50.17.13). Bu noktada, derleyicilerin neden metinlerin tamamında değişiklik yapmadıkları sorusu akla gelecektir. Soru şöyle cevaplanabilir. Vekil için sabit bir sorumluluk ölçütü kabul edilmemiştir. Hukuki ilişkinin niteliği, tarafların çıkarları ve üstlenilen görevler, sorumluluk sınırının belirlenmesinde etkili olmuştur.

1 Africanus Sextus Caecilius, MS 2. yüzyılın ortalarında yaşamış klasik hukukçu, Julianus'un öğrencisi, otuzdokuz kitaplık *Quaestiones*'in sahibi, özellikle Julianus'un düşüncelerini benimsemiştir; Julianus Salvius, Hadrianus zamanında yaşamış, consul, eyalet valisi olmuş Hadrianus'un emriyle *Edictum*'u kati hale koymuş (*edictum perpetuum*), 90 kitaplık Digesta'sı bulunan klasik hukukçu; Umur, Z., *Roma Hukuku Lügat*, İstanbul, 1983, s.21,99

2 Watson, A., *Contract of Mandate In Roman Law*, Oxford, 1961, s. 214 vd.; Rado, T., *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1992, s.15

Vekalet verenin sorumluluğu ise kesin bir kurala bağlanamamaktadır. Vekalet verene önce masrafları karşılamalı, buna ek olarak doğrudan veya dolaylı olarak vekalet ilişkisi nedeniyle ortaya çıkan zararları gidermelidir<sup>3</sup>. Ancak bu sorumluluğun nereye kadar uzandığı tartışmalıdır. Kübler, utilitas kuralına dayanarak vekalet verenin vekilin uğradığı tüm kayıplardan sorumlu olduğunu kabul etmiştir<sup>4</sup>. Heldrich, vekalet verenin sadece masraflardan sorumlu olduğunu ve ortaya çıkacak diğer kayıplardan sorumlu tutulamayacağını kabul etmektedir<sup>5</sup>. Stein ise, sorumluluğun uğranılan kayıplardan bazılarını kapsadığını, ancak tüm kayıplardan sorumluluğun söz konusu olamayacağını ileri sürerek, sorumluluğun sınırını postglossator'lar tarafından yapılmış bir sınıflandırmayla açıklamıştır<sup>6</sup>. Vekalet görevinin yapılması sırasında uğranılan zararlar (damnum ex occasione mandati) ve vekaletin sonucu olarak ortaya çıkan zararlar (damnum ex causa mandati). Vekalet verenin, vekalet görevinin yerine getirilmesine bağlı olarak ortaya çıkan tüm zararlardan sorumlu olması kabul edilmişken, vekaletin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan kimi zararlardan sorumlu tutulmamış ve klasik hukukçular meseleci yaklaşımları ile olayları değerlendirerek, farklı meselelerde farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Vekalet verenin bu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için sözleşmenin ifası ile katlanılan zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Kimi durumlarda bu bağ hiç olmadığı kabul edilebilir. Örneğin, vis maior nedeniyle ortaya çıkan zararlardan vekalet veren sorumlu tutulamaz (D.17.1.26.6). Ancak nedensellik bağı kurulabilirse, vekalet görevinin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkan zararlar da, aynen vekalet sözleşmesi nedeniyle doğan zararlar gibi tazmin edilebilecektir<sup>7</sup>.

D.47.2.62.5 incelendiğinde, vekalet verenin kölenin hırsızlığa eğilimini bilmesi halinde, zararın tamamından sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu halde sorumluluğun hem dolus(kast) hen de culpa in contrahendo nedeniyle ortaya çıktığı söylenebilecektir<sup>8</sup>.

