

TÜRK HUKUKUNDA
YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Yüksek Lisans Tezi



YAĞMUR ÖYKÜ YÖNET

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Mayıs 2019

YAĞMUR ÖYKÜ YÖNET

TÜRK HUKUKUNDA

Bilkent Üniversitesi

2019

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

TÜRK HUKUKUNDA
YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

YAĞMUR ÖYKÜ YÖNET

Özel Hukuk Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi

Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

Hukuk Bölümü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

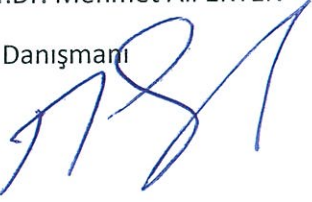
Ankara

Mayıs 2019

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

.....
Prof.Dr. Mehmet Ali ERTEN

Tez Danışmanı



Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

.....
Prof.Dr. Erden KUNTALP

Tez Jüri Üyesi



Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulunduğumu beyan ederim.

.....
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı

.....
Prof.Dr. Halime DEMİRKAN

Enstitü Müdürü

ÖZET

TÜRK HUKUKUNDA YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Yönet, Yağmur Öykü

Yüksek Lisans, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Mehmet Ali Erten

Mayıs 2019

Günümüz dünyasında ekonomik ve sosyal konjonktür borçluları yardımcı kişilere başvurmaya zorlamaktadır. Tezin çalışma alanı Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde düzenlenmiş olan yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumudur. Tezin amacı ve asıl odak noktası Türk Hukuku (TBK 116) ekseninde sorumluluğun şartları ve tartışmalı hususlar olacaktır. Özellikle de Yargı kararları ve doktrin arasındaki çekişme sunulacaktır. Aynı zamanda İsviçre Borçlar Kanunu art. 101) ve Alman Medeni Kanunu (§278) da incelenecektir. Bu kapsamda, sayısız yargı kararı ele alınacaktır.

Tezde ilk bölüm, sorumluluğu genel hatlarıyla inceleyecektir. İkinci bölümde sorumluluğun şartları sunulacaktır. Nihayet, üçüncü bölüm sorumluluğun hüküm ve sonuçlarını ortaya koyacaktır.

Anahtar Kelimeler: İfa Yardımcısı, Kullanma Yardımcısı, TBK 116, Yardımcı Kişi, Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk.

ABSTRACT

LIABILITY FOR AUXILIARY PERSONS IN TURKISH LAW

Yönet, Yağmur Öykü

LL.M., Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Mehmet Ali Erten

May 2019

In the modern World, economic and social structure force obligors to receive assistance from auxiliary persons. The research subject of the thesis is related to the liability for auxiliary persons which is regulated in art. 116 of Turkish Code of Obligations. The aim and main focus of the dissertation will be the conditions of this responsibility and controversial issues on the basis of Turkish Law (TBK 116). Particularly, the controversy between judicial decisions and scholarly material/doctrine will be presented. Also, the Swiss Code of Obligations (art. 101) and the German Civil Code (§278) will be examined. In this context, numerous examples based on judicial decisions will be provided.

In this dissertation, the first chapter will examine the liability for auxiliary persons in general. The second chapter will provide the conditions of this liability. Finally, the third chapter will present the provisions and consequences of the liability.

Keywords: Associate, Auxiliary Person, Liability for Associates, Liability for Auxiliary Persons, Turkish Code of Obligations art. 116.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
KISALTMALAR CETVELİ	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM: YARDIMCI KİŞİ KAVRAMI, ÇEŞİTLİ

GÖRÜNÜMLERİ, BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. YARDIMCI KİŞİ KAVRAMI	5
A. Türk Hukukunda Yardımcı Kişi ve Yardımcı Kişiden Sorumluluk Kavramı	5
B. Sorumluluğun Öngörülmesinin <i>Ratio Legis</i> 'i.....	17
II. YARDIMCI KİŞİ KAVRAMININ ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ	34
A. İfa Yardımcısı, Kullanma Yardımcısı ve Koruma Yardımcısı.....	34
B. Caiz Olan ve Caiz Olmayan Yardımcı Kişi.....	45
C. Borçluya Bağlılık Derecesi Açısından Yardımcı Kişi.....	53
D. Piyasadaki Konumu Açısından Tüzel Kişi Yardımcı Kişi	56
E. Alt Yardımcı Kişi	59
F. Yardımcı Kişi Gibi Kullanılan Araçların Durumu	64
G. Sözleşme Görüşmelerinde Kullanılan Yardımcı Kişi: Görüşme Yardımcısı.....	69
III. YARDIMCI KİŞİ KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	79
A. Yardımcı kişi ve Kanuni Temsilci	79

B. Yardımcı Kişi ve Organ.....	84
C. Yardımcı Kişi ve Kaim Kişi Kavramı.....	90
D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu kapsamında Çalıştırılan	100
1. Sorumlulukların “Hukuki Temelleri” Açısından Karşılaştırılması	104
2. Sorumlulukların “Kurtuluş Kanıtı” Açısından Karşılaştırılması	108
3. Sorumlulukların “Borçluya Bağlılığın Niteliği” Açısından Karşılaştırılması.....	117
4. Sorumlulukların Borçluyla Zarar Gören Arasında “Borç İlişisinin Mevcudiyetinin Şart Olup Olmaması” Açısından Karşılaştırılması....	122
5. Sorumlulukların “Kapsamları” Açısından Karşılaştırılması	125
6. Sorumlulukların “Sorumsuzluk Anlaşması” açısından karşılaştırılması.....	125
7. Sorumlulukların “Zamanaşımı” ve “Rücu” Yönünden Karşılaştırılması.....	127
8. Organizasyon Sorumluluğunun Borçlunun Yardımcı Kişisinin Fiillerinden Sorumluluğuyla Karşılaştırılması	128
9. Uygulamanın Değerlendirilmesi.....	131
E. Yardımcı kişi ve Hazırlık Faaliyet(ler)ine Dolaylı Olarak Katılan Kişiler	135

**İKİNCİ BÖLÜM: YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN SORUMLULUĞUN
ŞARTLARI**

I. GENEL ŞARTLAR : YARDIMCI KİŞİNİN DAVRANIŞLARINDAN SORUMLULUKTA UYGUN İLLİYET BAĞI VE ZARAR	141
A. Uygun İlliyet Bağı	142
B. Zarar	145
II. ÖZEL ŞARTLAR	146
A. Zarar Gören ile Yardımcı Kişi Kullanan Arasında Bir Borç İlişkisi Bulunması	146
B. Borcun İfasının/Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılabilecek Nitelikte Olması.....	154
1. Baskın görüş	155
2. Karşıt Görüş	159
3. Değerlendirme	161
C. İfanın/Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılmış Olması ve Yardımcı kişinin Fiilen Katılımı.....	164
1. Borçlunun İfayı/Hakkın Kullanılmasını Yardımcı Kişiye Bırakma İradesi.....	165
2. Yardımcı Kişinin Borcun İfasına/Hakkın Kullanılmasına Fiilen Katılması.....	176
D. Yardımcı Kişinin Borca Aykırı Bir Davranışla Alacaklıya Zarar Vermiş Olması: Fonksiyonel Bağ Şartı.....	180
1. İfa/hakkın kullanılması nedeniyle verilen zararın borca aykırılık teşkil etmesi şartını arayan görüş	181

2. Fonksiyonel Bağlılık Şartının Geniş Yorumlanması (Sorumluluğun İfa Vesilesiyle Meydana Gelen Zararları da Kapsaması) Gerekliğini İleri Süren Karşıt Görüş.....	196
3. Değerlendirme	200
E. Borçlunun Farazi Kusuru	206
1. Birinci Görüş: Yardımcı Kişinin Kusurunun Aranması	207
2. İkinci görüş: Kusur Şartı Aramayan Görüş	209
3. Üçüncü Görüş: Borçlunun Farazi Kusurunu Arayan Görüş	211
2. Görüşümüz	221
F. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşması Olmaması	222
1. Genel Açıklamalar	222
2. Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Kanuni Düzenlemeler Kapsamında Eski ve Yeni Kanunun Karşılaştırılması	229
3. Yardımcı Kişiden Sorumluluğu Bertaraf Eden Sorumsuzluk Anlaşması ve Sınırları	238
a. Kural: Yardımcı kişiden sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşmayla kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi.....	239
b. “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa” sınırı	241
c. “Alacaklı borçlunun hizmetindeyse” sınırı	245
d. “Sorumsuzluk Anlaşmasından Yardımcı Kişi de Yararlanabilir mi/Yararlanmalı mıdır?” Tartışmaları.....	250

III. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME	258
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: SORUMLULUĞUN HÜKÜMLERİ	263
I. BORÇLUNUN TAZMİNAT SORUMLULUĞU ve KAPSAMI	263
A. Genel Olarak Tazminat Sorumluluğu	263
B. Borçlunun İfa Yardımcısının Fiillerinden Sorumluluğunda Kusur ve Kusurun Derecesinin Etkisi	271
II. YARDIMCI KİŞİYE RÜCU	277
A. Borçlu İle Yardımcı Kişi Arasında Sözleşme İlişkisi Varsa	279
B. Borçlu İle Yardımcı Kişi Arasında Sözleşme İlişkisi Yoksa	280
III. YARDIMCI KİŞİNİN ALACAKLIYA KARŞI SORUMLULUĞU	281
IV. SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI	287
V. MÜŞTEREK YARDIMCI KİŞİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK	289
SONUÇ	292
KAYNAKÇA	307

KISALTMALAR CETVELİ

Art./art.	: Artikel (madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
AÜSBFY	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: <i>Bundesgerichtsentscheidungen</i> (Federal Mahkeme Kararları)
BGH	: <i>Bundesgerichtshof</i> (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	: <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> (Alman Federal Mahkemesi Hukuk Kararları)
Bkz./bkz.	: Bakınız/bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire/Dairesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dip not
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu
E. T.	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi

hk.	: hakkında
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
içt.	: içtihat
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ	: <i>Juristenzeitung</i>
K.	: Karar
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜAAS	: Marmara Üniversitesi Açık Arşiv Sistemi
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
No.	: Numara
OR	: <i>Obligationenrecht</i> (İsviçre Borçlar Kanunu)
pn.	: paragraf numarası
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: <i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih

TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Tic.	: Ticaret
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSHK	: 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÜD	: Yaşar Üniversitesi Derg

GİRİŞ

Günümüzün zamanla yarışmayı hedef haline getiren ekonomik yapısı, “vakit nakittir” anlayışını her geçen gün daha da güçlendirmekte, zaman kazanmanın ilacının ise “iş bölümü” olduğunun altı çizilmektedir. Böylece matematik derslerinin klişe işçi problemleri ticari hayatın kalbini oluşturmakta, “1 işçinin 30 günde yaptığı işi 10 işçi kaç günde yapar?” sorusunun cevabının 3 olduğunu bilen işvereni 10 işçi ile işi yürütmeye teşvik ederek tam 27 gün kar etmesini sağlamaktadır. Sonuçta borçlu işveren, işin yürütülmesine (borç ilişkisine) üçüncü kişileri de dahil etmekte ve alacaklı ile borçlu arasında kurulan ilişki kalabalıklaşmaktadır.

Kimi zamansa borçlunun üçüncü kişileri ilişkinin içine dahil etmesi, zaman kazanma ve bu vakti nakde çevirme amacından kaynaklanmayabilir. Borçlu, öyle bir edimi ifa etme borcu altına girmiştir ki söz konusu ilişkiye üçüncü kişilerin de katılması işin doğasındandır. Örneğin, 400000 metrekarelik alan üzerine kurulacak bir AVM inşaatını üstlenen müteahhidin, alacaklı karşısında borçlu sıfatıyla tek kişi olması halinde, tuğlaları eline aldığı gibi inşaata başlayarak ısınmasından aydınlatmasına, mimari planlamasından peyzaj yapılandırmasına tüm süreci kendi başına yürüteceğini düşünmek mümkün ve akıl karı değildir. Bu durumda müteahhidin yardımına “iş bölümü” anlayışı yetişecek, AVM’nin kalıp inşaatından elektrik donanımına, güvenlik yapılanmasından PVC düzenlemelerine kadar tüm işlerde işin uzmanı devreye girecek ve bu iş bölümü sayesinde her küçük ayrıntıda en tecrübeli isimden yararlanılarak resmin bütününde kalite hedefine ulaşılabacaktır. Bir hukukçu gözüyle değil, bir vatandaş gözüyle bakıldığında dahi günlük hayatın ciddi bir kısmında karşılaşılan işçi, hizmetli, alt müteahhit, taşeron, yardımcı vb. meslek

tanımlarının “borç ilişkisine dahil olan üçüncü kişi” kapsamında kabul edileceği şüphesizken; bir hukukçu gözüyle bakıldığında söz konusu üçüncü kişiler gerekli hukuki şartları taşımaları halinde yardımcı kişi sıfatını haiz olacaktır.

İnsanoğlunun sosyal bir hayvan olduğu gerçeği de dikkate alınır, borç ilişkisine üçüncü kişilerin dahil edilmesi sadece borcun ifasında değil, borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında da gündeme gelecek ve paylaşmak doğasından gelen sosyal yapısı insanın sahip olduğu hakları kullanmasına üçüncü kişileri dahil etmesi sonucunu doğuracaktır. Öyle ki kiralanan evde birlikte ikamet edilecek, sokağa geçişi sağlayan geçitten birlikte yürünecek ya da kullanımı bedelsiz bırakılmış arsa birlikte ekilip biçilecektir.

Sosyal ve ekonomik hayatın yardımcı kişi kullanımını adeta zorunlu hale getirmesi ile birlikte borç ilişkisinde borca aykırılık teşkil edecek davranış bizzat borçlu tarafından değil de söz konusu yardımcı kişi tarafından meydana getirilirse borçlunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığı; dahası, borçlunun üzerine düşen tüm özeni göstermesi veya göstermemesiyle, kusurlu olup olmasının sorumluluğunun varlığına ve kapsamına etki edip etmeyeceği Roma hukukundan günümüze hukuk sistemlerinin cevaplamaya çalıştığı bir soru olarak varlığını sürdürmüştür. Bu sorunun Türk hukuku kapsamında cevabı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 116. (818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) 110.) maddesinde (m.) “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” başlığı altında kaleme alınmış ve bu kurum eski kanun döneminden günümüze doktrinin görüşleri ve yargı kararlarıyla şekillenerek bugünkü halini almıştır. O veya bu sebeple yardımcı kişiden yararlanan borçlunun Türk hukuku kapsamında sorumluluğu ve yardımcı kişi kavramı ise bu çalışmanın kalbini oluşturmaktadır.

Çalışmamızın amaçladığı, TBK 116. maddesi çerçevesinde, borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğunun tazminat hukuku kapsamında ele alınmasıdır. Bu amaçla çalışmamızın ilk bölümünde yardımcı kişi ve yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kavramı, Türk, İsviçre ve Alman Hukuku mevzuatı, doktrin ve Yargıtay kararları ele alınarak tanımlanacak, okuyucunun kafasında bütüne ilişkin bir siluet yaratılarak bu siluet günlük hayatta karşılaşılan çok çeşitli yardımcı kişi örnekleriyle güçlendirilecektir. Dahası, hukuki bir kurumun sağlıklı şekilde anlaşılabilmesi adına olmazsa olmaz husus olan sorumluluğun öngörülmesinin nedenleri ele alınacak ve “Kanun koyucu neden yardımcı kişinin fiillerinin doğurduğu zararlardan borçluyu sorumlu tutmayı tercih etti?” sorusu muhatap alınarak sorumluluğun mantıki temelleri çeşitli görüşlerin ele alınması yardımıyla oturtulmaya çalışılacaktır. Sonrasında, ifa yardımcısı, kullanma yardımcısı, koruma yardımcısı, caiz olan-caiz olmayan yardımcı kişi, bağımlı-bağımsız yardımcı kişi, piyasadaki konumu açısından tüzel kişi yardımcı kişi, alt yardımcı kişi, yardımcı kişi gibi kullanılan araçlar, görüşme yardımcısı dahil olmak üzere yardımcı kişi kavramının çeşitli görünümleri ve bu görünümlere yönelik doktrinde yer alan tartışmalar ele alınarak kavramın okuyucu nezdinde tüm görünümüleriyle netleştirilmesi sağlanacak; takiben kanuni temsilci, organ, kaim kişi, istihdam edenin sorumluluğundaki çalıştırılan, hazırlık faaliyet(ler)ine dolaylı olarak katılan kişiler dahil olmak üzere benzer kavramlarla yardımcı kişi kavramı karşılaştırılarak diğer kurumlarla arasındaki sınır çizilecektir. Söz konusu karşılaştırmalar açısından pratik önem taşıyan istihdam edenin sorumluluğu (TBK 66) kurumunun üzerinde detaylı şekilde durulacaktır. Zira uygulamada ve özellikle de yargı kararlarında bu iki kavramın ne ölçüde birbirine karıştırılıp karıştırılmadığı ve bunun hukukun temel amacı olan “adalet” üzerindeki etkileri de ayrıca ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümündeyse, borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunun şartları genel şartlar ve özel şartlar olmak üzere iki ana kalemde ele alınacak, yargı kararlarıyla örneklendirilerek söz konusu şartlara ilişkin doktrinde yer alan tartışmalara değinilecektir. Genel şartlar başlığı altında ana hatlarıyla değinilecek olan (A) uygun illiyet bağı ve (B) zarar kavramları ele alınırken özel şartlar başlığı altında (A) zarar gören ile yardımcı kişi kullanan arasında bir borç ilişkisinin bulunması, (B) borcun ifasının/hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılabilecek nitelikte olması, (C) ifanın/hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılmış olması ve yardımcı kişinin fiilen katılımı, (D) yardımcı kişinin borcun ifasına/hakkın kullanılmasına aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olması (fonksiyonel bağ şartı), (E) borçlunun farazi kusuru ve (F) taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması bulunmaması şartları kaleme alınacak ve son olarak söz konusu şartların da üzerinde durulmasıyla birlikte berraklığa ulaşan yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılarak nokta konacaktır.

Ve nihayet son bölüm olan çalışmamızın üçüncü bölümünde, sorumluluğun hüküm ve sonuçları ele alınarak borçlunun tazminat sorumluluğu ve bu sorumluluğun kapsamı, kusur unsurunun buna etkisi, rücu hususu, yardımcı kişinin doğrudan alacaklıya karşı sorumluluğu, sorumlulukların yarışması ve müşterek yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk ihtimalleri üzerinde durularak çalışmamız sonuç bölümünde, sorumluluğa ilişkin çıkarımlar, eleştiriler, ve öneriler kaleme alınarak sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM: YARDIMCI KİŞİ KAVRAMI, ÇEŞİTLİ

GÖRÜNÜMLERİ, BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. YARDIMCI KİŞİ KAVRAMI

A. Türk Hukukunda Yardımcı Kişi ve Yardımcı Kişiden Sorumluluk

Kavramı

Yardımcı kişi¹ kavramı hukukumuzda geniş ve dar olmak üzere iki farklı anlamda karşımıza çıkmaktadır. Geniş anlamda yardımcı kişi, borçlunun herhangi bir faaliyetine dahil olan üçüncü kişiyken, dar ve teknik anlamda (TBK 116 kapsamındaki) yardımcı kişi, borcun ifasına ya da borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasına dahil olan kişidir. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kavramının geniş anlamda kullanımını somutlaştırmak adına, şu örnek ele alınabilir: Tunçomağ, Borçlar Kanunumuza göre “yardımcı kişiden sorumluluk kavramının” bir borcun ifasına ya da hakkın kullanılmasına katılıp katılmadığına göre ya TBK 116 ya da TBK 66’a tabi olduğunu belirtmektedir.² Bu görüşe göre, yardımcı kişi zararı doğururken borcun ifasına veya hakkın kullanımına katılıyorsa TBK 116, aksi takdirde TBK 66’nın uygulaması gündeme gelir. Öyleyse geniş anlamda yardımcı kişiden sorumluluk kümesi oldukça geniş bir alanı haiz olsa da dar ve teknik anlamda yardımcı kişiden sorumluluk kavramı TBK 116’nın uygulanmasıdır ve TBK 66’yı kapsamaz, tam aksine hukuki anlamda ciddi farklılıklar taşır.³ Bu sebeptendir ki fiilin geniş

¹ Bugün yardımcı kişi olarak nitelendirilen kavram, eski kanun döneminde “muavin şahıs” olarak nitelendirildiğinden, yardımcı kişiden sorumluluk kavramı eski tarihli eserlerde “muavin şahsın borca aykırı davranışlarından/fiillerinden doğan sorumluluk” başlığı altında da kaleme alınmıştır.

² Tunçomağ, K.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt (C.) I, İstanbul 1972 (Genel Hükümler), s. 503.

³ Söz konusu farklılıklar için bakınız (bkz.) Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan.

anlamda yardımcı kişi tarafından işlenmesi halinde, TBK 66 kapsamında bir adam çalıştırma ilişkisinin mi yoksa 116 kapsamında teknik anlamda yardımcı kişi kavramının mı söz konusu olduğunun belirlenmesi gerekir.⁴

Bizim çalışmamız kapsamında dar ve teknik anlamda yardımcı kişi, bir borcun ifasına ya da bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasına, borçlunun rıza göstermesiyle katılan ancak alacaklı karşısında üçüncü kişi sıfatını haiz olan gerçek veya tüzel kişidir. Bir başka deyişle borçlunun ifa hareket(ler)ini ya da sahip olduğu hak(lar)ın kullanılmasını onun yerine (temsilci sıfatını haiz olmaksızın) veya onun yanında gerçekleştiren bireydir. Doktrinde yapılmış olan yardımcı kişi tanımlarının bir kısmı ele alınırsa: *“Borçlunun kendi bilgisi altında ve kendi rızası ile borcun ifasında veya hakkın kullanılmasına hizmette, faaliyette bulunan kimse”*⁵, *“borçlunun rızasıyla borcun ifasına ya da hakkın kullanılmasına katılan üçüncü kişi”*⁶, *“borçlunun yönergesi (talimatı) ya da onamı (muafakati) ile borcun (edimin) yerine getirilmesi eylemlerine katılan herhangi bir kişi”*⁷, *“borçlunun bilgisi ve iradesi çerçevesinde, borçlunun üstlenmiş olduğu bir yükümlülüğü yerine getiren veya borçlu ile birlikte ifa faaliyetine katılan kişi”*⁸ ya da *“borçlunun açık veya örtülü muafakatiyle ifa (veya hakkı kullanma) fiillerine katılan herhangi bir şahıs”*⁹ olmak

⁴ Antalya, O. G.: *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler*, MÜHFHAD 2008, C. 14, S. 4, s. 63-83 (Gelişmeler).

⁵ İnan, A.N./Yücel, Ö.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 615.

⁶ Akıncı, Ş.: *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 9. Baskı, Sayram, Konya 2016, s. 250. Ancak Deschenaux ve Tercier tarafından kaleme alınan görüşe göre yardımcı kişiler, üçüncü kişi konumunda değil, tam aksine borçlunun alacaklıyı doğabilecek tehlikelerden koruması gereken şahıs konumundadır ve yazarlara göre bu durumun pratik sonucu sorumlu failin tazminattan indirim isteyebilmesidir (bkz. Deschenaux, H./Tercier, P.: *Sorumluluk Hukuku*, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983, s. 58).

⁷ Karahasan, M. R.: *Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*, Beta, İstanbul 1996 (Sorumluluk 1996), s. 1135.

⁸ Akipek, Ş.: *Alt Vekalet*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 132.

⁹ Tanım için bkz. Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Alttop, A.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*,

üzere birbirine son derece paralel (ve hatta neredeyse aynı) çok sayıda tanımla karşılaşılacaktır.

Yardımcı kişi kavramının iki farklı görünümü¹⁰ üzerinde durulması, kavramın ayaklarının yere sağlam basması ve okuyucu açısından daha net anlaşılması açısından önemlidir. Yardımcı kişi kavramı çoğu zaman ifa yardımcısı kavramı ile eşdeğer olarak düşünülmekte ancak bu yanlışlık, aslında daha geniş bir uygulama alanına sahip olan “yardımcı kişi” kavramının içini boşaltmaktadır. Yardımcı kişi, yukarıdaki tanımların tamamında ve kanuni düzenlemede de ortak unsur olarak karşımıza çıktığı üzere, kendi içinde (en temelde) iki farklı ihtimali barındırır. Bu ihtimaller kapsamında, yardımcı kişi borçlunun borcunu ifa etmesinde rol oynuyorsa (1. ihtimal) “ifa yardımcısı”, bir hakkın kullanılmasına iştirak ediyor veya bir haktan yararlanılmasına yardımcı oluyorsa (2. ihtimal) “kullanma ve yararlanma yardımcısı” olarak karşımıza çıkar. Örneğin, borçlunun taksi işletmesinde çalışan ve yolcu taşıma edimini yerine getiren sürücü bu kapsamda yardımcı kişidir ve ifa yardımcısı olarak adlandırılır.¹¹ “Kullanma ve yararlanma yardımcıları” olarak adlandırdığımız salt “davranış (koruma) yükümü” üstlenmiş sayılan bireylere örnek olaraksa, (aynı zamanda kiracı konumunda olan) borçlunun kiraladığı evde onunla birlikte ikamet eden akrabaları işaret edilebilir.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, TBK 116 kapsamında yardımcı kişiyle borçlu arasındaki bağılılık derecesine ilişkin bir şartın bulunup bulunmadığı

Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 892.

¹⁰ İfa yardımcısı ve kullanma yardımcısı olarak adlandırılan söz konusu iki görünüme ilişkin ve bunlara ek olarak koruma yardımcısı kavramı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/II. Yardımcı Kişi Kavramının Çeşitli Görünümleri/A. İfa Yardımcısı, Kullanma Yardımcısı ve Koruma Yardımcısı.

¹¹ Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme) C. III, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014 (Genel Hükümler), s. 288.

hususudur. TBK 116. madde kapsamında yardımcı kişi olarak nitelendirilecek bireyin, borçlu ile sözleşmesel, sosyal, ailevi, ekonomik veya duygusal hiçbir bağılılığının bulunması gerekmez.¹² Dahası, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki sosyal ya da hukuki ilişkinin türü ve kökeni de hiçbir önem taşımaz. Bu kapsamda, borçlunun evine ziyarete gelen bir misafir, borçlunun öz abisi, en yakın arkadaşı veya nişanlısı, aralarındaki sosyal, ailevi veya duygusal bağ farklı olsa da/olmasa da (diğer koşulların da sağlanması şartıyla) yardımcı kişi sıfatını haiz olabilirler.

Yardımcı kişinin borcun ifasına katılmasının ya da hakkı kullanmasının süreklilik arz etmesi de şart değildir.¹³

Yardımcı kişinin borcun ifasına ya da hakkın kullanılmasına katılımının ivazlı veya ivazsız olmasının da yardımcı kişi sıfatının doğmasında bir önemi yoktur.¹⁴

Yardımcı kişinin gerçek veya tüzel kişi¹⁵ olmasına ilişkin bir şart da söz konusu

¹² Serozan (Genel Hükümler), s. 288; Hatemi, H./Gökyayla, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 275; Uygur, s. 3226; Akıncı, s. 250; Eren, F.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2014 (Genel Hükümler), s. 1075–1076; Birsen, K.: Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul 1967, s. 505; Narter, S.: Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 147; Akipek (Alt Vekalet), s. 134; Nomer, H. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015 (Genel Hükümler), s. 259-260.

