

ACTIO INSTITORIA

Dr. Necip Kağan KOCAOĞLU, Esq.*

* New York ve Ankara Barosu Üyesi; J.S.D. (Georgetown), LL.M. (Virginia), LL.M. (Ankara).

ÖZ

Actio Institoria, Roma Hukukunda aile bireyleri veya köle tarafından yapılmış eylemlerin tazmini için aile babasına (paterfamilias) yöneltilmiş bir adli müracaat yoludur. Ticaret hukuku bağlamında Actio Institoria sınırlı şirket sorumluluğu ve modern tröst muameleleri için hukuki bir kilometre taşıdır. Bundan dolayı çağdaş şirketler hukuku akademisyenlerinin bu konuya daha fazla eğilmeleri gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Roma Ticaret Hukuku, Şirketler Hukuku Tarihi, Sınırlı Sorumluluk, Actio Exercitoria, Actio Institoria, Institores.



ABSTRACT

Actio Institoria is a judicial remedy in Roman law that is brought against the father of the family (paterfamilias) for an action committed by a family member or slave. Actio Institoria is the judicial milestone towards the corporate limited liability and modern trust transactions. Therefore, it deserves more attention of the modern corporate law scholars.

Keywords: Roman Business Law, history of corporate law, limited liability, actio exercitoria, actio institoria, institores

GİRİŞ

Özel hukuk Roma hukukunun ana branşıdır ve Roma özel hukuku büyüklüğünü ve evrensel misyonunu Roma halkının doğuştan gelen hukuk yeteneğinden almaktadır^[1].

Köle, her ne kadar Roma özel hukukunca mal olarak nitelendirilmiş ise de; köleler, insan oldukları ve bunun sonucunda akıl sahibi oldukları için irade beyanında bulunabilirler. Kölelerin, hak ehliyetlerine olmamakla birlikte, kısmi fiil ehliyetleri bulunmakta idi. Sahipleri yararına olmak üzere, *traditio*, *mancipatio* gibi bazı hukuki işlemleri gerçekleştirebilmekte idiler.

Kölelerin yaptığı hukuki işlemlerden doğan aynı ve nisbi haklar sahipleri tarafından derhal (*ipsu iure*) iktisap edilmekte idi. Ancak, kölelerin yaptıkları hukuki işlemler ile sahiplerinin durumunu ağırlaştıramayacakları ilkesinin sonucu olarak, kölelerin yüklenmiş oldukları borçlardan dolayı sahipleri sorumlu tutulamazlardı. Kölelerin faaliyetlerinden doğan iktisaplar sahiplerine ait olmasına karşın, sahiplerin kölelerin borcundan sorumlu tutulamaması köleler ile kimsenin iş yapmaması sonucunu doğurmaktaydı^[2].

Bu durumu engellemek için efendiler kölelere sermaye/mamelek (*peculium*) tahsis etme yoluna gitmişlerdi. Böylece efendiler dolaylı bir biçimde (*peculium miktarınca*) sorumlu oluyorlardı. Praetor'lar tarafından yaratılmış bu sorumluluğu doğuran davalara ise ek nitelikteki davalar^[3] (*actiones edicticiae qualitates*) kapsamına girmektedir. Bu ek nitelikteki davalar sonucunda, kölelerin borçlarından efendilerinin sorumlu olmadığı ilkesi ortadan kalkmıştır. Bu davalar daha sonradan aile evlatları hakkında da geçerli olmuştur^[4]. Bu ek nitelikteki davalardan birisi de *actio institoria*'dır^[5]. *Actio institoria*, praetor buyrukları ile getirilmiş bir dava türüdür. Praetoryen bir hukuki çaredir^[6]. *Actio institoria*, Anglo-Amerikan hukukunda bulunan trust müessesesinin, vekalet akdinin ve modern şirketlerde sınırlı hukuki sorumluluğun gelişmesi bakımından önem arz etmektedir.

Bu çalışmanın orijinali 2002 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi doktora programında sözleşmeler hukuku seminer dersinde sunulmuş ve sonradan yenilenmiştir.

[1] KASER, Max (Çev. DANNENBRING, Rolf) : ROMAN PRIVATE LAW ; Butterworths Publishing ; Pretoria 1965, s.1.

[2] UMUR, Ziya : ROMA HUKUKU ; Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş. ; 2.B. ; İstanbul 1990, s. 159.

[3] Ek nitelikteki davalar şunlardır (UMUR, s. 160-161 ; TAHİROĞLU, Bülent : ROMA BORÇLAR HUKUKU ; Der Yayınları, Yayın no: 274 ; İstanbul 2000, s. 255): 1. Actio de Peculio, 2. Actio in Rem Verso, 3. Actio Institoria, 4. Actio Exercitoria, 5. Actio Quod Iussu, 6. Actio Noxalis, 7. Actio Tributoria.

[4] UMUR, s. 160, 175.

[5] KASER, s. 71 ; UMUR, s. 160.

[6] BUCKLAND, W.W. : THE ROMAN LAW OF SLAVERY; Cambridge University Press ; 2.B.; Cambridge 1970 , s. 172, 174.

