

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK
(TBK m. 116)

Mine YAĞCI
(114613015)

Prof. Dr. Murat İNCEOĞLU

İSTANBUL
2017

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

(TBK m. 116)

LIABILITY FOR AUXILIARY PERSONS

Mine YAĞCI

114613015

Tez : Prof. Dr. Mehmet Murat (İstanbul Bilgi Ü. Hukuk F.)
Danışmanı İNCEOĞLU
Jüri Üyesi : Doç. Dr. Zekeriya (İstanbul Ü. Hukuk F.)
KURŞAT
Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Yalçın (İstanbul Bilgi Ü. Hukuk F.)
TOSUN

Murat
Zekeriya
Yalçın

Tezin Onaylandığı Tarih : 15 Haziran 2017

Toplam Sayfa Sayısı : 217

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Yardımcı kişi
- 2) İfa yardımcısı
- 3) Kullanma yardımcısı
- 4) Sözleşmesel sorumluluk
- 5) Sorumsuzluk anlaşması

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Auxiliary person
- 2) Subcontractor
- 3) Helper
- 4) Contractual obligation
- 5) Exclusion of liability

ÖNSÖZ

Çalışmam süresince bilgi, tecrübe ve değerli eleştirileri ile çalışmama ışık tutan tez danışmanım ve çok değerli hocam Sayın Prof. Dr. Murat İnceoğlu'na en içten teşekkürü bir borç bilirim.

Her daim bana güvenen ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen canım ailem Leyla Yağcı, Mustafa Metin Yağcı ve Doğan Yağcı'ya karşılıksız sevgileri, emekleri ve maddi manevi her türlü yardımları için sonsuz teşekkür ederim.

Ayrıca bu süreçte teşvik ve akademik katkıları ile her türlü yardım ve desteği sağlayan sevgili meslekdaşım Av. Adilcan Eldem'e ve desteklerini her zaman arkamda hissettiğim diğer meslekdaş ve dostlarıma içtenlikle teşekkür ederim.

Son olarak TÜBİTAK Yurt İçi Lisansüstü Burs Programı desteği ile bu çalışmaya sağladıkları maddi destek için Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

İÇ KAPAK	i
ONAY SAYFASI	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR.....	x
ABSTRACT	xii
ÖZ	xiv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA DAİR	
GENEL HUSUSLAR.....	4
1.1. GENEL OLARAK	4
1.2. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	5
1.3. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN	
GELİŞMESİNDE ETKİLİ OLAN TOPLUMSAL FAKTÖRLER	7
1.4. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN	
DAYANDIĞI HUKUKİ ESASLAR.....	10
1.4.1. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının dayandığı	
hukuki esaslar hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler.....	11
1.4.1.1. Temsil Görüşü	11
1.4.1.2. Araç Görüşü	12
1.4.1.3. Hâkimiyet Görüşü.....	13
1.4.1.4. Sonuç Vaadi Görüşü	13
1.4.1.5. Özen Görüşü	15
1.4.1.6. Garanti Görüşü	16
1.4.1.7. Tehlike Görüşü	17
1.4.1.8. Yarar ve Tehlike Görüşü.....	19

1.4.1.9. Sigorta Primi Görüşü.....	20
1.4.1.10. Aktif Menfaat Görüşü.....	21
1.4.1.11. Etki Alanı Görüşü	21
1.4.1.12. İsnadiyet Birliği Görüşü	22
1.4.1.13. Kusur Karinesi Görüşü	23
1.4.2. Görüşümüz.....	23
1.5. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	27
1.5.1. Eski Hukuk Sistemleri	27
1.5.1.1. Mecelle.....	27
1.5.1.2. Roma hukuku	28
1.5.1.3. Germen Hukuku.....	30
1.5.2. Yeni Hukuk Sistemleri.....	32
1.5.2.1. Fransız hukuku.....	32
1.5.2.2. Alman hukuku	32
1.5.2.3. İsviçre hukuku	33
1.5.2.4. Türk hukuku	36

İKİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN KAVRAMLAR	41
2.1. BORÇLU	41
2.1.1. Borçlunun Tanımı	41
2.1.2. Borçlu ve Benzer Kavramlar Arasındaki İlişki.....	42
2.1.2.1. İşveren İle Arasındaki İlişki.....	42
2.1.2.2. Adam Çalıştıran İle Arasındaki İlişki.....	42
2.2. YARDIMCI KİŞİ	43
2.2.1. Yardımcı Kişinin Tanımı.....	43
2.2.1.1. Genel Olarak.....	43
2.2.1.2. Bilgisayar Programlarının ve Araçların Durumu	46
2.2.2. Yardımcı Kişinin Türleri.....	48

2.2.2.1. Tevdi Edilen İşin Niteliğine Göre: İfa Yardımcısı ve Kullanma Yardımcısı.....	48
2.2.2.2. Yardımcı Kullanmanın Caiz Olup Olmamasına Göre: Caiz Olan ve Caiz Olmayan Yardımcı Kişi.....	50
2.2.2.3. Yardımcının Ekonomik Olarak Borçluya Bağımlı Olup Olmamasına Göre: Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi	54
2.2.2.4. Yardımcı Şahsın Kimin İşçisi Olduğuna Göre: Alacaklının İşçisi Olan ve Borçlunun İşçisi Olan Yardımcı Kişi	57
2.2.3. Yardımcı Kişi ve Benzer Kavramlar Arasındaki İlişki.....	59
2.2.3.1. İşçi İle Arasındaki İlişki.....	59
2.2.3.2. Organ İle Arasındaki İlişki	60
2.2.3.3. İradi Temsilci İle Arasındaki İlişki	62
2.2.3.4. Kanuni Temsilci İle Arasındaki İlişki	63
2.2.3.5. TBK m. 66 Anlamında Çalışan İle Arasındaki İlişki.....	66
2.2.3.6. Alt Vekil İle Arasındaki İlişki	67
2.2.3.7. Alt Kiracı İle Arasındaki İlişki	72
2.2.3.8. Alt Yüklenici İle Arasındaki İlişki.....	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI.....	77
3.1. BORÇLU İLE ZARAR GÖREN KİŞİ ARASINDA BİR BORÇ İLİŞKİSİNİN VARLIĞI	77
3.1.1. Borç İlişkisinin Kaynakları.....	79
3.1.1.1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkisi	79
3.1.1.2. Kanundan Doğan Borç İlişkisi.....	82
3.1.1.3. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkisi.....	83
3.1.1.4. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkisi	85
3.1.1.5. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Borç İlişkisi	85
3.1.2. Borç İlişkisinin İçerdiği Yükümlülükler.....	86
3.1.2.1. Edim Yükümlülükleri ve Yan Yükümlülükler Ayrımı	86

3.1.2.1.1. Edim Yükümlülükleri.....	87
3.1.2.1.1.1. Asli Edim Yükümlülükleri.....	87
3.1.2.1.1.2. Yan Edim Yükümlülükleri.....	88
3.1.2.1.2. Yan Yükümlülükler	91
3.1.2.1.2.1. Genel Olarak.....	91
3.1.2.1.2.2. İfaya Yardımcı Yan Yükümlülükler	92
3.1.2.1.2.3. Koruma Yükümlülükleri.....	94
3.1.2.1.2.4. Özel Olarak Sözleşme Öncesi Görüşmelerde Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk	96
3.1.2.2. Olumlu Edim Yükümlülükleri ve Olumsuz Edim Yükümlülükleri Ayrımı.....	100
3.2. BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN BORCUN İFASININ VEYA BİR BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN HAKKIN KULLANILMASININ YARDIMCI KİŞİYE BIRAKILMASI.....	104
3.2.2. Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanımına Fiilen Katılmış Olması.....	105
3.2.3. Borçlunun Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanılmasına Katılmasına Rıza Göstermesi.....	108
3.3. YARDIMCI KİŞİNİN BORCA AYKIRI BİR DAVRANIŞLA DİĞER TARAF ZARAR VERMESİ	112
3.4. FARAZİ KUSUR	119
3.4.1. Yardımcı Kişinin Kusurlu Olması Gerektiğini Savunan Görüş	119
3.4.2. Kusursuz Sorumluluk Görüşü	121
3.4.3. Borçlunun Farazi Kusurunun Bulunması Gerektiğini Savunan Görüş	123

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN HUKUKİ SONUÇLARI.....	131
4.1. BORÇLUNUN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ	131
4.1.1. Genel Olarak.....	131

4.1.2. Tazminatın Kapsamının Belirlenmesi.....	133
4.1.2.1. Meydana Gelen Zararın Hesaplanması	133
4.1.2.2. Tazminatın Kapsamını Etkileyen Diğer Unsurlar	135
4.1.2.2.1. Borçlunun Farazi Kusurunun Ağırlık Derecesi.....	136
4.1.2.2.2. Zararın Doğmasında veya Artmasında Zarar Görene	
İsnat Edilebilecek Olan Davranışların Varlığı.....	137
4.1.2.2.2.1. Zarar Görenin Kendisinin Zararın Doğmasında veya	
Artmasında Etkili Olan Davranışlarda Bulunması	137
4.1.2.2.2.2 Zarar Görenin Yardımcısının Zararın Doğmasında ve	
Artmasında Etkili Olan Davranışlarda Bulunması	142
4.1.2.2.3. Borçlunun Ekonomik Durumu	144
4.1.2.2.4. Diğer Hâl ve Şartlar	144
4.1.3. Zamanaşımı	144
4.2. BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN DOLAYI	
SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VEYA TAMAMEN	
KALDIRILMASI.....	146
4.2.1. Genel Olarak Sorumsuzluk Anlaşmaları.....	146
4.2.2. Borçlunun Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Dolayı Sorumluluğunu	
Sınırlandıran veya Tamamen Ortadan Kaldıran Anlaşmalar	153
4.2.2.1. Kural: Yardımcı Kişilerin Her Türlü Kusuru İçin	
Sorumluluğun Sınırlandırılabilmesi veya Tamamen	
Kaldırılabilmesi.....	153
4.2.2.2. Borçlunun Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Dolayı	
Sorumluluğunu Sınırlandıran veya Tamamen Ortadan Kaldıran	
Anlaşmaların Sınırları.....	157
4.2.2.2.1. Sözleşme Özgürlüğünün Genel Kanuni Sınırları.....	158
4.2.2.2.2. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluğun	
Sınırlandırılmasına veya Kaldırılmasına İlişkin Anlaşmalara Özgü	
Sınırlar	161

4.2.2.2.1. Sorumluluğunun Uzmanlık Gerektiren ve Kanun veya Yetkili Makamın İzni İle Yürütülen Bir Hizmet, Meslek veya Sanattan Doğması.....	163
4.2.2.2.2. Sorumluluğun Borçlu İle Alacaklı Arasındaki Bir Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklanması.....	165
4.2.2.3. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluğun Kaldırılmasına veya Sınırlandırılmasına İlişkin Anlaşmaların Kanuni Sınırlara Aykırı Olmasının Sonuçları	171
4.3. SORUMLULUK VE RÜCU İLİŞKİSİ.....	176
4.3.1. Borçlu İle Zarara Uğrayan Alacaklı Arasındaki Sorumluluk İlişkisi	176
4.3.2. Yardımcı Kişi İle Zarara Uğrayan Alacaklı Arasındaki Sorumluluk İlişkisi.....	177
4.3.3. Borçlu İle Yardımcı Kişi Arasındaki Rücu İlişkisi.....	181
4.3.4. Müteselsil Borçluların Müşterek Bir Yardımcı Kişiden Dolayı Sorumluluğu	184
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	188
KAYNAKÇA	203

KISALTMALAR

AnkBD	:	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	:	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	:	bakınız
c.	:	cümle
C	:	cilt
dn.	:	dipnotu
DÜHFD	:	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
e. t.	:	erişim tarihi
E.	:	Esas
f.	:	fıkra
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HPD	:	Hukuki Perspektifler Dergisi
HMK	:	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İşK	:	4857 sayılı İş Kanunu
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
KTK	:	2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
m.	:	madde
MHAD	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÜHF - HAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No	:	Numara

s.	:	sayfa
S	:	Sayı
T	:	tarih
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
Y	:	Yıl
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

ABSTRACT

This dissertation was designed to focus on the liability for the associates whose execution area is constantly increasing in accordance with the social requirements. In the modern legal systems, getting assistance of an associate is allowed in principle and a distribution of responsibilities is regulated with regard to the balance between the obligee and the obligor according to the benefits which are granted by means of applying the associates because of that delegation of the performance of an obligation or the exercise of a right arising from a contractual obligation to the associates becomes inevitable in the economic structure which is based on the division of labor and specialization of the our present age. In view of this, the purpose of this study is to analyze the Article 116 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 stipulating that the obligor who delegates the performance of an obligation or the exercise of a right arising from a contractual obligation to an associate is liable to the other party for any loss or damage the associate causes in carrying out such tasks in detail within the framework of the principles of modern law of damages. To this end, this study has drawn upon social factors being effective on development of the liability, legal principles on which the liability is based, historical background of the liability, doctrine, related article of the source of law, related articles, preamble and commission reports of the Turkish Code of Obligations No. 6098, related articles of the other laws and trial practices.

In this study, the concepts of “the associate” and “the obligor” have been identified by comparing them with similar concepts in terms of their distinctive qualities to determine the scope and boundaries of the liability for the associates. In addition, the study also analyses the terms and legal consequences of the liability particularly with regard to compensation obligation, limitation or exclusion of liability, recourse and liability relationship among the obligor, the obligee and the associate.

Keywords:

- 1) Auxiliary person
- 2) Subcontractor
- 3) Helper
- 4) Contractual obligation
- 5) Exclusion of liability

ÖZ

Çalışmamızın konusunu toplumsal ihtiyaçlarla paralel olarak uygulama alanını günden güne arttırmakta olan “Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” kurumu oluşturmaktadır. Çağımızın iş bölümü ve uzmanlaşmaya dayalı ekonomisinde bir borcun ifasında veya bir hakkın kullanılmasında yardımcı kişilere başvurulması kaçınılmaz bir hâle geldiğinden, modern hukuk sistemlerinde kural olarak yardımcı kişi kullanımına müsaade edilerek, ortaya çıkan özel sorumluluk ilişkisinin borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat durumu gözetilerek düzenlenmesi tercih edilmiştir. Bu kapsamda tez çalışmamızda, borçlunun, bir borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanımını kısmen veya tamamen bırakmış olduğu yardımcı kişilerin borca aykırı davranışları ile alacaklıya vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğunu konu alan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 116’ncı maddesinin modern tazminat hukuku çerçevesinde kapsamlı şekilde değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaçla çalışma sürecinde sorumluluğun gelişmesinde etkili olan toplumsal faktörlerden, sorumluluğun dayandığı hukuki esaslardan, sorumluluğun tarihi gelişiminden, öğretilerde ileri sürülen görüşlerden, mehz kanunun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerinden, gerekçesinden ve komisyon tutanaklarından, diğer kanunlardaki ilgili hükümlerden ve yargı uygulamasından yararlanılmıştır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun kapsam ve sınırlarının belirlenmesi amacı ile çalışmamızda “borçlu” ile “yardımcı kişi” kavramları ayırt edici unsurları çerçevesinde benzer kavramlar ile karşılaştırmalı olarak ele alınmış, sorumluluğun tesisi için gerekli şartlar ve özellikle tazminat yükümlülüğü, sorumsuzluk anlaşmaları ile borçlu, yardımcı kişi ve alacaklı arasındaki sorumluluk ve rücu ilişkisi bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun sonuçları detaylı şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

- 1) Yardımcı kişi
- 2) İfa yardımcıı
- 3) Kullanma yardımcıı
- 4) Sözleşmesel sorumluluk
- 5) Sorumsuzluk anlaşması

Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

TBK m. 116

GİRİŞ

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk modern hayatın zorunlu kıldığı bir kusursuz sorumluluk türüdür. Modern toplumlarda ifa sürecinin giderek daha komplike bir hâl alması, mal ve hizmet üretimine yönelik ihtiyacın devamlı artış göstermesi ve teknik alanların yaygınlaşması ile işin niteliği, kişilerin birçok hâlde ifayı tek başına gerçekleştirememesine ve bu kapsamda yardımcı kişilere duyulan ihtiyacın ciddi şekilde artmasına neden olmuştur. Bu durum özellikle ticari hayatta, mesleki uzmanlaşma trendi ve işbölümü odaklı bir yapının gelişmesini zorunlu hâle getirmiştir. Böylece, günümüzde borç ilişkilerine taraf olan kişilerin gerek borçların ifa edilmesi gerekse borç ilişkisinden doğan hakların kullanılması için yardımcı kişilere başvurmaktan kaçınmalarının ve tüm ifa sürecini tek başına sürdürmelerinin mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır. Özellikle ifa faaliyetinin çok sayıda yardımcı kişinin katıldığı, iş bölümü ve uzmanlaşma odaklı organizasyonel bir yapı dâhilinde yürütüldüğü büyük şirketler düşünüldüğünde, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğun yardımcı kişi kullanan borçlu ile alacaklı arasındaki risk ve menfaat dağılımı gözetilerek düzenleme altına alınmasının kaçınılmaz bir gereklilik olduğu açıkça görülmektedir.

Bununla birlikte, iş ve ticari yaşamda kaçınılmaz olarak kabul edilen iş bölümü ihtiyacı, borçlunun ifayı yardımcı kişilere bırakıp borç ilişkisinden kurtulmasına imkân vermemelidir. Bu kapsamda, kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 116 hükmü ile borçlunun sorumluluğunu yardımcı kişilerin fiillerini kapsayacak şekilde genişleterek hukuk kurallarını çağın ekonomik ihtiyaçları doğrultusunda revize etmiştir. Kanun koyucunun bu yaklaşımının temelinde haklı gerekçeler bulunmaktadır. Öyle ki, gerek borcun ifası gerekse borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması sırasında yardımcı kişi kullanarak etkinlik alanını

genişleten taraf, kullandığı yardımcı kişiler sayesinde ifa sürecine daha yoğun ve etkin şekilde etki edebilme imkânına kavuşmaktadır. Nimet külfete, külfet nimete göredir ilkesi uyarınca bu nimetin külfetinin de bulunması gerektiği açıktır. Buna göre, yardımcı kişi kullanarak etkinlik alanını genişleten tarafın, bunun rizikosuna da katlanması gerekecektir. Üstelik zarara uğrayan alacaklı ifa sürecine etki etme olanağından genellikle yoksundur.

Bunun yanı sıra, borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifasına tesadüfen de olsa dâhil olan bir üçüncü kişiye başvurmakta, hâlihazırda bir borç ilişkisi içerisinde olduğu borçluya karşı harekete geçmek, borca aykırı bir davranışla zarara uğrayan alacaklı açısından daha avantajlı bir çözüm olduğu kadar hakkaniyete de uygundur. Zira borçlunun, yardımcı kişilerin borca aykırı davranışları ile borçlu ile arasında bir borç ilişkisi bulunan alacaklıya zarar vermiş olması sebebiyle meydana gelen zarardan dolayı sorumlu olacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı takdirde, alacaklı, ancak gerekli şartların bulunması hâlinde haksız fiil hükümlerine dayalı olarak yardımcı kişiye başvurabilecektir. Bu sonuç, haksız fiil sorumluluğunun özellikle zamanaşımı ve ispat yükünün dağılımı bakımından genel itibarıyla zarar gören açısından daha elverişsiz hükümler içermesi itibarıyla zarar gören tarafın aleyhine bir durum yaratmaktadır.

Çağımızın işbölümü ve uzmanlaşmaya dayalı ekonomisinde borçlunun bir çok hâlde ifayı tek başına gerçekleştirme olanağından yoksun olması ve ifa sürecinin pek çok aşamadan oluşan komplike yapısı içerisinde yardımcı kişilere başvurmanın adeta bir kural hâlinde gelmesi dolayısıyla, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk hükmü (TBK m. 116) önemini her geçen gün arttırmakta ve güncel ihtiyaçlarla paralel olarak sorumluluğun uygulama alanını genişleten birtakım teoriler ileri sürülmektedir. Nitekim, bu çalışmada yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmünün incelenmesine karar verilmesinin temelinde de söz konusu sorumluluğun uygulama açısından taşıdığı büyük önem ve TBK m. 116 hükmünün modern sorumluluk hukuku doğrultusunda yeniden yorumlanmasına duyulan ihtiyaç yatmaktadır.

“Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116)” başlıklı tez çalışmamız başlıca dört bölümden oluşmaktadır. “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğa Dair Genel Hususlar” başlıklı birinci bölümde genel olarak TBK m. 116 hükmünün konusu, sorumluluğun hukuki niteliği, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun gelişmesinde etkili olan toplumsal faktörler, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun dayandırıldığı hukuki esaslar ve sorumluluğun tarihsel gelişimi konularında açıklamalara yer verilmektedir. İkinci bölümde ise gerek TBK’nın 116’ncı maddesinin uygulama alanının tespiti gerekse çalışmamızda kullanılan temel kavramların kapsamının belirlenmesi açısından taşıdığı öneme istinaden, “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk Bakımından Önem Taşıyan Kavramlar” başlığı altında “borçlu” ve “yardımcı kişi” kavramları ele alınmıştır. Bu başlık altında özellikle bu kavramların ayırt edici özellikleri, türleri ve uygulamada sıklıkla karşılaşılabilecek olan benzer kavramlarla aralarındaki ilişkiler incelenmiştir. “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğun Şartları” başlıklı üçüncü bölümde ise, doktrinde ileri sürülen görüşler ve hukuk uygulaması kapsamında borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğunun şartları incelenerek sorumluluğun kapsam ve sınırlarının ortaya konulması amaçlanmıştır. Son olarak “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğu Hukuki Sonuçları” başlığını taşıyan dördüncü bölümde borçlunun tazminat yükümlülüğü, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğun sınırlandırılmasına veya tamamen kaldırılmasına ilişkin taraf anlaşmaları ile sorumluluk ve rücu ilişkisi ele alınmıştır. Çalışmamız, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu düzenleyen TBK’nın 116’ncı maddesine ilişkin görüş ve eleştirilere yer verdiğimiz “Sonuç” bölümü ile tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA DAİR GENEL HUSUSLAR

1.1. GENEL OLARAK

TBK'nın 116'ncı maddesinde, borçlunun, yardımcı kişilerin borca aykırı davranışları dolayısıyla meydana gelen zarardan dolayı sorumluluğu ve bu sorumluluğun taraflar arasında zararın doğumundan önce yapılacak bir sözleşme ile sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının şartları düzenlenmiştir. Buna göre, TBK m. 116 düzenlemesi;

“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

şeklindedir.

Burada borçlu, kendisinin borca aykırı davranış bakımından herhangi bir kusuru bulunmamasına rağmen, borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkın

kullanılmasını kısmen veya tamamen bıraktığı yardımcı kişilerin, bu vesileyle alacaklıya verdikleri zararlardan bizzat sorumlu tutulmaktadır.

1.2. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

TBK m. 116 hükmü gereğince, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, borçlunun borç ilişkisinden doğan borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını kısmen veya tamamen bıraktığı yardımcı kişinin borca aykırı davranışına dayandığından ötürü borca aykırılıktan kaynaklanan bir sorumluluktur. Kural olarak her şahıs ancak kendi borca aykırı davranışlarından dolayı sorumludur. Ancak bu esasa, borcun üçüncü bir kişinin davranışları ile ihlal edildiği bazı durumlarda istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan birini TBK'nın 116'ncı maddesinde düzenlenen "yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk" hükmü oluşturmaktadır. Bu kapsamda, TBK m. 116 uyarınca borçlunun sorumluluğu, kendisinin değil, başkasının davranışından doğan bir sorumluluk hâlidir. TBK m. 116 gereğince, borçlu, bir yardımcı kişinin borcunun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasına katılmasına onay verdiği takdirde, bu kişinin verdiği zarardan, sanki bu zararı kendisi vermiş gibi sorumlu tutulmaktadır¹.

Türk borçlar hukukunda, sorumluluk kusur prensibine dayanmaktadır. Kural olarak kanunda veya sözleşmede aksi belirtilmediği sürece, borçlu, borca aykırı davranışa kusuruyla sebep olmuş olmalıdır². Bununla birlikte, her ne kadar

¹ Kemal Reisoğlu, İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958, s. 28; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 832.

² Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 176; Aytekin Ataay, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım 5. Basım, s. 64; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016, s. 38; İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 12; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 19 ve s. 1082; Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008, s. 204; Altan Fahri Gülerci, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Bursa 2014, s. 20; Ali Naim İnan / Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 609; Mustafa Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 7; Kerem Cem Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015, s. 482; Rona Serozan: Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku Genel

borçlar hukukunda sorumluluğun temel şartı kişinin kusurlu olmasıysa da, kusur prensibi bazı hâllerde yer yer zayıflamakta hatta istisnai olarak bazı durumlarda yerini kusursuz sorumluluk prensibine bırakmaktadır³. Bu hâllerin başında TBK m. 116'da düzenlenmiş bulunan borçlunun, yardımcı kişilerin borcu ifa ederken alacaklıya verdikleri zarardan sorumluluğu gelmektedir. Bu hükme göre, borçlu, ne kendisinin ne de yardımcı kişilerin kusuru bulunmasına rağmen meydana gelen zarardan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Her ne kadar, hakim olan görüş çerçevesinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk için borçlunun farazî kusurunun bulunması gerektiği kabul edilmekteyse de⁴, söz konusu kusur gerçek anlamda bir kusur olmayıp, kusurlu olduğuna ilişkin bir fiksiyondan ibarettir⁵. Kaldı ki, sorumluluğun tesisi için yardımcı kişinin gerçekten kusurlu olması aransaydı dahi, TBK m. 116 gereğince yardımcı kişinin kusurlu fiilinden dolayı sorumlu olan kişi borçlu olduğundan dolayı, yine de borçlunun kusura dayalı sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁶. Dolayısıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından sorumluluğun temeli, kusura dayalı sorumlulukta olduğu gibi borçlunun borca aykırı davranışı gerçekleştirirken içinde bulunduğu durumun

Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016, s. 284; Halûk Tandoğan, Türk Mesuliyet (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 415; Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atillâ Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 874; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu / Reşad Kaynar, Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, İkinci Bası, İstanbul 1957, s. 189; Aydın Zevkliler / Şeref Ertaş / Ayşe Havutçu / Murat Aydoğdu / Emre Cumalıoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 312.

³ Aral, s. 181; Ataay, s. 72; Eren, 2017, s. 1083; Altan Fahri Gülerci / Ayşe Kılınç, 6098 sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 47; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul 2014, s. 357; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 284; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 887.

⁴ Demircioğlu, s. 272; Eren, 2017, s. 1104; Genç – Arıdemir, s. 264; Gülerci, s. 320; Gülerci / Kılınç, s. 256; Gündoğdu, s. 244; İnal, s. 484; Karaca, s. 53; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 560; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677; Nomer, s. 312; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 425; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 286; Tandoğan, Mesuliyet, s. 445; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 898.

⁵ Bu hususta detaylı bilgi için bkz: Aşağıda s. 123 vd.

⁶ Serozan, Borçlar Hukuku, s. 285; Zarife Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 108. Aksi görüşte bkz: Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Genişletilmiş 20. Bası, Ankara 2016, s. 679.

ahlaken kınanabilir olması değil, TBK m. 116 f. 1’de kendisine tazminat yükümlülüğü bağlanmış olan fiili durumun gerçekleşmesidir.

Yukarıda açıklandığı üzere, TBK m. 116 hükmü gereğince borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu kusur prensibine dayanmamaktadır. Ne var ki, doktrin ve uygulamada hakim olan görüş çerçevesinde TBK m. 116 gereğince sorumluluğun tesis edilmesi için “borçlunun, borcu şahsen ifa etmesi veya hakkı bizzat kullanması hâlinde de meydana gelen zarardan dolayı sorumlu tutulabilecek olması” şartının aranıyor olması dolayısıyla, TBK m. 116’da mutlak anlamda bir sonuç sorumluluğu öngörülmemiş olduğu ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından kusursuz sorumluluğun kusur sorumluluğu doğrultusunda yumuşatıldığı ifade edilebilecektir.

1.3. YARDIMCI KİŞİLERİN FİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN GELİŞMESİNDE ETKİLİ OLAN TOPLUMSAL FAKTÖRLER

Bir borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanılması hâlinde, yardımcı kişiyi söz konusu borç ilişkisine dâhil eden tarafın, onun işi yürüttüğü sırada karşı tarafa verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulması modern toplumlarda artan iş bölümünün, uzmanlaşmanın, genişleyen ve gelişen ticari hayatın ortaya çıkardığı bir sonuçtur. Geleneksel toplumdan modern topluma geçişle birlikte yaygınlaşan ve gelişen iş bölümü ve uzmanlaşma ihtiyacı, çalışma yaşamının giderek daha girift bir hâl alması, ticaretin genişlemesi ve hız kazanması ile günümüzde bir borcun yerine getirilmesi veya bir hakkın kullanılmasında yardımcı şahıslardan yararlanılması kaçınılmaz hâle gelmiştir⁷. Özellikle sanayi devrimi ile birlikte, ekonomik faaliyet alanının genişlemesiyle yüzlerce kişinin iş bölümü içerisinde çalıştığı son derece karmaşık yapılar ortaya çıkmış, böyle bir ortamda hukuken kişilerin bir borcun

⁷ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C – II (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı) İstanbul 1977, s. 190; Şenocak, s. 10 - 11.

ifasında veya bir hakkın kullanılmasında tek başına hareket etmeye zorlanması anlamsızlaşmıştır.

Bu ekonomik ve toplumsal gelişmelerle paralel olarak, günümüzde bir borç ilişkisine taraf olan kişiler, kişiliğin önemli ve belirleyici unsur olarak kabul edildiği özel nitelikteki hukuki ilişkiler dışında, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça borcu bizzat yerine getirmek veya haklarını şahsen kullanmak zorunluluğu altında bulunmamaktadır⁸. TBK'nın 83'üncü maddesinde, borcun bizzat ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlunun, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Sözgelimi, bir yüklenicinin üzerine aldığı ihale konusu işin yürütülmesinde mimar, mühendis, ustabaşı gibi yüzlerce kişi ve kimi zaman birden fazla alt yüklenici borç ilişkisinin ifasına katılabilmekte; kira sözleşmesinden doğan kiralanandan yararlanma hakkı aile üyeleri veya arkadaşlar ile birlikte kullanılabilir. Bu sebeple, modern hukuk sistemlerinde kanun koyucu yardımcı kişi kullanılmasına müsaade ederek ortaya çıkan özel hukuki sorumluluğu düzenlemeyi tercih etmiştir⁹.

⁸ Şener Akyol, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 60; Oğuzhan Ardıç / Emel Ersol, Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2009; Ayan, s. 361; İrfan Baştuğ, Borçlar Hukuku "Genel Hükümler", 3 ncü Bası, Manisa 1984, s. 294; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Basım, Bursa 2016, s. 144 – 145; Ali Bozer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2007; Erdoğan, s. 119; Eren, 2017, s. 946; Erol Cansel / Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt – 1, Ankara 2014, s. 242; Feyzioğlu, s. 190 – 191; Gülerci / Kılınç, s. 219; Fatih Gündoğdu, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 234; Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979, s. 491 – 492; İnan / Yücel, s. 576; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2003; s. 65; İsmail Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2014, s. 144; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 584; Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Ondördüncü Baskı, İstanbul 2015, s. 273; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2016, s. 252 ; Turgut Önen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Göden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 1999, s.181; Reisoğlu, Safa, s. 295; Ferit H. Saymen/Halid K. Elbir, Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler İkinci Cilt, İstanbul 1958, s. 588; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 22; Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 441; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 767; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 327 ve s. 389; Tunçomağ, s. 832; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 163; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 293.

⁹ Ergin Korur, İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 1 ve orada dn. 3'de anılan Peter Portmann, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958, s. 42 - 43; Tunçomağ, s. 832.

Borçlunun bir borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanması hâlinde, alacaklı, kendisiyle sözleşme yapmadığı ve dolayısıyla bilgi ve kabiliyetinden emin olamayacağı üçüncü bir kişi ile karşı karşıya gelmektedir¹⁰. Üstelik alacaklının borcun ifasına etki etme olanağı da çoğu zaman bulunmamaktadır. Oysa borçlu, yardımcı kişi kullanarak etkinlik alanını genişletmekte, kullandığı yardımcı kişiler sayesinde ifa sürecine daha yoğun ve etkin şekilde etki edebilme imkânına kavuşmaktadır. Bu nedenle, borçlunun, borç ilişkisinden doğan yükümlerin yerine getirilmesinde yardımcı kişiden yararlanması hâlinde, bu kişinin sebep olacağı zararlardan da hakkaniyet gereği sorumlu olması gerekir.

Kaldı ki, alacaklının yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan sorumluluğuna ilişkin taleplerini doğrudan borçluya karşı ileri sürebilmesi pek çok açıdan kendisi için daha avantajlıdır. Borçlunun yardımcı kişilerden sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenlemenin getirilmemiş olması hâlinde, alacaklı, borçluyu yalnızca yardımcı kişiyi seçme, denetleme, gözetme ve ona talimat vermedeki kusurundan dolayı sorumlu tutabilecektir. Bu kapsamda, borçlunun seçme, denetleme ve talimat verme hususunda kusursuz olduğunun tespiti bakımından ispat yükü borçludaysa da, her bir somut olay açısından özen derecesinin tespitindeki zorluk göz önüne alındığında borçlunun gerekli özeni göstermemiş olmasına rağmen sorumlu tutulmaması riski oldukça büyüktür¹¹.

Bunun yanı sıra genellikle alacaklının, borçlunun faaliyet alanına etki etme ve denetleme imkânı bulunmadığından, yardımcı kişinin borca aykırı davranışlarına engel olma imkânı olmadığı gibi, çoğu zaman borçlunun faaliyet sahasında kimin davranışının zarara yol açtığını ve zararın ortaya çıkmasında üçüncü kişilerin kusurunun etkili olup olmadığını belirleme imkânı dahi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, alacaklının, zarara yol açan kişileri haksız fiil uyarınca sorumlu

¹⁰ Şenocak, s. 6.

¹¹ Şenocak, s. 6 - 7.

tutması çoğu zaman bu kişiler kusurlu olsa dahi mümkün olmamaktadır. Kaldı ki, dikkat edilmesi gereken bir husus da, yardımcı kişinin borca aykırı davranışının haksız fiilin şartlarını sağlamaması hâlinde, alacaklının hiçbir şekilde yardımcı kişiyi sorumlu tutma imkânının olmamasıdır. Öte yandan, alacaklı haksız fiil oluşturan davranışları nedeniyle yardımcı kişileri sorumlu tutabilse dahi, genellikle yardımcı kişilerin söz konusu tazminat borcunu ifa etmesi ekonomik açıdan güçsüz olmaları sebebiyle oldukça güçtür¹².

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, alacaklının, borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına katılan yardımcı kişinin sebep olduğu zararın tazminini sağlayabilmesi için, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğunu öngören bir düzenlemenin bulunması gerekir.

1.4. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI HUKUKİ ESASLAR

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu olması gereğinin büyük ölçüde gelişen iş ilişkileri neticesinde ortaya çıktığı yukarıda açıklanmıştır. Bununla birlikte, bu şekilde bir toplumsal ihtiyaca dayalı olarak bir sorumluluğun normlaştırılması için bu norm ile öngörülen sorumluluk rejiminin birtakım hukuki haklılık sebepleri taşıması gerekir. Normun taşıdığı hukuki haklılık sebepleri aynı zamanda söz konusu normun hukuk düzeni içerisindeki yerinin, etkilerinin ve söz konusu normun ne şekilde yorumlanacağına tespiti açısından da önem taşımaktadır¹³. Bu kapsamda, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında bir başkasının zarara sebebiyet veren fiilleri dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulabilmesi için doktrinde pek çok haklılık sebebi ileri sürülmüştür. Aşağıda öncelikle borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu haklı kılan sebeplere ilişkin olarak ileri sürülen başlıca görüşler incelenmekte, ardından ise konuya ilişkin kendi görüşlerimize yer verilmektedir.

¹² Şenocak, s. 7 - 8.

¹³ Şenocak, s. 11.

1.4.1. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kavramının dayandığı hukuki esaslar hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler

1.4.1.1. Temsil Görüşü

Doktrinde başta Dreyer olmak üzere bazı hukukçular, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmasını, yardımcı kişiyi borçlunun bir temsilcisi olarak ele alarak açıklamaktadır¹⁴. Bu görüşe göre, borçlunun yardımcı kişiden dolayı sorumluluğu, yardımcı kişinin borcun ifasında borçlunun bilgi ve iradesi dâhilinde onun temsilcisi olarak hareket etmesi gerçeğine dayanmaktadır¹⁵. Borçlu, yardımcı kişiye üstlendiği bir işin yerine getirilmesinde kendisini temsil yetkisini vermiştir. Bir temsilcinin tasarrufu temsil edilen açısından bizzat kendi yapmışçasına bağlayıcı olduğundan dolayı, borçlunun, kendisinin bir temsilcisi durumunda olan yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumlu olması gerekir¹⁶. Böylece borçlu fiilen başkası tarafından gerçekleştirilen ancak hukuken kendisine ait olan fiilden sorumlu olur¹⁷.

Bu görüş, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu sadece hukuki işlemlerde geçerli olan temsil kurumu ile açıklaması dolayısıyla maddi fiiller icra eden yardımcı kişilerin sorumluluğu açısından bir hakkaniyet sebebi olarak değerlendirilemez¹⁸. Zira tez konumuz bakımından borçlunun iradesi, yardımcı kişi tarafından bir sözleşme kurulmasına değil, borç ilişkisinden doğan birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelmektedir.

¹⁴ Korur, s. 14-15; Şenocak, s. 23 ve orada dn. 60'da anılan H. Dreyer, Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? Verhandlungen des Siebenzehnten deutschen Juristentages, Erster Band, s. 94 vd. Bu hukukçulardan Dreyer, yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılmasına ilişkin görüşlerini, işverenin işçilerden dolayı sorumluluğu özelinde açıklamaktadır.

¹⁵ Şenocak, s. 23 vd.

¹⁶ Korur, s. 14 - 15.

¹⁷ Şenocak, s. 23 vd.

¹⁸ Korur, s. 15; Şenocak, s. 24.

1.4.1.2. Araç Görüşü

Bu görüşe göre, yardımcı kişi yalnızca borçlunun emir ve talimatlarını yerine getirmekte, serbest iradesi ile bir davranışta bulunmamaktadır. Bu sebeple, yardımcı kişi adeta bir araç gibi kabul edilmeli ve bundan dolayı, aynı bir aracın zarar vermesi hâlinde, onu kullanan kişinin sorumlu tutulması durumunda olduğu gibi, yardımcı kişinin fiillerinden dolayı da doğrudan doğruya borçlu sorumlu tutulmalıdır. Öte yandan, yardımcı kişi olarak borç ilişkisine katılan kişinin serbest iradesi ile hareket etmesi hâlinde yardımcı kişi vasfı sona ereceğinden, bu durumda borçlunun bu kişilerden dolayı sorumluluğunun söz konusu olamayacağını kabul edilmesi gerekmektedir¹⁹. Dolayısıyla, bu görüş doğrultusunda, kendi kararıyla borçlunun emir ve talimatları dışında alacaklıya bir zarar veren yardımcı kişinin fiillerinden dolayı borçlunun sorumluluğu söz konusu değildir.

Bu görüş, doktrinde özellikle yardımcı kişiyi, sahibinin emir ve talimatları olmaksızın hareket etme kabiliyetine sahip olmayan, iradeden yoksun bir “alet” olarak görmesi sebebiyle eleştirilmektedir²⁰. Bu haklı eleştirinin yanı sıra, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu normuna esasen yardımcı kişinin borçlunun talimatına rağmen veya borçlunun talimatı dışında karşı tarafa zarar vermesi hâllerinde ihtiyaç duyulmaktadır. Zira yardımcı kişinin borçlunun hatalı talimatları sebebiyle karşı tarafa bir zarar vermesi hâlinde, borçlu öncelikli olarak kendi kusurundan dolayı sorumludur. Dolayısıyla yardımcı kişinin kendi iradesine göre hareket ederek borçlunun emir ve talimatı dışına çıktığı durumlarda, borçlunun bu sebeple karşı tarafın uğradığı zarardan sorumlu olmayacağını kabul eden görüş normun amacına da uygun düşmemektedir.

¹⁹ Korur, s. 13; Şenocak, s. 24 - 25 ve orada s. 24 dn. 69’da anılan O. Mayer, Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften? (Code Civ. Art. 1384), Verhandlungen des Siebenzehnten deutschen Juristentages, Erster Bend, Berlin 1884, s. 134 vd.

²⁰ Korur, s. 13, Şenocak, s. 25.

1.4.1.3. Hâkimiyet Görüşü

Kurucusu olarak Von Gierke'in gösterildiği bu görüşe göre, başkasının kusurundan doğan tüm sorumlulukların kökeninde eski zamanın aile birliği kurumu bulunmaktadır. Evin reisi ve aile bireyleri arasında olan ilişkinin bir benzeri de borçlu ve yardımcı kişi arasında bulunmaktadır. Yardımcı kişiler borçlunun otoritesi altında hareket etmektedir ve ona tabi durumdadırlar. Bu hâkimiyet ilişkisi nedeniyle, bu şahısların sebep oldukları zarardan kendisine tabi buldukları borçlunun sorumlu olması gerekir²¹.

Kişilerin kendi hâkimiyet alanına giren şahıslardan dolayı sorumlu olması gerektiğini ileri süren bu görüş, borçlunun, kendisiyle herhangi bir tabiiyet ilişkisi bulunmaksızın bağımsız olarak faaliyet gösteren bir yardımcı kişiden dolayı sorumluluğunu açıklayamaması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir²².

1.4.1.4. Sonuç Vaadi Görüşü

Burchardi tarafından savunulan bu görüş yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu borcun konusundan hareketle sonuç vaadine dayandırmaktadır. Buna göre, bir sonuç vaadinde bulunan kişi bu sonuca ulaşmak için elverişli vasıtalar kullanmak durumundadır. Bir sonuç vaadinde bulunan borçlunun bu sonuca ulaşmak için başvurduğu yardımcı kişinin işin görülmesi sırasında kusurlu davranması hâlinde, yardımcı kişinin bu işin görülmesi için yeterli bir vasıta olmadığı sonucuna varılabilecek ve bu sebeple borçlu meydana gelen zarar sebebiyle sorumlu tutulabilecektir²³. Bu noktada, aslında yardımcı kişinin kusurlu olması hâlinde doğrudan borçlunun da taahhüt edilen sonuca elverişli bir vasıtayı seçmede kusurlu davrandığı varsayılarak, yardımcı kişi ile borçlu, taahhüt edilen sonuca

²¹ Korur, s. 13 - 14 ve orada dn. 4'de O. Von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, s. 803; Şenocak, s. 19 - 20.

²² Şenocak, s. 22.

²³ Şenocak, s. 14 ve orada dn. 20'de anılan R. J. Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen, Kiel 1861, s. 110 vd. ve s. 131 vd.

ulaşma konusunda hukuki açıdan adeta tek bir kişi olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu görüşe göre, borçlunun yardımcı kişinin kusurundan sorumluluğu, bu kişinin sadece yükümlülüğu kapsamındaki davranışlarıyla sınırlıdır; yardımcı kişinin tamamen yükümlülük çerçevesinin dışında davranmış olması hâlinde, onun sonuç borcunun ifasında vasıta olma özelliği ortadan kalkar.

Bu kapsamda, Burchardi yapma yükümlülüğu doğuran borçları “maddi edime ilişkin borçlar” ve “hizmet edimine ilişkin borçlar” olarak ikiye ayırmaktadır. Buna göre, maddi edime ilişkin borçlarda bir sonucun gerçekleştirilmesi taahhüt edildiğinden, borçlu, kural olarak bu sonucun gerçekleşmemesinden dolayı alacaklıya karşı sorumlu olur. Öyle ki, bu sonucun gerçekleşmemesinin borçlunun şahsi kusuruna dayanmaması ve yalnızca yardımcı kişinin kusurundan kaynaklanıyor olması da bu sonucu deđiřtirmemektedir²⁴.

Bununla birlikte, Burchardi günümüzde eser sözleşmesi olarak nitelendirilen bir eser meydana getirme borcunu ve bugün kullandığımız anlamda hizmet sözleşmesi çerçevesinde borçlanılan hizmet edimlerini birlikte “hizmet edimi” başlığı altında değerlendirmekte ancak yardımcı kişilerden sorumluluk bağlamında bu iki kuruma farklı sonuçlar bağlamaktadır. Gerçek anlamda hizmet edimlerinde borçlunun sorumluluğu yardımcı kişinin seçilmesi ile sınırlıdır. Bir başka ifadeyle, borçlu yalnızca yardımcı kişinin seçimindeki kusurundan dolayı sorumludur. Bununla birlikte, borçlunun günümüzdeki anlamda eser sözleşmesi çerçevesinde taahhüt edilen bir yükümlülüğün ifasında yardımcı kişiden yararlanması hâlinde, burada bir sonuç vaadi söz konusu olduğu için, maddi edime ilişkin borçlarda olduğu gibi borçlu taahhüt edilen sonucun gerçekleşmemesi dolayısıyla yardımcı kişi tek başına kusurlu olsa dâhi sorumlu olur²⁵.

²⁴ şenocak, s. 14.

²⁵ şenocak, s. 14.

Bu görüş doktrinde, bir sonuç vaadinin söz konusu olmadığı sözleşmelerde, Burchardi'nin sonuç vaadinden hareketle belirlediği prensiplere dayanılmayacağından dolayı, uygulama alanının oldukça sınırlı olması ve sözleşmeye dayanmayan borç ilişkilerinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından haklılık sebebi oluşturmaması gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir²⁶.

1.4.1.5. Özen Görüşü

Doktrinde öncelikle Enneccerus tarafından savunulan bu görüşe göre, bir borcu yerine getirme taahhüdü altında giren kişi, bu borcu yerine getirmek için gerekli özenin gösterilmesi hususunda da sorumludur. Bu kapsamda, gerekli özenin gösterilmesi bakımından, borcun, borçlu ya da üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesi bir önem taşımaz. Zira, bir borcu ifayı taahhüt eden kişi kendi özeninden sorumluyken, bir borcun üçüncü kişi tarafından ifasını taahhüt eden kişi de üçüncü kişinin özeninden sorumlu olacaktır. Dolayısıyla işin görülmesini yardımcı kişiye bırakan borçlunun da yardımcı kişinin özeninden sorumlu olması gerekir²⁷.

Bu görüş doktrinde, borçlunun başkasının edimini değil, edimin başkası tarafından gereği gibi yerine getirilmesi için kendisinin gereken özeni göstereceğini; bir başka ifadeyle, başkasının özenini değil, kendisinin işin gereği gibi yerine getirilmesi hususunda gerekli özeni göstereceğini borçlanması gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir²⁸. Bunun yanı sıra, bu görüş, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu “ifanın taahhüt edilmesi” yoluyla açıkladığı için, borç ilişkisinin sözleşmeden doğmadığı durumlar bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun haklılığını ortaya koyamamaktadır.

²⁶ Şenocak, s. 14 - 15.

²⁷ Korur, s. 15; Şenocak, s. 15 - 16 ve orada dn. 23'de anılan L. Enneccerus, Stenographische Berichte: Zweite Sitzung der ersten Abteilung am 12. September, Verhandlungen des Siebenzehnten deutschen Juristentages, Zweiter Band, Berlin 1885, s. 102.

²⁸ Korur, s. 16; Şenocak, s. 16.

1.4.1.6. Garanti Görüşü

Doktrinde oldukça kabul görmüş olan bir diğer görüş ise, edim vaadinde bulunan kişilerin gerek kendileri gerekse ifaya katılan üçüncü kişiler tarafından edimin gereği gibi yerine getirileceği hususunda zımni bir garanti vermiş olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, borçlu, bir borca taraf olmakla, aynı zamanda bu kapsamda yerine getirmeyi taahhüt ettiği edimlerin gerektiği şekilde yerine getirilmesini de karşı tarafa taahhüt etmektedir. Taahhüt edilen edimlerin gereği gibi yerine getirilmesi garantisini bakımından, işin bir başkasına yaptırılmış olması borçluyu sorumluluktan kurtarmaz. Yardımcı kişi kullanan borçlu, onun fonksiyonunun gerektirdiği bilgi, kabiliyet ve ehliyete sahip olduğuna ve onun kusurlu davranarak karşı tarafı zarara uğratmayacağına ilişkin bir garanti vermektedir. Dolayısıyla yardımcı kişi tarafından bu işin görülmesi sırasında karşı taraf borcun ifası sebebiyle bir zarara uğrayacak olursa, borç gereği gibi ifa edilmemiş sayılacağı için borçlunun sorumluluğu söz konusu olur²⁹.

Bu görüşü savunan yazarların edimin gereği gibi yerine getirileceğine ilişkin zımni bir garanti verildiği varsayımı, edimin gereği gibi yerine getirilmesinin değil, böyle bir sonuca varmak için gerekli çabanın gösterileceğinin taahhüt edildiği sözleşmeler bakımından yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun haklılığını açıklamak konusunda yetersiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁰. Öte yandan, sözleşmeden kaynaklanmayan borç ilişkileri bakımından, söz konusu garanti taahhüdüne ilişkin karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının bulunduğu yorum yoluyla dâhi çıkartılamayacağı için bu görüşün uygulama alanı oldukça sınırlıdır.

²⁹ Korur, s. 16; Şenocak, s. 17.

³⁰ Korur, s. 16.

1.4.1.7. Tehlike Görüşü

Doktrinde bir grup yazar³¹, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu tehlike sorumluluğu olarak ele almakta ve borçlunun yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan dolayı salt bu zarar dolayısıyla sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir³².

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak gören yazarlardan Rumelin'e göre, kişilerin bir araya gelmeleri ve kişisel menfaatlerin temas noktalarının çoğalmasıyla kişiler arasında çatışma ve anlaşmazlık çıkma ihtimali artar. Bir diğer ifadeyle, borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanılması alacaklının zarara uğraması tehlikesine yol açar. Bu suretle ortaya çıkan tehlike, ancak kusurlu şekilde zarara sebebiyet verdiği takdirde tazminat sorumluluğuna yol açabilecek olan tabii yaşam fonksiyonlarının yarattığı tehlikenin üzerinde olduğu takdirde, kusursuz sorumluluk söz konusu olur³³. Buna göre, borçlu, yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan salt bu zarar nedeniyle, ne yardımcı kişinin ne de kendisinin kusuru aranmaksızın sorumlu olur³⁴.

Bununla birlikte, doktrinde borçlunun yardımcı kişi kullanarak alacaklının menfaatlerini tehlike altına soktuğunun ileri sürülmesi yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu haklı kılan bir sebep olarak abartılı bulunmaktadır³⁵. Özellikle borçlunun üstlendiği borcun uzmanlık gerektirdiği durumlarda, borçlunun yardımcı kişi kullanmak yerine borcu bizzat ifa etmesinin alacaklı açısından daha tehlikeli olabileceği görüşü haklı olarak savunulabilecektir. Nitekim, endüstriyel

³¹ Şenocak, s. 25, dn. 73'de anılan yazarlar.

³² Korur, s. 20 - 21; Şenocak, s. 25 vd.

³³ Bu kapsamda, tabii yaşam fonksiyonları ve tehlike yaratan davranış arasındaki sınırın çizilmesi bakımından, davranışın yaygınlığı, bu davranışa olan ihtiyaç, yaratılan tehlikenin boyutu gibi kıstaslar esas alınmalıdır. Şenocak, s. 25 - 26.

³⁴ Korur, s. 20; Şenocak, s. 25 - 26.

³⁵ Şenocak, s. 27.

uzmanlaşma ve ekonomik iş bölümü trendi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk düzenlemesinin dayandığı en önemli sebeplerden biridir.

Borçlunun yardımcı kişi kullanması hâlinde tehlikeli bir durumun meydana geldiğini savunan bir diğer görüş ise, alacaklının bizzat kendi iradesiyle menfaatlerini riske attığını kabul etmekte ve bu sebeple borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olması gereğini borçlunun alacaklının menfaatlerini tehlikeye atmış olmasına değil, alacaklıya kıyasla söz konusu menfaatleri tehdit eden tehlike üzerinde daha fazla hâkimiyeti ve etkisi bulunmasına dayandırmaktadır³⁶. Bu görüşe göre, kişiler, insanlarla ilişkiler içerisine girmek suretiyle menfaatlerini belirli tehlikelere maruz bırakırlar. Bu suretle riske atılan menfaatleri tehdit eden tehlike bakımından zararın ortaya çıkmasında tamamen ya da diğer kişilere nazaran daha fazla etkisi olan tarafın doğan zararı taşınması gerekmektedir. Bu bakımdan, yardımcı kişi kullanıp kullanmama hususunda karar vermek, bu kişiyi seçmek, donatmak ve denetlemek imkânına sahip olan da borçlu olduğu için menfaatlerin bu türden bir riske atılması dolayısıyla meydana gelen zararın da borçluya isnat edilmesi gerekir³⁷.

Bu görüş ise, tehlikeyi taşıma prensibinin borçlunun yardımcı kişi kullanımından doğan tüm zararları taşınması gerektiği sonucuna yol açması; özellikle de alacaklının isteği üzerine belirli bir yardımcı kişi kullanıldığı durumlarda alacaklının da en az borçlu kadar tehlikeyi taşımaya yakın olmasına rağmen, bu durumda da borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olmaya devam etmesi sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir³⁸.

Bununla birlikte, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğunu tehlike esasına dayalı bir sebep sorumluluğu olarak yorumlayan bu görüşler, borçlunun işi bizzat yapması hâlinde sorumlu olmayacağı fiiller dolayısıyla, sırf iş

³⁶ Şenocak, s. 27, dn. 85'de anılan R. Müller-Erbach, Gefaehrdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910), s. 409 vd., özellikle s. 428.

³⁷ Şenocak, s. 27 - 28.

³⁸ Şenocak, s. 28.

yardımcı kişi tarafından yapıldığı için sorumlu olması sonucunu doğurduğundan dolayı da haklı olarak eleştirilmektedir³⁹.

1.4.1.8. Yarar ve Tehlike Görüşü

Unger başta olmak üzere doktrinde pek çok yazar⁴⁰, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluk düzenlemesinin haklılığını temelde alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin denkleştirilmesi gereği ile açıklamaktadır. Bu görüş taraftarları, öncelikli olarak alacaklı ve borçlunun farklı menfaatlerini değerlendirme yoluna gitmektedir. Buna göre, borçlu ile alacaklının menfaatlerinin çatışmasında alacaklının menfaatlerinin korunmasına öncelik tanınması gerekir. Yardımcı kişinin sebep olduğu zararlardan dolayı, alacaklıya, sadece haksız fiil hükümlerine dayalı olarak yardımcı kişiye başvurma imkânı tanınması hakkaniyete uymamaktadır. Yardımcı kişi kullanarak işini genişletme ve daha çok kazanç elde etme imkânı elde eden borçlunun yardımcı kişinin sebep olduğu zararlara da katlanması gerekir. Bu şekilde, alacaklının menfaati ile baskın çıkan borçlunun menfaati arasında denge kurulması mümkün olur⁴¹.

Bu görüş, gerek yardımcı kişinin kullanılmasının alacaklı açısından sağladığı faydaların göz ardı edilmesi gerekse borçlu nezdinde doğurduğu ilave masraf ve külfetlerin değerlendirilmemesi sebebiyle eleştirilmektedir⁴². Gerçekten de, borçlunun yardımcı kişi kullanması sadece borçluya değil, aynı zamanda alacaklıya da yarar sağlamaktadır. Zira, yardımcı kişi kullanılarak bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, her şeyden önce alacaklının menfaatinin

³⁹ Korur, s. 20 - 21.

⁴⁰ Şenocak, s. 29, dn. 92'de anılan J. Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*, JherHb 30 (1891), s. 389, 390.

⁴¹ Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul 1949, s. 144; Korur, s. 22; Şenocak, s. 28. Nitekim, yarar ve tehlike görüşünün temelini oluşturan "Bir işten yarar sağlayan kişinin o işin zararına da katlanması gerekir" prensibi, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun tesisine ilişkin olarak ileri sürülen pek çok görüşün özünde yer almaktadır.

⁴² Korur, s. 22.

zamanında ve gerektiği şekilde yerine getirilmesini sağladığı için alacaklının menfaatine de hizmet etmektedir.

Bunun yanı sıra, doktrinde gerek karşılıksız borç yükleyen sözleşmelerde karşılıksız olarak borç altına giren ve gerçek vekâletsiz iş görmede vekâletsiz iş gören tarafın, yardımcı kişiyi kendi menfaatine kullanmamasına rağmen, bu kişilerden dolayı sorumlu olmaya devam etmesi gerekse menfaatlerimize hizmet eden sayısız faaliyet olması sebebiyle, yarar elde edilen her bir faaliyetin sonuçlarından da sorumlu olunması gerektiği şeklinde genel bir kural çıkarılamayacak olması dolayısıyla bu görüşün yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğun tek başına dayanağı olamayacağı belirtilmektedir⁴³.

1.4.1.9. Sigorta Primi Görüşü

Bu görüş de yarar ve tehlike görüşünde olduğu gibi alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin denkleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak yarar ve tehlike görüşünden farklı olarak bu görüşe göre, yardımcı kişi kullanılması dolayısıyla ortaya çıkacak olan rizikonun denkleştirilmesi, yardımcı kişinin faaliyetinden elde edeceği yararlar değil, borçlunun elde edeceği karşı edimin miktarını rizikoyla orantılı olarak belirleyebilme imkânına dayandırılmaktadır. Buna göre, bir tür sigorta primi gibi, iş sahibi yardımcı kişilerin sebep olacağı zararları göz önüne alarak işin bedelini yükseltmekte ve bu yolla yardımcı kişi kullanılması sebebiyle ortaya çıkan rizikoyu karşı tarafa yüklemektedir. Buna karşılık olarak, sigortacının prime karşılık rizikoyu üstlenmesinde olduğu gibi, borçlunun da yardımcı kişinin sebep olduğu zararları yüklenmesi gerekir⁴⁴.

Doktrinde bu görüş işin bedelini icapla kabulün birlikte belirleyecek olmasının göz ardı edilmesi sebebiyle eleştirilmekte; bu kapsamda, alacaklının da yardımcı

⁴³ Şenocak, s. 30 - 31.

⁴⁴ Korur, s. 21 - 22; Şenocak, s. 30.

kişi kullanılması sebebiyle ortaya çıkan riskleri işin bedelini düşük tutarak karşılama imkânına sahip olduğu belirtilmektedir⁴⁵.

1.4.1.10. Aktif Menfaat Görüşü

Merkel tarafından ortaya atılan bu görüş, yardımcı kişi kullanılmasının her iki tarafın menfaatine hizmet ettiği gerçeğini kabul etmekle birlikte, borçlunun menfaatinin daha etkin olduğunu kabul etmekte ve bu sebeple de yardımcı kişinin fiilinden doğan zarara borçlunun katlanması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁶.

Bu görüş de, tehlike görüşünde olduğu gibi, borçlunun yardımcı kişi kullanması hâlinde sorumluluğunu aşırı şekilde ağırlaştırarak onun bizzat yapması hâlinde sorumlu olmayacağı fiiller dolayısıyla, sırf iş yardımcı kişi tarafından yapıldığı için sorumlu olması sonucunu doğurduğundan dolayı eleřtirilmektedir⁴⁷.

1.4.1.11. Etki Alanı Görüşü

Bu görüşe göre, borçlu kendi hâkimiyet alanından kaynaklanan zararlardan dolayı sorumlu olmalıdır⁴⁸. Alacaklı yardımcı kişi üzerinde seçme, denetleme veya yönlendirme gibi bir etkiye sahip değildir. Buna karşın, borçlu, yardımcı kişiye etkide bulunabilme imkânına sahip olduğundan, bu kişinin sebep olacağı olası riskleri azaltabilir ve onun gereği gibi hizmette bulunmasını garanti altında alabilir. Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu tutulması, onu yardımcı kişi üzerinde sahip olduğu hâkimiyeti daha özenli ve etkin şekilde kullanmaya teşvik edecektir.

⁴⁵ şenocak, s. 30.

⁴⁶ Korur, s. 21, dn. 26'da anılan R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg 1895, s. 151.

⁴⁷ Korur, s. 21.

⁴⁸ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: şenocak, s. 33, dn. 109.

Bu görüş, doktrinde öncelikle etki alanı kavramının sınırlarının objektif olarak belirlenememesi nedeniyle eleştirilmektedir⁴⁹. Bununla birlikte, etki alanı borçlunun fiilen ya da hukuken sahip olduğu bir yerle sınırlı hâkimiyet sahası olarak kabul edilse bile, doktrinde borçlu tarafından kullanılan yardımcı kişilerin de bağımsız bir kişiliğe sahip olması dolayısıyla yardımcı kişinin değil, ancak onun birtakım davranışlarının hâkimiyet sahasında olduğunun kabul edilebileceği belirtilmekte ve bu davranışların ne zaman yardımcı kişinin özel yaşamına ne zaman borçlunun etki alanına dâhil olduğunun belirlenmesinin mümkün olmaması sebebiyle, etki alanı görüşünün borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu açıklamak bakımından yetersiz olduğu ifade edilmektedir⁵⁰.

1.4.1.12. İsnadiyet Birliği Görüşü

Bu görüşe göre, bir borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanılması hâlinde, yardımcı kişinin gereği gibi olan davranışları kendisine yüklenen borçlu, onun gereği gibi olmayan edime ilişkin davranışlarından da sorumlu olduğu takdirde, alacaklı açısından yardımcı kişi kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tehlikeler ortadan kalkacaktır⁵¹. Zira, edime ilişkin gereği gibi olan ve olmayan davranışların bütününden aynı kişi sorumlu olduğu takdirde, sözleşmeden doğan borcu borçlunun bizzat ifa etmesi veya bunu başkasına yaptırması alacaklı açısından bir fark yaratmamaktadır⁵².

Doktrinde isnadiyet birliği olarak ifade edilen görüş, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğun hakkaniyet sebeplerini açıklamak bakımından yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu kapsamda, uygulamada yardımcı kişinin gereği gibi olan davranışından da gereği gibi olmayan davranışından da aynı kişi sorumlu olsa da, bu durumun kanun hükmünün bir sonucu olduğu, borçlunun

⁴⁹ Şenocak, s. 34.

⁵⁰ Şenocak, s. 34.

⁵¹ Şenocak tarafından belirtildiği üzere bu görüş Gernhuber tarafından ortaya atılmaktadır. Şenocak, s. 32 ve orada dn. 106'da anılan J. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, Tübingen 1983, s. 412 – 413.

⁵² Şenocak, s. 32.

yardımcı kişinin borca aykırı davranışından sorumlu olması gereğinin haklılığını açıklamak bakımından isnadiyet birliği görüşünün yetersiz kaldığı ifade edilmektedir⁵³.

1.4.1.13. Kusur Karinesi Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlar, yardımcı kişinin işi yerine getirdiği sırada karşı tarafa bir zarar vermiş olması hâlinde, karine olarak yardımcı kişiyi seçmek imkân ve iktidarına sahip olan borçlunun yardımcı kişiyi gereği gibi seçme hususunda kusurlu olduğu ve bu sebeple onun yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan sorumlu olması gerektiği sonucuna varmaktadır⁵⁴.

Bu görüş, yardımcı kişinin karşı tarafa bir zarar vermiş olması hâlinde, yardımcı kişinin seçiminde ve talimat verilmesinde kusurlu olup olmadığı incelenmeksizin doğrudan sorumlu tutulması gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁵. Öyle ki, borçlunun gerek yardımcı kişinin seçilmesi gerekse işin görülmesi amacıyla yardımcı kişiye talimat verilmesi bakımından hiçbir kusuru olmamasına rağmen, yardımcı kişi işin görülmesi sırasında karşı tarafa zarar vermiş olabilir. Kaldı ki, borçlu yardımcı kişinin seçiminde kusurlu olması hâlinde kendi kusurlu fiilinden dolayı TBK m. 114 gereğince zaten sorumlu olacağı için yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk normu esas itibarıyla borçlunun kendi kusuru bulunmamasına rağmen, yardımcı kişinin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulması açısından önem taşır.

1.4.2. Görüşümüz

Yukarıda incelediğimiz borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun hukuki gerekliliğini açıklamak amacıyla doktrinde ileri sürülmüş olan görüşler, söz konusu sorumluluğun uygulama alanına giren her bir durumu kapsayan genel

⁵³ Şenocak, s. 32 – 33.

⁵⁴ Korur, s. 19.

⁵⁵ Korur, s. 20.

bir prensip ortaya koyamamaktadır⁵⁶. Öyle ki, temsil görüşü maddi fiillerde bulunan yardımcı kişinin davranışlarından sorumluluğu sadece hukuki işlemlerde geçerli olan bir kurum ile açıklamaya çalışması, araç görüşü ise bağımsız bir birey olan yardımcı kişiyi sahibinin emir ve talimatları olmaksızın hareket etme kabiliyetine sahip olmayan, iradeden yoksun bir “alet” olarak görmesi dolayısıyla yerinde değildir.

Öte yandan, hâkimiyet görüşü borçlunun, kendisi ile herhangi bir tabiiyet ilişkisi bulunmaksızın bağımsız şekilde faaliyet gösteren yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu açıklayamamasından dolayı sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Benzer şekilde, sonuç vaadi görüşü sorumluluğu karşı tarafa bir sonucun gerçekleşmesinin taahhüt edilmesine dayandırdığından dolayı, bir sonuç vaadinin söz konusu olmadığı sözleşmeler ve sözleşmeye dayanmayan borç ilişkileri bakımından; özen görüşü, sorumluluğu “ifanın taahhüt edilmesi” yoluyla açıkladığı için, sözleşmeden kaynaklanmayan borç ilişkileri bakımından; garanti görüşü ise sorumluluğu edimin gereği gibi yerine getirileceğine ilişkin zımni bir garanti verildiği varsayımına dayandırdığından, hizmet ve vekâlet sözleşmeleri ile sözleşmeden kaynaklanmayan borç ilişkileri bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun haklılık sebebi olarak kabul edilemez.

Yine sorumluluğu tehlike prensibi ile açıklayan görüşler çoğu durumda borçlunun işi bizzat yapmasının alacaklı için daha tehlikeli olacağı göz ardı edilmesi ve aktif menfaat görüşünde olduğu gibi borçlunun işi bizzat yapması hâlinde sorumlu olmayacağı fiiller dolayısıyla, sırf iş yardımcı kişi tarafından yapıldığı için sorumlu olması sonucunu doğurması sebebiyle, yarar ve tehlike görüşü ise yardımcı kişinin faaliyetinden borçlu kadar alacaklının da fayda sağlaması dolayısıyla haklı olarak eleştirilmektedir.

Sigorta primi görüşü, pazarlık gücü bakımından karşı tarafa nispetle üstün olan borçlu bakımından bir derece kabul edilebilirse de, işin bedelinin borçlu ve

⁵⁶ Aynı görüşte bkz: Korur, s. 23; Şenocak, s. 38 vd.

alacaklının karşılıklı iradeleri çerçevesinde belirlenmesi ve bu kapsamda alacaklının da yardımcı kişi kullanılması sebebiyle ortaya çıkan riskleri işin bedelini düşük tutarak karşılama imkânına sahip olması sebebiyle genel bir prensip olarak kabul edilemez niteliktedir. Yine etki alanı görüşü borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu hâkimiyet görüşüne benzer şekilde onun yardımcı kişiye etki etme imkânıyla sınırlı tutması ve etki alanı kavramının belirsizliği, isnadiyet birliği görüşü ise yardımcı kişinin gereği gibi olan ve olmayan davranışlarından aynı kişinin sorumlu olması gerektiği gerçeğini ifade etmekle birlikte, yardımcı kişinin karşı tarafa zarar vermesi hâlinde tamamen varsayıma dayalı olarak borçlunun kusurlu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini kabul eden kusur karinesi görüşü gibi sorumluluğun haklılık sebeplerine ilişkin bir açıklama getirememesi sebebiyle sorumluluğu açıklamak konusunda yetersiz kalmıştır.