Ancak Yargıtay (Yarg.) 13. Hukuk Dairesi (HD)'nin 1994 tarihli bir kararında (bkz. Yarg. 13. HD, Tarih (T.) 26.11.1994, Esas (E.) 1994/10149, Karar (K.) 1994/10482 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Kazancı), Erişim Tarihi (E. T.) : 21.04.2019)), ‘...Burada önemli olan az yukarıda açıklanan hukuk kuralları altında davacıya zarar veren kişinin davalıya bağımlılık (çalışma) ilişkisi içinde bulunup bulunmadığının tespiti...’ belirlemesi yapılarak, borçluya hizmet etme yönünde bağımlı bir kişi söz konusuysa eBK 100 kapsamında sorumluluğun doğacağına altı çizilmiştir. Oysaki bu belirlemenin doğru olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Zira, borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğunun doğması için aralarında bir bağımlılık ilişkisi aranmaz.

¹³ Eren (Genel Hükümler), s. 1079.

¹⁴ Eren (Genel Hükümler), s. 1076; Antalya, O.G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. III, Borçların İfası, İstanbul 2017 (Genel Hükümler Cilt III), s. 310; Yavuz, N.: Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2018 (Borçlar Hukuku), s. 402; Yavuz, N.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. I (madde 1-338), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (Şerh), s. 742.

¹⁵ Adi ortaklığın durumunun ayrıca ele alınması gerekir. Adi ortaklık mekanizmasının hukuken tüzel kişisi sayılamaması, onun yardımcı kişi olamaması sonucunu doğurur (bkz. Şenocak, Z.: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 1995 (İfa Yardımcısı), s. 106 ve devamı (vd.); Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 306). Ancak adi ortaklığın yardımcı kişi kullanması halinde

değildir¹⁶ zira borçlu bir borcun ifasında ya da hakkın kullanılmasında gerçek kişilerden yararlanabileceği gibi tüzel kişilerden de yararlanabilir.

Yardımcı kişi kavramının sınırları çizilirken yardımcı kişinin borçluya herhangi bir bağılılığının (sözleşmesel, maddi, manevi ailevi vb.) aranması gereken bir kriter olmadığı sonucuna ulaşıldığı¹⁷, TBK 116. maddesinin lafzında yer alan “...borçlu ile beraber yaşayan veya borçlunun maiyetinde çalışanlar gibi yardımcılara...” düzenlemesi de ele alınmaktadır. Bizim de katıldığımız görüş gereği, TBK’nın lafzı yardımcı kişi kavramını sınırlayan tahdidi bir sayma yöntemini benimsememekte ve “gibi” bağlacıyla “borçlu ile beraber yaşayan veya borçlunun maiyetinde çalışan” kişileri örnek kabilinden işaret etmektedir.¹⁸ Nitekim mehz kanun niteliğindeki İsviçre mevzuatının aynı konuyu düzenlemekte olan 101. maddesi incelenirse, yardımcı kişi olabilecek söz konusu kişilerden hemen sonra “gibi” bağlacı getirilerek açıkça örnek kabilinden bir düzenleme amaçlanmış ve sınırlı sayı ilkesi benimsenmemiştir.¹⁹ Kaldı ki global hayatın gerekleri ve yaşamın hızı her yeni gün yeni bir meslek dalını doğurmakta, dün hayal edilemeyen çalışma alanları bugün

sorumluluk adi ortaklığa değil doğrudan ortaklara ait olacaktır (bkz. Yünlü, S.: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 131).

¹⁶ Eren (Genel Hükümler), s. 1075; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 105; Yünlü, s. 111.

¹⁷ Her ne kadar yardımcı kişi sıfatının doğması için, borçlu ile yardımcısı arasında bir sözleşme ilişkisi şart olmasa da yardımcı kişiye rücu açısından akdi bir ilişki bulunup bulunmadığı önem taşır (bkz. Üçüncü Bölüm: Sorumluluğun Hükümleri/II. Yardımcı Kişiye Rücu/A. Borçlu ile Yardımcı Kişi Arasında Sözleşme İlişkisi Varsa ve B. Borçlu ile Yardımcı Kişi Arasında Sözleşme İlişkisi Yoksa).

¹⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1075; Oğuzman M. K./Öz M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013 (Genel Hükümler I), s. 431; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 505; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1133 ve 1135; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 308; Kayıhan, Ş.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 292; Reisoğlu, S., s. 349; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 428 ve 431.

¹⁹ Zira mehz kanun metninde “kendisiyle birlikte yaşayan kişiler, işçiler veya hizmetliler gibi yardımcı bir şahsa” düzenlemesi yer almaktadır (bkz. Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1133; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 428; Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2010, s. 349).

somut olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰. Bu sebeptendir ki borçlunun borcunun ifasına ya da hakkının kullanılmasına dahil olacak kişileri sınırlı sayıda tutabilmeye ne hayal gücünün sınırları el verir ne de kanunla amaçlanan budur.

Yardımcı kişi kavramı, sadece bir kavramdan öte günlük hayatta sıklıkla karşılaştığımız bir sosyal (ve elbette ekonomik) gerçekliktir. Bir inşaat projesinde müteahhit tarafından projenin çizdirildiği mimar veya inşaatın gerekli denetimlerinin yaptırıldığı mühendis iş sahibi açısından yardımcı kişilerdir.²¹ Aynı şekilde müşteriler nezdinde bankaların çalışanları veya iş sahibine karşı ise yüklenicinin çalışanları yardımcı kişi niteliğinde kabul edilmektedir. Dahası, yardımcı kişi kavramının içinin doldurulabilmesi adına şu örnekler de işaret edilmektedir:²² Avukatın birlikte çalıştığı kişiler, stajyerler veya alt vekalet verdiği kişiler, asıl müteahhidin birlikte çalıştığı taşeronlar, gönderme borcunu ifa etmekte satıcıyla çalışan taşıyıcı, aracı kiralayan kişi

²⁰ Yargıtay tarafından borçlu-yardımcı kişi nitelendirmesinin yapıldığı ilişkilere (ve yardımcı kişi kavramının tahdidi şekilde ele alınamayacağına) örnek olarak: Süt üreticilerinin müstahsil makbuz keserek süt teslim etme işinde yararlandıkları bölgesel süt toplayıcılarının süt üreticilerinin ifa yardımcısı sayılacağı ve TBK 116 kapsamında sorumluluklarını doğuracağı hakkında (hk.) bkz. Yarg. 13. HD, T. 25.10.2018, E. 2018/3837, K. 2018/10132 (Kazancı, Erişim Tarihi: 07.05.2019); petrol ürünleri taşıma, nakliye ve boşaltım işlemini üstlenen firmanın yararlandığı firmaların fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağı hk. bkz. Yarg. 11. HD, T. 31.10.2017, E. 2016/3049, K. 2017/5904 (Kazancı, Erişim Tarihi: 01.05.2019); hisse senedi satışı ile uğraşan kurumun aracılarının fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağı hk. bkz. Yarg. 11. HD, T. 02.05.2017, E. 2015/15324, K. 2017/2575 (Kazancı, Erişim Tarihi: 05.05.2019); nakliye firmasının taşıma faaliyetinde yararlandığı kişinin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağı hk. bkz. Yarg. 11. HD, T. 19.01.2016, E. 2015/9873, K. 2016/482 (Kazancı, Erişim Tarihi: 03.05.2019); güvenlik görevlisinin yanında çalıştırdığı güvenlikçilerin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağı hk. bkz. Yarg. 23. HD, T. 09.10.2015, E. 2014/7981, K. 2015/6444 (Kazancı, Erişim Tarihi: 05.05.2019); limanda hizmet veren firmanın zarar doğuran davranışlarından liman işletmecisinin TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabileceği hk. bkz. Yarg. 11. HD, T. 20.10.2014, E. 2014/9068, K. 2014/15967 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); yolcu taşıma borcunu yüklenen borçlunun bu hususta yararlanacağı bireylerin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağı hk. bkz. Yarg. 11. HD, T. 31.03.2014, E. 2013/16895, K. 2014/6235 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.04.2019); şirketin yeminli mali müşavirinin davranışlarında TBK 116 kapsamında sorumlu tutulması hk. bkz. Yarg. 23. HD, T. 21.2.2014, E. 2013/7400, K. 2014/1238 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.04.2019).

²¹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430.

²² Örnekler Antalya tarafından Federal Mahkeme (BGE/ *Bundesgerichtsentscheidungen*) kararlarından derlenmiştir. Karar künyelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 306-307.

ile birlikte seyahat eden birey ve bir siyasi partinin üyeleri yardımcı kişi sıfatını haizdir. Hatta bir Federal Mahkeme kararında, kiraya veren kişinin taşınmazını satması ve satın alan yeni malikin kiracıya zarar vermesine ilişkin somut olayda, eski malikin yardımcısından sorumluluğu kabul edilmiştir.²³ Federal mahkemenin bu kararı da göstermektedir ki yardımcı kişi kavramının belirlenmesinde borçlu ile yardımcı kişi arasında bir borç ilişkisi aranmadığı gibi, yardımcı kişi kavramı günümüz sosyo-ekonomik yapısında mümkün olduğunca geniş çapta ele alınan bir yaklaşımla belirlenebilmektedir.

Yardımcı kişi kavramından sonra, “yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk” kavramı ayrıca ele alınmalıdır. Türk Hukukunda en geniş sınıflandırmasıyla²⁴ sorumluluk sebepleri (i) kusur, (ii) sözleşme ve (iii) kanun hükmü olarak işaret edilmiştir. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu ise bu sınıflandırmada (iii) kanun hükmünden doğan sorumluluk sebepleri arasında yer alır. Kanun koyucu, borçlunun yardımcısından sorumluluğunu TBK 116. maddesinde (eBK’daysa 100. maddede) kaleme almıştır.

Yardımcı kişi kavramına ilişkin hukuki düzenlemelerin kronolojik olarak ele alınması kurumun özümsemesi açısından önem arz eder. 818 sayılı eBK 100. maddesinde kaleme alınan ve “*muavin şahısların mes’uliyeti*” başlığını taşıyan düzenlemeye göre: “(I) 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

²³ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430.

²⁴ Söz konusu sınıflandırma için bkz. Narter, s. 4.

ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. (II) Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir. (III) 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.”

“Muavin şahısların mes’uliyeti” başlığındaki bu düzenleme, döneminde ciddi (ve bir o kadar da haklı) eleştiri oklarının hedefi olmuştur. Bunlardan ilki ve kolaylıkla göze çarpabilen husus doğrudan maddenin başlığına ilişkindir. Öyle ki kanun koyucu söz konusu düzenlemeyi her ne kadar ‘muavin şahısların mes’uliyeti’ adı altında kaleme almış olsa da aslında düzenlenmek istenen yardımcı kişinin sorumluluğu değil, yardımcı kişiden yararlanan asıl borçlunun sorumluluğudur. Bu sebeple de eBK 100 ile vurgulanmak istenenin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk olduğu ve madde başlığının “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” olarak düzenlenmesinin daha doğru olacağı doktrinin ileri gelenleri tarafından açıkça ifade edilmiştir.²⁵ İlk bakışta göze çarpan bir diğer husus ise, düzenlemenin ilk fıkrasında, borçlunun “kendisi ile beraber yaşayan veya maiyetinde çalışanlar” dan sorumluluğunun kaleme alınmış olması ve söz konusu düzenlemenin lafzının bu belirlemenin sınırlayıcı olduğunu düşündürmesidir. Gerçekten de kanun metninin amacı bu olmamakla birlikte, lafzının “kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara...” şeklinde kaleme alınması sebebiyle sanki yardımcı kişi kavramının borçlunun kendisi ile beraber yaşayanlardan ya da maiyetinde çalışanlardan ibaret olduğuna (sınırlı sayı

²⁵ Kuntalp, E./Barlas, N./Ayanoğlu Morali, A./Çavuşoğlu, P./Yaşar, M./Koç, S., Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2005, s. 72; Uygur, s. 3225. Birsen de aynı eleştiride bulunmakla birlikte onun önerdiği madde başlığı “Yardımcı Şahıslar İçin Akidin Sorumluluğu” başlığıdır (bkz. Birsen, s. 504).

ilkesinin benimsendiğine) ilişkin bir izlenim yaratılmış ve bu izlenim de eleştirilmiştir.²⁶ Kanun metninde yer alan “*maiyetinde çalışanlar*” ifadesiyle bu çalışmanın yalnızca hizmet sözleşmesi özelinde olması gerektiği şeklinde dar bir yaklaşımın doğru olmadığı, zira ortada bir hizmet sözleşmesi olmasa dahi (borçlunun otoritesi altında olup olmamasına ya da aralarında sürekli-geçici bir ilişki bulunup bulunmamasına bakılmaksızın) yardımcı kişinin söz konusu olabileceği işaret edilmiştir.²⁷ Böylece “bir borcun ifasını kendilerine tevdi ettiği yardımcı kişilerden” bahsedilirken amale, müstahdem ve borçlu ile birlikte yaşayan kişiler de dahil olmak üzere örnek kabilinden işaret etme yönteminin tercih edildiği kabul edilmeli ve kavramın kapsamı geniş yorumlanmalıdır.²⁸

Mevcut Borçlar Kanunu TBK 116. maddesinde, “*Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*”²⁹ başlığı altında, kanun koyucu tarafından şu şekilde kaleme alınmıştır: “(I) Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarını³⁰

²⁶ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 54; Uygur, s. 3225. Ancak eski kanun döneminde söz konusu eleştirilerle paralel şekilde Yargıtay da kanun metninin sınırlı sayı ilkesini benimsemediğinin altını çizmekteydi (bkz. Yarg. 11. HD, T. 15.11.1982, E. 1982/4852, K. 1982/5626 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019)).

²⁷ Erten, M. A.: Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara 1977, s. 216 ve 231.

²⁸ Tuhr, s. 591.

²⁹ “Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” başlığıyla düzenlenmiş olan TBK 116 ile, maddenin yardımcı kişinin değil borçlunun sorumluluk alanını düzenlediği madde başlığından da anlaşılır hale getirilerek eBK’nın madde başlığının ihtiva ettiği kritik hatadan dönülmüş ve ayrıca bu değişiklik madde gerekçesinde de vurgulanmıştır (aynı yönde bkz. Yünlü, s. 29-30).

³⁰ 818 sayılı eBK’da yardımcı kişi kavramının içeriğinin sınırlı sayıda kaleme alındığı izlenimine sebep olan düzenlemenin lafzına, yeni kanundaki düzenlemeyle “...*gibi yardımcılarını*...” eklemesi yapılması ile birlikte kanun koyucunun sınırlı sayı ilkesini benimsemediği de kanun metninden anlaşılır hale gelerek daha sağlıklı bir düzenleme kaleme alınmıştır. Yünlü tarafından, kanun metninin daha da anlaşılır hale gelmesi adına doktrinde yapılan öneri, “*birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarını*” ifadesinin kanundan tamamen çıkarılması yönündedir (bkz. Yünlü, s. 32). Söz konusu öneriye tarafımızca katılmamak elde değildir ancak bizce bunun sebebi, zaten işlevsel olarak bir görev üstlenmeyen ifadenin kanun metninde kalabalık etmesine gerek olmadığından çok, yasa metninde birlikte yaşadığı kişi ya da çalışanı şeklinde somut bir örnek verilmesine gerek olmamasıdır. Zira, kanun metinleri soyut ve genel normlardır. Bu normların içeriğini dolduracak olan uygulama ve

kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. (II) Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. (III) 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.”

Kanun koyucunun TBK 116’yı kaleme alırken benimsediği sistematik dikkate alınırsa, 116/I’de yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kavramı, 116/II ve 116/III’de yardımcı kişiden sorumluluğu bertaraf edebilmek için yapılabilecek sorumsuzluk anlaşması ve bu anlaşmanın sınırları kaleme alınmaktadır. Borçlunun yardımcısının eylemlerinin doğurduğu zararları tazmin zorunluluğu, sorumluluğun genel ve özel şartlarının³¹ gerçekleşmiş olmasıyla birlikte doğar.

Yardımcı kişiden sorumluluk kurumunun özünü ararken, Alman Medeni Kanunu (*BGB/Bürgerliches Gesetzbuch*) 278. maddesinin ve mehz kanun niteliğinde olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun (İBK/OR) 101. maddesinin de ayrıca ele alınması gerekir. BGB 278’in tarafımızca yapılan çevirisine göre³² düzenleme “Borçlunun üçüncü kişiden sorumluluğu” başlığını taşımakta ve “Borçlu borcunu ifa ederken

doktrindir. Bu sebeptendir ki kanun koyucunun örnek vermeye ilişkin bu çabası kanun yapma tekniğiyle gelişmektedir ve “olmasa da olur!” niteliktedir.

³¹ Söz konusu şartlar çalışmamızda ayrıca ele alınmıştır (bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları)

³² Orjinali, “*BGB 278/Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte: Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung.*” düzenlemesiyle tek fıkra olarak kaleme alınmıştır. Kanunun ekinde yer alan resmi İngilizce Çeviri ise, “*Section 278/Responsibility of the obligor for third parties: The obligor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. The provision of section 276 (3) does not apply.*” şeklinde kaleme alınmıştır (bkz. www.gesetze-im-internet.de).

kullandığı yasal temsilcisinin ya da bir başka kişinin kusurundan, kendi kusuruyla sorumlu. 276/III³³ uygulanmaz.”³⁴ anlamına gelmektedir.

Mehaz kanun niteliğindeki İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 101. maddesinin tarafımızca yapılan çevirisine göre, “(OR 101/I) Yardımcı kişi kullanan, borcun ifasını ya da borçtan doğan bir hakkın kullanılmasını, çalışanı, birlikte yaşadığı kişiler gibi yardımcılarını kanuna uygun şekilde bıraksa dahi onların borcu ifa ederken ya da hakkı kullanırken verdikleri zarardan sorumlu tutulacaktır. (OR 101/II) Önceden yapılan bir anlaşma ile sorumluluk kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilir. (OR 101/III) Zarar gören borçlunun hizmetindeyse veya zarar resmi olarak sağlanan bir izinle yürütülebilen bir iş kapsamında doğmuşsa yalnızca hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılabilir.”³⁵

³³ BGB 276/III’ün resmi çevirisi, “*The obligor may not be released in advance from liability for intention.*” şeklindedir. BGB 278 ve BGB 276/III bir arada ele alınırsa, (BGB 278’de kaleme alınan düzenleme sebebiyle BGB 276/III yardımcı kişiden sorumluluk kapsamında uygulanmayacak) borçlu yardımcısının kasıtlı fiilinden sorumluluğunu ortadan kaldırmak üzere önceden bir sözleşme yapabilecektir.

³⁴ TBK 116. maddesindeki düzenlemeyi de açıkça ele aldığımız bu noktada, BGB 278 ile TBK 116’nın karşılaştırılmasında yarar vardır. Her şeyden önce düzenlemelerin başlıklarının farklı olduğu dikkatimizi çekmektedir; zira BGB’de yer alan düzenlemede “borçlunun üçüncü kişilerden sorumluluğu” başlığı tercih edilmişken, TBK 116’ya “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” başlığı atılmıştır. Böylece BGB’de daha geniş kapsamda bir başlık tercih edilirken TBK’da teknik bir kavram (yardımcı kişi kavramı) kullanılarak daha dar bir sorumluluk alanından bahsedildiği görünümü yaratılmıştır. Adeta “Ben burdayım!” diye bağırان bir diğer farklılıkta, BGB metninde kanuni temsilcinin de doğrudan yardımcı kişi kavramı özelinde düzenlenmesi ancak TBK 116’da kanuni temsilci bahsinin geçmiyor olmasıdır (kanun koyucunun TBK’da yarattığı bu farklılığın beraberinde getirdiği tartışmalar için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/A. Yardımcı Kişi ve Kanuni Temsilci). Dahası, mehaz kanun metninde verilen zararın “kusurla” verilmesinden bahsedilirken, TBK düzenlemesinde kanun koyucunun kusura hiç değinmemiş olması da açıkça kendini gösteren farklılıklardandır. Kanun koyucumuzun bu farklılığı yaratması da doktrinde yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunda kusurun yeri açısından birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir (sorumluluk ile kusur arasındaki ilişkiye yönelik tartışmalar için bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/E. Borçlunun Farazi Kusuru).

³⁵ OR 101, “*Wer die Erfüllung einer Schuldspflicht oder die Ausübung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnis, wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie Hausgenossen oder Arbeitnehmer vornehmen lässt, hat dem andern den Schaden zu ersetzen, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Söz konusu düzenleme, elbette ki mehaz kanun olmasının da getirdiği bir sonuç olarak TBK 116 ile ciddi derecede benzerlik arz eder. Özellikle 101/I ve II ufak tefek çeviri farklılıkları (örneğin mehaz kanunda borcun ifası ya da hakkın kullanılması denirken TBK 116’da “iş yürüttükleri sırada” belirlemesinin yapılması) dışında

TMK 5. maddesine göre, Türk Medeni Kanun'unun ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu sebeple de yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk düzenlemesi TBK 116, sadece borçlar hukukundan doğan ilişkiler alanıyla sınırlı olmaksızın³⁶, diğer özel hukuk ilişkilerinde de uygulanır.³⁷

neredeyse özdeştir. Ancak asıl fark yardımcı kişinin davranışından sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin olarak TBK 116/III ile İBK 101/III'de kendini gösterir. Zira, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin olarak zarar görenin borçlunun hizmetinde olması ihtimali TBK 116/III'de yer almazken mehzaz kanun maddesi olan OR 101/III'de düzenlenmiştir. TBK'da yer alan bu farklılığın doğuracağı sonuçlara ilişkin bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/F. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşması Olmaması/3. Yardımcı Kişiden Sorumluluğu Bertaraf Eden Sorumsuzluk Anlaşması ve Sınırları.

³⁶ Yardımcı kişiden sorumluluk kurumu sadece Medeni Hukuk kapsamında düşünülebilecek dar bir hukuki kurumdan ziyade tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulabilecek çapta geniş bir hukuki kurumdur. Zira, “Genel Nitelikli Hükümler” başlığını taşıyan Türk Medeni Kanunu (TMK) 5. maddesi, TMK'nın ve TBK'nın genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağını açıkça kaleme almaktadır. Kaldı ki Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın ilk maddesi TTK'nın, TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğunu düzenlemiştir. TBK'nın ise TMK'nın ayrılmaz parçası olduğu gerçeği dikkate alınırsa zincir tamamlanır ve söz konusu üç kanunun da hukuki sorunların nitelendirilmesi (altlandırma) ve somut olayların en hakkaniyetli şekilde çözüme ulaştırılması adına izlenecek yolda ayrı düşünülemeyecekleri sonucuna varılır. TBK kapsamında düzenlenmiş olan yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk kavramı, sadece salt Borçlar Hukukundan doğan ilişkiler alanıyla sınırlı olmaksızın, diğer özel hukuk ilişkilerinde de karşımıza çıkabilecek niteliğe sahip bir kurumdur. Özellikle de günümüz koşulları altında, İş Hukuku ve Ticaret Hukuku alanını doğrudan ilgilendirir nitelikte ama TBK 116'ya ilişkin çok sayıda uyumsuzluk doğmakta ve TMK 5 doğrultusunda Borçlar Kanunu ilgili hükmü olan TBK 116 uygulama alanı bulmaktadır. Dahası, TBK 116 sadece özel hukuk kişi ve kurumlarının dahil olduğu uyumsuzluklarda değil, idarenin özel hukuk ilişkilerinde de uygulanabilecektir. Zira, idarenin özel hukuk nitelikli uyumsuzluklarına özel hukuk düzenlemeleri uygulanır. Tüm bu açıklamalar açıkça göstermektedir ki yardımcı kişiden sorumluluk kurumu, Borçlar Hukuku kapsamını aşarak farklı hukuk dallarının içinde karşımıza çıkabilen bu niteliğiyle, hukuk dallarını birer küme ile ifade edersek bu kümelerin salt birinde değil, kesişim noktalarında yer almayı başaran, girişken konulardan biri olma sıfatını haizdir. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki çalışmamız, Medeni Hukuk uyumsuzluklarında borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu kavramını açıklamayı amaçlamaktadır.

³⁷ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 311.

B. Sorumluluğun Öngörülmesinin *Ratio Legis*'i

Hukuki bir kurumun en iyi şekilde anlaşılması için izlenmesi gereken uzun yolda ilk adımın, söz konusu hukuk kuralının neden-niçin var olduğunun, toplumun hangi sorununa çözüm sunmak için kanun koyucu tarafından hangi amaçla kaleme alındığının anlaşılması olduğu inancıyla, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun *ratio legis*'inin tespit edilmesi, aydınlatılması gereken ilk ve belki de en önemli husustur. Borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden kusursuz olarak sorumlu tutulmasının *ratio legis*'ine ilişkin doktrinde yer alan farklı öneriler mevcuttur. Bunlardan bahsetmek gerekirse:

Borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğu kurumuna olan ihtiyaç en temelde, sanayi devriminin etkisiyle girift bir hal alan ticari ve ekonomik hayatın, iş bölümünün yaygınlaşmasını zorunlu hale getirmesidir. Doktrine göre de borçlu borcunu şahsen ifa etmek zorunda olmadığı sürece, çoğu zaman ticaret hayatının hızı ve karışıklığı içerisinde, iş bölümü yöntemini tercih ederek borcu yardımcı eller vasıtasıyla ifa etmeyi tercih edebilir.³⁸

Borçlunun alacaklıya karşı borçlandığı edim(ler)i bizzat kendisinin ifa etmesi *iş bölümü, işin niteliği ve hacmi ve yabancı iş gücüne olan ihtiyaç* gibi sebepler başta olmak üzere çok sayıda etmenden etkilenererek imkansız hale gelir ve bu gerçek, yardımcı kişi kullanılması sonucunu doğurur.³⁹ Hatta iş bölümünün öylesine komplike nitelik taşıdığı sektörler vardır ki bu etmenlerin yoğunluğu nedeniyle yardımcı kişi

³⁸ Günümüz ekonomik hayatının iş bölümünü gerektirmesi sonucu yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumuna olan ihtiyacın doğmasından ve artmasından bahseden bazı yazarlar: Eren (Genel Hükümler), s. 1070; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 304; Kılıçoğlu, A. M.: *Müteahhiddin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, AÜHFD 1975, C. 32, S. 1, s. 185-199 (Müteahhidinin Borcu), s. 188; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 891; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 10; Akipek, s. 131.

³⁹ Eren (Genel Hükümler), s. 1070; Reisoğlu, S., s. 348.

kullanılması adeta bir teamül haline gelmiştir.⁴⁰ Bu fikre katılmamak imkansızdır. Gerçekten de borç ilişkisinde öyle hal ve durumlar söz konusu olabilir ki borçlu her ne kadar edimi bizzat ifa etmek istese de işin niteliği gereği bizzat ifa objektif olarak imkansız olabilir. Bu hususta akla ilk gelen, yüksek katlı bir binanın inşasını taahhüt eden yüklenici Mehmet'in, (söz konusu eser sözleşmesinin ifasında) yardımcı kişi kullanmamasının edimi objektif olarak imkansızlaştırabileceği gerçeğidir. Zira, hiçbir birey, doğa üstü güçleri olmaksızın tek başına koca bir bina inşa edemez.