I. ACTIO INSTITORIA'NIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

A. TANIM

Actio institoria, Roma hukukunda, hakimiyeti altında bulunan kimseyi (*erkek çocuğunu, kendi veya başkasının kölesini veya özgür bir insanı*) bir teşebbüs işletmek ya da sair ticaretle uğraşması için atayan kimseye (*principal*) açılan davadır. Bu yöneticiyle uğraşılan ticaret alanında yapılan sözleşmeler, teşebbüsün sahibi (*principal/mandator*) ile yapılmış sayılmaktaydı^[7].

Actio institoria, Praetorların çıkarmış olduğu bir buyruk ile tanınmıştı. *Actio institoria*, bütün hukuki işlemlere (örneğin *mancipatio*) uygulanabilmekte idi^[8].

B. ETİMOLOJİK KAVRAM

Actio, Roma İmparatorluğu'nda usul hukukunu harekete geçiren ve hakların himayesine temel olan kavramdır. Bir başka deyişle, *actio*, “*borçlu olunan şeyi, hakim önünde talep etme hakkından başka bir şey değildir.*”^[9] *Institoria* denilmesinin sebebi işletme işletmek amacı ile atanan kişiye “*Institor*” denilmesi ve şöyle çağırılması^[10] “*quod negotio gerendo instet sive insistat.*” idi. *Institores* kelimesi güven ve emaneti işaret eder^[11] ve İngiltere İngilizcesinde *intrustment* ile Amerikan İngilizcesindeki *entrustment* kavramlarına kaynaklık eder.

C. BENZER KURUMLAR

Actio institoria, ek nitelikteki davalar (*actiones edicticiae qualitates*) ile büyük ölçüde benzeşmektedir. Bunun sebebi ise bu davaların aynı amaca yönelik olmasıdır. *Institores*, *Nautae* ve *Magister Navis* ile birleşmekteydi^[12].

[7] BUCKLAND, W.W. : A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW FROM AUGUSTUS TO JUSTINIAN ; Cambridge University Press ; Cambridge 1950, s. 535 ; KREEFT, Peter/ RONALD, K. : ROMAN LAW, CATHOLIC ENCYCLOPEDIA ; <<http://newadvent.org/cathen/09079a.htm>> (17.12.2001) , s.13 ; SMITH, s. 639 ; *Actio institoria*, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere dava açma imkanını verir (BUCKLAND, Text-Book, s. 427).

[8] BUCKLAND, Slavery, s. 169.

[9] DIGESTA I, 4, 6 pr. ; KASER, s. 140.

[10] SMITH, William : A DICTIONARY OF GREEK AND ROMAN ANTIQUITIES ; London 1875 ; <http://www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/Roman/Texts/secondary/SM> (17.12.2001), s. 639.

[11] SANDARS, Thomas Collett: THE INSTITUTES OF JUSTINIAN: WITH ENGLISH INTRODUCTION, TRANSLATION, AND NOTES, J.W. Parker and Son, 1853, s. 560-561.

[12] SMITH, s. 639.

1. ACTIO DE PECULIO

Praetor'lar, hakimiyet altında olan kişiler (*aile evladı/köle*) ile sözleşme imzalayan kişilere, onlara tahsis edilen *peculium*'dan alacaklarını alabilmeleri için dava açma hakkı (*actio de peculio*) tanımıştı. Bu dava, efendi veya babaya *peculium* miktarınca etkili olmakta idi^[13].

2. ACTIO IN REM VERSO

Bu dava türü ile efendi/aile babası, kölenin/aile evladının yapmış olduğu işlemler sonucunda sağlamış olduğu menfaatin tutarınca sorumlu tutulmaktaydı^[14].

3. ACTIO EXERCITORIA

Gemi sahibinin (*exercitor/donatan*), köle/aile evladı olan kapitanın (*exercitor navis/magister navis*) davranışlarından sorumlu tutulabilmesine ilişkin olan davadır^[15]. *Actio institoria* ile aynı ilkelere (aynı istisnalarla) bağlı bulunmaktadır^[16].

4. ACTIO NOXALIS

Köleler, insan olmaları dolayısıyla, her insan gibi haksız fiil işleyebilirler. İşlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı zararların tazmini kendilerinden istenebilmekte ise de kölelerin mal varlığı olmadığı için bu istem bir anlam taşımamakta idi. Bunun üzerine *Praetor*'lar, kölelerin işledikleri haksız fiillerden dolayı efendilerine dava açılmasına (*actio noxalis*) izin verdiler. Efendi kölenin işlediği fiilden dolayı tazminat ödeyebilirdi veya köleyi mağdura bırakabilirdi (*noxae deditio*)^[17]. Bu muameleler aile evlatları hakkında da geçerli idi^[18].

5. ACTIO QUOD IUSSU

Aile reisleri, kölelere/aile evlatlarına bir emir/talimat vermek suretiyle bir iş gördürmüş ise; bu işten dolayı doğan borçların tamamından aile reislerinin sorumlu tutulabilmesine ilişkin olan davadır^[19]. *Actio institoria* ve *actio exercitoria* davalarında vekile genel yetki verilirken, *actio quod iussu*'da vekile özel yetki verilmektedir^[20].

6. ACTIO TRIBUTORIA

Aile evladı/köle, aile reisinin bilgisi altında *peculium*'a dahil olan bir mal ile ticaret yaparken aciz haline düşerler ise; aile reisi, *peculium*'u alacaklıların alacakları

[13] KREEFT/RONALD, s.13; UMUR, s. 160, 175; TAHİROĞLU, s. 255 ; *actio de peculio et in rem verso* için bkz. BUCKLAND, Text-Book, s. 533-534 .