Metinde, vedia sözleşmesiyle birlikte değerlendirilmiş olan vekalet sözleşmesinden doğan sorumluluğun, alım satım, kira ve rehin gibi iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerle kıyaslandığını ve tümünde sözleşmeden doğan davaların açılabilmesinin kabul edildiğini görüyoruz. Ancak karşılıklı kazanç sağlayan sözleşmelerde yalnızca kasttan, yani kölenin karakteri hakkında bilgi sahibi olup da bunu gizlemekten doğan bir sorumluluktan söz edilebilir. Mandatum ve depositum'da ise mandator ve depositor cul-

3 D.17.1.27.4, D.17.1.56.4 ; Watson, s.154

4 Kübler, B., *Die Kontrarklagen und das Utilitätsprinzip*, ZSS 38, 1917, s. 94-105

5 Heldrich, K., *Das Verschulden beim Vertragabschluss im klassischen römischen Recht und in der späten Rechtsentwicklung*, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien 7. 1924, s.26-31

6 Dernburg, H., *Der Pandekten*, I-II, Berlin, 1912, s.119, dip. 1: Stein, P., *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburg, 1958, s.118-127

7 Stein, P., *Julian and Liability for Loss Suffered in the Execution of a contract in Roman Law*, Butterworths South African Law Review, 1956, s.64; Kübler, s.98-99; Watson, s. 158-161

8 İlk defa Jhering taraf ndan ortaya at lm ş olan bu kavrama göre, edim mükellefiyetlerini ihtiva eden borç ilişkisi henüz kurulmadan, kanun gereğince edim mükellefiyetlerinden bağ ms z borç ilişkisi (davran ş / koruma mükellefiyetleri), geçerli olsun veya olmas n edim mükellefiyetlerini ihtiva eden borç ilişkisi ile birlikte ve yürürlükte kalabilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, N., *Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1985, s. 11-16; Kavram Roma hukukunda mevcut olmamakla beraber çeşitli metinlerde izlerine rastlanmaktadır.

pa'larının olması halinde dahi sorumlu tutulabilecektir. Belirli bir kölenin alınması için vekalet verenin, kölenin karakterini bilmiyor olsa bile, biliyor olması gerektiği düşünülerek, kusurunun bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Culpa, vekalet verenin kölenin hukuyla ilgili bilgi edinmede başarısızlığına dayandırılmakta ve sorun aynen kasti varmış gibi çözümlenmektedir. Ancak vekalet, vekilin herhangi bir köleyi alması için verilmişse, aynı sonucun çıkarılamayacağı açıktır<sup>9</sup>.

İncelediğimiz metinle aynı konuyu değerlendiren, ancak farklı sonuçlara ulaşan D. 17.1.26.7 de de kusurun dikkate alındığı görülmektedir. D.17.1.26.7 (Paulos 32 ad ed.) Sed cum servus, quem mandatu meo emerat, furtum tibi fecisset. Neratius ait mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quad si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet<sup>10</sup>.

D.17.1.26.7 Fakat benim emrimle aldığın köle senden çaldığında, Neratius eğer bu kusurun olmadan meydana gelmişse, köle sana noxa verilsin diye actio mandati açacağını söyler, ben kölenin durumunu bilirsem ve dikkat edebilesin diye önceden söylememişsem, sana ne kadar zarar vermişse, o kadarının verilmesi uygundur.

Paulus'un edictum'a dair 32. kitabından alınan parçada Neratius, vekalet verenin, kölenin durumunu önceden bilmesi halinde tam tazminle yükümlü olduğunu savunmaktadır<sup>11</sup>. Ayrıca sorumluluk için hırsızlığın vekilin kendi kusurundan doğmamış olmasının da arandığı anlaşılmaktadır. 'Si tamen sine culpa tua id acciderit' (eğer bu kusurun olmadan meydana gelmişse) burada nedensellik bağının bulunduğunu ortaya koymaktadır. Vekilin kendisi kusurlu olduğunda actio mandati açılmayacaktır, çünkü vekilin kusuru, hareketle zarar arasındaki bağı kesmiştir<sup>12</sup>. İki metnin ayrıldıkları nokta ise vekalet verenin kölenin hırsız karakterli olduğunu bilmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır.

D.47.2.62.5 de Julianus vekalet vereni zararın tamamından sorumlu tutarken, D.17.1.26.7 de Neratius zarar veren kölenin açılan actio mandati davası sonucu noxa olarak teslim edilmesiyle, vekalet verenin sorumluluktan kurtulabileceğini kabul etmektedir.