Tekinay'da ticari ve iktisadi hayatın özellikleri dikkate alındığında, yardımcı kişi olmaksızın hareket etmenin kimi zaman işin doğasına aykırı olacağını, “*bir binanın sadece müteahhit tarafından inşa edilemeyeceği, operasyonun sadece operatör tarafından yapılamayacağı, bir maden kuyusunun sadece maden aramayı taahhüt eden şahıs tarafından açılmayacağı*” gerçekliklerini ileri sürdüğü söz konusu bu üç örnekle desteklemektedir.⁴¹

Kaldı ki yardımcı kişi kullanma ihtiyacı, günümüzün son hız globalleşen rekabet odaklı ekonomisinde, sadece komplike, büyük getirili ve uzun soluklu projeler açısından değil, “mahalle odaklı” nitelendirmesi yapılabilecek derecede küçük kapsamlı girişimler açısından da bir zaruret haline gelmiştir. Kılıçoğlu da “*Basit bir berber dükkanından büyük fabrika ve inşaatlara kadar çırak veya kalfa adı altında yardımcılardan çalıştırılmadığı işletmelere nadir rastlanacağı*” hususunun altını çizerek günümüz şartlarında artık KOBİ'lerden en büyük ölçekli işletmelere kadar

⁴⁰ Örneğin inşaat sektöründe yardımcı kişi kullanılması, artık şüphesiz olarak kabul görmüş ve uzun süreden beri yapılagelmiş bir durum halini almıştır. Kayıhan'da inşaat sektöründe yardımcı kişi kullanılacak olmasının artık bir zorunluluk olarak kabul edildiğinden bahsetmektedir (bkz. Kayıhan, s. 290).

⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 891.

yardımcı kişi kullanıldığına dikkat çekmektedir.⁴² Tunçomağ ise, borçlunun yardımcı kişi kullanmaması halinde toplum hayatının “*felce uğrayabileceğini*” belirttiği şu iki örneği⁴³ işaret etmektedir: Borçlunun yardımcı kişi kullanmaması demek, eser sözleşmesinde borç altına giren yüklenicinin şahsen ifa zorunluluğu olduğunu ya da kira sözleşmesinin kiracı tarafının kira konusu mülkte sadece yapayalnız yaşayabilecek olmasını kabul etmek demektir ki söz konusu kabuller, olağan hayatın akışı ile uymamakta, toplumsal yaşamı üstesinden gelinemez sıkıntılarla baş başa bırakmaktadır.

Kavramın sosyo-ekonomik varlık sebeplerinden sonra, hukuki varlık sebepleri ele alınırsa, ilk akla gelen varlık sebebi ise borçlunun yardımcı kişi kullanması nedeniyle alacaklının genişleyen risk alanıdır. Gerçekten borçlu yardımcı kişi kullanması halinde alacaklının risk kaynaklarını genişletmiş olur zira alacaklı, irade beyanında bulunarak borç ilişkisini kurarken borçludan doğabilecek zararlara uğrama riskini üstlenmekte fakat bir üçüncü kişi olan yardımcı kişinin borç ilişkisine dahil olabileceğini, bunun ötesinde kendi mal ve şahıs varlığında risk oluşturabileceğini öngörememektedir.⁴⁴

Alacaklı söz konusu yardımcı kişinin yeni bir risk kaynağı olabileceğini öngöremediği gibi, aynı zamanda bu hiç hesapta olmayan riske karşılık harekete geçebilmek konusunda da sınırlı bir güce sahiptir. Zira, söz konusu yardımcı kişi alacaklının borçlusu olmadığı gibi, kimliğini bile bilmediği bir üçüncü kişi de olabilir.

⁴² Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 189.

⁴³ Örnekler için bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 503.

⁴⁴ Serozan (Genel Hükümler), s. 285-286; Yağcı, M.: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 10. Üstelik bu riski öngörebiliyor olsa dahi sigorta yaptırmak suretiyle kendini güvence altına alabilmesi de mümkün gözükmemektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 9).

Hatta zararın kimin fiiliyle meydana geldiği dahi belirlenemiyor⁴⁵ olabilir. Eğer alacaklı, yardımcı kişinin kimliğini belirleyebiliyorsa, her ne kadar sözleşmesel taleplere kıyasla daha dezavantajlı olacak olsa da elbette ki haksız fiil hükümlerine dayanarak zarar(lar)ını talep edebilecektir. Ancak ve ancak zarar verenin kimliğini belirleyebiliyorsa bu mümkündür. İş yaşamının gelişen teknoloji ve globalleşme sonucu bireysel çalışmadan ayrılarak takım çalışmasına yönelmesinin bir sonucu da iş bölümünün yaygınlaşmış olmasıdır. Özellikle de komplike projelerde, söz konusu iş bölümünün sınırlarını net şekilde çizerek doğan zarardan kalabalık bir ekip içerisinde kimin sorumlu olduğunun belirlenebilmesi neredeyse imkansızdır. İşte böyle bir senaryoda, alacaklının zararı doğuran davranışta bulunanı tespit etmesini beklemek ve ona bu sorumluluğu yüklemek, doğru bir çözüm olarak görülememektedir.⁴⁶ Kaldı ki zararı doğuran davranışta bulunanın tespit edilmesi alacaklıya yüklenmiş olsa ve alacaklı bunu başarsa dahi, karşısında (kuvvetle muhtemel) ekonomik gücü son derece zayıf bir sorumluyla baş başa kalacak ve zararını tazmin edebilmesi mümkün olmayacaktır.⁴⁷ Alacaklının karşı karşıya kaldığı tüm bu zorlukları bertaraf etme düşüncesi kurumun doğmasında etkili olmuştur.

⁴⁵ Kusursuz sorumluluk hallerinin doğmasının altında yatan anlayışlardan bir diğeriye, alacaklının risk alanını da genişleten ve olayı komplike bir yapıya büründüren olgular sonucunda kimin olaydan ötürü kusurlu (ve elbette sorumlu) olduğunun belirlenemez hale gelmesi ve kusur sorumluluğunun zararın tazmin edilmesi noktasında yetersiz kalması fikridir (bu fikir için bkz. Yavuz, C.: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısına göre Kusursuz Sorumluluk Hâlleri ve İlkeleri*”, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk (Sempozyum Özel Sayısı) MÜHFHAD 2008, C. 14, S. 4, s. 29-61, s. 37; Koçhisarlıoğlu, C.: *Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DÜHFD) 1984, C. 2, S. 2, s. 186).

⁴⁶ Yardımcı kişiden sorumluluk hükümleri hiç düzenlenmeseydi zararın tazmininin tamamen alacaklıya yükleneceği ki bunun da borç ilişkisiyle bağdaşmayacağını belirterek bu görüşe katılanlar için bkz. Erdoğan, İ.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gazi Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2017 (Genel Hükümler), s. 215; Yünlü, s. 41; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 7; Serozan (Genel Hükümler), s. 285-286.

⁴⁷ Yavuz, C., s. 37; Yünlü, s. 42; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 8; Kılıçoğlu, A. M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2017 (Genel Hükümler), s. 819. (Bu düşüncenin “mağdurun korunması” olarak nitelendirilmesi için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 206.)

Bir diğerk *ratio* ise, üçüncü kişinin fiillerinden onun üzerinde söz hakkı ve onu kontrol edebilme gücü bulunan borçlunun sorumlu olması fikri, “hakimiyet” görüşü olarak ifade edilen görüştür.⁴⁸ İstihdam edenin, aile başkanının, yapı eser malikinin ya da hayvan tutucunun sorumluluğunun temelinde de yer alan, herkesin kendi hakimiyet alanında bulunan kişilerin ya da şeylerin doğurduğu zarardan sorumlu tutulması gerektiği düşüncesi, şüphesiz yardımcı kişiden sorumluluk kurumu için de geçerlidir. Yardımcı kişi, emir ve talimat alacağı kişi olarak borçluyu bilmekte ve borçlu ile iletişim halinde hareket etmektedir. Bu durumda, yardımcı kişiyi tanımayan ve hatta belki de varlığından dahi haberdar olmayan alacaklının, yardımcı kişiye talimat vermesi ve onu denetleyebilmesi (onun üzerinde bir hakimiyet yaratabilmesi) mümkün gözükmemektedir.⁴⁹ Öyle ki yardımcı kişi açısından somut olaya bakıldığında, kendine muhatap edindiği kişi alacaklıdan çok borçludur (ki çoğu zaman alacaklı ile yardımcı kişi arasında en ufak bir iletişim dahi söz konusu değildir). Ancak bu görüşe yönelik, “Borçlunun yardımcı kişiye tam anlamıyla hakim olduğunu söyleyebilir miyiz?” sorusu akıllara gelmektedir. Zira, (TBK 66 kapsamında istihdam edenle çalışan arasında bağlılık/otorite şartı aranırken) yardımcı kişiyle borçlu arasında bir otorite ilişkisi bulunması somut olayda mevcut olabilir ama bir şart olarak aranmaz. Öyleyse, borçlunun yardımcı kişisi üzerinde hiçbir otoritesi olmaması ve hatta tam tersine yardımcı kişinin (işin uzmanı olması sebebiyle işe dahil edilmesi ihtimalinde) borçludan daha bilgili ve tecrübeli olması sayesinde borçlu üzerinde

⁴⁸ Hakimiyet fikrinin de yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun doğmasında etkisi olduğuna ilişkin bkz. Serozan (Genel Hükümler), s. 285; Antalya, O.G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2017 (Genel Hükümler Cilt II) , s.10-11; Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981 (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 5; Yavuz, C., s. 38 vd.; Yünlü, s. 49-50; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 19 vd.; Korur, E.: İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976, s. 13-14.

⁴⁹ Serozan (Genel Hükümler), s. 285-286.

otorite kurması mümkünken, hakimiyet fikrinin söz konusu sorumluluğun doğmasında etkisi bulunmadığı ileri sürülebilir.⁵⁰ Bu sebeple de istihdam edenin sorumluluğu kurumunun (TBK 66), yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumuna (TBK 116) kıyasla hakimiyet prensibine daha uyumlu olduğu işaret edilebilir.

Kusursuz sorumluluk kurumunu açıklayan bir diğer görüş ise “sorumluluk alanı”⁵¹ olgusundan hareket eden düşüncedir. Bu görüşe göre, kişi sadece kendi kusuruyla sebebiyet verdiği zararlardan değil, bizzat kendi faaliyet alanında doğan zararlardan da sorumlu tutulabilmekte çünkü zararın doğma sebebi kendi sorumluluk alanı dolayısıyla kişinin kendisi olarak da değerlendirilmektedir.⁵² Dahası, kişinin kendi sorumluluk alanında yer alan gerçek ve tüzel kişilere ve şeylere hükmedebilme otoritesine sahip olabileceği kabulüyle, bunlardan doğabilecek zararları önleme gücüne de sahip olduğu düşünülmekte ve bu düşünce (hakimiyet görüşü) de sorumluluk alanı görüşünü desteklemektedir.⁵³ Ancak söz konusu görüş, “borçlunun etki/sorumluluk alanı”nın belirsiz olması ve zararın ne zaman alacaklının ne zaman borçlunun etki alanında gerçekleştiğinin belirlenmesinin çok da kolay olmaması sebebiyle eleştirilmiştir.⁵⁴ Koçhisarlıoğlu’na göreyse, kusursuz sorumluluk fikrini açıklayan görüşler içerisinde “*en mükemmeli*” bu görüş olarak gözükmekte, dahası, kişinin kendi davranışından doğan zararların yanında, kendi sorumluluk alanında doğan zararlardan da sorumlu tutulmasını ileri sürmek sorumluluk hukuku prensiplerine uygun düştüğü gibi sorumlusu tespit edilemeyen zararların nasıl tazmin

⁵⁰ Söz konusu eleştiriyle aynı yönde eleştiriler için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 22; Yünlü, s. 50.

⁵¹ Bu görüşün doktrinde “Etki Alanı”, “Hukuki Alan” ve “Riziko Alanı” olarak da adlandırıldığıının altı çizilmelidir.

⁵² Koçhisarlıoğlu, s. 268 vd.; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 33 vd.

⁵³ Koçhisarlıoğlu, s. 269 ve 272.

⁵⁴ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 34.

edileceği sorununa da çözüm sunmaktadır.⁵⁵ Gerçekten de kişinin kendi sorumluluk alanında doğan zararı, sırf doğrudan kendi davranışından doğmadı diye ona yabancı saymak, sorumluluk alanını ciddi derecede daraltmaktadır.⁵⁶ Günümüz sorumluluk hukukunun zararları tazmin etme misyonu da dikkate alınırca, bu çözümün ne kadar önemli olduğu daha da net bir şekilde gözler önüne serilir.

Bir görüşse, sorumluluğun öngörölme nedenini tehlike kavramıyla bağdaştırarak açıklamaktadır. Bu görüşe göre, sorumluluğun öngörölmesinin nedeni, borçlunun yardımcı kişi kullanmasının alacaklı açısından yarattığı tehliktir.⁵⁷ Söz konusu görüş, (somut olayın özellikleri dikkate alındığında) borçlunun yardımcı kişi kullanmasının tehlike unsuru taşımayacağı, hatta aksine mevcut tehlikeyi azaltabilmek için gerekli ve alacaklı tarafından da istenen bir durum olduğu hallerde artık tehlike olgusundan bahsedilemeyecek olması yönüyle eleştirilmekte ve hatta abartılı görölmektedir.⁵⁸ Kabul etmek gerekir ki yardımcı kişi kullanmanın tehlike olgusunu azaltabileceği ve hatta ortadan kaldırabileceği senaryolar açısından bu eleştiriye katılmamak elde değildir.

Temsil görüşüne göreyse, yardımcı kişi borçlunun adeta bir temsilcisiymiş gibi düşünölmeli ve borçlu bu sebeple yardımcısının fiillerinden sorumlu tutulmalıdır.⁵⁹ Ancak bu görüş, temsil kurumunun sadece hukuki işlemlerde geçerli kabul edilecek

⁵⁵ Koçhisarlıoğlu, s. 270-271.

⁵⁶ Koçhisarlıoğlu, s. 271.

⁵⁷ Tehlike kavramına dayanan bu görüşten bahseden yazarlar: Yönlü, s. 52-55; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 27; Korur, s. 20-21; Yağcı, s. 17 vd.

⁵⁸ Söz konusu eleştiri için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 27; Koçhisarlıoğlu, s. 255 vd.

⁵⁹ Temsil görüşünden bahseden yazarlar: Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 24; Yönlü, s. 51; Yağcı, s. 12; Korur, s. 14-15.

olması sebebiyle başlı başına eleştirilebilir ve eleştirilmektedir.⁶⁰

Yardımcı kişinin borçlunun kullandığı bir “araç” olduğu fikrinden hareket ederek sorumluluğun temelini borçlunun kullandığı araçtan sorumlu tutulması gerektiğine dayandıran bir görüş de mevcuttur.⁶¹ Ancak bu görüş, yardımcı kişinin araç olarak kabul edilmesinin onun irade sahibi bir gerçek veya tüzel kişi olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesi-yok sayılması anlamına geldiği ve yardımcı kişinin kendi iradesiyle de hareket edebilecek olmasının hiç hesaba katılmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir.⁶²

Dahası, borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunu açıklayan ve “*İsnadiyet Birliği*” olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre, sorumluluğun öngörülmesini gerekli kılan yardımcı kişinin borca aykırı davranışlarının borçluya isnat edilmesi ve borçlunun sorumluluğunun doğması fikridir.⁶³ Söz konusu görüş ise borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunun asıl sebebinin kanuni düzenleme olması ve bu yönüyle isnadiyet fikrinin sorumluluğu açıklamaya yetmemesi sebebiyle eleştirilmektedir.⁶⁴

Objektif sorumluluk hallerinin temelinde yatan ve yardımcı kişi kurumu açısından da kilit önem taşıyan bir diğer anlayış, kişinin bir durumdan menfaat elde etmesi sonucunda doğabilecek zararların rizikosunu da o kişinin üstlenmesi gerektiği (Nimet – külfet, *Interesse –Gefahr*) fikridir.⁶⁵ Hatta Serozan’a göre, belki de en çok

⁶⁰ Söz konusu eleştiri için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 48; Korur, s. 15.

⁶¹ Araç görüşünden bahseden yazarlar: Yünlü, s. 52; Yağcı, s. 13.

⁶² Söz konusu eleştiriler için bkz. Korur, s. 13; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 25.

⁶³ İsnadiyet birliği görüşünden bahseden yazarlar Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 32 vd.; Yünlü, s. 55; Yağcı, s. 22 vd.

⁶⁴ Söz konusu eleştiriler için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 32-33.

⁶⁵ İmre, Z.: *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Halleri III*, İÜHF 2011, C. 14, S. 3-

dikkate alınması gereken unsur, yardımcı kişi kullanılmasının tarafların menfaat dengesinde yaratmış olduğu değişimdir.⁶⁶ Tandoğan ise bu ilkeyi “*yarar ile zarar arasındaki bağıllık düşüncesi*” olarak nitelendirmiş, ve bunun “*telaî edici adaletinin (justice commutative)*” özel hukuktaki bir yansıması olduğunun altını çizmiştir.⁶⁷ “Faal menfaat” olarak da nitelendirilen bu görüşe göre, yarar kime aitse zarara da o katlanmalıdır (*cins commodum, eius periculum*).⁶⁸ Aslında “nimeti elde eden külfete de katlanır” anlayışı, Roma Hukukundan beri hukuk sistemlerine yabancı olmayan bir yaklaşımdır ve Roma Hukukunda *ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet* (menfaat elde edilen kişinin eyleminden menfaat elde eden sorumludur) şeklinde ifade edilmiştir. Yardımcı kişi kullanılıyor olması, bir yandan alacaklının durumunu zora sokmakta (zira risk alanını genişletmekte), ancak diğer yandan borçlunun işini kolaylaştırarak (zira ilk etapta süreci daha rahat ilerletmesini, ikinci etaptaysa borçluya zamandan tasarruf olanağını ve aynı zaman dilimi içinde daha fazla iş yaparak daha fazla kazanç elde edebilme imkanını sağlayarak) taraflar arasındaki menfaat dengesinde borçluya göz ardı edilemez avantajlar sağlamaktadır.

4, s. 755-849 (Kusursuz Sorumluluk III), s. 761; Korur, s. 22; Yavuz, C., s. 37; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 28 vd.; Koçhisarlıoğlu, s. 200; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk) s. 5; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 428-429; Akman, G.S.: Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 74; Yağcı s. 2; Yünlü, s. 56; Yılmaz, S.: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD) 2010, C. 59, S. 3, s. 551-578, s. 554; Serozan (Genel Hükümler), s. 285-286. Baumert’in konferans konuşmasında bu hususu ifade ederken kullandığı Almanca nitelemenin İrfan Yazman tarafından “Gülü seven dikenine katlanır.” atasözümüzle belirtilmiş olmasının da altını çizmek gerekir. Madem ki borçlu yardımcı kişi kullanmanın yaralarını sevmektedir, bunun dikenlerine de borçlunun katlanıyor olması mubahtır (bkz. Baumert, G.: *İşçi ve Müstahdemlerin İşletme İçindeki ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluk Bakımından Durumları* (Çeviren (Çev.): Dr. İrfan Yazman), AÜHFD 1977, C. 34, S.1, s. 175-184, s. 175).

⁶⁶ Serozan (Genel Hükümler), s. 285-286.

⁶⁷ Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 5.

⁶⁸ Ancak bu görüş Koçhisarlıoğlu’na göre bir kusurlu sorumluluğun dayanağını açıklamak için yeterli değildir zira “...bir bebeğin hareketleri bile bir menfaate dayanmakta...” olduğundan her davranışın temelinde bir menfaat olduğu görülecek ve bu görüş temel alınırsa tüm sorumluluk halleri söz konusu faal menfaat ilkesine dayandırılabilir. Söz konusu eleştiri için bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 252-253.

Tuhr'a göre de borçlu yardımcısının sağladığı iş gücü sayesinde başka sözleşmeleri de ifa edebilmek üzere zaman kazanmakta ve borçlunun bu menfaatine karşılık zararın da kendisine yüklenmesi doğru bir yaklaşım olarak görülmekte, bu prensip Alman Medeni Kanunu'nda da kabul edilmektedir.⁶⁹ Ancak bu görüşe ilişkin olaraksa “Ya yardımcı kişi kullanılması borçludan çok alacaklının menfaatineyse?” sorusunun gündeme geldiğini görmek mümkündür. Zira, bu durumda artık nimetten yararlanan alacaklı olacağından bu görüşün sorumluluğun öngörülme sebebi olarak kabul edilmesinin ne derece uygun düşeceği eleştirilebilir.⁷⁰

Katıldığımız üzere, hukuk düzeni sosyal adalet anlayışı gereği nimet-külfet dengesini sağlayabilmek adına, borçlunun yardımcı kişi kullanmasından doğacak zararlara ilişkin kusursuz sorumluluğunu açıkça düzenlemiştir. Gerçekten de TBK 116. maddesi hukuk derslerinden aşına olunan ve klişeleşmeye yüz tutmuş “Hukuk menfaatler dengesidir.” düşüncesinin bedene bürünmüş hali, somutlaşmış bir örneğidir. TBK 116. maddesi, esasen borç ilişkisinin her iki tarafının da menfaatlerini gözetmekte ve bu menfaatleri optimum noktada dengeleyeceğini düşündüğü bir sonucu hedeflemektedir. Bu menfaatler, yardımcı kişi kullanan açısından yardımcı kişi kullanmasından doğan avantajlar (zaman ve iş gücü tasarrufu doğuracak hareket özgürlüğü), zarar gören açıyındansa olası zararının tazmin edilmesi menfaatidir. Gerçekten de TBK 116. maddesi, yardımcı kişi kullanmak isteyen bireyin bu özgürlüğünü teyit ederek onun menfaatlerini korumuş ancak yardımcı kişi kullanılmasından bir zarar doğması halinde, yardımcı kişi kullananı sorumlu tutarak zarar görenin menfaatlerini korumayı amaçlamış ve böylece her iki menfaati de

⁶⁹ Tuhr, s. 590.

⁷⁰ Aynı yönde eleştiri için Bkz. Korur, s. 22; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 31.

dikkate alarak dengeli bir sonuca ulaşmıştır.

Kusursuz sorumluluk hallerinin doğması açısından göz ardı edilemeyecek ve yardımcı kişiden sorumluluk kurumu açısından da ele alınması gereken bir diğer düşünceyse, “garanti ödevinin ihlali” düşüncesidir.⁷¹ Koçhisarlıoğlu’na göre, tüm kusursuz sorumluluk halleri için geçerli olabilecek bu prensibin altında yatan düşünce, kişinin kendi sorumluluk alanında yer alan diğer bireylerin güvenliğini garanti etme ödevi altında olması ve bir zararın doğması halinde bu ödevin ihlal edilmiş olacağı gerçeğidir.⁷² Söz konusu prensip yardımcı kişiden sorumluluk açısından ele alınırsa, zincir şu şekilde tamamlanır: Borçlu alacaklı ile bir hukuki ilişki müzakerelerine adım attığı andan itibaren, onun can ve mal güvenliğini sağlama ödevini kabul etmekte, yardımcı kişinin alacaklıya zarar vermesi halindeyse bu ödevin ihlali meydana gelmekte ve bu ihlalden de borçlunun sorumluluğu doğmaktadır. Bizce de taraflar arasındaki sosyal temasın başlaması anından itibaren doğan edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülükleri, alacaklının mal veya can varlığına bir zarar gelmeyeceğine ilişkin güveninin korunması gerektiği düşüncesini desteklemekte, böylece “garanti ödevinin ihlali” ilkesi, yardımcı kişiden sorumluluk kurumunun bir *ratio legis*’i olarak kabul edilmektedir.

Garanti ödevinin ihlali düşüncesine son derece yakın bir diğer düşünceyse “sonuç vaadi” düşüncesidir.⁷³ Bu düşünceye göre, borçlu salt edim yükümlülüklerini üstlenmez, alacaklı ile arasındaki borç ilişkisinde doğması beklenen ve arzu edilen

⁷¹ Garanti ödevinin ihlaline ilişkin görüşün de yardımcı kişiden sorumluluk fikri açısından önemli olduğundan bahseden yazarlar: Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 17 vd.; Yünlü, s. 44-45; Yağcı, s. 16-17; Korur, s. 16.

⁷² Koçhisarlıoğlu, s. 283.

⁷³ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 12 vd.; Yünlü, s. 47 vd.; Yağcı, s. 14-16.

sonucun doğmasını da üstlenir. Bu sebeptendir ki söz konusu sonucun borçlunun yardımcı kişisi yüzünden arzu edildiği şekilde doğmaması halinde, borçlu vadettiği sonucun doğmamasından (dolayısıyla en nihayetinde yardımcı kişinin fiilinden/davranışından) sorumludur. Ancak bizim de son derece yerinde bulduğumuz bir eleştiriyle⁷⁴, sonuç taahhüdü içerebilmesi doğasına aykırı olan borç ilişkileri açısından bu görüşün uygulama alanı bulmayacağını da altı çizilmektedir.

“Özen görüşü” olarak nitelendirilebilecek bir başka görüş ise⁷⁵ borçlu tarafından vaat edilenin sonuç değil ama yardımcı kişi tarafından gösterilmesi gereken özen olduğundan hareketle, borçlunun yardımcı kişinin özeninden sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürer. Ancak bu görüş de doktrin tarafından borçlunun vaat ettiği (ve edebileceği) özenin yardımcısının göstereceği özen değil, bizzat kendinin göstereceği özen olduğu noktasında eleştirilmektedir.⁷⁶

Kusursuz sorumluluk hallerinin dayanağını oluşturan ve yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu açısından da önem arz ettiği yadsınamaz bir diğer düşünceyse zararın önlenmesi düşüncesidir⁷⁷ ki böylece kusursuz olarak sorumlu tutulacağını bilincinde olan borçlu, zararın doğmasını engellemek adına daha fazla özen gösterecektir.⁷⁸ Bu düşünce yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu

⁷⁴ Söz konusu eleştiri için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 15.

⁷⁵ Bu görüşten bahseden yazarlar, Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 15-16; Korur, s. 15; Yağcı, s. 16.

⁷⁶ Söz konusu eleştiriler için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 16; Korur, s. 16.

⁷⁷ Sorumluluk hukukunun amaçları en geniş anlamda (i) zarar önleme, (ii) zarar giderme ve (iii) ihlal edilen hakkın tazminat hakkına dönüşmesi olarak sınıflandırılabilir. Söz konusu sınıflandırma için bkz. Narter, s. 9-10.

⁷⁸ Ancak Koçhisarlıoğlu bu ilkeye ilişkin olarak kusursuz sorumluluğun dayanağı olmakta başlı başına yeterli olmadığını çünkü zararın önlenmesi ilkesinin sadece kusursuz sorumluluğa özgü değil, aynı zamanda kusur sorumluluğu düzenlemelerinin de temelinde yatan genel bir düşünce olduğunu dile getirmiştir (bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 262).

açısından ele alınırsa, yardımcı kişinin davranışlarından kusursuz olarak sorumlu tutulacağının bilincinde olan (hele ki bu sorumluluk tipi gereği kurtuluş kanıtı getirmesinin de mümkün olmadığına ayırdına varmış) rasyonel bir borçlu, zararın doğması halinde bunun faturasının kendisine kesileceği gerçeğiyle de yüzleşerek alacaklının zararının doğmaması adına hiç şüphesizdir ki elinden gelenin en iyisini yapmaya çabalayacaktır. Farazi olarak düşünüldüğünde, TBK 116 düzenlemesi hiç olmasaydı, yardımcı kişinin davranışlarından sorumlu tutulmayacağını bilen borçlunun tazminattan kaçınma saiki bulunmayacak ve bu sebeptendir ki zararın doğmaması adına gösterdiği özen de (kendi karakter ve vicdanına bağlı olarak) azalabilecekti. Bu açıklamalar ışığında zararın önlenmesi düşüncesinin, kurumun bir diğer temeli olarak düşünülebilmesi mümkündür. Ancak bu amaç, kanun koyucunun tazminat yükümlülüğüne bağladığı her norm için genel-geçer nitelik taşıdığından, sadece yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumuna özgü bir işlev üstlendiğini söyleyebilmek mümkün gözükmemektedir.