[14] UMUR, s. 160, 175 ; TAHİROĞLU, s. 255 ; *Actio de in rem verso* hakkında daha fazla bilgi için bkz. BUCKLAND, Slavery, s. 176 vd.

[15] BUCKLAND, Text-Book, s. 535 ; UMUR, s. 160, 175 ; TAHİROĞLU, s. 258.

[16] BUCKLAND, Slavery, s. 172 dn. 6 ve s. 174; BUCKLAND, Text-Book, s. 535; *Actio exercitoria* için daha fazla bilgi için bkz. BUCKLAND, Slavery, s. 174-176 ve BUCKLAND, Text-Book, s. 535-536.

[17] KASER, s. 70 ; UMUR, s. 161.

[18] UMUR, s. 174.

[19] BUCKLAND, Text-Book, s. 534-535 ; UMUR, s. 160, 175 ; TAHİROĞLU, s. 255.

[20] BUCKLE, William Hepburn: THE ORIGIN AND HISTORY OF CONTRACT IN ROMAN LAW: DOWN TO THE END OF THE REPUBLICAN PERIOD, C. J. Clay and sons, 1895, s. 209.

oranında bölüştürür. Alacaklılardan birisi, kendisine alacağından daha az bir payın ayrıldığı ileri sürerse *actio tributoria* davasını aile reisine karşı açar^[21].

7. MANDATUM (VEKALET SÖZLEŞMESİ)

Rızai bir sözleşme olan vekalet sözleşmesinde (*mandatum*) taraflardan vekil, vekalet verenin (*müvekkil*) tevdi ettiği işi ücretsiz^[22] olarak ifa etme yükümlülüğü altına girmektedir^[23].

8. PROCURATIO

Procuratio bir sözleşme değil tek taraflı yetki verilmesidir. Zengin ve nüfuzlu Romalılar işlerinin idaresini bir *procurator*'a bırakırlardı. *Procurator*, genel yetkili vekil gibi hareket ederdi^[24].

9. ACTIO INSTITORIA CONTRARIA / ACTIO INSTITORIA UTILIS

Efendi müvekkil, köle vekili ile işlem akdetmiş olan üçüncü şahıslara karşı *actio institoria utilis* veya *actio institoria contraria* denen davayı açardı. Modern hukuk sisteminde bu dava kalkmıştır. Müvekkil, eğer vekalet ilişkisinin varlığı iyi niyetli olarak anlaşılabilirdi sürece vekili ile iş gören üçüncü şahısları dava edebilir^[25].

D. TARİHİ ÖNEMİ

Romalılar şahsen yapamayacakları kazançlı meslekleri kölelerinin ismi altında yürütmekteydiler. İmparatorluk çağında, Institores'in oluşturduğu ortamda büyük ölçekli bir ticari faaliyet yürütülmüştü^[26].

[21] BUCKLAND, Text-Book, s. 534; TAHİROĞLU, s. 256.

[22] Bugünkü hukukumuzda vekalet sözleşmesi ücret karşılığında olabilmektedir (BK md. 386).

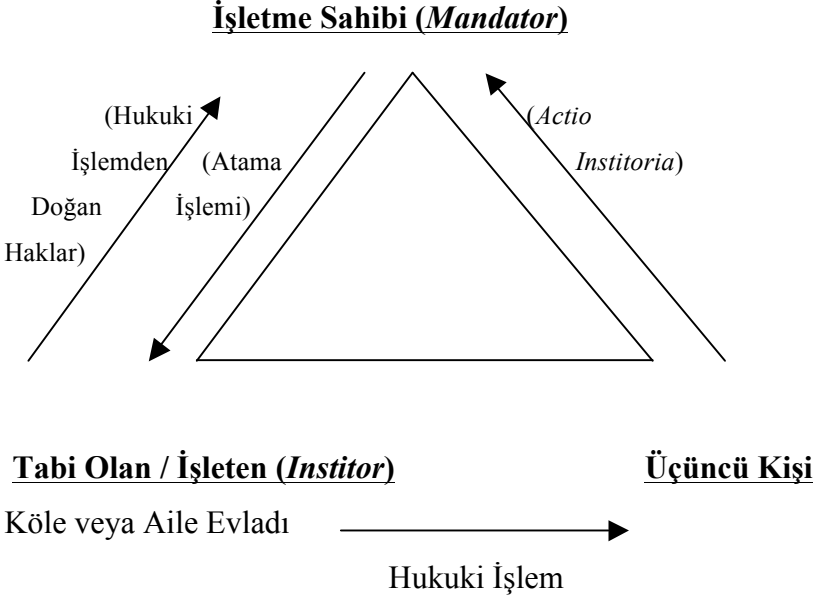
[23] TAHİROĞLU, s. 193; Roma hukukunda ücret şart koşulan vekalet sözleşmesi ise *mandatum* değil, *locatio condictio operis* veya *locatio condictio operarum* olurdu (TAHİROĞLU, s. 195).

[24] TAHİROĞLU, s. 194.