9 Mac Cormack, G., *The Thievish Slave*, RIDA 19, 1972, s.360; Stein, *Fault in the Formation*, s. 157

10 Priscus Neratius, Hadrianus döneminde yaşamış Proculianus mektebine dahil klasik hukukçu. *Responsa, Epistula ve Membranae* isimli eserleri vardır. Umur, Z., *Lügat*, s.141; Paulus Iulius, Klasik devrin büyük hukukçularından *Digesta'nın 1/6 s. onun eserlerinden alınmış parçalardan oluşmuştur. Eserleri Şerh niteliğindedir. Umur, Z., Lügat*, s.153

11 Bu durum ancak belirli bir kölenin alınması halinde mümkün olabilecektir. Klasik devrin menfaat ilkeğine aykırı olması sebebiyle, culpa'dan sorumluluğu öngören metnin bu kapsamında interpolatio olduğu ileri sürülmüştür. Kübler, s.97; Pflüger, H., *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, ZSS 65, 1947, s.175

12 Bir kimsenin kendisine karşı hırsızlık yapması halinde kusurunun olmayacağı, "culpa mea'nın interpolatio ile "culpa tua'ya dönüştürüldüğü, yani doğru ifadenin 'vekalet verenin kusurunun olmaması' şeklinde olduğu ileri sürülmüştür. Heldrich, *Verschulden*, s.30; aksi Kübler, s.101. Vekilin klasik devirde yalnızca kastından sorumlu olduğu, kusurundan sorumlu tutulamayacağı bir başka gerekçe olarak ileri sürülmüştür. Pernice, *Labeo.2.2.225 n.1*; Ancak metnin vekilin sorumluluğu ile değil, vekalet verene karşı talep hakkı ile ilgili olduğu ve yalnızca fiil ile kayıp arasındaki nedensellik bağını işaret ettiği kabul edilmelidir. Stein, *Fault in the Formation*, s.160

D.17.1.26.7'nin önemli bir yönü sözleşmeden doğan sorumlulukta noxa teslimi kabul etmiş olmasıdır<sup>13</sup>. Noxa teslimin sözleşmeden doğan davalarda söz konusu olmadığı, yalnızca haksız fiil davalarında kabul edilebileceği çoğu yazar tarafından savunulmuştur<sup>14</sup>. Heldrich bu nedenle 'si tamen sine culpa tua id acciderit' ifadesinin ve actio mandati'nin interpolati olduğunu, burada Neratius'un kabul ettiği davanın actio furti olduğunu belirtmiştir<sup>15</sup>. Ancak unutulmamalıdır ki, Roma hukukunda doğrudan temsilin kabul edilmemesi sebebiyle, hırsızlığın yapıldığı sırada vekil kölenin maliki olmuştur ve vekalet verene devretmediği sürece malik olarak kalacaktır. Bu durumda vekilin vekalet verene karşı actio furti açabilmesi mümkün değildir<sup>16</sup>. Burada yalnızca actio mandati contraria tanınmıştır. Bu dava ile vekalet vereni actio furti'deki gibi çalınan şeyin değerinin iki veya dört katına mahkum etmek mümkün değildir, ancak kölenin zarar tutarından daha düşük değerde olması halinde de, zararın tümünün tazmini kölenin değerini aşabilir. Böyle bir durumda sözleşmeden doğan dava ile tüm zararın tazmini, vekili kölenin maliki olmayan ve yalnızca actio furti noxalis açabilen hırsızlık mağdurundan çok daha avantajlı bir duruma sokabilir. Noxa davaları ile amaçlanan, malikin kölenin değerinden daha fazla zarara katlanmamasını sağlamaktır. Kural olarak haksız fiiller için düşünülmüşse de, bona fidei iudicia'nın etkisiyle sözleşmeden doğan davalara yansıtılmıştır<sup>17</sup>. Ancak bu hallerde açılacak davanın köle hür olduğunda kendisine yansıtılamayacağı da unutulmamalıdır<sup>18</sup>. Sözleşmeden doğan davalarda noxa teslim ile sorumluluktan kurtulma, kabul edilsin veya edilmesin, D.17.1.26.7'de vekalet verenin, vekilin uğradığı zararları, kölenin değeriyle sınırlı olarak karşılamasının kabul edildiği görülmektedir. Bunun da D.47.2.62.5 de öngörülen sorumluluktan farklı olduğu açıktır.