Nihayet, bir hukuki düzenlemenin neden doğduğunu ve hangi işe yaradığını anlamak için, onun yokluğu ile varlığı hallerinin mukayese edilmesi en kestirme yol olarak karşımıza çıkar ve hukuki bir sağlama yapmamıza imkan verir. Öyleyse, “Hukuk düzeninin yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu açıkça düzenlemesinin pratik sonucu nedir? Eğer kanun koyucu bu kurumu hiç düzenlemeseydi ne değişirdi?” sorunu ve bu sorunun oluşturduğu varsayım, kurumun *ratio legis*’inin anlaşılabilmesi açısından dikkatle ele alınması gereken bir diğer husustur. Elbette ki Kıta Avrupası modern hukuk sistemlerinde düzenlenmiş olan bu kurum sayesinde, yardımcı kişi kullanan borçlunun, söz konusu yardımcısının doğurduğu zararlardan şartların gerçekleşmesi ile birlikte sorumluluğu doğar. Eğer bu sorumluluğu

düzenleyen bir kanun maddesi olmasaydı, bireysel sorumluluk ilkesi gereği (her birey kendi davranışlarının doğurduğu zararlardan sorumlu tutulabileceği için) yardımcı kişi kullanan borçlu, yardımcısının doğurduğu zararlardan sorumlu tutulamayacaktı. Zira, TBK 116'nın var olmadığı faraziyesinde, yardımcı kişi kullanan borçlu ile alacaklı arasındaki sorumluluk TBK 112. maddesine göre; *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”* kapsamında doğacaktı. Kanunun lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, borçlu söz konusu zararın doğmasında (örneğin yardımcı kişiyi seçmekte, onu denetlemekte ve ona gerekli bilgi ve talimatları düzgün ve eksiksiz olarak vermekte) hiçbir kusuru bulunmadığını ispat ettiği sürece sorumluluktan kurtulabilecekti.⁷⁹ Dahası, zarar gören alacaklı ile yardımcı kişi arasında hiçbir akdi ilişki bulunmadığından, borca aykırılık hükümleri söz konusu taraflar arasında işletilemeyecek ve böylece ancak ve ancak şartları varsa (akdi sorumluluğa göre çok daha dezavantajlı olan) haksız fiil hükümleri ile zararın tazmini gündeme gelebilecekti. Ancak dikkat edilmelidir ki yardımcı kişinin davranışının haksız fiil kapsamında değerlendirilememesi halinde, zarar görenin ona başvurarak zararını bu yolla tazmin etmesi de mümkün olmayacaktı. Kaldı ki yardımcı kişinin davranışı haksız fiil niteliğini haiz olsa dahi somut olayda iş bölümünün öyle yoğun ve girift olduğu projeler söz konusu olabilirdi ki zararı doğuran davranışı gerçekleştiren yardımcı kişinin kim olduğu dahi tespit edilemeyebilir ve zararın tazmin edilebilmesi açısından fiili bir imkansızlık da söz konusu olabilirdi. Bu durumda alacaklı, bırakın zararını tazmin etmeyi, zararı kimin meydana getirdiğini dahi tespit edemeyecekti. Üstelik zararın hangi yardımcı kişi tarafından meydana getirildiği

⁷⁹ Eren (Genel Hükümler), s. 1070.

alacaklı tarafından tespit edilse dahi, yardımcı kişinin ekonomik gücü söz konusu zararı karşılamaya yetersiz kalabilirdi. Tüm bu ihtimaller bir arada ele alındığında, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun yokluğu ya alacaklının zararını hiç tazmin edememesi ya da tazmin edebilmek için deyim yerindeyse “bin dereden su getirmesi” sonucunu doğururdu. Böylece, yardımcı kişi kullanılması alacaklının durumunu katbekat kötüleştirirken, TBK 116 düzenlemesinin hiç var olmadığı varsayımına dayanan bu senaryodan en karlı çıkan şüphesiz yardımcı kişi kullanan borçlunun ta kendisi olacak, yardımcı kişi kullanarak ediminin ifasını kolaylaştırmak, işin kalitesini arttırarak fiyatı yukarı çekebilmek, zamandan tasarruf etmek ve bu zamanı para getirebilecek diğer projelere yatırarak cüzdanının hacmine hacim katmak gibi avantajlar da borçlunun hanesine eklenecekti. Bu sonuç ise, borç ilişkisinin tarafları arasındaki menfaat dengesinin bir tarafın son derece aleyhine, diğer tarafınsa ciddi derecede lehine bozulması olarak karşımıza çıkacak ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonsuz sayıda somut olayın doğmasına zemin hazırlayacaktı. Ancak bugün, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk ihtimalini düzenleyen TBK 116 sayesinde, yokluğuna ilişkin faraziyede karşımıza çıkan tüm olumsuzluklar bertaraf edilmiş ve böylece kurumun “yokluğu ile varlığı senaryoları” karşılaştırılarak getirilerinin hukuki anlamda bir sağlaması yapılmıştır. İşte bu sebeptir ki TBK 116 kuralını “*neredeyse her derde deva*”⁸⁰ bir kural olarak nitelendiren Serozan’a katılmamak elde değildir.

Nihayet sorumluluğun öngörülmesinin nedenlerine ilişkin olarak şu tespitlerin yapılması son derece önemlidir:

⁸⁰ Serozan (Genel Hükümler), s. 293.

Öncelikle bir kavramın doğmasında etkili olan sosyal, ekonomik ya da politik konjonktür bu kavramın aynı zamanda hukuki bir düzenlemeye konu olmasında başlı başına yeterli değildir. Kavrama hukuk düzeni tarafından çeşitli hüküm ve sonuçların bağlanabilmesi için hukuk düzeninin bunu haklı kılan bir sebep(ler)le karşımıza çıkması gerekir. Bu kapsamda bir kuruma neden ihtiyaç duyulduğunun hukuki gerekçelerle açıklanması kurumun öngörülmesinin *ratio legis*’inin kalbidir. Tüm bu açıklamayı anlaşılabilir kılmak adına, yardımcı kişi kavramının doğmasında etkili sosyo-ekonomik sebeplerden yukarıda ele alınmış olan iş bölümüne ihtiyaç, iş bölümü anlayışının yaygınlaşması, işin girift niteliği gereği yardım alınarak yürütülmesinin işin doğasından kaynaklanması, globalleşmenin ve rekabetçi piyasaların hakimiyetinin etkisiyle zamanın kıymetinin artması ve yardımcı kullanılarak zamandan kar etme düşüncesi gibi olgular yardımcı kişi kavramının sosyal-ticari hayatta yer edinmesi sonucunu doğursa da bu olguların hiç biri sorumluluğun öngörülmesinin hukuki anlamda bir nedeni olarak işaret edilemez. Zira, sorumluluğun hukuken öngörülmesinin nedeni demek “O veya bu sebeple sosyal ve ticari hayatta yer edinmiş olan yardımcı kişinin fiillerinden neden borçlu sorumlu tutulmalıdır? Hukuk düzeni kimin menfaatlerini diğerininkine tercih edecekse bu tercihin hukuki temelde gerekçesi ne olmalıdır?” sorusunun cevabıdır. Bu sebeptir ki sorumluluğun öngörülmesinin hukuki sebepleri arasında (yukarıda ele alındığı üzere doktrinde) alacaklının genişleyen risk alanı, hakimiyet fikri, sorumluluk alanı görüşü, tehlike görüşü, temsil görüşü, araç görüşü, isnadiyet birliği görüşü, nimet-külfet dengesi görüşü, garanti ödevinin ihlali görüşü, sonuç vaadi düşüncesi, özen görüşü ve nihayet zararın önlenmesi fikri olmak üzere çok sayıda prensip kaleme alınmıştır.

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun hukuken öngörülmesinin nedenleri arasında sayılan çok sayıda fikir ele alınırsa, sayılan tüm sebepler arasından birini diğerinden üstün görmek veya bir sebebi diğerine tercih etmek ve sorumluluğun hukuken öngörülmesini tek veya birkaç prensiple açıklayabilmek kanaatimizce doğru gözükmemektedir.⁸¹ Gerçekten de somut olay açısından bakıldığında sorumluluğun öngörülmesini gerektiren birden çok sebep mevcut olabilir.⁸² Kaldı ki bu görüşler doktrin tarafından haklı olarak genel bir prensip yaratamamaları sebebiyle eleştirilmiştir.⁸³ Bu eleştiri de açıkça göstermektedir ki görüşlerden her biri diğerinden farklı bir bakış açısıyla hukuki bir dayanak sağlamakta, bu sebeple de genel bir prensipte birleştirilememektedir. Ortak bir çatıda birleştirilemeyen söz konusu farklı görüşlerden her birinin (her ne kadar yukarıda detaylı şekilde ele alındığı üzere belli gerekçelerle eleştirilmiş olsalar da) sorumluluğun öngörülmesinin nedeni olup olmayacağı noktasında biri diğerinden üstün görülemeyecek değere sahip olduğunu belirtmek gerekir. Bu sebeple fikrimizce, sorumluluğun öngörülmesinin hukuki nedenini görüşlerin zincirleme şekilde birbirini tamamlaması ile oluşan bütün olarak düşünmek daha yerinde gözükmemektedir.

⁸¹ Aynı fikirde Yünlü, s. 61-62; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 38; Akipek (Alt Vekalet), s. 135; Korur, s. 24.

⁸² Dahası somut olay bazında bakıldığında yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk kurumuna duyulan ihtiyacı açıklayabilmek adına, bir somut olayda X görüşü daha işlevsel ve mantıklı gözükürken başka bir somut olayda X görüşünün anlam taşımadığı ve Y görüşünden yararlanmanın daha yerinde olabileceğini belirtmekte fayda vardır. Örneğin, yardımcı kişi kullanılmasının borçludan çok alacaklının yararına olduğu bir somut olayda, artık nimet-külfet dengesi görüşü yardımcı kişi kullanmanın borçlunun yararına olduğu bir somut olaya göre daha az önem arz edecektir.

⁸³ Korur, s. 23; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 38 vd.

II. YARDIMCI KİŞİ KAVRAMININ ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

A. İfa Yardımcısı, Kullanma Yardımcısı ve Koruma Yardımcısı

Yardımcı kişi kavramı, salt tek bir kavramı ifade etmediği gibi, dar bir kalıba sıkıştırılarak düşünülmemesi gereken ve içeriğinde sadece borcun ifasına yardımcı olanları değil, aynı zamanda hakların kullanılmasının bırakıldığı kullanma yardımcılarını ve dahası koruma yardımcılarını da kapsayan geniş bir yelpazedir.

Doktrinde sıklıkla kullanılan iki terim “ifa yardımcısı” ve “kullanma/yararlanma yardımcısı” terimleridir. Söz konusu bu iki terim, aslında yardımcı kişi ana başlığının iki farklı görünümünden başka bir şey değildir. Zira, yardımcı kişi kavramı ana başlık olmakla birlikte, borç ilişkisine katılım şekli açısından yardımcı kişi en temelde iki farklı görünümle karşımıza çıkar. Yardımcı kişinin davranışı borcun ifasına ilişkin bir davranışsa ifa yardımcısı (*Erfüllungsgehilfe*), hakkın kullanılmasına ilişkin bir davranışsa kullanma ya da yararlanma yardımcısı (*Ausübungsgehilfe-Nutzungsgehilfe*) olarak adlandırılır.⁸⁴ TBK 116. maddesinin lafzı da bu kavramsal yapıyı destekler niteliktedir.⁸⁵ Gerçekten de “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi*⁸⁶ *yardımcılarına...*” düzenlemesi borcun ifasından veya hakkın kullanılmasından bahsetmekte ve yardımcı kişinin her iki görünümünü de açıkça kaleme almaktadır. Öyleyse TBK 116, sadece

⁸⁴ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 313.

⁸⁵ Serozan (Genel Hükümler), s. 288.

⁸⁶ Söz konusu maddenin örnek kabilinden bir sayma yolunu benimsediğine ilişkin olarak detaylı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/I. Yardımcı Kişi Kavramı/A. Türk Hukukunda Yardımcı Kişi ve Yardımcı Kişiden Sorumluluk Kavramı ve İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/C. İfanın/Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılmış Olması ve Yardımcı Kişinin Fiilen Katılımı.

borcun ifasına yardım eden üçüncü kişilerin davranışlarından doğacak zararlarda değil, bir hakkın kullanılmasına katılan üçüncü kişilerin doğuracağı zararlar kapsamında da uygulama alanı bulacaktır.⁸⁷

Kılıçoğlu, bir hakkın kullanımının yardımcı kişiye bırakılmış olması ile bir borcun ifasının yardımcı kişiye bırakılmış olması halleri arasındaki farkı dile getirirken şu örnekten yararlanmaktadır:⁸⁸ Bir aracın tamirini üstlenen borçlunun, söz konusu aracı tamir işini yanında çalıştırdığı işçiye bırakması halinde bir zarar doğarsa ifanın yerine getirilmesinde kullanılan yardımcı kişinin (ifa yardımcısının) fiilinden sorumluluk, fakat aracın tamir işleminin sona ermesinden sonra ücretin tahsilatı için çalışanını göndermesi ancak çalışanın alacaklıdan fazla para tahsil etmesi halinde hakkın (alacak hakkı) kullanılmasında yardımcı kişinin (kullanma yardımcısının) fiilinden sorumluluk gündeme gelecektir.

Yardımcı kişi kavramının ilk kolunu ve en sık görünümünü oluşturan ifa yardımcısı kavramıdır. İfa yardımcısından bahsedebilmek için borç ilişkisinden doğan asli ya da yan edimlerin ifasının yardımcı kişiye bırakılmış olmasının pratik bir farkı yoktur.⁸⁹ Zira, her iki durumda da ifa yardımcısı söz konusu olur. Ayrıca ifa yardımcısı

⁸⁷ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1132.

⁸⁸ Örnek için bkz. Kılıçoğlu (Genel Hükümler), s. 820.

⁸⁹ Borç ilişkisi beraberinde yalnızca asli edim yükümlülüklerini değil, yan edim yükümlülüklerini de getirir. Asli edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin hukuki niteliğini belirleyen esaslı unsurlardır. En klasik örneğiyle, satım sözleşmesinde satıcının asli edim yükümlülüğü malın zilyetliğinin ve mülkiyetinin alıcıya geçirilmesiyle, alıcının asli edim yükümlülüğü bedelin ödenmesidir. Yan edim yükümlülükleri ise, borç ilişkisinin hukuki niteliğini belirleme gücünü haiz olmayan ancak tarafların anlaşarak kararlaştırdıkları ya da bizzat kanundan doğan edim yükümlülükleridir. Örneğin, satım sözleşmesinde satılmış olan malın kurulumunun da satıcı tarafından yapılacağı kararlaştırılırsa, kurulum borcu satıcının yan edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkar. Asli edim yükümlülüğü-yan edim yükümlülüğü ayrımının TBK 116'nın uygulanması kapsamında pratik bir öneminin bulunduğunu söyleyebilmek pek de mümkün değildir çünkü ister asli ister yan edim yükümlülüğü söz konusu olsun, bu yükümlülüğün ifasının yardımcı kişiye bırakılabilmesi ve dolayısıyla borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğabilmesi mümkündür.

olumlu ya da olumsuz edimlerin, konusuna göre yapma-yapmama veya verme borçlarının ifasında da kullanılabilir.

Belirtmek gerekir ki borçlunun borcun ifasını değil, bizzat borcun ifasının doğuracağı masrafları üstlendiği sözleşme tiplerinde, yüklendiği masraflarla (edimle) bağlantısı olmayan bir işte üçüncü kişiden yararlanması halinde, ifa yardımcısının varlığından ve dolayısıyla da borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğundan bahsedilemez. Örneğin, bir hastalık sigortasında tedavi masraflarını üstlenen sigorta şirketi, tedaviyi yerine getiren doktorun meydana getireceği zararlardan sorumlu tutulmadığı gibi sigorta şirketi ile doktor arasında borçlu-yardımcı kişi ilişkisinin varlığından da bahsedilemez. Bunun temel nedeni sigorta şirketinin akdi ilişkide üstlendiği borcun sadece tedavi masraflarının karşılanması üzerine olması ve doğrudan herhangi bir yapma edimini üstlenmemiş olmasıdır. Ancak bir diğer senaryoda, eğer ki sigortacı sigortalıya karşı sadece tedavi masraflarını değil, aynı zamanda tedavinin bizzat kendisini yüklenmiş olsaydı bu ihtimalde, sigortacının bu ediminin ifasında yer alan üçüncü kişiler ifa yardımcısı sıfatını haiz sayılabilir ve TBK 116 kapsamında sigortacının sorumluluğu gündeme gelebilirdi.⁹⁰

Benzer şekilde hizmet tedariki sözleşmeleri de ele alınmalıdır. Zira, hizmet tedariki sözleşmelerinde borçlunun söz konusu taahhüdü bizzat işi yapmak değil, işi yerine getirecek iş gücünü sağlamaktır. Bu durumda borçlunun, edimin ifası için iş gücü sağlamak adına alacaklıya tedarik ettiği kişiler borçlunun yardımcı kişisi değildirler.⁹¹

⁹⁰ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 67-68.

⁹¹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 68-70'den şu iki Federal Mahkeme kararına işaret edilmesinde fayda vardır: Federal Mahkeme'nin karara bağladığı bir olayda, borçlu alacaklıya şoförünü bir hafta boyunca ücret karşılığı vermeyi taahhüt etmiştir. Federal Mahkeme bu durumda şoförü borçlunun yardımcı kişisi olarak kabul etmemiş ve şoförün alacaklıya vereceği zararlar açısından borçluyu sorumlu tutmamıştır. Bunun altında yatan sebep, Federal Mahkeme'ye göre borçlunun sadece ve sadece alacaklıya iş gücü

Bir eksik borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması hali de üzerinde durulması gereken diğer ihtimaldir. Eksik borcun yardımcı kişinin davranışı ile değil kötü ifa edilmesi, hiç ifa edilmemesi halinde dahi bir takip başlatılamaz zira eksik borçlulardan doğan tazminat alacakları da eksik borç niteliğindedir.⁹²

Bir külfetin yardımcı kişi eliyle yerine getirilmesi hali de söz konusu olabilir. Külfet (ödev/yüklenti) borçtan farklı olarak, yerine getirilmemesi halinde hukuki bir sorumluluk doğurmayan ancak yerine getirmeyen kişinin bir seçeneğini/imkanını/başvuru yolunu kaybetmesi sonucunu doğuran bir kavramdır.⁹³ En çok kaleme alınan kürsü örneğiyle, satım sözleşmesinde alıcının ayıplı mala ilişkin seçimlik haklarını kullanmak için muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi beklenir ve söz konusu külfeti yerine getirmeyen alıcı seçimlik haklarını kaybeder. Bir diğer örnekle⁹⁴, kira sözleşmesini feshetmek isteyen kiracının, fesih ihbarını kanuni süreler içerisinde ve kanuna uygun usulle yapması gerekliliğinde de bir külfetten bahsedilir.

(şoför) sağlamayı taahhüt etmesi ancak şoförün ifa hareketlerine ilişkin hiç bir taahhütte bulunmamasıdır. Bu durumda borçlunun ifa yardımcısından sorumluluğundan bahsedilemez. Bir başka Federal Mahkeme Kararındaysa, taraflar arasındaki sözleşmeye göre, küreklemeye makinesi kiraya verilmiş ve aynı zamanda makineyi kullanmayı bilen bir işçi kiracıya sağlanmıştır. Ancak bu kararda da Federal Mahkeme söz konusu işçiyi kiralayanın ifa yardımcısı olarak kabul etmemiştir. Zira, kiralayan açısından üstlenilen edimin sadece ve sadece iş gücünün tedarik edilmesi olduğunu, bunun ötesinde bir riskin kendisine yükletilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Federal Mahkeme'nin her iki mahkeme kararında da temel aldığı mantık şu şekilde açıklanabilir: Bir iş gücü tedarik etmeyi taahhüt eden borçlu, iş gücü sağlanan faaliyete elverişli bir işçi(ler) tedarik etmekle sorumludur ve sorumluluk alanı (özellikle somut akdi ilişkide bir garantide bulunulmadıysa) daha fazlasını garanti edecek şekilde genişletilemez. Öyle ki borçlunun üstlendiği söz konusu elverişli iş gücünü sağlamaktır. Bu noktada borçlunun bir yardımcı kişisinden bahsedilemez.

⁹² Eren (Genel Hükümler), s. 1073; Zevkliler, A./Ertaş, Ş./Havutçu, A./Aydoğdu, M./Cumalıoğlu, E.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 320; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 84; Akipek (Alt Vekalet), s. 137.

⁹³ Altınok Ormancı, P.: Zararı Azaltma Külfeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 15; Nomer, H. N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996 (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 85; Yünlü, s. 73; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 295; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 32; Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Hüküm C. I (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme), Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 32 vd.

⁹⁴ Örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 295.

Bir külfetin yerine getirilmesinde yardımcı kişinin de rolü varsa ve bu rol aynı zamanda bir zararın doğmasına da sebep oluyorsa doktrindeki bir görüşe göre, TBK 116. maddesi somut olayın özelliğine göre kıyas yapılabildiği ölçüde uygulanabilir.⁹⁵ Ancak karşıt görüşe göreyse,⁹⁶ külfetin ihlali bir sorumluluk doğurmayacağından (bu külfet yardımcı kişi eliyle ihlal edilse dahi ortada bir sorumluluk bulunmayacağından) TBK 116'nın uygulama alanı bulabilmesi söz konusu olmaz.⁹⁷ Olsa olsa yardımcı kişi eliyle külfeti ihlal eden taraf bir imkanını kaybeder ve bunu yardımcı kişiden tazmin edip edemeyeceği onunla arasındaki iç ilişkiye bağlıdır. Fikrimizce, sorumluluğun alanı daha geniş düşünölmeli ve bir külfetin yerine getirilmesinde yardımcı kişi kullanılmasını da kapsamalı, ancak bu ihtimalde borçlu bir başvuru yolunu kaybetmesinden doğan zarara katlanmalıdır.

Yardımcı kişi kavramının kapsamına sadece ifa yardımcısının değil, hakkın kullanılmasına dahil olan üçüncü kişilerin de “kullanma yardımcısı” sıfatıyla dahil olacağını belirtmek gerekir. Kullanma yardımcısı⁹⁸, borç ilişkisinin tarafı olmayan ancak ilişkiden doğan hakkı kullanmasına izin verilen kişidir.⁹⁹ Bir diğer tanımla, *“sözleşmeden doğan bir hakkı; kendisi akdin tarafı olmamakla birlikte, akdin tarafı*

⁹⁵ Eren (Genel Hükümler), s. 1073, dip not (dn.) 186; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 294-295. Dahası, Şenocak burada doğacak olan yardımcı kişiden sorumluluğun, alacaklıya zarar verilmesi ihtimalindeki sorumluluktan çok daha hafif olacağı ve borçlunun alacaklının zararını değil, kendi zararını taşıyacağını (zira bir şansını/başvuru yolunu kaybettiğini) belirtmektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 294-295).

⁹⁶ Görüş hk. bkz. Yönlü, s. 76, dn. 77. Ancak aynı görüşe göre, kaçınma gerektiren bir külfetin yerine getirilmemesi halinde, bir sorumluluk doğabilir ve bu sorumluluktan da borçlu sorumlu tutulabilir (bkz. Yönlü, s. 77).

⁹⁷ Kanunun lafzında “...borcun ifası veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması...” hususlarından bahsedildiği için lafsa sıkı sıkıya bağlı yorum esas alınır, bir külfetin yerine getirilmesinde üçüncü kişiden yararlanılmasının kapsam dışında bırakıldığına ilişkin bir görünümle karşılaşılmaktadır.

⁹⁸ Biz çalışmamızda “kullanma yardımcısı” terimini kullanmayı tercih etmiş olsak da söz konusu kavram doktrinde “yararlanma yardımcısı” olarak da ifade edilmektedir.

⁹⁹ Tanımın alındığı yer Eren (Genel Hükümler), s. 1078; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 508.

olan kişinin “yardımcısı” sıfatı ile kullanan kimsedir.”¹⁰⁰ Kullanma yardımcıları söz konusu kendisine bırakılan hakkın kullanılması esnasında, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine aykırı davranarak alacaklının zarar görmesine sebep olursa, borçlunun bu zarardan TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar.

Bir hakkın kullanılmasında rol oynayan kişinin de yardımcı kişi kapsamına dahil edilmesi Tuhr tarafından “*pek haklı*” olarak nitelendirilmiştir.¹⁰¹ Kanunun lafzının “...veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması”ndan da bahsederek, son derece açık bir şekilde kullanma (yararlanma) yardımcıları da yardımcı kişi kapsamında işaret etmesi, amaçsal yorumla da uyum göstermektedir. Zira, gerçekten de kanun koyucunun alacaklının sadece ifa yardımcısından doğacak olan zararlarının tazminini amaçladığı düşünülemez. Elbette ki bir hakkın kullanılmasında ya da bir haktan yararlanılmasında yer alan yardımcı kişiler de alacaklının risk alanını genişletebilir. Örneğin, kiradaki evde kiracı karı ile birlikte yaşayan ancak kira sözleşmesinin tarafı olmayan koca kullanma yardımcısıdır. Edimin sözleşmeye uygun kullanılması noktasında alacaklıya şüphesiz ki bir risk yaratmaktadır. Öyle ki kira sözleşmesinin konusu eve koca da zarar verebilir. Öyleyse, kocanın doğurabileceği zararlara karşı da borçlunun (sözleşmenin tarafı olan karının) sorumluluğunun doğması, kanun koyucunun *de lege feranda* düzen açısından amaçlaması gereken bir sonuçtur ve kanun hükmünden (“...veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması...” ibaresinden) açıkça bu sonuca varılabiliyor olması da lafzi yorumla amaçsal yorumun uyum içerisinde olduğunu gözler önüne sermektedir.

Borçlu hakkın kullanılmasını bir üçüncü kişiye bırakmışsa, kullanma

¹⁰⁰ Hatemi/Gökyayla, s. 275.

¹⁰¹ Tuhr, s. 596.

yardımcısı olan o kişinin hakkı kullanırken göstermesi gereken özeni göstermemesinden sorumlu olur. Zira, bir Federal Mahkeme kararında da belirtildiği üzere “şeyin kullanılmasının devri kiralanmış şey üzerindeki özen gösterme yükününün de zımnen devrini içine alır.”¹⁰² Doktrinde özellikle kira sözleşmesi özelinde, kiralanın taşınmazı borçlu ile kullanacak olan herkes¹⁰³ (özellikle ilk etapta aklımıza gelen aile fertleri, evin çalışanları vs.) ve hatta misafirlik süresine dahi bakılmaksızın tüm konuklar borçlunun kullanma yardımcısı olarak işaret

¹⁰² Bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 508’deki karar (BGE 90 II 15).