[25] NATHAN, Manfred & VOET, Johannes: THE COMMON LAW OF SOUTH AFRICA: A TREATISE BASED ON VOET'S COMMENTARIES ON THE PANDECTS, WITH REFERENCES TO THE LEADING ROMAN-DUTCH AUTHORITIES, SOUTH AFRICAN DECISIONS, AND STATUTORY ENACTMENTS IN SOUTH AFRICA, VOLUME 2, African Book Company, 1904; s. 889.

[26] SMITH, s. 639.

II. SİSTEMİN İŞLEYİŞİ



A. TARAFLAR

1. İŞLETEN (*INSTITOR*)

İşleten (*institor*), Roma hukukunda, bir ticari teşebbüsün idaresi için, teşebbüsün sahibi tarafından atanan şahıstır. İşleten, köle, aile evladı olabileceği gibi özgür bir kişi de olabilir^[27].

a. KÖLELER

Antik çağda yaşamış olan bütün halklar gibi Roma halkı da ekonomik faaliyetini kölelik^[28] üzerine kurmuştu. Kölelere *servi*, *mancipia* veya *homines* denilirdi^[29]. Hukuken köleler, aynı zamanda hem *res* (hakların konusu) hem de *personae* idiler. Kölelerin hak ehliyeti bulunmamakta idi ve efendileri onları *res mancipi* olarak tutmakta idiler. Köleler arasındaki ailevi ilişkiler ise ancak fiili olarak tanınmakta idi (*contubernium*)^[30].

Özel hukuk, kölenin insanlığını efendisinin *potestas*'ı (*burada sahiplik olarak da*

[27] TAHİROĞLU, s. 258.

[28] Kölelik sebepleri ise üç tane idi (BUCKLAND, Slavery, s. 397-398; KASER, s. 72; UMUR, s. 158-159): 1. Doğum (Köle annenin çocuğu da efendisine ait olurdu.) 2. Savaş esirliği 3. Bazı suçların işlenilmesi.

[29] KASER, s. 69.

[30] KASER, s. 70; UMUR, s. 159.

düşünülebilir) altında olan *persona alieni iuris* olarak tanımakta idi. Kölelerin hiçbir kişiliği olmamasının sonucu olara sahip olma ehliyetinin olmamasına rağmen oldukça eski zamanlardan itibaren efendisi köleye bir *peculium*^[31] tahsis edebilirdi. Bu *peculium*, fiili olarak kölenin sermayesi imiş gibi işlem görür ve onun kredi alabilmesi için *substratum* işlevini taşır^[32].

b. AİLE EVLATLARI (ALIENI IURIS)

Aile reisleri, malvarlığının tek hakimidir ve tek başına tasarrufta bulunabilir. Aile evladının ise mal varlığı bulunmamaktadır. O, sadece aile reisi menfaatine bir vasıta olabilir. Aile evlatlarının hukuki işlemde bulunarak yapmış oldukları iktisaplar doğrudan aile resine intikal eder. Ancak, aile evladının yapmış olduğu borçlardan dolayı aile reisi sorumlu olmaz. Aile evladı bizzat sorumlu olur. Buna karşın aile evladının mal varlığı olmadığı için kendisine karşı açılacak olan davadan sonuç doğmaz^[33]. Bu durumu ortadan kaldırmak için aile evlatlarına da *peculium*^[34] tahsis edilmeye başlandı ve *Praetor*'lar aile reislerine aile evlatlarının işlemlerinden dolayı ek nitelikteki davaların açılması kabul etti^[35]. Bu davaların sonucu olarak aile reislerinin, aile evlatlarının işlemlerinden sorumlu olmayacağı ilke sarsılmıştı^[36].

2. SORUMLULUĞUN YÖNELECEĞİ KİŞİ (PATER FAMILIAS / DOMINUS)

Alacaklılar, işletenin teşebbüs dolayısı girdiği hukuki işlemlerden doğan alacakları için; işleten aile evladını atayan aile reisine ya da işleten köleyi atayan efendiye karşı *actio institoria* davasını açabilirler. Köle ya da aile evladına karşı hakim durumda olan bu kişiye karşı dava açılmasının sebepleri olarak aşağıdakileri gösterebiliriz:

1. Öncelikle kölenin edindiği bütün haklar doğrudan efendisine gitmektedir. Kölenin hak ehliyeti bulunmamaktadır ve köle efendisinin kazanımları için bir araçtır.
Köle vasıtasıyla efendiye bütün haklar şekilli veya şekilsiz işlemler ile nakledilebilirdi. Sadece *in iure cessio* (bir *legis actio* olduğu için) köleler için müsait değildi^[37].
2. *Ius civile* sisteminde bir köle hukuki bir işlem ile sorumluluk altına giremezdi^[38].
3. Hem aile evladının (*ya da kölenin*) hem de teşebbüsün sahibi olan bir kişinin,

[31] *Peculium* kavramı, latince *pecus* (büyükbaş hayvan) kavramından gelmektedir. Önceleri *peculium*, bir hayvan sürüsünden oluşmakta iken sonradan her çeşit malı içerebilen bir kavram halinde geldi (KASER, s. 70).

[32] KASER, s. 70.

[33] UMUR, s. 174.

[34] Kölelerden farklı olarak aile evlatlarına tahsis edilen *peculium*'lar (*peculium castrense*, *peculium quasi castrense*, *peculium adventicium*) için bkz. UMUR, s. 175-176

[35] UMUR, s. 175.