Bu kapsamda dikkat edilmesi gereken husus, bu görüşlerin hareket noktalarından yola çıkıldığında borçlunun yardımcı kişilerden fiillerinden sorumluluğuna ilişkin kısmen haklı gerekçelere ulaşmak mümkünse de, sorumluluğu bütünüyle açıklayabilen tartışmasız bir prensibin getirilememiş olmasıdır. Bize göre, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun haklı kılınmasında tek bir prensipten hareket edilmemesi gerekir⁵⁷.

Borçlunun bir borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını bıraktığı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun haklılık sebepleri açıklanırken öncelikli olarak belirleyici olan alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisinin özellikleridir. Gerek borçların ifasında gerekse hakların kullanılmasında tarafların sözleşme veya kanun hükümlerinden oluşan borç ilişkisine uygun davranması gerekir. Yükümlülüklerin ifasında borç ilişkisine

⁵⁷ Aynı görüşte bkz: Korur, s. 24; Şenocak, s. 38 vd. Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu tek bir prensibe dayandırmanın imkânı olmadığı hususunda Korur ile aynı görüşte olmakla birlikte, yazarın çalışmamızın konusunu oluşturan sorumluluk sebebinin açıklamak amacıyla başvurduğu “adalet duygusu” prensibinin oldukça belirsiz ve subjektif bir kavram olması sebebiyle, biz bu prensibin söz konusu sorumluluğun haklılığını açıklamak bakımından yeterli olmadığı düşüncesindeyiz.

uygun davranması gereken borçlu, kendisine düşen yükümlülüklerin yerine getirilmesi için bir yardımcı kişi kullandığında da, yükümlülüğü bizzat kendisinin yerine getirmesi hâlinde sahip olduğu konumdan daha iyi bir konum elde edememeli, kendisi için öngörülen sorumluluktan kurtulamamalıdır. Zira, borçlu kendisine düşen yükümlülüğün yerine getirilmesinde yardımcı kişi kullanarak söz konusu yükümlülüğü yardımcı kişiye devredememekte, borç ilişkinin tarafı olarak söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından alacaklıya karşı sorumluluğu devam etmektedir⁵⁸.

Dikkat edilmesi gereken husus, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun hukuki gereklerine istinaden yapılan bu yorumun özünde yukarıda açıklanan pek çok görüşün yer almakta olduğudur. Nitekim sonuç vaadi, özen ve garanti görüşlerinde de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk borç ilişkisinin taraflarının karşılıklı irade beyanlarıyla yerine getirmeyi taahhüt ettikleri yükümlülüklerden hareketle açıklanmaktaydı. Borçlunun yerine getirmeyi üstlendiği yükümlülüklerin ifasında yardımcı kişi kullanması hâlinde, üstlendiği sorumluluktan kurtulamaması ve bu yardımcı kişinin borca aykırı davranışlarından sorumlu olması ise gerek yarar ve tehlike görüşünden gerekse temsil görüşünden izler taşımaktadır. Bununla birlikte, borçlu alacaklıya kıyasla, genel olarak taahhüt edilen edimin yerine getirilmesi için yapılması ve kaçınılması gerekenler hakkında bilgi sahibi olan, yardımcı kişinin karakterini, yeteneklerini daha iyi bilen ve edimin kendi işletmesinde yerine getirilmesi hâlinde bu işletmenin özelliklerini daha iyi tanıyan ve yardımcı kişi üzerinde etkide bulunma imkânına sahip olan taraf olarak gerçekten de daha elverişli bir konumdadır. Nitekim bu husus da, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olması gereğini hâkimiyet, etki alanı ve araç prensipleri çerçevesinde açıklayan görüşlerin haklılık payını oluşturmaktadır⁵⁹.

⁵⁸ Şenocak, s. 39 – 40.

⁵⁹ Şenocak, s. 38 vd.

1.5. YARDIMCI KİŞİLERİN FİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğun tarihi gelişimine bakıldığında, söz konusu sorumluluğa ilişkin yasal düzenlemelerin gerek eski hukuk sistemlerinden gerekse diğer ülkelerdeki ilgili düzenlemelerden izler taşıdığı görülmektedir. Bu sebeple, konunun daha iyi anlaşılması için yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tarihi gelişiminin çok kısa olarak ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

1.5.1. Eski Hukuk Sistemleri

1.5.1.1. Mecelle

Osmanlı İmparatorluğu zamanında, o zamana kadar uygulanmış olan İslam hukuk ve örf kuralları esas alınarak Mecelle metni hazırlanmıştır⁶⁰. Mecelle’de Borçlar Hukukunun temel kurallarının bulunduğu bölümde yer alan 89’uncu ve 93’üncü maddeleri arasında sorumluluğun genel esasları belirlenmiştir.

Mecelle’nin 89’uncu maddesine göre, “Bir fi’lin hükmü fâline muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça âmirine muzaf kılınmaz”⁶¹. Bu madde, Roma Hukuku’nda olduğu gibi Mecelle’de de herkesin ancak kendi fiillerinden sorumlu tutulduğunu göstermektedir. Nitekim, Mecelle’de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen özel bir maddeye de yer verilmemiştir.

Bununla birlikte, Mecelle’de Roma Hukuku’ndan farklı olarak kusursuz sorumluluk esasının kabul edildiği görülmektedir. Şöyle ki, Mecelle’nin 92’nci maddesinde belirtildiği üzere, “Mübaşir müteammid olmasa da zâmin olur”⁶². Buna göre, zararın meydana gelmesine sebep olan fiili bizzat yapan kişi kusursuz

⁶⁰ Osman Öztürk, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973, s. 108.

⁶¹ Öztürk, s. 164; Reisoğlu, Kemal, s. 14.

⁶² Öztürk, s. 164; Reisoğlu, Kemal, s. 14.

da olsa sorumludur⁶³. Bununla birlikte, 93'üncü maddeye göre, "Mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz"⁶⁴. Bu maddeye göre ise, zararın meydana gelmesine yol açan davranışta bizzat bulunmayan ancak zararın meydana gelmesine başka bir surette sebep olan kişi, kasıtlı şekilde hareket etmediği müddetçe sorumlu olmayacaktır⁶⁵.

Dolayısıyla yukarıda açıklanan düzenlemelere göre, Mecelle'de zarar veren yardımcı kişinin meydana gelen zarar bakımından kusursuz dahi olsa sorumlu olduğu, buna karşın yardımcı kişiyi yükümlülüklerinin ifasında kullanarak dolaylı olarak zararın meydana gelmesine yol açan borçlunun ise, ancak zararın meydana gelmesi bakımından kastının bulunması hâlinde sorumlu tutulabildiği çıkarımı yapılabilecektir⁶⁶.

1.5.1.2. Roma hukuku

Kusursuz sorumluluk esasının hakim olduğu ilk çağlar hukukundan, Justinianus hukukuna kadar olan süreçte Roma hukukunda sorumluluk kusur esası yönünde gelişim göstermiş; Justinianus hukukunda ise artık istisnai kuralların haricinde kusur esasına dayalı sorumluluk hakim olmuş ve prensip olarak herkesin kendi şahsi kusurundan dolayı sorumlu olduğu kabul edilmiştir⁶⁷.

Justinianus döneminde sorumluluğun kusur esasına dayalı olmasının borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk alanındaki yansıması ise, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı meydana gelen zararlardan ancak yardımcı kişilerin seçiminde, denetlenmesinde veya bu kişilere talimat verilmesinde kendisine bir kusur yüklenebilmesi hâlinde sorumlu tutulabilmesi olmuştur. Her

⁶³ İmre, s. 138 – 139; Reisoğlu, Kemal, s. 14.

⁶⁴ Öztürk, s. 164; Reisoğlu, Kemal, s. 14.

⁶⁵ İmre, s. 139 – 140; Reisoğlu, Kemal, s. 14.

⁶⁶ Korur, s. 5.

⁶⁷ İmre, s. 50; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 7; Korur, s. 6; Türkân Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2016, s. 27; Reisoğlu, Kemal, s. 10; Şenocak, s. 42; Hilâl Zilelioğlu, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD 1987, Cilt: 39, Sayı: 1, s. 241 – 264, s. 241.

ne kadar, bu dönemde borçlunun köle kullandığı durumlarda noxal sorumluluk kuralları gereğince kölenin verdiği zarardan efendisi sorumlu tutulmaktaysa da, Roma hukukunda köle bir hukuk sujesi olarak kabul edilmediği için onun fiilinden doğrudan doğruya efendisinin sorumlu tutulmasının genel prensibe uygun olduğu kabul ediliyordu⁶⁸.

Yukarıda belirtildiği şekilde Justinianus hukukunda kusursuz sorumluluğun uygulandığı hâller istisnai nitelikte olmakla birlikte, bu dönem öncesinde kusursuz sorumluluk daha geniş bir uygulama alanına sahipti⁶⁹. Klasik Roma hukukunda, istisnai nitelikte kusursuz sorumluluk hâllerinin daima mevcut olması sebebiyle, genel bir sorumluluk prensibi olarak kusur esasına sıkı sıkıya bağlı kalınmamış olduğu görülmektedir⁷⁰. Sözelimi, bu dönemde belli borç ilişkilerinde kusur sorumluluğundan sapan bir düzenleme olarak custodia (nezaret) sorumluluğu denilen bir sorumluluk prensibi kabul edilmişti. Buna göre, alacaklıya ait bir şeyi kendi menfaatine olarak kendi zilyetliğinde bulunduran veya kullanma amacıyla ödünç alan kişi, bu şeyde meydana gelen zarardan, söz konusu zarar mücbir sebep sonucu meydana gelmediği müddetçe kusursuz dahi olsa sorumlu tutulmaktaydı. Doktrinde, bu prensip çerçevesinde özellikle zamanın otelcilerinin, gemicilerinin, ahır sahiplerinin, ariyet alanların, istisna akdi ile bağlı olan müteahhitlerin custodia sorumluluğu altında tutulduğu düşünülmektedir⁷¹. Böylece, yardımcı kişinin davranışı mücbir sebep olarak kabul edilmediği için bu durumlarda custodia sorumluluğunun yardımcı kişilerin sebep olduğu zararları da kapsadığı kabul edilmekteydi⁷².

Öte yandan, custodia sorumluluğunun yanı sıra, klasik Roma hukukunda zaman içerisinde zarara uğrayan karşı tarafın korunması amacıyla, iş sahibi konumunda olan kişinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulmasını sağlayacak

⁶⁸ Korur, s. 6.

⁶⁹ Rado, s. 29; Zilelioğlu, s. 245.

⁷⁰ İmre, s. 50 – 51; Zilelioğlu, s. 243.

⁷¹ Rado, s. 29; Zilelioğlu, s. 250.

⁷² Şenocak, s. 42 – 43.

birtakım düzenlemeler daha getirilmişti. Aile halkından birinin verdiği zarardan peter familias'ın, personelin kendilerine bırakılan bavul, hayvan vb. şeylere verdiği zarardan han, otel ve gemi sahibinin ve aile üyelerinin veya hizmet personelinin, satıcıya geri iadesine kadar satış sözleşmesine konu edilen gizli ayıplı mala verdiği zarardan alıcının sorumlu tutulması bu düzenlemelere örnek gösterilebilir⁷³.

Klasik Roma hukukundaki bu kusursuz sorumluluk hâllerinin çoğu Justinianus hukukunda hafiflemiştir. Zaman içerisinde sorumluluğun kusur prensibi doğrultusunda gelişmesi ile birlikte Justinianus döneminde custodia sorumluluğu kaybolmuş, klasik Roma hukukunda custodia sorumluluğu altında olanların hafif ihmâllerinden yani nezarete dikkatsizliklerinden ötürü sorumlu tutulabilecekleri kabul edilmiştir. Bununla birlikte, klasik Roma hukukunda uygulanan han, otel ve gemi sahiplerinin sorumluluğuna dair esas, Justinianus döneminde de muhafaza edilmiştir⁷⁴.

Son olarak, Roma hukukunun sorumluluk hususundaki uygulamalarının modern hukuk sisteminin oluşmasına kaynaklık etmesi ve özellikle Justinianus hukukunda hakim olan kusur prensibinin günümüze kadar etkisini sürdürmesi itibarıyla Roma borçlar hukukunun modern borçlar hukuku açısından özel bir öneme sahip olduğuna dikkat çekmek gerekir⁷⁵.

1.5.1.3. Germen Hukuku

Germen hukukunda Roma hukukunun aksine kusur sorumluluğu prensibi değil, sebep sorumluluğu prensibi benimsenmişti. Bu prensibe göre, hukuka aykırı olarak sebep olunan her zararın tazmin edilmesi gerekmektedir⁷⁶.

⁷³ Korur, s. 6; Rado, s. 162; Şenocak, s. 42 – 43.

⁷⁴ Rado, s. 29; Şenocak, s. 44; Zilelioğlu, s. 259.

⁷⁵ Rado, s. 24.

⁷⁶ İmre, s. 51; Korur, s. 7; Reisoğlu, Kemal, s. 10; Şenocak, s. 44.

Başlangıçta sözleşme hukukunda edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hâlinde, zarar üçüncü kişinin davranışından veya diğer harici bir sebepten meydana gelse dahi borçlunun meydana gelen zarardan dolayı bizzat sorumlu olduğu kabul edilmekteydi⁷⁷. Buna göre, Germen hukukunun ilk döneminde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu kabul edilmekteydi. Sonraki dönemlerde ise, borçlunun yalnızca kusurunun varlığı hâlinde veya mücbir sebep derecesine ulaşmayan umulmayan hâlden dolayı sorumlu olması gerektiği kabul edilerek sorumluluk hafifletilmiştir⁷⁸. Bununla birlikte, bu dönemde de zarara yol açan durumun borçlunun yaşam sahasıyla bağlantılı olması hâlinde, borçlunun sorumluluk alanına dâhil olduğu kabul edilen umulmayan bir hâlin söz konusu olduğu kabul edildiğinden, yardımcı kişilerin davranışlarının bir zarara sebebiyet vermesi hâlinde, bu kişiler borçlunun yaşam sahası ile bağlantılı olduğu için borçlu şahsi kusuru olmasa da sorumlu tutuluyordu⁷⁹.

On dört ile on altıncı yüzyıllar arasında Alman İmparatorlarının kendilerini Roma İmparatorluğunun halefi olarak görmeleri sonucu Roma hukuku'nun yeniden yürürlüğe girmesi sonucunu doğuran Resepsiyon ile birlikte sebep sorumluluğu prensibi yerini kusur prensibine bırakmıştır⁸⁰. Dolayısıyla, ilgili dönemde borçlu, yardımcı kişilerin davranışlarından dolayı ancak kendisine bu kişileri seçme, denetleme ve onlara talimat verme hususunda bir kusur yüklenebiliyorsa sorumlu tutulabilmekteydi⁸¹. Modern hukuk ile paralelliği noktasında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından resepsiyon sonrası Germen hukukunda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, borçlunun, karşı tarafın rızasına aykırı olarak görevlendirilmiş olan yardımcı kişinin fiillerinden dolayı gerekli özeni göstermiş olsa dahi sorumlu olması gerektiğinin kabul edilmiş olmasıdır⁸².

⁷⁷ Korur, s. 7; Şenocak, s. 44.

⁷⁸ Korur, s. 7; Şenocak, s. 44.

⁷⁹ Şenocak, s. 44.

⁸⁰ İmre, s. 51; Reisoğlu, Kemal, s. 10.

⁸¹ Korur, s. 7; Şenocak, s. 45.

⁸² Korur, s. 7.

1.5.2. Yeni Hukuk Sistemleri

1.5.2.1. Fransız hukuku

1803 tarihinde yürürlüğe giren Napolyon Kodu olarak da anılan Fransız Medeni Kanunu'nun 1384'üncü maddesinde borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu düzenleme altına alınmaktaydı. Ancak bu maddede, haksız fiil hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu ile sözleşme hukukunda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk arasında bir ayrım gözetilmemekteydi⁸³. Buna göre, yardımcı kişinin fiili dolayısıyla zarar gören kişi ile borçlu arasında borç ilişkisi bulunsa da bulunmasa da, borçlu meydana gelen zarardan dolayı 1384'üncü madde gereğince sorumlu tutulabiliyordu⁸⁴.

Fransız Medeni Kanunu'nda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin yukarıda açıklanan genel düzenlemenin yanında borçlunun yardımcı kişilerden dolayı kusursuz sorumluluğunu düzenleyen özel hükümlere de yer verilmiştir. Öyle ki, kiracının ev halkının verdiği zarardan (m. 1735), otel sahibinin otel personelinin verdiği zarardan (m. 1953), müteahhidin (m. 1797) ve taşıyıcının (1782 – 1784) yardımcı kişilerin verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu düzenleme altına alınmıştır⁸⁵.

1.5.2.2. Alman hukuku

Alman hukukundaki 1495 tarihli Roma Hukuku resepsiyonu sonrası tekrar milli hukuk geleneklerine dönmenin bir ifadesini teşkil eden 1794 tarihli Prusya Umumi Memleket Kanunu'nda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin genel bir hüküm yer almamaktadır⁸⁶.

⁸³ Korur, s. 8; Reisoğlu, Kemal, s. 18; Şenocak, s. 47 - 48.

⁸⁴ Reisoğlu, Kemal, s. 18.

⁸⁵ Korur, s. 8; Şenocak, s. 48.

⁸⁶ Korur, s. 9; Şenocak, s. 46.

Söz konusu kanunda, Roma hukukunda hakim olan kusur sorumluluğu prensibi esas alındığından, borçlunun, yardımcı kişiler tarafından sebep olunan zararlardan, ancak bu kişileri seçme, denetleme ve onlara talimat vermede kendisine bir kusur yüklenebildiği takdirde sorumlu olduğu kabul edilmekteydi. Bununla birlikte, bazı özel hâllerde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğu ağırlaştırılmıştı. Sözgelimi, müteahhit borcun ifasında kullandığı yardımcı kişinin fiilinden, bu fiil ister işin kusurlu şekilde yerine getirilmesinden, ister işin görülmesi dolayısıyla meydana gelmiş olsun kendi fiili gibi sorumlu tutulmuştu. Aynı şekilde, donatan ve posta arabası sahibi de kullandıkları yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaktaydı⁸⁷.

1900 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nda ise katı kusur sorumluluğu bir kenara bırakılarak, Alman hukukunda modern sorumluluk ilkeleri kabul edilmeye başlanmıştır. Bu kanunun 278'inci maddesinde, borçlunun yardımcı kişilerin sebep olduğu zararlardan kusuru olmasa dahi sorumlu olacağını öngören ilk genel düzenlemeye yer verilmiştir⁸⁸. Söz konusu hükmün lafzında, borçlunun borcun ifası için yararlandığı kişilerin kusurlu olmasından bahsediliyorsa da, Alman hukuk doktrininde hâkim olan görüş, borçlunun yardımcı kişilerin bir yükümlülüğün ifasında zarara sebebiyet veren davranışının kusurlu olup olmadığının değerlendirilmesinde borçlu için geçerli olan özen kriterinin esas alınması gerektiğini kabul etmekteydi⁸⁹.

1.5.2.3. İsviçre hukuku

1883 yılına kadar İsviçre'de tüm ülkede uygulanan müşterek bir Borçlar Kanunu bulunmamaktaydı⁹⁰. Bu süreçte, Fransız hukukunun tesiri altında kalan kantonlarda Fransız Medeni Kanunu'nun 1384'üncü maddesi gereğince borçlu yardımcı kişilerin alacaklıya verdiği zararlardan kusurlu olmasa dahi sorumlu

⁸⁷ Korur, s. 9; Şenocak, s. 46 - 47.

⁸⁸ Korur, s. 9; Şenocak, s. 48.

⁸⁹ Bu yönde bkz: Şenocak, s. 49, dn. 169'de anılan yazarlar.

⁹⁰ Akyol, s. 1; Korur, s. 10.

tutulmaktaydı. Diğer kantonların bir kısmında, resepsiyon sonrası Germen hukuk doktrininin etkisi altında borçlu bazı durumlarda yardımcı kişilerden dolayı kusuru olmasa da sorumlu tutuluyorken, Zürih Kantonu'nda daha katı düzenlemeler yapma yoluna gidilmiş, 1854 tarihli Özel Hukuk Kanunu'nun 1007'inci maddesinde borçlu, hükümde sınırlı olarak sayılan aile mensupları, müstahdem veya hizmetkârlarının kusuruyla verdikleri zararlardan, kendi kusuru olmasa dahi alacaklıya karşı sorumlu tutulmuştu⁹¹. Bununla birlikte, borçlu, madde metninde sınırlı şekilde sayılan kişilerin kapsamına girmeyen yardımcı kişilerden, söz konusu hükme göre kusursuz olarak değil, genel prensip çerçevesinde sadece bu kişileri seçme, denetleme ve onlara talimat vermedeki kusuru nedeniyle sorumlu tutulabiliyordu⁹².

1883 yılında yürürlüğe giren 1881 tarihli ilk İsviçre Borçlar Kanunu ile borçlunun yardımcı kişilerden sorumluluğuna ilişkin kantonlardaki farklı düzenlemeler ortadan kaldırılmış ve bu kanunun 115'inci maddesinde “Borçlu kendisine tabi aile fertlerinin, müstahdem ve işçilerinin kusurundan sorumludur. Borçlunun adı geçen kişilerden dolayı sorumluluğu evvelce yapılan bir anlaşmayla sınırlanabilir veya ortadan kaldırılabilir; fakat alacaklı diğer tarafla bir hizmet ilişkisi içerisinde bulunuyor ve sorumluluk hükümet tarafından verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa, sorumluluk, ancak hafif kusurdan dolayı ortadan kaldırılabilir.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır⁹³. Bu hüküm, borçlunun kendi kusurundan bağımsız olarak yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural niteliğinde değildir. Zira, bu hükme göre, borçlu sadece kendi otoritesine tabi aile fertlerinin, müstahdemlerin ve işçilerin sebebiyet verdiği zararlardan dolayı bu madde gereğince sorumlu olacaktır. Öte yandan, günümüzde Türk hukukunda hakim olan görüşten farklı olarak, söz konusu düzenlemede borçlunun

⁹¹ Korur, s. 10; Reisoğlu, Kemal, s. 11; Şenocak, s. 50 – 51.

⁹² Şenocak, s. 50 – 51.

⁹³ Şenocak, s. 52. Yardımcı kişilerden sorumluluğa ilişkin madde tasarısının 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu müzakereleri sırasında geçirdiği değişiklikler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Şenocak, s. 51 – 52.

sınırlı şekilde sayılan yardımcı kişilerden sorumluluğu, bu kişilerin zarara kusurlu davranışlarıyla sebep olmuş olmaları şartına bağlı tutulmuştu⁹⁴.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun gözden geçirilmesini öngören 1905 tarihli Tasarı'nın 1123'üncü maddesinde eski Borçlar Kanunu'nun 115'inci maddesinde kullanılan "kendisine tabi aile fertleri" kavramı yerine "kendisiyle birlikte yaşayanlar" kavramının kullanılması tercih edilmişti⁹⁵. 30 Mart 1911 tarihinde kabul edilen ve hâlen yürürlükte olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesinde ise borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu kabul edilmiş ve 1971 yılında madde metninde yer alan "işçi veya müstahdem" tabiri yerine modern iş hukukuna uygun şekilde "işçi" tabirinin kullanılması yönünde yapılan son değişiklikle beraber söz konusu madde şu hâli almıştır:

"Bir borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasını kendisiyle birlikte yaşayan kişiler veya işçi gibi bir yardımcı kişiye caiz suretle olsa dahi bırakan kimse yardımcının işlerinin icrası esnasında başkasına sebebiyet verdiği zararı tazminle yükümlüdür.

Bu sorumluluk evvelce yapılan bir anlaşma ile sınırlandırılabilir veya ortadan kaldırılabılır.

Fakat, alacaklı borçlunun hizmetindeyse veya sorumluluk hükümet tarafından verilen izinle yürütülen bir sanatın icrasından doğuyorsa sorumluluk ancak hafif kusurdan dolayı ortadan kalkabilir⁹⁶."

⁹⁴ Şenocak, s. 52.

⁹⁵ Korur, s. 11; Şenocak, s. 52 – 53. 1905 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 1123'üncü maddesinde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu şu şekilde düzenlenmiştir: "Bir borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasını kendisiyle birlikte yaşayanlara, hizmetkârlara, işçilere veya herhangi bir temsilciye tevdi eden kimse bunların, işlerini icra esnasında akdî yükümlülüğü ifa etmeme veya diğer bir surette sebebiyet verdiği zararları tazminle yükümlüdür" Şenocak, s. 52 – 53.

⁹⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1 Ocak 2017 itibarıyla güncel İngilizce metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html> (Erişim Tarihi: 26.02.2017).

Böylelikle, 1854 tarihli Özel Hukuk Kanunu'nun 1007'nci maddesinden itibaren korunan "kusuruyla sebebiyet verme" tabiri, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesi ile "sebebiyet verme" şeklinde zarar gören alacaklı lehine olacak şekilde değiştirilmiştir⁹⁷. Ayrıca, "kendisine tabi aile fertlerinin, müstahdem ve işçilerinin" tabiri yerine "kendisiyle birlikte yaşayan kişiler veya işçi gibi bir yardımcı kişi" tabiri kullanılarak 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun aksine, borçlunun fiillerinden dolayı sorumlu olduğu yardımcı kişilerin borçlunun tabiiyeti, bir diğer ifadeyle emir ve hakimiyeti altında bulunması gerektiği yönündeki yorumların önüne geçilmiştir⁹⁸. Ayrıca yardımcı kişilerin kapsamı bakımından önem arz eden bir değişiklik ise, hükümde yardımcı kişilerin sınırlı şekilde belirtilmesinden vazgeçilerek, "kendisiyle birlikte yaşayan kişiler, işçiler veya müstahdemler gibi bir yardımcı kişiler" ifadesinden de anlaşılacağı üzere örnekseme yoluyla sayılmasının tercih edilmiş olmasıdır⁹⁹.

1.5.2.4. Türk hukuku

22.04.1926 tarihinde 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'ndan birebir iktibas edilerek 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu kabul edilmiştir¹⁰⁰. Borçlar Kanunu kabul edilirken İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılmadığından dolayı, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesi de aynen alınarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 100'üncü maddesine aktarılmıştır¹⁰¹. Söz konusu hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

⁹⁷ Korur, s. 11; Şenocak, s. 53; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1 - 2 (Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983, s. 596 – 597.

⁹⁸ H. Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül III (İsviçre BK. 64/103 – Türk BK. 63/102) (Çeviren: Osman Tolun), Ankara 1969, s. 587; Korur, s. 11.

⁹⁹ Becker, s. 587; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 545; Reisoğlu, Kemal, s. 14; Şenocak, s. 53.

¹⁰⁰ Akyol, s. 1; İnan / Yücel, s. 69 – 70; Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri I (Çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul 1942, s. 6.

¹⁰¹ Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 195, dn. 57; Şenocak, s. 53 – 54.

“Bir borcun ifasını veya bir borçdan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür.

Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir.

Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir.”

818 sayılı kanunun 100’üncü maddesinde yer alan düzenleme doktrinde iktibas sırasında yapılan çeviri yanlışlıklarından dolayı eleştirilmekteydi. Öncelikli olarak, İsviçre Borçlar Kanunu’nda “Yardımcı Kişilerden Dolayı Sorumluluk” şeklinde düzenlenen maddenin kenar başlığının, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda “Muavin Şahısların Mesuliyeti” şeklinde tercüme edilmesi sebebiyle, haklı eleştirilere uğramıştır¹⁰². Gerçekten de, maddede yardımcı kişilerin değil, yardımcı kişilerden dolayı borçlunun sorumluluğu düzenlendiğinde dolayı madde başlığı yanıltıcı nitelikteydi. Bununla birlikte, tercüme sırasında yapılan diğer önemli bir yanlışlık ise, İsviçre Borçlar Kanunu’nda yardımcı kişiler “kendisiyle birlikte yaşayan kişiler veya işçi gibi yardımcı kişiler” şeklinde örnekseyici olarak belirtilmesine rağmen, 818 sayılı TBK’da yardımcı kişilerin sınırlı şekilde sayılmış gibi “kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara” şeklinde ifade edilmiş olmasıydı¹⁰³. Yapılan bu tercüme hatasının uygulamada yol

¹⁰² Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 544, dn. 308; Kemaleddin Birsen, Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, Dördüncü Bası, İstanbul 1967, s. 504; Feyzioğlu, s. 191; Mehmet Karaca, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5 (Eylül 2010) Sayı: 49, s. 47 – 62, s. 48, dn. 2; Şenocak, s. 54; Tuncomağ, s. 837. Bu husus TBK m. 116’da düzeltilmiş olup, maddenin kenar başlığı “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁰³ Feyzioğlu, s. 191; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 544, dn. 308; Bilge Öztan, Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 92; Şenocak, s. 54; Tandoğan, Türk Mesuliyet, s. 436, dn. 7; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 895.

açacağı sorunların önüne geçmek adına, 818 sayılı BK'nın yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde ve yargı uygulamasında hükmün mehzar İsviçre Borçlar Kanunu m. 101 ile birlikte okunması ve hükümde yardımcı kişilerin örnek olarak sayıldığı kabul edilmesi gerektiği belirtilmekteydi¹⁰⁴.

Bununla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda görüşmelerine 7 Ekim 2009 tarihinde başlanan ve 11 Ocak 2011 tarihli birleşimde kabul edilerek kanunlaşan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 27836 sayılı ve 4 Şubat 2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 1 Temmuz 2012 tarihinde¹⁰⁵ yürürlüğe girmiştir¹⁰⁶.

Hâlihazırda yürürlükte olan TBK'nın 116'ncı maddesinde “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” kenar başlığı altında borçlunun, yardımcı kişilerin alacaklıya verdiği zarardan dolayı sorumluluğu düzenlenmiştir.

¹⁰⁴ Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2009, s. 1032; Gündoğdu, s. 239; İnan, 1979, s. 492; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 545; Tandoğan, Mesuliyet, s. 436; Tuhr, s. 593. Bu hususta Yargıtay 11. HD'nin amir bankanın, muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumluluğu konusunda vermiş olduğu kararında yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: “Maddenin tercüme şekli yanlış anlamaya yer verecek şekilde yapılmış ve sanki sadece (kendisi ile beraber yaşayan şahısların veya mahiyetinde çalışanların) fiillerinden sorumluluk söz konusu imiş gibi yapılmıştır. Oysa maddenin başlığı (muavin şahısların mes'uliyeti) şeklinde geniş anlamı olduğu gibi İsviçre BK.nun karşılığı ve kaynak maddesi olan 101. Maddesinde (... kendisi ile beraber yaşayan şahıslar veya mahiyetinde çalışanlar gibi, yardımcılarına işin tevdiinden) söz edilmekle maddede yazılı kişilerin sınırlayıcı değil örnek olarak gösterildiği açıkça belirtilmektedir. Bu yardımcı, borçlunun açık veya gizli rızasıyla ifa ya da hakkı kullanma eylemlerine katılan herhangi bir kişi olabilir.” Karar için bkz: Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, C. 5, İstanbul 2004, s. 332 vd.

¹⁰⁵ TBK'nın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra bazı hükümlerinin yürürlük tarihlerinde değişiklik yapılmıştır. Şöyle ki, 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Geçici 2'nci maddesinde yer alan “Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarda, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 322, 324, 330, 339, 341, 342, 343, 345, 346 ve 353 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur.” hükmü gereğince ilgili maddeler yönünden farklı bir yürürlük tarihi düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ TBK'nın hazırlanış süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Adalet Bakanlığı, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011.

818 sayılı BK m. 100'de öteden beri eleştirilmekte olan “Muavin Şahısların Mesuliyeti” şeklindeki madde kenar başlığı, TBK m. 116'da “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” olarak düzeltilmiş ve kanun 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmiştir.

TBK m. 116'nın ilk fıkrasında, BK m. 100'den farklı olarak, 818 sayılı BK döneminde doktrinde yapılan haklı eleştiriler doğrultusunda “birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi” ifadesine yer verilerek, yardımcı şahısların kapsamı borçlunun birlikte yaşadığı veya yanında çalışanlarla sınırlı şekilde değil, örnekseyici şekilde düzenlenmiştir.

Doktrinde BK m. 100 f. 2 hükmünün iş yaşamının gereklerini dikkate almadığı gerekçesiyle yapılan tüm eleştirilere¹⁰⁷ rağmen, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun tamamen kaldırılabilmesi kuralı TBK m. 116 f. 2'de de değiştirilmeksizin kabul görmüştür.

Hükümde yapılan en esaslı değişiklik, BK m. 100 f. 3'de yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin anlaşmalar hakkında öngörülen istisnalar bakımından gerçekleştirilmiştir. Öyle ki, TBK m. 116 hükmü ile, BK m. 100 f. 3'de öngörülen istisnalar bakımından gerek kusura bağlı geçerlilik gerekse istisnaların kapsamı bakımından önemli değişiklikler öngörülmüştür.

TBK m. 100 f. 3 gereğince, söz konusu fıkranın kapsamına giren bir sorumsuzluk sözleşmesi hafif ihmal hâlinde geçerli olmaktadır; TBK m. 116'da yapılan değişiklikle birlikte, artık söz konusu sorumsuzluk anlaşmaları bakımından hafif ihmal için dahi geçersizlik yaptırımını benimsenmiştir. Bu kesin yasak karşısında her iki istisnanın kapsamına giren sorumsuzluk anlaşmaları gerek ağır kusur gerekse hafif kusur için kesin hükümsüz olarak kabul edilecektir. Bu kapsamda,

¹⁰⁷ Galip Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 75 – 76. Ayrıca, BK m. 100 f. 2 hükmünün getirmiş olduğu sorumsuzluk anlaşması serbestisinin kapsamlı eleştirisi için bkz: Başalp, s. 199 vd.

TBK m. 116 f. 3, BK m. 100 f. 3'den farklı olarak, kusur ölçütünden bağımsız şekilde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmalarına sınırlar çizmekte ve hükmün uygulama alanı dâhilinde ya sorumluluğun tamamen kaldırılmasına izin vermekte ya da hiçbir surette kaldırılmasına izin vermemektedir.

Maddede yapılan bir diğer değişiklik ise BK m. 100 f. 3'de “*hükûmet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir san'âtın icrasından tevellüt ediyorsa*” şeklinde belirtilen istisnanın geçirmiş olduğu değişimdir. Bu ibare TBK m. 116 ile “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Bunun yanı sıra yeni kanun ile yapılan bir diğer değişiklik ise, TBK m. 116'da, BK m. 100'den farklı olarak, alacaklının borçlunun hizmetinde olması hâli için bir sınır öngörülmemiş olmasıdır. Her ne kadar maddenin lafzından yola çıkılarak bu eksikliğin bir sorumsuzluk anlaşmasına izin vermekte olduğu ileri sürülebilse de, bizim de katıldığımız görüşe göre, madde gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu¹⁰⁹ dikkate alınarak hükmün TBK m. 115 f. 2 ile birlikte okunması gerektiği ve hükümde bu yönde bir değişikliğin aslında hiç yapılmak istenmediği kabul edilmelidir¹¹⁰.

¹⁰⁸ TBK m. 116'nın gerekçesinde yer alan, “Böylece, fıkra hükmünün, kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen her türlü faaliyet için değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya san'âtlar için uygulanması amaçlanmıştır” ifadesinden, bu değişiklik hükmün uygulama alanının daraltılması amacıyla yapıldığı anlamı çıkarılabilirse de, doktrinde günümüzde neredeyse tüm mesleklerin resmî izinle yürütülebilen ve uzmanlık gerektiren nitelikte olması sebebiyle söz konusu değişikliğin istisnanın kapsamını aşırı derecede genişlettiği ifade edilmekte ve özellikle sözleşme taraflarının eşit bir zeminde sözleştiği ve çok önemli riskleri içinde barındıran faaliyetlerde mala gelen zararlar noktasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçerli sayılması imkânının hâkime verilmemiş olması eleştirilmektedir. Başalp, s. 272 vd.

¹⁰⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu (E. 1/499, K. 21, T. 12.1.2009) ve gerekçe metni için bkz. Helvacı, TBK, s. 262 – 263 ve ayrıca <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim tarihi: 23.02.2017).

¹¹⁰ Bu hususta kapsamlı değerlendirme için bkz: Aşağıda s. 165 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN KAVRAMLAR

2.1. BORÇLU

2.1.1. Borçlunun Tanımı

Genel anlamda borçlu, bir borç ilişkisi gereğince, bir edimi yerine getirmek borcu altına giren kişiyi; alacaklı ise borçlunun borcunu ifa etmesini isteme hakkına sahip olan kişiyi ifade etmektedir. Bununla birlikte, TBK'nın 116'ncı maddesinde, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesinin ifadesine sadık kalınarak, hem bir borç ilişkisinden doğan borcun ifasını, hem de bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını yardımcılara bırakan kişi için "borçlu" kavramı kullanılmıştır¹¹¹. Bu sebeple, kanun hükmü ile çelişmemek adına çalışmamızda da, borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını yardımcıya bırakan kişi için "borçlu" ifadesini kullanacağız.

Bu bakımdan, TBK m. 116 f. 1'e dayanarak yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk kurumu bakımından borçluyu şu şekilde tanımlayabiliriz: Borçlu, bir borç ilişkisinden doğan bir borcun ifasını ya da hakkın kullanılmasını yardımcısına bırakan kişidir.

Borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında yardımcı kişiye başvuran borçlu gerçek bir kişi olabileceği gibi bir dernek, şirket, karşı taraf ile özel hukuk ilişkisine girmiş bir belediye veya tekel idaresi gibi bir tüzel kişilik

¹¹¹ Doktrinde madde metninde borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını yardımcısına bırakan kişi için "borçlu" ifadesinin kullanılması, söz konusu kavramın açık olmaması ve karışıklığa sebebiyet verebilecek olması sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz: Korur, s. 4.

de olabilir¹¹². Borçlunun bir tüzel kişilik olması hâlinde, tüzel kişi, organları tarafından başvuru yardımı kişilerin fiillerinden dolayı sorumludur¹¹³.

2.1.2. Borçlu ve Benzer Kavramlar Arasındaki İlişki

2.1.2.1. İşveren İle Arasındaki İlişki

İş Kanununu (“İŞK”) m. 2 uyarınca, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara ise işveren denmektedir. Buna göre, işçi ile işveren arasında bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlendiği bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Oysa ki, yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk bakımından borçlu ile yardımcı kişi arasında ne bir iş sözleşmesi ne de bir ücret kararlaştırılması gerekmektedir. Üstelik yardımcı kişinin borçlunun emir ve talimatı altında çalışıyor olması dahi gerekmemektedir¹¹⁴.

2.1.2.2. Adam Çalıştıran İle Arasındaki İlişki

Doktrinde, TBK m. 66 anlamında “adam çalıştıran” tabiri, mesleki veya diğer herhangi bir işinin ifasında bir başka kişiyi emrine tabi olarak çalıştıran kimse olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵. Adam çalıştıran ile çalıştırdığı kişi arasında geçerli bir hizmet sözleşmesi bulunması, çalıştırılan kişinin sürekli ve ücret karşılığında çalıştırılıyor olması şart olmasa da, adam çalıştıran ile çalışan arasında bir tabiiyet ilişkisinin bulunması, bir başka ifadeyle adam çalıştıranın emretme ve denetleme

¹¹² Korur, s. 25; Öztan, s. 91; Reisoğlu, Safa, s. 364.

¹¹³ Tuhr, s. 595.

¹¹⁴ Feyzioğlu, s. 193 - 194; Gündoğdu, s. 239; Hatemi / Gökyayla, s. 275; İnan, 1979, s. 492 - 493; Karaca, s. 49; Korur, s. 28; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 417; Saymen / Elbir, s. 719 – 720; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 390 - 391; Tuncomağ, s. 837.

¹¹⁵ Eren, 2017, s. 644; Çiğdem Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 37, dn. 172; Reisoğlu, Safa, s. 183; Şenocak, s. 136; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 229.

yetkisine sahip olması gereklidir¹¹⁶. Oysa ki, yardımcı kişi ile borçlu arasında bir tabiiyet ilişkisi bulunması ve borçlunun yardımcı kişi üzerinde emretme ve denetleme yetkisinin bulunması şart değildir¹¹⁷.

Buna göre, yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk bakımından borçlu kavramının benzer kavramlarla karşılaştırılması, TBK m. 116 anlamında borçlu kavramının işveren ve TBK m. 66 anlamında adam çalıştırana kıyasla çok daha geniş bir kavram olduğunu göstermektedir.

2.2. YARDIMCI KİŞİ

2.2.1. Yardımcı Kişinin Tanımı

2.2.1.1. Genel Olarak

Yardımcı kişi, borçlunun bilgi ve iradesi dâhilinde, bir borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yardım eden kişiyi ifade eder¹¹⁸.

Madde metninde bir borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının yardımcılara bırakılması ifadesi kullanılsa da, yardımcı kişi, bir borcun ifasının veya bir hakkın kullanılmasının tamamen kendisine bırakıldığı

¹¹⁶ Ardıç / Ersol, s. 92; Ataay, s. 334; Ayan, s. 290; Bilgili / Demirkapı, s. 105; Erdoğan, s. 92; Eren, 2017, s. 640 ve ayrıca 644 vd.; Günay, s. 91; İnan / Yücel, s. 416; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 567; Yeliz Karan, Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 723 - 748, s. 735; Kayar, s. 167, dn. 5; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 343; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 295; Nomer s. 162; Önen, s. 160; Reisoğlu, Kemal, s. 42; Reisoğlu, Safa, s. 183 – 184; Doğan Şenyüz, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 8. Baskı, Bursa 2016, s. 98; Halûk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981; s. 58 – 59; Halûk Tandoğan, Türk Mesuliyet (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 111; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 503 -504; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 118; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 229.

¹¹⁷ Eren, 2017, s. 642; Gündoğdu, s. 239; İnan / Yücel, s. 617; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 567; Kayar, s. 167, dn. 5; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 307; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 37; Reisoğlu, Safa, s. 368; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 80; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 320.

¹¹⁸ “Yardımcı kişi” tabiri hakkında öğretilerde yapılan çeşitli tanımlar için bkz: Serozan, Borçlar Hukuku, s. 23; Şenocak, s. 104; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 191.

kişi olabileceği gibi, bir borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına kısmen katılan kişi de olabilecektir¹¹⁹. Bununla birlikte, doktrinde hâkim olan görüşe göre, üçüncü kişinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi sayılabilmesi için bu kişinin borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına fiilen yardım etmesi gerekmektedir¹²⁰.

Bir kişinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilebilmesi için, borçlunun, bu kişinin borcun ifasına katılması veya borç ilişkisinden doğan bir hakkının kullanılmasına yardım etmesi hususunda rızasının bulunması gerekmektedir. Borçlunun bilgi ve rızası dışında ifa faaliyetine veya hakkın kullanımına katılan bir kişi yardımcı kişi olarak kabul edilemez¹²¹. Zira, TBK m. 116'nın lafzından da, borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının yardımcılara bırakıldığından söz edilebilmesi için borçlunun rızasının bulunmasının şart olduğu sonucuna varılabilmektedir¹²².

Yardımcı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹²³. Yardımcı kişinin tüzel kişi olması hâlinde, her ne kadar tüzel kişiler faaliyetlerini organları vasıtasıyla sürdürmekte ise de yardımcı kişi sıfatına sahip olan tüzel kişiliğin kendisidir. Bununla birlikte, bir borcun ifasında veya bir hakkın kullanılmasında

¹¹⁹ Akman, s. 79; Eren, 2017, s. 1097; Gündoğdu, s. 239; Nomer, s. 312 – 313; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 416 - 417; Şenocak, s. 104; Tandoğan, Mesuliyet, s. 436; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 390.

¹²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi "Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanımına Fiilen Katılmış Olması" başlığı altında verilecektir. Bkz: s. 105 vd.

¹²¹ Eren, 2017, s. 1096; Gülerci, s. 319; Gülerci / Kılınç, s. 255; Gündoğdu, s. 239; İnan, 1979, s. 493; İnan / Yücel, s. 615; Karaca, s. 50; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 549; Korur, s. 37; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 418; Reisoğlu, Safa, s. 364; Şenocak, s. 151; Tekil, s. 186; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 892; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 320. Bu konuda ayrıntılı bilgi "Borçlunun Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanılmasına Katılmasına Rıza Göstermesi" başlığı altında verilecektir. Bkz: s. 108 vd.

¹²² Şenocak, s. 104; Fahiman Tekil, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981, s. 185 - 186. Bununla birlikte, yardımcı kişinin kullandığı yardımcı da TBK m. 116 gereğince borçlunun fiillerinden sorumlu olduğu yardımcı kişi sayılır. Zira, bu kişi yardımcı kişi tarafından borçlunun bilgi ve iradesi dışında borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına dâhil edilmiş de olsa, ikinci yardımcı kişinin borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifasına katılması borçlunun ilk yardımcı kişiye başvurması sonucunda gerçekleşmiştir. Aynı görüşte bkz: Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 418; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 289.

¹²³ Eren, 2017, s. 1097; Karaca, s. 50; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 418; Şenocak, s. 105; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 390.

bir adi şirketten yardım alınması hâlinde, adi şirket ortaklarından bağımsız olarak ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadığı için, yardımcı kişi sıfatı da adi şirkete değil, adi şirketin ortaklarına aittir¹²⁴.

Yargı kararları incelendiğinde, navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan üst taşıyıcının, taşıyanın¹²⁵; akreditif açan amir banka¹²⁶ tarafından işin tevdi edildiği muhabir bankanın, amir bankanın¹²⁷, üretilen malın onarım ve bakımı yükümlülüklerinin yerine getirilmesinden sorumlu yetkili servisin, üretici firmanın¹²⁸, işçinin, özenle muhafaza etme borcu bakımından saklayanın¹²⁹ ve usulsüzlük yapmak suretiyle zimmetine para geçiren banka personelinin, bankanın¹³⁰ yardımcı kişisi olarak kabul edildiği görülmektedir.

¹²⁴ Şenocak, s. 105-106.

¹²⁵ Yargıtay 11. HD, T. 17.01.1980, E. 1980/1 K. 1980/133 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017).

¹²⁶ Doktrinde, akreditifi açan banka, “amir banka” teriminin yanı sıra, “akreditif bankası” olarak da ifade edilmektedir. Vahit Doğan, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 202.

¹²⁷ YHGK, T. 04.11.1964, E. 1964/942 K. 1964/637 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017); Yargıtay 11. HD, T. 15.11.1982, E. 1982/4852 K. 1982/5626 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017). Bununla birlikte, doktrinde amir bankanın muhabir bankanın seçiminden dolayı sorumluluğu bakımından, muhabir bankanın amir banka tarafından değil, amir tarafından seçilmesi hâlinde, aralarındaki vekâlet sözleşmesi gereğince amir bankanın, amirin talimatlarına uygun davranma zorunluluğu bulunması sebebiyle kural olarak amir bankanın doğacak zarardan sorumlu olmaması gerektiği belirtilmektedir. Doğan, s. 202. Öte yandan, doktrinde ve Yargıtay kararlarında amir banka ve muhabir banka arasındaki ilişkinin TBK m. 116 çerçevesinde ele alınması sebebiyle, uygulamada amir banka, muhabir bankanın verdiği zararlardan dolayı, kendisinin muhabir bankanın seçiminde kusurlu davranmış olması sebebiyle değil, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk hükmü çerçevesinde sorumlu olacaktır. Dolayısıyla, muhabir bankanın amir banka tarafından seçilmemesi hâlinde, bu konuya muhabir bankanın amir bankanın bilgi ve rızası çerçevesinde borç ilişkisine dâhil olması kriteri bakımından yaklaşılması uygun olacaktır.

¹²⁸ Yargıtay 4. HD, T. 10.04.2000, E. 2000/1199 K. 2000/3287 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017).

¹²⁹ Yargıtay Ticaret Dairesi, T. 18.03.1971, E. 1971/835 K. 1971/2113. Karar için bkz: Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 731.

¹³⁰ Yargıtay 11. HD, 04.02.2014, E. 2014/411 K. 2014/1923; Yargıtay 11. HD, 10.06.2014, E. 2014/3475 K. 2014/11006. Kararlar için bkz: Muktedir Lale, Özetli – İçtihatlı – Karşılaştırmalı Yargıtay Uygulamasında Türk Borçlar Kanunu (Genel Hükümler) ve Yürürlük Kanunu, 2 Cilt, Ankara 2014, s. 1264 – 1265.

2.2.1.2. Bilgisayar Programlarının ve Araçların Durumu

Çağımızda başta bankacılık ve finans, sigortacılık, aktüerya gibi bilgisayar analizlerine dayalı sözleşmelerin ve yatırımların yapıldığı alanlar gelmek üzere hemen hemen her alanda bilgisayar gibi elektronik araçlar bilgi ve veri bankası olarak yoğun şekilde kullanılmaktadır. Sözgelimi bankalar tarafından kredi, havale, EFT gibi işlemlerde, sigorta şirketleri tarafından tekliflerin hesaplanmasında, primlerin tahsilatında, kaynak planlanmasında, poliçe takibinde, finansal derecelendirme kuruluşları tarafından kişilere, şirketlere, devletlere veya finansal varlıklara yönelik risk analizlerinde büyük ölçüde bilgisayar sistemlerinden yararlanılmaktadır. Bu kapsamda, doktrinde yardımcı kişi gibi kullanılan bu gibi bilgisayar sistemlerinin sebep olduğu zararlardan sorumluk üzerine birtakım görüşler ileri sürülmüştür¹³¹

Aslında bilgisayar hatalarından kaynaklanan zararlarda, çoğunlukla zararın asıl sebebini yanlış programlama, gerekli bakım ve kontrolleri gerçekleştirilmeme veya uygun olmayan araç-gereç seçimi gibi kusurlu bir insan fiili oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda, borçlu kendisinin veya yardımcı kişinin fiillerinden dolayı ilgili kanun hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, bilgisayar hatasının bir insan fiilinden kaynaklanmayan, öngörülemez ve kaçınılmaz nitelikte teknik bir arızadan meydana gelmesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda ise, bir borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında bilgisayar kullanan kişinin, bilgisayarın bu hatalı ve zararlı işlemlerinden dolayı ortaya çıkan zarardan TBK m. 116'ya göre sorumlu tutulup tutulamayacağı, bir başka ifadeyle insan yerine ikame edilen işbu elektronik araçların TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağı tartışılmaya başlanmıştır¹³².

Bilgisayarların hatalı işlemleri sonucu oluşan zararlardan, bunları kullanan kişilerin kusursuz dahi olsa sorumlu tutulması gerektiği ve bu konuda kanunda bir

¹³¹ Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 421; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 293; Şenocak, s. 106 vd.

¹³² Şenocak, s. 106-107.

boşluk olduğu görüşü doktrinde genel kabul görse de, yazarların bir kısmı, bu boşluğun yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla doldurulamayacağı görüşünü savunmaktadır. Bu görüşe göre, yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk bir kusur sorumluluğu olduğu için borçlunun yardımcısının fiillerinden dolayı sorumlu kılınması için yardımcının kusurlu şekilde davranması şarttır. Bu kapsamda, bilgisayarların hatalı işlemleri sonucu oluşan zararlardan sorumluluk bakımından TBK m. 116 hükmü kıyasen uygulanacak olursa, bilgisayarların kusurlu davranması söz konusu olmayacağı için kusur şartının aranmaması gerekecek ve bu durumda yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk hükmü aşırı şekilde genişletilmiş olacağı için kıyasen uygulamadan bahsedilemeyecektir¹³³.

Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, yardımcının fiillerinden sorumluluk kusur esasına dayalı bir sorumluluk değildir. Türk hukuku doktrin ve uygulamasına hâkim olan görüşe göre, sorumluluk için borçlunun ya da yardımcı kişinin gerçek kusuruna ihtiyaç duyulmamaktadır. Borçlunun sorumluluğu onun farazi kusuruna bir başka ifadeyle borçlunun yardımcı kişinin somut olaydaki davranışında bulunmuş olması hâlinde kusurlu kabul edilme varsayımına dayanmaktadır. Bununla birlikte, sorumluluğun doğması için yardımcı kişinin kusurlu olması şartı aranıyor dahi olsa, yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk bakımından sorumlu olan yardımcı kişi değil, borçlu olduğu için her hâlde borçlunun sorumluluğu kusur esasına dayanmamaktadır¹³⁴.

Bu kapsamda, bilgisayar hatalarından doğan sorumluluğa TBK m. 116 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini savunan bu görüşe¹³⁵ göre, borçlu insan yerine bilgisayar gibi elektronik araçlar kullanarak, yardımcı kişinin karşı tarafa zarar verme rizikosunu üstlendiği gibi, söz konusu elektronik araçların gerektiği gibi çalışmaması rizikosunu da üstlenmelidir¹³⁶. Makinelerin seçiminde, bakımında ve

¹³³ Şenocak, s. 107, dn. 175’de anılan yazarlar.

¹³⁴ Şenocak, s. 210 vd.

¹³⁵ Bu görüşte bkz: Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 421, dn. 221’de anılan yazarlar; Şenocak, s 109.

¹³⁶ Şenocak, s. 109.

kontrolünde karar verme hakkına sahibi olan ve makinelerin kullanılmasından menfaat sağlayan borçlunun makinelerin hatalı işlemlerinden doğan zararlı sonuçlardan sorumluluğu da üstlenmesi gerekmektedir. Kaldı ki, borçlu makinelerin hatalı işlemlerinin bir insan kusuruna dayanması hâlinde, bu durumu daha kolay ortaya çıkarabilecek ve sorumlu hakkında işlem yapabilecektir.

Bununla birlikte, borçlunun bilgisayar hatalarından doğan sorumluluğu bilgisayar sistemine ve onun teknik yapısına özgü rizikolarla sınırlandırılmalı, elektrik kesilmesi gibi genel rizikolar sorumluluğun dışında bırakılmalıdır. Aksi hâlde, borçlunun bilgisayar hatalarından doğan sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu hâlini alır¹³⁷.

2.2.2. Yardımcı Kişinin Türleri

2.2.2.1. Tevdi Edilen İşin Niteliğine Göre: İfa Yardımcısı ve Kullanma Yardımcısı

TBK m. 116 uyarınca, yardımcı kişi, bir borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının kendisine tevdi edildiği kişidir. Buna göre, yardımcı kişiye tevdi edilen işin niteliğine göre yardımcı kişi, ifa yardımcısı ve kullanma yardımcısı olarak iki kategoriye ayrılabilir¹³⁸.

Borçluya ait bir borcu ifa eden veya ifa faaliyetine katılan kişiye ifa yardımcısı denmektedir¹³⁹. Örneğin bir taşıma firmasının üzerine aldığı eşyaların bir yerden başka bir yere nakledilmesi işini yerine getirmek için başvurduğu kişiler, haklı bir sebep olmaksızın başkasının zararına mal iktisap eden kimsenin iade borcunu yerine getirirken kullandığı kişiler veya kanundan doğan bir borç olan iştirak

¹³⁷ Şenocak, s. 108.

¹³⁸ Erdoğan, s. 160 – 161; Eren, 2017, s. 1094; Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 275; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 676; Korur, s. 27; Saymen / Elbir, s. 720; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 288; Şenocak, s. 127; Tandoğan, Mesuliyet, s. 436; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 390; Tunçomağ, s. 840.

¹³⁹ Eren, 2017, s. 1094; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 390.

nafakasının ifa edilmesine yardım eden kişiler borçlunun ifa yardımcısıdır. Uygulamada da yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk hükmüne genel olarak ifa yardımcısının kullanıldığı durumlarda başvurulmaktadır.

Bununla birlikte, bir borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılması kendisine bırakılan kişiye ise kullanma yardımcısı denmektedir¹⁴⁰. Hak sahibinin TBK'nın 116'ncı maddesi uyarınca meydana gelen zarardan sorumlu olduğu durumlarda, genelde hak sahibinin kendisine tanınan hakkı özenle kullanma veya kendisine bırakılan şeyi özenle saklama yükümlülüğünün yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesi söz konusudur. Yardımcı kişiye bir borcun ifası ya da hazırlık muamelelerinin yerine getirilmesi amacıyla değil, bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması amacıyla başvurulması ve bu kapsamda yardımcı kişinin davranışlarının da bir borcun ifasına değil, bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yönelmesi sebebiyle, bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yardımcı olan kişilere kullanma yardımcısı denilmektedir.

Bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılması çoğunlukla kira ve kullanım ödöncü sözleşmelerinde karşımıza çıkmaktadır¹⁴¹. Sözgelimi, kural olarak kiralananda tek başına oturma zorunluluğu bulunmayan kiracı, kiralananda diğer aile fertleriyle birlikte oturabileceği gibi, kiralananda misafirlerini ağırlayabilir, bakıcı ve hizmetçi gibi kimseleri yanına alabilir. Böyle bir durumda, kiralanandan kiracı ile birlikte yararlanan aile fertleri, bakıcı, hizmetçi, geçici süreli dahi olsa misafirler ve kiralananda tamirat işleri ile görevlendirilen usta, kendisine kiralanana yere giriş imkânı kiracının bilgisi ve izni dâhilinde verildiği sürece kiracının kullanma yardımcısı olarak kabul edilir¹⁴². Bu kapsamda, bir kişinin kullanma yardımcısı olup olmadığının tespiti bakımından söz konusu kişinin kiralananda kalıcı olarak veya uzun süreli bulunması gibi unsurlar önem taşımaz. Nitekim, kiralanana tamirat amacıyla giren ustanın dahi

¹⁴⁰ Eren, 2017, s. 1101; Korur, s. 31; Saymen / Elbir, s. 720; Şenocak, s. 127, Tuncomağ, s. 840.

¹⁴¹ Korur, s. 31; Tuhr, s. 596; Tuncomağ, s. 841.

¹⁴² Eren, 2017, s. 1101; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 553; Korur, s. 31; Şenocak, s. 128 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s. 440.

kiracının yardımcı kişisi olduğu Yargıtay'ın 30.03.1976 tarihinde vermiş olduğu bir kararında¹⁴³ da benimsenmiştir.

Üçüncü kişinin kiracının yardımcı kişisi sayılabilmesi için, söz konusu kişinin kiralanda kiralayanın bilgi ve iradesi dâhilinde bulunuyor olması yeterlidir. Bu nedenle, kiralanan yere adli arama amacıyla giren polis veya haciz yapmak amacıyla giren memur kiralayanın kullanma yardımcısı sayılmamaktadır¹⁴⁴. Buna karşın, kiralayanın üçüncü kişinin kiralana girmesine açıkça muvafakat etmesi şart değildir. Örneğin, kiralanda mesleki faaliyette bulunun doktor, muayeneye gelen hastanın kiralana verdiği zararlar dolayısıyla söz konusu maddenin diğer şartları da gerçekleştiği takdirde sorumlu olur. Zira, kiralanda mesleki faaliyette bulunan doktor, kiralana tabela asarak veya başka bir yolla kiralanda mesleki faaliyette bulunduğunu kamuya duyurarak hastaların kiralanan muayeneye girmelerine önceden izin vermiş sayılmaktadır¹⁴⁵.

2.2.2.2. Yardımcı Kullanmanın Caiz Olup Olmamasına Göre: Caiz Olan ve Caiz Olmayan Yardımcı Kişi

Borçlar Kanunu'nun 83. maddesine göre, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu borcunu şahsen ifa etmek zorunda değildir. Buna göre, ancak iş çevresindeki yaygın kaniya göre somut olaydaki türden bir borç ilişkisinde alacaklı açısından borçlunun kişiliğinin önem

¹⁴³ Yargıtay'ın 1976 tarihli emsal kararında, kiracının evine tüp getiren ve tüpü yerine takıp denemeyi yapan kişinin kiracının yardımcı kişisi olduğu ve kiracının, yardımcı kişinin tedbirsiz davranışı ile sebep olduğu zarardan sözleşme uyarınca sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Yargıtay 4. HD, T. 30.03.1976, E. 1976/2799 K. 1976/3389 Karar için bkz: AnKBD, Yıl: 1976 Sayı: 4, s. 709. Bununla birlikte, söz konusu Yargıtay kararı doktrinde bazı yazarlar tarafından TBK'nın 116'ncı maddesinin kapsamını çok genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, karara konu olayda, "kiralayan, tüpü yerine takan kişi ile (BK m. 50 hükmünce) onu çalıştıran işletmeden tazminat isteyebilir; fakat kiracıdan tazminat isteyebilmesi kusur şartına bağlıdır." Bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 895, dn. 5.

¹⁴⁴ Eren, 2017, s. 1101; Şenocak, s. 130.

¹⁴⁵ Şenocak, s. 130.

kazandığı kabul edildiği takdirde, borcun borçlu tarafından bizzat ifa edilmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

Bununla birlikte, söz konusu hüküm emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla, taraflar aralarında borcun bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi hususunda anlaşılabilir veya borçlunun kişiliğinin önem taşıdığı bir sözleşmede borcun tamamen veya kısmen üçüncü bir kişi tarafından ifasını kabul edebilir¹⁴⁷.

Kaldı ki, borçlunun, borcu bizzat ifa etmesinin zorunlu olduğu hâllerde dahi, ikincil nitelikteki bazı edimlerin yerine getirilmesi bakımından denetim ve gözetim altında yardımcı kişilerden yararlanması mümkün olabilir¹⁴⁸. Örneğin alanında ünlü bir cerrah, kendi idaresi ve gözetimi altında olmak şartıyla, yapacağı ameliyatta anestezi uzmanlarından ve hemşirelerden yararlanabilir. Yardımcı kişilerden yararlanmanın mümkün olup olmadığı, borç ilişkisinin niteliğine göre belirlenir. Edimin niteliği yardımcı kişi kullanılmasına uygun bulunmakta ve hatta bazı durumlarda yardımcı kişi kullanılmasını zorunlu kılmakta ise borçlunun bizzat ifa etmesi zorunlu olduğu hâllerde de yardımcı kişi kullanılabilirken, borçlunun edimin her safhasında bizzat çalışmayı taahhüt etmesi hâlinde yardımcı da kullanılamayacaktır. Doktrinde, ilk grupta yer alan borçlara “şahsen ifası gereken borçlar”, ikinci grupta yer alan borçlara ise “mutlak şahsen ifası gereken borçlar” denilmektedir¹⁴⁹. Bu çerçevede, her borç ilişkisinde ifanın

¹⁴⁶ Doktrinde, borçludan başka üçüncü kişiler tarafından da ifa edilebilecek olan edimler “maddi edimler”; borçlunun kişisel özellikleri, güvenilirliği, yetenekleri ve becerilerinin ağırlık taşıdığı borçlu tarafından şahsen ifa edilmesi gereken edimler ise “kişisel edimler” veya “şahsi edimler” olarak ifade edilmektedir. Ataay, s. 42; Bilgili / Demirkapı, s. 12; Erdoğan, s. 17; Gülerci, s. 25; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 22 – 23; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 293.

¹⁴⁷ Ayan, s. 361; Bilgili / Demirkapı, s. 145; Cansel / Özel, s. 242; Erdoğan, s. 119; Eren, 2017, s. 947; Gündoğdu, s. 234 - 236; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 583; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 252; Reisoğlu, Safa, s. 295; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 767; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 293.

¹⁴⁸ Ayan, s. 361; Cansel / Özel, s. 242; Eren, 2017, s. 948; Feyzioğlu, s. 196; Gülerci, s. 262; Gülerci / Kılınç, s. 219 – 220; Gündoğdu, s. 236, dn. 100; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 252 -253; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 23; Tandoğan, Mesuliyet, s. 441; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 767; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 293.

¹⁴⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 584.

başkasına bırakılıp bırakılamayacağı ve yardımcı kişi kullanılıp kullanılamayacağı hususunun ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir¹⁵⁰.

Bu kapsamda, şahsen ifa zorunluluğu bulunan borçlunun borcun ifasını bıraktığı ve yardımcı kullanma hakkı bulunmayan borçlunun başvurduğu yardımcı kişiye caiz olmayan yardımcı kişi denmektedir¹⁵¹.

Borçlunun caiz olmayan yardımcı kişi kullanması başlı başına borca aykırılık teşkil ettiği için, borçlu, caiz olmayan yardımcı kişi kullanılması bakımından kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe TBK m. 112 uyarınca bundan doğan zararlardan kendi borca aykırı davranışı sebebiyle sorumlu olur¹⁵². Buna göre, borçlu caiz olmayan yardımcı kişi kullanılması hususunda herhangi bir kusuru bulunmadığını, sözgelimi borcun ifasının bir başkasına bırakılmasının caiz olduğu hususunda kusursuz olarak yanıldığını ispat etmediği müddetçe, borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle sorumludur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe¹⁵³ göre, borçlunun caiz olmayan bir şekilde yardımcı kişi kullandığı durumlarda, borçlunun yardımcı kişinin bizzat sebep olduğu zararlar dâhil olmak üzere bu kullanma dolayısıyla meydana gelen her türlü zarardan TBK m. 112 uyarınca sorumlu olması gerekmekte; buna karşın TBK m. 116 hükmü sadece yardımcı kişi kullanılmasının caiz olduğu hâllerde

¹⁵⁰ Gündoğdu, s. 236; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 253.

¹⁵¹ Bununla birlikte doktrinde, borçlunun şahsen ifa etmekle yükümlü bulunmadığı bir borcun ifasını kullanılması caiz olmayan bir kişiye bırakılması hâlinde de caiz olmayan yardımcı kişinin söz konusu olacağı savunulmaktadır. Bkz: Şenocak, s. 109 ve orada dn. 185'de anılan A. Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss Freiburg, B. 2, Zürich 1981, N. 213 dn.181.

¹⁵² Feyzioğlu, s. 196; Gülerci, s. 319; Gülerci / Kılınç, s. 255; İnan / Yücel, s. 616; Karaca, s. 51 – 52; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 554; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 587; Nomer, s. 312; Reisoğlu, Safa, s. 364 - 365; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 285; Şenocak, s. 111; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 389; Tuhr, s. 590; Tuncomağ, s. 841 – 842; Nihat Yavuz, Açıklamalı – Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler – Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012, s. 206; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 321.

¹⁵³ Akman, s. 77; Feyzioğlu, s. 197; Gülerci / Kılınç, s. 255; İnan, 1979, s. 493; İnan / Yücel, s. 615 – 616; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 422; Saymen / Elbir, s. 719; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 321.

uygulanmalıdır¹⁵⁴. Bu görüş taraftarlarının bir kısmı¹⁵⁵, caiz olmadığı hâlde yardımcı kişi kullanan borçluyu, caiz olmayan şekilde yardımcı kişi kullanmada kusuru olmadığını ispat edemediği sürece, yardımcı kişinin kusuru olmaksızın sebep olduğu zararlar, yardımcı kişinin haksız fiili ile sebep olduğu zararlar ve hatta bu kişiye borcun ifası bırakılmasaydı meydana gelmeyecek olan tesadüfi zararlar dâhil olmak üzere alacaklıya verilen her türlü zarardan sorumlu tutmaktadır. Buna karşılık, borçlunun borcunun ifasında caiz olmayan yardımcı kişi kullanması hâlinde münhasıran TBK m. 112'nin uygulanmasının gerektiğini savunan diğer bir grup yazar¹⁵⁶ ise, caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlunun, sadece bu kullanımının uygun sonucu olan zararlardan sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁷.

Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüşe¹⁵⁸ göre ise, TBK'nın 116'ncı maddesinin caiz olmayan yardımcı kişi kullanımlarında da uygulanması mümkündür. Aksi takdirde, caiz olmayan şekilde yardımcı kişi kullanan borçlu hakkında sadece TBK m. 112 hükmü uygulanacak olursa, bu kişi yardımcı kişi kullanımının caiz olup olmadığı hakkında kusursuz şekilde yanılıya düştüğü için hiçbir şekilde sorumlu tutulmayarak hakkaniyete aykırı olarak caiz şekilde yardımcı kişi kullanan borçludan daha avantajlı bir konuma getirilmiş olacaktır.

Kaldı ki, TBK m. 116'nın kaleme alınış şekline de bu sonuca varmak mümkündür. Zira maddede borçlunun, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını "yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile" bu sebeple meydana gelen zarardan sorumlu olacağı ifade edilmektedir.

¹⁵⁴ Akman, s. 77; Bozer, s. 211 – 212; Eren, 2017, s. 1101 – 1102; Feyzioğlu, s. 197; Genç – Arıdemir, s. 263; Gündoğdu, s. 238 – 239; İnan, 1979, s. 493; İnan / Yücel, s. 615 – 616; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 553 - 554; Kayar, s. 166; Nomer, s. 312; Saymen / Elbir, s. 719; Şenocak, s. 111 – 112; Tandoğan, Mesuliyet, s. 440 – 441; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 321.

¹⁵⁵ Gündoğdu, s. 237, dn. 103'de anılan yazarlar.

¹⁵⁶ Korur, s. 38-39; Tuncomağ, s. 841 - 842; Şenocak, s. 111 - 112, dn. 193'de anılan yazarlar.

¹⁵⁷ Gündoğdu, s. 236 – 237; Şenocak, s. 111 – 112.

¹⁵⁸ Gündoğdu, s. 238; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 285, dn. 2'de anılan Weber, Berner Kommentar Band VI. Obligationenrecht, 1. Abt., 5. Teilband, (OR 97 – 109), Bern, 2000, OR 101 N 87; Şenocak, s. 113.

Buna göre kanunun lafzından, yardımcı kişi kullanılması caiz olsun olmasın TBK m. 116'ya göre borçlunun bu kişilerin diğer tarafa verdikleri zarardan sorumlu olacağı sonucuna varmak mümkündür¹⁵⁹.

Bu durumda, TBK'nın 112'nci ve 116'ncı maddelerinde düzenlenen sorumluluk taleplerinin yarışması söz konusu olacak ve zarara uğrayan alacaklı borçlunun sorumluluğuna ilişkin talebini yöneltirken talebini kendisi için daha avantajlı olduğunu düşündüğü hükme dayandırma hakkına sahip olacaktır¹⁶⁰.

2.2.2.3. Yardımcının Ekonomik Olarak Borçluya Bağımlı Olup Olmamasına Göre: Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi

Bir kişinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi sayılması için borçlu ile arasında bir sözleşme veya tabiiyet ilişkisi bulunması, borçlunun denetimi ve talimatı altında çalışması veya hizmetleri karşılığında bir ücret alması gerekli değildir; yardımcı kişinin ekonomik ve teknik bakımdan tamamen bağımsız olması hâlinde de diğer şartlar gerçekleştiği takdirde TBK m. 116 uygulama alanı bulur¹⁶¹.

Borçlunun işi yaptırmak için istihdam ettiği çalışanları, işi tevdi ettiği bağımsız yükleniciler, hatır ilişkisi çerçevesinde kendisine yardımcı olan bir arkadaşı veya akrabası ve hatta borcun ifasında borçluya tesadüfen yardımcı olan yoldan geçen herhangi bir üçüncü şahıs dahi yardımcı kişi sayılır. Nitekim, bir eser sözleşmesinde, bir eseri meydana getirme borcunu üstlenen yüklenicinin denetimi ve gözetimi altında bulunan işçilerin yanı sıra bu yüklenicinin kendi adı ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesi ile söz konusu borcun ifasını bıraktığı alt

¹⁵⁹ Gündoğdu, s. 237 – 238; Şenocak, s. 113.

¹⁶⁰ Nomer, s. 375; Şenocak, s. 114 ve ayrıca s. 167.

¹⁶¹ Bilgili / Demirkapı, s. 175; Bozer, s. 212; Eren, 2017, s. 1098; Feyzioğlu, s. 193 - 194; Gülerci, s. 319; Gülerci / Kılınç, s. 255; Gündoğdu, s. 239; Hatemi / Gökyayla, s. 275; İnan, 1979, s. 492 - 493; İnan / Yücel, s. 615; Karaca, s. 49; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 549; Karan, s. 735; Kayar, s. 167, dn. 5; Korur, s. 28; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 417; Saymen / Elbir, s. 719 – 720; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 288; Tandoğan, Mesuliyet, s. 437; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 902; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 390 - 391; Tuncomağ, s. 837; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 321.

yükleniciler ve söz konusu alt yüklenicilerin yanında çalışan kişiler dahi yüklenicinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişisi sayılırlar¹⁶².

TBK m. 66'dan farklı olarak, borçlunun yardımcı kişiye talimat verebilecek durumda olması yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluk açısından zorunlu bir unsur değildir¹⁶³. Sözgelimi, satım sözleşmesi taraflarınca satıcının borcunun götürülecek borç olarak belirlenmiş olması durumunda, satıcı satım konusu malı alıcının ikametgâhında ya da ticari işletmesinde teslim etmeyi üstlendiğinden, satıcının malı alacaklıya götürmek üzere tevdi ettiği bağımsız taşımacı üzerinde talimat ve denetim imkânı bulunmasa dahi, bu kişiler TBK'nın 116'ncı maddesi çerçevesinde satıcının yardımcı kişidir¹⁶⁴. Kaldı ki, somut olayların çoğunda yardımcı kişilerin ifa faaliyetine katılmasının sebebi borçlunun, yardımcı kişilerin sahip olduğu mühendislik, finans, doktorluk gibi belirli bir mesleğe özgü bilgi ve kabiliyete haiz olmaması olduğu için borçlu yardımcı kişilere talimat verme veya onları denetleme imkân ve yetisine sahip bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, borçluya karşı sadece kendi şahsi borcunu ifa etmekte olan ve borçlunun alacaklıya karşı yüklenmiş olduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde görev almayan, bağımsız üçüncü kişiler yardımcı kişi sayılmaz. Sözgelimi, satıcıya karşı kendi şahsi edimini ifa etme gayreti içerisinde, imal edilmiş eşya teslim eden üretici, satıcının borcunun ifasında kullandığı ve borcun ihlalini teşkil eden davranışlarından dolayı sorumlu olduğu yardımcısı değildir¹⁶⁵.

¹⁶² Eren, 2017, s. 1098; Gündoğdu, s. 240 – 241; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 551; Tuhr, s. 593, dn. 18; Tuncomağ, s. 837 – 838. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, havai fişek gösterisi düzenlemeyi üstlenen bir firmanın fişeklerin atılmasını bunları üreten firmaya devretmesi ve üretici firmanın adamlarından birinin kusuru yüzünden fişeklerden birinin bir seyircinin gözünü çıkarması dolayısıyla gösteriyi düzenleyen firmayı sorumlu tutarak bu görüş doğrultusunda karar vermiştir. Şenocak, s. 59 altında dn. 9'da nakledilen İsviçre Federal Mahkemesi'nin sayılı BGE 70 II 215 kararı.

¹⁶³ Eren, 2017, s. 1098; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 549; Korur, s. 28; Şenocak, s. 114; Tandoğan, Mesuliyet, s. 437; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 902.

¹⁶⁴ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 550 - 551; Tuhr, s. 594; Tandoğan, Mesuliyet, s. 438.

¹⁶⁵ Feyzioğlu, s. 195; Gündoğdu, s. 242; Karaca, s. 51; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 550; Korur, s. 29; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 424; Şenocak, s. 116 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 895; Tuhr, s. 593 – 594; Tuncomağ, s. 838 – 839; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 320. Bununla birlikte, İsviçre ve Alman hukuk doktrininde bir kısım yazar tarafından, satıcıyı, üretimsel hatalardan doğan zararlarda, üreticinin ve ara satıcıların onun

Zira, satıcının borcu malın alıcıya tesliminden ve mülkiyetinin ona nakledilmesinden ibaret olup, bu borç ilişkisi çerçevesinde satıcının malın üretilmesine ilişkin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, malda üretimsel bir ayıp olması, sadece üreticinin satıcı ile arasındaki sözleşme kapsamında üstlendiği yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelir. Kaldı ki, üreticinin satıcıya karşı olan yükümlülüklerini ihlal etmesi, satıcının alıcıya karşı olan yükümlülüklerinin ihlali gibi yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluğun kapsamına sokulacak olursa, üretimden sürüme kadar geçen süreçteki her türlü hatadan nihai satıcı sorumlu tutulabileceği için satıcının sorumluluk alanı çok fazla genişletilmiş olacaktır. Bununla birlikte, üreticinin satıcının talimatı üzerine ürettiği malı doğrudan alıcıya teslim etmesi hâlinde, satıcının teslim borcunun yerine getirilmesine katıldığından bahisle, söz konusu malın teslim edilmesi bakımından üreticinin satıcının yardımcı kişisi olduğu kabul edilebilecektir.

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması bakımından borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkinin süreklilik unsurunu taşıması da gerekmez¹⁶⁶. Borçlu, bir borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında yalnızca bir defa dahi olsa yardımcı olan kişinin bu işin yürütülmesi sırasında diğer tarafa verdiği zarardan dolayı TBK m. 116 uyarınca sorumludur. Örneğin, bir restoran işletmecisi, restoran açılışında yaşanan yoğunluk sebebiyle, o güne mahsus olarak kendisine yardım eden bir arkadaşının davetlilerden birine verdiği zarardan TBK m. 116 gereği sorumludur.

yardımcı kişisi olduğu gerekçesiyle yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk normu çerçevesinde sorumlu tutulabileceği savunulmaktadır. Bkz: Şenocak, s. 118, dn. 225'de anılan K. Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, s. 189 vd. ile s. 233'de anılan J. Esser / E. Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984, s. 393 vd. ve P. Gauch / W. R. Schlep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. II, 5. Aufl., Zürich 1991, N. 2897.

¹⁶⁶ Bozer, s. 213; Eren, 2017, s. 1098; İnan, 1979, s. 492 – 493; İnan / Yücel , s. 615; Karaca, s. 49; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 549; Karan, s. 735; Korur, s. 30; Reisoğlu, Safa, s. 364; Tandoğan, Mesuliyet, s. 437; Tuncomağ, s. 837; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 321.

Nitekim, İŞK'nın 7'nci maddesi çerçevesinde kurulan bir geçici iş ilişkisi¹⁶⁷ kapsamında, geçici iş ilişkisi kurulan işveren yanında çalışan bir işçinin işi yürüttüğü sırada bu işverenin alacaklısına bir zarar vermesi hâlinde, geçici iş ilişkisi kurulan işveren bu zarardan sorumlu olur¹⁶⁸. Zira TBK'nın 116'ncı maddesine göre, borçlu, zarara uğrayan diğer tarafa karşı sadece kendisi tarafından istihdam edilen kişilerden dolayı değil, bir başkası tarafından istihdam edilen ancak kendi emrine amade tutulan kişilerden dolayı da sorumludur. Bu noktada, borçlunun hizmetlerinin karşılığında yardımcı kişilere bir ücret ödeyip ödemediği, yardımcı kişinin borçlunun emrine hangi sebeple girdiği ve geçici olarak mı, yoksa daha uzun süreli olarak mı amade kılındığı da herhangi bir önem taşımaz¹⁶⁹.

2.2.2.4. Yardımcı Şahsın Kimin İşçisi Olduğuna Göre: Alacaklının İşçisi Olan ve Borçlunun İşçisi Olan Yardımcı Kişi

Nadir de olsa, borçlunun borcunun ifasında veya bir hakkın kullanımında faydalandığı yardımcı kişi alacaklının işçisi dahi olabilir¹⁷⁰. Örneğin, götürülecek bir borcun ifasını hatırlatmak için alacaklının bir çalışanı ile borçluya haber göndermesi ve bunun üzerine borçlunun borç konusu eşyanın götürülmesini bu kişiden rica etmesi hâlinde, alacaklının çalışanı olan bu kişi, malın alacaklının yerleşim yerine götürülmesi bakımından borçlunun yardımcı kişisi sayılır ve bu

¹⁶⁷ Çalışma hayatındaki parametrelerin değişmesi ve teknik işbirliği gerekliliğinin artmasıyla beraber iş hayatında ortaya çıkan esnek çalışma modelleri çerçevesinde çalışan kişilerin zarara sebebiyet veren davranışlarından kimin sorumlu olacağı sorusunun cevabı önem kazanmıştır. 2003 yılında kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7'nci maddesinde, söz konusu esnek çalışma modellerinden biri olan ve kendi içinde üçlü bir iş ilişkisini barındıran geçici iş ilişkisi kurumu düzenlenmiştir. Geçici iş ilişkisi ile işveren, kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan bir veya birden fazla işçiyi, söz konusu işçilerin rızasını almak koşuluyla, geçici bir süre için başka bir işverene devretmektedir. Geçici iş ilişkisi kurulduğu takdirde, iş sözleşmesi ve asıl işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam etmekle birlikte, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Bununla birlikte, geçici iş ilişkisi süresince, geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahiptir. Geçici iş ilişkisi kurumuna ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz: Osman Güven Çankaya / Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011; Süzek, s. 303 vd.

¹⁶⁸ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 550; Tuncomağ, s. 837.

¹⁶⁹ Eren, 2017, s. 1099; Şenocak, s. 70 vd; Tuncomağ, s. 837.

¹⁷⁰ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 550; Karan, s. 735; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 419; Tuhr, s. 591.

esnada mala bir zarar verirse, borçlu meydana gelen zarardan TBK m. 116 gereğince sorumlu olur¹⁷¹. Zira burada alacaklının çalışanı borçlunun önerisi üzerine borcun ifasına katılmaktadır. Borçlunun bu yönde bir talebi olmaksızın, alacaklının seçtiği bir çalışanın kendisine yapılacak olan ifa faaliyetlerine katılmasını borçluya empoze etmesi hâlinde ise, artık borçlunun bu kişinin fiillerinden TBK m. 116'ya göre sorumlu tutulmaması gerekir¹⁷².

Öte yandan bize göre, alacaklı tarafından, kendi çalışanın borcun ifasına katılmasının borçluya dayatılmış olması söz konusu olmasa da, borçlunun herhangi bir talebi bulunmamasına rağmen, kendi çalışanın borcun ifasına yardım etmesinin önerilmesi ve alacaklının çalışanın borcun ifasına yardım etmesinin bu önerinin borçlu tarafından kabul edilmesi üzerine gerçekleşmesi hâlinde, borçlu, bu kişinin borcun ifası sırasında alacaklıya verdiği zararlardan TBK m. 116 gereğince sorumlu tutulacak dahi olsa, birlikte kusur sebebiyle tazminattan indirim yapılması gerekir.

Uygulamada borcun ifasında veya hakkın kullanımında alacaklının işçilerinin kullanılması, özellikle makinelerin veya taşıma araçlarının hizmet personeli ile birlikte kiralanması durumunda söz konusu olmaktadır. Bu durumda da, kiracı, bu makineleri kullanan kişilerin kiralanana zarar vermesinden dolayı kiraya verene karşı TBK m. 116 gereğince sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, doktrinde haklı olarak, makinelerin hizmet personeli ile birlikte kiralanması olaylarında gerekli uzmanlığa sahip olmadığı için makineleri bizzat kullanamayan kiracının, gerçekte bu hususta bilgi ve tecrübe sahibi olan kiraya veren tarafından istihdam edilen ve

¹⁷¹ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 550; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 419. Nitekim, Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararına konu teşkil eden bir davada, davacı ve davalı, bir uçağın motorunun tamir ve monte edilmesi ve de iş bittikten sonra motorun denenmesi hususunda bir eser sözleşmesi yapmıştır, ancak tamirattan sonra davalı yüklenici bu iş için ehil bir pilota sahip olmadığından deneme uçuşu, davacı iş sahibinin uçuşlarda kullandığı pilot tarafından yapılır ve söz konusu pilot deneme uçuşu sırasındaki kullanma talimatnamesine aykırı davranışı sebebiyle uçağın ağır bir şekilde zarar görmesine sebep olur. Yüksek Eyalet Mahkemesi bu olayda, davalı, tamirattan sonra deneme uçuşu yapma borcunu da üstlendiği için, bu işin görülmesinde kullanılan pilotun, uçak maliki tarafından onun emrine amade kılınmış olmasına rağmen davalının ifa yardımcısı sayılacağını ifade etmiştir. Şenocak, s. 169.

¹⁷² Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 419.

onun tarafından seçilerek kendi emrine amade tutulan hizmet personelinin verdiği zarardan dolayı tamamen sorumlu tutulmaması gerektiği ve bu tip olaylarda zarara sebep olan yardımcı kişinin aslında alacaklının işçisi olması ve alacaklı tarafından seçilerek bu iş için görevlendirilmiş olması gözetilerek, TBK m. 51 uyarınca tazminattan indirim yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁷³

2.2.3. Yardımcı Kişi ve Benzer Kavramlar Arasındaki İlişki

2.2.3.1. İşçi İle Arasındaki İlişki

Hukukumuzda işçi kavramı iş ilişkilerini düzenleyen değişik yasalarda tanımlanmaktadır. TBK m. 393 f. 1 uyarınca, bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde, işverenin ücret ödeme vaa-dinin karşılığında işverene bağımlı olarak belirli ve belirli olmayan süreyle iş görmeyi üstlenen kişiye işçi denmektedir. Bununla birlikte, İşK'nın tanımlar maddesi olan m. 2 f. 1'e göre ise işçi bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlanmakta olup; İşK m. 8 f. 1 gereğince, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmeye iş sözleşmesi denmektedir. Buna göre, hukukumuzda işçi sıfatının kazanılmasının her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleri ile kabul ettiği bir iş – hizmet sözleşmesinin bulunmasına bağlı olduğu söylenebilecektir¹⁷⁴. Bir hukuki ilişkinin iş – hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için ise, yukarıda da açıklandığı üzere iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarının söz konusu ilişkide bulunması şart olduğuna göre, işçiyi sözleşme ilişkisi çerçevesinde, ücret karşılığı işverene bağımlı olarak iş görmeyi taahhüt eden kimse olarak tanımlamak mümkündür.

Bununla birlikte, daha önce de belirttiğimiz üzere, yardımcı kişi ile borçlu arasında bir sözleşme bulunması gerekmediği gibi, yardımcı kişinin iş görmesinin karşılığında ücret veya benzeri bir maddi menfaat sağlaması da şart değildir.

¹⁷³ Şenocak, s. 168 vd.

¹⁷⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, 13. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2017, s. 143.

Dolayısıyla, yardımcı kişinin borçluya bağlı olarak, onun emir ve talimatı altında çalışması da gerekmemektedir¹⁷⁵.

Görüldüğü üzere, yardımcı kişi kavramı işçi kavramına göre çok daha geniş bir kavramdır. Her yardımcı kişinin işçi olduğu söylenemese de, bir borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının bırakıldığı her işçi, TBK m. 116 anlamında bir yardımcı kişidir. Meğer ki, söz konusu işçi, davranışlarına doğrudan doğruya tüzel kişinin davranışları gibi hukuki sonuç bağlanan organ kişi niteliğine sahip olsun.

2.2.3.2. Organ İle Arasındaki İlişki

Tüzel kişinin iradesinin oluşmasını ve bu iradenin açıklanmasını sağlayarak onun fiil ehliyetinin kullanılmasını ve böylece hukuki ilişkilere girmesini sağlayan kişi yada kişi topluluklarına organ denmektedir¹⁷⁶. Nitekim bu husus, Türk Medeni Kanununu ("TMK") m. 50 f. 1'de "tüzel kişinin iradesi organları aracılığıyla açıklanır" şeklinde hüküm altına alınmaktadır.

TMK m. 50 f. 2 uyarınca organlar hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleri vasıtasıyla tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Tüzel kişiler üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde kişiliğinin bir unsuru olan organlar vasıtasıyla cisimleşmekte ve faaliyetlerini organları vasıtasıyla yürütmekte olduğundan dolayı organın faaliyetlerine doğrudan doğruya tüzel kişinin faaliyetleriymiş gibi hukuki sonuç bağlanmaktadır¹⁷⁷. Bu kapsamda, organın fiilini tüzel kişiye sanki kendi fiili gibi

¹⁷⁵ Korur, s. 32.

¹⁷⁶ Tüzel kişinin organına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz: Fatih Bilgili, Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 20; Bozer, s. 212; Mustafa Dural / Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016, s. 250 ; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay – Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. Bası, İstanbul 2016, s. 286; Öztan, s. 81 -82.

¹⁷⁷ Bilgili / Demirkapı, s. 106; Dural / Ögüz, s. 250 - 251; Eren, 2017, s. 1096; İmre, s. 159; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 552; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 676; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, Kişiler, s. 292; Reisoğlu, Kemal, s. 61; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 289; Rona

isnat eden TMK m 50 f. 2 uyarınca, tüzel kişinin hangi şartların gerçekleşmesi hâlinde sorumlu tutulacağıın tespiti için organın davranışı sanki tüzel kişinin davranışı gibi ona isnat edilerek genel sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla tüzel kişi, organının sözleşmeye aykırı bir davranışından dolayı TBK m. 116 uyarınca değil, borçlunun kendi kusurlu davranışı nedeniyle sorumluluğunu hüküm altına alan TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır¹⁷⁸.

Yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluk, kişinin kendi davranışlarından dolayı değil, başkasının davranışlarından dolayı sorumlu olmasına yol açan bir hukuk normudur. Bu sebeple, tüzel kişilerin TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olması için, tüzel kişinin bir borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını kendilerine bıraktığı kişi veya kişi gruplarının organ sıfatına haiz olmamaları gerekir¹⁷⁹.

Tüzel kişi organlarının bir kısmı kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu şekilde, çeşitli kanuni düzenlemelerde organ olarak gösterilmekte olan organlara kanuni organ denilmektedir. Kanuni organların kendilerinde organ kavramı için gerekli özelliklerin var olup olmadığının araştırılmasına gerek bulunmadığından tespit edilmeleri bir güçlük yaratmamaktadır¹⁸⁰. Yine tüzel kişinin amacına ve yapısına göre ihtiyaç duyulan ihtiyari organların emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla tüzel kişinin ana statüsünde öngörülmesi de mümkündür¹⁸¹. Bununla birlikte, organ kavramı kanun ve ana statüde belirtilen organlarla sınırlı

Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişilik Hukuku, İstanbul 2015, s. 496; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 896.

¹⁷⁸ Akman, s. 80; Bozer, s. 212; Dural / Öğüz, s. 251; Eren, 2017, s. 1096 – 1097; Feyzioğlu, s. 196; Gülerci, s. 320; Gülerci / Kılınc, s. 255; Gündoğdu, s. 242; İlhan Helvacı, Borçlar Hukuku Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000 – 2010), Kiracının Kiralanan Taşınmazda Meydana Gelen Hasardan Sorumluluğu, İstanbul 2010; s. 178 – 179; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 676 – 677; Korur, s. 32 – 33; Nomer, s. 313; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 420; Öztan, s. 123; Reisoğlu, Kemal, s. 29; Reisoğlu, Safa, s. 364; Serozan, Kişiler Hukuku, s. 496; Şenocak, s. 130 vd.; Tekil, s. 186; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 896; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 320.

¹⁷⁹ Akman, s. 80; Dural / Öğüz, s. 251; Öztan, s. 93; Şenocak, s. 130 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s. 449.

¹⁸⁰ Dural / Öğüz, s. 251; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, Kişiler, s. 287; Öztan, s. 32.

¹⁸¹ Dural / Öğüz, s. 251 – 252; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, Kişiler, s. 287.

değildir. Kanunda ve ana statüde organ olarak düzenlenmemiş olsa dahi birtakım görev ve sorumlulukları yerine getiren kişiler de organ olarak nitelendirilebilir¹⁸². Buna göre, bir kişinin organ sıfatına haiz olup olmadığını tespit etmek için yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, yardımcı kişinin tüzel kişinin iradesinin oluşumunda, onun üçüncü şahıslara karşı temsilinde veya tüzel kişi için önemli birtakım görevlerin idaresinde yetkili olup olmadığını incelenmesi gerekmektedir¹⁸³. Bu çerçevede, aslında TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişi sayılabilmek için gerekli şartlara sahip olan bir kişinin yukarıda belirtilen hususlarda yetkili olduğu sonucuna varılabiliyorsa, yardımcı kişi ve organ sıfatı aynı şahısta birleşmeyeceğinden bu kişiyi yardımcı kişi saymamak gerekir. Şu kadar ki, tüzel kişinin organları dışında kalan diğer çalışanları, ifasına katıldıkları borçlar ve kullanmalarına izin verilen haklar bakımından yardımcı kişi sayılabirler¹⁸⁴.

2.2.3.3. İradi Temsilci İle Arasındaki İlişki

Temsil edilenin istek ve iradesiyle, onun adına ve hesabına hareket ederek onu bu işlemin hukuki sonuçları ile bağlı kılmaya yetkili kişiye iradi temsilci denir¹⁸⁵. Bir başka ifadeyle, iradi temsilci, temsil olunanı üçüncü şahıslara karşı temsil ederek onun adına ve hesabına hukuki işlemler gerçekleştirmektedir¹⁸⁶.

Bununla birlikte, yardımcı kişinin borçlu ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır. Yardımcı kişi yalnızca, borçlunun bilgi ve iradesi dâhilinde bir borcun ifasına veya bir hakkın kullanılmasına ilişkin maddi fiillerde

¹⁸² Dural / Ögüz, s. 252; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, Kişiler, s. 287; Öztan, s. 38.

¹⁸³ Organ kavramının belirlenmesinde esas alınacak kriterler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: Öztan, s. 28 – 73.

¹⁸⁴ Dural / Ögüz, s. 260; Helvacı, Hukuki Mütalaalar, s. 179; İmre, s. 159; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677; Korur, s. 32 – 33; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 420 – 421; Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, Kişiler, s. 290; Öztan, s. 93 ve organ sıfatının tayininde göz önünde bulundurulacak kıstaslar için ayrıca bkz: Öztan, s. 28 vd.; Şenocak, s. 130 vd.

¹⁸⁵ Temsil kurumunun sükrelerinden biri olan “Temsilci” hakkında çeşitli tanımlar için bkz: İnan / Yücel, s. 334; Şenyüz, s. 70; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 125.

¹⁸⁶ İradi temsil hakkında detaylı bir inceleme için bkz: M. Murat İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

bulunmaya yetkili kılınmış olup, maddi fiiller bir irade beyanına ihtiyaç göstermedikleri için, bunlar açısından bir temsilciden değil, ancak yardımcı kişiden bahsetmek mümkündür¹⁸⁷.

Öte yandan, üçüncü kişiler nezdinde borçlunun yerine geçerek onun adına ve hesabına hukuki işlemlere taraf olan iradi temsilcilerin yaptıkları hukuki işlem ve fiillerin tüm hukuki sonuçları TBK m. 40 f. 1 gereğince temsil olunanın üzerinde doğmaktadır¹⁸⁸. Temsil sonucu ortaya çıkan durum hukuki işlemin temsil olunan tarafından yapılmasından farksız olduğu için, borçlunun bu fiil ve işlemlerden dolayı sorumluluğu da TBK m. 116'ya değil, TBK m. 112'ye tabidir¹⁸⁹.

2.2.3.4. Kanuni Temsilci İle Arasındaki İlişki

Temsil edilen adına hukuki işlem yapma yetkisini, temsil olunanın iradesinden değil, kanundan alan kişilere kanuni temsilci denmektedir. Burada gerek temsil yetkisinin kaynağı gerekse kapsamı kanuna dayanmaktadır¹⁹⁰. Sözgelimi, TMK m. 342 uyarınca ana ve babanın velayetleri çerçevesinde çocukları üzerinde sahip olduğu temsil yetkisi, TMK m. 426 uyarınca bir şahsın idaresi amacıyla atanan kayyumun söz konusu şahsı temsil yetkisi veya TMK m. 640 f. 3 uyarınca temsilcinin paylaşmaya kadar miras ortaklığı üzerinde sahip olduğu temsil yetkisi kanuni temsil yetkisine örnek olarak gösterilebilir.

İradi temsilciden farklı olarak hukuki işlemlerin yanı sıra maddi fiillerde de bulunan kanuni temsilci, iradi temsilciye nispetle yardımcı kişi kavramı ile daha benzer özellikler taşımaktadır. Bu kapsamda, doktrinde hakim olan görüş, temsil

¹⁸⁷ Akman, s. 79; Eren, s. 442; İnceoğlu, s. 10 -11; Korur, s. 34.

¹⁸⁸ Eren, s. 441; Günay, s. 74; İnan / Yücel, s. 343 – 344; İnceoğlu, s. 94; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 255; Şenyüz, s. 74; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 125.

¹⁸⁹ Akman, s. 79; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 676; Tandoğan, Mesuliyet, s. 421, dn. 33. Aksi görüşte: Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 552.

¹⁹⁰ Eren, s. 447; İnan / Yücel, s. 339; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 244; Necip Kocayusufpaşaoğlu: Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014, s. 628; Şenyüz, s. 72.

olunan kişinin kanuni temsilcisinin faaliyetlerinin nimetlerinden yararlandığı gibi zararlı sonuçlarına da katlanması gerektiğini ileri sürmekte ve zarar gören karşı tarafı korumak amacıyla kanuni temsilcilerden dolayı sorumlulukta da TBK'nın 116'ncı maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹¹. Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanuni temsilcilerin kusurlu davranışlarından dolayı temsil olunanın sorumlu tutulması için, organın fiillerinden dolayı sorumluluk bakımından TMK'nın 50'nci maddesinde düzenlendiği gibi bir isnadiyet normu getirilmediği müddetçe, temsil olunan kişiler, kanuni temsilcilerin sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı, TBK'nın 116'ncı maddesi kıyasen uygulanarak sorumlu tutulmalıdır. Bununla birlikte, bu görüşü savunan kimi yazarlar, küçük ya da kısıtlının borcunun kanuni temsilciler tarafından ifası durumunda, özellikle temsil olunan kişinin temyiz kudretine sahip olmaması durumunda kusur ehliyeti bile olmayan küçük ya da kısıtlının farazi kusurunun aranmasının isabetsiz olacağını, bu sebeple farazi kusurun tespitinde kanuni temsilcinin şahsının dikkate alınmasının daha uygun olacağını ileri sürmektedir. Öte yandan, söz konusu yazarlar tarafından, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı her türlü sorumluluğunu ortadan kaldırmasına imkân veren TBK'nın 116'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının da, özellikle temsil olunanın tam ehliyetsiz olduğu durumlarda sözleşmenin temsil olunanın yerine kanuni temsilci tarafından bizzat yapıldığı durumlar düşünüldüğünde kanuni temsilcilerden dolayı sorumluluk bakımından uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹².

Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 116 hükmünün kanuni temsilcilerin davranışları için kıyasen uygulanması uygun değildir¹⁹³.

¹⁹¹ Eren, 2017, s. 1098; Gündoğdu, s. 242; İlhan Helvacı, Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine, İÜHF M C. LV - S 4 (1997), s. 145 – 171, s. 164; Korur, s. 34; Nomer, s. 313; Şenoacak, s. 132 vd.; Tuhr, s. 595; Tuncomağ, s. 839 - 840.

¹⁹² Şenoacak, s. 134.

¹⁹³ Tekil, s. 186. Oğuzman ise borçlunun borcunu ifa eden veya hakkının kullanılmasına katılan kanuni temsilcisinin, borçlunun onayı dışında hareket eden bir kimse olarak yardımcı kişi sayılmaması gerektiğini belirtmekle birlikte, TBK m. 116 hükmünün kanuni temsilcilerin davranışları için kıyasen uygulanmasına tamamen karşı çıkmamaktadır. Yazar, kusursuz sorumluluğun istisnai bir düzenleme olmasını da göz önüne alarak dar yorumla kıyas yapılması gerektiğini belirtmekte ve temsil olunanı mutlak şekilde kusursuz sorumlu tutmak yerine, sadece

Buna göre, kanuni temsil kurumunun temelinde yatan hukuki işlem yapmaya ehil olmayan kişilerin üçüncü bir kişi aracılığıyla hak ve borçlara taraf olmalarının sağlanması düşüncesinin, tüzel kişilerin organları vasıtasıyla faaliyette bulunmasının temelinde yatan düşünceyle aynı doğrultuda olması sebebiyle, kanuni temsilcilerden dolayı temsil olunanın sorumluluğuna organın fiillerinden dolayı sorumluluk normunun uygulanması daha uygun olacaktır¹⁹⁴. Zira, kanuni temsilcinin temsil yetkisi kanundan doğmakta, temsil edilenin iradesine dayanmamaktadır. Özellikle temsil edilenin temyiz kudretine sahip olmaması hâlinde, temsil edilen kişinin yardımcısını seçme serbestisi bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, temsil edilenin borcunun ifasına veya borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasına yönelik işlemlerin yapılmasına temsil edilen değil, kanuni temsilcisi onun adı ve hesabına kendi karar vermektedir. Oysaki, yardımcı kişinin borcun ifasına veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına katılması, borçlunun bilgi ve iradesi doğrultusunda gerçekleşmektedir¹⁹⁵.

Kaldı ki, TBK m. 116'nın, temsil olunanın kanuni temsilcilerin fiillerinden dolayı sorumluluğunda da kıyasen uygulanması gerektiğini savunan kimi yazarlar tarafından kusur şartı bakımından borçlunun farazi kusurunun esas alınmasının uygun olmadığı ve yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluğun sözleşme ile kaldırılması imkânının kanuni temsilciler bakımından uygulanmaması gerektiğinin ileri sürülmesi dahi, yardımcının fiillerinden dolayı sorumluluk normunun, temsil olunanın kanuni temsilcinin fiillerinden dolayı sorumluluğuna kıyasen uygulanmasının pek çok açıdan uygun olmadığını göstermektedir.

kanuni temsilcinin kusursuzluğu ispat edilemezse, temsilcisinin kusurundan dolayı sorumlu tutmanın daha adil olacağını savunmaktadır. Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 421.

¹⁹⁴ Aynı görüşte: Karaca, s. 50; Şenocak, s. 133, dn. 276'da adı geçen Koller N. 488: Oser / Schöenberger, Art. 101, N. 6: Esser, s. 263.

¹⁹⁵ Nitekim, ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin, borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını kendi iradesi ile kanuni temsilcisine bırakmasından söz edilemeyeceğine, TBK m. 116 hükmünün kanuni temsilcilere kıyas yolu ile uygulanması gerektiğini kabul eden görüşü savunan bazı yazarlar tarafından da dikkat çekilmiştir. Bkz. Helvacı, Temyiz Kudretinden Yoksunluk, s. 164; Nomer, s. 313.

2.2.3.5. TBK m. 66 Anlamında Çalışan İle Arasındaki İlişki

Adam çalıştıran kişinin, çalışanın, kendisine verilen işin görülmesi sırasında işlediği haksız fiiller dolayısıyla, başkalarına verdiği zarardan sorumlu tutulmasını öngören TBK'nın 66'ncı maddesinin uygulanması için adam çalıştıran ile zarar veren kimse arasında tabiiyet ilişkisi bulunması gerekmektedir¹⁹⁶. TBK m. 66 anlamında, "çalışan" deyimi, adam çalıştıranın mesleki veya diğer herhangi bir işinin ifası amacıyla, onun emir ve talimatı altında çalışan kimseyi ifade eder. Dolayısıyla, adam çalıştıran ile çalışan arasında emretme, denetleme, talimatına uygun olarak çalıştırma durumu mevcut olmadığı takdirde, TBK m. 66 anlamında bir çalışandan söz edilemez.

Oysaki, yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, TBK m. 116 gereği, yardımcı kişinin borçluya tabi olarak, onun emir ve talimatı altında çalışması gerekmediği için "yardımcı kişi" kavramı, "çalışan" kavramına göre daha geniştir¹⁹⁷. Ağır bir yükün kaldırılması hususunda sokaktan geçerken çağrılan kişi dahi, borçlunun bilgi ve rızası olduğu sürece TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi sayılır¹⁹⁸. Buna göre, her ne kadar kendisine bırakılan işi bağımsız şekilde ifa eden mimar, müteahhit, avukat gibi kişiler TBK m. 66 anlamında "çalışan" olarak kabul

¹⁹⁶ Sabah Altay, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011, s. 185; Ardıç / Ersol, s. 92; Ataay, s. 334; Ayan, s. 290; Bilgili / Demirkapı, s. 105; Bozer, s. 98; Erdoğan, s. 92; Eren, 2017, s. 640 ve ayrıca s. 644 vd.; Günay, s. 91; Hatemi / Gökyayla, s. 275; İmre, s. 144; İnan / Yücel, s. 416; Karaca, s. 57; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 567; Karan, s. 735; Kayar, s. 167, dn. 5; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 343; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 295; Nomer, s. 162; Önen, s. 160; Reisoğlu, Kemal, s. 42; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 289; Şenyüz, s. 98; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 58 – 59; Tandoğan, Mesuliyet, s. 111; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 503 – 504; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 118; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 229.

¹⁹⁷ Feyzioğlu, s. 193 - 194; İnan, 1979, s. 494; İnan / Yücel, s. 617; Karaca, s. 49; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 567; Karan, s. 735; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 307; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 37; Korur, s. 28; Öztan, s. 93, dn. 46; Reisoğlu, Safa, s. 363 – 364; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 80; Tandoğan, Mesuliyet, s. 450; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 902 - 903; Tuncomağ, s. 837. "Yardımcı kişi" sıfatının tayininde, bağımlı olarak iş görme unsurunun şart olmamasına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz: s. 54 vd.

¹⁹⁸ Tekil, s. 185.

edilmese de, diğ er şartlar sağ landığı takdirde, bu kişiler TBK m. 116 anlamında “yardımcı kişi” olarak kabul edilebilecektir¹⁹⁹.

Aynı olayda her iki sorumluluğ un şartlarının gerç ekleş mesi hâlinde, TBK m. 66 ve TBK m. 116’dan doğ an talepler birbiriyle yarışabilir. Ş öyle ki, yardımcı kişi ile borç lu arasında bir tabiiyet iliş kisi olması ve borç iliş kisine aykırı davranış ın aynı zamanda genel bir davranış normunu ihlâl etmesi hâlinde, alacaklı, borç luya yönelteceğ i tazminat talebini TBK m. 116’nın yanı sıra TBK m. 66 hükmüne de dayandırabilir²⁰⁰.

Her iki sorumluluk sebebinin de birlikte olduğ u bu duruma sorumluluk sebeplerinin yarışması denir²⁰¹. Sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda, tazminat talebinin TBK m. 116’ya dayalı olarak ileri sürülmesi, özellikle zamanaş ımı süresi ve borç lunun yardımcı kişinin seçim ve denetiminde her türlü özeni göstermiş olduğ unu veya gösterseydi dahi yine de zararın ortaya çıkacağı nı ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânının olmaması bakımından alacaklı açısından genellikle daha avantajlıdır²⁰².

2.2.3.6. Alt Vekil İle Arasındaki İliş ki

TBK m. 506 f. 1 uyarınca, vekilin vekâlet borcunu bizzat yerine getirmesi kural olsa da, vekile iş in başkasına gördürülmesine iliş kin olarak açıkça veya zımnen yetki verildiğ i, vekilin iş i başkasına gördürmeye teamül gereğ ince yetkili olduğ u veya durumun vekili iş i başkasına gördürmeye mecbur kıldığı hâllerde vekilin iş i başkasına gördürmesi mümkündür. Belirtilen bu durumlarda, vekil, kendi ad ve hesabına akdettiğ i bir vekâlet sözleşmesi ile kendisinin vekil olarak taraf olduğ u

¹⁹⁹ Hatemi / Gökyayla, s. 275; Reisoğ lu, Safa, s. 183; Ş enocak, s. 137.

²⁰⁰ Eren, 2017, s. 643; Gülerci, s. 194; Karan, s. 735; Kılıçoğ lu, Borç lar Hukuku, s. 468; Reisoğ lu, Kemal, s. 23; Tekinay / Akman / Burcuoğ lu / Altop, s. 902.

²⁰¹ Gökhan Antalya, Sorumluluk Hukukunda Yeni Geliş meler, MÜHF – HAD, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s. 63 -83, s. 67; Gülerci, s. 194; Karan, s. 726; Kılıçoğ lu, Tazminat Hukuku, s. 307; Tekinay / Akman / Burcuoğ lu / Altop, s. 980.

²⁰² Aynı görüş te: Genç – Arıdemir, s. 55; Kılıçoğ lu, Tazminat Hukuku, s. 308; Nomer, s. 172; Tekinay / Akman / Burcuoğ lu / Altop, s. 903.

vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarının ifasını kısmen veya tamamen alt vekile bırakabilir²⁰³.

Bununla birlikte, vekilin, TBK m. 506 f. 1'deki sınırlamaları tabi olmaksızın, yüklendiği işi görürken TBK m. 116 anlamında yardımcı kişiden yararlanması da mümkündür²⁰⁴. Örneğin, bir doktorun ameliyat sırasında tıbbi malzemelerin verilmesi, sterilizasyon gibi işlemlerde kendisine yardım üzere bir hemşireden yararlanması her zaman için mümkün iken, doktorun kendisinin yerine ameliyatı yapmak üzere bir üçüncü kişiyi ikame etmesi yukarıdaki şartlara tabi olacaktır.

Bu noktada, özellikle vekilin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi bakımından, vekilin işin görülmesi için kendisi yerine bir başkasını ikame etmeye yetkili olduğu durumlarda ne zaman alt vekilin, ne zaman yardımcı kişinin söz konusu olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Zira, vekilin caiz olan şekilde kendisinin yerine bir başkasını ikame etmesi durumunda vekilin sorumluluğunu düzenleyen TBK'nın 507'nci maddesinin 2'nci fıkrasında alt vekâlet veren vekil hakkında, TBK'nın 116'ncı maddesinde düzenlenen, yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluk hükmüne nazaran daha hafifletilmiş bir sorumluluk öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, vekil, vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarının ifası için kendi yerine bir başkasını ikame etmeye yetkili olduğu takdirde, yerine koyduğu kişiyi seçme ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Bir başka ifadeyle, vekil, vekâletin görülmesini alt vekile bırakmaya yetkili ise, sadece alt vekilin seçimi ve talimatında gerekli özeni göstermemişse sorumludur. Dolayısıyla, vekil, yerine koyduğu kişiyi seçme ve ona talimat verme hususunda kusurlu olmadığını ispat ederek bu kişinin vekâleti gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle meydana gelen

²⁰³ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt – II, İstanbul 2014, s. 148; Şenyüz, s. 432; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 625.

²⁰⁴ Gündoğdu, s. 235; Gümüş, s. 149; Şafak Parlak / Levent Börü, Alt vekalet, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül-Ekim 2011, Sayı: 96, s. 17 – 48, s. 18 vd.; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 625.

sorumluluktan kurtulabilecektir²⁰⁵. Oysa ki, TBK m. 116 borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında yardımcı kişiden yararlanan borçluya böyle bir kurtuluş kanıtı getirmemiştir²⁰⁶.

Vekâlet sözleşmesinde, vekilin bir tür yardımcı kişi olan alt vekilden dolayı sorumluluğu için özel bir düzenleme bulunmasına rağmen, vekilin vekâlet sözleşmesinin ifasında kullandığı her tür yardımcı kişi söz konusu özel sorumluluk normunun kapsamına girmez. Vekil, alt vekil olarak nitelendirilemeyecek olan yardımcı kişilerden dolayı TBK m. 116 uyarınca sorumlu olur. Bu nedenle, vekilin işin görülmesini ikame kişiye bırakmaya yetkili olduğu hâllerde, ne zaman TBK m. 507 f. 2'nin uygulanacağı bir alt vekil, ne zaman TBK m. 116'nın uygulanacağı bir yardımcı kişinin söz konusu olduğunun tespiti için doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁰⁷.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre²⁰⁸, alt vekil, vekilin, vekâlet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin tamamını veya bir bütün teşkil eden kısmını vekilin yönetimi ve denetimi altında olmaksızın, ekonomik ve teknik açıdan bağımsız bir şekilde yerine getirmek üzere bıraktığı kişidir. Bu görüşe göre, yardımcı kişi ile alt vekil arasındaki ayırıcı kıstas: İşin görülmesinin bırakıldığı kişinin teknik ve ekonomik açıdan bağımsızlığı yani vekilin emir ve

²⁰⁵ Eren, 2017, s. 1099 – 1100; Gündoğdu, s. 241; Günay, s. 260; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 552; Oğuzman / Öz, Cilt -1, s. 417 dn 199; Parlak / Börü, s. 32 vd.; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 289; Şenocak, s. 140; Gümüş, s. 151; Tandoğan, Mesuliyet, s. 447; Tuhr, s. 592; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 625.

²⁰⁶ Bununla birlikte, vekilin caiz olmayan şekilde kendisinin yerine bir başkasını ikame etmesi durumunda, vekil yetkisi dışına çıkarak kendisi yerine ikame ettiği kişinin fiillerinden TBK m. 507 f. 1 uyarınca kendisi yapmış gibi sorumlu olmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, TBK m. 507 f. 1 büyük ölçüde TBK m. 116'nın özel bir uygulama alanını teşkil eden bir sorumluluk hükmüdür. Dolayısıyla, bu görüşü savunan yazarlar, caiz olmayan şekilde alt vekile başvuran vekilin TBK m. 116'da olduğu gibi kendisi ikame kişi gibi hareket etseydi, kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesini olanaklı görmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: Şenocak, s. 140. Bununla birlikte, doktrinde klasik görüşü savunan yazarlara göre, caiz olmayan ikamede vekil, kendi kusuru olmasa dahi, ikame kişinin sebep olduğu zarardan, TBK m. 112 ve dolayısıyla TBK m. 506 f. 1 c. 2'nin ihlali çerçevesinde sorumludur. Buna göre, caiz olmayan şekilde ikamede, vekil ancak kendisinin ikameye yetkili olduğunu düşünmekte kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 552; Parlak / Börü, s. 35; Tandoğan, Mesuliyet, s. 448 - 449.

²⁰⁷ Gümüş, s. 149 - 150; Parlak / Börü, s. 25 vd.; Şenocak, s. 141 vd.

²⁰⁸ Gümüş, s. 149; Eren, 2017, s. 1099.

talimatı altında bulunmamasıdır. Bununla birlikte, bağımsızlık kıstası alt vekil ve yardımcı kişinin ayırt edilmesi bakımından yeterli bir ölçüt değildir. Zira, TBK'nın 116 anlamında yardımcı kişinin borçluya tabi durumda olması gerekmemektedir. Bunun yanı sıra, işin görülmesinin bırakıldığı kişinin teknik ve ekonomik açıdan bağımsız olması, vekilin emir ve talimatı altında bulunmaması vekilin sorumluluğunun hafifletilmesi için geçerli bir sebep değildir²⁰⁹.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş²¹⁰ ise, alt vekil ve yardımcı kişiyi ayırmak için kişiliğin önemli olduğu işlerin kısmen veya tamamen bir başka kişiye devredilmesi ölçütünü esas almaktadır. Bu görüşe göre, vekilin şahsen yerine getirmesi gereken işlerin bir başka kişiye tevdi edilmesi hâlinde, bir alt vekillik durumu oluşmaktadır. Bu görüş ise, vekâlet sözleşmesi haricinde edimin niteliğinin büyük ölçüde borçlunun kişiliğine bağlı olduğu eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi diğer sözleşmelerde işin görülmesinin bir başkasına bırakılması hâlinde TBK m. 116 uygulanırken, vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğunda sırf şahsen yerine getirilmesi önemli olan bir edimi içerdiği gerekçesiyle, vekilin işin görülmesini bıraktığı alt vekil dolayısıyla daha hafif bir sorumluluğa tabi tutulmasına haklı bir gerekçe oluşturmaması nedeniyle alt vekil ile yardımcı kişiyi birbirinden ayırmak için yeterli değildir²¹¹.

TBK m. 507 f. 2'nin uygulanma alanını oldukça daraltan bir diğer görüş ise²¹², söz konusu maddenin vekilin vekâlet sözleşmesi çerçevesinde müvekkile karşı yükümlülüğünün işin görülmesi için bir üçüncü kişinin görevlendirilmesinden ibaret olduğu durumlarda uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu görüş, bu tür sözleşmelerde vekilin asli borcunun işin görülmesi için bir üçüncü kişinin seçilmesi ve gerekli talimatların kendisine verilmesi olmasından yola çıkılarak, vekilin bu kişiyi seçme ve gerekli talimatları verme kusurundan dolayı

²⁰⁹ Parlak / Börü, s. 25 vd.; Şenocak, s. 141 vd.

²¹⁰ Şenocak, s. 142 ve orada dn. 303'de anılan yazarlar.

²¹¹ Parlak / Börü, s. 25 vd.; Şenocak, s. 141 vd.

²¹² Şenocak, s. 143 ve orada dn. 307'de anılan B. Von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 397; H. P. Friedrich, Fragen aus dem Auftragsrecht, ZBJV 91 (1955), s. 462 vd.

sorumluluğunun TBK m. 506 f. 2 uyarınca vekilin sadakat ve özen yükümüne tabi olması gerektiği, dolayısıyla TBK m. 507 f. 2'deki gibi bir özel düzenlemeye ihtiyaç duyulmayacağı dolayısıyla eleştirilmektedir²¹³.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş²¹⁴ ise, ne zaman alt vekilin, ne zaman yardımcı kişinin söz konusu olduğunun belirlenmesi için üçüncü kişinin kimin hesabına kullanıldığı ölçütünün esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, vekil tarafından kendisinin yerine ikame edilen ve müvekkil hesabına iş gören kişiler alt vekil, buna karşılık vekil hesabına iş gören kişiler ise yardımcı kişidir. Nitekim, alt vekilden dolayı sorumluluğun hafifletilmiş olmasının sebebi de, vekilin, alt vekili müvekkil hesabına görevlendirmiş olmasından ileri gelmektedir. Her ne kadar, bu görüşü savunan yazarların, alt vekilden dolayı öngörülen hafifletilmiş sorumluluğun gerekçesine ilişkin yaptıkları açıklamalar haklılık taşıyorsa da, uygulamada bu görüş vekilin üçüncü kişiye ne zaman müvekkil, ne zaman kendi hesabına başvurduğunun açık olmadığı durumlar bakımından tek başına yetersiz kalmaktadır.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre²¹⁵, vekilin üçüncü kişiyi kendi menfaatine mi, yoksa müvekkilin menfaatine mi görevlendirdiği kriteri vekilin işin görülmesini bıraktığı kişinin alt vekil mi, yardımcı kişi mi olduğunun belirlenmesinde yardımcı olabilecektir. Buna göre, vekilin kendi menfaatleri doğrultusunda, sözgelimi faaliyet sahasını genişletmek veya işletme kapasitesini artırmak üzere kullandığı üçüncü kişinin yardımcı kişi olduğu görüşünden hareket edilerek, bu kişilerin sebep oldukları zararlardan dolayı vekilin TBK m. 116'ya göre sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri gereği gibi ifa etmek amacıyla hareket ederek bir üçüncü kişiye başvurur ve bu konuda o kişiye vekâlet verirse, üçüncü kişinin yetkilendirilmesi

²¹³ Şenocak, s. 144.

²¹⁴ Şenocak, s. 144-145 ve orada dn. 311'de yer alan Spiro, 1984, s. 93.

²¹⁵ Parlak / Börü, s. 26 ve orada dn. 36'da Josef Hofseter, *Der Auftrag Und Die Geschaefsführung Ohne Auftrag: Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/2 (Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhaeltnisse), Herausgegeben Von Frank Visser, Basel 1979, s. 74 vd.; Serozan, *Borçlar Hukuku*, s. 289.

müvekkilin menfaatine olduğu için bu kişinin alt vekil olduğu kabul edilmeli ve vekilin bu kişinin sebep olduğu zararlardan sorumluluğuna TBK m. 507 f. 2 uygulanmalıdır²¹⁶.

Bununla birlikte, TBK m. 507 f. 2’de yer alan özel düzenleme, sadece vekil ile üçüncü kişi arasında vekâlet ilişkisi bulunduğu takdirde uygulanır. Vekil ile üçüncü kişi arasında hizmet sözleşmesi olması hâlinde, bir alt vekil değil, TBK m. 116 anlamında bir yardımcı kişi söz konusudur. Bu konuda doktrinde fikir birliği bulunmaktadır²¹⁷. Örneğin, bir avukatlık ya da mimarlık bürosunda vekâlet verilen asıl avukat ve mimarın yanında hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan kişiler alt vekil değil, yardımcı kişi olarak nitelendirilir.

Üçüncü kişinin niteliğine ilişkin tereddüde düşüldüğü takdirde, vekilin yardımcı kişi nedeniyle sorumluluğunun alt vekilden dolayı sorumluluğuna nispetle daha geniş olması sebebiyle, üçüncü kişinin yardımcı kişi olduğunun kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Zira iş görme edimini bizzat yerine getirmeyerek bunu üçüncü bir kişiye bırakan vekile kıyasla müvekkilin korunması daha yerine olur²¹⁸.

2.2.3.7. Alt Kiracı İle Arasındaki İlişki

Kiracının alt kiracılardan dolayı kiraya verene karşı sorumluluğu adi kira ve konut ve çatılı işyeri kiralalarında TBK m. 322’de, ürün kirasında ise TBK m. 366’da özel olarak düzenlenmiştir.

Adi kira sözleşmeleri bakımından, kiracının kiralananı bir başkasına kiralaması, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak şartıyla serbesttir. Dolayısıyla kural olarak kiracının alt kira sözleşmesi yapması için kiraya verenin rızasını almasına gerek yoktur. Adi kira sözleşmeleri bakımından geçerli olan alt

²¹⁶ Parlak / Börü, s. 26 vd.; Şenocak, s. 145 vd.

²¹⁷ Parlak / Börü, s. 27, Şenocak, s. 146; Tuhr, s. 592.

²¹⁸ Aynı görüşte bkz: Parlak / Börü, s. 28.

kira serbestisi kiralananın hem kısmen hem de bütünüyle bir başkasına kiralınması bakımından geçerlidir. Öte yandan, kural alt kira serbestisi olmakla birlikte doktrinde adi kira sözleşmelerinde de kiraya verenin kira sözleşmesi ile alt kira sözleşmesini yasaklayabileceği kabul edilmektedir²¹⁹. Gerçekten sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tarafların adi kira sözleşmesinde alt kira sözleşmesi yapılmasını baştan yasaklaması mümkündür.

Bununla birlikte, TBK m. 322 f. 2 hükmü gereğince kural olarak konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracının kiralananı bir başkasına kiralaması yasaklanmıştır. Bu kapsamda, kiracının alt kira sözleşmesi yapabilmesi için kiraya verenin yazılı rızasının alınması gerekmektedir.

Adi veya konut ve çatılı işyeri kirasında, kiracı, kiralanan üzerinde alt kira sözleşmesi yaptığı takdirde, alt kiracının kiralanan şeyi kendisine tanınandan başka bir biçimde kullanmasından dolayı kiraya verene karşı alt kiracıyla birlikte TBK m. 322 f. 3 gereğince müteselsilen sorumludur.

Ürün kirası bakımından ise TBK m. 366 f. 1'de alt kira sözleşmesi yapılması açıkça yasaklanmıştır. Dolayısıyla, ürün kirası bakımından alt kira sözleşmesi yapılabilmesi ancak kiraya verenin rızası ile gerçekleşebilecektir. Bu bakımdan ürün kirasında, konut ve çatılı işyeri kiraları ile paralel bir düzenleme öngörüldüğü söylenilebilecekse de, TBK m. 366 f. 1 c. 2 gereğince ürün kirasına dahil olan bazı yerlerin kiraya verenin rızasına ihtiyaç duyulmaksızın, onun için zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmemek koşuluyla kiraya verilmesi mümkün kılınmıştır. Bu kapsamda doktrinde TBK m. 366 hükmü ile kiracının, kiralananı kiraya verenin rızası olmaksızın alt ürün kirasına vermesinin yasaklandığı; buna karşın kiracının, kiralanan ile ilgili olarak özellikle ürün getirmeyen, tarıma elverişli olmayan yerler üzerinde adi kira yapmasının mümkün

²¹⁹ Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014, s. 459 - 460.

olduğu ifade edilmektedir²²⁰. TBK m. 366 f. 2 gereğince kiracının, başkasıyla yaptığı bu kira sözleşmelerine, alt kiraya ilişkin kurallar kıyas yoluyla uygulanır.

Bu kapsamda kiracının, kira sözleşmesinden doğan kullanma hakkının bir kısmını veya tamamını bıraktığı alt kiracının fiillerinden dolayı TBK m. 116 gereğince sorumlu olup olmayacağı bakımından öncelikli olarak belirleyici olan kriter kiracının kiralananın bir kısmını veya tamamını başkasına kiralamasının caiz olup olmadığıdır. Kiralananın alt kiracıya kiralınması caiz ise, bir başka ifadeyle kiraya verenin rızası varsa ya da kiraya verenin rızasının alınması kanun veya sözleşme gereğince şart değilse, kiracı meydana gelen zarar nedeniyle TBK m. 116 gereğince sorumludur.

Kiracının caiz olmayan şekilde kiralananı alt kiracıya vermesi hâlinde ise, kiracı, kiraya verene karşı hem kendi sözleşmeye aykırı davranışı dolayısıyla TBK m. 112 gereğince hem de yardımcı kişi niteliğindeki alt kiracının zarara sebep olan borca aykırı davranışı dolayısıyla TBK m. 116 gereğince sorumlu olacaktır²²¹.

2.2.3.8. Alt Yüklenici İle Arasındaki İlişki

Genel hüküm niteliğindeki TBK m. 83'e göre, borçlu kural olarak şahsen ifade bulunmakla yükümlü olmadığı hâlde, TBK m. 471 f. 3 gereğince yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, yüklenici, kendi kişisel yönetimi olmaksızın, kendi adına ve hesabına anlaşma yaptığı üçüncü bir kişiye de işi yaptırabilir²²².

²²⁰ Yavuz / Acar / Özen, s. 712.

²²¹ TBK'nın 116'nın caiz olmayan yardımcı kişi kullanımlarında uygulanmasının mümkün olup olmadığı hususunda detaylı açıklama için bkz: s. 50 vd.

²²² Gümüş, s. 11.

TBK m. 471 f. 3’de yüklenicinin borcunun kişisel niteliği, bir diğer ifadeyle eserin yüklenicinin kişisel yönetimi altında meydana getirilmesi gereği kural olarak kabul edilmiştir. Buna göre, eserin meydana getirilmesinde kişisel özelliklerinin önemli olmadığını ve dolayısıyla alt yükleniciye başvurmaya yetkili olduğunu iddia eden yüklenici bunu ispatlamak zorundadır. Buna karşılık, kanunun “kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür” ifadesi gereğince, iş sahibi teslim edilecek eserin bizzat yüklenici tarafından yapılması gerektiğini, bir diğer ifadeyle yüklenicinin eseri kendi yönetimi ve sorumluluğu altında dahi olsa üçüncü bir kişiye gördüremeyeceğini ispat etmediği sürece yüklenici eseri kendi yönetimi altında bir başkasına gördürebilecektir²²³. Özetle, TBK m. 471 f. 3 gereğince, yüklenicinin kişisel niteliklerinin eserin meydana getirilmesi için önem taşımadığı ispat edilmediği sürece, yüklenici, eseri kendisi ile tabiiyet ilişkisi içerisinde olan bağımlı ifa yardımcılarını yaptırabilmesine rağmen, işin görülmesini bağımsız ifa yardımcısı niteliğindeki bir alt yükleniciye bırakmamaktadır.

TBK m. 471’de yüklenici tarafından alt yükleniciye bırakılabilecek olan işler özel olarak düzenlenmiş ise de, TBK’nın eser sözleşmelerinin düzenlendiği İkinci Kısım Yedinci Bölüm’de işin alt yükleniciye bırakıldığı takdirde yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Şu halde, alt yüklenici, yüklenicinin TBK m. 116 anlamında bağımsız ifa yardımcısı konumunda olduğuna göre, eser sözleşmesine konu işin alt yükleniciye bırakılması hâlinde yüklenicinin alt yüklenicinin fiillerinden dolayı sorumluluğunun bu konuda genel hüküm olan TBK m. 116 gereğince belirlenmesi gerekir. Buna göre, doktrinde hakim görüş tarafından kabul edildiği üzere, yüklenici yasal veya sözleşmesel yetkisini kullanarak caiz olan şekilde işin görülmesine dâhil ettiği alt yüklenicinin eseri meydana getirirken iş sahibine verdiği zararlardan dolayı TBK m. 116 gereğince sorumludur²²⁴. Bununla birlikte,

²²³ Gümüş, s. 11.

²²⁴ Halil Akkanat, Taşeronun İş Sahibine Karşı Haksız Fiil Sorumluluğu, MHB, C: 19, S: 1- 2, Y: 2011, s. 1 – 10, s. 2; Gümüş, s. 12; Korur, s. 60; Haluk Tandoğan, Eser Sözleşmesinde

yüklenici caiz olmayan şekilde, bir diğer ifadeyle yasal veya sözleşmesel bir yetkisi bulunmaksızın işin görülmesine dâhil ettiği alt yüklenicinin eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibine vermiş olduğu zararlardan ise hem TBK m. 112 hem de TBK m. 116 gereğince sorumlu olacaktır. Bu durumda sorumluluk sebeplerinin yarışması söz konusu olur²²⁵.

Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), Batider, C: XIII, S: 3-4, Y: 1986, s. 57 – 90, s. 81.

²²⁵ Gümüş, s. 13; Tandoğan, Eser Sözleşmesi, s. 80.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Bu bölümde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 116'nın uygulanabilmesi için bulunması gereken özel şartlar incelenmiştir.

Pek tabiidir ki, borçlunun TBK m. 116 gereğince sorumlu tutulabilmesi için somut olayda aşağıda detaylı şekilde incelenen özel şartların yanı sıra, bütün sorumluluk hukukunda geçerli olan ve asli sorumluluk şartları arasında yer alan zarar ve illiyet bağı şartlarının da gerçekleşmesi gerekir²²⁶. Öyle ki, yardımcı şahsın fiilinin neticesinde alacaklının bir zarara uğraması ve bu fiilin vasıf ve niteliğinin objektif olarak bu zararı meydana getirmeye elverişli olması, bir diğer ifadeyle, olayların normal akışı ve genel hayat tecrübelerine göre yardımcı kişinin fiilinin, böyle bir zararı doğurabileceğinin öngörülebilmesi veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırması gerekir. Bununla birlikte, söz konusu sorumluluk şartları konuya özgü bir özellik taşımamaktadır.

3.1. BORÇLU İLE ZARAR GÖREN KİŞİ ARASINDA BİR BORÇ İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

Borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması için borçlu ile zarara uğrayan kişi arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerekmektedir²²⁷. Nitekim, TBK'nın 116'ncı maddesi, borçlunun, bir borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını bir başka kişiye bırakmasından ve bu

²²⁶ Ayan, s. 404; Erdoğan, s. 161; Eren, 2017, s. 1105 – 1106; İnan / Yücel, s. 616; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 587 – 588; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 323.

²²⁷ Ayan, s. 404; Bozer, s. 211; Erdoğan, s. 161; Eren, 2017, s. 1094; Feyzioğlu, s. 199 – 200, Gülerci, s. 319; Gülerci / Kılınç, s. 254; İnan, 1979, s. 492; İnan / Yücel, s. 615; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 544; Karan, s. 734; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 586; Korur, s. 36 vd.; Saymen / Elbir, s. 721; Şenocak, s. 57 vd.; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 79; Tandoğan, Mesuliyet, s. 435; Yavuz, s. 207; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 319.

işin yürütülmesi sırasında borç ilişkisinin diğer tarafının zarara uğramasından bahsetmektedir.

Bununla birlikte, başkasının fiillerinden sorumluluğun diğer bir türü olan adam çalıştırmanın sorumluluğu hükmü (TBK m. 66), adam çalıştırmanın, çalışan kişinin üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı sözleşme dışı sorumluluğunu düzenlemektedir. Burada, gerçekleşen zarardan önce, zarar gören kişi ile adam çalıştırın arasında çalışanın zarara sebep olan davranışına esas teşkil edecek nitelikte bir borç ilişkisi bulunması aranmamaktadır. Bu kapsamda, yardımcı kişi kendisine bırakılan borcun ifası veya hakkın kullanılması sırasında borç ilişkisinin karşı tarafında değil, üçüncü kişiye zarar verirse, borçlu, yardımcı kişinin hukuka aykırı davranışından dolayı meydana gelen zarar bakımından TBK m. 116 gereğince sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulamayacaksa da, TBK m. 66'ya göre sözleşme dışı sorumluluk hükümleri çerçevesinde adam çalıştırın olarak sorumlu tutulabilecektir²²⁸.

TBK m. 116'da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından borçlu ve alacaklı arasındaki borç ilişkisinin türüne dair bir sınıflandırmada bulunulmamıştır. Buna göre, borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi bir sözleşmeden doğabileceği gibi, kanundan, sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden de doğmuş olabilir²²⁹.

²²⁸ Ataay, s. 332; Ayan, s. 404; Bilgili / Demirkapı, s. 106; Bozer, s. 98; Eren, 2017, s. 641; Gülerci, s. 193; İmre, s. 145; İnan, s. 617; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 558 – 559; Kayar, s. 167, dn. 5; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 344; Nomer, s. 171 – 172; Reisoğlu, Kemal, s. 26; Reisoğlu, Safa, s. 182 ve 367 – 368; Şenyüz, s. 97 - 98; Tandoğan, Mesuliyet, s. 449; Tunçomağ, s. 834; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 191; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 229.

²²⁹ Bozer, s. 211; Eren, 217, s. 1094; Feyzioğlu, s. 192; Gülerci, s. 319; Gülerci / Kılınç, s. 254 – 255; İnan, 1979, s. 492; İnan / Yücel, s. 615; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, 544; Tandoğan, Mesuliyet, s. 435; Tekil, s. 187; Tunçomağ, s. 835; Yavuz, s. 207; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 319.

3.1.1. Borç İlişkisinin Kaynakları

3.1.1.1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkisi

Borçlu sözleşme ilişkisi çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borcunun ifasında veya söz konusu sözleşmesel borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasında kural olarak yardımcı kişiye başvurabilir. Nitekim, uygulamada da borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu tutulduğu çoğu durumda borçlu ile diğer taraf arasındaki borç ilişkisinin kaynağı bir sözleşmeye dayanmaktadır.