¹⁰³ Kiracının malı kullanmasına rıza gösterdiği kişilerin kullanma yardımcısı olduğuna ilişkin örnek verildiğinde, kullanma yardımcısı, alt kira ve ariyet arasındaki ilişkinin de altının çizilmesi gerekmektedir. Kiracının kiralanana tamamen ya da kısmen ivazsız olarak bir üçüncü kişiye kullandırması halinde elbette ki bir alt kira sözleşmesinden bahsedilemeyeceği açıktır. Zira kira sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri bir malın kullanımının karşı tarafa bırakılmasıdır. Zira kira sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri bir malın kullanımının karşı tarafa bırakılmasıdır. Ancak bedel karşılığı olmaksızın kiralanana bir üçüncü kişiye kiracı tarafından kullandırılıyor olması halinde (her ne kadar kiracı ile bedelsiz kullanan arasındaki ilişki ariyet olarak nitelendirilerek Borçlar Kanunu’nun ariyet kurumuna ilişkin hükümlerini akla getirir de), kiracı ile bedelsiz kullanan arasındaki ilişki ayrıca ele alınmalıdır. Zira, söz konusu bedelsiz kullanan ariyet alan, doğrudan kiracının yardımcı kişisi de olabilir. Yardımcı kişi sıfatının doğabilmesi için kiracı ile bedelsiz kullanan arasında (ariyet veya başka bir) sözleşmenin varlığı aranmayacağından diğer şartların da gerçekleşmesi ile birlikte yardımcı kişi sıfatı doğabilir ve bedelsiz kullananın “kullanma yardımcısı” sıfatıyla kiralanana verdiği zarardan kiracı TBK 116 kapsamında kiralayana karşı sorumlu tutulabilir.

Alt kira ile yardımcı kişiden sorumluluk kurumları ele alınırsa, doktrindeki hakim görüşe göre (bu görüşün baskın görüş olduğu ilişkin bkz. Yücer, İ.: *Alt Kira*, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, s. 791- 829, s. 810), alt kiracının kiralanın malı sözleşmeye aykırı şekilde kullanmasından doğan zararlarda kiracının sorumluluğu eBK 100 (TBK 116) kapsamında yardımcı kişiden sorumluluk hükümlerine tabidir. Zira, alt kiracı asıl kiracının kira sözleşmesinden doğan bir hakkının kullanımının kendisine bırakılması sonucu ilişkiye dahil olmakta, kira sözleşmesinde rol almaktadır. Nitekim Yarg. 4. HD, T. 31.01.1958, E. 8043, K. 581 künyeli kararda Yargıtay 4. HD, alt kiracıyı asıl kira sözleşmesinden doğan hakları asıl kiracı adına kullanan kimse olarak nitelendirmiş ve asıl kiracının alt kiracıdan doğan sorumluluğunu eBK 100 (TBK 116) hükmüne tabi tutmuştur. Ancak mevcut ve yeni TBK’da yer alan, “*Alt kira ve kullanım hakkının devri*” başlığını taşıyan TBK 322. maddesinin son fıkrası ayrıca ele alınmalıdır. İlgili fıkra göre: “*Alt kiracı, kiralanana kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir.*” Kiracıya verilenden başka biçimde kullanma ifadesiyle kastedilen borca aykırı kullanımın ta kendisidir. Böylece kanun maddesi ile birlikte kullanma yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğunun özel bir uygulama alanı, “*Alt kiracı, kiralanana kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur.*” düzenlemesinden de açıkça anlaşıldığı üzere alt kira ilişkisi açısından karşımıza çıkmaktadır. Ancak kanun koyucu bu noktada bir adım daha ileri giderek, kiraya verenin kiracısına karşı sahip olduğu hakları doğrudan alt kiracıya (veya kullanım hakkını devralana) karşı da ileri sürebileceğini düzenleyerek alacaklının doğrudan yardımcı kişiye, daha güçlü bir elle başvurabilmesinin kira sözleşmesi özelinde kapısını aralamıştır.

edilmektedir.¹⁰⁴ Örneğin¹⁰⁵, borçlu kiraladığı aracın kullanımını şoförüne bırakır ve şoför tarafından kullanımı icra edilen araçla bir trafik kazasına karışılması sonucu zarar doğarsa, borçlu TBK 116 (kullanma yardımcısının fiillerinden sorumluluk) kapsamında kiraya verene karşı sorumlu tutulur. Bir diğer örnekle Helvacı, Büyükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan bir dosyada, ...Anonim Şirketi ile ...Anonim Şirketi arasındaki kira sözleşmesinde, kiralananın özenle kullanılması borcu açısından kiracı konumundaki tüzel kişinin, kira konusu taşınmazda ikamet eden (organ niteliğini haiz olmayan) çalışanlarının fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağına ilişkin yazılı bir mütalaa sunmuştur.¹⁰⁶

Borç ilişkisi sadece edimlerin karşılıklı mübadelesinden ya da ilişkiden doğan haklardan ibaret değildir. Bu sebeptendir ki her ne kadar doktrinde yardımcı kişi dendiğinde ilk akla gelenler hiç şüphesiz ifa ve kullanma yardımcısı kavramları olsa da yardımcı kişi kavramının bir alt başlığı olarak “koruma yardımcısı” adı verilen üçüncü bir yardımcı kişi tipi de belirlenmiştir. Örneğin, Eren’in sınıflandırmasına göre¹⁰⁷ yardımcı kişi, (i) ifa yardımcısı, (ii) koruma yardımcısı ve (iii) kullanma yardımcısı olmak üzere üç alt başlıkta karşımıza çıkar. Eren’e göre “koruma yardımcılığı” kavramı, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı kapsamı haizdir. Dar anlamda koruma yardımcılığı, koruma yükümlülüklerinin ifası doğrudan yardımcı kişiye bırakıldıysa gündeme gelirken, geniş anlamda koruma yardımcılığı, yardımcı

¹⁰⁴ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 508; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1138; Eren (Genel Hükümler), s. 1078, dn. 211.

¹⁰⁵ Örneğin alındığı yazar Eren (Genel Hükümler), s. 1078.

¹⁰⁶ Helvacı, İ: Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010), Kiracının Kiralanan Taşınmazda Meydana Gelen Hasardan Sorumluluğu, İstanbul 2010 (Hukuki Mütalaalar), s. 167-180.

¹⁰⁷ Bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1073.

kişinin borcun ifasında/hakkın kullanılmasında alacaklının ve alacaklının çevresindekilerin mal ve şahıs varlığını¹⁰⁸ koruma yükümlülüğünün var olduğu şeklinde ifade edilmektedir.¹⁰⁹ Borçlunun koruma yükümlülüğünü kısmen veya tamamen yardımcı kişiye bırakması halinde, kavram olarak bir “koruma yardımcısı”nın varlığı söz konusu olur. Örneğin¹¹⁰, iş yerinde çalışan işçilerin güvenliklerinin sağlanması adına iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü altında olan borçlu sıfatını haiz işveren, bu önlemlerin alınmasını ve yürütülmesini bir işçisine bırakırsa, söz konusu işçi koruma yardımcısı haline gelir. İşverenin, işçinin koruma yükümlülüğünü¹¹¹ ihlali eden fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar.

Dahası, yardımcı kişi kavramı sadece bir borcun ifasına, hakkın kullanılmasına ya da koruma yükümlülüklerinin yerine getirilmesine dahil olan kişiden ibaret de düşünülmemeli, daha ortada bir borç ilişkisi bulunmasa dahi sosyal temasın doğduğu

¹⁰⁸ Eren geniş anlamda koruma yardımcılığından bahsederken, “*Böylece yardımcı kişi, ifa faaliyetinde bulunurken, alacaklının veya onun koruma alanı içinde bulunan yakınlarının ifa menfaati dışında kalan diğer malvarlığı ve kişilik değerlerini ihlal etmemek zorundadır.*” ifadesine yer vermektedir. Kanımızca bu ifade son derece önemlidir zira aslında günümüz sosyal hayatının ihtiyaçları da dikkate alındığında, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kavramının adam çalıştırmanın sorumluluğu kavramının alanını ne derece daralttığını da gözler önüne sermektedir. Gerçekten de yardımcı kişinin alacaklının ve onun koruma alanı içinde bulunan yakınlarının tüm menfaatlerini (zira Eren’in de ifade ettiği üzere “*ifa menfaati dışında kalan diğer malvarlığı ve kişilik değerlerini*”) koruması gerektiğini söylemek, ifa fiili ile alakası olmayan (haksız fiil niteliğindeki) davranışların da alanını geniş anlamda koruma yardımcılığı kapsamına sokmakta ve borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğunu (TBK 116) doğurmaktadır. Böylece yardımcı kişiden sorumluluk kurumunun, adam çalıştırmanın sorumluluğu alanında işaret edilen çok sayıda örneği de kendi içerisine katmakta ve adam çalıştırmanın sorumluluğu kavramının pratikte kullanım alanını son derece daraltmakta olduğundan bahsedilebilir.

¹⁰⁹ Eren tarafından yapılan geniş-dar anlamda koruma yardımcısı ayrımı için bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1078.

¹¹⁰ Örneğin alıntılандığı yazar Eren (Genel Hükümler), s. 1077.

¹¹¹ İşverenin işçilerini koruma yükümlülüğünü (bizim konumuz kapsamında yardımcı kişi sıfatını haiz) bir üçüncü kişi vasıtasıyla yerine getirmesi halinde, söz konusu yardımcı şahsın davranışının oluşturduğu zarar aynı zamanda işverenin koruma yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi anlamına gelmeli ve bir borca aykırılık teşkil etmelidir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 170).

anda da yardımcı kişinin söz konusu olabileceği¹¹² veya gerekli davranışın/külfetin (*obliegenheit*) yerine getirilmesi açısından da yardımcı kişi kullanılabileceği ve dolayısıyla da borçlunun bu ihtimallerde yardımcısının fiillerinden sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmelidir.¹¹³ Örneğin, zararı arttırmama yükümlülüğünün bir *obliegenheit* olduğu dikkate alınır¹¹⁴, zarara uğrayan mağdurun uğradığı zarar miktarı, kendi yardımcı kişinin bir davranışı nedeniyle arttıysa, mağdur yardımcısının zararı arttıran fiilden sorumlu tutulmalı ve zararın artmasında hiçbir kusuru bulunmamasına rağmen söz konusu artan zarar miktarını talep edememelidir.

Yargıtay içtihatları (içt.) kapsamında yardımcı kişi olarak kabul edilmiş kişi ve kurumlar da söz konusu olabilir. Örneğin Yargıtay, yabancı veya yerli olmasına bakılmaksızın muhabir bankanın amir bankanın yardımcı kişisi olacağını Yargıtay içtihatları¹¹⁵ kapsamında kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak, muhabir bankanın fiillerinin doğurduğu zarardan amir bankanın TBK 116 kapsamında sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bir diğer örnekle¹¹⁶, Yargıtay kararlarında sıklıkla bankaların,

¹¹² Zarar gören ile yardımcı kişi kullanan arasında borç ilişkisi bulunmasa dahi sosyal temasın doğduğu anda da yardımcı kişinin söz konusu olabileceği hakkında bkz. “Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/II. Yardımcı Kişi Kavramının Çeşitli Görünümleri/G. Sözleşme Görüşmelerinde Kullanılan Yardımcı Kişi: Görüşme Yardımcısı”. Ayrıca TBK 116’nın uygulama alanının hazırlık faaliyetlerini de kapsamına alıp almadığına ilişkin görüş ve tartışmalar için bkz. “Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/E. Yardımcı Kişi ve Hazırlık Faaliyet(ler)ine Dolaylı Olarak Katılan Kişiler.

¹¹³ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 431-432.

¹¹⁴ Bkz. Altınok Ormancı, s. 10.

¹¹⁵ Muhabir bankanın asıl bankanın yardımcı kişisi olduğuna ilişkin Yargıtay içtihatına ilişkin bkz. YHGK, T. 04.11.1964, E. 1942 D-T, K. 637 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019). Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 15.11.1982, E. 1982/4852, K. 1982/5626 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.04.2019). Ancak akreditif işleminde muhabir bankanın akreditif bankasının yardımcı kişisi mi yoksa kaim kişisi mi olduğuna ilişkin tartışmaların varlığına işaret etmek gerekir. Söz konusu tartışmalar için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 148 vd.

¹¹⁶ Örneğin Yarg. 11. HD, T. 08.12.2015, E. 2015/5769, K. 2015/13.11.6 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019) künyeli Yargıtay kararında da bankanın havale işlemlerinde kullandığı yardımcı kişinin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağına hükmedilmiştir. Yargıtay’ın aynı doğrultuda bir diğer kararındaysa (bkz. Yarg. 11. HD, T. 07.03.2016, E. 2015/14384, K. 2016/2495 (Kazancı, Erişim

yardımcı kişilerinin işlemlerine ilişkin fiillerinden doğan zararlardan TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağına hükmedilmektedir.

Tarihi: 23.04.2019)), salt IBAN numarasından hareket ederek kendisine bildirilen lehbara para gönderip göndermediğini teyit etmeksizin havale işlemini gerçekleştiren ve lehdar dışında birine para gönderen) çalışanının doğurduğu zarardan bankanın, TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağına ve davacı banka müşterisinin kusurlu sayılmayacağına (somut olayda tazminattan indirim nedeni bulunmadığına) hükmedilmiştir. Bir diğer kararda (bkz. Yarg. 11. HD, T. 13.5.2015, E. 2015/1913, K. 2015/6843 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019)), bankanın objektif özen yükümlülüğü sebebiyle hafif kusurundan dahi sorumlu tutulması gerektiği belirtilerek müşterisinin yazılı bir talimatı bulunmaksızın havale işlemini gerçekleştiren çalışanın bu fiilinden bankanın TBK 116 kapsamında sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir. Yargıtay bir diğer kararındaysa (bkz. Yarg. 11. HD, T. 04.02.2014, E. 2014/411, K. 2014/1923 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019)), banka personelinin usulsüz işlemler sonucu zimmetine geçirdiği meblağdan doğan zararda bizzat bankanın TBK 116 kapsamında müşteriye karşı sorumlu olacağını belirtmiş ancak banka ile çalışan arasındaki iç ilişkinin (bankanın çalışana rücu etme hakkının) ayrıca altını çizmiştir. Bankanın taraf oldukları sözleşmelerde yardımcı kişi kullanmasına ve söz konusu yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutulmasına yönelik örnek kabilinden birkaç karara daha işaret edersek bkz. Yarg. 11. HD, T. 14.01.2010, E. 2008/3917, K. 2010/319 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 16.10.2006, E. 2005/11039, K. 2006/10369 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 19. HD, T. 27.10.2016, E. 2016/6764, K. 2016/14020 (Kazancı, Erişim Tarihi: 05.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 01.07.2014, E. 2014/6542, K. 2014/12634 (Kazancı, Erişim Tarihi: 23.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 08.12.2015, E. 2015/5769, K. 2015/13116 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 3. HD, T. 24.12.2014, E. 2014/8337, K. 2014/17159 (Kazancı, Erişim Tarihi: 10.04.2019); Yarg. 19. HD, T. 10.11.2014, E. 2014/11143, K. 2014/15986 (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 10.6.2014, E. 2014/3475, K. 2014/11006 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 10.12.2018, E. 2017/2421, K. 2018/7786 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 31.5.2018, E. 2016/15032, K. 2018/4194 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 16.4.2018, E. 2016/10658, K. 2018/2749 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 2.11.2017, E. 2016/3310, K. 2017/6019 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 09.11.2004, E. 2004/1586, K. 2004/11038 (Kazancı, Erişim Tarihi: 15.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 16.10.2017, E. 2016/7385, K. 2017/5377 (Kazancı, Erişim Tarihi: 10.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 12.10.2017, E. 2016/5705, K. 2017/5295 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 12.10.2017, E. 2016/6367, K. 2017/5310 (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 11.10.2017, E. 2016/13606, K. 2017/5259 (Kazancı, Erişim Tarihi: 22.04.2019); Yarg. 19. HD, T. 27.9.2016, E. 2016/1682, K. 2016/12716 (Kazancı, Erişim Tarihi: 01.04.2019); Yarg. 19. HD, T. 16.6.2016, E. 2016/2208, K. 2016/10907 (Kazancı, Erişim Tarihi: 15.04.2019); Yarg. 19. HD, T. 16.6.2016, E. 2016/148, K. 2016/10877 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 24.12.2015, E. 2015/3747, K. 2015/13904 (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 7.12.2015, E. 2015/5473, K. 2015/13057 (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 17.3.2015, E. 2014/5855, K. 2015/3686 (Kazancı, Erişim Tarihi: 15.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 30.10.2014, E. 2014/8148, K. 2014/16163 (Kazancı, Erişim Tarihi: 25.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 7.4.2014, E. 2014/231, K. 2014/6802 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 14.2.2014, E. 2013/13047, K. 2014/2619 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

B. Caiz Olan ve Caiz Olmayan Yardımcı Kişi

Borcun üçüncü şahıs tarafından ifasının çeşitli nedenleri olabilir. Öyle ki üçüncü kişi bir yanılma sonucu kendini borçlu sandığı için borcu ifa etmiş, bağışlama amacıyla ifa etmiş ya da doğrudan başkasının borcunu ifa ettiğinin bilincinde hareket etmiş olabilir. Tam da bu ihtimallerden biri, borçlunun yardımcı kişi kullanması ve borcun ifasının ya tamamını ya da bir kısmını söz konusu yardımcı kişinin yürütmesi halidir.

“*Şahsen İfa Zorunluluğunun Olmaması*” başlığını taşıyan, TBK 83.¹¹⁷ maddesine göre; “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*” Böylece TBK, borcun bir üçüncü kişi tarafından da ifa edilebilmesini kural olarak kabul etmiş, ancak ve ancak alacaklının borçlunun bizzat ifada bulunmasında bir

¹¹⁷ Söz konusu düzenlemenin eBK’deki karşılığı olan 67. maddeye göre; “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir.*” Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin “İfa” başlığını taşıyan maddesi 7/106’da da sözleşmede ifa edilecek edim şahsa bağlı bir edim değilse alacaklının ifayı reddedemeyeceği ve üçüncü kişi tarafından borcun ifa edilmesi ile borçlunun borcundan kurtulacağı işaret edilerek Türk hukukuna paralel bir düzenin benimsendiği görülür (bkz. Dayınlarlı, K.: Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law/Principes du Droit Europeen du Contrat*), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005, s. 113).

Eser sözleşmeleri açısından bu genel kuraldan farklı bir düzenleme benimsenerek (TBK 471/III ve eBK 356/II) müteahhittin yüklendiği edimi bizzat veya kendi yönetimi altında yaptırması zorunluluğundan bahsedilmiş, ancak ve ancak yüklendiği iş kişisel özelliklerini gerektirmiyorsa işi bir başka kişiye gördürebileceği düzenlenmiştir. Benzer bir durum vekalet sözleşmeleri açısından da “2. *Şahsen ifa, sadakat ve Özen Gösterme/a. Genel Olarak*” başlığını taşıyan TBK 506/I kapsamında karşımıza çıkar. Söz konusu düzenlemeye göre vekil, kural olarak borcu bizzat ifa etmekle yükümlüdür ama somut olayın özellikleri gereği zorunluysa ya da teamül mümkün kılıyorsa işi başkasına da yaptırabilir. Öyleyse TBK genel hükümlerde istisna olan bizzat ifa kuralının, özel hükümlerde kimi sözleşme tipleri açısından kural haline getirildiğini (bu özel hükümlerle istisna ile kuralın yer değiştirdiğini) söyleyebilmek mümkündür. Bu noktada hem TBK 356/II hem de TBK 506/I açısından işaret etmelidir ki kural bizzat ifa olmasına rağmen bizzat ifa yardımcı kişi kullanılmasına engel değildir zira alacaklının menfaatine zarar vermemek kaydıyla yardımcı kişiden yararlanılabilir.

Ayrıca altı çizilmesi gereken husus TBK 83’ün emredici hüküm niteliği taşıması, dolayısıyla tarafların aksini kararlaştırabiliyor olmasıdır. Gerçekten de taraflar, borçlunun edimin doğası gereği bizzat ifa ile yükümlü olduğu bir ilişkide borcun üçüncü kişi/ler tarafından ifa edilebileceğine karar verebildiği gibi, *visa versa* edimin niteliği itibarıyla üçüncü kişiler tarafında da ifa edilebilecek bir nitelik taşıdığı durumlarda da borçlunun bizzat ifa etme yükümlülüğü altında olduğunu kararlaştırabilirler.

menfaati varsa bizzat ifayı talep edebileceğini ve dahası, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde menfaati olmayan alacaklının üçüncü kişinin ifasını reddetmesi halinde temerrüde düşeceğini (alacaklı temerrüdü) açıkça düzenlemiştir. Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edildiği durumlar istisnadır. Öyle ki alacaklının borcun bizzat ifasında menfaati olmadıkça borçlunun bizzat ifa yükümlülüğü ya da sözleşmeden doğan hakları bizzat kullanma zorunluluğu yoktur¹¹⁸. Bu ilke doktrinde “ifanın gayri şahsiliği ilkesi” olarak da nitelendirilmektedir. Öyleyse ifanın bir üçüncü kişi eliyle gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin belirlenmesinde kilit soru, “Ne zaman alacaklının borçlunun bizzat ifasında menfaati olacağı/ne zaman olmayacağı” hususunun belirlenmesidir.

Alacaklının borçlunun bizzat ifasında menfaati olması hali Roma hukukunda “*si duo faciunt idem, non est idem*” deyişiyle dile getirilmekte ve bu deyiş “İki kişi aynı şeyi yaparlarsa, aynı şey değildir.” anlamına gelmekteydi.¹¹⁹ Aynı işin yapılması ancak aynı sonucun çıkmamasının anlamı, alacaklının borcun ifasını bıraktığı borçlu tarafından borcunun ifa edilmesinde menfaatinin bulunması, ortada bir kişisel edim olması ihtimalidir. Kişisel edim, en öz haliyle, “*bizzat borçlunun kendi bedeni veya fikri gücü ve becerisiyle yerine getirilebilen olumlu edimler*” olarak

¹¹⁸ Kayar, İ.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Detay Yayıncılık, Ankara 2013, s. 114; Hatemi/Gökyayla, s. 231; Erdoğan (Genel Hükümler), s. 214; Serozan (Genel Hükümler), s. 22; Kayıhan, s. 291; Aybay, A.: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 119; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 502 ve 509; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 767; Zevkliler/Ertay/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 293; Tuhr, s. 483; Birsan, s. 438; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 109-110; Tandoğan, H.: Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mes’uliyet), s. 441; Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 185; Feyzioğlu, F. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul 1977, s. 190-191; Nomer (Genel Hükümler), s. 273; Saymen, F.H./Elbir, H. K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler C. II, İstanbul 1958, s. 588; Velidedeoğlu, H. V./Kaynar, R.: Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1957, s. 163.

¹¹⁹ Tuhr, s. 483.

tanımlanmaktadır¹²⁰. Özellikle de özel bir mesleki bilgi-tecrübe veya yetenek gerektiren işlerde alacaklının borçlunun bizzat ifasında menfaati olduğu kabul edilir.

¹²¹ Alacaklının bizzat ifada menfaati varsa bu tip edimlere “*Intuitus personae*” unsurunu taşıyan edimler adı verilir.¹²² *Intuitus personae* özelliği taşıyan (borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı) edimlerin söz konusu olduğu sözleşmelerde, kural olarak sözleşmenin tarafı olma sıfatı başkasına devredilemediği gibi, alt sözleşme de yapılamaz.¹²³

Doktrinde genel eğilim, söz konusu menfaatin yapma borçlarında çoğunlukla söz konusu olduğu, ancak verme borçlarında genellikle bulunmadığı yönündedir. Örneklerle somutlaştırsak;¹²⁴ bir hizmet sözleşmesinde yer alan şoförün, hizmet sözleşmesinin konusu olan yapma (araba kullanma) fiilinin ifasını bizzat kendisinin yerine getirmesi gerektiği açıktır. Zira, alacaklı söz konusu hizmet sözleşmesini, dünya üzerindeki araba kullanmaya ehil herkesle yapmak istemediği gibi, belki de ortalama derecede iyi araba kullanan birisiyle de yapmak istememiş ve söz konusu şoförün bireysel özellikleri, araba kullanırken ona hissettirdiği tecrübeli sürüş stili, ona canını emanet etmesine duyduğu güven gibi pek çok subjektif unsurun da etkili olduğu bir ilişki sonucu spesifik olarak o şoförün söz konusu borç ilişkisinin aktörü olmasını istemiştir.¹²⁵ Edimin konusunun yapma olduğu sözleşmelerde bizzat ifanın alacaklının

¹²⁰ Söz konusu tanımlamayı yapan yazar Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 11.

¹²¹ Birsen, s. 439.

¹²² Hatemi/Gökyayla, s. 231.

¹²³ Hatemi/Gökyayla, s. 231.

¹²⁴ Örnekler için bkz. Aybay, s. 120.

¹²⁵ Şenocak bu noktada alacaklının bizzat ifada menfaati olup olmadığı belirlenirken dikkate alınması gerekenin somut olayın özellikleri değil, iş çevresindeki hakim görüş ve uygulama olduğunu belirterek o borç ilişkisinde, alacaklının bizzat ifada menfaati olup olmadığı belirlenirken iş çevresinde hakim uygulamaya göre karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 110).

menfaatini doğrudan ilgilendirdiği borç ilişkilerine diğer kürsü örnekleri ise ressam ile bir portre çizmesi üzerine yapılan eser sözleşmesi¹²⁶ ve ünlü bir cerrah ile yapılan hekimlik sözleşmesidir.¹²⁷ Örnekler bir kurala bağlanmak istenirse, borçlunun bizzat ifasında alacaklının menfaati olan borç ilişkisi, ifa edilecek edimde uzman olduğu için bizzat kişisel özellikleri dikkate alınarak anlaşılan borçlu ile yapılan isimli veya isimsiz sözleşmedir. Gerçekten de kişi, bir ressam ile eser sözleşmesi yaptığında, söz konusu ressamın kişisel yeteneklerine, sanat anlayışına, önceden yaptığı eserlere ve isteklerine uygun bir eser ortaya çıkarabileceğine güvenerek bu sözleşmeyi yapmakta, öyleyse edimi söz konusu ressamın bizzat ifa etmesinde haklı bir menfaati bulunmaktadır. Bu durum elbette ki edimin ifasının borçlunun uzmanlığını ve alacaklının borçlunun şahsına duyduğu güveni gerektirdiği her somut olayda benzerlik gösterir. Zira, söz konusu borçlunun kişisel özellikleri alacaklı için sözleşmenin bizzat “O” borçlu tarafından ifa edilmesi isteğini doğurmakta ve bu sebeple sözleşme bizzat “O” borçlu ile yapılmaktadır. Bu kapsamda iş görme sözleşmeleri genel olarak alacaklının bizzat borçlu tarafından borcun ifasında menfaatinin bulunduğu işaret edilen sözleşmelerdir.¹²⁸ Zira söz konusu sözleşmelerde borçlunun vasfının rol oynayabilmesi ihtimali gündeme gelmektedir.