[36] UMUR, s. 176.

[37] KASER, s. 70.

[38] Gaius *Institutiones* 3, 104.

teşebbüsten dolayı aile evladının (*ya da kölenin*) yapmış olduğu bir hukukî işlemde dolayı sorumlu olmaması adalet ve hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır.

B. SORUMLULUĞUN DOĞUŞU (DAVANIN ŞARTLARI)

Actio Institoria açılabilmesi belirli bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştı^[39]. Aşağıdaki şartların bulunması halinde bir teşebbüs sahibine actio institoria açılabilir:

1. **TEŞEBBÜS ŞARTI:** Bir ticari teşebbüs bulunmalıdır (*Örneğin, bir ticaret veya sanayi kurumu*)
2. **ATANMA ŞARTI (ULTRA VIRES):** Bu teşebbüsün idaresi için kurumun sahibi tarafından bir kişi atanmalıdır.

Actio Institoria köle hangi alanda atanmışsa o alana ilişkin olarak açılabilir. Örneğin, birisi tarım işletmesini işletmek atanan birisi mahsulleri satarsa, efendiye karşın mahsullerin satış işlemlerinden dolayı actio institoria davası açılmaz^[40].

3. **TABİYET ŞARTI:** İşleten, köle veya aile evladı olmalıdır. İşletenin yaşı ve diğer özellikleri, önemsizdir.
4. **BİLDİRİM ŞARTI:** İşleten, hukuki işlemleri, bu durumu belirterek yapmalıdır. Ancak iş yeri önünde bu durum ilan edilmiş ise, bu da kabul edilmekte idi^[41].

Roma hukukunda, *actio institoria* açılabilmesi için, işletenin atanmasının bildirilmesine ilişkin bir şart, günümüze kalan metinlerde bulunmamaktadır. Roma hukukunda atanmanın yayımına ilişkin vasıtalar da bulunmamakta idi. Bildirime ilişkin şartın bulunmaması da mantığa daha uygundur. Praetor buyrukları (*Edict*) ticaret yürütülmesi için birisini atyan ve halkı bu kişi ile işlemlerde bulunmaya çağıran kişileri sorumlu tutmaktadır. Ulpian'ın sözleri ile *actio institoria* sorumluluğunu doğuran olay, bildirim değil atanmadır^[42].

5. **İLGİ ŞARTI:** İşletenin teşebbüsü ilgilendiren hukuk işlemleri sonucunda bir borç doğmuş olması.

Bu şartın *actio institoria* açılabilmesi için gerekli olup olmadığı kommentatorları meşgul etmişti. Üçüncü kişiler, işletenle yapmış oldukları sözleşmenin onun atanmış olduğu teşebbüsün ticaret konusuna girip girmediğini bilmeli midirler? Bu konudaki hakim görüş, işleten ile hukuki işlem altına girenlerin bunu bilmeleri gerektiği yönündedir^[43].

[39] BUCKLAND, Text-Book, s. 535.

[40] ERDKAMP, Paul: THE GRAIN MARKET IN THE ROMAN EMPIRE: A SOCIAL, POLITICAL AND ECONOMIC STUDY, Cambridge University Press, 2005, s. 110.

[41] TAHİROĞLU, s. 258.

[42] Ulpian, benzer ilkelere tabi olan actio exercitoria için şunu söylemişti (BUCKLAND, Slavery, s. 172) "igitur praepositio certam legem dat contrahentibus".

[43] BUCKLAND, Text-Book, s. 535 ; BUCKLAND, Slavery, s. 172.

6. **NİYET ŞARTI:** İşletenin bu hukuki işlemi teşebbüs için yapması iradesinde olması da gereklidir^[44].

B. ACTIO INSTITORIA SORUMLULUĞUNUN SINIRI

1. TEŞEBBÜS İLE İLGİLİ İŞLEMLER

Actio institoria davasından doğan sorumluluğun sınırı işletenin atandığı teşebbüs ile bağlantılı olan hukuki işlemlerdir. Örneğin, alım işi için atanmış olan işleten, satım işleri yapamazdı. Ancak, işleten olarak atanmak, kredi almak için yeterli idi. Kredi veren borcun teşebbüs için alındığını bilmesi gerekirdi. Buna karşın kredi verenin verdiği borcun teşebbüs için harcadığını görmesi gerekmez idi. İşleten olarak atanan teşebbüs için gerekli teminatları (*rebin velveya kefalet*) da verebilirdi^[45].

2. ACTIO INSTITORIA SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI

Actio institoria sorumluluğu değişik yollar ile sınırlandırılabilirdi. Birden çok işleten atanarak birlikte temsil kaydı getirilebilir, belirli kişiler ile işlem yapmaları o kişiye bir duyuru ile yasaklanabilir, ya da sadece belirli bazı işlemleri yapma kaydı getirilebilirdi

Aile reisi/efendi, alacaklıların *actio de peculio et in rem verso* ile karşılanamayan kısmını teklif etmezse; bu sınırlamalar, *replicatio doli* ile karşılaşılabildi^[46].

Aile reisi/efendinin yapmış olduğu bu sınırlamalara riayet edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, alacaklıları aldatacak şekilde sık sık değiştirilen sınırlamalar, korunmazdı.