Sözgelimi, kira sözleşmesinde kararlaştırılan tarihte kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etme ve sözleşme süresi boyunca bu durumda bulundurma yükümlülüğü altında bulunan kiraya veren, kararlaştırılan tarihte kiralananın anahtarlarını teslim edecek olan emlakçının veya kiralananın tamirata için çağırdığı ustanın davranışlarından sorumludur. Bunun karşısında, kiracının kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme hak ve yükümlülüğü bakımından ise, kiralanda kiracı ile beraber oturan aile bireyleri, kiralana gelen misafir ve müşteriler ve kiralananın temizliği veya tadilatı için kiracı tarafından çağrılan kişiler kiracının yardımcı kişisi sayılırlar²³⁰.

²³⁰ Sözgelimi, Helvacı, Büyükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde 2005/990 esas sayılı dosya ile görülmekte olan dava hakkında vermiş olduğu yazılı hukuki mütalaada, davacı kiraya veren Grundig Elektronik Anonim Şirketi ile davalı kiracı Beko Elektronik Anonim Şirketi arasında akdedilen kira sözleşmesi uyarınca, tüzel kişi olan kiracının organları dışında kalan kiralanda çalışan personellerinin, kiracının kiralananı özenle kullanma borcu bakımından kiracı tüzel kişinin yardımcı kişisi olduklarını ve kiracının bu kişilerin borca aykırı fiillerinden dolayı kusursuz olsa dahi sorumluluğunun gündeme gelebileceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, haklı olarak, her ne kadar somut olayda kiracı yardımcı kişi kullanmış ise de, borçlunun sırf bir yardımcı kişiye başvurduğu için sorumlu tutulamayacağını, borçlunun yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğunun doğabilmesi için yardımcı şahsın borçlunun borcuna aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olması gerektiğini belirterek, gerek kiracının gerekse personellerinin kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanma borcuna aykırı bir davranışta bulunmaması karşısında BK m. 100'ün uygulanması için gerekli şartların oluşmadığına ve dolayısıyla da kiracının sorumlu tutulamayacağına kanaat getirmiştir. Helvacı, Hukuki Mütalaalar, s. 167 – 180.

Borçlu ile zarara uğrayan kişi arasındaki sözleşmesel borç ilişkisi TBK'nın "Özel Borç İlişkileri" kısmında ya da özel bir kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden birine dayanabileceği gibi, herhangi bir kanunda düzenlenmeyen atipik bir sözleşmeye de dayanabilir²³¹.

Borçlu ile zarara uğrayan diğer taraf arasındaki sözleşme tipinin kanunda düzenlenmiş olması hâlinde, öncelikli olarak bu hükümlerde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğuna ilişkin özel bir sorumluluk normu düzenlemesi bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Zira, söz konusu sözleşme tipi bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluk ayrıca düzenlendiği takdirde, özel hüküm niteliğinde olan bu hükmün TBK m. 116 karşısında öncelikli olarak uygulanması gerekecektir²³². Sözgelimi, Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nun 879 uncu maddesinde, eşya taşıma sözleşmelerinde, taşıyıcının, kendi adamlarının ve taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin, görevlerini yerine getirmeleri sırasındaki fiil ve ihmallerinden, kendi fiil ve ihmali gibi sorumlu olacağını öngören özel bir sorumluluk hükmü bulunmaktadır. Buna göre, söz konusu özel hüküm, taşıyıcının, yardımcılarının taşıma sırasındaki fiillerinden dolayı, taşınan eşyanın zayi olması, hasara uğraması ve teslimde gecikme yaşanması dolayısıyla sorumluluğu bakımından öncelikle uygulanmaktadır. Bununla birlikte, taşıyıcı yardımcı kişilerin taşınan eşyanın zayi olması, hasara uğraması ve teslimde gecikme yaşanması dışında başka bir zarara sebebiyet vermesi hâlinde, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı TBK m. 116 uyarınca sorumlu olur²³³.

²³¹ Doktrinde genel olarak unsurları ve bunların bir araya gelme tarzları kanunda düzenlenen sözleşmelere tipik veya isimli, buna karşın kanunda düzenlenmeyen sözleşmelere ise atipik veya isimsiz sözleşmeler denmektedir. Saibe Oktay, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM, C: LV (1996), s. 264 – 296, s. 263 - 264.

²³² Sözgelimi vekâlet sözleşmesinde, vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan işin görülmesini alt vekile bırakma yetkisi bulunması hâlinde, vekilin alt vekillerin fiillerinden dolayı sorumluluğu TBK m. 507'de yer alan özel düzenleme ile sınırlandırılmıştır. Bu hükme göre, vekil sadece alt vekili seçmede ve ona talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğundan, vekil, alt vekili seçmede ve ona talimat vermede kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. TBK m. 507'nin uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz: s. 68 vd.

²³³ Şenocak, s. 66 - 67.

Borçlu ile zarara uğrayan kişi arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi bulunması hâlleri arasında, hem zarara uğrayanın hem de yardımcı kişinin borçlunun hizmetinde olduğu durumlar, bir diğer ifadeyle borçlunun bir işçisinin bir diğerine zarar vermesi durumuna özel olarak değinmekte fayda vardır. Borçlunun bir işçinin diğerine zarar verdiği durumda, borçlunun TBK m. 116'ya göre mi, yoksa TBK m. 66'ya göre mi sorumlu tutulacağına tespitinde belirleyici olan faktör, borçlunun zarar veren işçiyi, zarara uğrayan işçiyle yaptığı hizmet sözleşmesinden doğmuş bir yükümlüğün ifasında veya aynı sözleşmeden doğmuş bir haktan yararlanmada kullanmış olup olmadığıdır. Zarar veren işçiye, borçlu ile zarar gören işçi arasındaki hizmet sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğün ifası veya hakkın kullanılması amacıyla başvurulduysa ve bu sırada kendisine başvuru işçi diğerine bir zarar verirse, borçlu meydana gelen zarardan TBK m. 116'ya göre sorumlu olur. Buna karşın, uygulamada daha çok karşılaşılabilecek şekilde, zarar veren işçi yukarıda belirtilen sözleşme ile bir ilgili olmaksızın, başka bir işi gördüğü sırada borçlunun diğer bir işçisine zarar verecek olursa, borçlu bu zarardan dolayı TBK m. 66 gereğince sorumlu olur²³⁴. Benzer şekilde, TBK m. 116 hükmü, iş yerinde iki işçinin kendilerine verilen görevden bağımsız

²³⁴ İmre, s. 156 – 157; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 559; Tuhr, s. 595, dn. 30. Bu hususta, Yargıtay'ın, davacıların murisinin işe gitmek üzere bindiği banka servisinde fren patlaması sebebiyle meydana gelen kazada hayatını kaybetmesi dolayısıyla hem işveren bankaya hem de taşımacılık hizmeti veren firmaya karşı aşmış olduğu maddi - manevi tazminat talepli davada vermiş olduğu kararında yer alan şu ifadeler özellikle, davalı bankanın, yardımcı kişi olarak kabul edilen servis şoförüne davacılar murisi olan işçinin taşınması yükümlülüğünün ifası amacıyla başvurulup başvurulmadığının incelenmesi gerektiğinin belirtilmesi bakımından dikkat çekicidir: “Somut olay incelendiğinde; davacılar murisinin davalı banka personeli olup, davalı banka tarafından temin edilen araçla iş yerine gitmekte iken servis aracının frenlerinin patlaması ile meydana gelen trafik kazasında hayatını kaybettiği tartışmasıdır. Yukarıda anılan ilkeler doğrultusunda mahkemece davalı bankanın sorumsuzluğuna ilişkin verilen hüküm eksik incelemeye dayalıdır. Mahkemece öncelikle davalı bankanın, personeli olan davacılar murisini taşıma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının araştırılarak olaya uygulanacak kanun hükmünün tespit edilmesi ve bu aşamadan sonra gerektiği takdirde davalılar arasında yapılan sözleşmenin irdelenerek davalı bankanın sözleşme konusu taşıma işini denetleme ve kontrol yetkisinin bulunup bulunmadığının saptanması, bu hakkının bulunduğu tespitinde sözleşmedeki davalı bankanın sorumsuzluğuna ilişkin düzenlemelerin zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğinin düşünülmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye ve yeterli gerekçeye dayanmaksızın davalı bankanın sorumsuzluğunun kabulü ile hakkındaki davanın reddine karar verilmesi doğru gözükmemektedir.” Yargıtay 11. HD, T. 19.6.2000, E. 2000/1672 K. 2000/ 5679. Bkz: Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 307.

olarak kavga etmeleri sırasında diğerk bir işçiyeye verdikleri zarar dolayısıyla işverenin sorumluluğı bakımından uygulama alanı bulmaz²³⁵.

3.1.1.2. Kanundan Doğan Borç İlişkisi

TBK'nın 116'ncı maddesinde borçlu ile karşı taraf arasındaki borç ilişkisinin kaynağına ilişkin bir sınırlandırma gözetilmediğinden, söz konusu borç ilişkisi bir kanun hükmünden de doğabilir. Örneğın, TMK m. 175 gereğı boşandığı eşine nafaka ödemekle yükümlü olan bir kişi, nafaka borcunun ifası için yardımcı kişi kullanması ve söz konusu yardımcı kişinin nafaka alacaklısına zarar vermesi hâlinde, meydana gelen zarardan TBK m. 116 gereğince sorumlu olacaktır²³⁶. Aynı durum, TMK m. 669 uyarınca miras paylarına mahsuben miras bırakandan elde ettikleri sağlar arası karşılıksız kazandırmaların terekeye iadesinde yardımcı kişi kullanan yasal mirasçı bakımından da söz konusu olabilir. Yardımcı kişi söz konusu borcu hiç veya gereğı gibi yerine getirmediğı takdirde, borçlu kullandığı yardımcı kişinin davranışlarından sorumlu olacaktır.

TBK m. 116 hükmü, kanun gereğı aralarında sürekli bir borç ilişkisi bulunan sınırlı aynı hak sahibi ve malik arasındaki ilişkide de uygulama alanı bulur. Örneğın, intifa ve oturma hakkı başta olmak üzere irtifak hakkı sahibi, söz konusu hakkın bizzat kullanılması için izin verilen aile üyeleri, arkadaşlar veya üçüncü kişilerin üzerinde irtifak hakkı bulunan şeyi özenle kullanma veya koruma gibi kanuni yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, TBK m. 116'ya göre sorumlu olmalıdır. Aynı şekilde, teslim bağı taşınır rehninde, rehinli alacaklı,

²³⁵ Tuncomağ, s. 836. YHGK'nın 1962 tarihli bir kararında, iş sırasında iki kişinin birbiriyle dövüşmeleri ve bu sırada işçilerden birisinin elindeki dirgenle diğerkine vurmak isterken, başka bir arkadaşını yaralamış bulunması, işçilerin, işverenin işi için yani işverenin işini görmek için işledikleri bir fiil olmadığı gerekçesiyle, işverenin bu fiil sebebiyle yaralanan işçiyeye karşı sorumlu olmayacağı gibi, onun halefi SSK'ya karşı da sorumlu olmaması gerektiğine hükmedilmiştir. YHGK, T. 05.12.1962, E. 1962/4-134 K. 1962/102. Karar için bkz. Nazif Kaçak, Emsal İctihatlarla Borçlar Kanunu, Ankara 2002, s. 497; Senai Olgaç, Emsal İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976, s. 491.

²³⁶ Eren, 2017, s. 1094 – 1095; Korur, s. 37; Şenocak, s. 75 vd.

rehin konusu taşınırın özenle muhafaza edilmesi borcunun ifasını bıraktığı yardımcı kişilerin davranışlarından dolayı TBK m. 116 gereği sorumludur²³⁷.

Bununla birlikte, TMK'nın 770'inci maddesi uyarınca, kaybedilmiş eşyayı özenle saklama yükümlülüğü altında bulunan kaybedilen eşyayı bulan kişi gibi, kanun hükmüne dayanarak, kendi menfaati olmaksızın başkası lehine iş gören kişiler, kanun hükmünün gereğinin yerine getirilmesi amacıyla kullandıkları yardımcı kişilere yapılan masrafları lehine iş gördükleri kişiden isteyebilmektedir. Bu kapsamda ivazsız olarak, başkası hesabına ve lehine iş gören bu kişiler, gördükleri faaliyette kullandıkları kişilerden dolayı sadece onları seçme ve onlara talimat verme bakımından gerekli özeni göstermemeleri dolayısıyla sorumlu tutulabilmektedir²³⁸.

Kanuni bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında yardımcı kullanan kişi de, bu yardımcı kişinin hakkın kullanılması sırasında diğer tarafa verdiği zarardan dolayı sorumludur. Sözgelimi, TMK'nın 747'nci maddesi gereği komşusunun arazisi üzerinde kanuni geçit hakkı bulunan bir kişi, misafirlerinin genel yola çıkarken geçit hakkının kullanıldığı arazinin malikine verdiği zarar dolayısıyla sorumlu olmalıdır.

3.1.1.3. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkisi

Borçlu ile karşı taraf arasındaki borç ilişkisi sözleşmeden veya kanundan doğabileceği gibi, sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir²³⁹. Borçlu, haklı bir neden olmaksızın karşı tarafın malvarlığından zenginleşmesi sebebiyle ortaya çıkan iade borcunun ifasında kullandığı yardımcı kişilerin karşı tarafa verdiği zarardan TBK'nın 116'ncı maddesi uyarınca sorumludur. Örneğin, hükümsüz bir satış sözleşmesi uyarınca galeri sahibinden devraldığı arabayı iade etmek üzere yardımcı kişiyi görevlendiren alıcı, yardımcı kişinin sebepsiz zenginleşme konusu

²³⁷ Şenocak, s. 293 - 294.

²³⁸ Şenocak, s. 78.

²³⁹ Eren, 2017, s. 1095.

arabanın iadesi sırasında satıcının galerisinde sergilenen bir diğer arabaya zarar vermesi hâlinde meydana gelen zarardan TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacaktır. Buna karşılık, iyi niyetli zenginleşen, yardımcı kişiler tarafından zenginleşme konusunun zenginleşmenin iadesi talebinden önce elden çıkartılması sebebiyle sorumlu olmaz. Zira, TBK'nın 79'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, zenginleşen iyi niyetli kişinin sözleşmeye olan güveninin korunması amacıyla, iyi niyetli iade borçlusunun kendi cebinden herhangi bir özveride bulunmaması gerektiği benimsenmiş ve sebepsiz zenginleşenin iade borcunun elde kalanla sınırlandırılması gerektiği özel olarak düzenlenmiştir²⁴⁰.

Bununla birlikte, doktrinde bir görüş, TBK'nın 78'inci maddesinde ayrıca düzenlenen borçlanılmamış edimin ifasından kaynaklanan sebepsiz zenginleşme türünde, meydana gelen zararın rizikosunun sebepsiz zenginleşen kişiye yüklenmesi için sorumluluğu haklı kılan bir sebebin olmamasından yola çıkarak, bu yolla sebepsiz zenginleşen kişinin yardımcı kişilerden dolayı sorumlu tutulmaması gerektiğini ifade etmektedir²⁴¹. Her ne kadar, genel anlamda izinsiz ve yetkisiz olarak başkasının hukuk alanına müdahale edilmesinden doğan sebepsiz zenginleşmeler ile borçlanılmamış edimin ifası nedeniyle ortaya çıkan sebepsiz zenginleşmelerin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği noktasında bu görüşün haklılık payı taşıdığı söylenebilirse de²⁴², yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk açısından TBK m. 116'da borç ilişkisinin kaynağına ilişkin hiçbir ayırım gözetilmemektedir. Kaldı ki, başkasının hukuk alanına müdahale edilmesinden doğan sebepsiz zenginleşmenin üçüncü kişinin fiili veya doğa olayları sebebiyle de gerçekleşmesi mümkündür; zenginleşen kişinin kötü niyetli olması ya da sorumlu kılınmasını gerektirecek bir davranışta bulunması gerekmez. Bu kapsamda, ilgili sorumluluk maddesinde gerek borç ilişkisinin

²⁴⁰ Serozan, Borçlar Hukuku, s. 378; Şenocak, s. 77; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 255.

²⁴¹ Şenocak, s. 77 ve orada dn. 77'de anılan K. Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, s. 113.

²⁴² Doktrinde, "edim zenginleşmesi" ile "edim dışı zenginleşme"nin, menfaat dengelerinin farklı olması, apayrı değer yargıları, koşul ve sonuçlarının bulunması sebebiyle birbirinden ayırt edilmesi gerektiği ifade edilmekte ve TBK'nın 77'nci maddesinde değişik zenginleşme tiplerinin tek bir potada toplanması eleştirilmektedir. Serozan, Borçlar Hukuku, s. 315.

kaynağı gerekse sebepsiz zenginleşme tipleri arasında herhangi bir ayırım gözetilmemesine ve başkasının hukuk alanına müdahale edilmesi sebebiyle sebepsiz zenginleşen kişi, kusursuz olsa dahi, yardımcısının iade borcunun ifası sırasında karşı tarafa verdiği zarardan sorumlu tutulmasına rağmen, genel geçer bir yorumla borçlanılmamış edimin ifası nedeniyle sebepsiz zenginleşen kişinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağını kabul edilmesinin hakkaniyete aykırı olacağını düşünüyoruz.

3.1.1.4. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkisi

Borçlu ile karşı taraf arasındaki borç ilişkisi haksız fiilden de doğabilir. Borçlu, haksız fiilden doğan tazminat borcunun ifasında veya hukuka aykırı bir durumun ortadan kaldırılmasında kullandığı yardımcı kişilerin davranışlarından dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan sorumludur²⁴³. Örneğin, kişilik hakkını zedeleyici davranışlarından dolayı hakkında TBK m. 58 f. 2 uyarınca, yerel bir gazetede zarar görene hitaben bir özür metni yayınlamasına karar verilen bir kişi, metni yayınlaması için başvurduğu gazetenin fiillerinden dolayı TBK m. 116 gereği sorumlu tutulabilecektir.

3.1.1.5. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Borç İlişkisi

Vekâletsiz iş görmede de, başkasının hesabına vekâletsiz iş gören, o işin görülmesi sırasında yardımcı kişi kullanabilir. Vekâletsiz iş gören, işin görülmesi sırasında kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı iş sahibine karşı TBK'nın 116'ncı maddesi uyarınca sorumlu olur²⁴⁴. Örneğin, bir hastanenin, yakını olmayan üçüncü kişiler tarafından acile getirilen bilinci kapalı ve ağır yaralı bir hastayı kabul ederek, ivedilikle gerekli tıbbi yardımı yapması hâlinde, söz konusu eylem vekâletsiz iş görme hükmündedir. Bu kapsamda, bilinci kapalı olarak getirilen ağır yaralı veya hasta kişiyi tedavi eden doktor, hastane adına

²⁴³ Eren, 2017, s. 1095; Şenocak, s. 75 vd.

²⁴⁴ Şenocak, s. 63.

tedaviyi üstlendiği için TBK m. 116 anlamında hastanenin yardımcı kişisidir ve dolayısıyla bu doktorun tedavi sırasında hastaya bir zarar vermesi hâlinde, TBK m. 116'ya göre hastane sorumlu olabilecektir²⁴⁵.

3.1.2. Borç İlişkinin İçerdiği Yükümlülükler

Borç ilişkisinde borçlunun yerine getirmesi ve uyması gereken yükümlülükler öncelikli olarak edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılır. Öte yandan, edim yükümlülükleri ise, kendi içerisinde asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ayrılmaktadır.

Ayrıca, yardımcı kişi tarafından, hiç veya kötü ifa edilmesi dolayısıyla borçlunun sorumluluğunu doğurabilecek olan yükümlülükler, davranışın tür ve konusuna göre, bir şey vermeye veya yapmaya ilişkin olumlu edim yükümleri ve bir şey yapmamaya ilişkin olumsuz edim yükümleri şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir²⁴⁶.

3.1.2.1. Edim Yükümlülükleri ve Yan Yükümlülükler Ayrımı

Borç ilişkisinin asıl konusunu borçlanılan edimin özenli bir şekilde yerine getirilmesi yükümlülüğü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, bir borç ilişkisinde edim yükümlerinin yanı sıra asli edimin tam ve doğru şekilde ifasına veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunmasına hizmet eden yan yükümler de bulunmaktadır.

²⁴⁵ Mustafa Kıcalıoğlu, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011, s. 369.

²⁴⁶ Ayan, s. 46; Şirin Aydıncık, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları (Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında) Nama İfa, İstanbul 2013, s. 5; Bilgili / Demirkapı, s. 11; Cansel / Özel, s. 136 – 139; Gülerci, s. 26; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 35; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 9; Şenocak, s. 79; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 9; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 37.

3.1.2.1.1. Edim Yükümlülükleri

Borç ilişkisinden doğan edim yükümlülükleri kendi içerisinde asli edim yükümü ve yan edim yükümü olarak ikiye ayrılır²⁴⁷.

3.1.2.1.1.1. Asli Edim Yükümlülükleri

Asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin doğrudan doğruya meydana getirdiği, borç ilişkisine hukuki özelliğini veren ve bu ilişkisinin tipini belirleyen edim yükümlülükleridir²⁴⁸. Örneğin, bir satım sözleşmesinde satılanın alıcıya teslim edilmesi ve satılanın mülkiyetinin ona geçirilmesi yükümlülüğü ile alıcının satış bedelini satıcıya ödeme borcu, haksız fiilden doğan borç ilişkisinde tazminat ödeme yükümlülüğü, aile hukukundan doğan anne ve babanın çocuğun bakım, eğitim ve korunması giderlerini karşılama yükümlülüğü (TMK m. 327) söz konusu borç ilişkilerini karakterize eden asli edim yükümlülüklerindedir.

Asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak ifası dava edilebilen yükümlülüklerdir²⁴⁹. Asli edim yükümlülükleri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklılık (synallagma) içerisinde yer alırlar²⁵⁰. Buna göre, asli edim yükümlülüklerinin ifasının yardımcı kişiye bırakılması hâlinde, yükümlülük yardımcı kişi tarafından gerektiği şekilde yerine getirilmediği

²⁴⁷ Borç ilişkileri kapsamında ortaya çıkabilecek olan edim yükümlülükleri asli – yan edim yükümlülükleri ayrımının yanı sıra, yükümlülüğün meydana geldiği süreç esas alınarak asli –tali edim yükümlülükleri ayrımına tabi tutulabilir. Asli – tali edim yükümlülükleri ayrımında, borç ilişkisinden ilk planda doğan ve borç ilişkisinin tipini belirleyen yükümlülükler asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin doğduğu anda mevcut olmayan, bununla birlikte daha sonraki safhalarda borç ilişkisinin bir değişikliğe veya genişlemesi sonucu, asli edim yükümlülüklerinin yerine geçen veya onların yanında yer alan yükümlülükler ise tali edim yükümlülükleri denilmektedir. Bkz: Bilgili / Demirkapı, s. 16 - 17; Kocayusufpaşaoğlu, s. 11, dn. 20.

²⁴⁸ O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2015, s. 13; Aral, s. 34; Ayan, s. 51; Bilgili / Demirkapı, s. 16; Cansel / Özel, s. 525; Erdoğan, s. 24; Eren, 2017, s. 31; Gülerci, s. 40; Gülerci / Kılınç, s. 63; Hamdi Tamer İnal, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2015, s. 43; İnan / Yücel, s. 82; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 29; Kocayusufpaşaoğlu, s. 7; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 11; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 17; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 30.

²⁴⁹ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 13; Eren, 2017, s. 32; Gülerci, s. 40; İnal, s. 236.

²⁵⁰ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 13; Aral, s. 35; Eren, 2017, s. 32; İnal, s. 236.

takdirde, yükümlülüğün ifası isteminde bulunan taraf kural olarak TBK m. 97 uyarınca kendi yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilecek ve TBK m. 125 vd. hükümlerine göre hareket edebilecektir²⁵¹.

Borçlu tarafından rızası ile yerine getirilmediği takdirde alacaklı tarafından dava veya cebri icra konusu yapılamayacak bir asli edim yükümlülüğünün, sözgelimi kumar ve bahis borcunun ya da zamanaşımına uğramış bir borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması hâlinde, eksik borç niteliğindeki bu asli edim yükümlülüğünün borçlu tarafından veya yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesi arasında bir ayırım gözetilmez. Dolayısıyla kural olarak eksik bir borç yardımcı kişi tarafından ifa edilirken, ifa konusu edim bu kişinin davranışıyla imkânsız hâle gelir veya kötü ifa söz konusu olursa, bu sebeple borçludan tazminat talep edilmesi mümkün değildir²⁵². Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, borçlu ya da yardımcı kişi tarafından edimin yerine getirilmesinde diğer bir özen eksikliği nedeniyle sadece eksik borç niteliğindeki edim yükümünün değil, genel bir yükümlülüğün ihlal edilmesi ve bu suretle eksik borç alacaklısına bir zarar verilmesi hâlinde söz konusu ihlalden doğan tazminat yükümlülüğü dava edilebilmelidir²⁵³.

3.1.2.1.1.2. Yan Edim Yükümlülükleri

Borç ilişkilerinde asli edim yükümlülüklerinin yanı sıra, doğrudan kanunda öngörülen veya borç ilişkisinin taraflarınca kararlaştırılabilen ya da dürüstlük kuralından doğan ve asli edim yükümlülüğündeki ifa yararının gerçekleşmesine katkıda bulunan yan edim yükümlülükleri de mevcut olabilir²⁵⁴. Sözgelimi mesafeli satışlarda TBK m. 226 uyarınca satılanın ayıplı olduğunu ileri süren

²⁵¹ Aral, s. 35; Eren, 2017, s. 32; Şenocak, s. 83 - 84.

²⁵² Eren, 2017, s. 1095; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 320.

²⁵³ Şenocak, s. 84 ve orada dn. 102'de anılan A. Koller, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss Freiburg, B. 2, Zürich 1981, N. 144, dn. 111.

²⁵⁴ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 14; Aral, s. 36; Cansel / Özel, s. 253; Eren, 2017, 32 - 33; Gülerci, s. 40; Gülerci / Kılınç, s. 53; Gündoğdu, s. 62 - 63; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 30; Kocayusufpaşaoğlu, s. 11 - 12; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 11; Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 45.

alıcının bulunduğu yerde satıcının temsilcisi bulunmaması hâlinde, satılanın korunması için gerekli önlemleri geçici olarak alma yükümlülüğü, kira sözleşmesinde, kiracının TBK m. 317 uyarınca kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödeme yükümlülüğü, yine bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilcilerin, ticari vekillerin veya diğer tacir yardımcılarının TTK m. 553'den doğan rekabet yapma yasağı kanundan doğan yan edim yükümlülüklerindedir. Bunun yanı sıra, borç ilişkisinin tarafları da, sözleşme serbestisi çerçevesinde asli edim yükümlülüklerinin yanında sözgelimi satım sözleşmesinde satıcının satılan malın montaj, bakım ve kontrolünü gerçekleştirmesini veya hizmet sözleşmesinde TBK m. 444 uyarınca işçinin sözleşme sona erdikten sonra işvereni ile rekabet etmemesini yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırabilir²⁵⁵.

Öte yandan yan edim yükümlülüklerinin kanun tarafından öngörülmemiş ya da taraflarca kararlaştırılmamış da olsa, doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması suretiyle ortaya çıkabileceğini savunan görüşe²⁵⁶ göre, satıcının ve yüklenicinin sözleşme konusu şeyin kullanımına ilişkin gerekli talimatları verme gibi bilgi verme yükümlülükleri bu tür yükümlülüklerdendir²⁵⁷. Buna karşın, bu görüş, dürüstlük kuralının doğrudan kaynaklık ettiği yükümün bir yan yüküm olduğu, yan yükümün somutlaşarak yan edim yükümüne dönüştüğü ve ifa davasıyla talep edilebilir niteliğe kavuştuğu ileri sürülerek, dürüstlük kuralından doğrudan doğruya bir yan edim yükümünün doğmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁵⁸.

Yan edim yükümlükleri, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak talep ve dava konusu edilebilmektedir. Zira, yan edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin asli

²⁵⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 30.

²⁵⁶ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 14; Aral, s. 37; Cansel / Özel, s. 252; Eren, 2017, s. 34; Gülerci, s. 41; Gülerci / Kılınç, s. 63 - 64; Kocayusufpaşaoğlu, s. 12; İnal, s. 283 - 284; İnan / Yücel, s. 82; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 30.

²⁵⁷ Şenocak, s. 85 - 86.

²⁵⁸ Özge Erbek, Tüketici Satımlarından Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, doçentlik tezi, İzmir 2010, s. 16 - 17, dn. 59.

ediminden bağımsız ve ikincil nitelikte bir amaca hizmet etmekte ve her hâlde ayrı bir edim yükümlülüğü teşkil etmektedir²⁵⁹.

Bununla birlikte, doktrinde yan edim yükümlülüklerinin ivazlı ve özellikle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklılık ilişkisi (synallagma) içerisinde olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar²⁶⁰, herhangi bir şarta tabi tutmaksızın yapılan bir sözleşmede diğer tarafın borçlandığı karşı edimin belirli bir kısmının, yan edimin ifası göz önünde tutularak belirlendiğini ve bu sebeple yan edim yükümlülüklerinin karşılıklılık ilişkisi içerisinde olduğunu ileri sürmekte, bazı yazarlar²⁶¹ ise yan edim yükümlülüklerinin karşılıklılık ilişkisi içerisinde olmadığını belirtmektedir. Buna karşılık, diğer tarafın borçlandığı karşı edimin belirli bir kısmının yan edimin ifası göz önüne alınarak karşılaştırılması veya yan edim olmaksızın asli edimin herhangi bir değer taşıması hâlinde yan edimlerin karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer aldığını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır²⁶². Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, yan edim yükümünün değişim ilişkisi içerisinde yer alıp almadığı taraf iradeleri ve somut olay göz önünde bulundurularak değerlendirilmeli, yan edim yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğü ile birlikte karşı tarafın edimini taahhüt etmesine sebep olacak kadar önemli olduğu takdirde karşılıklılık ilişkisi içerisinde olduğu kabul edilmelidir.

Yan edim yükümlülüklerinin ifasının kısmen veya tamamen yardımcı kişiye bırakılması hâlinde de borçlu, yardımcı kişinin söz konusu yükümlülüğü ihlal etmesinden doğan zararlardan dolayı sorumlu tutulabilecektir²⁶³. Sözgelimi, satım konusu makinenin kullanımını öğretme yükümlülüğünün ifasında yardımcı kişi kullanan borçluya karşı alacaklı TBK m. 116 hükmüne başvurabilir.

²⁵⁹ Aral, s. 36; Bilgili / Demirkapı, s. 17; Eren, 2017, s. 33; Gülerci, s. 41; Günay, s. 41; Gündoğdu, s. 63; İnal, s. 297; İnan / Yücel, s. 82; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 31; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 18.

²⁶⁰ Eren, 2017, s. 34.

²⁶¹ Erbek, s. 14, dn. 47'de anılan J. Gernhuber, Das Schuldverhältnis, Tübingen, 1989, s. 325.

²⁶² Erbek, s. 14; Şenocak, s. 86; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 18.

²⁶³ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 559; Şenocak, s. 86; Tuncomağ, s. 844.

3.1.2.1.2. Yan Yükümlülükler

3.1.2.1.2.1. Genel Olarak

Borç ilişkilerinden taraflar için edim yükümlülüklerinin yanı sıra diğer bazı yan yükümlülükler²⁶⁴ de doğabilir. Yan yükümlülüklerin genel olarak, TMK'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen dürüstlük kuralından²⁶⁵ ve dolayısıyla güven ilkesinden doğduğu kabul edilmektedir²⁶⁶. Buna göre, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Öte yandan, dürüstlük kuralı, taraflara sadece sözleşmenin ifası sırasında değil, henüz sözleşme görüşmelerinin ve hazırlıklarının başladığı anda ve hatta sözleşmenin ifa edilmesinden sonra da birtakım yan yükümlülükler yükler²⁶⁷.

Yan yükümlülükler ya borç ilişkisinden doğan edimin amacına uygun olarak tam ve doğru şekilde yerine getirilmesine yani alacaklının ifa menfaatine ya da alacaklının ifa menfaati dışında kalan bütünlük menfaatinin ifa nedeniyle veya ifa

²⁶⁴ Doktrinde yan yükümler, bağımlı yan yükümler (borçlar), diğer davranış yükümler (borçları) veya özen gösterme yükümlülükleri (borçları) olarak da adlandırılmaktadır. Bilgili / Demirkapı, s. 17; Gülerci, s. 41; İnal, s. 307; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 31. Terminoloji için ayrıca bkz: Erbek, s. 17; Eren, 2017, . 37; Şenocak, s. 87.

²⁶⁵ Doktrinde dürüstlük kuralı, orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçlarıyla iş hayatının gereklerine cevap veren, bu sebeple de herkesçe benimsenen kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır. Seyfullah Edis, Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447 - 460, s. 449.

²⁶⁶ Aral, s. 118; Bilgili / Demirkapı, s. 17; Eren, 2017, s. 39; Gülerci, s. 41; İnal, s. 310; İnan / Yücel, s. 83; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 31; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 31. Her ne kadar Doktrinde genel olarak yan yükümlülüklerin dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden doğduğu kabul edilse de, yan yükümlülüklerin sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasından, sözleşmenin tamamlanmasından veya sadece dürüstlük kuralından doğabileceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu yönde bkz: Aral, s. 40; Erbek, s.18, dn. 68'de atıf yapılan yazarlar. Bununla birlikte, doktrinde bazı yazarlar, yan yükümlülüklerin kökenine ilişkin olarak, yan yükümler türlerine göre ayırım yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, dürüstlük kuralı, koruma yükümlerinin doğrudan kaynağı olmakla birlikte; ifaya yardımcı yan yükümlerinin ifa edilmesi gereken bir borcu gerektirdiği için, doğrudan değil ancak dolaylı biçimde ifa borcunun yerine getirilme tarzının belirlenmesi noktasında kaynağı olabilir. Erbek, s. 19.

²⁶⁷ Erdoğan, s. 24; Eren, 2017, s. 39, Rona Serozan, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlali" ve "Culpa in Contrahendo", MHAD, 1990, No: 18, s. 27 – 42, s. 35.

dolayısıyla uğrayabileceği muhtemel zarardan korunmasına hizmet ederler²⁶⁸. Doktrinde ilk grupta yer alan yan yükümlülükler “ifaya yardımcı yan yükümler”, ikinci grupta yer alan yan yükümlere ise “koruyucu yan yükümler” veya “koruma yükümleri” denilmektedir²⁶⁹. Uygulamada genellikle yan yükümlülükler taraflara edimin hazırlanması, korunması, karşı tarafa edim konusu hakkında bilgi verilmesi gibi yükümlülükler yüklemektedir.

Yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşırlar. Bu sebeple, edim yükümlülüklerinin aynen ifası talep ve dava edilebiliyorken, yan yükümlülüklerin doğrudan ifası talep ve dava edilemez²⁷⁰. Bununla birlikte, her ne kadar yan borçların ihlalinde alacaklı bağımsız bir ifa davası açma imkânına sahip değilse de, meydana gelen zararın tazminat davası ile telafi edilmesini talep edebilir²⁷¹.

3.1.2.1.2.2. İfaya Yardımcı Yan Yükümlülükler

İfaya yardımcı yan yükümlülükler, doğrudan doğruya borç ilişkisi gereği yerine getirilmesi gereken edime ilişkindirler. Bu doğrultuda, ifaya yardımcı yan yükümlülükler, edimin, taraflar veya üçüncü kişiler tarafından zaman, mekan ve konu bakımından gereği gibi yerine getirilmesine hizmet ederler²⁷².

²⁶⁸ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 15; Aral, s. 39 – 40; Bilgili / Demirkapı, s. 17; Eren, 2017, s. 30; İnal, s. 307; İnan / Yücel, s. 83; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 31; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 87; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 31.

²⁶⁹ Bilgili / Demirkapı, s. 17; Erbek, s. 17 - 18, Eren, 2017, s. 37; Gülerci, s. 41; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 31; Şenocak, s. 87 vd.

²⁷⁰ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 15; Aral, s. 40 – 41; Bilgili / Demirkapı, s. 17; Erbek, s. 17 - 18; Eren, 2017, s. 37; Gülerci, s. 41; Gülerci / Kılınç, s. 64; Günay, s. 41; İnal, s. 312; İnan / Yücel, s. 83; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 31; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 31. Esas itibarıyla, taraflar arasında bir sözleşme kurulması hâlinde yapılan ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve bütünlük menfaatinin korunmasına hizmet eden koruyucu yan yükümlülükler ayrımı, sözleşme öncesi aşamada henüz ifayı gerektiren bir edimin var olmaması sebebiyle bir anlam ifade etmez. Bu aşamada, ihlal edilebilecek bir ifa menfaati olmadığı için sadece koruyucu yan yükümlülükler söz konusu olabilir. Bkz: Erbek, s. 29 - 30.

²⁷¹ Aral, s. 41; Bilgili / Demirkapı, s. 17; Eren, 2017, s. 37; Gülerci, s. 41; Günay, s. 41; İnal, s. 312; İnan / Yücel, s. 83; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 31.

²⁷² Antalya, Borçlar Hukuku, s. 15; İnal, s. 315.

Borçlu, edimin yerine getirilmesini tehlikeye sokacak veya başarısızlığa uğratacak davranışlardan kaçınma şeklinde yapmama yükümlülüklerinin yanı sıra, edimin temin edilmesi, yerine getirilen edimden gerektiği şekilde faydalanılması ile edim sonucunun borçlanıldığı hâllerde edim sonucun ortaya çıkması ve tehlikeye atılmaması, özetle sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesi için gerekeni yapmakla da yükümlüdür. Sözgelimi, satıcı, edimin hazırlık aşamasında satılan malın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmemek ve satılana zarar vermemekle yükümlü olduğu gibi, satılanı güvenli bir yerde muhafaza etmek, zarar tehlikesine karşı gerekli önlemleri almak ve tehlikenin gerçekleşmesi hâlinde edimin kurtarılmasına ilişkin gereklilikleri yerine getirmek zorundadır²⁷³. Bunun yanı sıra, diğer bir kısım ifaya yardımcı yan yükümlülükler, içerik olarak asıl edimden farklı olmakla birlikte dolaylı şekilde asıl edimin güvence altına alınmasına yardım ederler. Bu tür yükümlülükler, alacaklının edimden gerektiği şekilde faydalanması için borçlunun birtakım ilave tedbirler almasını gerektirir.

Yan yükümlülükler edimin konusuna göre, satılanı alıcı tarafından teslim alınana kadar güvenli bir yerde muhafaza etme veya ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanacak olan alıcının gönderilen malı saklama yükümlülüğü altında olması gibi muhafaza yükümlülüğü olarak veya satıcının satılan malın gönderiminin gerçekleştiğini alıcıya bildirmek, satılanın tehlikeli özelliklerini ve doğru kullanımı için gerekli bilgileri alıcıya anlatmakla yükümlü olması gibi aydınlatma yükümlülüğü niteliğinde olabilir²⁷⁴. Benzer şekilde, hazırlama ve sağlama yükümlülükleri de bu niteliktedir²⁷⁵. Örneğin, satış sözleşmesinde satılan malın temin edilip hazır bulundurulması ve satılan malın paketlenmesi kural

²⁷³ Aral, s. 118 – 119; Gülerci, s. 42; Şenocak, s. 88.

²⁷⁴ Aral, s. 43 vd.; Eren, 2017, s. 38; Gülerci, s. 42; Gülerci / Kılınç, s. 64; İnal, s. 337 vd.; Şenocak, s. 88. Sanlı dürüstlük kuralından kaynaklandığı kabul edilen karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünün bilgi sorununa müdahale etmek amacıyla ortaya çıktığını ifade etmektedir. Sanlı, bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: Bilgi eksikliği, tarafların etkin olmayan kararlar almalarına yol açarak sözleşmeden beklenen artık değer azalmasına ve kaynakların optimum olmayacak şekilde tahsis edilmesine neden olur. Bu nedenle, eksik bilgi ve buna neden olan eylemler önemli piyasa aksaklıklarıdır. Bu nedenle, ekonomik etkinliği önemseyen bir hukuk politikası açısından bilgi sorununun piyasalara hukuki müdahalede bulunmak için meşru bir gerekçe olduğu ve bir hukuki müdahale olarak bilgi verme yükümlülüğüne sıklıkla başvurulmaktadır. Sanlı, s. 35 vd.

²⁷⁵ Aral, s. 47 – 48; Erbek, s. 35; Eren, 2017, s. 38; İnal, s. 317.

olarak asıl edime bağılı hazırlama yükümü olarak ifaya yardımcı yan yükümlülük niteliğindedir²⁷⁶. Son olarak özel bazı durumlarda dürüstlük kuralı gereği işbirliği yapma borcu şeklinde birtakım yan yükümlülükler doğabilir. Nitekim, TBK m. 232 f. 1 gereğince alıcının kendisine sunulan satılanı devralma yükümlülüğü gibi, yapılan işin özelliğine göre, borçlunun edimini ifa edebilmesinin, alacaklının belli bir işbirliğini gerektirdiği durumlar bu şekildedir²⁷⁷.

Bununla birlikte ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlali her zaman sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmaz. Bu tür yan yükümlülüklerin ihlali, bu ihlal, edim yükümlerinin ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu takdirde önem kazanır. Örneğin satılan malın gereği gibi muhafaza edilmemesine rağmen, bu durum herhangi bir zarara sebep olmamış olabilir. Bu durumda, edim yükümlülükleri gerektiği şekilde ifa edilmiş olacağı için söz konusu yan yükümlülüklerinin ihlali tek başına borçlunun sorumluluğunu doğurmaz²⁷⁸.

3.1.2.1.2.3. Koruma Yükümlülükleri

Bir yan yükümlülük niteliğinde olan koruma yükümlülükleri, taraflarının borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan şahıs ve malvarlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatlerinin ifa dolayısıyla uğrayabilecekleri zararlardan korunması amacına yönelmiştir²⁷⁹. Koruma yükümlülükleri, tarafların sözleşmenin yerine getirilmesiyle ulaşmak istedikleri

²⁷⁶ Bununla birlikte, yan yüküm ve doğrudan dava ve talep edilebilir nitelikteki yan edim yükümleri ayrımına ilişkin kesin ve genel geçer kurallar ortaya konulması mümkün değildir. Zira, somut olay çerçevesinde, bir yükümlülüğün yan edim yükümlülüğü mü, yoksa ifaya yardımcı yan yükümlülük mü olduğu sözleşmenin yorumlanması suretiyle tespit edilebilir. Örneğin, satılan malın paketlenmesi ve hazırlanması kural olarak asıl edime bağılı bir hazırlama yükümlülüğü olmakla birlikte, satılanın bir hediye olması hâlinde söz konusu paketlenme yükümü doğrudan dava ve talep edilebilir nitelikte bir bağımsız yan edim yükümlülüğüdür. Bkz: Şenocak, s. 89, dn. 117.

²⁷⁷ Aral, s. 48; Eren, 2017, s. 39; İnal, s. 351.

²⁷⁸ Şenocak, s. 88.

²⁷⁹ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 16; Aral, s. 49; Cansel / Özel, s. 259; Eren, 2017, s. 40; İnal, s. 385; Şenocak, s. 89; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 31. Doktrinde bazı yazarlar, çalışmamızda koruma yükümlülükleri olarak nitelendirilen yan yükümlülükleri ifade etmek üzere “diğer davranış yükümlülüğü” terimini kullanmaktadır. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Aral, s. 50 vd.

sonuca yani ifa menfaatine yönelik olan edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ve ifaya yardımcı yan yükümlülüklerden farklı olarak, tarafların hâlihazırda var olan durumunun hukuken korunmasını amaçlamaktadır. Bu çerçevede, borçlu, sözleşmenin kurulması, ifası ve hatta sözleşme görüşmeleri sırasında ve sözleşme sona erdikten sonra alacaklının edim konusu dışında kalan mal ve şahıs varlığı değerleri ile temas hâlinde bulunduğu süre boyunca bu değerlere zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür²⁸⁰. Bu nedenle koruma yükümlülükleri doktrinde sözleşme öncesi koruma yükümlülükleri, sözleşme esnası koruma yükümlülükleri ve sözleşme sonrası koruma yükümlülükleri olmak üzere üçe ayrılmaktadır²⁸¹.

Koruma yükümlülükleri, yukarıda da belirtildiği üzere, artırılmış sosyal temas veya özel bağlantı içine giren muhatapların veya borç ilişkisi taraflarının bütünlük menfaatlerini tecavüzlerden koruma işlevine sahiptir. Bütünlük menfaati olarak ifade edilen bu değerler esas itibarıyla haksız fiil hükümlerinin koruma alanına girmekte ve ihlali aynı zamanda haksız fiil teşkil etmektedir. Bununla birlikte, bu değerlerin artırılmış sosyal temas, özel bağlantı veya sözleşme görüşmeleri süresinde ihlal edilmesi, zaman içerisinde haksız fiil hükümlerinin görece zayıflığı sebebiyle, özel bağlantıya dayanarak, sözleşmesel sorumluluğun uygulama alanına dâhil edilmiştir²⁸². Öyle ki, bugün gelinen noktada, borçlunun sadece edim yükümlülüklerinin değil, aynı zamanda ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinden oluşan yan yükümlülüklerin yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesi hâlinde de, alacaklıya karşı TBK m. 116 gereğince sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağı sonucuna varılmaktadır²⁸³.

²⁸⁰ Eren, 2017, s. 40; Gülerci, s. 45; İnal, s. 388 – 389; Kocayusufpaşaoğlu, s. 12.

²⁸¹ Eren, 2017, s. 41; Gülerci, s. 45. Sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerinin ihlâl edilmesi hâlinde ortaya çıkan “sözleşme öncesi görüşmelerinden doğan sorumluluk” (culpa in contrahendo sorumluluğu) aşağıda detaylı şekilde incelenmektedir. Uygulamada özellikle sözleşme öncesi görüşme ve hazırlık safhasında yardımcı kişilerden sıklıkla yararlanılması sebebiyle, çalışmamızda culpa in contrahendo sorumluluğuna ayrıca yer verilmiştir.

²⁸² Erbek s. 38 - 39.

²⁸³ Eren, 2017, s. 1096; Gündoğdu, s. 243.

Koruma yükümlülüklerinin dayanağı TMK m. 2 f. 1’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve dolayısıyla güven ilkesidir²⁸⁴. Bundan ötürü, söz konusu yükümlülüğün kapsamı, özellikle sözleşmenin ifasının gerektirdiği temasın yoğunluğuna ve borç ilişkisiyle kurulan özel güven ilişkisinin derecesine bağlıdır²⁸⁵.

Nitelik itibariyle yan yükümlülüklerin bir türü olan koruma yükümlülüklerinin ihlâli hâlinde, edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak bunların aynen ifa edilmesi talebinde bulunulması mümkün değilse de, bu yükümlülükleri ihlâl eden borçluya karşı meydana gelen zararın tazmini talebinde bulunulabilir²⁸⁶.

3.1.2.1.2.4. Özel Olarak Sözleşme Öncesi Görüşmelerde Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Sözleşme görüşmeleri sırasında, taraflardan birinin dürüstlük ilkesinden doğan davranış yükümlülüklerini ihlal etmesi neticesinde ortaya çıkan sorumluluk doktrinde “culpa in contrahendo²⁸⁷ sorumluluğu” olarak adlandırılmaktadır²⁸⁸.

Ticari ve hukuki ilişkilerin gün geçtikçe artması ve giderek daha karmaşık bir yapıya bürünmesi ile birlikte, borç ilişkisine taraf olan veya taraf olma hazırlığı içerisinde bulunan kişilerin arasında sözleşme görüşmelerinden itibaren yoğun bir

²⁸⁴ Eren, 2017, s. 41; Kocayusufpaşaoğlu, s. 12.

²⁸⁵ Şenocak, 89 - 90.

²⁸⁶ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 16; Eren, 2017, s. 41; Gülerci, s. 45; Kocayusufpaşaoğlu, s. 12.

²⁸⁷ Latince aslıyla “culpa in contrahendo” tabiri Türk hukuk doktrininde çok çeşitli şekillerde tanımlanmakta olup, “culpa in contrahendo” kavramının detaylı terminolojik incelemesi için bkz: Huriye Reyhan Demircioğlu, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 41 – 43.

²⁸⁸ Ataay, s. 245; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 187; Bozer, s. 200; Cansel / Özel, s. 307; Eren, 2017, s. 1152; Gülerci / Kılınç, s. 146; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 89; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 5; Kocayusufpaşaoğlu, s. 8; Reisoğlu, Safa, s. 345; Tandoğan, Mesuliyet, s. 403; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.976; Süleyman Yalman, Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 38. Çalışmamız açısından uygulamada arz ettiği öneme istinaden culpa in contrahendo sorumluluğuna ayrıca yer verilmiş ise de, dürüstlük kuralına dayandırılan sözleşme benzeri borç ilişkileri culpa in contrahendo sorumluluğu ile sınırlı değildir. Sorumluluk hukukunda, özellikle Alman doktrininden ve uygulamasından kaynaklanan ve bazıları İsviçre ve Türk doktrin ve uygulamasında da taraftar bulan bir dizi teori ile haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı borca aykırılık hükümleri lehine oldukça daraltılmıştır. Dürüstlük kuralına dayandırılan sözleşme benzeri borç ilişkileri hakkında daha detaylı bir inceleme için bkz: Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 477 vd.

sosyal temas olmaktadır. Meydana gelen sosyal temas, sözleşme hazırlığı ve görüşmelerinden itibaren tarafların birbirlerinin hukuki değerlerine özel olarak etki etme imkân ve ihtimalinin artmasına yol açacak bir ortam oluşturmaktadır²⁸⁹. Bu şekilde bir hukuki işlem kurma amacıyla bir araya gelen tarafların, hukuki değer ve menfaatlerini birbirlerinin etkisine açmasına yol açacak nitelikte bir sosyal temas içerisine girmesinin temelinde, tarafların, hukuki değer ve menfaatlerinin karşı tarafça, haksız fiil hukukunun gerektirdiği özen yükümlülüğünün ötesinde bir özenle korunacağına ilişkin duydukları güven yer almaktadır²⁹⁰. İşte tarafların hukuki değerlerini karşılıklı olarak birbirlerinin etkisine açmaları sonucu yaratılan güvenin boşa çıkmaması için birbirlerine karşı güven ilkesi gereği daha yüksek bir özen göstermeleri gerekmektedir. Bu kapsamda, birbirleriyle sosyal temas içerisine giren kişiler arasında koruma yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi doğduğu kabul edilir²⁹¹. Buna göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun da, güven ilkesine dayanan dürüstlük kuralının (TMK m. 2 f. 1) bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır.

Böyle bir güven ilişkisinin ihlalinin ne tür bir sorumluluğa yol açacağı hususunda kanunda söz konusu sorumluluk sahasına uygulanacak hükümler bakımından herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Nitekim, culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda doktrinde de bir görüş birliği bulunmamaktadır²⁹². Bununla birlikte, doktrinde ve yargı uygulamasında hakim olan görüşe göre, kanundan (TMK m. 2 f. 1) doğan bu yükümler sözleşmeden doğan yükümlere benzediğinden, bu yükümlere aykırılık hâlinde doğacak

²⁸⁹ Culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilecek olan, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinin doğuşu ve dolayısıyla haksız fiil sorumluluğuna nazaran arttırılmış özen ve koruma yükümlülüklerinin kabulü için sözleşme görüşmelerinin başlaması şart değildir; sözleşme görüşmelerine henüz başlanmamış dahi olsa hukuki iş ilişkilerinin hazırlığına geçilmiş olması bir diğer ifadeyle hukuki işlem temasının kurulması yeterlidir. Aynı görüşte: Demircioğlu, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu, s. 10.

²⁹⁰ Aral, s. 52; Demircioğlu, s. 134; Edis, s. 448; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 114 – 115; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 254; Serozan, Culpa in Contrahendo, s. 38; Yalman, s. 37.

²⁹¹ Aral, s. 52 – 53; Eren, 2017, s. 42 ve s. 1152; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 119; Serozan, Culpa in Contrahendo, s. 38; Yalman, s. 113.

²⁹² Culpa in Contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında doktrinde ileri sürülen teorilere ilişkin detaylı inceleme için bkz: İnal, s. 122 vd.; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 138 vd.; Yalman, s. 69 vd.

sorumluluğa TBK m. 114 ve devamındaki maddelerin kıyasen uygulanması gerekir²⁹³. Bu görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğunu haklı kılan vakalarda taraflar arasında kurulmuş olan özel güven ilişkisi göz önüne alındığında, kanunda güven olgusuna temel teşkil eden olayların çoğunlukla sözleşmesel sorumluluk alanında düzenlenmiş olması, henüz sözleşme kurulmamış da olsa, sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasını haklı kılmaktadır²⁹⁴. Kaldı ki, sorumluluğun gerçekleşmesi için üzerinde görüşmeler yapılan sözleşmenin kurulmuş olması şart değildir, bu sözleşmenin sonradan kurulmamış veya geçersiz olmuş olması tarafların culpa in contrahendo sorumluluğu yönünden önemli değildir²⁹⁵.

Dolayısıyla bugün doktrinde kabul edilen görüşe göre, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte, taraflar arasında birtakım özen ve koruma yükümlerini ihtiva eden bir hukuki işlem teması kurulur ve buna göre, böyle bir temas içerisinde bulunan tarafların, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralına uyması gerekir²⁹⁶. Aksi hâlde, hakim görüş ve yerleşik uygulama çerçevesinde, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin kanuni düzenlemeler kıyasen sözleşme öncesi safhayı da kapsayacak şekilde uygulanacaktır. Böylece culpa in contrahendo kurumu ile sözleşme görüşmelerinden doğan zararların haksız fiil hükümlerine tabi tutulmasının yol açtığı adil olmayan sonuçların da önüne geçilmektedir²⁹⁷.

Bu kapsamda, Alman Yüksek Mahkemesi, doktrinde sıklıkla "muşamba olayı"

²⁹³ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 194; Ataay, s. 245 – 246; Demircioğlu, s. 173; Eren, 2017, s. 1155; Gündoğdu, s. 75; İnal, s. 149; İnan, 1979, s. 496; İnan / Yücel, s. 627; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 234 – 235; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 141; Kocayusufpaşaoğlu, s. 9; Nomer, s. 377; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 261; Şenocak, s. 275; Tandoğan, Mesuliyet, s. 404; Yalman, s. 73. Aksi yönde: Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 96.

²⁹⁴ Demircioğlu, s. 173; Eren, 2017, s. 1155; İnal, s. 148; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 235; Serozan, Culpa in Contrahendo, s. 38 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 979.

²⁹⁵ Aral, s. 53; Ataay, s. 295; Eren, 2017, s. 1153; Yalman, s. 65.

²⁹⁶ Aral, s. 52 – 53; Demircioğlu, s. 128 – 141; Eren, 2017, s. 1152 - 1153; Gündoğdu, s. 75; İnal, s. 63; İnan, 1979, s. 495; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 232; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 119; Nomer, s. 376 – 377; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 480; Yalman, s. 82.

²⁹⁷ Antalya, Borçlar Hukuku, s. 187; Demircioğlu, s. 38 – 39; İnal, s. 80; Nomer, s. 377; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 261; Serozan, Culpa in Contrahendo, s. 39; Yalman, s. 83.

olarak anılan bir olaya ilişkin vermiş olduğu kararlarla sözleşme görüşmelerinde vücut bütünlüğüne verilen zararların sözleşme hükümlerince tazminine imkân tanımış; böylece o zamana kadar sadece haksız fiil niteliğinde görülen bazı ihlallerin, sözleşme sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesinin önünü açmıştır. Yüksek Mahkeme, bu sonuca taraflar arasında sözleşme benzeri bir nitelik taşıyan ve satım sözleşmesini hazırlayan hukuki bir ilişkinin bulunduğu; bu ilişkinin her iki tarafa, diğer tarafın sağlığına ve malına özen gösterme yükümü yüklediği fikrinden hareketle ulaşmıştır²⁹⁸.

Öte yandan, sözleşmenin ifasında olduğu gibi, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin hazırlık sürecinde de taraflar sıklıkla yardımcı kişiye başvurmakta olduğundan, kurulan sosyal temas vesilesiyle karşı tarafın zarara uğramasına yol açan fiili işleyen de genellikle hazırlık sürecinde ve görüşmelerde görev alan yardımcı kişilerdir²⁹⁹. Bu nedenle doktrinde hakim olan görüş TBK m. 116'nın yardımcı kişinin sözleşme öncesi kusurundan dolayı sorumluluğu bakımından da uygulanması gerektiğini kabul etmektedir³⁰⁰. Bize göre de, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk sözleşmenin ifası süreci ile sınırlandırılmayarak, sözleşme hazırlığına ve görüşmelerine katılan ve bu vesileyle karşı taraf ile özel bir temas kurma imkânı elde eden yardımcı kişinin bu esnada karşı tarafa bir zarar vermesi hâlinde, bu yardımcıyı kullanan tarafın zararlardan sorumlu olması gerektiği kabul edilmelidir. Bu durum, sözleşme görüşmelerinde taraflar arasında oluşan güvene

²⁹⁸ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 164.

²⁹⁹ Tuncomağ, s. 836; Yalman, s. 109. Bir kişinin sözleşme öncesi hazırlık ve görüşmelerine taraflardan birinin yardımcı kişisi olarak katılmış olduğunun kabul edilmesi için, bu kişinin o kişi adına ve hesabına hukuki işlem kurma yetkisine sahip olması şart değildir. Bir borcun ifası veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında olduğu gibi, yardımcı kişinin sözleşme görüşmelerine ve hazırlığına borçlunun bilgi ve rızasıyla katılmış olması yeterlidir. Bu kapsamda, doktrinde de haklı olarak kabul edildiği üzere, yukarıda belirtilen anlamda görüşme yetkisine sahip olan yardımcı kişi temsil yetkisine sahip olmamasına rağmen veya sahip olduğu temsil yetkisini aşarak karşı taraf ile sözleşme kurduğu takdirde, yetkisiz temsil olunan TBK m. 46 ve devamı hükümleri uyarınca hukuki işleme onay vermediği takdirde bu işlemle bağlı olmasa dâhi, karşı tarafın sözleşmenin kurulmaması sebebiyle uğradığı zarardan dolayı TBK m. 116 gereği sorumlu tutulabilir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz: Şenocak, s. 280 vd.

³⁰⁰ Ataay, s. 246; Ayan, s. 404; Mehmet Demir, Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 166; Demircioğlu, s. 274; Eren, 2017, s. 1095; Feyzioğlu, s. 192; İnan, 1979, s. 492; İnan / Yücel, s. 615; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 424; Serozan, Culpa in Contrahendo, s. 40; Şenocak, s. 266; Tandoğan, Mesuliyet, s. 436; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 979; Yalman, s. 110.

dayalı özel ilişkinin mahiyetine uygun bir çözümdür. Nitekim, Alman Yüksek Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen 07.12.1911 tarihli kararına konu olan olayda, bir mağazada çalışan tezgahtarın, müşterilerden birisinin satın almak için seçtiği muşamba topunu indirmek isterken, dikkatsiz davranışı yüzünden iki muşamba topunun müşterinin üzerine düşmesine, bu suretle onun vücut bütünlüğünün ihlaline sebebiyet vermesi söz konusudur. Burada Yüksek Mahkeme, mağaza sahibini, BK. m. 66'yı karşılayan BGB §831'e göre değil; BK. m. 116'yı karşılayan BGB §278'e göre sorumlu tutmuştur³⁰¹.

3.1.2.2. Olumlu Edim Yükümlülükleri ve Olumsuz Edim Yükümlülükleri Ayrımı

Borçlu, gerek bir şey yapmaya ya da vermeye ilişkin olumlu yükümlülüklerin gerekse bir şey yapmamaya ilişkin olumsuz yükümlülüklerin yerine getirilmesinde kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı TBK m. 116 uyarınca sorumludur³⁰².

Olumlu edim yükümlülükleri, satıcının satılanı alıcıya teslim ederek mülkiyetini sağlama yükümlülüğünde olduğu gibi, borçlunun malvarlığından veya zilyetliğinden bir şey vermek suretiyle yerine getirdiği verme yükümlülüğü veya tesisatçının su borularını tamir etme yükümlülüğünde olduğu gibi, borçlunun bedeni ve fikri gücü ile yerine getirdiği yapma yükümlülüğü şeklinde olabilir³⁰³. Nitekim borç ilişkilerinden çoğunlukla olumlu edim yükümlülükleri doğmaktadır. Verme veya yapma edimi, bu edimin yerine getirilmesi amacıyla kendisine başvurulmuş yardımcı kişi tarafından ihlâl edildiği takdirde, TBK m. 116 gereğince tazminat yükümlülüğüne dönüşebilir.

³⁰¹ Şenocak, s. 92 - 93.

³⁰² Gündoğdu, s. 243; Şenocak, s. 97 - 98; Zevkililer / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 320.

³⁰³ Ataay, s. 42; Ayan, s. 47; Aydıncık, s. 9; Bilgili / Demirkapı, s. 11; Erdoğan, s. 16; Gülerci, s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, s. 35; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 13.

Olumsuz edim yükümlülüklerinin konusu ise, yapmama şeklinde bir kaçınma veya katlanma borcu olabilir³⁰⁴. Gerek bir borç ilişkisi gereği yerine getirilmesi gereken asli edim yükümlülükleri gerekse borç ilişkisiyle borçlanılan asıl edimi güvence altına almayı amaçlayan yan yükümlülükler olumsuz edim yükümlülüğü şeklinde kararlaştırılabilir. Doktrinde, rekabet etmeme yükümlülüğü veya bir gayrimenkul üzerine kat çıkmama yükümlülüğü gibi ilk grupta yer alan olumsuz edim yükümlülüklerine bağımsız yapmama yükümlülüğü; satıcının satılan ancak henüz alıcıya teslim edilmeyen mala zarar vermeme yükümlülüğü gibi ikinci grupta yer alan olumsuz edim yükümlülüklerine ise bağımlı yapmama yükümlülükleri denilmektedir³⁰⁵.

Bağımsız yapmama yükümlülükleri çoğunlukla borçlunun bir hakkı veya bir sırrı taşıyan ve alacaklı tarafından arzu edilmeyeni yapma konusunda kendisine özel menfaatler ya da fırsatlar sağlayan bir şeyin sahibi olması nedeniyle bir sözleşmenin konusu yapılırlar. Bu hâllerde olumsuz edim yükümünün konusu, söz konusu özel durumlar nedeniyle alacaklı açısından mevcut olan tehlikenin ortaya çıkmamasıdır³⁰⁶.

Bazı durumlarda arzu edilmeyen davranış tamamen borçlunun şahsına bağlıdır. Sözgelimi, ünlü bir müzisyenin başka bir firma için plak yapmamayı taahhüt etmesinde durum böyledir. Olumsuz edim yükümünün sıkı sıkıya borçlunun şahsına bağlı olduğu bu gibi hâllerde, yükümlülüklerin yardımcı kişi tarafından ihlali söz konusu olmaz³⁰⁷.

Olumsuz edim yükümlülüğünün konusunun borçlunun şahsına sıkı şekilde bağlı olduğu yukarıda belirtilen durumların haricinde, borçlunun, olumsuz edim yükümüyle borçlanılan sonucun yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesinden dolayı

³⁰⁴ Ataay, s. 42; Aydıncık, s. 6, dn. 6; Erdoğan, s. 16; Gülerci, s. 26; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 6; Kocayusufoğlu, s. 37; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 13.

³⁰⁵ Şenocak, s. 98; Aral, s. 64 vd.

³⁰⁶ Gündoğdu, s. 67; Şenocak, s. 100.

³⁰⁷ Şenocak, s. 99 - 100.

sorumlu tutulması için, bu kişiye söz konusu yüküme aykırı davranma imkânını vermiş olması veya bu kişi ile kurmuş olduğu ilişkinin ihlali kolaylaştırmış olması gerekmektedir.

Öte yandan, yasağın sebebini teşkil eden özel durumun üçüncü kişiye devredildiğinin veya genişletildiğinin kabul edilebilmesi için borçlunun yardımcı kişiye sağladığı konumun, borçlunun yasağın kapsamının ve şeklinin tayininde rol oynayan konumuyla mukayese edilebilmesi ve yardımcı kişinin bu şekilde sahip olduğu konumun alacaklıda borçlunun konumuna benzer bir endişeye sebebiyet veriyor olması gerekir³⁰⁸. Bu kapsamda, tek satıcılık sözleşmesi kapsamında tek satıcının bölgesine kendisi doğrudan satış yapmamayı ve başka bölgelerdeki diğer tek satıcıların birbirlerinin bölgesinde satış yapmamalarını üstlenen üretici, bölgelerden birinde tek satıcılık hakkına sahip olan bir satıcının diğer bir tek satıcının bölgesinde satış yapması dolayısıyla sorumlu tutulabilecekken, deposunda çalışan bir işçinin imalat fazlası bir koli malın bir kereye mahsus olmak üzere para karşılığı satması sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Zira, ikinci durum alıcının söz konusu yasağın konulmasına ilişkin menfaatlerinin sarsılmasına sebebiyet vermez.

Borçlunun, üçüncü kişinin yapmama yükümlülüğüne aykırı davranışlarından dolayı sorumlu olması için, alacaklıyı tehlike altına sokan durumun üçüncü kişiye bizzat borçlu tarafından sağlanması gerekir. Üçüncü kişinin, alacaklıyı tehlike altına sokan durumu örneğin yayılması yasak olan bir bilgiyi borçlunun iradesine aykırı olarak hukuka aykırı şekilde veya gizlice elde etmesi hâlinde, borçlu bu konuda ancak kendisine bir kusur atfedilebildiği takdirde, TBK m. 112'ye göre kendi kusurlu davranışı nedeniyle sorumlu olur. Sözgelimi, kendisine müşterisi tarafından gizli bilgiler içeren dosyalar bırakılan banka, herhangi bir kusuru bulunmadığı sürece söz konusu gizli bilgilerin, dosyaların soygunla başkalarının eline geçmesi sebebiyle ifşa olmasından dolayı sorumlu olmazken; çalışanlarından birinin söz konusu gizli bilgileri ifşa etmesinden dolayı sorumlu

³⁰⁸ Şenocak, s. 100 - 102.

olur. Bununla birlikte, borçlunun bilgi ve iradesi dâhilinde alacaklıyı tehlike altına sokan durumu elde eden üçüncü kişinin, borçlunun güvenini kötüye kullanması veya onun tarafından konulan yasağa uymaması önemli değildir³⁰⁹.

TBK m. 116 gereğince borçlunun olumsuz edim yükümlülüğünün üçüncü kişi tarafından ihlâlinden dolayı sorumlu olması için, doktrinde yukarıda belirtilen koşullara ek olarak, borçlunun, üçüncü kişinin olumsuz edim yükümlülüğüne aykırı davranması hâlinde kendisinin söz konusu yükümlülüğe uymasının artık alacaklı açısından bir değer arz etmeyeceğini öngörebilmesi ve ilaveten alacaklının da, üçüncü kişinin yapmama yükümlülüğüne uyması hususunda borçlunun yardımına muhtaç durumda bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, alacaklının, üçüncü kişinin kendisini tehlikeye sokacak davranışını bizzat engelleyememesine karşılık, borçlunun, sahip olduğu bir hak veya özel bir konum sayesinde üçüncü kişinin söz konusu davranıştan kaçınmasını sağlayabildiği durumlarda, alacaklının, üçüncü kişinin yapmama yükümlülüğüne uyması için borçlunun yardımına muhtaç olduğu kabul edilmektedir³¹⁰.