Ancak bizce alacaklının bizzat ifada menfaati olup olmadığı belirlenirken benimsenmesi gereken, elbette iş çevresindeki hakim uygulamanın dikkate alınması ama somut olaydaki taraf iradeleri ile teamül (hakim uygulama) çatışiyorsa, teamülü bir kenara bırakarak taraf iradelerine öncelik verilmesi ve somut olay bazında bir değerlendirme yapılmasıdır.

¹²⁶ Bu örneğin yer aldığı eserler Aybay, s. 120; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 11; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 110.

¹²⁷ Bu örneğin yer aldığı eserler; Kayar, s. 115; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 110.

¹²⁸ Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 186. Örneğin, Kılıçoğlu söz konusu tespitinin hemen devamında (bkz. s. 186) vekalet sözleşmelerinde borçlunun şahsen ifa yükümlülüğü olduğunu örnek göstererek eBK 390’ı işaret ederek bu sonucun söz konusu kanun maddesinden çıkartıldığını vurgulamaktadır.

Doktrinde yer alan bir diğ er genel eğilim ise, verme bor larınd  alacaklının bizzat ifade bir menfaatinin olmadığı zira söz konusu edimin verme borcundan ibaret olması sebebiyle kim tarafından verilirse verilsin alacaklının tatmin olacağı anlayışıdır.¹²⁹ Alacaklının bor unun bizzat ifasında menfaatinin bulunmamasına dair en sık işaret edilen örnek münferit para bor larıdır¹³⁰      *intuitus personae* unsurunun en zayıf görüldüğü borç ilişkilerinden biridir. Zira, alacaklının tatmini para borcunun ifasından ibarettir ve ifanın Ayşe, Fatma ya da Hayriye tarafından yapılmış olması alacaklının tatmini açısından hiçbir fark yaratmamaktadır. Bu sebeple de alacaklı salt para borcunun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde ısrarcı olursa temerrüde düşmekte ve bor unun borcu     nc  kişi vasıtasıyla ifa edebilme menfaati korunmaktadır.

Her ne kadar ilk bakışta yapma ve verme borçları arasındaki bu genelleme yerinde gözükse de taraf iradelerinin serbestliği ilkesi gereği söz konusu genellemeyi ortadan kaldıracak çok sayıda özel durumun söz konusu olabileceği de dikkate alınmalıdır. Bir diğ er anlatımla, konusu yapma borcu olan bir borç ilişkisinin     nc  bir kişi tarafından ifasının alacaklının menfaatini etkilemediği durumlar olabileceği gibi, konusu verme borcu olan bir borç ilişkisinde alacaklının bor unun bizzat ifasında menfaatinin bulunduğu durumlar da ihtimal dahilindedir. Zira irade serbestisi, tarafların hukuki ilişkilerini diledikleri gibi şekillendirebilme özgürlüklerini de kapsadığından ihtimaller sınırsızdır. Bu gerçek dikkate alındığında, verme ve yapma

¹²⁹ Aybay, s. 120; Kayar, s. 114.

¹³⁰ Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 185; Tunçomağ (Genel Hükümler), 441; şenocak (İfa Yardımcısı), s. 111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alt p, s. 762. Para borçlarının ifasında alacaklının bor unun bizzat ifasında menfaati olmadığı açıklanırken İcra İflas Kanunu (İİK) 9. maddesine de dikkat çekilmelidir. Zira, söz konusu maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...*Haciz sırasında, borçlu veya     nc  kişiler tarafından yapılan ödeme nedeniyle tahsil edilen paralar...*” ifadesi de açıkça ortaya koymaktadır ki para borçlarının ifası, borçlu kadar     nc  kişi tarafından da yerine getirilebilir.

borçları açısından bir genelleme yapmak yerine, borçlunun bizzat ifasında alacaklının bir menfaatinin bulunup bulunmadığının her somut olayda, olayın özellikleri dikkate alınarak incelenmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bizim görüşümüze göre, “alacaklının tatmininde borçlunun bizzat ifasının payının bulunup bulunmadığı ve alacaklının menfaatinin borçlunun bizzat ifasını gerektirip gerektirmediği” sorunu objektif kalıplara ve genellemelere sığdıramayacak derece sübjektif bir yapı arz ettiği gibi, her bir borç ilişkisinde söz konusu ilişkinin özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gereken bir sorundur.

Borçlunun şahsına bağlı edimlerin ifasında, edimin borçlu tarafından bizzat ifasının alacaklının menfaatinin ne derece etkilediği ile doğru orantılı olarak yardımcı kişi kullanılması mümkün olabileceği gibi tamamen imkansız bile olabilir.¹³¹ Ancak her şeyden önce belirtmek gerekir ki borçlu her ne kadar şahsen yüklendiği kişisel (*intuitus personae* unsurunu taşıyan) edimi bizzat ifa yükümlülüğü altında olsa da söz konusu edimin ifasının öyle aşamaları olabilir ki bu aşamalarda kimin yer aldığının objektif açıdan bir önemi yoktur ve borçlu yardımcı kişi kullanabilir.¹³² Tuhr da açıkça belirtmektedir ki kişisel edim söz konusu olsa dahi borçlu belli aşamalarda kendi gözetim ve yönlendirmesi altında yardımcı kişi kullanabilir, zira çoğu durumda kullanmak zorunda dahi kalacaktır.¹³³ Örneğin, mimarlık sözleşmesi her ne kadar borçlunun şahsının önem arz ettiği bir borç ilişkisi doğursa da icra ve uygulama projelerinin hazırlanması hususunda mimar üçüncü kişilerden yararlanabilir ve

¹³¹ Hatemi/Gökyayla, s. 231.

¹³² Akıncı, s. 250; Feyzioğlu, s. 196; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 441; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 293; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop, s. 767 ve 891.

¹³³ Tuhr, s. 483.

yardımcı kişi de kullanabilir çünkü bu projeler yapının sanatsal değerini ilgilendirmemektedir.¹³⁴

Bir diğer örnekle, bir heykeltıraş elbette ki eser sözleşmesinin yükleneni olarak kişisel bir edim ifa etmektedir zira iş sahibi tarafından spesifik olarak ‘O’ heykeltıraşın seçilmiş olmasında ‘O’nun yetenekleri, önceki işleri, tecrübesi ve sübjektif olarak ‘O’na duyulan güven gibi çok sayıda etmen somut olayı etkilemiş, yüzlerce ve hatta binlerce heykeltıraş seçeneği arasından ‘O’ heykeltıraş özellikle seçilmiştir. Ancak elbette ki iş sahibi açısından heykeltıraşın kişisel edimi söz konusu eserin meydana getirilmesi ile sınırlıdır ve bu süreçte eseri doğrudan etkilemeyecek, üçüncü kişiler tarafından da en az heykeltıraş kadar iyi yapılabilecek işlerde yardım alınabilir. Misal, heykel hamurunun hazırlanması için kum ve çimentonun harmanlanması aşamasında (caiz) yardımcı kişi kullanabilir.¹³⁵ Benzer bir örnekle¹³⁶, portre yapma borcu altına girmiş olan ressam (elbette ki portreyi kendisi yapmak zorunda olsa da) boyaların karıştırılması, fırça ve tualin temizlenmesi ve hazırlanması gibi edimin kalitesini doğrudan etkilemeyecek hususlarda yardımcı kişi kullanabilir.

Edimin konusunun belli bir davranışı yapmama olduğu hallerdeyse,¹³⁷ olumsuz edim yükümlülüğü borçlunun şahsına o derece sıkı sıkıya bağlı olabilir ki söz konusu edim yükümlülüğünün yardımcı kişi tarafından ihlal edilmesi ihtimal dahilinde

¹³⁴ Kaplan, İ.: Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları (AÜSBFY), Ankara 1983 (Mimarın Sorumluluğu), s. 125.

¹³⁵ Örnek için bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1070.

¹³⁶ Örneğin alındığı yazar, Akipek (Alt Vekalet), s. 133, dn. 165.

¹³⁷ Yapmama borçlarında ifa yardımcısı kullanılıp kullanılamayacağı ise son derece tartışmalıdır (bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1073, dn. 187). Ancak bizim de katıldığımız ve Şenocak’ın da kaleme aldığı fikre göre, olumsuz edim yükümlülüklerinin yardımcı kişi eliyle ifası (yardımcı kişi tarafından borca aykırılık meydana getirilebilmesi) mümkün ise borçlunun sorumluluğu TBK 116’nın uygulama alanı içerisindedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 98).

değildir. Örneğin, ünlü bir yazarın bağlı olduğu yayınevine, başka bir yayın eviyle kitap yazmayacağına ilişkin sözleşme yapması halinde, söz konusu olumsuz edim yükümlülüğünü ihlal edebilecek tek kişi borçlunun bizzat kendisi olduğundan TBK 116'nın uygulanması mümkün değildir.

Tüm bu açıklamalar dikkate alınarak borçlunun mutlak şahsen ifa/hakkı kullanma yükümlülüğü altında olup olmadığı bir davranışı yardımcı kişiye bırakıp bırakmadığına göre yardımcı kişi kavramının içeriği doldurulursa, karşımıza iki ihtimal çıkar: Yardımcı kişi ya caiz yardımcı kişidir ya da caiz olmayan yardımcı kişidir. Somut olayın özellikleri kapsamında yardımcı kişiye bırakılabilecek bir ifa/hakkın kullanılması hareketi¹³⁸ söz konusuysa caiz yardımcı kişiden, aksi takdirdeyse caiz olmayan yardımcı kişiden bahsedilir. Örneğin, başarısıyla adını duyuran bir hekimin üstlendiği burun estetiği ameliyatında, edim yükümlülüğü (ameliyatı icra etmek) kişisel bir edim olmasına rağmen ameliyathanenin hazırlanması ya da hastanın ameliyata hazırlanması evrelerinde yardımcı kişi kullanılması mümkündür çünkü yardımcıya bırakılmış hareket (örneğin ameliyathanenin hazırlanması) niteliği itibariyle bizzat borçlunun yerine getirmek zorunda olmadığı,

¹³⁸ Yünlü tarafından yapılmış olan; “*Borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olduğu durumlarda, ifayı yardımcı kişiye bırakması halinde caiz olmayan yardımcı kişi durumu ortaya çıkacakken, borçlunun şahsen ifaya mecbur olmaması dolayısıyla ifayı bir yardımcıya bırakması halindeyse, caiz olan ifa yardımcısı durumundan bahsedeceğiz.*” şeklinde kaleme aldığı caiz-caiz olmayan yardımcı kişi tanımıyla (bkz. Yünlü, s. 125), tarafımızca yapılmış olan tanımın farklı olduğunun altını çizmek isteriz. Zira, tarafımızca yapılan caiz yardımcı kişi-caiz olmayan yardımcı kişi tanımında özellikle bir ifa/hakkın kullanılması hareketinden bahsedilmektedir. Bizce borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olduğu hallerde ifayı yardımcı kişiye bırakması doğrudan caiz olmayan yardımcı kişinin söz konusu olması sonucunu doğurmaz. Her ne kadar borçlu şahsen ifa ile yükümlü olsa da yardımcı kişiye bıraktığı ifa hareketi o derece önemsiz ya da objektif bir iş olabilir ki yine de caiz yardımcı kişiden bahsedilebilir. Yukarıda sayısız örnekte de ele alındığı üzere, bir heykeltıraşın heykel hamurunun hazırlanmasında yardımcı kişi kullanması ya da doktorun, hastanın operasyona hazırlanması için hemşireden yararlanması hallerinde borç ilişkisinin bütünü itibariyle borçlunun şahsen ifaya mecbur olduğu borçlar söz konusu olsa dahi yardımcı kişinin ifasına bırakılan ifa hareketi şahsen ifayı gerektirmediğinden caiz yardımcı kişi söz konusu olacaktır. Bu sebeple tarafımızca yapılan tanım “yardımcı kişiye bırakılabilecek (ya da borçlu tarafından şahsen ifası gerekmeyen) bir ifa/hakkın kullanılması hareketi” bulunup bulunmadığı kriterini esas alır.

üçüncü kişiler tarafından yerine getirilse de alacaklının tatmininin sağlandığı bir harekettir. Bu ihtimalde caiz yardımcı kişinin varlığından bahsedilir. Örnek biraz değiştirilir ve doğrudan ameliyatın icra edilmesinin yardımcı kişiye bırakılması söz konusu olursa, caiz olmayan yardımcı kişinin söz konusu olacağı açıktır. Konunun pratik önemini teşkil eden problem, caiz olmayan yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun TBK 116 kapsamına dahil edilip edilemeyeceği hususuna ilişkindir.¹³⁹

C. Borçluya Bağlılık Derecesi Açısından Yardımcı Kişi

Yardımcı kişi kavramının sınırları çizilirken yardımcı kişinin borçluya herhangi bir bağlılığı (sözleşmesel, maddi, manevi ailevi vb.) aranması gereken bir kriter olmamakla birlikte¹⁴⁰ ; somut olayda yardımcı kişi ile borçlu arasında herhangi bir bağlılığın bulunması da yardımcı kişi sıfatına hanel getirmez. Söz konusu ayrım kapsamında, borçlunun emir ve talimatları altındaki yardımcı kişiye “bağımlı yardımcı kişi”, hiçbir emir ve talimat altında olmaksızın hareket edebilen yardımcı kişiye “bağımsız yardımcı kişi” adı verilir.

Yardımcı kişi, borçlunun emir ve talimatı altında olabilir. Bu durumda bağımlı

¹³⁹ Bu husus çalışmamızın ileriki aşamasında doktrinde yer alan görüşler kapsamında detaylı olarak kaleme alınacaktır. Tekrara düşmemek adına bu noktada ilgili kısma atıf yapmayı yeterli görmekteyiz (bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/B. Borcun İfasının Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılabilecek Nitelikte Olması).

¹⁴⁰ Yardımcı kişi sıfatının doğabilmesi için bağlılık şartının aranmayacağına ilişkin bkz. Akipek (Alt Vekalet), s. 134; Yağcı, s. 55; Feyzioğlu, s. 193-194; Hatemi/Gökyayla, s. 275; Zevkililer/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 321; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 902; Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, H. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 390; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 437.

yardımcı kişi söz konusu olur. Örneğin, bir restoran işletmecisi kendi çalışanı olan ve emir ve talimat verebildiği (bağımlı yardımcı) A kişinin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumludur. Ancak, tam tersine, yardımcı kişinin hiçbir emir ve talimat altında olmaması halindeyse bağımsız yardımcı kişi söz konusu olur ve bağımsız yardımcı kişinin fiilleri de yine borçlunun sorumluluk alanındadır. Örneğimiz biraz olsun değiştirilirse, işletmeci İtalyan mutfağı konsepti gününde misafir olarak ağırlayacağı ancak arasında hiçbir emir ve talimat ilişkisi olmayan ünlü bir şefin (bağımsız yardımcı kişinin) fiillerinden de TBK 116 kapsamında sorumludur. Bir diğer örnekle, bir taşıyıcının kendisinden bağımsız çalışan alt yüklenicileri ya da kuyumcunun üstlendiği işi kendisinden emir ve talimat almayan bir başka kuyumcuya yaptırması örneklerinde bağımsız yardımcı kişilerin varlığından söz edilebilir.¹⁴¹ Dahası, işin tamamen kendisine bırakıldığı alt müteahhit¹⁴² de bağımsız yardımcı kişi sıfatını haizdir.¹⁴³ Başka bir örnekle, satım sözleşmesi konusu mal alıcıya teslim edilene kadar bir ardiyede tutulacaksa, satıcı ardiye sahibi üzerinde sınırlı bir talimat gücüne sahip olsa (bu durumda bağımlı yardımcı kişi) ya da hiç olmasa (bu durumdaysa bağımsız yardımcı kişi söz konusu olur) malın teslim edildiği ardiyeci onun yardımcı kişisi sayılacak ve TBK 116 kapsamında sorumluluk gündeme gelebilecektir.¹⁴⁴

Belirtildiği üzere, TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğması açısından

¹⁴¹ Eren (Genel Hükümler), s. 1076.

¹⁴² Alt müteahhit kavramı ile yardımcı kişi kavramı arasındaki temel farkın, yardımcı kişinin bağımlı ya da bağımsız olma ihtimalinin bulunması ancak alt müteahhitten bağımsız olacağı hakkında bkz. Yalçınduran, T.: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 50-51.

¹⁴³ Yalçınduran, s. 50; Erdoğan, İ: *İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD) 1990, S. III, s. 135-172 (İstisna Sözleşmesi), s. 137.

¹⁴⁴ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 506.

(TBK 66'dan farklı olarak)¹⁴⁵ yardımcı kişinin borçlunun emir ve talimatı altında hareket ediyor olması ve yardımcı kişi ile borçlu arasında bir astlık-üstlük (hiyerarşi) ilişkisinin bulunması kesinlikle şart değildir. Örneğin, sivil hava taşımacılığı faaliyetleri, temizlikten gıda hizmetlerine, nakliyeden yer hizmetlerine, sağlık hizmetlerinden güvenlik hizmetlerine kadar son derece komplike ve çok sayıda faaliyetin birleşmesiyle oluşan bir alandır. Bu alanda borçlu sıfatını haiz taşıyıcı hem kendisine bağımlı hem de bağımsız yardımcılarının fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumludur.¹⁴⁶ Hatta emir ve talimat altında bulunma o derece önemli değildir ki yardımcı kişi borçluya tesadüf eseri yardımcı olan üçüncü bir kişi olabileceği gibi tamamen hatır ilişkisine dayanan bir yardım da söz konusu olabilir. Dahası, borçlunun yardımcı kişisi sıfatını haiz kişi, bir üçüncü kişinin ve hatta alacaklının (çalışanı) emir ve talimatı altında da olabilir.¹⁴⁷ Uzmanlaşmanın altın çağında iş ilişkileri dikkate alındığında sıklıkla karşımıza çıkacak bir ihtimal olarak borçlunun kendi bilgisi bulunmayan bir iş alanında, sırf alanında yetkin ve uzman diye yardımcı kişi kullanması halinde, işin doğası gereği yardımcı kişinin borçluya emir ve talimat vermesi de ihtimal dahilinde, daha olağan ve hukuken de mümkündür.¹⁴⁸ Bu sebeptendir ki borçlu hem bağımlı hem de bağımsız yardımcı kişinin fiillerinden doğan

¹⁴⁵ Bu farkın detaylı şekilde ele alındığı bölüm için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/3. Sorumluluğun “Borçluya Bağlılığın Niteliği” Açısından Karşılaştırılması.

¹⁴⁶ Yünlü, s. 139; Akkurt; S.S.: Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 259. Bu hususu bir Yargıtay kararı ile örneklersek, liman çalışanlarının taşıyıcının yardımcı kişisi sayılacağına ilişkin bkz. Yarg. 11. HD, T. 21.11.2016, E. 2015/11819, k. 2016/8979 (Lexpera, Erişim Tarihi: 25.04.2019)

¹⁴⁷ Yağcı, s. 59.

¹⁴⁸ Şenocak, zaten işin doğası gereği çoğu zaman borçlunun yardımcı kişiye (işe ilişkin olarak) emir ve talimat verebilecek bilgi düzeyine sahip olmadığını ve bu sebeple yardımcı kişiye başvurduğunu belirtmektedir, bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 114.

zararlardan TBK 116 kapsamında sorumludur.

D. Piyasadaki Konumu Açısından Tüzel Kişi Yardımcı Kişi¹⁴⁹

Piyasa koşulları dikkate alındığında, borçluya ifaya ilişkin olarak yardım edebilecek kişinin, somut olayın durum ve koşulları içinde tekel güce sahip olması ihtimali, birtakım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Yardımcı kişi sıfatını haiz olmanın şartlarından bir tanesi de “ifanın veya hakkın kullanılmasının borçlu tarafından yardımcı kişiye bırakılmış olması”¹⁵⁰ şeklinde ifade edilir. Bu hususta doktrinde tartışmalara yol açan kilit soru, borçlunun ifayı/hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bıraktığının kabul edilmesi için kendi rızasıyla bir seçim yapması şartını arıyorsak ve ilgili piyasada yardımcı kişi olabilen (özel hukuk ya da kamu) tüzel kişisi tekel gücü haizse, bu durumda borçlunun ifayı/hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye rızasıyla bırakmış mı sayılacağı, yoksa zaten başka seçeneği olmadığı için söz konusu tekel tüzel kişiyi adeta “eli mahkum” şeklinde seçen borçlunun rızasının olmadığı mı kabul edilmesi gerektiği ve bu tüzel kişinin yardımcı kişi sayılıp sayılamayacağı sorusudur.

¹⁴⁹ Söz konusu başlıkta, tekel niteliğe sahip olacak yardımcı kişinin sadece tüzel kişi olarak nitelendirilmesi ve bu kapsamda ele alınmasının sebebi, anlatımda yararlanılacak örnekler ve mahkeme kararları açısından bir irdeleme yapıldığında, söz konusu olasılığın her zaman tüzel kişi niteliğini haiz yardımcı kişiler açısından karşımıza çıkmasıdır. Zira, bir gerçek kişi ifa yardımcısının piyasada yaptığı iş temelinde tekel gücünü haiz olması tarafımızca gerçekleşmesi olası olmayan, son derece yapay bir ihtimal olduğundan bu durum inceleme kapsamına alınmamış ve konu başlığında da düzenlenmemiştir. Konu hakkında literatür derlemesi için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 429, dn. 202’de yer alan eserler.

¹⁵⁰ Söz konusu şarta ilişkin detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/C. İfanın/Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılmış Olması ve Yardımcı Kişinin Fiilen Katılımı.

Tarihsel sebeplerle hem yabancı doktrinin hem Türk doktrininin bu hususu ele alırken anlatımı posta idaresi örneklemini üzerinden kurduğu görülmektedir. Bu örneklerde tartışmalı olan husus, ifanın posta yoluyla yapılacağı durumlarda posta idaresinin ifayı geç veya sözleşmeye aykırı şekilde yerine getirmesinden veya borcu hiç ifa etmemesinden (örneğin, borç konusu şeyi kayıp veya yok etmesinden) ötürü borçlunun TBK 116. maddesi kapsamında bir sorumluluğunun doğup doğmayacağıdır.¹⁵¹ Ayrıca bu tartışmanın sadece posta piyasası ile sınırlı kalmadığını ve borçlunun ifa yardımcısını seçmekte tercih yapabilme şansını ortadan kaldıran tekel bir gücün ifa yardımcısı konumunda olduğu her türlü mal veya hizmet (örneğin, demiryolu taşımacılığı veya bazı hatlar bakımından havayolu ya da deniz yolu taşımacılığı) piyasasında da aynı tartışmanın söz konusu olabileceğini belirtilmek gerekir.¹⁵²

Öğreti, borçlunun yardımcısından sorumluluğunun doğup doğmayacağı yönünde belirlemeyi yapabilmek için posta işinin gördürüleceği yardımcı kişinin piyasadaki ekonomik gücünü (*market power*) ve piyasa payını (*market share*) da dikkate alarak bu soruyu iki farklı görüşle¹⁵³ cevaplandırmaktadır. Bir görüşe göre,

¹⁵¹ Tartışmalar için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 429; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 115 vd.; Yünlü, s. 140 vd.

¹⁵² Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 429; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 115.

¹⁵³ Üçüncü bir görüşe Yünlü tarafından kaleme alınmıştır. Bu görüşe göre, borçlunun tekel durumundaki yardımcı kişi olmaksızın söz konusu işi yürütüp yürütemeyeceğine bakılır. Eğer ki işin yürütülebilmesi açısından tekel durumundaki yardımcı kişi olmazsa olmaz nitelikteyse borçlunun seçim şansı olmadığından TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmamalıdır. Ancak ikinci ihtimalde, borçlunun söz konusu işi kendi yürütmesinin önünde fiilen ya da hukuken bir engel olmamasına rağmen bir yardımcı kişi eliyle yürütmeyi tercih ediyor ve söz konusu yardımcı kişi de tekel gücü haiz ise, bu tercihten doğacak zararların riskine borçlu katlanmalı ve TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalıdır (görüş için bkz. Yünlü, s. 141-142). Ancak bizce, borçlunun işi yardımcı kullanmaksızın yürütüp yürütemeyeceğinin tespiti kimi somut olaylar açısından çok da mümkün olmayabilir. Dahası, bu görüşün kabul edilmesi halinde sorumluluktan kurtulabilmek adına borçlu, işi kendi başına yürütmesinin mümkün olmadığını kanıtlamaya çalışacak, belki de bu yolda yeterince becerikli olmadığını ispatlamak adına (ahlaki olmayan) çeşitli yollara başvurabilecektir.

posta yoluyla edimin gönderilmesi işini üstlenen yardımcı kişi ilgili mal ve hizmet piyasasında tekel gücü haizse, borçludan başka yardımcı kişi/ler seçmesini beklemek ve ona böyle bir yükümlülük yüklemek dürüstlük kuralıyla bağdaşmamakta, zira ilgili mal ve hizmet piyasasında söz konusu işi yaptırabileceği başka bir aktör bulunmamaktadır. Bu sebeple de borçlu ile alacaklı arasında tekel güce sahip postadan kaynaklanacak zararlardan borçlunun sorumlu olacağına ilişkin özel bir düzenleme yoksa TBK 116. maddesi kapsamında sorumlu tutulamayacağını ileri süren yazarlar mevcuttur. Bu yazarlar arasında başı çeken Tuhr, tekel bir birey, kurum veya kuruluşun, piyasa üzerinde kurmuş olduğu tekel güç nedeniyle borçlunun serbestçe ifa yardımcısını seçemeyeceğini, öyle ki seçim yapabilecek bir alternatifte sahip olmadığını ve bu sebeple de tekel bir kişi/kurum veya kuruluşun (serbestçe seçilemediğinden) ifa yardımcısı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir.¹⁵⁴

Karşıt görüşe göreyse, her ne kadar borçlunun seçim yapabilecek bir alternatifi olmasa da yardımcı kişiden sorumluluğu gündeme gelebilir.¹⁵⁵ Bu görüşün dayanağı, borçlunun tekel gücün davranışlarından sorumlu olması halinde, sorumlu tutulduğu miktarı o tekel yardımcı kişiye rücu edebilecek olması ve borçluya rücu kapısı açıkken tekel gücün sebep olacağı herhangi bir aksaklığın alacaklının değil borçlunun omuzlarına yüklenmesinin daha adaletli (somut olayda daha hakkaniyetli) bir sonuç doğuracağı inancıdır.¹⁵⁶ Bizim de katıldığımız bu görüş, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanması ve alacaklının zararının tazmin edilebilmesi açısından

¹⁵⁴ Serozan (Genel Hükümler), s. 288’de Tuhr/Escher’in görüşü olduğu belirtilmektedir.

¹⁵⁵ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 116; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 438 – 439.

¹⁵⁶ Şenocak (İfa Yardımcısı) s. 116; Kahveci, N.: İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu-Genel Hükümler C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, m. 116, paragraf numarası (pn.) 17.

daha makul gözükmekte, borçlunun da yardımcı kişiye rücu edebilme kapısı açık bırakılarak korunması sağlanmaktadır.

Günümüzün piyasa politikaları dikkate alındığında, ağırlıklı olarak serbest piyasa yaklaşımının benimsenmesinin bir getirisi olarak her ne kadar tekel oluşumlar istisnai olarak karşımıza çıkmaktaysa da ihtimal dahilinde olduğundan söz konusu tartışma pratik önemini ve haiz olduğu değeri koruyacak gibi gözükmektedir.