Actio institoria sorumluluğu değişik yollar ile sınırlandırılabilmesi modern hukuka temel teşkil etmiştir. Örneğin, iş yerinin kapısının üzerine yazılan sorumluluğu kaldıran kayıtlar, kolay anlaşılabilir şekilde yazılmalı, göze çarpan bir yerde ve yerel dilde olmalıdır. Bu kayıtlar iş yeri girişine bu şekilde konulmuş ise alacaklıların bunu görmediği iddiaları dikkate alınmaz^[47].

III. ACTIO INSTITORIA DAVASI AÇILMASINDA ÖZEL DURUMLAR

A. BİRDEN FAZLA KİMSENİN İŞLETEN OLMASI

Birden fazla kimse institor olarak atanırsa bunlar; sözleşmede bulunan bedelin tamamından müteselsilen sorumlu bulunmaktadır. Bedeli ödeyen kişi diğerlerine *societas iudicium* veya *communi dividundo* davası ile diğerlerine rücu edebilir^[48].

[44] BUCKLAND, Slavery, s. 172.

[45] BUCKLAND, Slavery, s. 170.

[46] BUCKLAND, Slavery, s. 170.

[47] BUCKLAND, Slavery, s. 171.

[48] SMITH, s. 639.

B. BAŞKASININ MÜLKİYETİNDE OLAN KÖLENİN İŞLETEN OLMASI

Eğer bir teşebbüsün sahibi, bir başkasının kölesini işleten olarak atar ise işletmeden dolayı yapılan işler için atayan sorumlu olacak, kölesi atanan asıl sahibe ise ancak *actio de peculio* şartları varsa açılacaktır^[49]. Bir başka söyleyiş ile, işletenin, teşebbüsün sahibinin hakimiyeti altında olup olmadığı hususu, Actio institoria açılması için önem arzetmemektedir. Asıl sahibe karşı değişik hukuki imkanlar mevcuttur. Örneğin, asıl sahip kölenin işletmesi sonucu fayda elde etmiş ise; elde ettiği faydalar ölçüsünde *actio in rem verso* açılabilir^[50].

C. TABİ OLUNAN KİŞİNİN İZİNİ OLMASIZIN ATAMA İŞLEMİ

Eğer bir köle veya aile evladı pater familias'dan izinsiz olarak atanır ise *pater familias*, sadece bir *actio institoria de peculio* ile sorumlu tutulabilirdi^[51].

D. AYNI ANDA DİĞER DAVALARIN AÇILABİLME İMKANI

Actio institoria'nın açılabilmesi imkanı, diğer davaların açılabilmesini engellememektedir^[52].

[49] BUCKLAND, Slavery, s. 169.

[50] BUCKLAND, Slavery, s. 171.

[51] BUCKLAND, Slavery, s. 169.

[52] BUCKLAND, Slavery, s. 170.

SONUÇ

Bir kişinin mülkiyetinde hakim (*corpus*) olabileceğinden çok sayıda eşyanın olması o kişinin aslında o eşyalara sahip olmadığını göstermektedir. Zira sahip olduğu ancak sahip çıkamadığı eşyalara başkası sahip çıkararak kazandırıcı zaman aşımı işleri sürebilir ya da o eşyalar doğa kanunları uyarınca yok olup gidebilir. Bu eşya ya da eşya topluluğu bir teşebbüs ise, bu teşebbüsün sahibi, başı boş kalmış teşebbüsün semerelerinden (*fructus*) yararlanamayacaktır.

Bugünkü anlamda doğrudan temsilin olmadığı^[53] Roma toplumunda; hakim durumda olan kişilerin (*pater familias/dominus*), sahip oldukları eşyaları, sahip oldukları şahıslara (*kölelerin ya da aile evlatlarının*) emanet etmeleri ve semereleri bu sayede almaları başlıca ekonomik faaliyetti.

Roma hukukunda sahip olunan bir şeyin (*res*), sahibi borç altına sokamayacağı düşüncesinin sonucu olarak “kölelerin efendinin durumunu ağırlaştıramayacağı ilkesi” yerleşmişti. Ancak praetor’lar çıkarmış oldukları buyruk ile bir teşebbüsün işleteni ile hukuki işlemlere giren üçüncü kişileri koruyucu bir hukuki çare geliştirdiler. Artık teşebbüsün ve işletenin sahibi olan kişiye karşı doğrudan dava (*actio institoria*) açılarak, üçüncü kişilerin haklı güveni korunuyordu.

Öğretide Roma hukukunda günümüzdeki anlamı ile gerçek anlamda vekalet kavramının gelişmediğini ileri sürülmektedir. Özellikle, Roma hukukunda vekil sayılabilecek *institores*’in sorumluluktan aklanmaması ve müvekkilin vekili ile işlem yapmış üçüncü kişilere dava açamaması bu duruma destek olarak ileri sürülmektedir^[54]. Tek bir dava ile bu meselelerin halledilemeyeceği doğrudur. Bu durum, Roma usul hukukunun gelişiminden kaynaklanmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, müvekkil *actio institoria contraria* ile vekili ile işlem yapmış üçüncü kişilere dava açabilmektedir. Prateorların 2000 yıldan fazla bir zaman önce düşündükleri ve İstanbul’da kodifiye hukuki çare bugün modern Türk hukukunu etkilemiştir^[55].