Borçlunun, alacaklı için şahsi tehlike arz eden özel konumunu üçüncü kişiye tamamen devretmesi hâlinde, borçlanılan sonuç ancak bu özel konumu iktisap eden kişi tarafından gerçekleştirilebilir duruma geldiği için, üçüncü kişi, borçlunun olumsuz edim yükümlülüğüne konu davranışı yapmamasını sağlamakla yükümlü ve bu hususta sorumlu olduğu yardımcı kişisidir. Örneğin, komşusuna karşı sözleşmeyle taşınmazı üzerinde belirli bir kullanım tarzından kaçınmayı üstlenen taşınmaz maliki, sadece söz konusu taşınmazını üçüncü kişiye devretmekle bu yükümlülükten kurtulamamalıdır. Bu kapsamda, kaçınma yükümlülüğü altına giren eski taşınmaz maliki, sözleşme süresi devam ettiği sürece ve alacaklının menfaatlerini ilgilendirdiği sürece, bu şeyi iktisap eden kişinin sözleşmeyle kararlaştırılan yasağa uymamasından dolayı da sorumlu

³⁰⁹ Şenocak, s. 102.

³¹⁰ Şenocak, s. 102 - 103.

olmalıdır³¹¹. Zira uğruna yasak konulan faaliyetin üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde, borçlunun yapmama yükümlülüğünün, üçüncü kişinin bu yasağa uymasını sağlama yükümlülüğü olarak devam etmesi gerektiği kabul edilir³¹².

Bununla birlikte, borçlu, olumlu bir edimi ve onunla ulaşılmak istenen sonucu tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmaya ilişkin, borçlanılan asıl edimi güvence altına almayı amaçlayan bağımlı yapmama yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde edim konusuna ilişkin olarak kendisine yardımcı olan kişilerin fiillerinden dolayı da sorumludur. Sözelimi, bir otel işletmecisinin önceden rezerve edilen otel odasını başka bir müşteriye kiralamama yükümlülüğü bağımlı bir yapmama yükümlülüğüdür. Buna göre, rezerve edilen otel odasını bir başka müşteriye kiralamama yükümlülüğü altında bulunan otel işletmecisi, otelde çalışan bir resepsiyon görevlisinin önceden rezerve edilmiş olmasına rağmen bu odayı başka bir müşteriye kiralaması hâlinde, TBK m. 116 gereği arzu edilen sonucun ortaya çıkmamasından dolayı sorumludur. Benzer şekilde, kiralananı kullanırken kiralananı zarar vermeme yükümlülüğü altında bulunan kiracı da, eşinin ve çocuklarının kiralananı kullanırken kiralananı zarar vermesinden dolayı sorumludur³¹³.

3.2. BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN BORCUN İFASININ VEYA BİR BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN HAKKIN KULLANILMASININ YARDIMCI KİŞİYE BIRAKILMASI

Borçlunun, TBK'nın 116'ncı maddesi uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması için, borçlunun, borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan

³¹¹ Bununla birlikte, TMK m. 779 uyarınca, olumsuz edim yükümlülüğü, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine kurulan ve yüklü taşınmaz malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli bir şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılan - manzarayı kapatmama, belirli yükseklikte bina inşa etmeme gibi - bir irtifak hakkı oluşturduğu takdirde, söz konusu taşınmazın mülkiyeti, üzerinde irtifak hakkı mevcut olmak üzere yeni malike geçer. M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay - Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016, s. 785 – 786.

³¹² Şenocak, s. 100 - 101.

³¹³ Aral, s. 65; Şenocak, s. 103.

hakkın kullanılmasını kısmen veya tamamen yardımcı kişiye bırakmış olması gerekir³¹⁴. Bunun yanı sıra, doktrinde hâkim olan görüş, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması için yardımcı kişinin fiili olarak borcun ifasına veya hakkın kullanımına katılmış olmasını ve borçlunun bu hususta açık veya zımni rızasının bulunmasını şart koşmaktadır³¹⁵.

3.2.2. Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanımına Fiilen Katılmış Olması

Doktrinde hâkim olan görüş, bir kişinin TBK'nın 116'ncı maddesine göre yardımcı kişi olarak kabul edilmesi için, bu kişinin borçlunun borcunun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasına fiilen katılmış olmasını şart koşmaktadır³¹⁶.

Bununla birlikte, yardımcı kişinin, bir borcun ifası veya bir hakkın kullanılmasını tamamen üstlenmesi gerekmemektedir. Borçlu, bir borcunun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasına kısmen katılan kişinin davranışlarından da borç ilişkisinin karşı tarafına karşı sorumlu olacaktır³¹⁷.

Yardımcı kişinin, borcun ifası veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yönelik hazırlık faaliyetlerinin yerine getirilmesine katılması dahi, bu şartın yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir³¹⁸. Örneğin, taşınmaz lehine irtifak hakkından yararlanan taşınmazın maliki yolun kullanıma uygun hâle getirilmesi amacıyla bir yardımcı kişi kullanabilir; söz konusu yardımcı kişi yükümlü taşınmazın geçit hakkının kullanımına hazırlanması amacıyla otların

³¹⁴ Bilgili / Demirkapı, s. 174; Birsen, s. 192; Eren, 2017, s. 1094; Karaca, s. 49; Kayar, s. 166; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 676; Tuncomağ, s. 312.

³¹⁵ Eren, 2017, s. 1096 - 1097; Gündoğdu, s. 240; Şenocak, s. 151 ve s. 161; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 892; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumahioğlu, s. 320.

³¹⁶ Eren, 2017, s. 1097; Gündoğdu, s. 240; Şenocak, s. 161; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 892; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumahioğlu, s. 320.

³¹⁷ Akman, s. 79; Eren, 2017, s. 1097; Gündoğdu, s. 239; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 416 - 417; Şenocak, s. 104; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 390.

³¹⁸ Demir, Hastanelerin Sorumluluğu, s. 165 – 166; Şenocak, s. 161 - 162.

biçtiği sırada söz konusu taşınmazda ekili ürünlere zarar verdiği takdirde, geçit hakkı sahibi TBK'nın 116'ncı maddesi gereği bu zararı yükümlü taşınmaz malikine tazmin etmekle yükümlü olur. Benzer şekilde, bir hastanenin klinik şefi olan hekim ile hastanın belli tarihler arasında yatarak tıbbi tedavi ediminin ifasını amaçlayan bir hekimlik sözleşmesinin kurulması amacıyla görüşmeler yürütmesi ancak belirtilen tarihlerde hastanede müsait oda olmadığı bilinmesine rağmen hastayı kaybetmemek adına görüşmeleri sürdürmesi sebebiyle hastanın tedavisinin gecikmesi ve zarara uğraması durumunda, hastane işletmesi, yardımcı kişinin davranışı sebebiyle meydana gelen zarardan dolayı hastaya karşı TBK m. 116 uyarınca sorumlu olacaktır.

Bununla birlikte, karşı tarafın zarara uğramasına yol açmış olsa dahi, yardımcı kişinin ifaya veya hakkın kullanılmasına hazırlık amacıyla gerçekleştirdiği her türlü davranış borçlunun TBK m. 116 uyarınca sorumlu olmasına sebebiyet vermez. TBK m. 116 uyarınca borçlunun sorumluluğunu doğurması için, yardımcı kişi tarafından gerçekleştirilen hazırlık fiillerinin, borçlunun söz konusu borç ilişkisi çerçevesinde ifa etmekle yükümlü olduğu yan yükümlülüklerden birinin ifasına yönelik gerçekleştirilmiş olması gerekir.

Borçlunun, borç ilişkisinin asıl konusunun amaca uygun, tam ve doğru şekilde yerine getirilmesi amacıyla yerine getirmekle yükümlü olduğu yan yükümlülüklerin ifasını teşkil etmeksizin, borçlu açısından, borç ilişkisinin ifası amacıyla subjektif olarak yapılması gereken hazırlık faaliyetlerinin yardımcı kişi tarafından yerine getirilmesi hâlinde TBK m. 116 uygulama alanı bulmamaktadır³¹⁹. Örneğin, İstanbul – Yalova arası sefer yapan bir otobüs firmasının sefer sırasında benzin almak üzere girdiği benzincide zeminin ıslak bırakılması sebebiyle yolculardan birisinin ayağının kayarak düşmesi hâlinde, otobüs firması meydana gelen zarardan dolayı TBK m. 116 uyarınca sorumlu değildir. Her ne kadar otobüs firmasının yolcuya karşı yükümlü olduğu bir yerden başka bir yere taşıma ediminin yerine getirilmesi için otobüs firmasının yakıt

³¹⁹ Şenocak, s. 162.

alması gerekmektedir de, yakıt alınması gerekliliği bir yan yükümlülük olarak ortaya çıkmamakta, otobüs firması bakımından taşıma ediminin sübjektif şartını oluşturmaktadır.

Yapmama veya katlanma borcu doğuran olumsuz edim yükümlülüklerinde ve kaçınma borcu doğuran yan yükümlülüklerde yardımcı kişinin borcun ifasına fiilen katılması şartı genelde bu kişinin, aksi yönde davranma imkânı bulunmasına rağmen, yapılmaması gereken şeyi yapmaması şeklinde kendini göstermektedir. Bununla birlikte, yardımcı kişinin yapmama veya kaçınma yükümlülüğü ile amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için birtakım tedbirler alması hâlinde, yardımcı kişinin borcun ifasına fiilen katılmış olduğu daha açık şekilde kendini gösterir³²⁰. Örneğin, alacaklının bozulan musluğunu tamir edecek olan çırağın evdeki diğer eşyalara zarar vermemek için bunların üzerine muşamba örtmesi yardımcı kişinin kaçınma borcunu ihtiva eden yan yükümlülüğün ifasına aktif bir davranışla katıldığını gösterir.

Borçlunun bir yapma borcunun kısmen ya da tamamen ifası için başvurduğu kişinin bu borcun ifasına katılmaktan kaçınması ve bu işi yapmaması sebebiyle, işin hiç veya zamanında yapılamaması ve alacaklının bundan dolayı bir zarara uğraması durumunda, borçlu, alacaklının bundan dolayı uğradığı zarardan TBK m. 118 uyarınca kendi kusurundan dolayı sorumludur. Bununla birlikte, borçlunun bir borcun ifası için başvurduğu kişinin bu işin kendisi tarafından yapılmasını kabul etmesi³²¹ veya iş çevrelerindeki genel anlayışa göre işin bu kişi tarafından yapılacağı kanaatinin oluşması hâlinde, borçlu, bu kişinin borcu ifa etmemesi sebebiyle alacaklı nezdinde meydana gelen zarardan TBK m. 116 uyarınca sorumlu olmalıdır. Doktrinde bu görüş, güvenliğin sağlanması için iş yerinin beklenmesinden sorumlu olan borçlunun, bu işi gece bekçisine bırakması

³²⁰ Şenocak, s. 163.

³²¹ Üçüncü kişi, borcun ifasına katılmayı açık veya zımni bir irade beyanı ile kabul edebileceği gibi, yardımcı kişinin borçluya hizmet sözleşmesi ile bağlı olduğu ve görülecek işin bu sözleşme kapsamında işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmet sahasına dâhil olduğu durumda olduğu gibi borcun doğumundan önce verdiği genel ve kapsayıcı nitelikteki bir irade beyanı ile de kabul etmiş olabilir.

hâlinde, bu bekçinin akşam iş yerine gelip iş başında uyuyarak hırsızlığa imkân sağlaması ile işe hiç gelmeyerek hırsızlığı mümkün kılması arasında borçlunun sorumluluk sebebi açısından bir fark gözetilmesine gerek olmadığı savıyla desteklenmektedir³²².

3.2.3. Borçlunun Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanılmasına Katılmasına Rıza Göstermesi

Borçlunun yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumlu olduğunun kabul edilebilmesi için, borcun ifası veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının borçlunun bilgi ve rızasıyla yardımcı kişiye bırakılmış olması gerekir³²³. Borçlunun rızası ve bilgisi bulunmaksızın, üçüncü kişinin bir borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına katılması hâlinde, bu kişi borçlunun TBK m. 116 anlamında yardımcı kişisi sayılamaz.

Bununla birlikte, borçlunun, üçüncü kişinin kendisi ile diğer taraf arasındaki borç ilişkisinden doğan borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılması hususunda açık bir rızasının bulunması gerekli değildir³²⁴. Borçlunun, üçüncü kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılmasına zımnen rıza göstermiş olması, başka bir ifadeyle bu hususu bilmesine rağmen itiraz etmeyerek durumu kabullenmesi yeterlidir. Borçlunun, üçüncü kişinin borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına katıldığını bilmesine ve itiraz etme olanağına sahip olmasına rağmen, bu duruma itiraz etmemesi ve sessiz kalması hâlinde, borçlunun bu tür bir irade faaliyetiyle yardımcı kişiye başvuru iradesini açıkladığı sonucuna varılır³²⁵.

³²² Şenocak, s. 164.

³²³ Eren, 2017, s. 1096; Gülerci / Kılınç, s. 255; Gündoğdu, s. 240; İnan, 1979, s. 493; İnan / Yücel, s. 615; Karaca, s. 50; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 553; Karan, s. 735; Korur, s. 37; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 418; Reisoğlu, Safa, s. 364; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 291; Şenocak, s. 151; Tekil, s. 186; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 892; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 320.

³²⁴ Gündoğdu, s. 240; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 549; Reisoğlu, Safa, s. 364.

³²⁵ Feyzioğlu, s. 194; Korur, s. 37, Şenocak, s. 157.

Bu kapsamda çırağına, satım sözleşmesine konu kitabın üst raftan indirilmesi işiyle ilgilenmesini söyleyen bir sahafın, çırağın ifa faaliyetine katılmasına açık şekilde rıza verdiği kabul edilirken; satım sözleşmesine konu kitabın üst raftan indirilmesi hususunda, o sırada sahafta bulunan başka bir müşterisinin kendisine yardım etmesine sesini çıkarmayan bir sahafın, bu müşterinin ifa faaliyetine katılmasına zımnen rıza verdiği kabul edilir.

Borçlu, borcunun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını bıraktığı yardımcı kişilerin yardımcılarının alacaklıya verdiği zararlardan dolayı da TBK m. 116 gereğince sorumludur. Zira, borçlunun ilk derecedeki yardımcı kişilerin borç ilişkisinden doğan yükümlölüklerin ifasına katılmaları yönünde vermiş olduğu rızasının, aksi kararlaştırılmadığı sürece o kişinin yardımcılarını da kapsadığı kabul edilir³²⁶.

Borçlu, üçüncü kişiye belli bir borcun ifası veya belli bir borç ilişkisinden kaynaklanan spesifik bir hakkın kullanılması için başvurabileceği gibi, belirsiz sayıda borcun ifası ve genel olarak birden çok hakkının kullanılması için de başvurabilir. İkinci durumda, borçlu, yardımcı kişinin, kendi talimatı veya işletmesel organizasyonu çerçevesinde, zarar gören karşı tarafın menfaatleri ile temas hâline girme ve bunları olumsuz şekilde etkileme imkânı elde etmesi dolayısıyla, bu kişilerin verdiği zarardan sorumludur³²⁷. Bu kapsamda, restoran sahibi, işletmesinde çay servisi yapan garsonun, bir müşteri tarafından verilen siparişı götürürken ayağının kayması sonucu başka bir müşterinin üzerine çay dökmesi dolayısıyla meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.

Borçlu, borcun üçüncü kişi tarafından ifasına ya da borç ilişkisinden doğan hakkın üçüncü kişi tarafından kullanılmasına ilişkin rızasını önceden verebileceği gibi, sonradan icazet şeklinde de gösterebilir³²⁸. Bu durum özellikle vekâletsiz iş görme

³²⁶ Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 418; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 289.

³²⁷ Şenocak, s. 151 - 152.

³²⁸ Buna karşın, Oğuzman, yardımcı kişiye onayın en geç zarar doğuran fiilden önce verilmiş olması gerektiğini kabul etmektedir. Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 419. Benzer bir şekilde, Gündoğdu

bakımından söz konusudur. Vekâletsiz iş gören üçüncü kişinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilmesi için iş sahibinin sonradan vekâletsiz iş gören kimseye onay vermiş olması gerekli ve yeterlidir³²⁹.

Borçlu tarafından, borcun üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi veya hakkın üçüncü kişi tarafından kullanılması konusunda verilen icazet geriye etkili olacağı için, borçlu vekâletsiz iş gören kişinin hem icazet sonrası hem de icazet öncesi karşı tarafa verdiği zararlardan dolayı sorumludur. Zira iş sahibinin borcun vekâletsiz iş gören tarafından ifasına veya hakkın vekâletsiz iş gören tarafından kullanılmasına verdiği icazet, iş sahibinin vekâletsiz iş görenin borcun ifasına ilişkin tüm davranışlarının kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu davranışların olumlu ve olumsuz tüm sonuçlarının kendi sorumluluk sahasında gerçekleşmesini kabul ettiği anlamına gelir³³⁰.

Bununla birlikte, doktrinde borçlunun üçüncü kişinin seçiminde özgür olmaması, bu kişiye zorunlu olarak başvurmuş olması veya borcunun sadece bu kişi tarafından ifa edilebilir nitelikte olması hâlinde, bu kişinin sebep olduğu zararlardan dolayı yine de sorumlu olup olmayacağı tartışılmaktadır³³¹.

Uygulamada bu husus, özellikle borçlunun borcunun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasının faaliyette bulunduğu sahada monopole sahip olan kuruluşlar tarafından yerine getirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Doktrinde bir görüş³³², bu durumda borçlunun yardımcı kişiyi seçme

da, üçüncü kişinin borçlunun haberi olmadan ifaya yönelik fiillerde bulunması hâlinde, borçlunun sonradan icazet vermesinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından gerekli olan borçlunun yardımcı kişinin ifada bulunmasına rızasının bulunması koşulunu sağladığının kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Gündoğdu, s. 240.

³²⁹ Feyzioğlu, s. 195; Korur, s. 37; Şenocak, s. 159 vd. Buna karşılık, Tandoğan gerçek vekâletsiz iş görmede, iş sahibi durumunda olan borçlunun, yapılan işe icazet vermese bile, vekâletsiz iş görenin sözleşmeye aykırı davranışlarından TBK m. 116 gereğince alacaklıya karşı sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır. Tandoğan, Mesuliyet, s. 437.

³³⁰ Şenocak, s. 159 vd.

³³¹ Bu tartışmalar için bkz: Şenocak, s. 115 vd.

³³² Karaca, s. 51; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 418; Şenocak, s. 115’de anılan J. W. Tschudi, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR., Diss. Bern 1949, s. 36 – 37; Tuhr, s. 594.

ve bu kişiye etki etme imkânının bulunmaması sebebiyle, bu kişinin fiillerinden dolayı TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

Buna karşın, diğer görüş ise³³³, borçlunun söz konusu monopolün sözleşmeye aykırı nitelikte davranışlarından dolayı tazminat talep etme hakkına sahip olması sebebiyle, monopol kuruluşunun işlerinin aksaması rizikosunun da alacaklı tarafından değil, borçlu tarafından taşınması gerektiğini savunmaktadır³³⁴. Buna göre, bir kanun hükmü, taraflar arasındaki bir sözleşme veya hâl ve şartlar borçlunun belirli bir yardımcı kişiye başvurmasını zorunlu kılarsa dahi, borçlu kendi borcunun ifasında faaliyet gösterdiği sürece bu kişinin davranışlarından sorumludur.

Nitekim alacaklı da, borçlunun belirli bir yardımcı kişiye başvurmasını şart kılabilir. Sözelimi, düğün organizasyonu için organizatör firma ile anlaşılan bir çift düğünlerinde mutlaka belirli bir müzik grubunun sahne almasını şart koşmuş olabilir. Ancak bu durumda dahi, borçlu, alacaklının seçimini reddetme, üçüncü kişiye sorumluluğu alacaklıya ait olacak şekilde ve alacaklı hesabına başvurulması hususunda alacaklı ile anlaşmaya varma veya bunlardan hiçbirinin mümkün olmadığı durumda da sözleşmeyi yapmama özgürlüğüne sahiptir. Dolayısıyla, bu imkânları kullanmayarak alacaklının gösterdiği üçüncü kişinin kendisine ait bir borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılmasını kabul eden borçlunun, bu kişinin davranışlarından TBK m. 116 uyarınca sorumlu olması gerekir³³⁵.

Bununla birlikte, alacaklının yardımcı kişinin seçiminde kusurlu davranması hâlinde, TBK'nın 114'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan atıf dolayısıyla, alacaklının seçim kusuru meydana gelen zararın uygun sebebinin oluşturduğu takdirde, TBK m. 52 çerçevesinde tazminattan indirim sebebi teşkil edebilecektir.

³³³ Şenocak, s. 116.

³³⁴ Şenocak, s. 115 - 116; Tandoğan, Mesuliyet, s. 439.

³³⁵ Gündoğdu, s. 241.

Borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına katılan yardımcı kişinin ise, yerine getirdiği işin veya kullanımına katıldığı hakkın borçluya ait olduğunu farkında olması gerekmez; önemli olan borçlunun iradesiyle ona ait bir borcun ifasının veya hakkın kullanımının bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır³³⁶. Dolayısıyla borçlu bu kişiden kendi bilgi ve iradesi altında yararlandığı sürece, yardımcı kişinin yaptığı işle alacaklıya karşı bir nezakette bulunduğunu düşünmesi dahi önemli değildir. Ancak üçüncü kişinin kendi yükümlülüğünü ifa etmesi veya kendisine ait bir hakkı kullanması durumunda, bu kişi yardımcı kişi sayılamayacağı için TBK m.116 uygulanmaz³³⁷.

3.3. YARDIMCI KİŞİNİN BORCA AYKIRI BİR DAVRANIŞLA DİĞER TARAFZA ZARAR VERMESİ

Borçlunun, borcunun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını kısmen dahi olsa bıraktığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması için, bu kişilerin borca aykırı bir davranışla diğer tarafa zarar vermiş olması gerekmektedir³³⁸.

Bu kapsamda, burada önemli olan husus, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin ihlali sonucunu doğuran durumların neler olduğunun tespit edilmesidir. Yardımcı kişinin davranışının yol açtığı ve borçlunun sorumlu olduğu borca aykırılık üç şekilde ortaya çıkabilir.

Borçlunun sorumlu olduğu borca aykırılık, yardımcı kişinin ifa imkânsızlığına veya temerrüde yol açan davranışından doğmuş olabilir³³⁹. Buna göre, bir satıcı,

³³⁶ Gündoğdu, s. 240; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 291.

³³⁷ Şenocak, s. 165 – 166.

³³⁸ Bozer, s. 213 - 214; Demircioğlu, s. 276; Gülerci, s. 320; Gülerci / Kılınç, s. 255 – 256; Gündoğdu, s. 243; Helvacı, Hukuki Mütalaalar, s. 179; Karaca, s. 52; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 554; Kayar, s. 166; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 422; Reisoğlu, Safa, s. 365; Şenocak, s. 195; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalioğlu, s. 321 - 322.

³³⁹ Ayan, s. 381; Aydınçık, s. 28; Bilgili / Demirkapı, s. 160; Bozer, s. 197 – 199; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 160; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 662 - 663; Tandoğan, Mesuliyet, s. 395

yağlı boya bir tablonun alıcıya teslimi için görevlendirdiği taşıyıcının, taşıma esnasında dikkatsizlikle tablonun tamamen zarar görmesine sebep olması hâlinde karşı tarafın borcun objektif olarak imkânsızlaşması sebebiyle uğradığı zarardan; söz konusu yardımcı kişinin tablonun tesliminde gecikmesi hâlinde ise, karşı tarafın temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönmesi ve dönme yüzünden uğradığı zarardan dolayı sorumludur. Bu durumlarda aslında borçlunun söz konusu zararları tazmin yükümlülüğünün doğması için kendisinin borcun imkânsız hâle gelmesinde veya temerrüde düşmede kusurunun bulunması şart olmasına rağmen, TBK'nın 116'ncı maddesi gereği, bu şart yerine yardımcı kişinin imkânsızlığa veya temerrüde yol açan davranışı borçluya atfedilmekte ve borçlu şahsi bir kusuru olmasa dahi sorumlu olmaktadır.

Bununla birlikte, borca aykırılık, ifa imkânsızlığı veya temerrüt şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, gereği gibi ifa etmeme şeklinde de ortaya çıkabilir³⁴⁰. Gereği gibi ifa etmeme ise, kötü ifa, bağımsız yapmama yükümlülüklerinin veya yan yükümlülüklerin ihlalini kapsar. Kötü ifa hâlinde edimin borç ilişkisinin niteliğine uygun olarak tam ve doğru şekilde ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının edimle amaçladığı yararın hiç veya kısmen gerçekleşmemesi söz konudur³⁴¹.

Doktrinde, atın hatalı şekilde nallanması, psikiyatristin hastasıyla aşk ilişkisi içerisine girerek tedaviyi başarısızlığa sürüklemesi, doktorun yardımcısının terapötik aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi borcun yardımcı kişi tarafından kötü ifasına örnek gösterilmektedir³⁴². TBK m. 113 f. 2'de bir sorumluluk sebebi olarak ayrıca düzenlenmiş olan bağımsız yapmama borçlarının ihlali de doktrinde gereği gibi ifa etmeme olarak kabul edildiğinden³⁴³, rekabet yasağı gibi bağımsız

vd.; Murat Topuz, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 353.

³⁴⁰ Ayan, s. 381; Aydınçık, s. 28; Bilgili / Demirkapı, s. 160; Gündoğdu, s. 43; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 663; Reisoğlu, Safa, s. 344; Tandoğan, Mesuliyet, s. 398; Topuz, s. 353; Yalman, s. 32. Doktrinde, borcun ifa edilmediği veya edilemediği bütün hâlleri (imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme) kapsamak üzere "ifa engelleri" kavramı da kullanılmaktadır. Nomer, s. 307.

³⁴¹ Eren, 2017, s. 1070.

³⁴² Şenocak, s. 195 vd.

³⁴³ Eren, 2017, s. 1073.

yapmama borçlarının yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesi hâlinde de borçlu TBK m. 116 gereği sorumlu olacaktır. Bununla birlikte, her borç ilişkisi, borçlunun ve yardımcısının yerine getirmekle yükümlü olduğu edim yükümlülüklerinin dışında ifaya yardımcı yan yükümlülükleri ve birtakım koruma yükümlülükleri de içermekte olduğuna göre, bu yükümlülüklerin ihlali de gereği gibi ifa etmemenin bir türünü oluşturmaktadır³⁴⁴.

Koruma yükümlülükleri, alacaklının edim menfaati dışında kalan malvarlığı ve kişi varlığı değerlerinin korunmasını amaçlamaktadır. Yardımcı kişi, borçlu tarafından kendisine bırakılan iş ve görevleri yerine getirirken alacaklının sadece edim menfaatini değil, bu menfaatin dışında kalan diğer malvarlığı değerleriyle kişilik değerlerini de korumak zorundadır. Dolayısıyla, borçlu, yardımcı kişinin kendisine bırakılan işi görürken alacaklının edim menfaati dışında kalan mal ve şahıs varlığı değerlerine verdiği zarardan da sorumlu olur³⁴⁵.

Koruma yükümlülerinin ihlâlinin gereği gibi ifa etmemenin bir türü olarak kabul edilmeye başlanmasıyla, borçlunun yardımcı kişilerin diğer tarafa verdiği zararlardan dolayı sorumluluğunun sınırlandırılması ihtiyacı önem kazanmış; bu çerçevede, doktrinde sorumluluğun ne şekilde sınırlandırılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür³⁴⁶.

Özellikle, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin kapsamına dâhil edilmesinden önce doktrinde hakim durumda olan ve hâlen pek çok yazar tarafından savunulan bir görüşe³⁴⁷

³⁴⁴ Bilgili / Demirkapı, s. 164; Eren, 2017, s. 1072 – 1073; Şenyüz, s. 189. İfaya yardımcı yan yükümlülüklerle aykırı davranışa, satım konusu malın kullanım kılavuzunun verilmemiş olması veya gerektiği şekilde paketlenmemiş olması; koruma yükümlülüklerine aykırı davranışa ise boya ustasının işin ifası sırasında alacaklının edim konusu dışında kalan malvarlığına sözgelimi evde yer alan parkelere zarar vermeme yükümünün ihlali örnek olarak gösterilebilir.

³⁴⁵ Eren, 2017, s. 1102 – 1103 ve ayrıca s. 1096; Şenocak, s. 199; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 322.

³⁴⁶ Şenocak, s. 170 - 171.

³⁴⁷ Feyzioğlu, s. 197 – 199; Gülerci, s. 320; Gülerci / Kılınç, s. 256; Gündoğdu, s. 244; İnan / Yücel, s. 616; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 554 vd.; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677;

göre, borçlunun borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünün ifasında kullandığı yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olması için bu kişinin kendisine bırakılan işi yürüttüğü sırada diğer tarafa zarar vermiş olması gerekmektedir³⁴⁸. Buna göre, yardımcı kişinin kendisine bırakılan işin icrası sırasında diğer tarafa zarar vermiş olması şartı, borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifası ile meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bir bağın bulunmasına bağlıdır. Bu kapsamda borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifası ile meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bir bağın bulunduğu kabul edilmesi için ise, yardımcı kişinin zarara sebebiyet veren davranışının, borçlu ile karşı taraf arasındaki mevcut borç ilişkisine aykırılık, yani ifanın imkânsızlığı, temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme sonucunu doğurması gerekir³⁴⁹.

Özellikle borç ilişkisinin kapsamının edim yükümlülüklerinden ibaret olduğunun kabul edildiği dönemde, bu görüşü savunan yazarlara göre, borçlu, yardımcı kişinin kendisine bırakılan işin icrası esnasında borca aykırı davranışla sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu iken, işin görülmesi vesilesiyle karşı tarafın borcun konusuyla ilgisi olmayan mal ve şahıs varlıklarına verdiği zarardan sorumlu değildir. Sözelimi, yardımcı kişinin kendisine bırakılan iş vesilesiyle karşı tarafın edimin konusu dışında bir malını çalması veya ona hakaret etmesi gibi durumlarda borçlu alacaklının bu suretle uğradığı zarardan sorumlu tutulamaz³⁵⁰.

Korur, s.40 vd.; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 423; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 896; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 391; Tuncomağ, s. 845.

³⁴⁸ Bu görüşü savunan yazarların hareket noktası, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk normunun lafzında sorumluluk düzenlemesinin ilk hâlinden bu yana, borçlunun, yardımcı kişilerin işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlü olduğunun ifade edilmesidir.

³⁴⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 896 – 897. Bununla birlikte, bugün için doktrinde hakim olan görüşe göre, borca aykırılığın kapsamı alacaklının edim menfaati dışında kalan malvarlığı ve kişi varlığı değerlerinin korunmasını da içerecek şekilde genişlemiştir. Bu sebeple, aslında yardımcı kişinin fiilleri dolayısıyla, alacaklının borcun konusuyla ilgisi olmayan mal ve şahıs varlığının zarara uğradığı durumlarda da, borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifası ile meydana gelen zarar arasında bu görüşün ifade ettiği şekilde bir fonksiyonel bağ bulunduğu kabul edilebilecektir.

³⁵⁰ Gülerci / Kılınç, s. 256; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 555, dn. 333'de anılan yazarlar; Reisoğlu, Safa, s. 365; Şenocak, s. 172 vd. Bununla birlikte, zaman içerisinde ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin borç ilişkisinin kapsamına dâhil edilmesi ve bu yükümlülüklerin ihlâlinin de gereği gibi ifa etmemenin bir türü olarak ele alınmasıyla birlikte, yardımcı kişinin kendisine bırakılan işi görürken karşı tarafın edim menfaati dışında kalan mal ve

Borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu ifa sırasında sebebiyet verilen zararlarla sınırlı tutan yukarıda açıklanan görüş karşısında, doktrinde söz konusu sorumluluğun kapsamının daha geniş tutulmasından yana olan ve ifa vesilesiyle verilen zararları da bu sorumluluğun kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır³⁵¹. Bu görüş, özellikle sözleşmesel koruma yükümlülükleri doktrininin gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. Söz konusu görüş, nasıl borçlu yardımcı kişinin somut olaydaki davranışında bulunsaydı koruma yükümlerinin ihlali dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk hukuku kurallarına göre sorumlu olacak idiyse, onun yardımcı kişilerin davranışından da aynı şekilde sorumlu olması gerektiği düşüncesinden hareket etmektedir³⁵². Buna göre, bir borcun ifasını yardımcı kişiye bırakan borçlunun, borcun ifası ile bağlantılı olan karşı tarafın mal ve şahıs varlıklarına zarar vermemeye ilişkin kaçınma yükümlülüğünün ifasını da ona bıraktığı kabul edilmelidir³⁵³. Gerçekten de, borçluya, kendi yerine bir yardımcı kişi ikame etmek suretiyle, aynı davranışı kendisi yapmış olsaydı sorumluluk hukukuna göre sahip olacağı konumdan daha iyisine sahip olma imkânının verilmesinin hukuken haklı bir gerekçesi yoktur³⁵⁴.

şahıs varlığı değerlerine zarar vermesi ve koruma yükümlülüklerinin ihlalinin de, borçlunun sorumluluğunu yardımcı kişinin kendisine bırakılan işin görülmesi sırasında verdiği zararlarla sınırlandıran görüş çerçevesinde değerlendirilerek borçlunun sorumluluğunun kapsamına dâhil olduğu kabul edilmelidir.

³⁵¹ Demircioğlu, s. 276; Eren, 2017, s. 1103. Öte yandan Serozan, TBK m. 116'nın yürürlüğü açısından yardımcının alacaklıya zarar veren eyleminin sadece "ifa vesilesiyle" değil, "ifa dolayısıyla", "ifa sırasında" gerçekleşmiş olması gerektiğini; yani zarar verici eylemle borcun ifası arasında işlevsel bir bağlantı bulunması gerektiğini ifade etmekteyse de; hemen ardından son zamanlarda bu şartın edim yükümlülüklerinden bağımsız davranış yükümlülüklerinin gelişmesi ile birlikte törpülenerek aşıldığına dikkat çekmektedir. Bkz: Serozan, Borçlar Hukuku, s. 291 - 292.

³⁵² Oftinger'e göre, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, sözleşmeli bir borçtan kurtulmak için yardımcılara müracaat eden kimsenin, sözleşmenin ifası ile gerçekten ilişkili olduğu sürece, sanki kendisinin söz konusu olmuş gibi yardımcının davranışlarından sorumlu olması fikrine dayanır, dolayısıyla eğer yardımcı kişinin yaptığı zarar verici davranışın faili borçlunun kendisi olsaydı, o sözleşme nedeniyle sorumlu olacak idiyse, kendisinin yerine geçen ve onun için hareket eden yardımcı kişinin davranışından da aynı şekilde sorumlu olması gerekir. Karl Oftinger / Raymond Jeanpretre, Borçlar Kanununun Genel Kısımlarına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları (Çev.: Kemal Dayınlarlı), Ankara 1990, s. 217.

³⁵³ Eren, 2017, s. 1103; Şenocak, s. 190.

³⁵⁴ İsviçre Federal Mahkemesi de doktrinde hakim olan görüşü paylaşarak, yardımcı kişinin işin icrası esnasında davranmış olması şartını yardımcı kişinin davranışının alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisine aykırılık teşkil etmesi şeklinde anlamaktadır. Şenocak, s. 175. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi BGE 92 II 15 sayılı kararında, sinir hastalıkları senatoryumunda çalışan evli bir asistan doktorun, geçirdiği ruhi bunalım sebebiyle çalıştığı kliniğe gelen hastası ile

Bu görüŖe göre, bir sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası için karşı tarafın hukuk alanına müdahale imkânının ve sözleşme taraflarından birinin diğeri tarafından bir haksız fiille zarar görme tehlikesinin artması sebebiyle tarafların dürüstlük kuralına göre daha fazla özen ve dikkat göstermesini gerektiren özel bir güven ortamı oluşur ve herkesin uymakla yükümlü olduğu sorumluluk hukukunun temelinde yatan başkasına zarar vermeme ilkesine istinaden yapılması veya kaçınılması gereken davranışların kapsamı belirginleşerek, uyulması gereken sözleşmesel bir yükümlülük hâline gelir; başka bir ifadeyle şimdiye kadar sadece mutlak bir hakkın konusu olan davranış, sözleşme görüşmelerinden itibaren belirli bir kişinin belirli bir yükümlüğü niteliğine kavuşur.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, borçluyu en az asıl edim yükümlülüğü kadar borç altına sokmakta ve alacaklı açısından, gerek sözleşmenin karşı tarafının seçiminde gerekse onun dürüstlüğüne, iyi niyetine, edimi yerine getirme ve sözleşmeye aykırılık hâlinde tazminat ödeme kapasitesine duyulacak güvenin tesisinde önem arz etmektedir. Dolayısıyla, borç ilişkisinin karşı tarafının kendi iradesiyle ayrıcalıklı bir sosyal temas içerisine girdiği borçlunun yerine, borçlunun kendi hesabına başvurduğu ve onun sorumluluğunda bulunan bir yardımcı kişinin geçmesi hâlinde, bu sorumluluk sadece edim için değil, sözleşme süresince karşı tarafın tehlike altına giren edim konusu dışındaki hukuki varlıklarına özen ve dikkatle davranma yükümlülüğü de dâhil olmak üzere,

aşk ilişkisi içerisine girerek tedavinin başarısını engellemesi sebebiyle kliniğe karşı açılan manevi tazminat davasında, tıbbi tedavi çerçevesinde davalı kliniğin olumlu olarak meslek kurallarına göre, en etkili tedavi önlemlerini uygulamak; olumsuz olarak da tedavinin başarısını engelleyebilecek hususlardan kaçınmak yükümlülüğü altında olduğunu, tedavi eden doktorun hastasıyla yaşadığı aşk ilişkisinin büyük ölçüde tedaviyle amaçlanan sonucu tehlikeye sokarak sözleşmeden doğan olumsuz edim yükümlülüğünü ihlal ettiğini ve böylece tıbbi olarak iyileştirme yükümlülüğünün kötü ifa edilmiş olduğunu, bu durumda davalı kliniğin sorumluluğunun, asistan doktorun davacı ile bir aşk ilişkisine girmesi anında, görevinin ifası dolayısıyla hareket etmesi nedeniyle gerçekleştiğini ve bu nedenle Kanton Mahkemesi'nin, asistan doktorun, işinin ifası ile ilgili hareket etmediği gerekçesi ile manevi tazminat talebinin reddi kararının bozulmasına hükmetmiştir. Oftinger / Jeanpretre, s. 216 vd.

sözleşme ilişkisi çerçevesinde borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu tüm yükümlülükler açısından geçerlidir³⁵⁵.

Gerçekten bu görüş sahiplerinin ifade ettiği gibi, yardımcı kişinin kendisine bırakılan borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını yerine getirirken alacaklının edim menfaati dışında kalan malvarlığı ve kişi varlığı değerlerini de koruması gerekmektedir. Bununla birlikte, borçlunun, yardımcı kişi tarafından alacaklının edim konusu dışında kalan mal ve şahıs varlığına verilen her türlü zarardan sorumlu tutulması da hakkaniyete aykırıdır. Bu sebeple, borçlunun sorumlu olup olmaması açısından, borcun ifasının veya bir hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılmasının yarattığı özel imkân ile meydana gelen zarar arasında bir fonksiyonel bağlantı olup olmadığı incelenmelidir. Bu kapsamda yapılması gereken, yardımcı kişiye başvurulmuş olmasının, onun somut olayda zarara sebep olan davranışı gerçekleştirmesini önemli derecede kolaylaştırıp kolaylaştırmadığının ve ona bu hususta özel bir imkân ve fırsat sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesidir. Somut olay koşulları değerlendirildiğinde, yardımcı kişinin, işin görülmesinin kendisine bırakılması sayesinde zarara sebebiyet veren davranışı gerçekleştirmek için özel bir imkân ve fırsat elde ettiği söylenebiliyorsa, borçlu, yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan TBK m. 116 gereği sorumlu olmalıdır³⁵⁶. Bu kriter çerçevesinde, borçlu, yardımcı kişinin badana için gittiği evde karşı tarafın bir eşyasını çalmasından sorumlu iken, karşı tarafın evin kapısının dışında kalan bisikletini çalmasından dolayı sorumlu değildir. Zira ilk durumda yardımcı kişi, badana işinin görülmesinin kendisine sağladığı eve rahatlıkla girebilme ve ev içerisinde rahatlıkla hareket edebilme imkânından yararlanıyorken, ikinci durumda herhangi bir kişinin yapabileceği tarz ve şekilde hırsızlık yapmaktadır³⁵⁷.

³⁵⁵ Demircioğlu, s. 276 – 277; Eren, 2017, s. 1102 – 1103; Şenocak, s. 191.

³⁵⁶ Şenocak, s. 200. Bununla birlikte, borçlunun bu kapsamda olmayan, yardımcı kişinin, borcun ifasının veya bir hakkın kullanılmasının kendisine bırakılmasının yarattığı özel imkândan yararlanmaksızın sebep olduğu zararlardan sorumlu olup olmadığı TBK m. 66 çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

³⁵⁷ Şenocak, s. 192 vd.

3.4. FARAZİ KUSUR

Borçlunun borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını kısmen dahi olsa bıraktığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu bakımından, yardımcı kişinin kusurlu olmasının şart olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Bu hususta, doktrinde ileri sürülen bir görüş, borçlunun sorumluluğunun yardımcı kişinin kusurlu olması şartına bağlı olduğunu ileri sürmekte iken, farklı bir görüş ise borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun bir sebep sorumluluğu olduğunu ve bu kapsamda ne yardımcı kişinin ne de borçlunun kendi kusurunun bulunmasının gerektiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, bu konuda hâkim olan görüş, TBK m. 116 gereği sorumluluğun tesisi için, borçlunun “farazi kusurunun” bulunması gerektiğini, buna karşın yardımcı kişinin kusurlu olmasının veya borçlunun gerçek kusurunun bulunmasının borçlunun sorumluluğu açısından şart olmadığını ifade etmektedir³⁵⁸.

3.4.1. Yardımcı Kişinin Kusurlu Olması Gerektiğini Savunan Görüş

Bu görüşe göre, borçlunun borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını kısmen dahi olsa bıraktığı yardımcı kişilerin karşı tarafa verdiği zarardan dolayı sorumlu olması için, yardımcı kişinin borca aykırı davranışının kusurlu olması gerekir³⁵⁹. Bu görüşün hareket noktalarından biri, 1883 tarihli ilk İsviçre Borçlar Kanunu’nun borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğuna ilişkin 115’inci maddesinde, borçlunun yardımcı kişinin yalnızca kusurlarından dolayı sorumlu olacağını düzenlenmiş olmasıdır. Her ne kadar, 1911 yılında İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan değişiklikle eski düzenlemeden farklı olarak yardımcı kişinin kusursuz dahi olsa sebebiyet verdiği zararlardan borçlunun sorumlu olacağı kabul edilmişse de, bu

³⁵⁸ Borçlunun gerçek kusurunun onun sorumluluğunun şartı olmadığı konusunda ise doktrin ve uygulamada bir görüş birliği bulunmaktadır. Ayrıca, TBK m. 66’dan farklı olarak borçlunun yardımcı kişiyi seçme, denetleme ve ona talimat vermede kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması da mümkün değildir.

³⁵⁹ Ayan, s. 404; Eren, 2017, s. 1103, dn. 220’de anılan yazarlar, Tuhr, s. 598; Yavuz, s. 206.

görüşü savunan yazarlar, söz konusu değişikliğin bir redaksiyon yanlılığı olarak değerlendirilmesi ve söz konusu sorumluluğun 1883 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115'inci maddesinde öngörüldüğü şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır³⁶⁰.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun, bizzat kendi davranışlarından dolayı sorumluluğundan daha katı kurallara tâbi tutulması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır; borçlu kendi fiillerinden dolayı kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabildiğine göre, aynı prensip yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk bakımından da geçerli olmalı ve borçlu, yardımcı kişinin zarara kusuruyla sebebiyet vermediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmelidir³⁶¹.

Ayrıca bu görüş kapsamında, borçlu, yardımcı kişinin kusur ehliyetine sahip olmaması hâlinde, borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmak bakımından kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini ve eğer yardımcı kişi zarara geçici bir temyiz kudreti yoksunluğu sırasında sebebiyet vermişse, kendisinin bu durumda iken bir zarara sebep olmasında olduğu gibi, TBK'nın 59'uncu maddesi uyarınca yardımcı kişinin kendi kusuruyla bu duruma düşmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir³⁶².

Borçlunun sorumluluğunu yardımcı kişinin kusurlu olması şartına bağlayan bu görüş, doktrinde özellikle yardımcı kişinin borçluya kıyasla bilgi ve beceri düzeyinin daha aşağıda olduğu durumlarda zarara uğrayan alacaklı aleyhine sonuçlar doğurması sebebiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Şöyle ki, yardımcı kişinin gerçek kusurunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde onun için geçerli olan özen derecesinin esas alınması gerekir; bununla birlikte alacaklının

³⁶⁰ Feyzioğlu, s. 202; Korur, s. 45; Şenocak, s. 203 vd.; Tuhr, s. 597. İsviçre Borçlar Hukuku'nda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin tarihi gelişimi için bkz. s. 33 vd.

³⁶¹ Eren, 2017, s. 1103 – 1104; Korur, s. 45; Şenocak, s. 204; Tuhr, s. 597.

³⁶² Eren, 2017, s. 1104; Şenocak, s. 205 - 206.

karşı taraf ile sözleşme kurma iradesinin oluşumunda borçlunun nitelikleri ve onun sahip olduğu bilgi ve beceri düzeyi esas alınmaktadır. Bu kapsamda, biz de nitelik bakımından borçludan daha vasıfsız durumda olan bir yardımcı kişinin, kendi bilgi ve beceri seviyesine göre kusurlu sayılmayacak ancak borçlunun bilgi ve becerisine göre kusurlu sayılabilecek bir davranışla karşı tarafa bir zarar vermesi hâlinde, bu davranışın zararlı sonuçlarına borçlunun üstün bilgi ve becerisi nedeniyle daha özenli davranacağı güvenini taşıyan karşı tarafın katlanmak zorunda bırakılmasının hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesindeyiz³⁶³.

Bunun yanı sıra, bu görüş teorik olarak da, bir borcun yardımcı kişiye bırakılması hâlinde, yardımcı kişinin ihlal ettiği yükümlülük onun tarafından değil, borçlu tarafından taahhüt edilmiş olduğundan dolayı yardımcı kişinin sözleşmesel kusurundan bahsedilmesinin mümkün olmadığı; dahası burada yardımcı kişinin haksız fiil kusurunun olduğunun kabul edilmesi için de, hukuka aykırı bir fiilin varlığı şart olduğundan yardımcı kişinin sadece sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı borçlunun sorumlu tutulmasının da mümkün olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁶⁴.

3.4.2. Kusursuz Sorumluluk Görüşü

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun bir sebep sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olması için ne borçlunun ne de yardımcı kişinin kusurlu olması gerekmektedir³⁶⁵.

Bu görüş, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu bakımından kusurun bir sorumluluk unsuru olarak aranmaması gerektiğini ve bu kapsamda borçlunun, ne kendisinin ne de yardımcı kişinin hiçbir kusuru olmasa dahi yardımcı kişinin sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu olması gerektiğini kabul

³⁶³ Korur, s. 50; Şenocak, s. 207 - 208.

³⁶⁴ Şenocak, s. 208.

³⁶⁵ Tuncomağ, s. 842 – 843.

etmektedir³⁶⁶. Buna göre, borçlu, yardımcı kişi kullanarak yükümlülüklerinin ifasını kolaylaştırmak, yerine getirmesi mümkün olmayan yükümlülükleri ifa edebilmek veya ticari işletmesinin faaliyetlerini sürdürmek gibi birtakım menfaatler elde etmektedir. Yardımcı kişi kullanarak, bu şekilde menfaatler elde etme imkânı kazanan borçlunun, bu menfaatler karşılığında, yardımcı kişinin sebep olduğu zararlardan, aynı davranışta kendisi bulunsaydı yükleneceğinden daha şiddetli bir sorumluluk üstlenmesi adalet ve hakkaniyete aykırı değildir³⁶⁷. Dolayısıyla, yardımcı kişinin ifaya katılması ile karşı tarafın uğradığı zarar arasında doğrudan veya dolaylı bir nedensellik bağının bulunması ve genel hayat tecrübelerine göre, yardımcı kişinin aktif veya pasif davranışının somut olay çerçevesinde meydana gelen türden bir zararı doğurmaya elverişli olması hâlinde borçlu yardımcı kişinin davranışından dolayı sorumludur³⁶⁸.

Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı ise, 1911 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, borçlunun yardımcı kişilerin yalnızca kusurlu davranışlarından değil, aynı zamanda kusursuz davranışlarından dolayı da sorumlu olması gerektiğinin kabul edilmesinin bir redaksiyon yanlışlığından kaynaklandığı görüşünü reddetmekte ve hükmün kanun koyucu tarafından kasten bir sebep sorumluluğu düzenlemek amacıyla, “yardımcı kişi tarafından sebebiyet verilen zarar” şeklinde değiştirildiğini savunmaktadır³⁶⁹.

Borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun bir sebep sorumluluğu olduğunu savunan bu görüş, doktrinde borçlunun bizzat gerçekleştirmesi hâlinde sorumlu olmayacağı davranışlardan dolayı sırf yardımcı kişi tarafından gerçekleştirdiği için sorumlu tutulmasının sorumluluk alanını aşırı şekilde ve hakkaniyete aykırı olarak genişletmesi dolayısıyla borçluyu yardımcı kişi

³⁶⁶ Akman, s. 74; Saymen / Elbir, s. 721 vd.; Tuncomağ, s. 843.

³⁶⁷ Akman, s. 77; Saymen / Elbir, s. 723.

³⁶⁸ Şenocak, s. 209 - 210, dn. 505'de anılan J. W. Tschudi, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR., Diss. Bern 1949, s. 40 – 41.

³⁶⁹ Korur, s. 45, dn. 36'da anılan yazarlar, Saymen / Elbir, s. 722 – 723; Şenocak, s. 209, dn. 503'de anılan J. W. Tschudi, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR., Diss. Bern 1949, s. 39.

kullanmaktan vazgeçmeye zorlayacağı ve böylece modern endüstri toplumunun temelini oluşturan iş bölümü ilkesinin gelişmesinin engellenmiş olacağından bahisle haklı olarak eleştirilmektedir³⁷⁰.

3.4.3. Borçlunun Farazi Kusurunun Bulunması Gerektiğini Savunan Görüş

Doktrinde hakim olan ve bize göre de en isabetli olan görüşe göre, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması için ne bizzat borçlunun ne de yardımcı kişinin gerçekten kusurlu olması aranmaktadır. Bu görüşe göre, sorumluluğun tesisi bakımından, borçlunun borca aykırı davranış bakımından farazi kusurlu bulunmasının gerekli ve yeterli olduğu kabul edilmektedir³⁷¹.

Bu kapsamda, bu görüşe göre borçlunun veya yardımcı kişinin gerçekte kusurlu olmasının şart olmaması itibariyle, borçlu, yardımcı kişinin sebep olduğu zararın meydana gelmesinde hiçbir kusuru bulunmadığını, söz gelimi yardımcı kişiyi seçmede, ona talimat vermede ve denetlemede kendisinden beklenen tüm özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁷². Aynı şekilde,

³⁷⁰ Korur, s. 50 - 51; Şenocak, s. 210.

³⁷¹ Demircioğlu, s. 272; Eren, 2017, s. 1104; Genç – Arıdemir, s. 264; Gülerci, s. 320; Gülerci / Kılınç, s. 256; Gündoğdu, s. 244; İnal, s. 484; Karaca, s. 53; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 560; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677; Nomer, s. 312; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 425; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 286; Tandoğan, Mesuliyet, s. 445; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 898. Bununla birlikte, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olması için onun farazi kusurunun bulunması gerektiğini savunan bazı yazarlar, borçlunun yardımcı kişilerin davranışlarından sorumlu olmaması için, aynı zamanda yardımcı kişinin kusursuz olduğunu da ispat etmek zorunda olduğunu ifade etmektedir. İnal, s. 485; Korur, s. 47 vd. Bununla birlikte, bize göre, alacaklının yardımcı kişinin üstün bilgi ve kabiliyetleri hakkında bilgi sahibi olmadığı durumlarda, borçlunun yardımcısının bilgi ve kabiliyetleri açısından da ortada kusurlu sayılabilecek bir fiil bulunmadığını ispat etmesi aranmamalıdır. Zira, bu durumda alacaklı üstün vasıflara sahip bir yardımcı kişi kullanıldığından haberdar olmadığı için, borçlu tarafından alacaklıya yardımcı kişinin vasıflarına ilişkin bir teminat verildiğinden de söz edilemez. Ayrıca, yardımcı kişinin kendi kusurlu davranışı sebebiyle şahsi sorumluluğu pekâlâ saklıdır. Bununla birlikte, borçlu tarafından borcun ifasında belirli bir kişinin kullanılacağına taahhüt edilmesinin suretiyle alacaklı nezdinde yardımcı kişinin üstün vasıflarına dair bir teminat sağlanması hâlinde ise, yardımcı kişinin alacaklı tarafından bilinen bilgi, nitelik ve ehliyetinin borçlunun yerine getirilmesinden sorumlu olduğu özen derecesinin tespitinde dikkate alınması gereklidir.

³⁷² Baştuğ, s. 325, dn. 10; Bilgili / Demirkapı, s. 175; Eren, 2017, s. 642 ve s. 1105; Gülerci, s. 320; İnan / Yücel, s. 617; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 560; Karan, s. 747; Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 36; Karan, s. 736; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677; Nomer, s. 312; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 286; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 80; Tandoğan, Mesuliyet, s. 446; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 898; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 190;

yardımcı kişinin zararın meydana gelmesinde tamamen kusursuz olduğunun ispat edilmesi de borçluyu sorumluluktan kurtarmamaktadır. Örneğin zararın meydana geldiği sırada yardımcı kişi geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetse dahi, borçlu bu zarardan sorumludur³⁷³.

Borçlunun farazi kusurunun bulunmasını şart koşan bu görüş tarzı gereğince, borçlunun yardımcı kişinin somut olaydaki davranışında bulunmuş olması hâlinde, bu davranışın onun için kusur teşkil edebileceği kabul ediliyorsa borçlu somut olay bakımından farazi kusurludur³⁷⁴. Bu kapsamda, borçlu, zarar ve

Yavuz, s. 206; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 324 - 325. Buna karşın, Ertaş, 6098 sayılı TBK hakkındaki eleştirilerine yer verdiği makalesinde, TBK m. 116 hükmü hakkında şu eleştirilere yer vermiştir: “TBK. 116, BK.100.m. ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluk düzenlenmektedir. İfa yardımcılarının bir kusuru olmasa bile borçlu onların fiillerinden doğan zararlardan sorumlu olacak mıdır? Yeni TBK. ile tartışmalı bu konu yine yasal olarak cevapsız bırakılarak yine öğretinin kucağına itilmiştir. Borçlu kendi kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan sıyrılabilirken, ifa yardımcısının kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacak mıdır?”. Şeref Ertaş, Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011, s. 314. Bununla birlikte, Serozan tarafından haklı olarak belirtildiği üzere, yardımcının alacaklıya karşı herhangi bir sözleşmesel edim yükümü olmaması itibarıyla, yardımcının alacaklıya karşı kusurunda söz etmek mümkün değildir. Bu sebeple, kanımızca, yardımcı kişinin kusurlu olması gerekmediğinin madde metninde düzenlenmiş olması şart değildir. Nitekim, doktrin ve yargı uygulamasında, 818 sayılı BK’dan beri, borçlunun, kendi yardımcılarının alacaklıya zarar verici eylemlerinden ötürü sorumlu tutulabilmesi için ne borçlunun ne de bizzat yardımcı kişinin kusurlu olmasının gerektiği konusunda ortak bir kanaat oluşmuş durumdadır.

³⁷³ Bilgili / Demirkapı, s. 175; Bozer, s. 214; Demircioğlu, s. 275; Gülerci / Kılınç, s. 256; İmre, 145; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677; Nomer, s. 312; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 425; Reisoğlu, Safa, s. 366; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 391 - 392. Bu hususta, Yargıtay 11. HD’nin 1980 yılında vermiş olduğu bir kararında yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: “Dosya içeriği ve toplanan kanıtlara göre, dava konusu malların, aktarmadan sonra ve yardımcı şahıs durumundaki, davalı bankanın üst taşıması sırasında kaybolduğu anlaşılmaktadır. Böylece, yardımcı şahsın, borçlu taşıyana ait edimi ifada kusurlu olduğu açıktır. Yargılamada belirlenen bu durum bir yana, BK.nun 100. maddesi uyarınca, aynı Yasanın 55/2. maddesi hükmünün tersine, yardımcı şahıs kullanan borçlunun, adam çalıştıranlar hakkında öngörülen "kurtuluş beyyinesinden" yararlanması olanağı yoktur. Ayrıca, yardımcı şahsın, işi yaparken alacaklıya verdiği zararda, kusurlu olması da koşul değildir. Yardımcı şahsın, kayba yol açan ve diğer davalı asıl taşıyanın sorumluluktan kurtulması düşünülemez. Aslında, BK.nun 100. maddesi hükmü uyarınca, yardımcı şahıs sıfatı taşıyan davalı bankanın kusursuzluğu saptansa bile, borçlu (asıl taşıyan) işi yardımcı şahıslara bırakmayarak, bizzat yapmış olsaydı, anılan zarardan kendisi kusurlu sayılabilecek durumdaysa, zarardan, borçlunun sorumlu tutulması zorunludur. Bilimsel öğretide çoğunluk görüşü de bu yoldadır.” Bkz: Yargıtay 11. HD, T. 17.01.1980, E. 1980/1 K. 1980/133 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017).

³⁷⁴ Borçlunun tüzel kişi olduğu durumda, hakim görüş doğrultusunda borçlunun yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumlu olup olmayacağı, bu tüzel kişinin yetkili organlarını oluşturan gerçek

yardımcı kişinin fiili arasında nedensellik bağıını kesen sebeplerin haricinde³⁷⁵, ancak yardımcı kişinin hareket tarzında kendisi bulunsaydı, bu hareket tarzının kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir³⁷⁶.

Böylece borçlu hukuk düzenince kınanabilir nitelikte olan davranışı bizzat gerçekleştirmemesi sebebiyle gerçekte kusurlu olmamasına rağmen, alacaklının sözleşme veya kanun gereği kendisinden beklemeye hakkı olduğu özenin yardımcı kişi tarafından gösterilmemiş olması nedeniyle meydana gelen zarar dolayısıyla sorumlu tutulmaktadır³⁷⁷.

Somut olayda yardımcı kişinin davranışının kusurlu olup olmadığı tespit edilirken zarar verenin göstermekle yükümlü olduğu özen derecesinin borçlu esas alınarak

kişilerin bizzat ifade bulunmaları hâlinde sorumlu olup olmayacaklarına bakılarak değerlendirilecektir. Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 426; Tandoğan, Eser Sözleşmesi, s. 63.

³⁷⁵ Borçlunun işi kendisi yapsaydı ileri sürebileceği; borcun kusursuz olarak imkânsızlaşması, mücbir sebep, zarar gören karşı tarafın kusuru gibi savunmalardan yararlanması pekâlâ mümkündür. Aynı görüşte: Serozan, Borçlar Hukuku, s. 286 – 287; Tandoğan, Mesuliyet, s. 450, dn. 67; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 899; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 325.

³⁷⁶ Ayan, s. 405; Eren, 2017, s. 1104 – 1105; Feyzioğlu, s. 203 – 204; Gülerci, s. 320; Gülerci / Kılınç, s. 256; Gündoğdu, s. 244; İnan, 1979, s. 493; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 560; Karan, s. 736; Kayar, s. 166; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677 – 678; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 308; Korur, s. 46 vd.; Nomer, s. 312; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 425; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 286; Şenocak, s. 210-211; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 80; Tandoğan, Mesuliyet, s. 444 – 445; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 898. Bununla birlikte, Hatemi / Gökyayla, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu bakımından kusur şartının aranması gerekip gerekmediği sorununu, somut olay bakımından yardımcı kişinin davranışı sonucunda meydana gelen zararın türüne göre değerlendirmektedir. Bu görüşe göre, yardımcı kişinin alacaklı ve borçlu arasındaki borca aykırı davranışı sonucunda meydana gelen zarar aynı zamanda bir haksız fiil zararı ise, TBK m. 66 uygulanarak yardımcı kişinin davranışından borçlunun kusursuz da olsa sorumlu tutulması gerekmektedir; buna karşın, yardımcı kişinin sebep olduğu zarar yalnızca borca aykırılık oluşturuyorsa, bir mutlak hak ihlâli söz konusu değilse, borçlu, yardımcı kişinin davranışını bizzat yapmış olsaydı alacaklı tarafından bilinen ve bilinmesi gereken özelliklerine göre kusurlu sayılmayacak ise, bir diğer ifadeyle farazi kusuru söz konusu değilse, yardımcısının fiillerinden dolayı da sorumlu olmamalıdır. Hatemi / Gökyayla, s. 276. Bununla birlikte, bu görüş, özellikle yardımcı kişinin sebep olduğu zararın hem borca aykırılık hem de haksız fiil zararı teşkil ettiği hâllerde, borçlunun farazi kusurlu olup olmadığı değerlendirilmeksizin, doğrudan TBK m. 66'ya göre sorumlu tutulması bakımından eleştirilebilir. Bu gibi bir durumda, sorumluluğun TBK m. 116'ya göre kurulması alacaklı açısından daha avantajlı sonuçlar doğurabileceği için, somut olay kapsamında borçlunun farazi kusuru olup olmadığı değerlendirilmeksizin, borçlunun TBK m. 116'ya göre sorumlu tutulamayacağını kabul edilmemesi gerekir.

³⁷⁷ Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 308; Şenocak, s. 211 - 212.

belirlenmesi gerçekten makuldür. Bu kapsamda, borçlu, yardımcı kişinin somut olayda sergilediği davranış kendisinin göstermek zorunda olduğu özen derecesine ulaşmadığı takdirde yardımcı kişinin bu davranışından dolayı sorumlu olacaktır. Sözgelimi, borçlunun, bilgi ve yetenekleri kendisinden daha az olan bir yardımcı kişiye başvurması hâlinde, bu kişinin davranışları kendisi için kusurlu olarak nitelendirilemez, fakat borçlu için kusurlu olarak kabul edilebilirse, borçlu sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁷⁸. Böylece, yükümlülüklerinin ifasını kısmen dahi olsa yardımcı kişiye bırakan borçlunun, bu davranışıyla borç ilişkisinin kapsamını ve niteliğini alacaklı açısından daha dezavantajlı olacak şekilde değiştirmesinin ve yardımcı kişinin davranışında kendisi bulunmuş olsaydı üstlenmek zorunda olduğu sorumluluktan tek taraflı olarak kurtulmasının önüne geçilmektedir.

Öte yandan, sorumluluğun doğması için borçlunun farazi kusurunun aranması prensibi, yardımcı kişilerin davranışlarından dolayı borçlu için öngörülecek olan sorumluluğun, onun durumunu, yükümlülüğü bizzat yerine getirmesi hâlinde içinde bulunduğu durumdan daha fazla kötüleştirmemesi gerekir düşüncesi ile de uyumludur. Bu suretle, farazi kusur prensibi gerek borçlunun gerekse alacaklının menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde koruma altına almaktadır³⁷⁹.

Borcun borçlu ya da bir başkası tarafından ifasının önem arz etmediği durumlarda, farazi kusur belirlenirken, borçlunun mevcut kişisel bilgi ve yetenekleri değil, yardımcı kişiye bırakılan iş için gerekli olan bilgi ve yetenekler esas alınır. Bu kapsamda edimin gereklerine göre borçlunun göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi belirlenirken, objektif şekilde borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul, dürüst ve orta düzeyde bir kişinin bu tür işlerde göstereceği özen derecesi dikkate alındığından, her somut olayda borçlunun gerçek bilgi ve kabiliyetlerinin tespit edilmesi de gerekmez³⁸⁰. Bu kapsamda,

³⁷⁸ Eren, 2017, s. 1105; Tandoğan, Mesuliyet, s. 445.

³⁷⁹ Şenocak, s. 41; Tandoğan, Mesuliyet, s. 446.

³⁸⁰ Eren, 2017, s. 1105; Gündoğdu, s. 244; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 561; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 308; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 81.

borçlunun göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi büyük ölçüde edimin gereklerine, yani borçlunun yüklenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine göre belirleneceği için görülen işin tehlikeliliği ve zorluğu da göz önünde bulundurulur. Şöyle ki, edime bağlı olan zarar riski ne kadar fazlaysa, gösterilecek özenin derecesi de o oranda yüksek olacaktır³⁸¹.

Nitekim, uygulamada borçlunun borca aykırı davranışının kusur teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde edimin gereklerinden hareket edilmesi özellikle borçlunun borcun ifasının gerektirdiği mesleki bilgi ve kabiliyete sahip olmadığı durumlarda önem arz eder. Bu kapsamda, borcun ifasının gerektirdiği mesleki bilgi ve kabiliyete sahip olmadığı hâlde bu tür bir borcu yerine getirmeyi taahhüt eden bir borçluya, borcun ifası için gerekli mesleki bilgi ve kabiliyete sahip olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmaz; bu durumda borçlu, kendi mesleki bilgi ve kabiliyetini aşan bir yükümlülüğün yerine getirilmesini üstlenmesi dolayısıyla kusurlu kabul edilir. Doktrinde borçlunun bu kusuru üstlenme kusuru olarak adlandırılmakta olup; böyle bir durumda borçlunun üstlendiği borcun ifası için gerekli mesleki bilgi ve kabiliyete sahip kişilere başvurması gerekmektedir.

Nitekim, uygulamada borç ilişkisi çerçevesinde üstlenilen yükümlülüklerin çoğunun ifası, kısmen veya tamamen söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından gerekli ehliyete, mesleki bilgi ve beceriye sahip yardımcı kişilere bırakılmaktadır. Sözgelimi, tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında hastaya karşı tedavinin gerçekleştirilmesi borcunu üstlenen hastane tüzel kişiliği ve organları, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından gerekli muayene ve operasyonların gerçekleştirilmesi için ilgili teknik bilgi ve beceriye sahip doktorlara başvurmakta; bir yükleniciyle yapılan inşaat sözleşmesinde, söz konusu eserin tamamlanması için gerekli bilgi ve teknik donanıma bizzat sahip olmayan yüklenici, inşaatın tamamlanmasına ve eserin teslimine kadar pek çok vasıflı işçiye ve alt yükleniciye başvurmaktadır.

³⁸¹ Karaca, s. 54; Korur, s. 47 vd.; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 425; Şenocak, s. 212.