E. Alt Yardımcı Kişi

İhtimal dahilinde olan senaryolardan bir diğeri ise borçlu tarafından kendisine rıza gösterilen yardımcı kişinin, kendisine bırakılan borcun ifasını ya da hakkın kullanılmasını bir üçüncü kişiye bırakmış olması ihtimalidir. Bu durumda borcun ifasına biri asıl diğeri alt yardımcı olmak üzere en az iki farklı yardımcı kişinin dahil olması söz konusu olacaktır. Borçlu rıza göstererek asıl yardımcı kişiyi borç ilişkisi sınırları içine dahil ederken, asıl yardımcı kişi tarafından tayin edilen alt yardımcı kişinin doğurduğu zarardan borçlunun sorumluluğunun doğup doğmayacağı soru işaretlerinin odak noktasıdır ve sorununun hukuki düzlemde irdelenmesi gerekir.

Yardımcı kişinin yardımcı kullanıyor olması, yani ilişkiye bir alt yardımcı kişi dahil edilmesi, işin niteliğine, somut olayda yer alan taraf iradelerine ya da kanuna aykırı değilse sorunun çözümü daha basittir ve borçlu alt yardımcı kişinin fiillerinden de TBK 116 kapsamında sorumlu tutulur.¹⁵⁷ Bu ihtimal özellikle de borçlunun açık

¹⁵⁷ Yünlü, s. 152; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 123.

veya zımni irade beyanıyla ve hatta somut olayın özellikleri gereği varlığı kabul edilecek olan farazi rızasıyla işin ifasını/hakkın kullanılmasını alt yardımcı kişiye bırakması ya da bırakılmasını onaylaması halinde gündeme gelir. Örneğin, bir seyahat acentesinin (borçlu) planladığı tatil paketlerinde, konaklama için anlaştığı otelin (yardımcı kişi) personeli, otelin olduğu gibi acentenin de yardımcı kişisi (alt yardımcı kişi) sayılır.¹⁵⁸ Söz konusu işin doğasından anlaşılmaktadır ki acente daha en başından otelin de borcun ifasında üçüncü kişilerden yararlanacağını farkındadır ve dahası bu kişilerin kendisinin de yardımcı kişisi sayılabileceklerini öngörebilecek durumdadır.

Asıl tartışmalar, borçlunun işin bir kısmının veya tamamının alt yardımcı kişiye bırakılmasına açık, zımni veya farazi bir irade beyanıyla rıza vermemiş olması ve işin doğası gereği ya da kanunen alt yardımcı kişi kullanılmasının mümkün olmaması ihtimallerine ilişkin olarak doğmaktadır. Bir görüşe göre, borçlunun rızası olmaksızın atanan alt yardımcı kişiden sorumluluğu, asıl yardımcı kişinin alt yardımcı kişiyi seçmede, denetlemede ve ona talimat vermede kusuru ile sınırlıdır.¹⁵⁹ Bir diğer anlatımla, borçlu sadece asıl yardımcı kişinin davranışlarından sorumlu tutulacağından, söz konusu asıl yardımcı kişi alt yardımcı kişiyi seçmede/denetlemede/ona talimat vermede gerekli özeni göstermemişse, borçlu da bu özenin gösterilmemesi sonucu alt yardımcı kişinin meydana getirdiği zarardan sorumlu tutulacaktır. Öyleyse, alt yardımcı kişi seçilirken, denetlenirken ve ona gerekli talimatlar verilirken asıl yardımcı kişi tarafından gerekli özen gösterildiyse,

¹⁵⁸ Serozan (Genel Hükümler), s. 289. Benzer bir örnekle, Otel işletmekte olan ...Holding A.Ş.'nin su sporları hizmeti vermek üzere anlaştığı ... Turizm ve Su sporları Tic. Ve San. Ltd. şirketinin, Holding A.Ş.'nin yardımcı kişisi sayılacağına ilişkin bkz. Yarg. 11. HD, T. 2.6.2015, E. 2014/10962, K. 2015/7528 (Kazancı, Erişim Tarihi: 01.04.2019).

¹⁵⁹ Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 124-125; Yünlü, s. 154. Görüş'ün yabancı doktrindeki temsilcileri için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 124, dn. 245.

artık borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğu gündeme gelmez. Bu görüş benimsenirse örneğin¹⁶⁰, kalp hastası hastanın tedavisinde yardımcı kişi sıfatını haiz olan doktor, işi bir alt yardımcı kişi ile yürütmek ister ancak söz konusu alt yardımcıya hastanın durumu ile ilgili gerekli talimatları vermezse, alt yardımcı kişiye talimat vermede gerekli özeni göstermediğinden hareketle borçlu hastanenin alt yardımcı kişinin fiilinden TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğacaktır.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göreyse, asıl yardımcı kişi borcun ifasını/hakkın kullanılmasını alt yardımcı kişiye bırakırsa, bunun borçlunun bilgisi ve rızası dahilinde gerçekleşip gerçekleşmediğine¹⁶¹ ya da borçlunun emir ve talimatlarına uygun bir alt yardımcı kişi seçilip seçilmediğine bakılmaksızın borçlunun TBK 116. maddesi kapsamında sorumluluğu doğar. Zira borçlu, asıl yardımcı kişiyi ilişkiye kendi rızasıyla dahil ettiği anda asıl yardımcı kişinin fiillerinden doğabilecek rizikoları yüklenmiştir ki alt yardımcı kişinin doğurduğu zarar da (alacaklının omzuna yüklenmemeli) borçlunun üstlendiği söz konusu rizikolar arasında kabul edilmelidir.¹⁶² Diğer bir ifadeyle, borçlunun yardımcısı bir yardımcidan (alt yardımcı kişiden) yararlanıyorsa, doğacak zararlardan borçlu sorumludur. Dahası, borçlunun, borcun ifasına/hakkın kullanılmasına gösterdiği rıza, (borçlu aksini belirtmedikçe) alt yardımcı kişileri de kapsar ve borçlunun söz konusu alt yardımcı kişilerin fiillerine

¹⁶⁰ Örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 125.

¹⁶¹ Tam tersine borçlu tarafından alt yardımcı kişi kullanmaya yetkilendirilmeyen asıl yardımcı kişinin alt yardımcı kişi kullanması halinde, borçlunun, alt yardımcının fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulamayacağına dair bir görüş de mevcuttur (bu görüşü savunanlar için Bkz. Yünlü, s. 144-145).

¹⁶² Yünlü, s. 155 ve 373; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 429; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 506; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1137; Kahveci, m. 116, pn. 10.

ilişkin olarak da TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar.¹⁶³

Katıldığımız bu sonucu destekleyen fikir, zarara alt yardımcı kişiyi seçen asıl yardımcı kişinin neden olmuş olması ve borçlunun TBK 116. maddesinde yer alan diğer şartların da sağlanması halinde yardımcısının fiillerinden sorumlu tutulacağı düşüncesidir. Gerçekten de borçlunun aranan tüm şartların sağlanması halinde yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu doğmaktaysa, söz konusu hukuki şartların var olması koşuluyla yardımcı kişinin seçtiği ve yetkilendirdiği alt yardımcı kişinin fiillerinden de sorumlu kabul edilmesi gerekir. Zira, alt yardımcı kişinin seçilmesi ile doğan zarar da asıl yardımcı kişinin fiilinden doğan bir zarardır. Bu yaklaşım, borçlunun sorumluluk alanını aşırı derecede genişletmek değil, aksine borçlunun mevcut sorumluluk alanına işaret etmektir. Gerçekten de kanunun lafzına bakıldığında borçlunun sorumluluğu “*yardımcı kişinin işi yürüttüğü sırada diğer tarafa verdikleri zararın giderim borcu*” olarak nitelendirilmektedir. Borçlunun asıl yardımcısının kendisine bırakılan borcun ifasını/hakkın kullanılmasını bir alt yardımcıya bırakması halinde de “iş yürüttüğü sırada ve işe ilişkin bir davranışı” söz konusu olacak ve borçlunun (bilgisi olsun veya olmasın) sorumluluk alanı bu olasılığı da kapsayacaktır.¹⁶⁴ Dahası, aksinin kabul edilmesi, “alt yardımcı kişi kullanılmasında

¹⁶³ Serozan (Genel Hükümler) s. 289; Yağcı, s. 113. Şenocak, söz konusu görüşün varlığından bahsetmekte ancak bu görüşe katılmamakta, görüşün savunucusu olarak Spiro’yu işaret etmektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 124, dn. 244).

¹⁶⁴ Nitekim yeni Borçlar Kanunu ile kira sözleşmesini düzenleyen hükümler arasına bu düşüncüyü destekler nitelikte bir hüküm eklenmiştir. Söz konusu TBK 322. maddesinin son fıkrasına göre, “*Alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullandığı takdirde kiracı, kiraya verene karşı sorumlu olur. Bu durumda kiraya veren, kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya veya kullanım hakkını devralana karşı da kullanabilir.*” Kiralananın kiracıya tanınandan başka bir şekilde kullanılması ihtimali içine dahil edilebilecek olasılıklardan biri de taraflar anlaşmamasına rağmen üçüncü bir kişinin ilişkiye alt kiracı sıfatıyla dahil edilmesi ve kiralananı onun da kullanması (yardımcı kişi sıfatını haiz olması) halidir. Böylece kanun maddesi ile birlikte, kiracının alt kiralayandan (bir diğer anlamıyla kira ilişkisinde alt yardımcı kişisinden) sorumluluğunun doğacağı açıkça düzenlenmiştir. Fikrimizce bu hüküm, TBK 116’nın özel bir uygulama alanıdır.

borçlunun rıza ve bilgisinin bulunup bulunmadığı” ölçütünün son derece içsel, ispatı zor ve borçlu tarafından suiistimale açık bir olgu olduğu gerçeği de dikkate alındığında, borçlunun sorumluluktan kurtulmak istediği her an “Alt yardımcı benim dışımda ilişkiye dahil edilmiştir! Sorumlu değilim!” cümlesini kurarak sorumluluktan kaçması sonucunu doğurabileceğinden, borçlunun kötüye kullanabileceği bu kaçış kapısını kapatmak son derece yerinde olacaktır.

Alt yardımcı kişi kavramıyla bağlantılı olarak, alacaklının borçluya başvurmasının kendisi açısından dezavantajlı olduğu somut olaylarda (örneğin borçlunun sorumluluğuna sorumsuzluk anlaşmasının varlığı sebebiyle gidemiyor veya gidebilse dahi borçlunun maddi durumu zararı karşılamaya elverishi değil), doğrudan alt yardımcı kişiyi kullanan asıl yardımcı kişinin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği ve gidilebiliyorsa bunun hukuki dayanağı da ayrıca ele alınmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, her ne kadar alacaklı ile asıl yardımcı kişi arasında bir borç ilişkisi olmasa da asıl yardımcı kişinin borcun ifasında/hakkın kullanılmasında yararlandığı üçüncü kişilerin kendisinin yardımcı kişisi sayılması ve asıl yardımcı kişinin alacaklıya karşı TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğması gerekir.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Aynı yönde Bkz. Yünlü, s. 385.

F. Yardımcı Kişi Gibi Kullanılan Araçların Durumu

Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte çok sayıda teknolojik yapı, borç ilişkilerinde hem alacaklı hem de borçlu tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin, müşterilerin banka gişelerinde beklemlerini ortadan kaldırarak işlemlerini kısa sürede yapabilmelerine fırsat sağlayan ATM'ler¹⁶⁶, benzin istasyonlarında yer alan otomatik benzin ve bakım (yıkama, lastik şişirme vb.), eğlence merkezlerinde yer alan çeşitli oyun veya kumarhanelerde yer alan kumar makineleri bu kapsamda sayılabilir. Dahası, günümüzde işlemlerinden doğan sorumluluğun tartışmalar yarattığı ve son derece revaçta olan bir diğer konsept “yapay zeka” kavramının da bu kapsamda değerlendirilebileceğinin altı çizilmelidir. Söz konusu araçların davranışlarından doğan zararlardan kimin sorumlu tutulacağı da yardımcı kişi kurumu ile bağlantılı olarak tartışılması gereken bir diğer noktadır.

Bir görüşe göre, borcun ifasında/hakkın kullanılmasında etkin rol oynasa dahi makine, bilgisayar, robot gibi yapıların ve hayvanların yardımcı kişi olarak

¹⁶⁶ ATM'ler ile ilgili olarak 4389 sayılı (eski) Bankalar Kanunu ile günümüz 5411 sayılı Bankacılık Kanununun ele alınması gerekir. 4389 sayılı Bankalar Kanununun tanımlar başlıklı 2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre şube, “*Bankaların elektronik işlem cihazlarından ibaret birimleri hariç, şube, ajans ve mevduat kabulü veya diğer bankacılık işlemleriyle uğraşan sabit ya da seyyar büroları gibi her türlü yerel teşkilatlarını*” ifade eder. Söz konusu düzenleme ile bankaların elektronik işlem cihazları şube kavramı dışında tutularak ifa yardımcısı kapsamına yaklaştırılmıştır. 5411 sayılı güncel Bankacılık Kanununda da şube kavramı yine 2 numaralı tanımlar maddesinde “*Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü işyerini*” kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve böylece elektronik işlem cihazları kapsamında ATM'ler de şube kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak daha da eskiye ve 771 sayılı Bankalar Kanununun şube tanımına bakarsak, “*ayrıca tasrihe lüzum kalmaksızın bankaların şube, ajans ve banka muameleleri ile iştigal eden sabit veya seyyar büroları gibi her türlü mahalli teşkilatını ifade eder.*” Lafzı bakımından geniş düzenlemesi ile (her ne kadar kanunun kaleme alındığı 1958 senesi için hayal bir cihaz olsa da) ATM'lerin de şube kapsamında düzenlendiği görülür. Tüm bu açıklamalar dikkate alınırsa, günümüz düzenlemesinde, bankaların elektronik işlem cihazlarından ibaret birimleri şube kapsamının dışında tutulduğundan ATM'lerin sebep olduğu zararlar bakımından borçlu konumundaki ATM işleticisi bankanın, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk (TBK 116) kurumu kapsamında sorumlu tutulması gerektiği düşüncesindeyiz.

nitelendirilemeyeceği ileri sürülmektedir.¹⁶⁷ Zira, bu görüşe göre, söz konusu yapılar eşya statüsü taşıdıkça hukuken bir kişiliğe sahip kabul edilemeyeceklerinden yardımcı kişi olarak da nitelendirilemezler.¹⁶⁸ Dahası, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun doğabilmesi için yardımcı kişinin kusurunun şart olduğunu benimseyen görüşün savunucularına göre, makine vb. yapıların kusurundan bahsedilemeyeceğinden (zira kusur beşeri bir olgudur) bu kurucu şart olmamasına rağmen yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun kıyasen uygulanabileceği düşünülürse bu uygulama kıyasın ötesinde normun genişletilmesi sonucunu doğurur.¹⁶⁹

Otomatik makineler vb. yapılardan yararlanarak bir mal satımı veya hizmet sağlayıcılığı yapan borçlunun, (bilgisayarlar, elektronik araçlar vb. yapıların doğuracağı zararların tazminine ilişkin özel bir düzenleme mevcut olmadıkça) TBK 116. maddesinin kıyasen uygulanması kapsamında kusursuz sorumlu kabul edilmesini ileri süren bir görüş de mevcuttur.¹⁷⁰ Özellikle Almanya’da doğan ve çok sayıda taraftar toplayan bir görüş, bir borcun ifasında makine, robot, bilgisayar sistemi vb.

¹⁶⁷ Yünlü, s. 166-167; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 306. (Ancak Antalya’nın görüşü açısından belirtmek gerekir ki Antalya’ya göre, hayvanlar ve cansız maddeler ifa yardımcısı ya da kullanma yardımcısı olarak kabul edilmese de yardımcı kişinin hakimiyetine bırakılmış olan elektronik araçlardan doğan zararlarda TBK 116. maddesi uygulanabilir.) Ayrıca Yünlü, TBK 116’nın borçlunun kullandığı cihazlardan sorumluluğunda uygulanıp uygulanamayacağını belirlerken borçlunun bizzat kendi cihazı mı olduğu yoksa dışarıdan (bir üçüncü gerçek veya tüzel kişiden) tedarik edilerek kullanılan bir cihaz mı olduğu konusunda bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrımın sonucu, borçlunun bizzat kendi cihazını kullanması söz konusuysa TBK 116 kapsamında sorumluluğun gündeme gelmemesi ve borçlunun doğrudan sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini; ancak üçüncü kişiden tedarik edilen bir cihaz söz konusuysa cihazı tedarik eden üçüncü kişinin doğan zararlardan TBK 116 kapsamında sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. Yünlü, s. 113 vd.).

¹⁶⁸ Bkz. Yünlü, s. 173; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 306.

¹⁶⁹ Şenocak söz konusu görüşün savunucuları arasında Köhler, ve Lieser’i işaret etmektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 107, dn. 175).

¹⁷⁰ Oğuzman/Öz’de bu görüş taraftarı olduklarını belirtmiştir, bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 433; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 108 vd., 301.

teknolojik yapılardan yararlanan borçluyu, hukuken “yardımcı kişi kullanan borçlu” ile eş tutarak borçlunun sorumluluğunu yardımcı kişiden sorumluluğu düzenleyen BGB 278. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.¹⁷¹ Borçlu, araçlarının doğuracağı rizikoları TBK 116 kapsamında yüklenmeli, ancak elektrik kesilmesi gibi esasen araçtan değil başka bir olgudan kaynaklanan zararlardan (sorumluluğun tehlike sorumluluğu derecesinde genişletilmemesi gerektiğinden) sorumlu tutulmamalıdır.

Gerçekten de bizim de katıldığımız üzere, bugün insanoğlu, teknolojinin ve bilimin etkisi ile yardımcı kişi kavramının etten kemikten bir bütün olması gerçeğini ortadan kaldırmış ve belki de bundan sadece 10 yıl öncesinde hayal bile edilmesi mümkün olmayan yapıların da yardımcı kişi sıfatıyla değerlendirilmesine olanak sağlamıştır. Aksini kabul ederek borçlunun sadece ve sadece insanoğlunu yardımcı kişi olarak kullanabiliyor olmasını savunmak, çağın ilerlemesini reddeden bir hukuk politikasını benimsemek demektir. Dahası, bu yaklaşım hukukun “yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk” kurumu ile çözebileceği bir sorunu çözümsüz bırakmakta, söz konusu araçların davranışlarından zarar gören bireylerin, zararlarını tazmin etmeyi arzu etmeleri karşısında, ellerini kollarını bağlamakta ve hukuk sistemimizde ciddi bir boşluk yaratmaktadır. Makine, bilgisayar gibi yapıların doğurduğu zararlardan sorumluluğun TBK 116 kapsamında kabul edilmesinin en önemli artısı, borçlunun söz

¹⁷¹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 433; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 108.

Ancak bu noktada ayırt edilmesi gereken iki farklı risk alanı söz konusudur. Bunlardan biri otomatik makinadan kaynaklanan risk alanıyken bir diğeri makinanın yanlış çalışmasına sebebiyet veren ancak doğrudan makinadan kaynaklanmayan risk alanıdır. Her şeyden önce bilgisayarın zararı doğuran hatalı davranışının sebebinin beşerî olup olamayacağı tespit edilmelidir. Örneğin, bilgisayarın zararı doğuran hatalı davranışı bilgisayarın bakımının düzgün yapılmaması, ya da vasıfsız kişilerce kullanılması, yanlış programlanması ve benzeri (vb.) beşerî kaynaklı sebeplere dayanıyorsa ve bu sebep borçlunun kendi fiiliyse TBK 112, yardımcısının fiiliyse de TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalıdır. Ancak eğer ki makinenin zararı doğurması hiçbir beşerî sebebe dayandırılmıyor ve gerekli tüm özen gösterilmesine rağmen gerçekleşiyorsa sorumluluğun hangi hukuki temele dayandırılacağı hususunda farklı görüşler mevcuttur (söz konusu ayırım ve görüşler için bkz. Şenocak, (İfa Yardımcısı), s. 108-109).

konusu makine/bilgisayar vb. yapıyı seçerken, onun bakımını/kontrolünü yaparken/yaptırırken, bu yapıya gerekli talimatları verirken üzerine düşen tüm özeni gösterdiğini ve kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamayacak (kurtuluş kanıtı getiremeyecek) olmasıdır.¹⁷² Ancak bu noktada, her ne kadar sorunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu ile çözülebileceğini düşünsek de bir öz eleştiri yaparak “borçlunun farazi kusuru”nun aranması şartına¹⁷³ ilişkin yaşanacak problemleri öngördüğümüzü, canlı olmayan bir yapının davranışı (?) esas alınarak borçlunun farazi kusurunun belirlenmesinin imkansızlığını fark ettiğimizi, bu sebeptir ki hukuken kişi sayılamayan makine, robot, işletim sistemi gibi yapılar açısından farazi kusur şartına ilişkin başka bir çözümün üretilmesi gerektiğinin farkında olduğumuzu belirtmek isteriz. Bizce gelecekte, makine/bilgisayar vb. yapıların günlük hayatla çok daha iç içe olduğu bir zaman diliminde, bu sorunun çözümsüzlüğü daha ciddi sıkıntılar yaratacaktır. Bu sebeple de kanun koyucunun zamanın şartlarını da dikkate alarak problemi kökünden çözecek bir kanun maddesi kaleme almasının en doğru çözüm olacağını belirtmek isteriz.

Bu kapsamda borçlunun borcun ifasında/hakkın kullanılmasında yararlandığı hayvanların doğurduğu zararlardan sorumluluğunun TBK 116 kapsamında kabul edilip edilemeyeceğinin üzerinde de kısaca durmak gerekir. Doktrinde işaret edilen bir

¹⁷² Aynı görüşte, Zeytin, Z.: *İfa Yardımcısının –Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk*, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 1429; Serozan (Genel Hükümler), s. 293. Bu görüşün pratik yararı, makine vb. yapılardan sorumluluğun kurtuluş kanıtı getirilebilen bir kusursuz sorumluluk tipi (örneğin istihdam edenin sorumluluğu) ya da doğrudan kusur sorumluluğu kapsamında (ki bu durumda da makineyi kullanan kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulacaktır) kabul edilmesi halinde borçlunun sorumluluktan kurtulabilecek olması, ancak TBK 116 kapsamında kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk tipi ile borçlunun kolay kolay sorumluluktan kaçmasının önlenmesidir.

¹⁷³ Söz konusu şart çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır (bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/E. Borçlunun Farazi Kusuru).

Federal Mahkeme kararında¹⁷⁴, fırın işletmekte olan borçlunun, alacaklısına ulaştıracağı kek ve sandviçleri taşıyan köpeğinin bir gün söz konusu ürünleri teslim etmeden yemesi halinde, borçlu fırıncının yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağının tartışıldığı kararda, köpeğin söz konusu malları yiyebilecek olması riskinin fırıncı tarafından öngörülmesi ve gerekli önlemlerin alınması gerektiği, dolayısıyla fırıncının kendi kusurundan (borca aykırılık kapsamında) sorumlu tutulacağı sonucuna varılmıştır. Kararda da ele alındığı ve bizim de katıldığımız görüşe göre, ilk etapta hayvanın davranışının zararı doğurmasında doğrudan borçlunun kusurunun bulunduğu bahsedilebiliyorsa, borçlunun kusur sorumluluğuna gidilmesi yerindedir.

Bir görüş, yolcu taşıma borcunu ifa eden işletmeden tutun da sinema, tiyatro, alışveriş merkezi, restoran, kafe gibi kamuya açık işletmelere kadar tüm işletmelerin sahiplerinin/işletmecilerinin, bir diğer misafirin bulundurduğu hayvandan TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabileceğini işaret etmektedir.¹⁷⁵ Bu görüş bizce de işletme sahibinin, hayvan bulunduran bir misafirini işletmesine kabul ederek bundan maddi bir kazanç sağlarken diğer misafirlerinin risk alanını genişletmesi, bu durumda nimetten yararlanan işletme sahibinin, misafirlerinden birinin zarar görmesi halinde doğacak zarara (külfete) da katlanması yönüyle son derece mantıklı gözükmektedir. Ancak, borçlunun hayvanının/faaliyet alanına dahil olan hayvanın davranışlarından

¹⁷⁴ Söz konusu karar için bkz. Yünlü, s. 118.

¹⁷⁵ Ancak bu görüş açısından altı çizilmesi gereken, zarar doğuran davranışı meydana getiren hayvanın elbette ki hukuki anlamda bir gerçek ya da tüzel kişi sayılmaması sebebiyle yardımcı kişi sayılamayacak, ancak işletme sahibinin yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu (TBK 116) kapsamında (kıyasen uygulamadan) sorumlu tutulacak olmasıdır (bkz. Yünlü, s. 122 vd.; Antalya (Genel Hükümler III), s. 306). Ancak bu görüşün kabul edilmesi halinde de (yukarıda makine vb. yapılardan sorumluluğa ilişkin açıklamalarda da bahsettiğimiz üzere), borçlunun farazi kusuru şartının tespiti açısından sorun yaşanabilir. Zira, bir hayvanın davranışını insana yerleştirerek farazi kusurun varlığını ya da yokluğunu tahayyül edebilmek mümkün olmadığı gibi adeta elmalarla armutları aynı kefeye yerleştirmektedir.

doğan zararlardan sorumluluğunu TBK 116 kapsamında kabul etmenin abartılı ve zorlama bir görüş olabileceği endişesini taşımaktayız. Zira, hayvanının davranışlarından doğan zararlarda sorumlunun zararın doğmasında kusuru varsa (yukarıdaki federal mahkeme kararında da olduğu gibi) kusur sorumluluğu hükümleriyle, kendisine kusur isnat edilemeyen bir durumdan bahsediyorsak da TBK 67 ‘‘*hayvan bulunduranın sorumluluğu*’’¹⁷⁶ kapsamında bir çözüme gidilebilecekken TBK 116’ya başvurulması hükmün uygulama alanını ciddi derecede genişletecektir. Bu sebeptendir ki hayvanların davranışlarından doğan zararların TBK 116’nın uygulama alanına dahil edilmesi gereken bir sorumluluk doğurmadığı kanısındayız.