[53] BUCKLAND, s. 533.

[54] HUNTER, William Alexander: A SYSTEMATIC AND HISTORICAL EXPOSITION OF ROMAN LAW IN THE ORDER OF A CODE, Sweet & Maxwell, 1803, s. 621.

[55] Örneğin 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 40, Karayolları Trafik Kanunu md. 85.

KAYNAKÇA

- **BUCKLAND, W.W.** : A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW FROM AUGUSTUS TO JUSTINIAN ; Cambridge University Press ; Cambridge 1950.
- **BUCKLAND, W.W.** : THE ROMAN LAW OF SLAVERY ; Cambridge University Press ; 2.B. ; Cambridge 1970.
- **BUCKLE, William Hepburn**: THE ORIGIN AND HISTORY OF CONTRACT IN ROMAN LAW: DOWN TO THE END OF THE REPUBLICAN PERIOD, C. J. Clay and sons, 1895.
- **ERDKAMP, Paul**: THE GRAIN MARKET IN THE ROMAN EMPIRE: A SOCIAL, POLITICAL AND ECONOMIC STUDY, Cambridge University Press, 2005 .
- **HUNTER, William Alexander**: A SYSTEMATIC AND HISTORICAL EXPOSITION OF ROMAN LAW IN THE ORDER OF A CODE, Sweet & Maxwell, 1803, s. 621.
- **KASER, Max** (Çev. *DANNENBRING, Rolf*) : ROMAN PRIVATE LAW ; Butterworths Publishing ; Pretoria 1965.
- **KREEFT, Peter/RONALD, K.** : ROMAN LAW, CATHOLIC ENCYCLOPEDIA ; <<http://newadvent.org/cathen/09079a.htm>> (17.12.2001).
- **NATHAN, Manfred & VOET, Johannes**: THE COMMON LAW OF SOUTH AFRICA: A TREATISE BASED ON VOET'S COMMENTARIES ON THE PANDECTS, WITH REFERENCES TO THEN, E LEADING ROMAN-DUTCH AUTHORITIES, SOUTH AFRICAN DECISIONS, AND STATUTORY ENACTMENTS IN SOUTH AFRICA, VOLUME 2, African Book Company, 1904; s. 889.
- **SANDARS, Thomas Collett**: THE INSTITUTES OF JUSTINIAN: WITH ENGLISH INTRODUCTION, TRANSLATION, AND NOTES, J.W. Parker and Son, 1853, s. 560-561.
- **SMITH, William** : A DICTIONARY OF GREEK AND ROMAN ANTIQUITIES ; London 1875
<http://www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/Roman/Texts/secondary/SM> (17.12.2001).
- **TAHİROĞLU, Bülent** : ROMA BORÇLAR HUKUKU ; Der Yayınları, Yayın no: 274 ; İstanbul 2000.
- **UMUR, Ziya** : ROMA HUKUKU ; Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş. ; 2.B.; İstanbul 1990.
- 1 KASER, Max** (Çev. *DANNENBRING, Rolf*) : ROMAN PRIVATE LAW ; Butterworths Publishing ; Pretoria 1965, s.1.
- 2 UMUR, Ziya** : ROMA HUKUKU ; Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş. ; 2.B. ; İstanbul 1990, s. 159.
- 3 Ek nitelikteki davalar şunlardır** (UMUR, s. 160-161 ; TAHİROĞLU, Bülent : ROMA BORÇLAR HUKUKU ; Der Yayınları, Yayın no: 274 ; İstanbul 2000, s. 255): 1. Actio de Peculio, 2. Actio in Rem Verso, 3. Actio Institoria, 4. Actio Exercitoria, 5. Actio Quod Iussu, 6. Actio Noxalis, 7. Actio Tributaria.
- 4 UMUR, s. 160, 175.**
- 5 KASER, s. 71 ; UMUR, s. 160.**
- 6 BUCKLAND, W.W.** : THE ROMAN LAW OF SLAVERY; Cambridge University Press ; 2.B.; Cambridge 1970 , s. 172, 174.
- 7 BUCKLAND, W.W.** : A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW FROM AUGUSTUS TO JUSTINIAN ; Cambridge University Press ; Cambridge 1950, s. 535 ; KREEFT, Peter/RONALD, K. : ROMAN LAW, CATHOLIC ENCYCLOPEDIA ; <<http://newadvent.org/cathen/09079a.htm>> (17.12.2001) , s.13 ; SMITH, s. 639 ; Actio institoria, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere dava açma imkanını verir (BUCKLAND, Text-Book, s. 427).
- 8 BUCKLAND, Slavery, s. 169.**
- 9 DIGESTA I, 4, 6 pr. ; KASER, s. 140.**
- 10 SMITH, William** : A DICTIONARY OF GREEK AND ROMAN ANTIQUITIES ; London 1875 ;
<http://www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/Roman/Texts/secondary/SM> (17.12.2001), s. 639.
- 11 SANDARS, Thomas Collett**: THE INSTITUTES OF JUSTINIAN: WITH ENGLISH INTRODUCTION, TRANSLATION, AND NOTES, J.W. Parker and Son, 1853, s. 560-561.
- 12 SMITH, s. 639.**
- 13 KREEFT/RONALD, s.13 ; UMUR, s. 160, 175 ; TAHİROĞLU, s. 255 ; actio de peculio et in rem verso için bkz. BUCKLAND, Text-Book, s. 533-534.**
- 14 UMUR, s. 160, 175 ; TAHİROĞLU, s. 255 ; Actio de in rem verso hakkında daha fazla bilgi için bkz. BUCKLAND, Slavery, s. 176 vd.**
- 15 BUCKLAND, Text-Book, s. 535 ; UMUR, s. 160,**

175 ; TAHİROĞLU, s. 258.