Tüm bu hâllerde, teknik bilgi ve beceriyi gerektiren borcun ifasında gösterilecek özenin derecesi, borçlunun kullandığı yardımcı kişinin fiilen sahip olduğu bilgi ve kapasitesine göre değil, borçlunun bizzat üstlenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine göre belirlenecek ve bu kapsamda borçlu, yardımcı kişinin borcun ifasına ilişkin davranışının, bu davranışta kendisinin bulunması hâlinde olduğu gibi, yukarıda belirtildiği şekilde belirlenen özen derecesine ulaşmaması dolayısıyla sorumlu olacaktır³⁸². Örneğin, borçlunun bir binanın asansör sisteminin kurulması borcunu üstlendiği bir olayda borçlunun yanında çalışan teknik elemanın alması gereken bir tedbiri gereği gibi almaması hâlinde, yardımcı kişinin önlemin gereği gibi alınmamış olmasında kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, bu kişinin ihmalinin tehlikeliliğini öngörebilecek derecede bir uzmanlığa fiilen sahip olup olmadığı önemli değildir. Borçlu alacaklıya karşı asansör sisteminin kurulması işlerinde gereği gibi tecrübe ve uzmanlığa sahip olan bir kişinin göstermesi gereken özen için sorumluluk üstlendiğinden, yardımcı kişinin borcun ifasına ilişkin davranışının, bu davranışta kendisinin bulunması hâlinde geçerli olan özene ulaşmamasından dolayı da bizzat sorumlu olacaktır.

Öte yandan, borçlunun borca aykırı davranışının onun açısından kusur teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde borçlunun kişisel özelliklerinden değil, edimin gereklerinden hareket edilmesinin bir diğer önemli sonucu ise ayırt etme gücünden yoksun borçlular bakımından ortaya çıkacaktır. Zira yardımcı kişi kullanan borçlu ayırt etme gücünden yoksun dahi olsa, yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan TBK m. 116 gereğince sorumluluk altına girebilecektir³⁸³. Nitekim, ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin böyle bir durumda TMK m. 466 ve 467 hükümlerine dayanarak vasisine rücu hakkının saklı olması itibarıyla, çoğu durumda zarar ayırt etme gücünden yoksun borçlu üzerinde kalmayacağından bu durum hakkaniyete aykırı olarak da nitelendirilemeyecektir.

³⁸² Şenocak, s. 213 - 214.

³⁸³ Helvacı, Temyiz Kudretinden Yoksunluk, s. 164.

İşbölümü içerisinde gerçekleştirilen edimlerde borçlu, her bir işi yerine getiren yardımcı kişinin davranışları bakımından, o işin kapsam ve niteliğine göre belirlenecek olan ve alacaklının o iş bakımından dürüstlük kuralına göre beklemekte haklı olduğu özenden dolayı sorumludur. Örneğin, bir hastanede gerçekleştirilecek ameliyat sırasında operasyonu gerçekleştirecek olan operatör doktorun göstermesi gereken özenin derecesi farklı, ameliyat sırasında hastaya narkoz uygulayacak olan anesteziistin veya ameliyata yardımcı olan hemşirenin göstermesi gereken özen farklıdır³⁸⁴.

Borçlanılan edimin şahsi nitelik taşması hâlinde ise, borçlunun gösterilmemesinden sorumlu olduğu özen derecesinin tespitinde, edimin gerekleri ve borçlunun mensubu olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki objektif bir borçlunun göstereceği özenin yanı sıra borçlunun özel olarak sahip olduğu ve alacaklı tarafından bilinen bilgi, nitelik ve yetenek gibi subjektif özellikleri de dikkate alınır³⁸⁵. Bunun yanı sıra, alacaklıya karşı borcun ifasında belirli bir kişinin kullanılacağına taahhüt edilmesi hâlinde, doktrinde haklı olarak söz konusu yardımcı kişinin alacaklı tarafından bilinen bilgi, nitelik ve ehliyetinin de, borçlunun yerine getirilmesinden sorumlu olduğu özen derecesinin tespitinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Gerçekten de, borcun belirli bir yardımcı kişiye ifa ettirileceğinin veya bu kişinin borcun ifasına katılacağına taahhüt edilmesi hâlinde, borçlu, yardımcı kişinin borcun ifasının gerektirdiği sınırı aşan şahsi bilgi ve becerisini kullanarak borcu ifa edeceğine dair alacaklı nezdinde korunmaya değer bir inanç oluşturmaktadır³⁸⁶.

Bununla birlikte, kanunda borçlunun sorumluluğu için kusurun belli bir ağırlığının arandığı hâllerde, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk bakımından da borçlu aynı ağırlıktaki farazî kusurundan dolayı sorumlu olur. Sözgelimi, TBK'nın 294'üncü maddesi gereği, bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan ancak bu zarara ağır kusuruyla sebep olması hâlinde sorumlu olduğuna göre,

³⁸⁴ Şenocak, s. 217.

³⁸⁵ Korur, s. 47; Şenocak, s. 217.

³⁸⁶ Korur, s. 51; Şenocak, s. 217 - 218.

bağışlayana, yardımcı kişinin hafif ihmali nedeniyle bağışlamadan dolayı zarara uğraması sebebiyle sorumluluk yüklenemez³⁸⁷.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir husus da, yardımcı kişinin ayırt etme gücünden yoksun olması hâlinin borçlunun sorumluluğuna olan etkisinin ne şekilde olacağıdır. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, yardımcı kişi ayırt etme gücünden yoksun olsa dahi, borçlu, yardımcı kişinin sebep olduğu borca aykırılıktan sorumlu olmalıdır. Zira, yardımcı kişinin ayırt etme gücü bulunmadığı için kusuru bulunmasa dahi, onun fiili, ayırt etme gücüne sahip borçlu için kusurlu sayılabilir. Bu durumda borçlunun, yükümlülüklerini yerine getirmesi için başvurduğu yardımcı kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığını iddia ederek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır³⁸⁸. Kaldı ki, yardımcı kişinin, kendisine bir borcun ifası için başvurulduğu anda ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda, borçlunun borcun ifası için böyle bir kişiye başvurmuş olması çoğu durumda başlı başına borçlunun kendi kusurundan dolayı TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunu doğuracaktır. Bununla birlikte, bize göre, borçlunun borcun ifası için ayırt etme gücünden yoksun bir kişiye başvurması yalnız başına onun TBK m. 112 uyarınca sorumluluğuna yol açmayacak dahi olsa, borçlunun farazi kusuru bulunması koşulundan yola çıkılarak yardımcı kişinin şahsına bağlı rizikoların alacaklıya değil, borçluya yüklenmesi hakkaniyet açısından daha uygun olacaktır.

³⁸⁷ Şenocak, s. 219; Tandoğan, Mesuliyet, s. 446.

³⁸⁸ Eren, 2017, s. 1105; Feyzioğlu, s. 204; Şenocak, s. 218 - 219; Tandoğan, Mesuliyet, s. 445; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 324.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN HUKUKİ SONUÇLARI

4.1. BORÇLUNUN TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

4.1.1. Genel Olarak

Tazminat yükümlülüğü, borçlunun kendi davranışları veya sorumlu olduğu başka kişilerin davranışları nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zararları tamamen veya kısmen giderme yükümlülüğüdür. Bu tanımdan yola çıkılarak öncelikle belirtmek gerekir ki, alacaklının, TBK m. 116'ya dayalı olarak borçludan tazminat isteyebilmesi, onun yardımcı kişinin borcun ifa edilmesine veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yönelik fiillerinden bir zarar görmüş olmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, alacaklı, yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılması sebebiyle bir zarara uğramamışsa, borçlu tazminat ödemekle yükümlü değildir³⁸⁹.

TBK m. 116 gereğince, borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı alacaklının uğradığı zarardan, zarara kendi sebebiyet vermişçesine sorumludur. Dolayısıyla, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarar nedeniyle ödenecek tazminatın kapsamı saptanırken, borçlu tarafından bizzat sebebiyet verilen zararların tazmininde başvurulanan TBK m. 114 hükmü esas alınmalıdır³⁹⁰. Bu maddeye göre, "*Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil*

³⁸⁹ Aral, s. 156; Erdoğan, s. 161; Eren, 2017, s. 1074; Yalman, s. 84 – 85; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 313.

³⁹⁰ Eren, 2017, s. 1106; Karaca, s. 55; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 678; Reisoğlu, Safa, s. 361. Tazminatın kapsamının belirlenmesi konusunda daha ayrıntılı açıklama için bkz: Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 297 vd.

sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır."

Yardımcı kişilerin fiilleri dolayısıyla meydana gelen zararın ve bu zarar dolayısıyla borçlunun ödemekle yükümlü olduğu tazminatın kapsamının belirlenmesi bakımından TBK m. 114 f. 2 gereği haksız fiillere dair esaslar (TBK m. 51 vd.) kıyasen uygulanır. Bu kapsamda, öncelikli olarak TBK m. 114 f. 2 ile yapılan yollama gereğince TBK m. 50 gereğince meydana gelen zarar belirlenecek, sonrasında ise TBK m. 51 ve devamında yer alan hükümler çerçevesinde zarar görenin ortak kusuru gibi tazminatın kapsamını etkileyen diğer hususlar tazminatın belirlenmesi aşamasında dikkate alınacaktır³⁹¹.

Bununla birlikte, TBK m. 51'de tazminatın şeklini belirleme yetkisi hâkime verilmiştir. Alacaklının zararı genellikle bir miktar para ile tazmin edilmekteyse de, hakim duruma göre başka bir şekilde tazmin edilmesine de karar verebilir³⁹². Bu kapsamda hâkim yapma borçları bakımından alacaklının zararının para ile tazmin edilmesi yerine, aynen tazmine karar verebileceği gibi, TBK m. 113 f. 1 gereği alacaklı da masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir³⁹³. Bununla birlikte, alacaklı yapmama borçları bakımından ise TBK m. 113 f. 2 ve 3 gereğince para ile tazmin yerine borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafı borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını talep edebilir³⁹⁴.

³⁹¹ Ataay, s. 112; Topuz, s. 235.

³⁹² Ataay, s. 103; Karaca, s. 55; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 312; Oğuzman / Öz, Cilt – 1; s. 428; Reisoğlu, Safa, s. 361; Saymen / Elbir, s.710; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 392; Topuz, s. 256.

³⁹³ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 664; Oğuzman / Öz, Cilt – 1; s. 429 vd.; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 187 – 188; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 313.

³⁹⁴ Karaca, s. 56; Oğuzman / Öz, Cilt – 1; s. 431 – 432; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 188.

4.1.2. Tazminatın Kapsamının Belirlenmesi

4.1.2.1. Meydana Gelen Zararın Hesaplanması

Borçlunun sorumlu olduğu tazminat yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi için öncelikli olarak alacaklının yardımcı kişinin fiilleri dolayısıyla uğradığı zarar miktarının tespit edilmesi gerekir³⁹⁵. Zira, kural olarak ödenecek tazminatın üst sınırını uğranılan zarar miktarı oluşturduğu için zarar miktarını aşan bir tazminata hükmedilmez³⁹⁶.

Borçlu, borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını kısmen dahi olsa bıraktığı yardımcı kişinin borç ilişkisine aykırı davranışı ile illiyet bağı içerisinde olduğu müddetçe karşı tarafa verdiği her türlü zararı tazminle yükümlüdür. Bu kapsamda, meydana gelen zarar açısından menfi - müsbet zarar, doğrudan – dolaylı zarar veya fiili zarar – yoksun kalınan kâr ayrımı yapılmaz³⁹⁷.

TBK m. 116'ya dayalı olarak uğradığı zararın tazminini talep eden alacaklı, yardımcı kişinin borcun ifası veya hakkın kullanılmasına yönelik fiilleri vesilesiyle zarara uğradığını ve maddi bir zarara uğraması hâlinde, zararının miktarını ispat etmekle yükümlüdür³⁹⁸. Zararın gerçek miktarının ispat

³⁹⁵ Borçlunun borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını kısmen dahi olsa bıraktığı yardımcı kişilerin fiilleri dolayısıyla meydana gelen zararın hesaplanması çalışmamızın konusu bakımından ayrıntılı incelemeyi gerektirecek bir özellik taşımadığı için sınırlı olarak ele alınmış ve özellikle doktrinde zararın hesaplanması amacıyla ileri sürülen yöntemlere değinilmeksizin konuya ilişkin olarak borçlunun kendi davranışlarıyla sebep olduğu zararın hesaplanmasına ilişkin literatüre atıf yapmakla yetinilmiştir.

³⁹⁶ Aral, s. 186; Eren, 2017, s. 1091; İnal, s. 432; İnan / Yücel, s. 610; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 306; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 428; Reisoğlu, Safa, s. 361; Tandoğan, Mesuliyet, s. 430; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 393; Topuz, s. 207.

³⁹⁷ Eren, 2017, s. 1105 – 1106; Karaca, s. 55; Sanlı, s. 505.

³⁹⁸ Eren, 2017, s. 1090; İnal, s. 431; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 298; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 668; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 393; Reisoğlu, Safa, s. 356; Topuz, s. 207; Tuncomağ, s. 457. Sanlı'nın haklı olarak ifade ettiği üzere, zararın kendi malvarlığında veya şahıs varlığında gerçekleşmiş olması bakımından, malvarlığındaki eksilmenin varlığını ve kapsamını en iyi şekilde bilebilecek olan tarafın alacaklı olduğu göz önüne alındığında zararın ispat yükünün alacaklı üzerinde olması da son derece tabiidir. Sanlı, s. 504.

edilmesinin mümkün olmaması veya kanıt gösterilmesinin çok güç olacağını anlaşılması hâlinde, TBK m. 114 f. 2 ile yapılan yollama gereğince sözleşmesel sorumluluk bakımından kıyasen uygulanacak olan TBK'nın 50'nci maddesine göre, hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler³⁹⁹.

Maddi zararın kapsamı belirlenirken zarara uğrayan malın satış bedeli değil, eski hâlin yeniden tesisi için gerekli olan para göz önüne alınır ve zarara uğrayan mal ancak bütünüyle değer arz eden bir malın parçasıysa sadece zarara uğrayan parçanın değeri değil malın bütünüdürün değeri esas alınır⁴⁰⁰. Örneğin, el işi bir satranç takımının taşlarının kaybolması hâlinde, taşların değil, satranç takımının tamamının teslim alınması için gerekli olan para tazminat miktarına esas alınır.

Zarar miktarı belirlenirken, yardımcı kişinin fiilinden zarar gören kişinin bu fiil sonucu bir yarar sağlayıp sağlamadığı da esas alınır. Alacaklının yardımcı kişinin fiili sebebiyle sağlamış olduğu yararların zararın denkleştirilmesi ilkesine göre zarar miktarından indirilmesi gerekir⁴⁰¹. Bununla birlikte, sağlanan faydaların zarardan indirilmesi için yarar ve zararı doğuran olay arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Buna göre, ancak genel yaşam tecrübelerine göre zararı doğuran olayın uygun sonucu olarak ortaya çıkan faydalar zarardan indirilebilecektir⁴⁰².

Borçlu, alacaklının malvarlığında meydana gelen irade dışı ve iktisadi bir kıymeti olan para ile ölçülebilen eksilme olarak ifade edilebilecek olan maddi zararın yanı

³⁹⁹ Ataay, s. 103; Eren, 2017, s. 1090; İnal, s. 434; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 298; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 393; Reisoğlu, Safa, s. 356; Topuz, s. 207; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 315.

⁴⁰⁰ Reisoğlu, Safa, s. 216.

⁴⁰¹ Ataay, s. 115; Eren, 2017, s. 1091; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 304; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 402; Reisoğlu, Safa, s. 216; Tandoğan, Mesuliyet, s. 267; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 871 – 872; Topuz, s. 275.

⁴⁰² Eren, 2017, s. 1091; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 304; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 55; Tandoğan, Mesuliyet, s. 268 – 269; Topuz, s. 284.

sıra yardımcı kişinin fiillerinden dolayı alacaklının kişilik hakkının⁴⁰³ ihlal edilmesi hâlinde ortaya çıkabilecek olan manevi zararı da tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁰⁴. TBK m. 116 hükmünde manevi zararın tazmini bakımından istisnai bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğu göz önüne alınacak olursa, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı ortaya çıkan zararlardan kendisi sebep olmuş gibi sorumlu olan borçlu, yardımcı kişinin borca aykırı davranışı nedeniyle kişilik hakkı ihlâl edilen alacaklının uğradığı manevi zarardan da sorumlu tutulabilecektir. Zira, TBK m. 114 f. 2’de haksız fiil hükümlerine yapılan atfı gereğince, borçlu, yardımcı kişinin fiilleri sebebiyle alacaklının kişilik haklarının tecavüze uğraması durumunda da, TBK’nın "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" ayrımında yer alan TBK’nın 56’ncı ve TBK’nın 58’inci maddelerinde öngörülen şartlar gerçekleştiği takdirde, alacaklıya manevi tazminat ödemekle yükümlü olur⁴⁰⁵.

4.1.2.2. Tazminatın Kapsamını Etkileyen Diğer Unsurlar

Borçlu her durumda meydana gelen zararın tamamından sorumlu tutulmayabilir. Tazminat tutarının belirlenmesi için zarar miktarı hesaplandıktan sonra somut olay gereğince bu miktar üzerinden bazı indirimler yapılması gerekebilir. Bu kapsamda, borçlunun meydana gelen zararın tamamından sorumlu olup olmadığının belirlenmesi için, sorumluluğu hafifleten veya kuvvetlendiren hâl ve şartların somut olayda var olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Kişilik hakkı, kişinin yaşamı, beden bütünlüğü, sağlığı, şeref ve haysiyeti, adı, resmi, özel hayatı, sırları gibi kişiliğe bağlı değerlerinin tümünün korunmasını talep etme hakkı olarak tanımlanabilir. Ayrıca, doktrinde kişilik hakkını ifade etmek üzere ileri sürülen çeşitli tanımlar için bkz: Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Ondördüncü Bası, İstanbul 2016, s. 40; Dural / Ögüz, s. 99; M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medenî Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 160.

⁴⁰⁴ Ayan, s. 404; Genç – Arıdemir, s. 262; Karaca, s. 55; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 668; Nomer, s. 319; Reisoğlu, Safa, s. 356; Tandoğan, Mesuliyet, s. 424; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 857; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 313.

⁴⁰⁵ Reisoğlu, Safa, s. 356; Şenocak, s. 223.

⁴⁰⁶ Aral, s. 187; Ataay, s. 111 vd.; İnan / Yücel, s. 610; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 307; Oğuzman / Öz, Cilt – 1; s. 428; Tandoğan, Mesuliyet, s. 261; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 870 vd.; Topuz, s. 236.

TBK m. 114 f. 2 ile yapılan yollama gereğince, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyasen uygulanacağı için tazminat tutarı TBK m. 51 ve devamında yer alan maddelere göre belirlenir.

Tazminat miktarı belirlenirken, durumun gereği ve özellikle zarar verenin kusurunun ağırlığı ile zarar görenin zararın doğumuna ya da artmasına sebebiyet vermesi şeklindeki ortak kusurlu davranışlarını göz önünde bulundurulur⁴⁰⁷. Bu kapsamda, hâkim, durumu ve kusurun ağırlığını göz önüne alarak somut olayda zarardan daha az miktarda tazminata hükmedebileceği gibi, normal şartlarda tazminattan indirim yapılmasına yol açabilecek bir sebebin varlığına rağmen somut olayda tazminattan indirim yapmaktan kaçınabilir ve hatta ortak kusurun yoğunluğuna bağlı olarak TBK m. 52 f. 1 gereği tazminata hükmetmeyebilir⁴⁰⁸. Öte yandan, uygulaması son derece sınırlı da olsa, borca aykırı davranışın hafif ihmale dayanmakta olup, zararın tazmininin borçluyu zor duruma düşüreceği bazı durumlarda, hâkim takdir yetkisini kullanarak haksız fiillerde olduğu gibi TBK m. 52 f. 2 gereğince tazminatta indirim yapabilecektir⁴⁰⁹.

4.1.2.2.1. Borçlunun Farazi Kusurunun Ağırlık Derecesi

TBK m. 51 f. 1 hükmü hafif kusur hâlinde, hâkime tazminatın miktarını azaltma imkânını tanımıştır. Bununla birlikte, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğunda, ilgili bölümde ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, zarar veren yardımcı kişinin veya borçlunun gerçek kusurunun bulunması sorumluluğun tesisi bakımından şart olmadığı için⁴¹⁰, ne zarar verenin ne de yardımcı kişinin kusurunun hafifliği tazminattan indirim sebebidir. Bu kapsamda, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda tazminattan indirim sebebi olarak hafif kusurun varlığının tespitinde de, borçlunun farazi kusuru esas alınır. Buna göre, borçlunun yardımcı kişinin davranışında bulunmuş olması hâlinde,

⁴⁰⁷ Ataay, s. 113; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 673.

⁴⁰⁸ Eren, 2017, s. 1092; Reisoğlu, Safa, s. 361.

⁴⁰⁹ Ataay, s. 113; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 673.

⁴¹⁰ Bu konuda detaylı açıklama için bkz: s. 123 vd.

yardımcı kişinin somut olaydaki davranış tarzının onun için de sadece hafif kusur teşkil edeceği söylenebiliyorsa, bu şekilde tespit edilecek olan hafif farazi kusur tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilir⁴¹¹. Zira, borçlunun, alacaklının bizzat kendisinden beklemeye hakkı olduğu özen derecesiyle yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olması prensibi burada da korunmaktadır⁴¹².

Buna karşın, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda, yardımcı kişinin alacaklıya zarar veren davranışına ek olarak, alacaklının zarara uğraması bakımından borçlunun fiili kusurunun bulunması tazminatın belirlenmesinde sorumluluğu kuvvetlendiren bir hâl olarak dikkate alınabilir. Türk hukukunda tazminatın kural olarak zarar ile sınırlı olması gerektiği kabul edilse de, zarar görenin sorumluluğunu kuvvetlendiren bir hâl olarak borçlunun kusurlu davranışı tazminatın belirlenmesinde rol oynayan bir tazminattan indirim sebebinin tamamen veya kısmen uygulanmamasına yol açarak zarar verenin sorumluluğunu ağırlaştırabilir⁴¹³.

4.1.2.2.2. Zararın Doğmasında veya Artmasında Zarar Görene İsnat Edilebilecek Olan Davranışların Varlığı

4.1.2.2.2.1. Zarar Görenin Kendisinin Zararın Doğmasında veya Artmasında Etkili Olan Davranışlarda Bulunması

Zarar gören alacaklının, somut olayda gerçekleşen zararın meydana gelmesinde veya artmasında uygun sebep teşkil eden kusurlu davranışı, TBK'nın 52'nci maddesi anlamında tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir ve hatta tazminatın tamamen kaldırılmasına yol açabilir⁴¹⁴.

⁴¹¹ Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 220.

⁴¹² Şenocak, s. 225 - 226.

⁴¹³ Şenocak, s. 234.

⁴¹⁴ Ataay, s. 113; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 671; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 220; Karaca, s. 55; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 279; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 871; Topuz, s. 241 -242. Bu hususta, YHGK'nın 1971 yılında vermiş olduğu emsal niteliğindeki kararında yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: "Borçlar Kanununun 98 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne

Zarar görenin, zarar görmekten kaçınma veya zararı azaltma ödevi, hukuki niteliği itibariyle, bir borç değil, bir külfettir ve bu külfetin hukuki temeli, TMK. m. 2 f. 1 hükmüne dayanmaktadır. Zarar görenin, zararı azaltacak veya artmasını önleyecek makul tedbirleri almamak suretiyle kendi davranışıyla artışına sebep olduğu zarar kısmının da tümüyle zarar veren tarafından tazmin edilmesini istemesi, dürüstlük kuralına aykırıdır. Zarar görenin, zararın meydana gelmesine veya artmasına yol açacak davranışlardan kaçınması bir külfet olduğundan dolayı, bu külfetin ihlali zarar görenin hukuki sorumluluğuna yol açmasa da, zarar görenin elde edeceği tazminatı azaltarak onu hukuken dezavantajlı bir konuma sokar ve hatta zarar görenin kusurunun çok ağır olduğu durumlarda bu sebeple hiç tazminata hükmedilmeyebilir⁴¹⁵.

Zarar görenin kusuru failin fiili ile artan zarar kısmı arasındaki nedensellik bağıni kesecek kadar ağırsa, bu kaçınılabılır zarar kısmına zarar gören tek başına katlanması gerekir⁴¹⁶. Buna karşın zarar görenin kusuru illiyet bağıni kesecek kadar ağır değilse, külfetin ihlali, tazminatın belirlenmesi aşamasında tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır⁴¹⁷. Örneğin, parkelerin yenilenmesi işini üstlenen bir yüklenicinin mevcut yer döşemesini sökme işini bıraktığı çırağı tarafından, işin görülmesi sırasında birkaç su borusunun patlatılması hâlinde, iş sahibinden, evi su basmasını ve eşyaların zarar görmesini engellemek üzere boruları en kısa zamanda tamir ettirmesi beklenir. İş sahibinin su borularını tamir ettirmeyi ihmal etmesi ve zararın artmasına sebep olması hâlinde, zarar görenin kusurlu davranışı sebebiyle hakkaniyet gerektiriyorsa tazminattan indirim yapılabilir.

göre haksız eylemlerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen akde aykırı davranışlarda da uygulanacağından aynı kanunun, zarar görenin eyleminin zararın meydana gelmesine ve artmasına sebep olduğu takdirde hâkimin tazminat miktarını indirebileceğine ilişkin 44 üncü maddesi hükmünün gözönünde tutulması lâzımdır.” YHGK, T. 8.5.1971, E. 1971/4811 K. 1971/294. Bkz: Olgaç, s. 481.

⁴¹⁵ L. Müjde Kurt, Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti, AÜHFD, 64 (3) 2015, s. 775 - 814, s. 778 - 779; Topuz, s. 242.

⁴¹⁶ Ataay, s. 114; Topuz, s. 250.

⁴¹⁷ Ataay, s. 114; Kurt, s. 800 vd.

Alacaklının davranışının tazminattan indirim sebebi olduğunun kabul edilmesi için, öncelikle bu davranışın, gerçekleşen zararın ortaya çıkmasının veya artmasının uygun sebebini oluşturması, bir başka ifadeyle zarar görenin kusurlu davranışı ile artan veya azalabileceği hâlde azalmayan, yani kaçınılabılır zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir⁴¹⁸. Örneğin, özel hastanede çalışan bir doktorun yanlış tedavisi sonucu zarar gören bir hastanın meydana gelen zararın azaltılması adına yapılması gereken bir tedaviyi yaptırmaması veya pek risk taşımayan bir ameliyata rıza göstermeyerek zararı artırması durumunda, onun ameliyata rıza göstermemesi, somut olayda gerçekleşen zararın artmasının uygun sebebini oluşturur.

Doktrinde zarar görenin zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olan davranışları, zarar görenin kusuru olarak adlandırılmakta ancak zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu tartışmanın kaynağı temelde kusur kavramına farklı anlamlar verilmesinden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, zararın ortaya çıkmasına veya artmasına sebep olacak davranışlardan kaçınma külfetine aykırı davranarak kendi zararını artıran kişinin davranışı hukuka aykırı bir davranış değildir. Zira, kişinin kendisine zarar vermesi, kural olarak bir başkasına zarar vermesinden farklı olarak hukuk düzeni tarafından yasaklanmamıştır⁴¹⁹.

Bu kapsamda, kusurlu davranışın hukuka aykırı olmasının şart olmadığını kabul eden bir görüşe göre⁴²⁰, zarar görenin zararın doğmaması veya artmaması için kendisinden göstermesi beklenebilecek özeni göstermemiş olması, onun davranışının kusurlu kabul edilmesi için yeterlidir. Buna karşılık, hukuka aykırı olmayan bir davranışın kusurlu olamayacağını kabul eden görüşe göre ise⁴²¹, bir kimsenin kendisine zarar vermesi, hukuka aykırı olmadığı için zarar görenin

⁴¹⁸Kurt, s. 800 vd.; Şenocak, s. 227 - 228; Topuz, s. 244, dn. 118.

⁴¹⁹ Kurt, s. 796 - 797.

⁴²⁰ Kurt, s. 797.

⁴²¹ Eren, 2017, s. 1083; Şenocak, s. 228 - 229; Topuz, s. 249.

kendisine zarar vermesi teknik anlamda kusurlu sayılamaz. Bu kapsamda, kusurun tespitine ilişkin ilkeler zarar görenin davranışının kusurlu olup olmadığı tespit edilirken kıyasen uygulama alanı bulur. Bununla birlikte, zarar görenin kusurunun tespitine ilişkin ilkeler, bu kusuru teknik anlamda kusur olarak kabul eden görüşe göre doğrudan; teknik anlamda kusur olarak kabul etmeyen görüşe göre ise kıyasen uygulanmakta olduğundan konumuzla ilgili olarak bu tartışmanın pratik bir önemi yoktur.

Zarar görenin, zararın ortaya çıkmasında veya artmasında uygun sebep teşkil eden davranışı kasıt ve ihmâl olmak üzere iki biçimde ortaya çıkabilir. Zarar gören, zararı azaltabilecek tedbiri zararın artmasını istediği için almıyorsa veya zararı artırmak için çaba gösteriyorsa zararın ortaya çıkmasında veya artmasında kastla hareket ediyor demektir. Buna karşılık, zarar gören, zararı arttırmak veya azalmasını önlemek bakımından kastla hareket etmese de, durumun gerektirdiği özen ve dikkati göstermediği takdirde, onun ihmalle zararın artmasına sebep olduğu kabul edilir⁴²². İhmâl ise, ağır ihmâl ve hafif ihmâl olarak iki çeşittir. Hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken, böyle bir fiili işleyen kişinin şartlarına sahip olan herkesin göstereceği özen ve dikkatin gösterilmemesi durumunda ağır ihmâlden; böyle bir fiili işleyen herkesin olmasa da, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği özenin gösterilmemesi hâlinde ise hafif ihmâlden söz edilir⁴²³.

Bununla birlikte, hukuk düzeninin kişiden beklediği özenli davranışın tespitinde failin subjektif özelliklerinin dikkate alınıp alınmayacağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Objektifleştirilmiş kusur kavramını esas alan yazarlara⁴²⁴ göre, zarar görenin davranışının kusurlu olup olmadığı, zarar görenin bulunduğu yer ve zamanda, onunla yaş, meslek, cinsiyet, fizik bakımından aynı

⁴²² Kurt, s. 798, M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2 Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2016, s. 302; Tunçomağ, s. 56 vd.

⁴²³ M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2 Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2016, s. 302; Tunçomağ, s. 56 vd.

⁴²⁴ Eren, 2017, s. 1085; Kurt, s. 799 - 800; Şenocak, s. 228, Tandoğan, Mesuliyet, s. 50 vd.

şartlar altında bulunan makul bir insanın sergileyeceği davranış esas alınarak belirlenmeli, fakat onun subjektif özellikler dikkate alınmamalıdır. Bu kapsamda zarar görenin normal şartlarda kendi menfaatlerini korumak için sakınması gereken bir eylemde bulunması; bir başka ifadeyle, makul bir insanın aynı şartlar altında kendi menfaati gereği bir tazminat beklentisi olmadığı takdirde alacağı tedbirleri almaması hâlinde, zarar görenin bu davranışının kusurlu olduğu kabul edilir⁴²⁵. Buna karşılık, Oğuzman'ın da savunduğu diğer bir görüş ise, kusurun bu şekilde objektifleştirilmesinin kusur kavramı ile bağdaşmadığını savunmakta ve objektifleştirilmiş kusur görüşünü kusur olmaksızın kusura dayanan sorumluluğun açıklamaya çalıştığı gerekçesiyle eleştirmektedir⁴²⁶.

Nihayet belirtmek gerekir ki, ayırt etme gücü bulunmayan zarar görenin zararı artıran davranışları, ona kusur olarak isnat edilemeyecek dahi olsa bu durumda hâkim, hakkaniyet gerektiriyorsa, TBK m. 65 hükmüne kıyasen, tazminattan indirim yapabilir⁴²⁷. Bununla birlikte, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden zarar gören ayırt etme gücünün geçici kaybında kendisinin kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, onun kusurlu davranışı tazminattan indirim yapılmasına yol açabilecektir⁴²⁸. Öte yandan, zarar gören tüzel kişi ise organlarının kusurlu davranışları zarar görene kendi kusuru olarak kabul edilebilir⁴²⁹.

⁴²⁵ Şenocak, s. 228.

⁴²⁶ Oğuzman / Öz, Cilt – 2, s. 60.

⁴²⁷ Ataay, s. 115; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 222; Kurt, s. 807; Şenocak, s. 228 - 229; Tandoğan, Mesuliyet, s. 325. Doktrinde ileri sürülen bu görüş Yargıtay tarafından da benimsenmiş olup, bu hususta Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 11.03.1981 tarihli kararında yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: “Özetle belirtmek gerekirse temyiz gücünden yoksun olan kimse, bu güce sahip olsaydı, kendi kusuru sayılacak bir harekette bulunmuş ise, BK. 54/I kıyas yolu ile uygulanır ve hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminattan indirim yapılır. (Eren age, 198 vd. 206), (Tandoğan, age., 325), (V. Tuhr, Borçlar Hukuku, Cevad Edege Çevirisi, sh. 104)” Yargıtay 4. HD, T. 11.03.1981, E. 1981/1247 K. 1981/3013 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 02.05.2017).

⁴²⁸ Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 222; Tandoğan, Mesuliyet, s. 325.

⁴²⁹ Tandoğan, Mesuliyet, s. 325.

4.1.2.2.2 Zarar Görenin Yardımcısının Zararın Doğmasında ve Artmasında Etkili Olan Davranışlarda Bulunması

Zarar görenin çalıştırdığı yardımcı kişilerin zararın doğması ve artmasına yol açacak davranışlarda bulunması durumunda da, TBK m. 116 gereği bu kişilerin davranışları zarar görene isnat edilebilir ve bu kapsamda TBK m. 52 çerçevesinde zarar verenin ödeyeceği tazminattan indirim yapılabilir^{430,431}.

Bu kapsamda, zarar gören alacaklının borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifasını bıraktığı ifa yardımcıları kendilerine bırakılan işin görülmesi sırasında kusurlu davrandıkları takdirde, bu davranış TBK m. 52 gereği borçlu aleyhine hükmedilecek tazminatın indirilmesine yol açabilir⁴³². Örneğin, bir yapı inşa sözleşmesi çerçevesinde, iş sahibi tarafından bir mimara hazırlatıldıktan sonra hazır olarak kendisine verilen yapı plan ve projelerine uygun olarak bir yapı inşa etme borcunu üstlenen bir yüklenicinin, mimar tarafından hazırlanan plan ve projelerin hatalı olması sebebiyle yapıyı ayıplı şekilde inşa etmesi hâlinde, mimar, iş sahibinin yapının inşası için gerekli plan ve projelerin hazır bulundurulması yükümlülüğü açısından yardımcı kişisi olduğu için mimarın kusurlu davranışı iş sahibi aleyhine tazminattan indirim sebebi oluşturur⁴³³.

⁴³⁰ Kurt, s. 807; Şenocak, s. 229.

⁴³¹ Zarar görenin ortak kusurunu tazminattan indirim sebebi olarak düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 254'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, borçlunun, yasal temsilcilerinin ve yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı sorumluluğunu düzenleyen 278'inci maddenin bu alanda uygulama alanı bulacağını açıkça düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) İngilizce tercümesi için lütfen bkz: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0759.

⁴³² Yardımcı kişinin davranışının TBK m. 116 gereği zarar gören aleyhine tazminattan indirim sebebi teşkil etmesi için, zarar gören alacaklı ile zarar veren borçlu arasında daha önceden kurulmuş bir borç ilişkisinin bulunması gerektiği açıktır. Zarar gören ve zarar veren arasında hâli hazırda kurulmuş böyle bir borç ilişkisi olmaması hâlinde, ancak yardımcı kişinin davranışı, bu kişi zarar görenin denetimi ve talimatı altında olduğu ve zarar görenin bu kişiye talimat vermede kusuru bulunmadığını ispat edemediği takdirde, TBK m. 66 kıyasen uygulanarak zarar görene isnat edilebilir.

⁴³³ Kaldı ki, TBK'nın 476'ncı maddesi gereği, iş sahibi, yüklenici tarafından plan ve projelerin hatalı olduğu hususunda açıkça uyarılmış olmasına karşın yapının bu plan ve projeler çerçevesinde inşasında ısrar ederse, bu durum, iş sahibinin yükleniciye karşı yapının ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamamasına sebep olabilir.

Bununla birlikte, ifa yardımcılarının yanı sıra, zarar gören alacaklının borç ilişkisinden doğan birtakım hakların kullanımını bıraktığı kullanma yardımcılarının hakkın kullanılması sırasındaki kusurlu davranışları da borçlu aleyhine hükmedilecek tazminatın indirilmesine yol açabilir⁴³⁴. Örneğin, haksız fiil sonucu aracı zarar gören kişinin işçisi aracın tamiri süresince zarar gören tarafından kullanılmak üzere zarar görenin aracına nazaran lüks bir araç kiralayarak zararı artırırsa, işçisinin bu kusurlu davranışı zarar görene izafe edilir.

Davranışları zararın meydana gelmesine veya artmasına sebep olduğu için tazminattan indirim yapılmasına sebep olabilecek olan yardımcı kişilerin çerçevesi, hakkaniyet gereği zarar görenden somut olayda beklenebilecek gereklere göre belirlenir. Bu kapsamda, yaralanan zarar görenin uygun tedavi için başvurduğu doktorun, aracı zarar gören kişinin aracın onarımı için başvurduğu yetkili teknik servisin veya kiralananda meydana gelen hasarın giderilmesi için başvurulmuş işçinin kusurlu davranışı ile zararı artırması, zarar görenin bu kişilerin seçiminde bir kusuru olmadığı sürece, zarar gören aleyhine tazminattan indirim yapılmasına sebebiyet vermez. Zira, belirtilen tüm örneklerde zarar gören alacaklının zararın artmasını önlemek konusunda külfeti bu konuda yetkin kişilere başvurulmasından ibarettir. Bu durumlarda, zarar gören, söz konusu kişilere zararın artmasını engellemek amacıyla, zarar veren borçlu hesabına başvurmakta olduğu için, bu kişiler, zarar gören alacaklının, davranışı tazminattan indirim yapılmasına sebep olacak yardımcı kişisi değildir. Kaldı ki, zarar gören, zararın artmasını engelleme külfetinin yerine getirilmesini kendi çalışanlarına bıraksa dahi durum böyledir. Zira, bu amaçla yapılan masrafları, söz gelimi çalışanların bu surette yaptıkları mesainin karşılığını ve onların faaliyetlerinin başarısızlığa uğramasının sonuçlarını uygun illiyet bağı içerisinde olduğu sürece taşıyacak olan taraf da zarar veren borçludur⁴³⁵.

⁴³⁴ Şenocak, s. 230.

⁴³⁵ Şenocak, s. 233.

4.1.2.2.3. Borçlunun Ekonomik Durumu

Borçlunun yardımcı kişinin davranışında bulunmuş olması hâlinde, yardımcı kişinin somut olaydaki davranış tarzının onun için hafif kusur teşkil edeceği söylenebiliyorsa ve zararın tazmini borçlunun yoksulluğa düşmesine sebep oluyorsa hâkim, TBK m. 52 f. 2 uyarınca hakkaniyet gereği tazminat miktarını azaltabilir.

4.1.2.2.4. Diğer Hâl ve Şartlar

Yukarıda belirtilenler dışında tazminatın kapsamı belirlenirken zarara sebebiyet veren yardımcı kişinin zarar gören alacaklının işçisi olması, görülen işte borçlunun menfaatinin çok az olması veya hiç olmaması⁴³⁶, üçüncü kişilerin veya dış faktörlerin zararın artmasında etkili olması⁴³⁷ gibi somut olay açısından önem arz eden diğer hâl ve şartlar da dikkate alınır⁴³⁸. Bununla birlikte, bu hâl ve şartlar borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu bakımından pek özellik göstermediğinden bu konuda daha fazla ayrıntıya girilmeksizin literatüre atıf yapmakla yetinilecektir.

4.1.3. Zamanaşımı

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğuna uygulanacak zamanaşımı süresinin TBK'da özel olarak düzenlenmemesi sebebiyle, zamanaşımı süresinin TBK m. 146 gereğince belirlenmesi gerekir. Buna göre, borçlunun TBK m. 116'dan doğan sorumluluğu kural olarak 10 yıllık zamanaşımına tabidir^{439,440}. Bununla birlikte, yardımcı kişinin ihlal ettiği borca

⁴³⁶ Aral, s. 187; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 279; Tandoğan, Mesuliyet, s. 418; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 189; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 316.

⁴³⁷ Topuz, s. 254.

⁴³⁸ Eren, 2017, s. 1092; İnan / Yücel, s. 475; Karaca, s. 55.

⁴³⁹ Ataay, s. 332, dn. 2; Mahmut Bilgen, Özel Hukukta Zamanaşımı, 2. Bası, Ankara 2010, s. 686; Bilgili / Demirkapı, s. 176; İnan, s. 495; Karaca, s. 56; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 568; Karan, s. 737; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 680; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 308; Oğuzman /

ilişkin olarak farklı bir zamanaşımı süresi öngörüldüğü takdirde, tazminat alacağı bakımından da o süre geçerlidir⁴⁴¹.

Bununla birlikte, sözleşmenin ihlâlinden doğan tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresinin başlangıcı hususunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu kapsamda ileri sürülen görüşler söz konusu tazminat alacağıнын sözleşmeden doğan borçtan bağımsız bir borç olarak kabul edilip edilmemesi noktasında farklılaşmaktadır⁴⁴².

Borca aykırılık hâlinde ileri sürülebilecek olan tazminat talebinin borcun ihlâlinden doğan yeni bir borç olduğunu kabul eden görüşe göre, zamanaşımı süresi borca aykırılığın gerçekleştiği tarihten işlemeye başlamaktadır⁴⁴³.

Bununla birlikte, borca aykırılık nedeniyle meydana gelen tazminat talebinin asıl edimin yerine geçtiğini ve onun devamından başka bir şey olmadığını kabul eden yazarlara⁴⁴⁴ göre, tazminat talebine ilişkin zamanaşımı kural olarak asli edime ilişkin ifa talebinin muaccel olduğu anda işlemeye başlayacaktır⁴⁴⁵.

Öz, Cilt – 1; s. 433; Reisoğlu, Safa, s. 368; Tuncomağ, s. 847. Nitekim, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin davalarda TBK m. 146 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği YİBK ile hüküm altına alınmıştır. Bkz: YİBK, T. 18.1.1939, E. 1938/14 K. 1939/27 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017) ve ayrıca 30.5.1940 tarihli ve 4522 sayılı Resmi Gazete. Ayrıca, bu hususta bkz: Bilgen, s. 686 – 687’de nakledilen Yargıtay 11. HD’nin 28.1.2008 tarihli, 2007/15099 E. ve 2008/707 K. sayılı kararı.

⁴⁴⁰ Bununla beraber, TBK m. 66’ye dayanılarak açılan davalar TBK m. 72 gereğince 2 ve 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Ataay, s. 332, dn. 2; Bilgen, s. 686; Bilgili / Demirkapı, s. 176; Eren, 2017, s. 642 – 643; İnan / Yücel, s. 617; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 680; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 308; Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk, s. 80; Tandoğan, Mesuliyet, s. 450.

⁴⁴¹ Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 44.

⁴⁴² Ergin Akçay, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Zamanaşımı, İstanbul 2010.

⁴⁴³ Oğuzman / Öz, Cilt – 1; s. 433; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 315.

⁴⁴⁴ Erdem, s. 163; Eren, 2017, s. 1311; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 214.

⁴⁴⁵ Erdem, s. 163 - 164; Eren, 2017, s. 1311; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 214. Buna karşın, bu görüşü savunan yazarlara göre, menfi zararın tazmini talebi, ifa talebinin devamı niteliği taşımamakta, bağımsız bir borç sayılmaktadır. Bu kapsamda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, temerrüde düşen borçlunun kendisine tanınan süreye rağmen borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklının seçimlik haklarından sözleşmeden dönmeyi kullanması hâlinde, menfi zarara ilişkin tazminat talebi bakımından zamanaşımı süresinin başlangıç anının dönülen alacağın muaccel olduğu an değil, sözleşmeden dönüldüğü an olduğu kabul edilmektedir. Bkz: Erdem, s. 164; Eren, 2017, s. 1312. Öte yandan, bu görüş taraftarları, yapmama borçlarının ihlâlinden kaynaklanan tazminat talepleri bakımından zamanaşımı süresinin, borca aykırı davranışın

4.2. BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN DOLAYI SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VEYA TAMAMEN KALDIRILMASI

4.2.1. Genel Olarak Sorumsuzluk Anlaşmaları

Tarafların sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan tazminat yükümlülüğü veya bunun haricinde esas borç ilişkisine dayanarak ileri sürebileceği diğer taleplerini sınırlandırma ya da tamamen ortadan kaldırma⁴⁴⁶ amacıyla önceden yapılan anlaşmalara⁴⁴⁷ sorumsuzluk anlaşması denilmektedir⁴⁴⁸.

Sorumluluk anlaşmasının, sorumsuzluk anlaşmasına konu zarar meydana gelmeden önce, asıl borç ilişkisini doğuran sözleşme ile birlikte veya asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeyi tamamlamak amacıyla ondan sonraki bir tarihte ayrı bir sözleşmeyle yapılması mümkündür⁴⁴⁹. Bununla birlikte, sorumsuzluk anlaşmasının zararın doğumundan önce veya en azından zarar görenin zararın meydana geldiğini öğrenmesinden önce yapılmış olması gerekir. Zira, zararın doğumundan sonra meydana gelen, zararın farkında olan tarafların yaptığı

gerçekleştiği andan itibaren başlayacağı hususunda karşıt görüşe katılmaktadırlar. Erdem, s. 164; Eren, 2017, s. 1312; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 214.

⁴⁴⁶ Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğunu tamamen kaldırması mümkün ise de, TBK m. 115 gereğince borçlu, kendi fiilinin sebep olduğu zarar bakımından kast ve ağır ihmal için sorumsuzluk anlaşması yapamayacağı için borçlunun kendi fiillerinden doğan zararlar bakımından sorumluluğun ancak sınırlandırılmasından bahsedilebilir. Aynı yönde: Başalp, s. 48 – 49; İnal, s. 468.

⁴⁴⁷ Borçlu ile alacaklının anlaşması neticesinde ortaya çıkan bu durum, borçlunun sorumluluğuna getirilen kanuni sınırlamadan farklı değerlendirilmelidir. Burada, sorumsuzluk anlaşmasından farklı olarak tarafların değil, kanun koyucunun iradesi doğrultusunda borçlunun sorumluluğunun kapsamı daralmaktadır. Başalp, s. 6 - 7. Sorumluluğun kanunen daraltıldığı hâllerin başında “Bağışlayan, ağır kusuruyla sebep olmadıkça bağışlamadan doğan zarardan bağışlanana karşı sorumlu değildir.” şeklindeki TBK m. 294 hükmü gelmektedir. Örneğin, bağışlayan, bağışlama sözleşmesine konu antika gardırobun cilalanması ve bağışlanan tarafa teslimi ile görevlendirdiği kişinin gardırobun cilası kurumadan bağışlanan kişiye teslimatı gerçekleştirmesi sebebiyle bu kişinin uğradığı zarardan dolayı, kendisinin somut olayda yardımcı kişinin söz konusu davranışında bulunması onun için hafif ihmal niteliğinde kabul edilmesi şartıyla sorumlu değildir.

⁴⁴⁸ Bu anlaşmalar, alacaklı açısından bir tasarruf işlemi, borçlu açısından ise bir kazandırıcı işlem niteliğindedir. Başalp, s. 38; Erdoğan, s. 162; Eren, 2017, s. 1109; Sanlı, s. 378, dn. 1241; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 879; Yavuz, s. 201.

⁴⁴⁹ Başalp, s. 46 – 47; Baştuğ, s. 323; Erdoğan, s. 162; Eren, 2017, s. 1110; İnan / Yücel, s. 613; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 688; Nomer, s. 313.

anlaşma hukuki niteliği itibariyle ancak bir ibra veya sulh sözleşmesi oluşturur ve sorumsuzluk anlaşmasına özgü kısıtlamalara tabi olmaz⁴⁵⁰.

Sorumluluk anlaşmaları uygulamada farklı görünümde karşımıza çıkabilir⁴⁵¹. Bunlardan en sık karşılaştırılan şekli kusur türüne bağlı olarak sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması olsa da, taraflar, içlerinden birinin veya her ikisinin de belli tür zararlardan dolayı, örneğin yoksun kalınan kârdan, dolaylı zararlardan, manevi zarardan veya üçüncü kişinin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu olmayacağını kararlaştırabileceği gibi, sorumluluklarını belli bir kişiye veya mala verilen zararla da sınırlayabilecektir. Ayrıca, borçlunun belli bir miktardan fazla tazminat ödemeyeceğinin karşılaştırılması başka bir ifadeyle sorumluluğun belli bir azami bedelle, örneğin karşı edim değeri veya sigorta bedeli ile sınırlandırılması veya sadece belli talep haklarıyla sınırlı tutulması, borçlunun, alacaklıya karşı yalnız belirli malvarlığı ile sorumlu olacağını veya belirli malların ya da malvarlığının bir kısmının sorumluluğa konu olmayacağını kararlaştırılması⁴⁵² da mümkündür⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Erdoğan, s. 162; Eren, 2017, s. 1110; Gülerci, s. 321; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 274; Karan, s. 10; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 681; Nomer, s. 313; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 410; Reisoğlu, Safa, s. 363; Sanlı, s. 378; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 283; Tandoğan, Mesuliyet, s. 454; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 881; Yavuz, s. 201; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 318. Tekinay, sorumsuzluk anlaşması ve ibra arasındaki benzerlik ilişkisine istinaden, sorumsuzluk anlaşmasını “önceden yapılan ibra” şeklinde nitelendirmektedir. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 880.

⁴⁵¹ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 395; Sanlı, s. 379. Başalp, kusur türüne bağlı olarak sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin kayıtların sorumsuzluk anlaşmalarının en yaygın türü olduğunu ifade etmekte ve bu tür sorumsuzluk anlaşmalarını “dar anlamda sorumsuzluk anlaşması” olarak adlandırmakta, bununla birlikte, kusur türüne bağlı olarak öngörülme de alacaklının hukuki durumunu zayıflatan her türlü taraf anlaşmasını “genel anlamda sorumsuzluk anlaşması” olarak nitelendirmekte ve bu anlaşmaların da TBK m 115 ve TBK m. 116’nın emredici sınırlarına kıyasen tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Başalp, s. 9 vd.

⁴⁵² Akman, s. 27 - 28.

⁴⁵³ Doktrinde hakim görüş, sorumluluğu bir üst sınır çizerek sınırlandıran anlaşmaların, sorumsuzluk anlaşmasının bir çeşidi sayılarak, bu anlaşmaların sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin emredici hükümlere tabi tutulması gerektiği görüşünde isabetli şekilde birleşmiştir. Akman, s. 24 – 25. Buna karşın, Alniak, sorumluluğu miktar itibarıyla sınırlayan anlaşmaların, sorumsuzluk anlaşmasından farklı bir kurum olduğunu ve bu sebeple kural olarak sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin emredici düzenlemelere tabi tutulamayacaklarını kabul etmektedir. Yazara göre, ancak belirlenen miktarın zarara kıyasla çok düşük kaldığı durumlarda, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hükümler bu anlaşmalar bakımından da uygulama alanı bulabilir. M. İlhan Alniak, Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri), İÜHFİM (1969), Cilt: 35, Sayı: 1 - 4, s. 324. Buna karşın Akman’a göre, sorumluluğu miktar itibarıyla sınırlayan anlaşmalar bakımından

Öte yandan, uygulamada ihbar ve bildirimlerin belli şekil şartlarına uyularak gerçekleştirilmesi veya bazı talep haklarının belli bir süre içerisinde ileri sürülmesinin şart koşulması, kusuru ispat yükünün alacaklıya ait olduğu hususunda anlaşılması⁴⁵⁴, talep haklarının ileri sürülmesi için kanunda belirtilen sürenin kısaltılması, zamanaşımı süresinin kanuni sınırlar çerçevesinde⁴⁵⁵ kısaltılması veya zamanaşımı süresinin kanunda öngörülenden daha erken bir zamanda başlayacağını kararlaştırılması gibi sorumluluğun kanunda öngörülen şartlarını ağırlaştırılarak dolaylı olarak sorumluluğu sınırlandıran anlaşmalar da yapılabilmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, bu şekilde, borçlunun sorumluluğunun kapsamını daraltarak, sorumluluğun doğmasını veya ileri sürülmesini zorlaştırarak alacaklının hukuki durumunu zayıflatan birtakım taraf anlaşmalarının sorumsuzluk anlaşması benzeri bir etki doğurduğunu gözeterek, bu anlaşmaları da birer sorumsuzluk anlaşması olarak kabul etmekte ve bunların da kıyasen TBK m. 115 ve 116'nın emredici sınırlarına tabi tutulması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁵⁶.

sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu sınırlamaların uygulanmayacağı görüşü kabul edildiği takdirde, bu yolla zarara kıyasla çok düşük olmasa dahi, zararın tamamını karşılamaya yetersiz bir sorumluluk sınırı belirlenerek, ağır kusurlu şekilde hareket eden borçlunun, zararın tamamını tazmin etmeksizin, yalnızca belirlenen miktarı ödeyerek sorumluluktan kurtulmasına imkân verilmiş olur; oysa ki, ağır kusurlu şekilde borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen borçluyu, sebep olduğu zararın tamamından sorumlu tutmak gerekir. Aksi hâlde, sorumsuzluk anlaşmasının emredici hükümleri dolanılmış ve kanunun istemediği bir sonuca dolaylı yoldan ulaşmaya imkân sağlanmış olunacağından bu görüşün kabul edilmemesi germektedir. Akman, s. 24 - 26.

⁴⁵⁴ Akman, vasıfları ve yöneldikleri sonuçlar bakımından ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin anlaşma ile sorumsuzluk anlaşmasının birbirinden farklı olduğunu kabul etmekle birlikte, taraf anlaşması ile ispat yükünü üzerine alan alarak çok ağır bir yük altına giren alacaklının, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin koruyucu kanuni hükümlerden yararlandırılması gerektiği görüşündedir. Akman, s. 20.

⁴⁵⁵ TBK m. 148 gereği, Türk Borçlar Kanunu'nun 3'üncü bölüm, 2'nci ayrımında yer alan sürelerin taraf anlaşmasıyla değiştirilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra, benzer bir hüküm de TTK m. 6'da yer almaktadır. Buna göre, ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, aksi kanunda açıkça belirtilmediği müddetçe değiştirilemez. Ayrıca, kanunda açıkça değiştirilemeyeceği belirtilmese bile, amaca göre yorum yapılarak değiştirilemeyeceği kabul edilen bazı zamanaşımı süreleri bulunmaktadır. Bu gibi kanuni sınırlamaların dışında, alacaklının hak arama özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmadığı müddetçe, kanuni zamanaşımı süresinin tarafların anlaşması yoluyla kısaltılması mümkündür. Başalp, s. 10, dn. 20.

⁴⁵⁶ Bu hususta detaylı bilgi için bkz: Başalp, s. 10 vd. Ayrıca bkz: Akman, s. 20 – 28. Yazar bu tür anlaşmaları sorumsuzluk anlaşması benzeri bir anlaşma olarak kabul etmektedir. Akman, s. 25. Bununla birlikte, Alınak, sorumsuzluk kayıtlarını, borçlunun, kusur türlerinden bir veya birkaçının doğuracağı sorumluluktan muaf tutulmasına ilişkin taraf anlaşması olarak yorumlamakta, borçlunun sorumluluğunu doğrudan veya dolaylı olarak sınırlayan taraf anlaşmalarını sorumsuzluk

Hukuki niteliği itibariyle iki taraflı bir hukuki işlem olan sorumsuzluk anlaşması, TBK m. 1 gereğince tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana geldiği sürece geçerlidir⁴⁵⁷. Dolayısıyla, borçlunun tek taraflı bir irade beyanı ile kendi fiillerinden veya yardımcısının fiillerinden dolayı sorumluluğunu kaldırması hiçbir hüküm ifade etmez.

Borçlar hukukunda şekil serbestisi ilkesinin hakim olması ve bu çerçevede sorumsuzluk anlaşmasının düzenlediği TBK m. 115 ve 116 hükmünde kanun koyucu tarafından bu ilkenin aksine bir düzenlemenin öngörülmemiş olması dolayısıyla, kural olarak sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir; sorumsuzluk sözleşmesi yazılı olarak kurulabileceği gibi sözlü olarak da kurulabilir⁴⁵⁸.

Taraflar sorumsuzluk anlaşması yapma yönündeki iradelerini TBK m. 1 f. 2 uyarınca açık ya da örtülü şekilde açıklayabilirler⁴⁵⁹. Bununla birlikte, alacaklının örtülü beyanının borçlu lehine bir sorumsuzluk anlaşmasının kuruluşuna esas

anlaşması olarak kabul etmemekte ve sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m. 115 ve 116 hükümlerinin bu tür anlaşmalara uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Alniak, s. 320 – 351, s. 323 - 324.

⁴⁵⁷ Başalp, s. 18; İnal, s. 470; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 682; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 279; Şenocak, s. 236; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 880.

⁴⁵⁸ Başalp, s. 39; Erdoğan, s. 162; Eren, 2017, s. 1110; İnal, s. 468; Karaca, s. 55; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 688; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 881; Yavuz, s. 201; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 319. Kural şekil serbestisi olmakla birlikte, geçerlilik şekline tabi bir sözleşmede sorumsuzluk anlaşması, taraflar ya da taraflardan biri açısından karşı tarafın anlayabileceği şekilde sözleşmenin olmazsa olmaz unsuru olarak görülüyorsa, bir başka ifadeyle sorumsuzluk anlaşması bu sözleşmenin subjektif esaslı unsuru hâline geldiyse, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, baskın olan görüşe göre sorumsuzluk anlaşmasının da esas sözleşmenin tabi olduğu şekilde yapılması gerekir. Kanunen geçerlilik şekli öngörülmemekle birlikte, tarafların geçerlilik şekline tabi kıldığı bir sözleşme bakımından ise taraf iradeleri esastır; tarafların iradesi sorumsuzluk anlaşmasını da şeklin kapsamına dâhil etme yönündeyse, sorumsuzluk sözleşmesi aynen bu şekle uygun olarak yapıldığı takdirde geçerli olur. Başalp, s. 39 vd.; İnal / Yücel, s. 221; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 410, dn. 183.

⁴⁵⁹ Alniak, s. 339-340; Eren, 2017, s. 1109; Gülerci / Kılınç, s. 252; İnan / Yücel, s. 613; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 274; Saymen / Elbir, s. 729; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 279; Tandoğan, Mesuliyet, s. 454; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 880; Yavuz, s. 207 Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 319.

teşkil etmesine temkinli yaklaşmak gerekir⁴⁶⁰. Bu kapsamda, borçlunun ticari işletmesinin girişinde yer verdiği bir tabelayla sorumluluğunu sınırlandırmış olması ancak alacaklı bu ilanı rahatça görme ve içeriğini anlama imkânına sahipse geçerli olur; alacaklının bu ilanı görmeme veya anlayamama ihtimali bulunduğu takdirde bu ilan hüküm ifade etmez⁴⁶¹.

Bununla birlikte, TBK m. 6 gereğince, yöneltilen öneriye karşılık kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabul beyanı beklenemeyecekse susma yoluyla dahi sorumsuzluk anlaşmasının kurulabilmesi mümkündür. Özellikle, karşı tarafın dürüstlük kuralı gereği kendisine yapılan öneriye karşı susmama yükümlülüğü altında olduğu durumlarda hâl böyledir. Sözgelimi, sözleşmenin kurulması sırasında taraflar arasında aynı konuda daha önce yapılan bir sözleşmedeki sorumsuzluk şartına atıf yapılmasına rağmen, karşı taraf sessiz kalmış ise dürüstlük kuralı gereği bu davranış kabul beyanı olarak yorumlanabilir⁴⁶². Bunun yanı sıra, uygulamada karşılaşılabilecek güç bir olasılık da olsa, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin önerinin alacaklıdan gelmesi ve bu öneri karşısında borçlunun sessiz kalması hâlinde, sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi susan tarafın hukuki durumunu kötüleştirmeyeceğinden dolayı susma kabul beyanı olarak değerlendirilebilir⁴⁶³.

Sorumsuzluk sözleşmeleri uygulamada genellikle genel işlem şartları içerisinde yer almaktadır. Genel işlem şartları, sözleşme taraflarından birinin ileride kuracağı sözleşmelerde karşı tarafa değiştirilmeden kabul ettirmek niyetiyle, önceden ve tek yanlı olarak belirlediği sözleşme koşullarıdır⁴⁶⁴. Uygulamada

⁴⁶⁰ Başalp, s. 23; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 274; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 880.

⁴⁶¹ Alniak, s. 336.

⁴⁶² Başalp, s. 24.

⁴⁶³ Başalp, s. 25; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 880.

⁴⁶⁴ Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 61; Aybay, s. 46; Eren, 2017, s. 215; Günay, s. 58; Nomer, s. 72; Reisoğlu, Safa, s. 71; Şenyüz, s. 30; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 130. Sanlı, hukuk literatüründe genel işlem şartlarına karşı olumsuz bir tutum sergilenmekle birlikte, aslında bu tip sözleşmelerin, özellikle işlem maliyetinin düşürülmesi ve aynı tip sözleşmelerin kullanılmasının zaman içerisinde öğrenme etkisi yaratarak yorum

borçlu her ne kadar TBK m. 115 ve 116 çerçevesinde emredici kurallara uygun şekilde sorumluluğunu azaltmayı ya da kaldırmayı hedeflese de, bu sorumsuzluk şartının genel işlem şartı ile öngörülmesi hâlinde, genel işlem şartları karşısında müzakere gücü zayıf olan tarafın korunabilmesi için bu koşulların ayrıca sözleşme içeriğine dâhil edilmesi, yorumu ve denetimi aşamalarından oluşan bir yargısal denetimine tabi tutulması gerekir⁴⁶⁵.

Söz konusu yargısal denetimin ilk aşaması olan ve doktrinde "yürürlük denetimi", "geçerlilik denetimi" ya da "bağlayıcılık denetimi" olarak adlandırılan aşamada, genel işlem şartlarının bir bütün olarak sözleşme içeriğine dâhil edilip edilmediği belirlenir. TBK m. 21 f. 1 gereğince, genel işlem şartları sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu şartların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesine bağlı olarak sözleşmenin içeriğine dâhil olmaktadır. Bu kurallara uyulmadığı takdirde genel işlem şartları yazılmamış sayılır. Ayrıca, aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem şartlarının da yazılmamış sayılmasına karar verilir⁴⁶⁶. Yazılmamış sayılma ile söz konusu şartın yokluk yaptırımına tabi olacağı ifade edilmek istenmektedir. Bu çerçevede, genel işlem şartı içerisinde yer alan bir düzenlemenin yazılmamış sayılmasına karar verilmesi hâlinde, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem şartı dışındaki hükümleri geçerliliğini koruyacaktır. Zira, TBK m. 22 f. 2 hükmü ile genel işlem şartlarını kullanan

sorunlarını ve ihtilafları azaltma potansiyelini taşıması bakımından ekonomik açıdan birtakım faydaları bulunduğunu ifade etmektedir. Sanlı, s. 324, dn. 1059.

⁴⁶⁵ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 275; Kocayusufoşaoğlu, s. 232; Nomer, s. 73; Sanlı, s. 328. Bununla birlikte, doktrinde, haklı olarak genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmenin her iki tarafının da tacir olması hâlinde, genel işlem şartına muhatap olan tacirin, alelade bir tüketici kadar korunmasına gerek bulunmadığına dikkat çekilmektedir. Kocayusufoşaoğlu, s. 228; Yeniocak, s. 48.

⁴⁶⁶ Ayan, s. 189; Aybay, s. 46 – 47; Bilgili / Demirkapı, s. 49 - 50; Cansel / Özel, s. 129; Eren, 2017, s. 221; Gülerci, s. 106; Günay, s. 61; İnan / Yücel, s. 304; Kocayusufoşaoğlu, s. 232 vd.; Reisoğlu, Safa, s. 77 – 78; Şenyüz, s. 32; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 140 - 141.

tarafın TBK m. 27 f. 2 gereğince yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu ileri sürme imkânı kaldırılmıştır⁴⁶⁷.

Bununla birlikte, genel işlem şartlarına muhatap olan tarafın, TBK m. 27 f. 2'den yararlanarak sözleşmenin tamamının hükümsüz olması gerektiğini ileri sürmesi mümkündür⁴⁶⁸. İkinci aşamada ise sözleşme içeriğine dâhil olan genel işlem şartlarının nasıl yorumlanması gerektiği değerlendirilir. Genel işlem şartları karşısında öncelikle uygulama alanı bulacak bir taraf anlaşması bulunmadığı takdirde, yorum denetimi gerçekleştirilir. Bu kapsamda, genel işlem şartının açık ve anlaşılır olmadığı veya birden çok anlama geldiği kanaatine varılırsa, TBK m. 22 gereğince genel işlem şartı düzenleyenin aleyhine, karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanacaktır⁴⁶⁹. "İçerik denetimi" olarak adlandırılan son aşamada ise, genel işlem şartlarının tarafların çıkarlarını adil biçimde dengeleyip dengelemediği incelenir ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte bulunan şartlar emredici hükümlere aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz kabul edilir⁴⁷⁰.

Bu durumda, madde metninde açıkça belirtilmemiş dahi olsa amaca uygun yorum yapılarak TBK m. 22 ile TBK m. 27 f. 2'ye getirilen istisnanın kıyasen burada da

⁴⁶⁷ Ayan, s. 189; Aybay, s. 47; Bilgili / Demirkapı, s. 50; Cansel / Özel, s. 130; Eren, 2017, s. 221; Gülerci, s. 106; Günay, s. 62; İnan / Yücel, s. 304; Nagehan Kırkbeşoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 64; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 142.

⁴⁶⁸ Kırkbeşoğlu, s. 64.

⁴⁶⁹ Ayan, s. 189; Aybay, s. 47; Bilgili / Demirkapı, s. 50 – 51; Cansel / Özel, s. 130 – 131; Eren, 2017, s. 222; Gülerci, s. 107; Günay, s. 63; İnan / Yücel, s. 303; Kocayusufpaşaoğlu, s. 239; Reisoğlu, Safa, s. 77; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 147. Yorum denetiminde izlenecek yöntem hakkında detaylı bilgi için bkz. Atamer, s. 130 vd.

⁴⁷⁰ Ayan, s. 189; Bilgili / Demirkapı, s. 51; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 142 - 143. Doktrinde, bir şartın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığına ilişkin inceleme yapılırken hâkimin söz konusu şartı tek başına değil, sözleşmenin bütününe dikkate alarak değerlendirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kırkbeşoğlu, s. 72. Gerçekten, değerlendirme konusu hükümde muhatap aleyhine olarak kararlaştırılan şartın, bir diğer hükümde muhatap lehine sağlanan önemli bir avantajla dengelenmiş olabileceği düşünüldüğünde, hakkaniyet TBK m. 25 uyarınca hâkimin içerik denetimini yaparken sözleşmenin kalan hükümlerini de incelemesini gerektirmektedir.

uygulanması gerekir⁴⁷¹. Böylece genel işlem şartlarını kullanana, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürme hakkı tanınmayarak genel işlem koşulları karşısında zayıf durumdaki bireylere tanınan korunmanın bertaraf edilmesi önlenebilir. Buna göre, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuzluğa ilişkin genel işlem şartı niteliği taşıyan sorumsuzluk şartı özelinde, bu hükmün dürüstlük kuralına aykırı şekilde alacaklının durumunu ağırlaştırıcı olduğu kabul edilirse bu konuda asli hüküm olan TBK m. 116 f. 1'in uygulanmasına devam edilir⁴⁷². Öte yandan, düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine bu sözleşmenin bir hükmünü değiştirme yetkisi veren hükümlerin geçersiz olacağına ilişkin TBK m. 24 hükmü de aslında kapsam bakımından içerik denetimine dâhil olmakla birlikte, ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş ve yürürlük denetimi ile aynı nitelikte yazılmamış sayılma (yokluk) yaptırımına tabi tutulmuştur⁴⁷³.