D.47.2.62.5'in interpolatio'larla değiştirildiği pek çok hukukçu tarafından savunulmuştur (Index Int.). Lenel hem öz hem de biçim alanında değişiklikler yapıldığını<sup>19</sup>, Jolowicz metnin, aslına ulaşabilmeyi imkansız kılacak ölçüde değiştirildiğini<sup>20</sup>, Heldrich ise parçanın sadece actio furti noxalis ile ilgili olduğunu ve sözleşmeden doğan davaların hiç bir şekilde tartışılmadığını<sup>21</sup> ileri sürmüşlerdir. Bu düşüncelere karşın metnin büyük ölçüde gerçeği yansıttığını savunanlar da bulunmaktadır. Stein için metin birkaç önemsiz ayrıntı dışında 'decidere cogatur' (şüphe ettiğini)'a kadar klasik hukukçuların

13 Sözleşmeden doğan sorumlulukta noxa teslimin kabulünün Bizans döneminde gerçekleştiğini savunanlar yanında, klasik devirde önce tarafların anlaşmasıyla daha sonra da bona fidei iudicia ve utilitas'ın etkisiyle ortaya çıktığını savunanlar da bulunmaktadır. Thomas, J.A.C., *Pro Noxal Surrender*, Labeo 17, 1971, s.32; Lawson, F.H., *Negligence in the Civil Law*, Oxford, 1986, s.71

14 Heldrich, s.26-30; Klasik devirde vekalet veren sadece *dolus in contrahendo*'dan sorumludur ve böyle bir sorumluluk ancak haksız fiil davaları ile söz konusu olabilir.; Thomas, J.A.C., s.27-28

15 Heldrich, s.30

16 Buckland, W.W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1970, s.125; Mac Cormack, s. 361; Stein, *Fault in the Formation*, s.143

17 Bkz. Güven, D.T., *Yardımcı Şahsın Fiilleri Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, Basım ve Doktora Tezi, st. 1993, s.82 vd.

18 Stein, *Fault in the Formation*, s.161

19 Lenel, O.; *Afrikans Questions*, ZSS 51, 1931, s.47

20 Jolowicz, H.F., *Digest XLVII.2 De Furtis*, 1940, s.93

21 Heldrich, s.26-30

görüşünü yansıtmaktadır<sup>22</sup>, sonra gelen bölüm ise değiştirilmiş olmalıdır<sup>23</sup>. Derleyicilerin izleri et sicut insuperioribus'tan metnin sonuna dek görülmektedir. Hırsızlığa eğilimi olan bir kölenin alınması için vekalet vermenin, culpa teşkil ettiği ifade edilmektedir. Farklılık vekalet verenin kölenin hırsızlığa eğilimini bilmemesi durumunda ortaya çıkmıştır. Kölenin eğilimini bilmeyen bir kimsenin sorumlu tutulması ise bir anlamda kusursuz sorumluluğa yol açmaktadır. Bu sorumluluk vekilin sözleşmeden hiç bir çıkarının bulunmamasıyla açıklanabilir. Justinianus devri hukukçuları sorumlulukları kusur sorumluluğu çerçevesinde değerlendirmek istediklerinden belirli bir kölenin alınması için vekalet veren kimsenin, kölenin eğilimi hakkında bilgi sahibi olmamasının da kusur teşkil edeceğini düşünmüş olabilirler.

İki metni birlikte incelendiğimizde, klasik hukukçuların vekalet verenin sorumluluğu konusunda aynı fikirde olmadıkları görülmektedir. Metinlerin Justinianus devrinde değiştirilmiş olması sebebiyle bu durumun ortaya çıktığı savunulmuş olsa da, görülen farklılığın derleyicilerin unutkanlığından kaynaklandığının düşünülmemesi, aksine klasik devirde sabit bir sorumluluk sisteminin bulunmaması nedeniyle, farklı düşüncelere varılabildiğinin kabul edilmesi uygun olur. Her iki metin de, vekalet vereni kölenin eğilimini bilmesi halinde zararın tamamından sorumlu tutmaktadır (dolus in contrahendo). Tek fark, D.47.2.62.5'in vekalet verenin kölenin eğiliminin bilinmemesi durumunda, zararın tamamından sorumlu tutmasına karşılık, D.17.1.26.7'nin köleyi noxa olarak teslim etmekle sorumluluktan kurtulabileceğini kabul etmesidir. Bu fark klasik bir okul tartışmasında kaynaklanmış olabilir. Julianus, Sabinianus okuluna bağlı, Neratius ise Proculianus okuluna bağlıdır. Görüş ayrılıkları da, bu okullar arasındaki farklılıktan kaynaklanmış olabilir. Sonuç olarak iki düşünce de, Roma hukukunda kabul edilen iki temel prensibe dayanmaktadır. Bu nedenle metinlerin her ikisinin de klasik devrin düşüncesini yansıttığı söylenebilecektir.