16 BUCKLAND, *Slavery*, s. 172 dn. 6 ve s. 174 ; BUCKLAND, *Text-Book*, s. 535 ; *Actio exercitoria* için daha fazla bilgi için bkz. BUCKLAND, *Slavery*, s. 174-176 ve BUCKLAND, *Text-Book*, s. 535-536.

17 KASER, s. 70 ; UMUR, s. 161.

18 UMUR, s. 174.

19 BUCKLAND, *Text-Book*, s. 534-535 ; UMUR, s. 160, 175 ; TAHİROĞLU, s. 255.

20 BUCKLE, William Hepburn: THE ORIGIN AND HISTORY OF CONTRACT IN ROMAN LAW: DOWN TO THE END OF THE REPUBLICAN PERIOD, C. J. Clay and sons, 1895, s. 209.

21 BUCKLAND, *Text-Book*, s. 534 ; TAHİROĞLU, s. 256.

22 Bugünkü hukukumuzda vekalet sözleşmesi ücret karşılığında olabilmektedir (*BK md. 386*).

23 TAHİROĞLU, s. 193 ; Roma hukukunda ücret şart koşulan vekalet sözleşmesi ise *mandatum* değil, *locatio concuctio operis* veya *locatio conductio operarum* olurdu (*TAHİROĞLU, s. 195*).

24 TAHİROĞLU, s. 194.

25 NATHAN, Manfred & VOET, Johannes: THE COMMON LAW OF SOUTH AFRICA: A TREATISE BASED ON VOET'S COMMENTARIES ON THE PANDECTS, WITH REFERENCES TO THE LEADING ROMAN-DUTCH AUTHORITIES, SOUTH AFRICAN DECISIONS, AND STATUTORY ENACTMENTS IN SOUTH AFRICA, VOLUME 2, African Book Company, 1904; s. 889.

26 SMITH, s. 639.

27 TAHİROĞLU, s. 258.

28 Kölelik sebepleri ise üç tane idi (*BUCKLAND, Slavery, s. 397-398 ; KASER, s. 72 ; UMUR, s. 158-159*) : 1. Doğum (*Köle annenin çocuğu da efendisine ait olurdu.*) 2. Savaş esirliği 3. Bazı suçların işlenilmesi.

29 KASER, s. 69.

30 KASER, s. 70 ; UMUR, s. 159.

31 *Peculium* kavramı, latince *pecus* (*büyükbaş hayvan*) kavramından gelmektedir. Önceleri *peculium*, bir hayvan sürüsünden oluşmakta iken sonradan her çeşit malı içerebilen bir kavram

halinde geldi (*KASER, s. 70*).

32 KASER, s. 70.

33 UMUR, s. 174.

34 Kölelerden faklı olarak aile evlatlarına tahsis edilen *peculium*'lar (*peculium castrense, peculium quasi castrense, peculium adventicium*) için bkz. UMUR, s. 175-176

35 UMUR, s. 175.

36 UMUR, s. 176.

37 KASER, s. 70.

38 Gaius *Instituones* 3, 104.

39 BUCKLAND, *Text-Book*, s. 535.

40 ERDKAMP, Paul: THE GRAIN MARKET IN THE ROMAN EMPIRE: A SOCIAL, POLITICAL AND ECONOMIC STUDY, Cambridge University Press, 2005, s. 110.

41 TAHİROĞLU, s. 258.

42 Ulpian, benzer ilkelere tabi olan *actio exercitoria* için şunu söylemişti (*BUCKLAND, Slavery, s. 172*) "*igitur praepositio certam legem dat contrahentibus*".

43 BUCKLAND, *Text-Book*, s. 535 ; BUCKLAND, *Slavery*, s. 172.

44 BUCKLAND, *Slavery*, s. 172.

45 BUCKLAND, *Slavery*, s. 170.

46 BUCKLAND, *Slavery*, s. 170.

47 BUCKLAND, *Slavery*, s. 171.

48 SMITH, s. 639.

49 BUCKLAND, *Slavery*, s. 169.

50 BUCKLAND, *Slavery*, s. 171.

51 BUCKLAND, *Slavery*, s. 169.

52 BUCKLAND, *Slavery*, s. 170.

53 BUCKLAND, s. 533

54 HUNTER, William Alexander: A SYSTEMATIC AND HISTORICAL EXPOSITION OF ROMAN LAW IN THE ORDER OF A CODE, Sweet & Maxwell, 1803, s. 621.

55 Örneğin 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu md. 40, Karayolları Trafik Kanunu md. 85.

KISALTMALAR

Hakemli

B. : Bası

BK : Borçlar Kanunu

Çev. : Çeviren

dn. : Dipnot

md. : Madde

S. : Sayı

vd. : ve devamı