4.2.2. Borçlunun Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Dolayı Sorumluluğunu Sınırlandıran veya Tamamen Ortadan Kaldıran Anlaşmalar

4.2.2.1. Kural: Yardımcı Kişilerin Her Türü Kusuru İçin Sorumluluğun Sınırlandırılabilmesi veya Tamamen Kaldırılabilmesi

Borçlunun, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanımını kısmen dahi olsa bıraktığı yardımcı kişi tarafından alacaklıya verilen zararlardan sorumluluğunu öngören TBK m. 116 f. 1 hükmü emredici nitelikte değildir. Kural olarak borçlu, herhangi bir kusur sınırlaması bulunmaksızın, alacaklıyla önceden

⁴⁷¹ Bilgili / Demirkapı, s. 51; Cansel / Özel, s. 132; Eren, 2017, s. 234; İnan / Yücel, s. 306; Kırkbeşoğlu, s. 66; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 145 - 146.

⁴⁷² Başalp, s. 25 vd., Kırkbeşoğlu, s. 70; Reisoğlu, Safa, s. 78.

⁴⁷³ Bilgili / Demirkapı, s. 50; Eren, 2017, s. 222; Günay, s. 65 – 66; Nomer, s. 73 – 74; Şenyüz, s. 32. Düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü değiştirme yetkisi veren şartların kapsam bakımından içerik denetimine dâhil olması gerektiği belirtilmekle birlikte ayrıca düzenlenmiş olması itibarıyla, hâkimin dürüstlük kuralına aykırılığın oluşup oluşmadığına ilişkin sözleşmenin bütüne ilişkin bir değerlendirme yapmasına ihtiyaç duyulmaksızın geçersiz olacağı ve bu şartın geçersizliğinin sözleşmenin geri kalanının geçersizliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz: Kırkbeşoğlu, s. 73.

yaptığı bir anlaşma ile yardımcı kişinin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunu sınırlandırabilmekte ve hatta tamamen kaldırabilmektedir⁴⁷⁴.

Borçlu, TBK m. 115 gereğince kendisinin sadece hafif kusurundan dolayı sorumluluğunu sınırlandırabilmesine rağmen, TBK m. 116 f. 2 gereğince, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu gerek hafif gerekse ağır kusur için sınırlandırma veya tamamen kaldırma imkânına sahiptir⁴⁷⁵. Dolayısıyla, borçlunun yardımcı kişilerden sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından ortaya çıkan kusur derecesine göre geçerlilik sorunu, TBK m. 116 f. 2 açısından söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, TBK m. 116 f. 2 hükmünün sınırları sadece kusur ölçütü bakımından geniştir. Sözleşme özgürlüğünün genel sınırları diğer tüm anlaşmalarda olduğu gibi TBK m. 27 uyarınca yardımcı

⁴⁷⁴ Akman, s. 75; Ataay, s. 332, dn. 2; Aybay, s. 142; Bilgili / Demirkapı, s. 177; Bozer, s. 215; Erdoğan, s. 164; Eren, 2017, s. 1107; Genç – Arıdemir, s. 265; Gülerci, s. 322; İnal, s. 486; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 687 - 688; Kırkbeşoğlu, s. 43; Nomer, s. 315; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 426; Reisoğlu, Kemal, s. 28; Reisoğlu, Safa, s. 366; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 292; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 398; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 192; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 322.

⁴⁷⁵ Doktrinde bazı yazarlar, borçlunun, yardımcı kişinin ağır kusurundan kendisi için doğacak sorumluluğu anlaşma ile ortadan kaldırmasının ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmadığını; buna karşın, kendi kusurundan kaynaklanan tüm sorumluluğunu konu alabilen bir sorumsuzluk anlaşması yapabilseydi, bunun ahlaka ve kamu düzenine aykırı olacağını ileri sürmektedir. Alniak, s.339; Feyzioğlu, s. 217; Saymen / Elbir, s. 729; Tandoğan, Mesuliyet, s. 458; Tuncomağ, s. 850. Ayrıca, Alniak, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun doğması için ne borçlunun, ne de yardımcı kişinin kusurlu olmasının aranması ve borçlu açısından adam çalıştırmanın sorumluluğu hükmünde olduğu gibi bir kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunmaması düşünülecek olursa, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun çok ağır bir sorumluluk olduğunu ve kanun koyucunun bu ağır sorumluluktan kurtulma imkânını borçluya tanıdığını ifade etmektedir. Alniak, s. 339. Ayrıca, doktrinde, borçlunun kendi kusuruna dayanan sorumluluğunun kaldırılmasının sorumluluk hukukuna hâkim olan kusur prensibi ile bağdaşmamasından dolayı, borçlunun kendi davranışları ile sebep olduğu zararlardan sorumluluğu ve yardımcı kişilerin davranışları sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumluluğu açısından kanun koyucu tarafından böyle bir düzenleme farklılığı gözetildiği de ileri sürülmektedir. Başalp, s. 197 - 198; Şenocak, s. 241. Bununla birlikte, doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 115 ve 116 arasında geçerlilik sınırları yönünden yaratılan bu ayrımın arka planında yer alan, borçlunun yardımcı kişiler kullanılarak borcunu ifa etmesinin istisnai bir durum oluşturması sebebiyle istisnai surette düzenlenmesi gerektiği yargısı bugün için geçerliliğini kaybetmiştir. Üstelik bu hükümlerle birlikte, borçlu, haksız olarak yardımcı kişilerin yaratmış olduğu riski, çoğu durumda ifa sürecine etki etme olanağından dâhi yoksun olan alacaklıya yıkma imkânı elde etmektedir. Bu kapsamda, bu durum günümüz koşulları çerçevesinde zarar gören alacaklı yönünden değerlendirildiğinde, TBK m. 115 ve 116 arasında geçerlilik sınırları açısından yaratılan söz konusu ayrımın haklı bir gerekçe ile savunulmasının mümkün değildir. Başalp, s. 199 ve s. 206. Aynı yönde bkz: Akman, s. 75 – 76; Şenocak, s. 242. Güncel ihtiyaçlar çerçevesinde, söz konusu düzenlemeye ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: Başalp, s. 199 - 200.

kişilerden sorumluluğu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından da uygulanacaktır⁴⁷⁶.

Borcun bir tüzel kişinin organı tarafından ihlal edilmesi hâlinde, TMK'nın 50'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca organın faaliyetlerine doğrudan doğruya tüzel kişinin faaliyetleriymiş gibi hukuki sonuç bağlandığından dolayı, organın davranışları için yapılan sorumsuzluk anlaşması TBK m. 116 f. 2'ye değil, TBK m. 115 f. 1'e tabidir⁴⁷⁷. Bu kapsamda, ilgili başlık altında daha önce ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, kanuni temsil kurumunun temelinde yatan düşüncenin, tüzel kişilerin organları vasıtasıyla faaliyette bulunmasının temelinde yatan düşünceyle aynı doğrultuda olması sebebiyle, kanuni temsilcilerden dolayı temsil olunanın sorumluluğuna organın fiillerinden dolayı sorumluluk normunun uygulanmasının daha uygun olacağı görüşünü benimsediğimiz için bu konuda da, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı her türlü sorumluluğunu ortadan kaldırma imkânını tanıyan TBK m. 116 f. 2 hükmünün, kanuni temsilcilerden dolayı sorumlulukta da uygulama alanı bulmaması gerektiğini düşünüyoruz⁴⁷⁸.

Alacaklı ve borçlunun yardımcı kişilerin her türlü kusurundan dolayı sorumluluğun kaldırılması hususunda anlaşmış olması, borçlunun kendi kusurundan dolayı sorumluluğunu etkilemez. Öyle ki, yardımcı kişilerin her türlü kusurundan dolayı sorumluluğun kaldırılması hâlinde dahi, yardımcı kişi bakımından seçme, talimat verme veya denetleme yükümlerini gerektiği şekilde yerine getirmeyen borçlu, kendi kusurlu davranışı sebebiyle sorumlu olacaktır. Bu kapsamda, somut olayda borçlunun bir organizasyon kusuru varsa, borçlu ile alacaklı arasında TBK m. 116 f. 2 kapsamında yapılan bir sorumsuzluk anlaşması etkili olmayacak, söz konusu sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115 f. 1 çerçevesinde değerlendirilecektir⁴⁷⁹. Örneğin, intihar rizikosunu ile akıl hastanesine

⁴⁷⁶ Başalp, s. 198.

⁴⁷⁷ Öztan, s. 125; Şenocak, s. 242; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 900.

⁴⁷⁸ Kanuni temsilci ile yardımcı kişi arasındaki ilişki İkinci Bölüm'de "Kanuni temsilci ile arasındaki ilişki" başlığı altında daha ayrıntılı incelenmiş olup, bu konuda daha ayrıntılı bilgi için lütfen bkz: s. 63 vd.

⁴⁷⁹ Akman, s. 77 – 78; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 899 - 900.

yatırılan bir hastanın bu tür vakıalar için ayrılmış hasta odalarının camlarında güvenlik kilidi olmaması ve hastane personelinin gerekli gözetim görevini yerine getirmemesi nedeniyle camdan atlayarak ağır yaralanması hâlinde, meydana gelen zarar, hastanenin işletme organizasyonunun kusursuz, eksiksiz ve düzgün olmasına dair dikkat ve özen gösterme yükümünü ihlal etmesinden kaynaklandığı için, somut olayda hastanenin yardımcı kişilerin ihmalinden doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşması uygulama alanı bulmaz⁴⁸⁰.

Borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan bir anlaşmanın, aynı zamanda yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğun da sınırlandırılması veya kaldırılması anlamına gelip gelmeyeceği konusunda ise doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, borçlunun kendi hafif ihmalinden dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırdığı veya sınırlandırdığı bir durumda, borçlunun yardımcı kişinin hafif ihmalinden dolayı sorumluluğunun da örtülü olarak kaldırıldığı düşünülebilir. Ancak, bu durumda, yardımcı kişinin her türlü kusurundan dolayı sorumluluğunun kaldırıldığı şeklinde genel bir çıkarım yapılmamalı ve borçlunun yardımcı kişinin ağır ihmali ya da kastından dolayı sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmelidir⁴⁸¹.

Öte yandan, bu konuda doktrinde tartışmalı olan diğer bir konu ise, zarara yol açan yardımcı kişinin borçlu ile alacaklı arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasından yararlanıp yararlanmayacağıdır. Doktrinde hakim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, yardımcı kişinin, şahsi sorumluluğu bakımından, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun ortadan kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin olarak alacaklıyla yaptığı anlaşmadan yararlanması mümkün değildir⁴⁸². Dolayısıyla,

⁴⁸⁰ Örnek için bkz: Başalp, s. 201.

⁴⁸¹ Şenocak, s. 243. Buna karşın, Akman'a göre, borçlunun bizzat kendine düşen işlerin yapılmasından doğacak zararlar hakkında yapmış olduğu sorumsuzluk anlaşması, onun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu bakımından hiçbir etkiye sahip değildir. Akman, s. 78.

⁴⁸² Aynı görüşte: Alınak, s. 339; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 427; Saymen / Elbir, s. 729; Tandoğan, Mesuliyet, s. 458; Tuhr, s. 599, dn. 53. Bununla birlikte, Feyzioğlu'na göre, alacaklı ve borçlu arasında yapılmış olan ve borçlunun, yardımcı kişinin borcu ifa ederken ağır kusurlu şekilde

TBK m. 116 f. 2 kapsamında yapılan bir anlaşma ile borçlu kendi sorumluluğunu kaldırmış veya sınırlandırmış da olsa, yardımcı kişinin şahsi sorumluluğu kural olarak devam eder. Bununla birlikte, diğer görüşü savunan yazarlar, yardımcı kişinin borçlunun yaptığı sorumsuzluk anlaşmasından yararlanamamasının sosyal adalet ilkesine uygun olmadığını, zarara sebep olan işçinin borçlu ve alacaklı arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasından yararlanması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁸³.

4.2.2.2. Borçlunun Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Dolayı Sorumluluğunu Sınırlandıran veya Tamamen Ortadan Kaldıran Anlaşmaların Sınırları

TBK m. 116 f. 2 gereğince borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğunun önceden yapılan bir sözleşme ile sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması mümkün ise de, kararlaştırılacak olan sorumsuzluk anlaşması, ancak her türlü sözleşmenin tabi olduğu sözleşme özgürlüğünün genel kanuni sınırları

alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulmayacağını öngören sorumsuzluk anlaşması, yardımcı kişinin şahsi sorumluluğuna engel olmayacak; bir diğer ifadeyle, borçlunun alacaklıyla yapmış olduğu anlaşma gereği yardımcı kişinin ağır kusuruyla sebep olduğu zarar nedeniyle sorumluluktan kurtulması, ağır kusurlu şekilde alacaklıyı zarara sokan yardımcı kişinin alacaklı karşısındaki şahsi sorumluluğuna etki etmeyecektir. Burada dikkat çeken husus, Feyzioğlu'nun da yardımcı kişinin ağır kusurunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları ile hafif kusurunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları arasında fark gözetmiş olduğudur. Buna göre, Feyzioğlu'nun da, Akman gibi, yardımcı kişinin, alacaklı ile borçlu arasında yapılmış olan ve borçlunun, yardımcı kişinin hafif ihmali ile sebep olduğu zararlardan sorumluluğunu kaldıran sorumsuzluk anlaşmasından yararlanması gerektiği görüşünü benimsediği sonucu çıkarılabilir. Feyzioğlu, s. 217 – 218. Akman'ın alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının yardımcı kişiye yaygın olması gerekip gerekmediği hususunda açıklamaları için bkz. Aşağıda s. 157, dn 483.

⁴⁸³ Serozan, Borçlar Hukuku, s. 293; Rona Serozan, "Culpa In Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, S. 2, s. 108 - 129, s 121, dn. 34; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 900; Tuncomağ, s. 852. Bununla birlikte, Akman'a göre, işverenin işletme rizikosuna dâhil olan ve sözleşmeden doğan borcun ifasını, iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf ve kendine bağlı durumda olan işçisine terk ederek, işçinin yalnız hafif ihmali ile verdiği zararın tamamından alacaklıya karşı tek başına sorumlu tutulması, modern iş hukukunun sosyal eğilimine ve işçiyi koruyan yaklaşımına aykırı düşer. Ayrıca alacaklı, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk için borçlu ile sorumsuzluk anlaşması yaparken genellikle zarar hâlinde doğrudan yardımcı kişiye başvurma hakkının saklı olduğu düşüncesiyle hareket etmediği için, onun TBK m. 116 anlamında sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmesi ile işçinin de sorumluluğundan vazgeçtiği hususunun yorum yoluyla çıkartılması da mümkündür. Bu nedenlerle, alacaklı ve borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının, zarara sadece hafif ihmâli ile yol açan yardımcı kişiyi de kapsadığının kabul edilmesi gerekir. Akman, s. 83 - 84.

ve özel olarak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından TBK m. 115 ve 116’de öngörülen sınırlar dâhilinde yapıldığı takdirde geçerlidir.

Birinci alt başlıkta öncelikle her sözleşmenin mutlak anlamda uygunluğunun arandığı “genel sınırlar” sonrasında ise yalnızca sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği bakımından TBK m. 115 ve 116’da öngörülen ve tezde “özel sınırlar” olarak ifade edilen sınırlar ele alınacaktır.

4.2.2.2.1. Sözleşme Özgürlüğünün Genel Kanuni Sınırları

Türk borçlar hukukunun temel ilkesi olan irade özerkliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak borçlar hukukunda hakim olan diğer bir ilke de sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilkeye göre, taraflar kural olarak sözleşme yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşme yapacakları kişiyi seçme ve kurulmuş olan bir sözleşmeyi sona erdirmeye hususunda serbesttir⁴⁸⁴. Nitekim, bu ilkenin en önemli sonuçlarından biri olan tarafların yapmak istedikleri bir sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları çerçevesinde diledikleri tip ve içerikte yapma özgürlüğüne sahip olması kuralı TBK’nın 26’ncı maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü tamamen sınırsız bir özgürlük değildir. TBK m. 27 f. 1 ile kanun koyucu tarafından sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlar getirilmiştir. Bu hükme göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Ataay, s. 246; Ayan, s. 32 ve s. 186 – 187; Aybay, s. 38; Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 16 – 17; Bilgili / Demirkapı, s. 44; Erdoğan, s. 11; Eren, 2017, s. 17 ve s. 313 vd.; Gülerci, s. 94 vd.; İnan / Yücel, s. 205 ve s. 232; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 84; Kırkbeşoğlu, s. 24; Kocayusufpaşaoğlu, s. 503; Şenyüz, s. 28; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 362; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 42; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 118.

⁴⁸⁵ Ardıç / Ersol, s. 28 ve s. 56; Ataay, s. 249 vd.; Ayan, s. 37; Aybay, s. 39; Başalp, s. 176 - 177; Başpınar, s. 19 - 20; Bilgili / Demirkapı, s. 45; Gülerci, s. 96; Günay, s. 67; İnal, s. 474; İnan / Yücel, s. 227; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 87; Kocayusufpaşaoğlu, s. 527 – 528; Nomer, s. 69 – 70; Şenyüz, s. 28 – 29; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 369; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 43; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumaloğlu, s. 121.

Bu kapsamda, hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşme olan sorumsuzluk anlaşmaları kanun koyucunun sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırları ihlâl etmediği müddetçe geçerli şekilde tarafları açısından bağlayıcı olacaktır. Bu sebeple, somut olay çerçevesinde, taraflarca kararlaştırılan sorumsuzluk anlaşmasının sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarını ihlâl edip, etmediğinin değerlendirilmesi gerekir⁴⁸⁶.

Sözleşme özgürlüğünün genel kanuni sınırları, birbirinden farklı ölçütlere dayanmakta ve her türlü sözleşme ilişkisi bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte, borçlunun kendi davranışlarından doğan sorumluluğunun TBK m 115 f. 1 gereğince ancak hafif ihmal için sınırlandırılabilmesine karşın, yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğunun TBK m. 116 f. 2 gereğince kural olarak tamamen kaldırılabilmesi sebebiyle, uygulamada genel sınırlar TBK m. 116 f. 2 çerçevesinde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından özel bir önem kazanmıştır. Bu kapsamda, TBK m. 116 f. 2 gereğince yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu geçerli şekilde ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması, kural olarak TBK m. 27 denetimi ile sınırlanabilecektir.

Bununla birlikte, doktrinde hâkim olan görüş, sözleşme özgürlüğüne getirilen genel kanuni sınırların, kusur unsuru bakımından, sorumsuzluk sözleşmelerine uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmaların geçerliliği bakımından, kusur kriteri açısından Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu nedenle, örneğin, TBK m. 116 f. 3 çerçevesinde kusur kriteri açısından geçerli olan bir sorumsuzluk anlaşması, sırf borçlunun, somut olayda bu derecede kusurlu şekilde hareket ederek zarara yol açan yardımcı kişiden dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırmak istemesinin ahlaka aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle geçersiz kılınmaz. Dolayısıyla, bu görüşe göre, sözleşmelerin

⁴⁸⁶ Eren, 2017, s. 333; İnal, s. 472 – 473.

geçerliliğinin genel kanuni sınırları, sorumsuzluk sözleşmelerine kusur ölçütü dışındaki diğer kriterlere göre sınırlama getirirler⁴⁸⁷.

Şu hâlde, borçlu, TBK m. 116 f. 2 çerçevesinde yardımcı kişinin hiçbir kusurlu davranışından dolayı sorumlu olmayacağını alacaklıya kabul ettirmiş dâhi olsa, sorumsuzluk anlaşması, kusur kriteri hâricinde de kanunun emredici hükümlerine⁴⁸⁸, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına⁴⁸⁹ aykırı olması sebebiyle geçersiz olabilir. Örneğin, borçlunun kişilik hakkını ihlal eden sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle ortaya çıkan manevi zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin olarak yapılan bir sorumsuzluk anlaşmalarının, alacaklının devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı hak niteliği olan ve somut olayda ihlal edilme ihtimali bulunan kişilik haklarını, ahlaka ve emredici hukuk kurallarına (TMK m. 23 f. 2) aykırı şekilde aşırı ölçüde sınırlandırdığı gerekçesiyle kesin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir⁴⁹⁰. Yine, alacaklının vücut bütünlüğüne verilen zararlardan dolayı sorumluluğu ortadan kaldıran anlaşmalar da, doktrinde haklı olarak kişilik haklarını ihlâl ettiği gerekçesiyle gerek ahlaka gerekse

⁴⁸⁷ Başalp, s. 198; Şenocak, s. 252.

⁴⁸⁸ Borçlunun yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk sözleşmeleri bakımından emredici hükümlere aykırılık denildiğinde, TBK m. 116 f. 3 hükmü öncelikli olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu sorumsuzluk anlaşmaları TBK m. 116 f. 3 hükmünün yanı sıra, ilgili olduğu ölçüde, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu bakımından TBK m. 221'in, taşıma işleri bakımından TTK m. 854'ün, deniz taşımacılığı bakımından TTK m. 1243 f. 1'in, motorlu araç işletilmesi bakımından 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ("KTK")'nun 111'inci maddesinin, mal ve hizmet tedarikini konu alan ticari satımlar bakımından TTK m. 1530'un ve sorumsuzluk anlaşmalarını konu alan diğer kanunlarda, tüzüklerde veya yönetmeliklerde yer alan emredici hükümlerin çizdiği sınırlara tâbidir.

⁴⁸⁹ Her ne kadar, TBK m. 27'de kişilik haklarına aykırı olma hâli açıkça ve ayrıca bir kesin hükümsüzlük sebebi olarak belirtiliyorsa da, doktrinde bir kısım yazar, haklı olarak kişilik hakkına ilişkin TMK m. 23 hükmünün emredici nitelikte olması sebebiyle, kişilik hakkına aykırılık hâlinin emredici hükümlerden bağımsız bir denetim aracı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Başalp, s. 177, dn. 9; Kırkbeşoğlu, s. 154. Benzer şekilde, Schwarz ise kişilik hakkına aykırılığın hakkın yanında ahlaki değerlere de aykırı olduğunu, bu itibarla, kişilik hakkına aykırı bir sözleşmenin kişilik hakkına aykırılık bir geçersizlik sebebi olarak ayrıca düzenlenmese dahi ahlaka aykırılık gerekçesiyle geçersiz kılınacağını ifade etmektedir. Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri I (Çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul 1942, s. 167. Bununla birlikte, doktrinde TBK m. 27'de kişilik haklarına aykırılığın ayrıca düzenlenmiş olması yoluyla TMK m. 23'de düzenlenen kişilik haklarının himayesinin biraz daha kuvvetlendirilmiş olduğu da savunulmaktadır. İnan / Yücel, s. 228 – 229.

⁴⁹⁰ Kişi, malvarlığı değerleri üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf edebilir ve sorumsuzluk anlaşması yaparak uğradığı maddi zarara katlanabilir; buna karşılık, kişilik haklarından serbestçe tasarrufta bulunulması mümkün olmadığı için hak sahibi, kişilik hakkını koruyan manevi tazminat yaptırımından önceden feragat edemez. Genç – Arıdemir, s. 208 vd.

emredici hukuk kurallarına (TMK m. 23 f. 2) aykırı olduğu için geçersiz kabul edilmektedir⁴⁹¹. Bu görüş, şahsa verilen zararlardan dolayı sorumluluğun ortadan kaldırılması hâlinde, alacaklının vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu haklarından değil, yalnızca bu hakların ihlalinde tazminat alacağından vazgeçtiği gerekçesiyle eleştirilebilirse de, şahsa verilen zararlardan dolayı sorumluluğu ortadan kaldıran anlaşmaların, TMK m. 23 f. 2'yi ihlal ettiğinin kabul edilmesi için dolaylı olarak vücut bütünlüğünü ihlâl tehlikesi doğurması yeterlidir. Zira, TMK m. 23 f. 2 ve TBK m. 27 f. 1'in amacı, hâli hazırda bir zarar çıkması durumunda kişinin korunması değil, kişinin, kişiliği tehdit eden her türlü unsurdan ve gerçekleşmesi muhtemel olan zararlardan korunmasıdır. Bu kapsamda, şahsa verilen zararlar için yapılan bir sorumsuzluk anlaşması, borçlunun alacaklıyı zarara uğratmaktan kaçınma ve bu yönde gerekli tedbirleri alma motivasyonunu azaltacağı için alacaklının vücut bütünlüğünü risk altına sokmaktadır⁴⁹².

4.2.2.2.2. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılmasına veya Kaldırılmasına İlişkin Anlaşmalara Özgü Sınırlar⁴⁹³

Yukarıda da belirtildiği üzere, TBK m. 116 f. 2 gereğince borçlunun yardımcı kişilerden sorumluluğunu sınırlandıran veya tamamen ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesini ihlal etmediği

⁴⁹¹ Serozan, Borçlar Hukuku, s. 282; Şenocak, s. 253.

⁴⁹² Şenocak, s. 254.

⁴⁹³ Kanun koyucu TBK m. 115 f. 2, 3 ve TBK m. 116 f. 3'de kamu düzenini koruma kaygısıyla tarafların sorumsuzluk anlaşması yapma özgürlüğüne kesin sınırlar getirmiş olup, bu sınırları ihlal edilmesi hâlinde kanunun emredici hükümlerine aykırı şekilde yapılan sorumsuzluk anlaşması BK m. 27 f. 1 uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacaktır. Bu kapsamda, her ne kadar bu başlık altında düzenlenen TBK m. 115 f. 2, 3 ve TBK m. 116 f. 3 sınırlarına aykırılık sorumsuzluk anlaşmasının genel sınırlarından olan kanunun emredici hükümlerine aykırılığın özel bir uygulanması da olsa, bu hükümlerin borçlunun yardımcı kişilerden doğan sorumluluğunu sınırlandıran sorumsuzluk sözleşmelerine özgü istisnalar içermesi sebebiyle, bu konuda "Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluğun Kaldırılmasına veya Sınırlandırılmasına İlişkin Anlaşmalara Özgü Sınırlar" başlığı tercih edilmiştir. Yukarıdaki açıklamalar kapsamında, başlık olarak bu ifadenin tercih edilmesinin altında bu çalışmada TBK m. 115 f. 2, 3 ve TBK m. 116 f. 3 maddelerinin sözleşme serbestisinin genel sınırları arasında yer alan kanunun emredici hükümlerine aykırı olmama kuralından bağımsız bir denetim aracı olarak değerlendirilmiş olmasının yatmadığının altını çizmek gerekir.

sürece kural olarak geçerlidir. Bununla birlikte, TBK m. 115 ve 116'da özel olarak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

Sorumsuzluk anlaşmalarına getirilen her iki sınırlamanın temelinde de taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisi ile tarafların pazarlık ve rekabet gücünün eşitsizliği yatmaktadır. Öyle ki, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinden ve bir tarafın ekonomik olarak sahip olduğu rekabet üstünlüğünden yola çıkan kanun koyucu sözleşmeye etki etme olanağı olmayan tarafı korumak amacıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale etmektedir⁴⁹⁴.

Bu kapsamda, aşağıda ilk olarak "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür" hükmünü içeren TBK'nın 116'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası ele alınacak, daha sonra ise yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından da uygulanması gerektiği görüşünde⁴⁹⁵ olduğumuz TBK'nın 115'inci maddesinin 2'nci fıkrası incelenecektir.

⁴⁹⁴ Alniak, s. 340; Başalp, s. 250. Sanlı, TBK m. 115'de herhangi bir ayırım yapmaksızın sadece kusur ölçütüne yer verilerek tüm sorumsuzluk anlaşmalarının aynı kefeye koyulmasının ekonomik açıdan isabetli olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, ceza koşulu ve temerrüt faizine ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi, Ticaret Kanunu'nda tacirler arasındaki sözleşmelerin ayrı bir rejime tabi tutması daha etkin olabilecektir. Sanlı, s. 394.

⁴⁹⁵ Bu çalışmada, TBK m. 115 f. 2 hükmü ile borçlunun kendi davranışlarından doğan sorumluluğunun yanı sıra, yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından da kesin bir sorumsuzluk anlaşması yasağı öngörüldüğü kabul edilmiştir. Buna ilişkin değerlendirmeler için bkz: Aşağıda s. 165 vd. Aynı görüşte: Başalp, s. 208 -209; Hatemi / Gökyayla, s. 278; Vedat Buz, Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 91 – 111, s. 103.

4.2.2.2.2.1. Sorumluluğunun Uzmanlık Gerektiren ve Kanun veya Yetkili Makamın İzni İle Yürütülen Bir Hizmet, Meslek veya Sanattan Doğması

Her ne kadar kanun koyucu borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun TBK m. 116 f. 2 hükmü ile tamamen kaldırılmasına imkân tanımışsa da, sorumluluk, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen ve uzmanlık gerektiren hizmet, meslek veya sanatın icrasından kaynaklandığı takdirde, TBK'nın 116'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması yapması bakımından kesin bir yasak öngörülmüştür.

Bir faaliyetin sadece kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilmesi kural olarak piyasada bu işi görenlerin sayısının az olmasına yol açmakta ve bu itibarla, bu işi görenler karşı tarafa nispetle ekonomik avantaj sağlarken, bu durum karşı tarafın rekabet gücünü zayıflatmaktadır⁴⁹⁶. Bundan dolayı, kanun koyucu, sorumluluğun kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izne dayanarak yürütülen bir faaliyetten kaynaklanması hâlini özel olarak düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Nitekim doktrinde de gerek yukarıda belirtilen sebeple gerekse bir hizmet, meslek veya sanatı kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürüten kişilerin, sundukları edimler bakımından kamuoyunda oluşan özel bir güvenden yararlanıyor olması ve toplumda sözleşmeden doğan borçlarını mesleklerinin gerektirdiği uzmanlık doğrultusunda yerine getireceklerine ilişkin haklı bir beklenti oluşması dolayısıyla hakkaniyet gereği bu kişiler lehine sorumsuzluk sözleşmesi yapılmasının sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Alniak, s. 340 ve 342; Şenocak, s. 247.

⁴⁹⁷ Başalp, s. 189; Şenocak, s. 247 - 248. Her ne kadar uzmanlığı gerektiren ve ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen faaliyetlerden doğan sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının özel olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda doktrin ve kanun koyucu arasında bir fikir birliği söz konusuysa da, günümüzde adeta her mesleğin resmî izinle yürütülebilen ve uzmanlık gerektiren bir faaliyet olması karşısında, doktrinde bazı yazarlar tarafından haklı olarak, ekonomik gücü ile karşı sözleşeni ezmeyen, sözleşme taraflarının daha eşit bir zeminde sözleştiği ve çok önemli riskleri içinde barındıran faaliyetlerde mala gelen zararlar noktasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasını geçerli sayma

Nitekim Türk yargı uygulamasında özellikle bankalar ve sigorta şirketleri gibi idari bir izinle yürütülen ya da resmî bir ruhsat almayı gerektiren meslekler ve faaliyetler yönünden söz konusu düzenleme öteden beri mutlak bir sorumsuzluk anlaşması yasağı olarak kabul edilmektedir. Öyle ki, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, o dönemde tekel konumunda bulunan devletin verdiği imtiyazla çalışan işletmeler düşünülerek, kanun koyucu tarafından sorumsuzluk anlaşmasının konusunun "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasına" özgü bulunması hâlinde sorumsuzluk anlaşması yapılmasına sınırlama getirilmiş olmasına rağmen; bu dönemde dâhi, Yargıtay ve doktrinde hâkim olan görüş, "imtiyazlı sanat/ticari faaliyet" kavramını genişletici bir yoruma tabi tutarak, "kanun ya da yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen faaliyetlerin" yararına yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının da bu kapsamda dâhil olduğunu kabul etmiştir⁴⁹⁸. Kaldı ki, 6098 sayılı kanun ile sorumsuzluk anlaşmaları yönünden yapılan değişiklikler de söz konusu yerleşik içtihatlar ile aynı doğrultuda gerçekleştirilmiştir. Buna göre, "uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek ve sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından izinle yürütülebiliyorsa" bu tür faaliyetin ortaya çıkardığı zararlara ilişkin sorumsuzluk

imkânının hakime verilmemiş olması sebebiyle söz konusu hüküm eleştirilmektedir. Başalp, s. 273 – 274.

⁴⁹⁸ "Taraflar arasındaki acentalık sözleşmesinde, sözleşmenin gerek acente ve gerek şirket tarafından feshi halinde acentenin portföy mülkiyeti ve diğer her ne nam altında olursa olsun bir tazminat talep edemeyeceği düzenlenmiş olup bu hükmün BK'nın 99. maddesinde yer alan sorumsuzluk şartı olarak değerlendirilmesi gerekir. BK'nın 99/2. maddesinde hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt eden hallerde sözleşmeye konulan sorumluluktan kurtulma şartının geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Maddedeki imtiyaz hali sadece idare hukuku anlamında bir imtiyaz sözleşmesi olarak dar bir biçimde yorumlanmamaktadır. İcrası resmî bir ruhsat veya izne bağlı olan meslek faaliyeti yürütenlerin yararına yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının yargıcın takdiri ile batıl sayılması gerekir. Zira, bu durumdaki meslek sahibi, hükümetçe verilen bir imtiyaza sahip kişi kadar güçlü ve üstündür. Sözleşmeye kendi yararına sorumsuzluk şartı koyan sigorta şirketinin 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununa göre sigortacılık faaliyetine başlaması Bakanlığın iznine tabi olup faaliyete geçebilmek için de ayrıca ruhsat gerekmektedir. Bu durumda kurulması ve faaliyete başlaması sıkı bir şekilde idarenin olurluna tabi olan sigorta şirketleri de BK'nın 99/2. maddesinde sayılan imtiyazlı kuruluşlardan sayılmalıdır." Yargıtay 11. HD, T. 25.12.1996, E. 1996/6699 K. 1996/9192 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017). Ayrıca aynı yönde bkz: YHGK, T. 14.06.1995, E. 1995/11-425 K. 1995/616 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017); Yargıtay 11. HD, T. 14.10.1999, E. 1999/5785 K. 1999/7835 – www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.03.2017). Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar için bkz: Alınak, s. 345; Başalp, s. 264; Şenocak, s. 247-248. Akşi görüşte bkz: Korur, s. 81.

anlaşması yapılamayacaktır. Söz konusu düzenlemenin açık lafzı karşısında, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek ve sanat kanun ya da yetkili makamlar tarafından izin verilmesi gerekmeksizin yerine getiriliyorsa ya da kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yerine getirilmesine karşılık uzmanlık gerektirmiyorsa yapılan sorumsuzluk anlaşmasının genel sınırlar dâhilinde geçerli olacağına dikkat edilmesi gerekmektedir⁴⁹⁹.

TBK m. 116 f. 3 hükmünün uygulanması bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, geçerliliği tartışılan sorumsuzluk sözleşmesinin, uzmanlığı gerektiren ve ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen hizmet, meslek veya sanata ilişkin olması gereğidir⁵⁰⁰. Sorumsuzluk anlaşmasına konu edilen faaliyet, kanun veya yetkili makamlar tarafından borçluya verilen iznin konusuna girmiyorsa, sorumsuzluk anlaşmasının TBK m. 116 f. 3'e göre, sınırlandırılması mümkün olmadığından, bu konuda borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir.

4.2.2.2.2. Sorumluluğun Borçlu İle Alacaklı Arasındaki Bir Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklanması

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, gerek borçlunun kendi davranışlarından sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmalarının düzenlendiği BK m. 99'da gerekse borçlunun yardımcı kişilerin davranışlarından sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmalarının düzenlendiği BK m. 100'de öngörülen istisnalarla alacaklının borçlunun hizmetinde olması hâlinde sorumsuzluk anlaşması yapılmasına sınırlama getirilmiştir. Bununla birlikte, alacaklının borçlunun hizmetinde olmaması koşulu, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda borçlunun kendi davranışlarından doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmalarının düzenlendiği "Sorumsuzluk Anlaşması" başlıklı TBK m. 115'de yaptırım ve içerik yönünden bazı değişiklikler yapılarak korunmakla birlikte; bu sınırlamaya,

⁴⁹⁹ Başalp, s. 273; Nomer, s. 315 – 316; Yeniocak, s. 143.

⁵⁰⁰ Başalp, s. 272; Şenocak, s. 248.

yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” başlıklı TBK m. 116’da yer verilmemiştir.

Kanun koyucu tarafından alacaklının borçlunun hizmetinde olması hâli bakımından mülga BK m. 100’de yer alan sınırlamaya TBK m. 116’da yer verilmemiş olmasından yola çıkılarak, bu kapsama giren sorumsuzluk anlaşmalarının yapılmasına izin verildiği pekâlâ ileri sürülebilecektir⁵⁰¹. Öyle ki, yasanın belirli bir alandaki suskunluğu, bilinçli bir hukuk politikası tercihinin sonucu alınan nitelikli bir suskunluk olabilir. Nitekim yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kanunun sistematüğinden yola çıkılacak olursa, özellikle TBK m. 115 f. 3 hükmünün yanı sıra TBK m. 116 f. 3’de, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları bakımından uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülmesi hâlinde sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağına ayrıca düzenlenmiş olmasına rağmen, bu maddede alacaklının borçlunun hizmetinde olması hâlinde yardımcı kişinin davranışını konu alan sorumsuzluk anlaşması yapılmasına herhangi bir sınırlama getirilmemiş olması da bu eksikliğin bilinçli bir hukuk politikası tercihi olduğu görüşünü destekleyebilir⁵⁰².

Bununla birlikte, yalnızca kanunun sistematüğine dayalı olarak yapılacak bir yorum yeni kanunda söz konusu eksikliğin bilinçli olarak yaratılıp yaratılmadığının anlaşılması için yeterli değildir. Kanun hazırlanırken yapılan çalışmalar, söz gelimi kanunun gerekçesi, tasarıların gelişimi, komisyon ve meclis görüşmeleri de kanun koyucunun iradesinin tespitine yardımcı olabilir. Bu çerçevede yeni kanunun hazırlık çalışmaları incelendiğinde, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın⁵⁰³ "Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk" başlıklı 115’inci maddenin 3’üncü fırcasında "alacaklı sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada

⁵⁰¹ Serozan, Borçlar Hukuku, s. 281.

⁵⁰² Aynı görüşte: Başalp, s. 206; Nomer, s. 316.

⁵⁰³ 24 Aralık 2007 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarı metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf> (Erişim tarihi: 23.02.2017)

borçlunun hizmetinde ise, sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurdan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir" yönünde bir ifadenin bulunduğu ancak bu fıkranın kanun metnine yansımadağı görölmektedir.

Söz konusu ifadenin metinden çıkarılması hususunda kanun koyucunun iradesine açıklık getirmek üzere Adalet Komisyonu Raporu incelendiğinde dikkat çeken ise, alacaklının borçlunun hizmetinde olması istinasının madde metninden çıkarılmasına TBK m. 115 ve 116'da yapılan değişikliklerin neden olduğunun ifade edilmiş olmasıdır⁵⁰⁴. Bu durumdan anlaşılıyor ki, kanun koyucu, TBK m. 115'in borçlu ile alacaklı arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olunmayacağına ilişkin olarak önceden yapılabilecek her türlü anlaşmayı kesin olarak hükümsüz sayan yeni ifade biçiminin yardımcı kişilere ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını da kapsadığı düşüncesiyle, TBK m. 116'ncı maddede bu durumun ayrıca düzenlemeye gerek görmeyerek metinden çıkarmıştır. Dolayısıyla madde gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu dikkate alındığında, kanun koyucunun, borçlunun yardımcı kişilerden sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları bakımından böyle bir farklılık yaratma iradesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır⁵⁰⁵.

Buna göre, sorumluluk ister borçlunun fiilinden isterse yardımcı kişinin fiilinden doğmuş olsun, alacaklı ile borçlu arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlar için işçi aleyhine yapılan sorumsuzluk anlaşmaları TBK m. 115 f. 2 gereğince kesin hükümsüz olacaktır⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ TBK m. 116 hükmünün görüşülmesine ilişkin olarak Adalet Komisyonu Raporu'nda yer alan şu ifadeler dikkate değerdir: "Alt Komisyonca, Tasarımın 115 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümleleri, birbiriyle zorunlu bağlantısı bulunmayan iki ayrı hükme yer verildiği göz önünde tutularak, ikinci cümle, maddenin üçüncü fıkrasına dönüştürülmüş ve böylece madde dört fıkradan oluşur hâle getirilmiştir. Komisyonumuzca ise maddenin dördüncü fıkrası, Tasarımın 114 üncü maddesinde yapılan değişiklik dikkate alınarak, madde metninden çıkarılmış ve madde teselsül nedeniyle 116 ncı madde olarak bu değişik şekliyle kabul edilmiştir." Adalet Komisyonu Raporu, E. 1/499, K. 21, T. 12.1.2009, s. 271.

⁵⁰⁵ Aynı yönde bkz: Başalp, s. 208 - 209; Buz, s. 103; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 689; Nomer, s. 316.

⁵⁰⁶ Başalp, s. 261 - 263; Nomer, s. 316.

Ayrıca aksi yönde bir yorumun, zamanın ihtiyaçlarına ve kanun hükmünün koruduğu menfaatlere aykırı düşeceğine de açıktır. Anılan istisnanın ekonomik açıdan kişiliğin korunmasına ve sosyal ve ekonomik yönden güçlü olan borçlunun sahip olduğu bu özel konumunu hakkaniyete aykırı sorumsuzluk şartları ile güçlendirerek kötüye kullanmasının önüne geçilmesine hizmet ettiği unutulmamalıdır⁵⁰⁷. Öyle ki, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, doktrinde borçluların borcunu ifa ederken sıkça yardımcı şahıs kullandığı ve söz konusu sınırlamanın sosyal amacı göz önüne alınarak, “alacaklının borçlunun hizmetinde olması” şeklindeki ibarenin mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması ve taraflar arasında herhangi bir hizmet ilişkisi mevcut olmasa dahi, borçlunun alacaklı üzerinde sahip olduğu nüfuzu, alacaklının sosyal ve ekonomik açıdan ona olan bağımlılığını kullanarak kabul ettirdiği sorumsuzluk şartları için de söz konusu sınırlamaların geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülürken⁵⁰⁸, 6098 sayılı TBK'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, madde metninde yapılan değişikliğe dayanılarak alacaklının borçlunun hizmetinde olması hâlinde dahi, yardımcı kişinin her türlü kusurundan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmaların yapılabileceğinin kabul edilmesi anlaşılır gibi değildir.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, TBK m. 116 hükmünün, TBK m. 115 f. 2'de yer alan “Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yaptığı her

⁵⁰⁷ Başalp, s. 252. Her ne kadar TBK 115 f. 2'de hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmekteyse de, madde işçinin baskı altında rıza göstermiş olabileceği ve bu nedenle onun aleyhine yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılması gerektiği düşüncesi ile hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple, doktrinde, işçi lehine olabilecek sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılması için bir neden olmadığı belirtilmekte ve hükmün amaca göre yorumlanarak sadece işçi aleyhine olan sorumsuzluk anlaşmalarını kapsayacak şekilde uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Karan, s. 11, dn. 40; Kırkbeşoğlu, s. 42, dn. 157; Nomer, s. 314; Sanlı, s. 381, dn. 1253; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 281; Yavuz, s. 203 – 205; Yeniocak, s. 143.

⁵⁰⁸ 818 sayılı BK'nun 100'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan “alacaklı borçlunun hizmetinde ise” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiğini savunan yazarlar için bkz: Alniak, s. 343; Korur, s. 80; Şenocak, s. 245.

türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” düzenlemesi ile birlikte okunması gerektiği kabul edilmelidir⁵⁰⁹.

Bu kapsamda dikkat edilmesi gereken başka bir husus da, TBK m. 115 f. 2 hükmünde yer alan istisnanın uygulama alanının belirlenmesi gereğidir. Zira TBK m. 115 f. 2’de yer alan hüküm içerik bakımından da 818 sayılı BK m. 99 f. 2 ve 100 f. 3’de yer alan düzenlemeden oldukça farklıdır. Öyle ki, 818 sayılı BK m. 99 f. 2 ve 100 f. 3’de, “alacaklı, borçlunun hizmetinde” olduğu takdirde sorumsuzluk anlaşması yapılması sınırlandırılmaktaydı. Üstelik, bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde, baskın görüş doğrultusunda “alacaklının borçlunun hizmetinde olması” şartını içeren hükmün uygulama alanının hizmet sözleşmeleri ile sınırlı olmadığı, hükmün genişletici yoruma tabi tutularak sosyal ve ekonomik bağımlılık ilişkilerinin bulunduğu sözleşme ilişkilerinde de uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi⁵¹⁰. Oysa ki, BK m. 99 f. 2 ve 100 f. 3’de yer alan istisnalar, TBK m. 115 f. 2’de doktrinde ve uygulamada hakim olan görüşün aksine içerik yönünden önemli daraltmalara uğramıştır. Eski kanunda yer alan “alacaklının borçlunun hizmetinde olma” koşulu, 6098 sayılı kanunda yerinde olmayan bir daraltmayla sadece “hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçlara” indirgenmiştir. Buna göre, TBK m. 115 f. 2 ancak borçlu ile alacaklı arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun konu edildiği sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz kılacak, bununla birlikte hizmet sözleşmesi dışında kurulan tüm sözleşme ilişkilerinde (vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi) işveren konumundaki borçlu, alacaklı konumundaki işçisine karşı yardımcının fiillerinden sorumluluğunu herhangi bir kusur sınırlaması dahi olmaksızın sorumsuzluk anlaşması yaparak sınırlandırabilecek, hatta kaldırabilecektir. Zira artık hükmün açık lafzı karşısında hükmün genişletici yoruma tabi tutularak ya da kıyasen tüm sosyal ve ekonomik

⁵⁰⁹ Aynı görüşte: Başalp, s. 208 - 209; Buz, s. 103; Ertaş, s. 313; Hatemi / Gökyayla, s. 278; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 689; Kırkbeşoğlu, s. 43.

⁵¹⁰ Alniak, s. 344; Başalp, s. 253; Korur, s. 80. Ayrıca BK m. 99 f. 2 hükmünün uygulama alanına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz: Başalp, s. 252 - 261.

bağımlılık yaratan ilişkilerde uygulanma imkânı ortadan kalkmış bulunmaktadır⁵¹¹.

Yukarıda tartışma konusu olan sistematik karışıklığın giderilmesi için sorumsuzluk anlaşmalarına getirilen sınırlar yönünden TBK m. 115 ve 116 arasında gerekli paralelliğin sağlanması gerekir⁵¹². Bu kapsamda, öncelikli olarak, uzmanlık gerektiren ve yürütülmesi kanun veya yetkili makamların iznine tabi faaliyetler bakımından getirilen sorumsuzluk anlaşması yasağının TBK m. 116 hükmünden kaldırılarak, TBK m. 115 hükmü kapsamında hem borçlunun kendi davranışlarından doğan sorumluluğunu konu alan hem de yardımcı kişilerin davranışından doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmalarının tek bir madde altında düzenlenmesi tercih edilmelidir. Böylece tüm sorumsuzluk anlaşmalarının aynı hüküm altında düzenlenmesiyle hem sistematik karışıklığın yarattığı yorum sorunu giderilmiş hem de tüm bağımlılık ilişkileri aynı ölçüde sınırlandırılmış olacaktır.

İçerik yönünden, TBK m. 115 hükmünün yanı sıra TBK m. 116'da da aynı şekilde tüm istisnalara yer verilerek, bir başka ifadeyle, TBK m. 116 hükmüne "alacaklının borçlunun hizmetinde olması hâlinde yapılan sorumsuzluk anlaşması kesin olarak hükümsüzdür" düzenlemesi eklenerek de aynı sonuca varılabileceği açıktır. Bununla birlikte, biz kanun koyucu tarafından borçlunun kendi davranışlarından doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları ve yardımcı kişilerin davranışından doğan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları arasında sorumsuzluk anlaşmalarının istisnaları yönünden bir ayrım güdülmemesi sebebiyle tüm sorumsuzluk anlaşmalarının tek bir madde altında düzenlenmesinin kanun sistemi açısından daha uygun olacağı görüşüdeyiz⁵¹³.

⁵¹¹ Başalp, s. 261; Yeniocak, s. 142.

⁵¹² Başalp, s. 212; Buz, s. 103 - 104.

⁵¹³ Aynı görüşte: Başalp, s. 212; Ertaş, s. 313; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 691. Başalp, gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun amaçladığı açıklığın sağlanmasının ve gerekse teknik açıdan sorumsuzluk anlaşmalarının bir madde altında düzenlenmesinin yararlı olacağını ifade etmektedir. Başalp, s. 212.

4.2.2.3. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluğun Kaldırılmasına veya Sınırlandırılmasına İlişkin Anlaşmaların Kanuni Sınırlara Aykırı Olmasının Sonuçları

Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, borçlu, kendi davranışlarından dolayı sorumluluğunu sadece hafif ihmâl hâlinde sınırlandırabilmesine karşın, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu, sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarına uygun olduğu müddetçe her türlü kusur bakımından kaldırabilmektedir. Buna karşılık, kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen ve uzmanlığı gerektiren bir faaliyetin yürütülmesinden veya alacaklı ile borçlu arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçlar için yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kesin olarak hükümsüzdür⁵¹⁴. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken bir konu da, sorumsuzluk şartının geçersiz olmasının asıl sözleşmenin geçerliliğine olan etkisinin ne şekilde olacağıdır.

Yardımcı kişinin kusurundan sorumlu olunmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması esas sözleşmeden ayrı bir sorumsuzluk anlaşması şeklinde yapıldığı takdirde sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği taraflar arasındaki esas sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bununla birlikte, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğu konu alan sorumsuzluk anlaşması, esas sözleşme içerisinde bir sorumsuzluk şartı olarak öngörüldüğü takdirde, bu şartın geçersizliğinin esas sözleşmenin geri kalan hükümlerinin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

TBK'nın 27'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu hüküm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur"⁵¹⁵. Bu hükme göre,

⁵¹⁴ Adalet Bakanlığı, s. 22.

⁵¹⁵ Doktrinde, TBK'nın 27'nci maddesinin 2'nci fıkrasının borçlar hukukunda hakim olan favor negotii ve favor contractus ilkelerine, bir diğer ifadeyle, esas olarak sözleşmeye en az müdahale ile

sözleşmedeki geçersizliğin yalnızca sözleşmenin bir kısmına ilişkin olduğunun ve kalan kısmı geçerli tutmanın tarafların farazi iradelerine uygun düştüğünün kabul edilebileceği hâllerde, kısmi hükümsüzlük kuralı gereği sadece o kısım hükümsüz olacak ve taraflar sözleşmenin kalan hükümleri ile bağlı kalmaya devam edecektir. Buna karşın, tarafların farazi iradesinden, sözleşmenin geçersiz olan kısmındaki sakatlık olmasaydı sözleşmenin hiç yapılmayacağı anlaşılıyorsa, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olduğu kabul edilir⁵¹⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, şayet geçersiz olan kısım olmasaydı tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacakları sonucuna varıldığı takdirde kural olarak kısmi hükümsüzlük kuralı uygulanmaz. Buna karşılık, bazı durumlarda ihlal edilen emredici hukuk kuralının amacı ve koruduğu hukuki değerler tarafların farazi iradelerinin esas alınmamasını gerektirebilir. Bu gibi durumlarda, taraflardan birinin geçersiz olan kısım olmasaydı bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı bilinmesine rağmen, kısmi hükümsüzlük uygulanarak sözleşmenin geri kalan kısmının geçerli kalmaya devam ettiği kabul edilir⁵¹⁷. Doktrinde, bu durumu nitelendirmek adına “zorunlu kısmi hükümsüzlük” tabiri kullanılmaktadır⁵¹⁸. Kaldı ki, bu kuralın ilgili kanun hükmünde açıkça belirtildiği durumlarda vardır. Örneğin, TBK m. 22 uyarınca, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, yazılmamış sayılmasına karar verilen genel işlem şartları olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürme hakkı bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir.

TBK m. 27 f. 2 gereğince, tarafların farazi iradeleri çerçevesinde sözleşmenin tamamının geçersiz olacağına kabul edilip edilemeyeceğinin tartışıldığı

taraf iradesini ayakta tutma gereğine dayandığı ifade edilmektedir. Bkz: Atamer, s. 222; Başalp, s. 388, dn. 736; Başpınar, s. 4; Kırkbeşoğlu, s. 103.

⁵¹⁶ Akyol, s. 175; Atamer, s. 222; Ayan, s. 190; Başpınar, s. 29; Baştuğ, s. 94; İnan / Yücel, s. 234; Kırkbeşoğlu, s. 33; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 181; Reisoğlu, Safa, s. 140. Bazı yazarlar tarafından, TBK m. 27 f. 2 gereğince tarafların farazi iradeleri doğrultusunda, sözleşmenin bir kısmındaki sakatlık olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağına anlaşıldığı hâllerde uygulanacak olan sözleşmenin tamamına etkili olan kesin hükümsüzlük, “dar anlamda tam hükümsüzlük” olarak nitelendirilmektedir. Kırkbeşoğlu, s. 33.

⁵¹⁷ Kırkbeşoğlu, s. 36; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 180. Bu konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz: Kırkbeşoğlu, s. 34 vd.

⁵¹⁸ Kırkbeşoğlu, s. 37.

durumlardan biri de sözleşmede yer alan sorumsuzluk şartının emredici kurallara aykırı olması hâlidir. Doktrinde azınlıkta kalan görüş⁵¹⁹, sorumsuzluk şartının geçersiz olması hâlinde TBK m. 27 f. 2'nin uygulanmaması için geçerli bir sebep bulunmadığını; bu sebeple, borçlunun, sorumsuzluk şartının kısmen ya da tamamen geçersiz olacağını bilmesi hâlinde sözleşmeyi hiç yapmayacağı anlaşılıyorsa, asıl sözleşmenin de hükümsüz olması gerektiğini ileri sürmektedir⁵²⁰. Bu görüşü savunun yazarlara göre, asıl sözleşmenin tamamen geçersiz olduğu kabul edilse bile, alacaklı sözleşmenin tamamının geçersiz olması hâlinde dahi menfî zararlarını isteyebileceğinden alacaklı kanuni korunmadan yoksun da değildir.

Doktrinde hâkim olan görüşe⁵²¹ göre ise, borçlunun sorumsuzluk şartı olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağını iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırı olduğundan dolayı, sorumsuzluk şartı olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacağı anlaşılrsa dâhi, bu durum asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilememelidir. Bu nedenle, burada borçlunun sorumsuzluk anlaşmasının kısmen ya da tamamen geçersiz olacağını bilmesine rağmen asıl sözleşmeyi yapması veya bilse dâhi asıl sözleşmeyi yapacak olması şartı aranmaksızın sözleşmenin kısmi hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵²². Öyle ki, bu görüşü savunun yazarlara göre, aksi yönde bir uygulama, TBK m. 116 f. 3'da yer alan sınırlamanın amacına ulaşamamasına ve alacaklının menfaatlerinin yeterince korunmamasına yol açacaktır⁵²³. Bize göre de, bu görüşü savunan yazarlar bu kaygılarında haklıdırlar. Zira, aksi kabul edildiği takdirde, asıl sözleşmenin ifasına ilişkin menfaatten dolayı, bu sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin 2'nci

⁵¹⁹ Alniak, s. 346-347; Saymen / Elbir, s. 727.

⁵²⁰ Alniak, s. 346-347; Saymen / Elbir, s. 727.

⁵²¹ Akman, s. 109; Başalp, s. 392; İnan, 1979, s. 491; Karaca, s. 54; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 270; Kırkbeşoğlu, s. 44; Nomer, s. 313; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 410 - 411; Sanlı, s. 380, dn. 1251; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 283; Şenocak, s. 256; Tandoğan, Mesuliyet, s. 456; Yavuz, s. 202.

⁵²² Akman, s. 109 – 110; Ayan, s. 400; Başalp, s. 392; Eren, 2017, s. 1111; İnan, 1979, s. 491; Karaca, s. 54; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 270; Kırkbeşoğlu, s. 44; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 283; Şenocak, s. 256; Tandoğan, Mesuliyet, s. 456; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 885 - 886.

⁵²³ Akman, s. 109 – 110; Başalp, s. 392; Karaca, s. 54; Şenocak, s. 256; Tandoğan, Mesuliyet, s. 456.

fikrasına göre tamamen geçersiz sayılmasını göze alamayacak olan alacaklıya uyuşmazlığı yargıya taşımamaktan ve sorumsuzluk anlaşmasına katlanmaktan başka bir seçenek kalmayacaktır.

Dikkate alınması gereken önemli bir diğer nokta da, kusurun tüm hâllerini kapsamına alan ve genel nitelikte bir sorumsuzluk şartının sözleşme özgürlüğü ve taraf iradesi gereğince sadece kanuni sınırları aştığı ölçüde geçersiz sayılması gereğidir⁵²⁴. Doktrinde geçerliliği koruyucu indirgeme yöntemi adı verilen bu yönteme göre, her türlü sorumluluğu bertaraf eden bir sorumsuzluk anlaşması geçersiz kısmından arındırılarak, kanunun izin verdiği içerikte ayakta tutulmalıdır. Örneğin, gerek borçlunun kendi davranışlarından gerekse yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin olarak yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasının, TBK m. 115 f. 1 gereği borçlunun ağır kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumluluğu bakımından geçersiz sayılması gerekirken, borçlunun hafif kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumluluğu ve yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğu bakımından borçluyu sorumluluktan kurtaracağı kabul edilmesi gerekir. Zira, TBK'nın 115'inci maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen sınırlamaya tâbi olan ve hem borçlunun hem yardımcı kişinin her türlü kusurundan dolayı sorumluluğu ortadan kaldıran anlaşmanın, borçlunun hafif kusuruna ve yardımcı kişinin her türlü kusuruna ilişkin kısmı kanunen sınırlanmış değildir; bu itibarla sözleşmenin bu kısmının geçersiz olduğu sonucuna da varılmaması gerekir.

Yine doktrinde, bu görüşe istinaden, dolaylı zararlar için yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu TBK m. 166 f. 2 çerçevesinde ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşmalarının, vücut bütünlüğüne verilen zararlardan sorumluluğun kaldırılması ahlaka aykırı görüldüğünden dolayı, vücut bütünlüğüne verilen zararlar kapsam dışında bırakılmak üzere geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir⁵²⁵.

⁵²⁴ Alnrak, s. 347; Başalp, s. 393; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 271; Kırkbeşoğlu, s. 47; Oğuzman / Öz, Cilt – 1, s. 411; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 283; Şenocak, s. 255; Tandoğan, Mesuliyet, s. 456; Yavuz, s. 202.

⁵²⁵ Şenocak, s. 255.

Bununla birlikte, bazı yazarlar⁵²⁶ tarafından haklı olarak ifade edildiği üzere genel işlem şartları içinde yer alan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından geçerliliği koruyucu indirgeme yöntemi sınırlandırılmalıdır. Zira, genel işlem şartları içerisinde yer verilen genel sorumsuzluk şartları bakımından bu yönde bir uygulamaya gidilmesi borçlu nezdinde her hâlükârda geçersiz kısımların ayıklanması neticesinde kanun tarafından sağlanan azami korumanın elde edilebileceği yönünde bir kanaat oluşturacağından dolayı, borçluyu tek taraflı olarak kaleme aldığı genel işlem şartları içerisinde aşırı klozlara yer vermeye teşvik edecektir. Bu sonuç ise mevcut Türk Borçlar Kanunu'nda benimsenen hukuk politikası ile uyumsuzdur. Öyle ki, kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarını altı yeni madde ile (TBK m. 20 - 25) düzenleyerek tek taraflı olarak kaleme alınan genel işlem şartlarının daha özenli şekilde kaleme alınmasını ve taraflar arasındaki sosyo-ekonomik güç dengesizliklerinin törpülenmesini amaçlamaktadır. Buna göre, genel işlem şartları içerisinde yer alan sorumsuzluk şartları bakımından, içerik denetimi aşamasında alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede hakim menfaat dengesinin incelenmesi gerekir. Bu inceleme neticesinde, genel işlem koşullarında yer alan başka bir kloz (örneğin sorumsuzluk anlaşması karşısında cazip fiyat teklif edilmiş olması veya sigorta sağlanması gibi) alacaklının sorumsuzluk anlaşması bakımından verdiği ödünü haklı çıkarmadığı müddetçe sorumsuzluk anlaşması tümüyle geçersiz kabul edilerek, TBK m. 114 ile 116 gereğince, borçlunun kendisinin ve yardımcılarının her türlü kusurundan sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁵²⁷.

⁵²⁶ Başalp, s. 395; Kırkbeşoğlu, s. 52.

⁵²⁷ Başalp, s. 395 - 397.

4.3. SORUMLULUK VE RÜCU İLİŞKİSİ

4.3.1. Borçlu İle Zarara Uğrayan Alacaklı Arasındaki Sorumluluk İlişkisi

Türk Borçlar Kanunu'nun 116'ncı maddesinin gereğince, çalışmamızın üçüncü bölümünde yer alan şartlar gerçekleştiği takdirde borçlu, borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında çalıştırdığı yardımcı kişinin işini gördüğü sırada borca aykırı bir davranışla diğer tarafa vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulmaktadır. Bu hükümle yardımcı kişi kullanan borçlunun kendi fiillerinden sorumluluğunun yanı sıra, onun için yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı istisnai nitelikte bir sorumluluk esası öngörülmüş olduğundan borçlunun hangi esaslar çerçevesinde ve ne ölçüde sorumlu olacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Borçlunun TBK m. 116 gereğince sorumluluğu sözleşmeye dayanmaktadır. Öyle ki, borçlunun sorumluluğunun söz konusu olması için yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere yardımcı kişi kullanan borçlu ile zarar gören karşı taraf arasında bir borç ilişkisi bulunması ve alacaklının bu borç ilişkisi çerçevesinde yardımcı kişi tarafından işin görülmesi sırasında gerçekleştirilen borca aykırı bir davranış sonucunda zarara uğramış olması aranmaktadır.

Bu kapsamda, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı karşı tarafın uğradığı zarardan, bu zarara kendi sebebiyet vermişçesine sorumlu olan borçlunun ne nispette sorumlu olacağı belirlenirken, borçlu tarafından bizzat sebebiyet verilen zararların tazmininde başvuru TBK'nın 114'üncü maddesi esas alınır⁵²⁸. Zira, her ne kadar "genel olarak" başlıklı TBK m. 114 hükmü ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk normunun, "Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı" başlıklı ortak üst başlık altında düzenlenmesi dolayısıyla sistematik ve lafzi bir yorumla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kapsamının özel olarak

⁵²⁸ Borçlunun tazminat yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: s. 133 vd.

düzenlendiği ve TBK m. 114 hükmünün yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa uygulanmaması gerektiği ileri sürülebilirse de, amaca dayalı yorum yapıldığında borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun ayrıca düzenlendiğinin kabul edilmesi için herhangi bir gerekçe bulunmaması dolayısıyla genel olarak tüm sözleşme ihlallerinde sorumluluğun kapsamının belirlenmesi amacıyla başvuru TBK m. 114 hükmünün, yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluk alanında da uygulaması gerektiği görülecektir. Nitekim doktrinde ve uygulamada da, TBK m. 116 gereği borçlunun sorumlu olduğu durumlarda, sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamının belirlenmesi için TBK m. 114 hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵²⁹.

Bu noktada bizzat borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi hâlinde olduğu gibi, yardımcı kişinin fiilleri sebebiyle alacaklının zarara uğraması durumunda da, TBK m. 114 f. 2 gereğince sorumluluğun ve tazminatın kapsamı belirlenmesinde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin esas alınması gerektiğine bir kez daha önemle değinilmelidir.

Bunun yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin genel hükümleri ve TBK m. 114 f. 2'nin atfı dolayısıyla tazminatın belirlenmesine ilişkin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin yanı sıra borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, borçlu ile karşı taraf arasındaki borç ilişkisinin ve durumun özelliğinden kaynaklanan birtakım unsurların da dikkate alınması gerekebilir⁵³⁰.

4.3.2. Yardımcı Kişi İle Zarara Uğrayan Alacaklı Arasındaki Sorumluluk İlişkisi

Yardımcı kişinin fiillinden doğan zarar nedeniyle, alacaklı TBK m. 116 gereğince ancak borçludan tazminat talebinde bulunabilir. Alacaklının, borçlu ile arasındaki

⁵²⁹ Korur, s. 75; Şenocak, s. 224.

⁵³⁰ Korur, s. 75. Bu konu "Tazminatın Kapsamını Etkileyen Diğer Unsurlar" başlığı altında ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Bkz: s. 135 vd.

borç ilişkisine dayalı olarak, doğrudan yardımcı kişiye başvurması mümkün değildir⁵³¹. Bununla birlikte, alacaklının borçlu ile arasındaki borç ilişkisine dayalı olarak doğrudan yardımcı kişiye başvurması mümkün değilse de, yardımcı kişinin TBK m. 116 gereğince borçlunun sorumluluğuna yol açan davranışı aynı zamanda onun şahsi sorumluluğuna yol açacak nitelikteyse, alacaklı ilgili sorumluluk hükmüne dayanarak zararın ödenmesini yardımcı kişiden de talep edebilir⁵³². Bu durumda, hem borçlunun hem de yardımcı kişinin aynı zarardan, farklı hukuki sebeplerden dolayı sorumluluğu söz konusu olur.

Genellikle yardımcı kişinin alacaklıya karşı şahsen sorumlu olması durumu, yardımcı kişinin zarara sebep olan fiilinin alacaklıya karşı haksız fiil oluşturduğu durumlarda gerçekleşir. Her ne kadar borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğu için yardımcı kişinin gerçekten kusurlu olması şartı aranmıyorsa da, yardımcı kişinin zarara sebep olan hukuka aykırı fiilin icrasında bizzat kusurlu bulunması hâlinde yardımcı kişi alacaklıya karşı bizzat sorumlu olabilir⁵³³. Sözgelimi, bir tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında sürdürülen tedavi sırasında hastanın hastane hekimi veya diğer tıbbi personellerin kusurlu fiillerinden dolayı bir zarara uğraması hâlinde, hastane işletmecisinin TBK m. 116 gereğince kusursuz sorumluluğundan bağımsız olarak, gerek hastane hekimleri gerekse tıbbi personel kendilerine isnat edilebilen hukuka aykırı ve kusurlu eylemlerden dolayı şahsen haksız fiil sorumlusudur⁵³⁴. Bununla birlikte, dikkat edilmesi gereken bir husus da, yardımcı kişinin bizzat sorumlu tutulması için, kusurlu bulunmasının her zaman şart olmadığıdır. Zira kanunda öngörülen kusursuz sorumluluk hâllerinden birinin varlığında, hem borçlu hem de yardımcı kişinin kendisi, kusursuz bir fiil dolayısıyla müteselsil olarak alacaklıya karşı sorumlu olabilecektir.

⁵³¹ Bozer, s. 216; Eren, 2017, s. 1107; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 562; Kayar, s. 167, Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 678; Reisoğlu, Kemal, s. 29; Reisoğlu, Safa, s. 367; Tandoğan, Mesuliyet, s. 452; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 901.