Klasik devirde doğmuş olan bu farklılıklar sonraki yüzyıllara da belirli ölçüde yansımıştır. Müşterek hukukta, vekalet görevinin ifası nedeniyle ortaya çıkan zarar (damnum ex causa mandati) ile vekalet görevinin ifası sırasında ortaya çıkan zarar (damnum ex occasione mandati) ayırımı yapılmış ve vekalet veren işin yapılması sırasında ortaya çıkan tesadüfi zararlardan sorumlu tutulmamıştır<sup>24</sup>. Alman Medeni Kanunu'nda vekilin vekalet verenden isteyebileceği masraflar yanında, tazmin borcu ayrıca öngörülmemiştir. Vekil işe bağlı tehlikeyi biliyor veya hesaba katıyorsa, bu tehlikeden doğan zararların tazminini, masraf olarak isteyebilecektir<sup>25</sup>. Vekil tehlikeyi bilmiyorsa veya bilemeyecek durumdaysa, müvekkilin menfaatine yapılan faaliyetin, spesifik zarar riziko-

22 Burada aequae "aynı şekilde" anlamında alınmalıdır. Yani sonraki bölümlerle bağlantılı olarak, mandator'un kölenin karakterini bilip bilmediği farketmeksizin, şeklinde ifade edilmiştir. Mandator bilmeseyse bile tam tazminle yükümlüdür. Stein, *Fault in the Formation*, s.155

23 Stein, *Fault in the Formation*, s.154 vd.

24 Dernburg, *Pandekten*, 3.Auf.2 315 (116, 14; Oser-Schönenberger, Art 402. Nr. 10

25 Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd 11,7. Auf. München und Berlin 1965, 52 111, s.260-261

suna katlanması gerekecektir. Burada işverenin özen yükümlülüğüne ilişkin BGB 618,619 kıyas yoluyla uygulanmaktadır.

İsviçre-Türk hukukunda ise, müşterek hukuka uygun çözüm tarzı benimsenmiştir. Vekalet veren, vekilin uğradığı zararlardan, zararın vekaletin yerine getirilmesi sebebiyle ortaya çıkması ve bunda kusurlu olması halinde sorumlu tutulmaktadır. İspat yükü vekalet verene ait olduğundan, gerçekte kusursuz olsa bile, bunu ispatlayamaması durumunda sorumlu tutulacaktır<sup>26</sup>.

Konu İsviçre-Türk hukukunda düzenlendiği şekilde, ücretli vekalet açısından değerlendirildiğinde, çözümün uygun olduğu, ancak ücretsiz vekalet söz konusu olduğunda bu çözümün yetersiz kalacağı düşünülmüş ve vekaletsiz iş görme hükümlerinden (OR 422/BK 413) yararlanma yoluna gidilmiştir. Bu şekilde ücretsiz vekalette, vekilin vekalet görevinin ifası sebebiyle uğradığı zararlardan ötürü, vekalet verenin hakkaniyete dayalı objektif sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Vekil uygunsuz davranmışsa, sadakat ve özen borcunu ihlal ederse tazminat isteyemez. Vekaleti iyi ifa etmeyen vekilin de kusurlu olduğu kabul edilir. Kusur illiyet bağına kesecek yoğunlukta değilse, bu halde tazminat miktarında indirime gidilebilecektir.

26 Oser-Schönenberger, Art 402, Nr. 10; Müşterek hukukun yaptığı bu ayrımların da, uygun illiyet bağı kavramının uygunluğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. Vekaletin ifasının doğurmaya elverişli sayılabileceği zararların tazmini müvekkilden istenilmelidir. Tandoğan, H. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1982, s.407

27 Tandoğan, H., *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara 1982, s.406, Becker, H., *İBK Şerhi*, 2.Bölüm, Çev. Dura, S., s.722