⁵³² Bozer, s. 216 - 217; Eren, 2017, s. 1107; Feyzioğlu, s. 200 ve 207; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 562; Serozan, Borçlar Hukuku, s. 290; Tandoğan, Mesuliyet, s. 452; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 901.

⁵³³ Gülerci / Kılınç, s. 257; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 678; Tuncomağ, s. 849.

⁵³⁴ Demir, Hastanelerin Sorumluluğu, s. 186.

Bunun yanı sıra yardımcı kişinin alacaklıya karşı sorumluluğu sözleşmesel bir ilişkiye de dayanabilir. Bu durum özellikle yardımcı kişinin işin yürütülmesi sırasında aynı zamanda borçlu olduğu durumlarda görülmektedir⁵³⁵. Örneğin, bir hastanın, hastanenin tedavisi için görevlendirdiği doktorun dışında, tedavinin gösterdiği özellik nedeniyle konusunda isim yapmış ve aynı hastanede görev yapmakta olan başka bir doktorun da tedavisinde görev almasını isteyerek ilgili doktorla ayrıca özel bir tedavi sözleşmesi yapması hâlinde, hastanın tıbbi müdahale nedeniyle uğradığı zarardan dolayı TBK m. 116 gereği sorumlu olan hastane işletmecisi, hastanın tedavisinde bulunması için özel olarak tedavi sözleşmesi yapmış olduğu ve hastane işletmecisinin tedaviye katılmasına rıza gösterdiği doktor ile birlikte müteselsilen sorumludur⁵³⁶.

Yukarıda belirtilen sebeplerden birine dayalı olarak yardımcı kişinin alacaklıya karşı bizzat sorumlu olması hâlinde, borçlu ve yardımcı kişi TBK m. 62 gereğince meydana gelen zarardan müteselsil olarak sorumludur⁵³⁷. Buna göre alacaklı meydana gelen zarar nedeniyle borçlu veya yardımcı kişiden birine başvurabileceği gibi, her ikisine birden de başvurabilecek, ancak içlerinden herhangi biri ifada bulunduğu durumda, ifa edilen miktar oranında diğeri de

⁵³⁵ Şenocak, s. 263.

⁵³⁶ Kıcalıoğlu, s. 379 – 380.

⁵³⁷ Eren, 2017, s. 1107; Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014, s. 210; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 678; Nomer, s. 417 – 418; Tandoğan, Mesuliyet, s. 379. Bu konuda Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 13.06.1969 tarihli kararında yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: "Taraflar arasındaki istisna akdinin icrası sırasında davalılar tarafından meydana getirilen zararın tazminini dâvacı talep ve dâva etmiştir. Davalılardan M. İ., pürmüz lâmbası ile boya işinde çalışırken yangın zuhur etmiş ve boyanmakta olan bina tamamen yanmıştır. Borçlar Kanununun 100. Maddesi gereğince dâvalı M.İ.'nin meydana verdiği zarardan müteahhit olan diğer dâvalı A.B. de müteselsilen sorumludur. Bilirkişi raporuna göre, dâvalı M.'nin kusuru sabittir. Müteahhidin de gerekli tedbirleri almadığı anlaşılmıştır." Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 732'de nakledilen Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 13.06.1969 tarih ve 1704 E., 3094 K. sayılı ilamı. Özel dairenin yukarıda belirtilen kararı yardımcı kişinin verdiği zarardan yardımcı kullanan borçlunun yardımcı kişi ile birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulmuş olması bakımından emsal niteliktedir. Bununla birlikte, yardımcı kişi kullanan müteahhidin meydana gelen zarardan dolayı sorumluluğu bakımından gerekli tedbirleri almak yönünde kusurunun bulunması şart değildir. Öyle ki, müteahhit, yardımcı kişinin seçim ve denetiminde her türlü tedbir ve özeni almış olması hâlinde dahi, alacaklının yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı uğramış olduğu zarardan ötürü sorumludur.

sorumluluktan kurtulur⁵³⁸. Zira zarardan fazla tazminat olmaz ilkesi gereğince, müteselsil borçlulardan birinin zararı tazmini, tazmin edilen zarar miktarınca alacaklının ötekine karşı talep hakkını sona erdirir⁵³⁹.

Borçlu ve yardımcı kişinin meydana gelen zarardan birlikte sorumlu olması hâlinde, alacaklının borçlu ve yardımcı kişiden elde edebileceği tazminat miktarı birbirinden farklı olabilir. Zira, tazminat miktarının belirlenmesinde esas belirleyici unsur olan zarar miktarı her iki durumda da aynı olsa dahi, tazminat yükümlüsü borçlu veya yardımcı kişi nezdinde, kişisel olarak tazminat miktarından indirim yapılmasını gerektirecek şart ve koşulların mevcut olabilir. Bu durumda, kişisel indirim sebebinin ileri süren müteselsil borçlunun sorumluluğu azaltılırken, diğer müteselsil borçlu, kendi nezdinde tazminattan indirim yapılmasını gerektirecek bir sebep yoksa zararın tamamından sorumlu tutulabilecektir⁵⁴⁰. Sözgelimi iş borçlu için bir yarar sağlamıyorsa TBK m. 114 f. 1 gereğince borçlu açısından sorumluluk daha hafif şekilde değerlendirilebileceği gibi, zarara hafif kusuruyla sebep olmuş olan yardımcı kişinin tazminatı ödendiğinde yoksulluğa düşecek olması hâlinde de hakkaniyet gereği hâkim yardımcı kişi açısından tazminatın indirilmesine karar verebilir. Bu durumda, müteselsil borçlulardan biri açısından tazminattan indirim yapılmasını gerektirecek olan kişisel sebep, sadece o kişinin ödemekle yükümlü olduğu

⁵³⁸ Murat Canyürek, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003, s. 13 ve 26 vd; Ahmet Hakan Dağdelen, 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanununda Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2011, s. 80 - 81; Gülerci / Kılınç, s. 257; Günay, s. 133; İnan / Yücel, s. 451; Kapancı, s. 24; Reisoğlu, Safa, s. 212; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 285; Velidedeoğlu / Kaynar, s. 165.

⁵³⁹ İnan / Yücel, s. 451; Feyzioğlu, s. 207.

⁵⁴⁰ Aynı görüşte: Canyürek, s. 43; Dağdelen, s. 102; Nurcihan Dalcı Özdoğan, Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Ankara 2015, s. 197 - 198; Gülerci / Kılınç, s. 194; Günay, s. 133; Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 718; Çiğdem Kırca, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 38; Şenocak, s. 264; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 310; Yavuz, s. 124. Aksi görüşte: Kapancı, s. 39 ve 178 - 180; Oğuzman / Öz, Cilt - 2, s. 302; Tunçomağ, s. 599.

tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağından dolayı, alacaklının borçlu ve yardımcı kişiden elde edebileceği tazminat miktarı da farklılaşabilmektedir⁵⁴¹.

Bununla birlikte, borçlu ya da yardımcı kişi tazminat yükümlülüğü bakımından alacaklı tarafından kısmen veya tamamen ibra dahi edilebilir. Bu durumda, TBK m. 166 f. 3 gereğince borçlu veya yardımcı kişiden biri, alacaklıyla yaptığı ibra sözleşmesi ile borcundan kurtulursa, diğerinin sorumlu olduğu borç da ibra edilen kişinin iç ilişkide payına düşen miktar ölçüsünde azalır⁵⁴².

Bununla birlikte önemle belirtilmesi gereken bir başka husus ise, gerek borçlu ile zarar gören alacaklı arasında hâli hazırda bir borç ilişkisi bulunuyor olması gerekse borçlu ve yardımcı kişinin ekonomik durumu itibarıyla, meydana gelen zararın tazmini için alacaklının borçluya başvurmasının genel olarak menfaatine daha uygun düşecek olmasıdır.

4.3.3. Borçlu İle Yardımcı Kişi Arasındaki Rücu İlişkisi

TBK m. 116 f. 1 gereğince borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden dolayı karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olması, söz konusu zararın nihai etkisinin her zaman borçlunun malvarlığı üzerinde görüleceği anlamına gelmemektedir. Borçlu, ödemek zorunda olduğu tazminat nedeniyle uğradığı zararı, belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde bu zarara sebep olan yardımcı kişiye rücu edebilir.

⁵⁴¹ Müteselsil sorumluluk kapsamında, dış ilişkide zarar gören alacaklıya karşı bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceği doktrinde uzun zamandır tartışılmakta olup, bu hususta detaylı inceleme için bkz. Dalcı - Özdoğan, s. 129 vd.

⁵⁴² Dağdelen, s. 117 – 118; Dalcı - Özdoğan, s. 47 – 48; Gülerci / Kılınç, s. 195; Günay, s. 133; Kapancı, s. 228; Nomer, s. 418; Reisoğlu, Safa, s. 445; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 504; Yavuz, s.121. Bununla birlikte, 6098 sayılı kanun ile müteselsil sorumluluk konusunda getirilen önemli yeniliklerden biri olan TBK m. 166 f. 3 düzenlemesi, kanun hükmü ile alacaklı aleyhine onun iradesine aykırı bir durumun kabul edilmesinin isabetsiz olduğu gerekçesiyle bazı yazarların eleştirilerine konu olmuştur. Kırca, Müteselsil Sorumluluk, s. 47.

Yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 116 hükmü bu konuya ilişkin özel bir düzenleme içermediğinden dolayı, alacaklıya karşı ödemede bulunan borçlunun ödediği tazminat için yardımcı kişiye rücu yoluyla başvurup başvuramayacağı, borçlu ve yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişkinin nitelik ve şartları ile müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkiye ilişkin genel hükümlere göre belirlenmelidir^{543,544}.

Borçlu ile yardımcı kişi arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunması zorunluluğu bulunmasa da, uygulamada genellikle borçlu ile yardımcı kişi arasında hizmet, eser, vekâlet ve benzeri bir sözleşmesel ilişki bulunmaktadır. Bu durumda, borçlunun yardımcı kişiye karşı rücu imkânına sahip olup olmaması ve rücu etme imkânı olduğu takdirde, rücunun kapsamı açısından öncelikli olarak belirleyici olan, yardımcı kişi ile borçlu arasındaki söz konusu sözleşmenin şart ve hükümleridir⁵⁴⁵. Sözgelimi, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki sözleşmede, taraflarca kararlaştırılan sorumsuzluk şartları ile borçlunun rücu imkânı tamamen ortadan kaldırılmış veya sınırlandırılmış olabilir.

Borçlu ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunan yardımcı kişinin alacaklıya karşı şahsen ve doğrudan sorumlu olması hâlinde, borçlunun, rücu talebini sözleşme ilişkisine değil, TBK'nın 62'nci maddesine dayalı şekilde ileri sürmesi de mümkündür⁵⁴⁶. Bununla birlikte, borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşmesel bir ilişki olması hâlinde, ispat yükümlülüğü bakımından rücu talebinin sözleşmeye dayalı olarak ileri sürülmesi borçlu için daha elverişlidir. Şöyle ki, rücu talebinin

⁵⁴³ Aynı görüşte bkz: Eren, 2017, s. 1107; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 678; Korur, s. 77; Oğuzman / Öz, Cilt -1, s. 417, dn. 200; Şenocak, s. 261; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 900; Tuhr, s. 598; Yavuz, s. 207; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumahoğlu, s. 325.

⁵⁴⁴ Müteselsil borçlular arasındaki iç ilişki kapsamında, ödemede bulunan borçlunun, birlikte borçlu olduğu diğer kişilere rücu yoluyla başvurması hakkında detaylı bilgi için bkz. Dalcı - Özdoğan, s. 81 vd.; Kapancı, s. 388 vd.

⁵⁴⁵ Eren, 2017, s. 1107; Feyzioğlu, s. 208; İnan, 1979, s. 494; İnan / Yücel, s. 616; Karaca, s. 49, dn. 5 ve s. 56; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 562; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 678; Korur, s. 77; Oğuzman / Öz, Cilt - 1, s. 417 dn. 200; Reisoğlu, Safa, s. 367; Saymen / Elbir, s. 725; Şenocak, s. 261; Tandoğan, Mesuliyet, s. 451; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 900; Tuncomağ, s. 848; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumahoğlu, s. 325.

⁵⁴⁶ Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, s. 721; Korur, s. 78; Oğuzman / Öz, Cilt - 1, s. 417 dn. 200; Reisoğlu, Safa, s. 367; Tandoğan, Mesuliyet, s. 451 - 452.

TBK m. 62'ye dayandırılması hâlinde, borçlunun yardımcı kişinin zararın ortaya çıkmasında kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Oysa, borçlunun, yardımcı kişi ile aralarındaki sözleşmeye dayalı olarak rücuda bulunması durumunda, TBK m. 112 gereğince yardımcı kişinin kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir⁵⁴⁷.

Borçlu ile yardımcı kişi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa, borçlu yardımcı kişiye ancak TBK m. 62 uyarınca rücu edebilecektir. Bununla birlikte, borçlunun yardımcı kişiye TBK m. 62'ye dayalı olarak rücu edilebilmesi için, yardımcı kişinin alacaklıyı zarara uğratan davranışının aynı zamanda onun şahsi sorumluluğunu doğurabilecek nitelikte olması gerektiğine dikkat edilmesi gerekir. Sözelimi, yardımcı kişinin davranışı alacaklıya karşı bir haksız fiil niteliğinde ise, borçlu alacaklıya yaptığı ödeme için yardımcı kişiye TBK m. 62'ye göre rücu edebilir⁵⁴⁸.

Bunların yanı sıra, TBK m. 62 gereğince borçlunun yardımcı kişiye rücu etmesi bakımından özellikle dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da tarafların karşılıklı kusur durumlarıdır. Rücu tazminatı yardımcı kişinin kusuru oranında gerçekleşecektir⁵⁴⁹. Sözelimi yardımcı kişinin borçlunun emir ve talimatlarına aykırı davranarak zarara sebep olması veya aksine yardımcı kişinin hafif kusurlu veya kusursuz bir fiili neticesinde zararın gerçekleşmesi rücu ilişkisinde tazminatın paylaşılması bakımından değerlendirilmelidir.

⁵⁴⁷ Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk, s. 37; Şenocak, s. 262.

⁵⁴⁸ Bozer, s. 216; Eren, 2017, s. 1107; İnan / Yücel, s. 616 - 617; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 679; Şenocak, s. 262; Tandoğan, Mesuliyet, s. 451; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 900; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumahoğlu, s. 325.

⁵⁴⁹ Eren, 2017, s. 1107; İnan / Yücel, s. 452; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 477; Tuncomağ, s. 848 – 849.

4.3.4. Müteselsil Borçluların Müşterek Bir Yardımcı Kişiden Dolayı Sorumluluğu

Müteselsil borçluluk, kanun veya sözleşme gereği her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olan birden çok borçlunun bulunduğu, fakat bu borçlulardan birinin borcu ifası ile diğerlerinin de alacaklıya karşı borçtan kurtulduğu birlikte borçluluk ilişkisidir⁵⁵⁰. Borçlular arasında teselsül bulunan borç ilişkilerinde, müteselsil borçlular, üçüncü bir kişiyi müteselsil borcun ifasında müşterek yardımcı kişi olarak kullanabilir⁵⁵¹. Sözgelimi, TBK m. 638 f. 3 gereğince aksi kararlaştırılmadığı sürece üçüncü kişiye karşı ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçları müteselsilen yerine getirmekle yükümlü olan bir adi ortaklık tarafından işin yürütülmesi sırasında görevlendirilen üçüncü bir kişi bu adi ortaklığa dâhil her bir ortağın yardımcı kişisi sayılır.

Bunun yanı sıra, doktrinde bir görüş müteselsil borçlulardan birinin de, diğer müteselsil borçlunun yardımcı kişisi ya da müteselsil borçluların müşterek yardımcı kişisi olabileceğini savunmaktadır⁵⁵². Bu görüşe göre, "kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz" hükmünü öngören TBK m. 165 gereğince, kural olarak müteselsil borçlulardan birinin temerrüde düşmesi veya kusurlu ifa imkânsızlığına sebep olması hâlinde diğerlerinin bundan etkilenmeyeceği kabul

⁵⁵⁰ Kapancı, s. 23 – 24; Reisoğlu, Safa, s. 442; Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 501.

⁵⁵¹ Şenocak, s. 257-258.

⁵⁵² Kapancı, s. 159, dn. 722'de anılan yazarlar; Şenocak, 258 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 311, dn. 32'de anılan Andreas von Tuhr / Arnold Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974, §90, V. 3. Bununla birlikte, Kapancı, bu görüşün savunulabilmesi için müteselsil borçluların borçlandıkları edimin aynı ve borçlulardan biri tarafından tek başına ifa edilebilir nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, her bir müteselsil borçlunun yüklediği borcun konusunun farklı olması hâlinde bu görüş uygulama alanı bulamaz; buna karşın, müteselsil borçlular aynı edimi borçlanmışlarsa, bu görüşe göre borçluların birbirinin ifa yardımcısı olduğu söylenebilir. Kapancı, s. 159 – 160. Diğer taraftan, yazar, böyle bir durumda dahi müteselsil borçluların birbirlerinin yardımcı kişisi olduğu görüşüne borçlunun yardımcı kişinin ifaya katılmasına rıza göstermesi şartı bakımından şüpheyle yaklaşmaktadır. Şöyle ki, yazara göre, müteselsil borçluların kendi alanlarında gerçekleşmekte olan bir ifa faaliyeti bulunmaması sebebiyle, ifada bulunmayarak diğer müteselsil borçluların ifasına rıza gösterdiğinden bahsedilmeyeceği için borçlunun rıza gösterdiği varsayımı isabetli değildir. Kapancı, s. 162.

edilmekle birlikte, öngörülen istisnanın kapsamı geniş yorumlanmakta ve TBK m. 116'nın da kuraldan sapmayı haklı kılan kanuni bir hüküm olduğu kabul edilmektedir. Öyle ki, bu çerçevede müteselsil borçlular, içlerinden her birinin ifasına katılmakla, ifası için işbirliği yapmakla yükümlü olduğu bir borcu taahhüt ettikleri takdirde, her bir müteselsil borçlu diğerlerinin, söz konusu müteselsil borcun ifası için yardımcı kişisi sayılacaktır. Öte yandan, bu görüş alacaklıya karşı kendi şahsi borcunu ifa etmekle yükümlü olan bir kimsenin, diğer borçlunun yardımcısı yerine konulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Buna göre, yardımcının alacaklıyla sözleşmesel bir bağlantısı olmaması gerektiğinden, müteselsil borçlunun, bir diğer müteselsil borçlunun sözleşmeye aykırı davranışından TBK m. 116'ya göre sorumlu olması mümkün değildir⁵⁵³. Bize göre, TBK m. 165'in istisnasının geniş yorumlanarak TBK m. 116 hükmü gereğince müteselsil borçluluk ilişkilerinde, müteselsil borçluların birbirlerinin yardımcı kişisi olduğu sonucuna varmadan önce, her somut olayın titizlikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar, bir kişinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilmesi için alacaklı ve bu kişi arasında herhangi bir sözleşme bulunmaması yönünde genel bir yasak bulunmasa da, müteselsil borçluların borçlarının içerik, ifa yeri, ifa zamanı ve benzeri unsurlar bakımından birbirinden tamamen bağımsız olduğu durumlarda, her bir müteselsil borçlu, müteselsil borcun ifası açısından diğerlerinin yardımcı kişisi olarak kabul edilmemelidir. Bununla birlikte, biz her bir müteselsil borçlunun borcunun birbiri ile sıkı şekilde bağlantılı olduğu ve bu kapsamda müteselsil borçluların, her bir borcun ifası için işbirliği yapmakla yükümlü olduğu ve fiilen birbirlerinin yükümlülüklerinin ifasına katıldığı durumlarda, müteselsil borçlular arasında borçlu – yardımcı kişi ilişkisi olduğu kabul edilebilir düşüncesindeyiz. Sözelimi, adi ortaklığa dâhil olan ortaklardan her birinin veya bu ortağın yardımcılarının, adi ortaklık işlerinin ifası bakımından diğer ortakların TBK m. 116 anlamında yardımcı kişisi sayıldığı ve dolayısıyla, her bir ortağın, diğer bir ortağın veya bu ortağın ifa yardımcılarının ortaklık işlerini yürüttükleri sırada, ortaklık ile arasında

⁵⁵³ Turgut Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 1971 Ankara, s. 196 - 197; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 311, dn. 32; Tuncomağ, s. 1046.

borç ilişkisi bulunan bir kişinin malvarlığı ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatine verdiği zararlardan da sorumlu olması gerektiği kabul edilebilir. Özellikle otoyol, havaalanı, hızlı raylı sistem, baraj gibi tek bir kişi veya şirket tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olmayan çok büyük yatırımların yapılması amacıyla başvurulmuş joint venture veya müteselsil sorumluluğun hâkim olduğu başka bir adi ortaklıkta, söz konusu ortak girişime katılan her bir gerçek veya tüzel kişi iş sahibine karşı sadece ortak girişime dâhil olan diğer yüklenicilerin değil, aynı zamanda onların işçilerinin fiillerinden dolayı da sorumludur.

Bununla birlikte, bir diğer ortak girişim türü olan konsorsiyum bakımından, ortakların sorumluluğu hususunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, ortakların olağan sorumluluk rejimi açısından konsorsiyum, adi ortaklığın normal düzenine oranla farklılık taşıdığından ve üçüncü kişi ile yapılan sözleşme ile konsorsiyuma katılan ortakların müteselsil sorumlulukları bertaraf edilmekte olduğundan dolayı, konsorsiyumda her ortak iş sahibine karşı yalnızca kendi üstlendiği iş kısmı ile sorumludur. Aksi hâlde, ortaklar arasındaki gerçek ve teknik anlamda bir konsorsiyum değil, müteselsil sorumluluğun hâkim olduğu diğer bir adi ortaklık söz konusu olur⁵⁵⁴. Buna karşın, doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, konsorsiyuma dâhil olan her bir ortak ve bu ortağın yardımcıları, sözleşmenin ifası bakımından diğer ortakların TBK m. 116 anlamında yardımcı kişisi sayılır ve bundan dolayı her bir ortak, diğer bir ortağın veya bu ortağın ifa yardımcılarının ortak eser sözleşmesine aykırı davranışlarıyla sebep olduğu zarardan dolayı sorumlu tutulabilir⁵⁵⁵.

Bu noktada önemle üzerinde durulması gereken husus, müteselsil borçluların TBK m. 116 gereğince müşterek yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluğunun da müteselsil olduğudur. Öyle ki, Türk Borçlar Kanunu'nun

⁵⁵⁴ Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 224 - 225; Turan Şahin, *Konsorsiyum Sözleşmesi*, TBB Dergisi 2011 (92), s. 451 – 483, s. 466 vd.

⁵⁵⁵ Şenocak, s. 60; Tandoğan, *Eser Sözleşmesi*, s. 86.

61'inci maddesi gereğince, aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olan birden çok kişi arasında kanundan doğan bir müteselsil sorumluluk ilişkisi ortaya çıkmaktadır. TBK m. 61 hükmü tamamen lafza dayalı şekilde yorumlandığında, kanun koyucunun sanki birden çok kişinin aynı zarara aynı hukuki sebepten dolayı sorumlu olduğu durumları hükmün kapsamı dışında tutmak istediği şeklinde bir yorum yapılması mümkündür. Bununla birlikte, kanun koyucunun birden çok kişinin aynı zarardan sorumlu olduğu hâllerde zarar gören kişiye daha etkin bir koruma sağlama amacından yola çıkıldığında, bu hükmün birden çok kişinin aynı zarardan, aynı hukuki sebebe dayalı olarak sorumlu olduğu durumlarda da uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Aynı görüşte bkz: İnan / Yücel, s. 450; Korur, s. 56; Şenocak, s. 260; Tandoğan, Mesuliyet, s. 380.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çağımızda borçlunun alacaklıya karşı borçlanmış olduğu edimi bizzat ifa etmesi, alacaklının ise haklarını şahsen kullanması işin nitelik ve hacmi, iş bölümüne dayalı ürün ve hizmet üretimi ile uzmanlaşma ihtiyacı dolayısıyla çoğunlukla mümkün değildir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu gibi modern hukuk sistemlerine göre, borçlu borç ilişkisinden doğan borcunu şahsen ifa etmek zorunda olmadığı gibi alacaklı da hakkını şahsen kullanmak zorunda değildir. Ancak bu demek değildir ki, borç ilişkisine bir yardımcı kişiyi dâhil eden borçlu, borca aykırı davranışının kendi kusurlu davranışından kaynaklanmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilsin. Elbette ki, borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde yardımcı kişilere başvurmakla, etkinlik alanını ve iş hacmini genişleterek kendi menfaatini maksimize ederken karşı tarafın zarara uğrama riskini artıran taraf bundan dolayı ortaya çıkan rizikoyu üstlenmelidir. Bir borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanan tarafın yardımcı kişilerin alacaklıya verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğu, hâli hazırda TBK'nun 116'ncı maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada, bir borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında yardımcı kişiye başvuran taraf, kanun koyucunun TBK m. 116 hükmünde tercih ettiği ifade ile uyumlu olmak adına “borçlu” olarak nitelendirilmiştir.

TBK m. 116 gereğince, borçlu, borç ilişkisi kapsamında bir borcun ifası veya hakkın kullanılması için bir yardımcı kişiye başvurduğu takdirde, bu kişinin verdiği zararlardan dolayı sanki bu zarara kendi sebebiyet vermiş gibi sorumlu tutulmaktadır. Sorumluluk hukukunda genel kural her şahsın ancak kendi borca aykırı davranışlarından dolayı sorumlu olması ise de, bazı durularda hakkaniyet gereği taraflardan birinin borç ilişkisi bakımından üçüncü kişi konumunda olan bazı kişilerin davranışlarından sorumlu tutulması gerekmektedir.

Türk borçlar hukuku sisteminde borca aykırılıktan doğan sorumlulukta sorumluluk sebebi ilke olarak kusurdur. Buna karşılık istisnai bazı hâllerde, kanun koyucu tarafından borçlunun meydana gelen zararı kusursuz da olsa tazmin yükümlülüğü altında bulunduğu öngörülmüştür. Bu hâllerin başında, çalışmamız konu olan borçlunun, yardımcı kişilerin borcu ifa ederken veya borç ilişkisinden doğan bir hakları kullanırken alacaklıya verdikleri zararlardan dolayı sorumluluğu gelmektedir. Bu çalışmada TBK m. 116 hükmünün kusur sorumluluğunun bir istisnası oluşturduğu kabul edilmekle birlikte, borçlunun yardımcı kişilerin davranışlarından dolayı doğacak sorumluluğu, alacaklı açısından olduğu kadar borçlu açısından da borçlunun borcunu bizzat ifa etmiş olması hâlinde doğacak olan sorumluluktan daha ağır sonuçlar doğurması engellenecek şekilde değerlendirilmiştir. Bu esas çerçevesinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun borçluyu, yardımcı kişilerin sebep oldukları zararlardan dolayı, eğer bu zararları kendisi vermiş olsaydı sorumlu tutulabilecek ise tazmin etmeyle yükümlü kıldığı kabul edilmelidir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumunun ortaya çıkmasında ve gelişmesinde etkili olan toplumsal faktörler ve bunlara dayalı olarak sorumluluğun normlaştırılması için doktrinde ileri sürülen hukuki esaslar ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tarihsel gelişimi çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Öyle ki, bir sorumluluk kurumunun hangi toplumsal sebeplerle ortaya çıktığı, hangi hukuki esaslar çerçevesinde normlaştırıldığı ve tarihi gelişimi söz konusu normun hukuk düzeni içerisindeki yerinin, etkilerinin ve gerektiğinde amacına uygun şekilde yorumlanması ilkesi kapsamın normun somut olayda ne şekilde yorumlanacağına belirlenmesi bakımından önem arz etmekte olduğundan bu konu incelemeye muhtaçtır. Bu inceleme çerçevesinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun hukuki gerekliliklerini açıklamak amacıyla doktrinde ileri sürülmüş olan görüşlerin her birinin hakkaniyet ve genel hukuk ilkeleri kapsamında söz konusu sorumluluğun kabulü bakımından haklı gerekçeler ortaya koymuş olduğu görülmekle birlikte, sorumluluğu bütünüyle açıklayabilen, her durumda geçerli ve yeterli olan genel

bir prensibin getirilememiş olduğu tespit edilmiştir. Bize göre, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun hukuki haklılık sebeplerinin açıklanmasında tek bir prensipten yola çıkılmaması gerekir. Yardımcı kişi kullanmadan doğan risklerin borçluya ait olması gerektiği, ancak alacaklı ve borçlu arasında bulunan temel borç ilişkisinin kapsam ve nitelikleri çerçevesinde, yukarıda açıklanan sonuç vaadi, özen, garanti, yarar ve tehlike, hâkimiyet, etki alanı ve araç prensipleri ile bir bütün olarak açıklanabilir.

TBK m. 116 gereğince, borçlu, yardımcı kişinin herhangi bir üçüncü kişiye değil, borçlu ile arasında bir borç ilişkisini bulunan alacaklıya verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır. dolayısıyla, borçlunun TBK m. 116'ya göre yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olmasının ilk şartı, borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisinin bulunmasıdır. Borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi bir sözleşmeden doğabileceği gibi, kanundan, sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden doğmuş olabilir.

Borçlunun TBK m. 116 hükmü gereğince sorumlu olması için, onun borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını kısmen veya tamamen yardımcı kişiye bırakmış olması gerekir. TBK m. 116'nın açık hükmü ile hem borçlunun hem de alacaklının kullandıkları yardımcı kişilerin fiilleriyle borç ilişkisinin karşı tarafına verdikleri zarardan sorumlulukları düzenlenmiştir. Buna göre, genel olarak yardımcı kişi, borçlunun bilgi ve iradesi dâhilinde, bir borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yardım eden kişi olarak tanımlanabilecektir. Böylece, gerek borçlunun borcun ifasında kullandığı “ifa yardımcısı” gerekse alacaklının hakkını kullanırken başvurduğu “kullanma yardımcısı” birlikte “yardımcı kişi” kavramını ifade eder.

TBK m. 116 gereğince, borcun ifasının veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakıldığının kabul edilmesi bu kişinin borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına fiilen katılmış olması gerekir. Yardımcı kişinin kendisine bırakılan işi yapmayarak borca

aykırılığa sebep olması hâlinde, yardımcı kişinin pasif davranışı ile ifa faaliyetine katılmış olduğu kabul edilir. Öte yandan, bugün doktrinde kabul edilen hakim görüşe göre, yardımcı kişinin borcun ifası veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına yönelik hazırlık faaliyetlerine katılması dahi yeterlidir. Olumsuz edim yükümlülüklerinde ve kaçınma borcu doğuran yan yükümlülüklerde genelde bu şart, bu kişinin aksi yönde davranma imkânı bulunmasına rağmen, yapılmaması gereken şeyi yapması şeklinde kendini göstermektedir.

Öte yandan, yardımcı kişi bir borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının tamamen kendisine bırakıldığı kişi olabileceği gibi, bir borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına kısmen katılan kişi de olabilir. Özellikle vekâlet sözleşmesinden doğan bir borcun ifasının tamamen yardımcı kişiye bırakılması hâlinde, ne zaman alt vekilin, ne zaman yardımcı kişinin söz konusu olduğunun tespit edilmesi önem arz etmekte olup, iki kavramın birbirinden ayırt edilmesi için doktrinde ileri sürülen görüş ve önerilere çalışmamızda yer verilmiştir. Bize göre, alt vekil ile yardımcı kişinin birbirinden ayrılması bakımından, vekilin üçüncü kişiyi kendi menfaatine mi, yoksa müvekkilin menfaatine mi görevlendirdiği kriteri yardımcı olabilecektir. Üçüncü kişinin niteliğine ilişkin tereddüde düşülmesi hâlinde ise, vekilin yardımcı kişi nedeniyle sorumluluğunun alt vekilden dolayı sorumluluğuna kıyasla daha geniş olması göz önüne alınarak, bu kişinin yardımcı kişi olduğu varsayılmalı ve TBK m. 116'nın uygulanması tercih edilmelidir.

Borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerin ifasında görev almayan, borçluya karşı kendi şahsi borcunu ifa etme gayreti içerisinde olan kişiler ise yardımcı kişi sayılmaz. Sözgelimi üretici, üretimsel hatalardan kaynaklanan zararlar bakımından satıcının yardımcı kişisi değildir. Zira satıcının borcu malın alıcıya tesliminden ve mülkiyetinin ona nakledilmesinden ibaret olup, bu borç ilişkisi çerçevesinde satıcının malın üretilmesine ilişkin bir borcu bulunmamaktadır.

Borçlunun yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumlu olduğunun kabul edilebilmesi için, yukarıda yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, borcun ifası veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının borçlunun bilgi ve rızasıyla yardımcı kişiye bırakılmış olması gerekir. Bu kapsamda borçlu, borcun üçüncü kişi tarafından ifasına ya da borç ilişkisinden doğan hakkın üçüncü kişi tarafından kullanılmasına ilişkin rızasını açık veya örtülü şekilde ifade edebilir. Ayrıca borçlu bu hususta rızasını önceden verebileceği gibi, sonradan icazet şeklinde de açıklayabilir. Rızanın önceden belirsiz sayıda borcun ifası ve genel olarak birden çok hakkın kullanılması için verilmesi de kabul edilir. Keza, borçlu ile yardımcı kişi arasında bir iş sözleşmesinin bulunduğu durumlarda, çoğunlukla rıza bu şekilde bir borç ilişkisine istinaden değil, genel şekilde birden fazla borç ilişkisini kapsayacak şekilde verilmiştir. Borçlunun bir borcun ifasını veya bir hakkın kullanılmasını bıraktığı yardımcı kişiye vermiş olduğu rıza, aksi kararlaştırılmadığı sürece o kişinin kullandığı ikinci derecedeki yardımcı kişileri de kapsayacağından, borçlu, kendisinin ifayı veya hakkın kullanımını bıraktığı ilk derecedeki yardımcı kişilerin müracaat ettiği yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı da sorumlu tutulabilir. Borcun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına katılan yardımcı kişinin ise, borçlunun borcunu ifa ettiğini veya onun hakkının kullanımına katıldığını bilmesi gerekmez, bu hususta önemli olan borçlunun iradesidir.

TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi sayılabilmek için TBK m. 66'dan farklı olarak, borçlu ile yardımcı kişi arasında bir tabiiyet ilişkisi bulunması, yardımcı kişinin borçlunun denetim ve talimatı altında çalışması gerekmez. Borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkisinin geçici veya sürekli olması da önemli değildir. Hatır için bir kereliğine borçluya yardım eden bir konuk, dosta veya aile bireyleri de yardımcı kişi sayılır. Üstelik borçlunun iradesi doğrultusunda borçlunun borcunun ifasına veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanımına katılan ve bu sebeple borçlunun davranışlarından sorumlu olduğu yardımcı kişi, aslında alacaklının işçisi dahi olabilir. Bu noktada, yardımcı kişinin borçlunun mu, yoksa alacaklının yardımcı kişisi mi olduğunun tespitinde, yardımcı kişinin yerine

getirdiği işin borçluya ait bir yükümlölük olup olmadığı ve borçlunun yardımcı kişinin ifaya katılması hususunda rızasının olup olmadığı göz önünde bulundurulur.

Yardımcı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Yardımcı kişinin tüzel kişilik olması hâlinde, her ne kadar ifa faaliyetleri organları tarafından gerçekleştirilse de, yardımcı kişi sıfatına sahip olan tüzel kişinin organı değil, kendisidir. Buna karşılık, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleri ile tüzel kişiyi borç altına sokan organ, tüzel kişinin TBK m. 116 uyarınca davranışlarından sorumlu olduğu yardımcı kişisi değildir. Zira organın fiili, tüzel kişinin kendi fiili sayılır.

Yardımcı kişi yalnızca borçlunun bilgi ve iradesi dâhilinde bir borcun ifasına veya bir hakkın kullanılmasına ilişkin maddi fiillerde bulunmaya yetkili kılınan kişidir. Bu anlamda, borçlu adına ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisi bulunmayan yardımcı kişi ile üçüncü kişiler nezdinde başkası adına ve hesabına hukuki işlemlere taraf olan iradi temsilcinin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Nitekim, TBK m. 40 f. 1 gereğince iradi temsilcilerin yaptıkları hukuki işlem ve fiillerin hukuki sonuçları doğrudan temsil olunan üzerinde doğacağı için temsil sonucu ortaya çıkan durum hukuki işlemin temsil olunan tarafından bizzat yapılmasından farksızdır.

Borçlunun, borcun ifasına veya bir hakkın kullanılmasına katılan kanuni temsilcinin fiillerinden dolayı sorumlu olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Her ne kadar hakim görüş, kanuni temsilcilerden dolayı sorumlulukta da TBK'nın 116'ncı maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktaysa da, bize göre TBK m. 116 hükmünün kanuni temsilcilerin davranışları için kıyasen uygulanmaması gerekir. Zira, TBK m. 116 anlamında yardımcı kişinin borcun ifasına veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına katılımının borçlunun bilgi ve iradesi doğrultusunda gerçekleşmesi gerekmesine karşın, kanuni temsilcinin temsil yetkisi temsil edilenin iradesine değil, kanuna dayanmakta, bu

kimselerin ifaya veya bir hakkın kullanılmasına katılımı çoğu zaman borçlunun bilgi ve rızası dışında gerçekleşmektedir.

Borçlunun caiz olmayan şekilde yardımcı kişi kullanması başlı başına borca aykırılık teşkil ettiği için borçlu, caiz olmayan şekilde yardımcı kişi kullanması bakımından kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe meydana gelen zarardan TBK m. 112 gereğince kendi borca aykırı davranışından dolayı sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte, doktrinde hakim olan görüşün aksine bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 116'nın caiz olmayan yardımcı kişi kullanımlarında da uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Zira aksi görüş kabul edilecek olursa, yardımcı kişi kullanmasının caiz olup olmadığı hakkında kusursuz şekilde yanılığa düşen borçluya sorumluluktan tamamen kurtulma imkânı verilerek, caiz olmayan şekilde yardımcı kişi kullanan borçlu hakkaniyete aykırı olarak caiz şekilde yardımcı kişi kullanan borçludan daha avantajlı bir konuma getirilmiş olacaktır.

Borç ilişkisi bu ilişkiye katılan kişiler arasındaki hak ve yükümlülükler bütünüdür. Bu bakımdan borçlunun kullanılması veya ifası bakımından yardımcı kişiye başvurduğu hak ve yükümlülükler de çeşitlilik arz etmektedir. Borçlunun borç ilişkisinden kullanılmasını kısmen veya tamamen yardımcı kişiye bıraktığı haklar ise asli ve ferî nitelikte çeşitli alacak haklarından oluşabileceği gibi yenilik doğuran hak ve defiler gibi birtakım tali haklardan da oluşabilir. Sözleşmesel sorumluluk alanının haksız fiil sorumluluğu aleyhine genişlemesi ile birlikte bugün gelinen noktada, borçlu, sadece asli edim yükümlülüğü veya yan edim yükümlülüğü gibi edim yükümlülüklerinin değil, aynı zamanda ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülüklerinden oluşan yan yükümlülüklerinin yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesi dolayısıyla meydana gelen zarardan da TBK m. 116 gereğince sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumludur. Borçlunun yardımcı kişi tarafından ihlalinden dolayı alacaklıya karşı TBK m. 116'ya göre sorumlu olduğu yükümlülükler, bir yapma ya da vermeye ilişkin olumlu edim yükümü olabileceği gibi, bir şeyi yapmamaya ilişkin olumsuz

edim yükümü olabilir. Borçlunun, olumsuz edim yükümüyle borçlanılan sonucun yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesinden dolayı sorumlu tutulması için borçlunun, yasağın sebebini teşkil eden ve söz konusu yüküme aykırı davranma konusunda kendisine menfaat ve imkân sağlayan özel konumunu yardımcı kişiye devretmesi veya yardımcı kişi ile arasındaki ilişkinin alacaklı ile aralarında kararlaştırdıkları yapmama ediminin ihlal edilmesini kolaylaştırmış olması gerekir. Ayrıca, yasağın sebebini teşkil eden özel durumun üçüncü kişiye devredildiğinin veya genişletildiğinin kabul edilebilmesi için borçlunun yardımcı kişiye sağladığı konumun, borçlunun yasağın kapsamının ve şeklinin tayininde rol oynayan konumuyla mukayese edilebilmesi ve yardımcı kişinin bu şekilde sahip olduğu konumun alacaklıda borçlunun konumuna benzer şekilde endişeye sebebiyet veriyor olması gerekir. Son olarak, elbette ki, borçlunun, üçüncü kişinin yapmama yükümlülüğüne aykırı davranışlarından dolayı sorumlu olması için, alacaklıyı tehlike altına sokan durumun üçüncü kişiye bizzat borçlu tarafından sağlanması gerekir. Üçüncü kişinin, alacaklıyı tehlike altına sokan durumu örneğin yayılması yasak olan bir bilgiyi borçlunun iradesine aykırı olarak hukuka aykırı şekilde veya gizlice elde etmesi hâlinde, borçlu bu konuda ancak kendisine bir kusur atfedilebildiği takdirde, TBK m. 112'ye göre kendi kusurlu davranışı nedeniyle sorumlu olur.

Borçlunun ifasını yardımcı kişiye bıraktığı eksik bir borç, yardımcı kişinin davranışı ile imkânsız hâle gelir veya kötü ifa söz konusu olursa, bu sebeple borçludan tazminat istenmesi mümkün değildir. Zira eksik borç niteliğindeki borcun borçlu kendisinin veya yardımcı kişinin davranışıyla ihlal edilmesi arasında bir fark gözetilmez. Ancak borçlu ya da yardımcı kişi tarafından, eksik borcun ifası sırasında sadece eksik borç niteliğindeki edim yükümünün değil, alacaklının şahıs veya malvarlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatinin de ihlal edilmesi ve bu suretle eksik borç alacaklısına bir zarar verilmesi hâlinde söz konusu ihlalden doğan tazminat yükümlülüğü dava edilebilmelidir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk sözleşmenin ifa süreci ile sınırlandırılmamalıdır. Gerçekten sözleşmenin ifasında olduğu gibi, sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin hazırlık sürecinde de taraflar sıklıkla yardımcı kişiye başvurmakta olup, yardımcı kişinin bu aşamada kurulan sosyal temastan yararlanarak karşı tarafa zarar vermesi hâlinde de borçlunun meydana gelen zarardan dolayı TBK m. 116 gereğince sorumlu olması gerektiği kabul edilmelidir.

Borçlunun, borcunun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkının kullanılmasını kısmen dahi olsa bıraktığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olması için, bu kişilerin borca aykırı bir davranışla diğer tarafa zarar vermiş olması gerekir. Yardımcı kişinin davranışının yol açtığı ve borçlunun sorumlu olduğu borca aykırılık, ifa imkânsızlığı, temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıkabilir. Sorumluluk hukukunda sözleşmesel bir ilişki içerisine giren tarafların, birbirlerinin edim menfaati dışında kalan şahıs ve malvarlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatine zarar vermemeleri gerektiğini öngören koruma yükümlülüklerinin kabul görmesi ile birlikte, eskiden beri savunulan yardımcı kişinin borcun ifası sırasında alacaklıya zarar vermiş olması şartının esnetilmesi bir zorunluluk hâlini almıştır. Bu kapsamda, borçlunun, yardımcı kişi tarafından alacaklının edim konusu dışında kalan mal ve şahıs varlığına verilen her türlü zarardan sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı ve aşırı bir yorum olmakla birlikte; borçlunun yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan dolayı sorumlu olup olmadığının tespitinde, borcun ifasının veya bir hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılmasının yarattığı özel imkân ile meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bir bağlantının varlığından yola çıkılabilir. Bu inceleme neticesinde, borçlunun yardımcı kişiye başvurması ile yardımcı kişinin somut olayda zarara sebep olan davranışı gerçekleştirmesinin önemli derece kolaylaştığı ve bu sayede yardımcı kişinin zarar verebilmek adına özel bir imkân ve fırsat sağladığı söylenebiliyorsa, söz konusu fonksiyonel bağlantının bulunduğu kabul edilerek, borçlu, yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan dolayı TBK m. 116 gereğince sorumlu tutulabilir. Buna karşın

fonksiyonel bağlantının bulunmaması hâlinde ise, meydana gelen zararın tazmini haksız fiilden dolayı sorumluluk hükümleri çerçevesinde gerçekleşir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun tesisi için borçlunun borca aykırı davranış bakımından farazi kusurlu olması gerekli ve yeterlidir. Buna göre, borçlu, yardımcı kişinin somut olaydaki davranışı tarzında bizzat bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusur teşkil edecek idiyse, yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan dolayı sorumlu olur. Farazi kusurun varlığının tespitinde, borçlu için geçerli olan objektif özen kriteri esas alınır. Bu kapsamda, borçlunun göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi, objektif şekilde borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul, dürüst ve orta düzeyde bir kişinin bu tür işlerde göstereceği özene göre belirlenir. Borcun borçlu ya da bir başkası tarafından ifasının önem arz etmediği durumlarda, farazi kusurun belirlenmesi açısından belirleyici olan faktör yardımcı kişiye bırakılan iş için gerekli olan bilgi ve yeteneklerdir. Borçlanılan edimin şahsi nitelik taşıması hâlinde ise, borçlunun gösterilmemesinden sorumlu olduğu özen derecesinin tespitinde edimin gerekleri ve borçlunun mensubu olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki objektif bir borçlunun göstereceği özenin yanı sıra borçlunun özel olarak sahip olduğu alacaklı tarafından bilinen bilgi, nitelik, yetenek gibi subjektif birtakım özellikleri de dikkate alınır. Benzer şekilde, alacaklıya karşı borcun ifasında belirli bir kişinin kullanılacağına taahhüt edilmesi hâlinde, söz konusu yardımcı kişinin alacaklı tarafından bilinen bilgi, nitelik ve ehliyetinin de, borçlunun yerine getirilmesinden sorumlu olduğu özen derecesinin tespitinde dikkate alınması gerekir. Öte yandan, kanunda borçlunun sorumluluğu için kusurun belli bir ağırlığının arandığı hâllerde, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk bakımından da borçlu aynı ağırlıktaki farazî kusurundan dolayı sorumlu olur. Bu kapsamda sorumluluk borçlunun farazi kusuruna dayandığı için, borçlunun kendisinin veya yardımcı kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmaması önem taşımaz.

Sözleşmesel sorumluluğa ilişkin TBK m. 116 hükmünde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66 hükmünden farklı olarak, borçluya, yardımcı kişi seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemede gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır. Borçlu, zarar ve yardımcı kişinin fiili arasındaki nedensellik bağı kesen sebeplerin dışında ancak yardımcı kişinin hareket tarzında kendisi bulunmuş olsaydı, bu hareket tarzının kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Borçlunun TBK m. 116'ya göre sorumluluğunun doğması için yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından çalışmamızda detaylı şekilde incelenen özel şartların yanı sıra, elbette ki bütün sorumluluk hukukunda geçerli olan ve asli sorumluluk şartları arasında yer alan zarar ve illiyet bağı unsurlarının da bulunması gerekir. Borçlu, TBK m. 116 gereği yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı ortaya çıkan zarardan kendisi sebebiyet vermişçesine sorumludur. Dolayısıyla, borçlunun TBK m. 116 gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu tazminatın kapsamı saptanırken TBK m. 114 esas alınır. Bu kapsamda, TBK m. 114 f. 2'de yapılan yollama doğrultusunda, öncelikli olarak TBK m. 50 gereğince meydana gelen zarar belirlenir. Borçlu, yardımcı kişinin borca aykırı davranışı ile illiyet bağı içerisinde olduğu müddetçe, menfi zarar – müspet zarar, dolaylı zarar – doğrudan zarar, maddi zarar - manevi zarar veya fiili zarar – yoksun kalınan kâr ayrımı yapılmaksızın, alacaklı nezdinde meydana gelen her türlü zarardan sorumludur. Zararın belirlenmesinin ardından, TBK m. 51 ve devamında yer alan hükümler çerçevesinde zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenin ortak kusuru, borçlunun ekonomik durumu ve diğer sorumluluğu hafifleten ve kuvvetlendiren hâl ve şartlar tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır. Borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda TBK m. 51 f. 1 gereğince tazminattan indirim sebebi olarak hafif kusurun varlığının tespitinde yardımcı kişinin kusuru değil, borçlunun farazi kusuru esas alınır. Bunun yanı sıra, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda, yardımcı kişinin alacaklıya zarar veren davranışına ek olarak, alacaklının zarara uğraması bakımından borçlunun fiili

kusurunun bulunması tazminatın belirlenmesinde sorumluluğu kuvvetlendiren bir hâl olarak dikkate alınabilir. TBK m. 52 uyarınca zarar gören alacaklının kendisinin zararın doğmasında ve artmasında rol oynayan davranışlarının yanı sıra, alacaklının yardımcı kişinin bu nitelikteki davranışları da alacaklıya isnat edilerek tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir. Bununla birlikte, davranışları zararın meydana gelmesine veya artmasına sebep olduğu için tazminattan indirim yapılmasına sebep olabilecek olan yardımcı kişilerin çerçevesi, hakkaniyet gereği zarar görenden somut olayda beklenebilecek gereklere göre belirlenir. Alacaklının zararın artmasını önlemek için bu konuda yetkin kişilere başvurmasına rağmen, bu kişiler kusurlu şekilde zararın artmasına sebep olursa, bu kişilerin davranışından dolayı tazminattan indirim yapılmamalıdır. Bunların dışında tazminatın kapsamı belirlenirken, zarara sebebiyet veren yardımcı kişinin zarar gören alacaklının işçisi olması, borçlunun farazi kusurunun hafif olduğu hâllerde, zararın tazmininin borçlunun yoksulluğa düşmesine sebep olması, görülen işte borçlunun menfaatinin çok az olması veya hiç olmaması, üçüncü kişilerin veya dış faktörlerin zararın artmasında etkili olması gibi somut olay açısından önem arz eden diğer hâl ve şartlar da dikkate alınır. Borçlunun TBK m. 116'dan doğan sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı TBK m. 146'ya göre belirlenir.

TBK m. 116 f. 2'ye göre, taraflar önceden yapacakları bir sözleşme ile, herhangi bir kusur sınırlaması bulunmaksızın, borçlunun yardımcı kişinin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunu sınırlandırabilmekte ve hatta tamamen kaldırabilmektedir. Alacaklı ve borçlunun yardımcı kişilerin her türlü kusurundan dolayı sorumluluğun kaldırılması hususunda anlaşmış olması, borçlunun kendi kusurundan dolayı sorumluluğunu etkilemez. Bununla birlikte, borçlunun kendi hafif ihmalinden dolayı sorumluluğunu ortadan kaldırdığı veya sınırlandırdığı bir durumda, borçlunun yardımcı kişinin hafif ihmalinden dolayı sorumluluğunun da örtülü olarak kaldırıldığı düşünülebilir. Ancak, bu durumda, yardımcı kişinin her türlü kusurundan dolayı sorumluluğunun kaldırıldığı şeklinde genel bir çıkarım yapılmamalı ve borçlunun yardımcı kişinin ağır ihmali ya da kastından dolayı sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmelidir. Öte yandan, aksi belirtilmediği

sürece yardımcı kişi, borçlu ile alacaklı arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasından yararlanamaz. Borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun sınırlandırılmasına veya tamamen kaldırılmasına ilişkin olarak yapılan bir anlaşma ile borçlu kendi sorumluluğunu kaldırmış veya sınırlandırmış da olsa, yardımcı kişinin şahsi sorumluluğu kural olarak devam eder.

Her ne kadar kanun koyucu borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun TBK m. 116 f. 2 hükmü ile tamamen kaldırılmasına imkân tanımışsa da, yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmasının, her türlü sözleşmenin tabi olduğu sözleşme özgürlüğünün genel kanuni sınırlarına ve özel olarak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından TBK m. 115 ve 116'da öngörülen sınırlara aykırı olmaması gerekir. TBK m. 116 f. 3 gereğince, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, bu tür faaliyetlerin ortaya çıkardığı zararlara ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün değildir. Buna karşın, borçlu bu türden bir faaliyetle iştigal etmesine rağmen, sorumsuzluk anlaşmasına konu edilen faaliyet, kanun veya yetkili makamlar tarafından borçluya verilen iznin konusuna girmiyorsa, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin anlaşması geçerlidir. Öte yandan, her ne kadar 818 sayılı BK'dan farklı şekilde 6098 sayılı TBK'da alacaklının borçlunun hizmetinde olması hâlinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin anlaşma yapılmasına açık bir sınırlama getirilmemişse de, TBK m. 116 hükmü TBK m. 115 f. 2 ile birlikte okunarak sorumluluk ister borçlunun fiilinden isterse yardımcı kişinin fiilinden doğmuş olsun, alacaklı ile borçlu arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlar için işçi aleyhine yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, yardımcı kişilerin fiillerini konu alan sorumsuzluk anlaşmalarına getirilen istisnalar yönünden sistematik karışıklığın giderilmesi için TBK m. 115 ve 116 arasında gerekli paralelliğin sağlanması gerekir. Sözleşme özgürlüğünün genel kanuni sınırlarına ve özel olarak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından TBK m. 115 ve 116'da öngörülen sınırlara aykırı sorumsuzluk anlaşmaları kesin olarak hükümsüzdür. Sorumsuzluk

anlaşmasının, esas sözleşme içerisinde bir sorumsuzluk şartı olarak öngörülmesi hâlinde, sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği esas sözleşmeye sirayet etmemeli; bu durumda borçlunun sorumsuzluk anlaşmasının kısmen ya da tamamen geçersiz olacağını bilmesine rağmen asıl sözleşmeyi yapması veya bilse dâhi asıl sözleşmeyi yapacak olması şartı aranmaksızın sözleşmenin kısmi hükümsüz olduğunun kabul edilmelidir.

Yardımcı kişinin fiilinden doğan zarar nedeniyle, alacaklı TBK m. 116 gereğince ancak borçludan tazminat talebinde bulunabilir. Alacaklının, borçlu ile arasındaki borç ilişkisine dayalı olarak, doğrudan yardımcı kişiye başvurması mümkün değildir. Bununla birlikte, yardımcı kişinin TBK m. 116 gereğince borçlunun sorumluluğuna yol açan davranışı aynı zamanda onun şahsi sorumluluğuna yol açacak nitelikteyse, alacaklı ilgili sorumluluk hükmüne dayanarak zararın ödenmesini yardımcı kişiden de talep edebilir. Bu durumda aynı zarardan, farklı hukuki sebeplerden dolayı sorumlu olan borçlu ve yardımcı kişi arasında TBK m. 62 gereğince müteselsil borçluluk ilişkisi ortaya çıkar.

Borçlu, TBK m. 116 gereğince tazmin etmek zorunda olduğu zararı, belli şartların gerçekleşmesi hâlinde yardımcı kişiye rücu edebilir. Borçlunun ödediği tazminat için rücu yoluna başvurup başvuramayacağı borçlu ile yardımcı kişi arasındaki iç ilişkiye göre belirlenir. Borçlu ile yardımcı kişi arasında bir sözleşme bulunuyorsa, rücu tazminatı öncelikli olarak söz konusu sözleşmenin şart ve hükümlerine göre belirlenir. Buna karşılık, borçlu ve yardımcı kişi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmuyor ve yardımcı kişinin zarara sebep olan davranışı aynı zamanda onun şahsi sorumluluğuna yol açacak bir nitelik taşıyor ise, borçlu, alacaklıya ödediği tazminat için yardımcı kişiye TBK m. 62'ye göre rücu edebilir.

Borçlular arasında teselsül bulunan borç ilişkilerinde, müteselsil borçlular, borcun ifasında müştereken kullanmış oldukları yardımcı kişiden Borçlar Kanunu'nun TBK'nın 116'ncı maddesine göre müteselsilen sorumludur. Müştereken kullanılan yardımcı kişi üçüncü bir kişi olabileceği gibi, müteselsil borçlulardan

biri de olabilir. Müteselsil borçlu olma durumu tek başına yardımcı kişi sıfatının elde edilmesine engel değildir. Her bir müteselsil borçlunun borcunun birbiri ile sıkı şekilde bağlantılı olduğu ve bu kapsamda müteselsil borçluların, her bir borcun ifası için işbirliği yapmakla yükümlü oldukları ve fiilen birbirlerinin yükümlülüklerinin ifasına katıldıkları durumlarda, müteselsil borçlular arasında borçlu – yardımcı kişi ilişkisi olduğu kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı** : Adalet Bakanlığı, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011
- Akçay** : Ergin Akçay, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, İstanbul 2010
- Akıntürk** : Turgut Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, 1971 Ankara
- Akkanat** : Halil Akkanat, Taşeronun İş Sahibine Karşı Haksız Fiil Sorumluluğu, MHB, C: 19, S: 1 - 2, Y: 2011, s. 1 - 10
- Akman** : Galip Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976
- Akyol** : Şener Akyol, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995
- Alniak** : M. İlhan Alniak, Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri), İÜHFM (1969), Cilt: 35, Sayı: 1 - 4, s. 320 – 351
- Altay** : Sabah Altay, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011

- Antalya, Borçlar Hukuku** : O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2015
- Antalya, Sorumluluk Hukuku** : Gökhan Antalya, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHF – HAD, Cilt: 14, Sayı: 4, Yıl: 2008, s. 63 - 83
- Aral** : Fahrettin Aral, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011
- Ardıç / Ersol** : Oğuzhan Ardıç / Emel Ersol, Borçlar Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2009
- Ataay** : Aytekin Ataay, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım 5. Basım, İstanbul 1995
- Atamer** : Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001
- Ayan** : Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016
- Aybay** : Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Ondördüncü Bası, İstanbul 2016
- Aydıncık** : Şirin Aydıncık, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları (Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında) Nama İfa, İstanbul 2013
- Barlas** : Nami Barlas, Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2008

- Başalp** : Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011
- Başpınar** : Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998
- Baştuğ** : İrfan Baştuğ, Borçlar Hukuku “Genel Hükümler”, 3 ncü Bası, Manisa 1984
- Becker** : H. Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül III (İsviçre BK. 64/103 – Türk BK. 63/102) (Çeviren: Osman Tolun), Ankara 1969
- Bilgen** : Mahmut Bilgen, Özel Hukukta Zamanaşımı, 2. Bası, Ankara 2010
- Bilgili** : Fatih Bilgili, Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004
- Bilgili / Demirkapı** : Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Basım, Bursa 2016
- Birsen** : Kemaleddin Birsen, Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, Dördüncü Bası, İstanbul 1967
- Bozer** : Ali Bozer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2007

- Brunner - Peters / Diggelmann / Farnum / Frey / Honegger / Meyer - Hauser / Reber** : Rebecca Brunner – Peters / Walter H. Diggelmann / Jerome H. Farnum / Martin Frey / Peter C. Honegger / Bernhard F. Meyer – Hauser / Christian Reber, Swiss Code of Obligations, Volume I: Contract Law, Zurich 2005
- Buz** : Vedat Buz, Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler - Tebliğler, 1. Baskı, İstanbul 2012
- Cansel / Özel** : Erol Cansel / Çağlar Özel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt – 1, Ankara 2014
- Canyürek** : Murat Canyürek, Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003
- Çankaya / Çil** : Osman Güven Çankaya / Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011
- Dağdelen** : Ahmet Hakan Dağdelen, 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanununda Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2011
- Dalcı - Özdoğan** : Nurcihan Dalcı Özdoğan, Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Ankara 2015
- Demir, Borçlar Kanunu** : Mehmet Demir, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Borçlar Hukuku Alanında Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Ankara 2012

- Demir,** : Mehmet Demir, Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010
- Hastanelerin Sorumluluğu**
- Demircioğlu** : Huriye Reyhan Demircioğlu, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009
- Doğan** : Vahit Doğan, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2012
- Dural** : Mustafa Dural / Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016
- Edis** : Seyfullah Edis, Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 447 - 460
- Erbek** : Özge Erbek, Tüketici Satımlarından Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğu ve İhlalinin Sonuçları, İzmir 2010 (Doçentlik tezi)
- Erdem** : Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010
- Erdoğan** : İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2013
- Eren, 2009** : Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2009
- Eren, 2017** : Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017

- Ertay** : Şeref Ertay, Borçların İfası İle İlgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011
- Feyzioğlu** : Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C – II (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası) İstanbul 1977
- Genç – Arıdemir** : Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008
- Goren** : Simon L. Goren, The Swiss Federal Code of Obligations (as of January 1, 1984), Littleton, Colorado 1987
- Gülerci** : Altan Fahri Gülerci, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Bursa 2014
- Gülerci / Kılınç** : Altan Fahri Gülerci / Ayşe Kılınç, 6098 sayılı Yeni TBK ile Karşılaştırılmalı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011
- Gümüş** : Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt – II, İstanbul 2014
- Günay** : Cevdet İlhan Günay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borçlar İlişkileri, Ankara 2016

- Gündoğdu** : Fatih Gündoğdu, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014
- Hatemi / Gökyayla** : Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015
- Helvacı, Hukuki Mütalaalar** : İlhan Helvacı, Borçlar Hukuku Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000 – 2010), Kiracının Kiralanan Taşınmazda Meydana Gelen Hasardan Sorumluluğu, İstanbul 2010
- Helvacı, TBK** : İlhan Helvacı, Gerekeçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011
- Helvacı, Temyiz Kudretinden Yoksunluk** : İlhan Helvacı, Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine, İÜHFM C. LV - S 4 (1997), s. 145 – 171
- İmre** : Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949
- İnal** : Hamdi Tamer İnal, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2015
- İnan, 1979** : Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979

- İnan / Yücel** : Ali Naim İnan / Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014
- İnceoğlu** : M. Murat İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009
- Kaçak** : Nazif Kaçak, Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Ankara 2002
- Kapancı** : Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014
- Karaca** : Mehmet Karaca, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 5 (Eylül 2010) Sayı: 49, s. 47 – 62
- Karahasan, İçtihatlar** : Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, C. 5, İstanbul 2004
- Karahasan, Sorumluluk Hukuku** : Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeden Doğan Sorumluluk), Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2003
- Karan** : Yeliz Karan, Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 723 - 748
- Kayar** : İsmail Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2014

- Kıcalıoğlu** : Mustafa Kıcalıoğlu, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi M¼dahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011
- Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku** : Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel H¼k¼mler (Yeni Borçlar Kanunu'na G¼re), Genişletilmiş 20. Bası, Ankara 2016
- Kılıçoğlu, Tasarı Eleştirileri** : Ahmet M. Kılıçoğlu, T¼rk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler: Rapor, Ankara 2008
- Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku** : Mustafa Kılıçoğlu, Tazminat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016
- Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk** : Çiğdem Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Üç¼nc¼ Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004
- Kırca, M¼teselsil Sorumluluk** : Çiğdem Kırca, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile M¼teselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni T¼rk Borçlar Kanunu ve Yeni T¼rk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 23 - 58
- Kırkbeşoğlu** : Nagehan Kırkbeşoğlu, 6098 Sayılı T¼rk Borçlar Kanunu'na G¼re Uyarlanmış T¼rk Özel Hukukunda Kısmi H¼k¼ms¼zl¼k, İstanbul 2011
- Kocayusufpaşaoğlu** : Necip Kocayusufpaşaoğlu: Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku Genel B¼l¼m, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014

- Korur** : Ergin Korur, İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976
- Kurt** : L. Müjde Kurt, Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti, AÜHFD, 64 (3) 2015, s. 775 - 814
- Lale** : Muktedir Lale, Özetli – İçtihatlı – Karşılaştırmalı Yargıtay Uygulamasında Türk Borçlar Kanunu (Genel Hükümler) ve Yürürlük Kanunu, 2 Cilt, Ankara 2014
- Nomer** : Halûk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Ondördüncü Baskı, İstanbul 2015
- Oftinger / Jeanpretre** / : Karl Oftinger / Raymond Jeanpretre, Borçlar Kanununun Genel Kısımlarına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları (Çeviren: Kemal Dayınlarlı), Ankara 1990
- Oğuzman / Barlas** : M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medenî Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016
- Oğuzman / Öz, Cilt - 1** : M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - 1, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2016
- Oğuzman / Öz, Cilt - 2** : M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2 Gözden Geçirilip, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2016

- Oğuzman / Seliçi / Oktay – Özdemir, Eşya** : M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay - Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2016
- Oğuzman / Seliçi / Oktay - Özdemir, Kişiler** : M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay – Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. Bası, İstanbul 2016
- Olgaç** : Senai Olgaç, Emsâl İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976
- Oktay** : Saibe Oktay, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFİM, C: LV (1996), s. 264 – 296
- Önen** : Turgut Önen, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Göden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 1999
- Öztan** : Bilge Öztan, Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970
- Öztürk** : Osman Öztürk, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İstanbul 1973
- Parlak / Börü** : Şafak Parlak/Levent Börü, Alt vekalet, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül - Ekim 2011, Sayı: 96, s. 17 – 48
- Rado** : Türkân Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2016
- Reisoğlu, Kemal** : Kemal Reisoğlu, İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958

- Reisoğlu, Safa** : Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmibeşinci Bası, İstanbul 2014
- Sanlı** : Kerem Cem Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015
- Saymen / Elbir** : Ferit H. Saymen / Halid K. Elbir, Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler İkinci Cilt, İstanbul 1958
- Schwarz** : Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri I (Çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul 1942
- Serozan, Borçlar Hukuku** : Rona Serozan: Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2016
- Serozan, Culpa in Contrahendo** : Rona Serozan, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”, MHAD, 1990, No: 18, s. 27 - 42.
- Serozan, EYBBİ** : Rona Serozan, "Culpa In Contrahendo", "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, 1968, S. 2, s. 108 – 129

- Serozan, Kişiler Hukuku** : Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişilik Hukuku, İstanbul 2015
- Süzek** : Sarper Süzek, İş Hukuku, 13. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2017
- Şahin** : Turan Şahin, Konsorsiyum Sözleşmesi, TBB Dergisi 2011 (92), s. 451 – 483
- Şenocak** : Zarife Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995
- Şenyüz** : Doğan Şenyüz, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 8. Baskı, Bursa 2016
- Tandoğan, Eser Sözleşmesi** : Haluk Tandoğan, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture), Batider, C: XIII, S: 3-4, Y: 1986, s. 57 - 90
- Tandoğan, Kusursuz Sorumluluk** : Halûk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981
- Tandoğan, Mesuliyet** : Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010
- Tekil** : Fahiman Tekil, Borçlar Hukuku, İstanbul 1981

- Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop** : Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilâ Altop; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993
- Tercier / Pichonnaz / Develioğlu** / : Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz / H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016
- Topuz** : Murat Topuz, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011
- Tuhr** : Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1 - 2 (Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983
- Tunçomağ** : Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1976
- Velidedeoğlu / Kaynar** / : Hıfzı Veldet Velidedeoğlu / Reşad Kaynar, Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, İkinci Bası, İstanbul 1957
- Yalman** : Süleyman Yalman, Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006

- Yavuz** : Nihat Yavuz, Açıklamalı – Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler – Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2012
- Yavuz / Acar / Özen** : Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014
- Yeniocak** : Umut Yeniocak, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler - Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013
- Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu** : Aydın Zevkliler / Şeref Ertaş / Ayşe Havutçu / Murat Aydoğdu / Emre Cumalıoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013
- Zilelioğlu** : Hilâl Zilelioğlu, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD 1987, Cilt: 39, Sayı: 1, s. 241 – 264