G. Sözleşme Görüşmelerinde Kullanılan Yardımcı Kişi: Görüşme

Yardımcısı

Borçlunun yardımcı kişi kullanabileceği ihtimallere dar bir pencereden bakılarak sadece borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında ya da bir borcun

¹⁷⁶ Kusursuz sorumluluk hallerinden özen sorumluluğu kapsamında düzenlenen sorumluluk tiplerinden ‘‘2. Hayvan bulunduranın sorumluluğu/a. Giderim yükümlülüğü’’ başlığını taşıyan TBK 67. maddesine göre: ‘‘(I) Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. (II) Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. (III) Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.’’ Düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, TBK 67 kapsamında sorumlu kabul edilebilmek için hayvanın maliki olmak şart değildir. Bu sebeptendir ki kanun koyucu sorumluluğu, ‘‘hayvan malikinin sorumluluğu’’ değil, ‘‘hayvan bulunduran sorumluluğu’’ adı altında kaleme almıştır. Bu kapsamda işletme sahibi/işletmecilerin işletmede ağırladıkları hayvanların fiillerinden sorumluluklarını bu maddeye tabi tutabilmek mümkün gözükmektedir. Belirtmek gerekir ki borçlunun TBK 67’den doğan sorumluluğu ile TBK 116’dan doğan sorumluluğu arasında pratik açıdan önem doğuracak farklılık kurtuluş kanıtına yöneliktir. Zira, TBK 67/II gereği hayvan bulunduran zararın doğmasını önlemek adına üzerine düşen özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirken, TBK 116 kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir sorumluluk tipidir.

ifasında yardımcı kişi kullanabileceği sonucuna varılmamalıdır. Zira, borçlu sadece borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanımında ya da bir borcun ifasında değil, daha ortada hukuken doğmuş bir borç ilişkisi bulunmasa dahi, sözleşme görüşmeleri esnasında da yardımcı kişi kullanılabilir. Gerçekten de işletmelerin bünyelerindeki iş bölümü ve bütünü oluşturan çoklu karmaşık yapı, sadece sözleşmenin ifası ya da sözleşmeden doğan hakların kullanılması aşamasında değil, taraflar arasında sosyal temasın başladığı andan itibaren yardımcı kişi¹⁷⁷ (*Hilfs Personen*) kullanılmasını zorunlu hale getirmiştir. Hatta, bazen ilişkide borçlu hiç rol oynamazken (sözleşme görüşmelerinden borcun ifasına kadar) ilişkideki tüm süreçte yardımcı kişinin rol alabileceği belirtilmekte ve dükkanda müşteriye mal teslim ederek satım sözleşmesi kuran tezgahlar veya taksi şirketinin müşteri kabul ederek taşıma sözleşmesi kuran şoförü örnek gösterilmektedir.¹⁷⁸ Diğer örneklerle, mağaza sahibinin yanında çalışan tezgahlar, marangozun çırağı veya bankanın en düşüğünden en yüksek mevkiine tüm personelleri, sözleşme görüşmelerinde yardımcı kişi sıfatıyla çeşitli roller oynayabilir.¹⁷⁹

Culpa in contrahendo, temelini TMK 2/I' de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralından almakta ve taraflar arasındaki borç ilişkisi henüz kurulmamış olsa dahi, sosyal temas içerisine girerek bu sosyal temastan bir zarar görmeyeceklerine inanan

¹⁷⁷ Yardımcı kişi kavramı sadece borcun ifa edilmesinde ya da bir hakkın kullanılmasında karşımıza çıkmayacak şekilde geniş ele alındığında, bir diğer görünümü ise görüşme yardımcısı olarak karşımıza çıkar. Görüşme yardımcısı, (*verhandlungsgehilfen*) “sözleşme görüşmelerine hazırlanmada tek başına ya da işvereni ile birlikte uzman sözleşme tarafı olarak hareket eden ve fakat bizzat sözleşme tarafı sözleşme kuruluşunu yaptığından sözleşme kuruluşunu nihayetlendirmeyen kişi” olarak tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. Gezder, Ü.: Türk İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta, Ankara 2009, s. 102.

¹⁷⁸ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430.

¹⁷⁹ Demircioğlu, H. R.: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, s. 271.

tarafların, bu haklı güvenlerinin korunması gerektiği mantığına dayanmaktadır.¹⁸⁰ Zira sosyal temas, temasın taraflarına, temsilcilerine ve yardımcılara birtakım yükümlülükler yükler.¹⁸¹ Böylece sözleşme görüşmeleri esnasında yardımcı kişi kullanan müstakbel borçlu, yardımcısının muhataba verdiği zarardan, her ne kadar sözleşme ilişkisi kurulmamış ve daha ilişki sadece müzakere aşamasında olsa da TBK 116 sorumlu tutulabilir. Öyle ki sözleşme kurma amacı güden sosyal temasın başlamış olması bu sonucu haklı kılar.¹⁸²

Kanun koyucunun *culpa in contrahendo*'nun doğuracağı sorumluluğun niteliğine ilişkin sessiz kalması karşısında bu husus, doktrinde tartışmaların odak noktası olmuş ancak sorumluluğun niteliği konusunda fikir birliği sağlanamamıştır. Konumuz kapsamında *culpa in contrahendo*'nun hukuki niteliğinin belirlenebilmesi hayati bir önem taşır. Zira, yardımcının fiillerinden doğan *culpa in contrahendo*'nun teşkil ettiği sorumluluk haksız fiil niteliğinde kabul edilirse TBK 66, borç ilişkisine aykırılık niteliğinde kabul edilirse TBK 116 uygulama alanı bulacaktır.¹⁸³ Böylece sözleşme görüşmelerinde yardım alınan bireylerin fiillerinden sorumluluğun TBK 66'nın mı yoksa TBK 116'nın mı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışma konusu olmuş ve bu tartışmalar iki zıt görüşe¹⁸⁴ hayat vermiştir. Sözleşme

¹⁸⁰ Kırca, Ç.: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004 (Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk), s. 119; Serozan, R.: *Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: "Sözleşmenin Müspet İhlali" ve "Culpa in Contrahendo"* Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (MHAD) 1990, Numara (No.): 18, s. 27 – 42 (Önemi Artan Kavramlar), s. 38; Yalman, S.: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 113; Nomer (Genel Hükümler), s. 376-377.

¹⁸¹ Gezder, s. 40.

¹⁸² Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 436; Kocayusufpaşaoğlu, s. 10; Demircioğlu, s. 133.

¹⁸³ Demircioğlu, s. 271.

¹⁸⁴ Her ne kadar çalışmamız kapsamında söz konusu iki zıt görüş temel alınsa da üçüncü bir görüşün varlığından da bahsetmekte fayda vardır. Piotet'e göre, sözleşme görüşmeleri esnasında yardımcının fiillerinden sorumluluk kapsamında eBK 27. maddesinde "*vasitanın hatası*" başlığı altında düzenlenen

görüşmelerinden doğan sorumluluğa haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını ileri süren görüş¹⁸⁵, müzakereler esnasında yardımcı kişinin fiilinden doğan zarara TBK 66 hükümlerinin uygulanması gerektiğini dile getirirken; borç ilişkisi benzeri veya kendine özgü bir sorumluluğun söz konusu olduğunu ileri süren görüşler¹⁸⁶ TBK 116 kapsamında bir sorumluluğun doğduğunu kaleme almaktadır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun temeli, (bizim de katıldığımız ve aynı zamanda doktrinde baskın olan görüşe göre¹⁸⁷) sözleşmeye aykırılık benzeri bir sorumluluktur. Bu kapsamda bizim de katıldığımız görüş, sözleşme müzakerelerinde yardımcısının fiilinden borçlunun sorumluluğunun, TBK 116'nın kıyasen uygulanması kapsamında belirlenmesi gerektiğini ve bu değerlendirmenin sözleşme görüşmesinin taraflarının birbirine karşı koruma yükümlülükleri de dikkate alındığında daha yerinde olacağını belirtmektedir.¹⁸⁸ Zira, müzakerelerin başlaması ile birlikte, taraflar arasında temelini dürüstlük kuralından alan, karşılıklı güvene ve

“İki taraftan birinin rızası bir muhbir veya tercüman gibi diğer bir vasıta tarafından yanlış olarak naklolunduğu takdirde hata hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.” hükmü uygulanır. Söz konusu görüşün detayları ve eleştiriler için bkz. Yalman, s. 111-113.

¹⁸⁵ Görüşü savunanlar için bkz. Yalman, s. 109, dn. 9.

¹⁸⁶ Görüşü savunanlar için bkz. Yalman, s. 109, dn. 10-11.

¹⁸⁷ *Culpa in contrahendo*'nun sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmesini ileri süren görüşün Alman Yüksek Mahkemesi'nin meşhur kararı ile birlikte ele alınması gerekir. Zira bu görüş, Alman Yüksek Mahkemesi'nin meşhur “muşamba kararı”nda da benimsenmiş ve karara konu olayda, kumaş dükkanında seçim yapmaya çalışan müşterinin, dükkanın çalışanı tarafından yüksek bir raftan indirilirken başına isabet ederek yaralanmasına sebep olan kumaş topundan doğan zararı, (henüz ortada bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmamasına rağmen) sözleşmeye aykırılık hükümleri kapsamında tazmin edilmiştir. Bu kararın muşamba kararı olarak meşhur olmasını sağlayan, ortada bir sözleşme bulunmasa dahi sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanabilmesi düşüncesinin mihenk taşlarından biri olmasıdır.

¹⁸⁸ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 436; Eren (Genel Hükümler), s. 1087; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 274 vd.; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 505; Demircioğlu, s. 173 ve 274; Kocayusufpaşaoğlu, s. 9; İnan/Yücel, s. 615 ve 627; Feyzioğlu, s. 192; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 979; Kırca (Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk), s. 114; Yünlü, s. 400; Serozan (Önemi Artan Kavramlar), s. 40; Serozan (Genel Hükümler), s. 261; Yalman, s. 73; Demir, M.: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010 (Hastanelerin Sorumluluğu), s. 166; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 436. Söz konusu görüşü yabancı doktrinde savunanlar için bkz. Yalman, s. 110, dn. 16.

tarafların karşılıklı menfaatlerini koruma yükümlülüklerine dayanan bir ilişki doğar. Kaldı ki borçlunun, yardımcısının yarattığı *culpa in contrahendo*'dan sorumluluğunun haksız fiil niteliğinde olduğu (dolayısıyla TBK 66'nın uygulanacağı) kabul edilirse, bu yaklaşım görüşmeler sırasında yardımcı kişi kullanan borçlunun kurtuluş kanıtı getirebilmesi (görüşme yardımcısını seçmede, onu denetlemede ve ona gerekli talimatları vermede gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi) sayesinde, muhatap karşısında pozisyonunu kuvvetlendirir, işini kolaylaştırır ve müzakeredeki taraf eşitliğinin (müstakbel alacaklı aleyhine) ciddi derecede dengesizleşmesine zemin hazırlardı. Ancak TBK 116 kapsamında kurtuluş kanıtı getirilmesi mümkün olmadığından, sözleşme görüşmeleri esnasında yardımcı kişi kullanan borçlu açısından ya yardımcının davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağının (karşı görüşmecinin ya da üçüncü kişinin ağır kusuruyla veya mücbir sebep ile) kesildiği ya da borçluya farazi kusurun isnat edilemediği ispat edilerek sorumluluktan kurtulmak mümkün olabilecektir. TBK 116 ve 66 arasındaki kurtuluş kanıtına ilişkin bu temel fark dikkate alındığında, borçluya kurtuluş kanıtı ile sorumluluktan kaçma şansı sağlayıp sözleşme görüşmelerinde yer alan güven ilişkisini ve güç dengesini yerle bir edebilecek ve alacaklıyı zararını karşılayabilmesi için yardımcı şahıs ile karşı karşıya bırakacak olan TBK 66, (tüm bu dezavantajlar dikkate alındığında) sözleşme görüşmelerinde görüşme yardımcısının fiillerinden doğan sorumluluk kapsamında uygulanmaya elverişli değildir.¹⁸⁹ Dahası, *culpa in contrahendo*'dan doğan talep haklarının, haksız fiillerde olduğu gibi birbirine

¹⁸⁹ Aynı görüşte Yalman, s. 110.

Kaldı ki *Culpa in contrahendo*'nun haksız fiil teşkil ettiğini kaleme alan yazarların dahi sözleşme görüşmelerinde yardımcı kişinin davranışından sorumluluk söz konusu olduğunda tazminat borcunu TBK 66 kapsamına dahil etmekten kaçındıkları ama borç ilişkisini henüz doğmadığından TBK 116 kapsamına da sokamadıklarının altı çizilmiştir (bkz. Demircioğlu, s. 273).

tamamen yabancı iki taraf değil, en azından müzakereye oturmuş karşılıklı tarafların söz konusu olması sebebiyle akdi sorumluluk hükümlerine (ve böylece zamanaşımının da 10 yıllık süreye) tabi tutulması fikrimizce daha yerindedir.

Sözleşme görüşmelerinde yardımcı kişi kullanan müstakbel borçlunun TBK 116'ya tabi tutulup tutulamayacağı hususunda ele alınması gereken bir diğer etmense kanunun lafzıdır. Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu düzenleyen TBK 116. maddesinde her ne kadar “...*bir borcun ifası veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması...*” hususundan bahsedilse de kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı dar bir yorum modeli benimsenmemeli, modern hukuk anlayışının getirdiği edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi kavramı dikkate alınarak, sözleşme görüşmelerinde de taraflara karşılıklı koruma yükümlülüğü yükleyen görüş ışığında TBK 116 uygulanabilmelidir.¹⁹⁰

Tüm bu dayanaklar dikkate alındığında, müzakereler esnasında koruma yükümlüğünün borçlu veya yardımcısı tarafından ihlal edilmesi elbette ki TMK 2'ye aykırılık teşkil edecek ve söz konusu aykırılığa akdi sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması en yerinde çözüm olacaktır. Böylece görüşme yardımcısı (in'ikad yardımcısı/*Abschlussgehilfe/Verhandlungsgehilfen*) kullanılması ve bu yardımcı kişinin sözleşme görüşmeleri esnasında bir zarar doğurması ihtimalinde, TBK 116 uygulama alanı bulacak, dahası, TBK 146. maddesinde düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

Örneklerle ele alırsak, İsviçre Federal Mahkemesi karara¹⁹¹ konu olan somut

¹⁹⁰ Demircioğlu, s. 275; Akipek (Alt Vekalet), s. 137; Eren (Genel Hükümler), s. 1029; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 277.

¹⁹¹ BGE 108 II 419 (Yünlü, s. 402; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 278-279)

olayda, kira sözleşmesinin geçersiz olmasının sebebinin kiraya verenin yardımcılarının hileli davranışları (ki söz konusu olayda kira konusu restoran görüşme yardımcısı tarafından yıllık cirosunun gerçek cirodan kat be kat fazla olan 400 000 Frank olduğu ileri sürülerek görüşmeler yürütülmüştür) olduğuna hükmederek, kiraya verenin kiracının uğradığı zararlardan sorumlu olacağına ve bu sorumluluğun borca aykırılık temellerine dayanan yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu ile tesis edileceğine hükmetmiştir. Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi de bir kararında¹⁹², mağaza çalışanının kendisinden yardım isteyerek katalogdan beğendiği ve satın almak istediği testerenin kendisinin testere makinesine sığıp sığmadığını soran müşteriye, müzakereler esnasında gerekli özeni göstermeksizin sığacağını söylemesini (edimin niteliğine ilişkin bir beyandan ziyade) görüşme yardımcısının özensizliği olarak değerlendirip bu davranışı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kurumu kapsamında asıl borçlu olan işletmeye isnat ederek sorumluluğa hükmetmiştir.

Günlük hayatta karşımıza çıkabilecek örnekleri ele alırsak hastane işletmesinin hasta ile müzakere sürecinde yardımcı kişi kullanması ve onun davranışının doğurduğu zarardan TBK 116 kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilir.¹⁹³ Sözleşme müzakereleri esnasında yardımcı kişi kullanan banka tüzel kişinin de (örneğin banka çalışanının yetkilerini aşarak yanlış bilgiler vermesi neticesinde) TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğabilir.¹⁹⁴

Elbette ki yardımcı kişinin karşı tarafın güvenini boşa çıkardığı zararı doğuran

¹⁹² Karar için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 279-280 (*Bundesgerichtshof* (BGH), 31.1.1962, § 278, N. 5).

¹⁹³ Demir (Hastanelerin Sorumluluğu), s. 166.

¹⁹⁴ Kaplan, İ.: Banka Sözleşmeleri Hukuku C. I, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1996 (Banka Sözleşmeleri), s. 41; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 436; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 274 ve 281.

davranışı aynı zamanda bir haksız fiil niteliğindeyse, muhatabın (müstakbel alacaklının) görüşme yardımcısının doğurduğu *culpa in contrahendo* (ve elbette TBK 116) kurumu ile görüşme yardımcısı kullanan müstakbel borçluya, haksız fiil kurumu ile de doğrudan görüşme yardımcısına yöneltebileceği talep hakları yarışır.¹⁹⁵

Bu kapsamda, borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğunun doğabilmesi için aranan şartlardan birinin de (adı üzerinde) borçlu ile (adı üzerinde) alacaklı arasında bir borç ilişkisi olduğunu işaret ettiğimizi ve edeceğimizi¹⁹⁶ belirtirsek bunun istisnası, müstakbel borçlunun müzakereler esnasında (henüz zarar gören ile arasında bir borç ilişkisi kurulmadan önce) kullandığı yardımcısının fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulmasıdır.

Borçlunun sözleşme görüşmelerinde kullandığı yardımcı kişinin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumluluğu açısından unutulmaması gereken husus, TBK 116 maddesi kapsamında aranan şartların (sözleşme öncesi sorumluluktan bahsettiğimiz için işin niteliği gereği borçlu ile zarar gören arasında borç ilişkisi bulunması şartı hariç) somut olayda sağlanıp sağlanmadığının yine aranacağı gerçeğidir. Örneğin, somut olayda sözleşme görüşmelerine katılan yardımcı kişinin bu katılımının müstakbel borçlunun rızasıyla gerçekleşmesi ve yardımcının görüşmelere fiilen katılması şartı aranacağı gibi, zarar doğuran davranışın müstakbel sözleşme ilişkisi ile fonksiyonel bir bağlılık içinde olması şartı da aranacaktır. Ancak nasıl ki yardımcı kişinin borçluya bağımlı olması şartı aranmıyorsa, görüşme yardımcısının da

¹⁹⁵ Durak, Y.: *Güven sorumluluğu ve “Culpa in Contrahendo”*, SÜHFD 2017, C. 25, S.1, s. 239-288, s. 274-275; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 285.

¹⁹⁶ Yardımcı kişi kullanan (borçlu) ile zarar gören (alacaklı) arasındaki borç ilişkisi şartı için bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/A. Zarar Gören ile Yardımcı Kişi Kullanan Arasında Bir Borç İlişkisi Bulunması.

müstakbel borçluyla arasında bir bağımlılık ilişkisi şart değildir ki görüşme yardımcısı bağımlı veya bağımsız görüşme yardımcısı olarak karşımıza çıkabilir.¹⁹⁷

Özellikle belirtmelidir ki borçlunun, görüşme yardımcısının fiillerinden sorumluluğunun doğması için hukuki işleme ilişkin görüşmelere katılma yetkisine sahip olması yeterlidir ki bir adım ötede olan borçlunun nam ve hesabına hukuki işlemi kurma yetkisinin bulunması şart değildir.¹⁹⁸ Ancak, görüşme yardımcısı yetkisi olmamasına rağmen müstakbel borçlu nam ve hesabına hukuki işlem yaparsa, sözleşmenin karşı tarafının uğradığı menfi zarar da TBK 116 kapsamında temsil olunanın sorumluluğundadır.¹⁹⁹

Sözleşme görüşmelerinde kullanılan yardımcı kişinin davranışlarından sorumsuzluk anlaşması yapıp yapılamayacağı da ayrıca ele alınması gereken bir husustur. Müzakerelerde rol alan yardımcı kişinin davranışlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğinin kabul edilmesi yerindedir. Müzakere evresi, tarafların birbirine karşı koruma yükümlülüklerinin bulunduğu somut bir ilişkidir ve bu ilişkiden doğacak zararlara ilişkin (kanuni sınırlara uymak şartıyla) geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesine bir engel yoktur. Bu ulaştığımız bir sonuç değil, sözleşme özgürlüğü ve hem bu özgürlüğün hem de insan olmanın temeli olan irade serbestisi ilkesinin bizi ulaştırdığı bir sonuçtur. Dahası, madem ki tarafımızca sözleşme öncesi düzeyde yardımcı kişi kullanılması mümkün kabul edilmiştir, madalyonun ters tarafı TBK 116/I kapsamında yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hükmünün uygulanacağını ileri sürmektir. Ancak yardımcı kişinin davranışlarına ilişkin

¹⁹⁷ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 282.

¹⁹⁸ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 280-281.

¹⁹⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 282-283.

sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını ileri sürmekse, TBK 116/II ve III'deki sorumsuzluk anlaşmasının müzakere yardımcısının fiillerinden sorumluluk alanında uygulanmayacağını kabul etmek anlamına gelir. Bu da müzakere yardımcısından sorumluluğa TBK 116'nın bölünerek uygulanması (maddenin ilk fıkrasının uygulanıyor ancak kalanının uygulanmıyor olması) gibi kendi içinde çelişkili bir sonuç yaratır. Dahası, müzakere yardımcısı kullanan borçlunun, müzakereler esnasında doğacak olan zarara ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapması imkanını ortadan kaldırırken, hukuki ilişki doğduktan sonra kullanacağı yardımcı kişiye ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesini sağlayarak somut bir sebebe dayandırılmayacak ciddi bir ikilem oluşturur. Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında müzakere yardımcısının fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin bir anlaşmanın yapılabileceği kabul edilmelidir.

Borçlunun daha henüz ortada kurulmuş bir borç ilişkisi bulunmadan dahi TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilecek olmasına ek, borç ilişkisi taraf(lar)ın edim(ler)ini ifa etmesi sonucu pratik anlamda sona ermiş görünse dahi dürüstlük kuralı gerektiriyorsa TBK 116'dan sorumluluğun gündeme gelebilecek olması da unutulmamalıdır. Bundan sözleşmenin art etkisi teorisi (*Culpa post pactum perfectum*) olarak bahsetmek de mümkündür. Sır saklama borcu bu hususta adeta bir kürsü örneği halini almıştır. Zira, niteliği gereği sır saklama borcu, borç ilişkisi herhangi bir nedenle sona erse dahi ayakta kalmaya devam eder. Bu kapsamda örneğin²⁰⁰, banka ile müşterisi arasındaki akdi ilişki sonra ermiş olsa dahi banka sır saklama yükümlülüğünü yardımcı kişisi eliyle ihlal ederse, TBK 116 kapsamında sorumluluğu

²⁰⁰ Kaplan (Banka Sözleşmeleri), s. 58; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 282.

doğar. Çok benzer bir diğer örnekle²⁰¹, hastane ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesi sona erse dahi personelin hastaya ilişkin bir sırrı ifşa ederek sır saklama borcunu ihlal etmesi halinde hastane, TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacaktır.

III. YARDIMCI KİŞİ KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Bir kavramın sınırlarının çizilmesi açısından kilit unsurlardan bir diğeri de söz konusu kavramın benzer kavramlarla karşılaştırılması ve bu karşılaştırmalar sonucu kavramın sınırlarının netleştirilmesidir. Türk hukukunda yardımcı kişi kavramı doktrin tarafından çeşitli hukuki kurumlarla karşılaştırılarak ele alınmış ve böylece kavramların farklılıklarından hareket edilerek sınırlarının netleştirilmesi amaçlanmıştır. Söz konusu karşılaştırmalar ele alınırsa:

A. Yardımcı kişi ve Kanuni Temsilci

Kanuni temsilcinin,²⁰² bireyi bir borcun ifasında/hakkın kullanılmasında temsil etmesi sebebiyle yardımcı kişi ve kanuni temsilci kavramları doktrin tarafından

²⁰¹ Balaban M./Özçetin S.: Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar-Örnek Yargı Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 242.

²⁰² Belirtmek gerekir ki bu başlık altında kanuni temsilci kavramıyla kastedilen dar anlamda kanuni temsilciler (veli ve vasi) ile sınırlı değil, aynı zamanda geniş anlamda kanuni temsilci kavramı içerisine dahil olan ve temsil yetkisi kanundan kaynaklanan tüm temsilcilerdir. Örneğin, Tunçomağ tarafından vasiyeti tenfiz memurlarının fiillerinden sorumluluğun yardımcının fiillerinden sorumluluk kurumu

karşılaştırılmaya değer iki kavram olarak görülmüş ve temsil olunanın kanuni temsilcisinin doğurduğu zararlardan, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılmıştır.²⁰³

Baskın görüşün savunucularına göre, temsil olunanın kanuni temsilcisinin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm olmadıkça, TBK 116'nın kıyasen uygulanması gerekir.²⁰⁴ Kaldı ki kıyasen uygulama görüşü benimsendiği zaman temsil olunanın zarar görmesi de söz konusu değildir zira temsil olunanın kanuni temsilciye rücu etme hakkı da saklıdır. Ancak bu görüşün, bir takım soru işaretlerini de beraberinde getirdiği işaret edilmelidir. Öncelikle farazi kusur şartının ayırt etme gücüne sahip olmayan temsil olunan açısından aranması halinde, temsil olunanın farazi kusurunun bulunmadığı sonucuna varılacak olmasıyla sorumluluktan kurtulacak olması, görüşün uygulanabilirliğine yönelik ilk soru işaretidir. Yine, kıyasen uygulamanın kabul edilmesi halinde, temsil olunanın TBK 116/II kapsamında sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi imkanından yararlanabilecek olması gerçeği de işaret edilerek bu görüşün benimsenmesinin zarar

kapsamında çözüleceğinin işaret ediliyor olması, geniş anlamda kanuni temsilciden bahsedildiğini/bahsettiğimizi göstermektedir (bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 508).

²⁰³ Kanuni temsilcinin yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmanın İsviçre ve Türk Hukuku açısından değer arz ettiğinin ancak Alman hukuku açısından tartışılacak bir husus bulunmadığının altı çizilmelidir. Zira Alman Medeni Kanunu'nda, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunu kaleme alan yasal düzenlemede (BGB § 278) kanuni temsilci de kapsama alınarak temsil olunanın kanuni temsilcisinin fiillerinden sorumluluğunun, yardımcının fiillerinden sorumluluk kurumu kapsamında değerlendirileceği açıkça belirtilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR art. 101) ve Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK 116) kaleme alınan yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hükümlerindeyse kanuni temsilcinin kapsama dahil edilmiyor olması bu tartışmaya zemin hazırlamakta ve onu körüklemektedir.

²⁰⁴ Şenocak, (İfa Yardımcısı), s. 132, 134 ve 301; Helvacı, İ: *Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM) 1997, C. LV, S. 4, s. 145-171 (Temyiz Kudreti), s. 66 ve 164; Korur, s. 34; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 439; Tuhr, s. 595; Nomer (Genel Hükümler), s. 313; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 507; Uygur, T.: *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku C. III* (m. 51-108), Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003 (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 309; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1138. Yabancı doktrin için bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1076, dn. 199'da adı geçen yazarlar.

görenin menfaatleri açısından çok da doğru olmadığına altı çizilmiştir.²⁰⁵ Dahası, yardımcı kişi sıfatını haiz olmak için aranan şartlardan biri de yardımcının borçlunun iradesiyle borcun ifasına/hakkın kullanılmasına dahil edilmiş olması şartıdır. Ancak temyiz kudretine sahip olmayan bir temsil olunanın bu iradeye sahip olabilmesi mümkün değilse, kanuni temsilcinin yardımcı kişi olduğundan bahsedebilmek ne derece mümkündür? Bu soru işaretleri temsil olunanın kanuni temsilcisinin fiillerinden sorumluluğunda TBK 116'nın uygulanabileceğini ileri süren görüşlerin dahi neden doğrudan kanuni temsilciyi yardımcı kişi sayamadıklarını ve (TBK 116'yı doğrudan uygulamakansa) hükmün “kıyasen” uygulanmasını yolunu tercih ettiklerini açıklar niteliktedir. Kaldı ki kanun koyucunun benimsediği temsil hükümleri sorunun çözülmesi açısından başlı başına yeterli olacakken, TBK 116'nın kapsamına dahil edilmesinin pratik bir yararı olmadığı ve sayılan eleştiriler kapsamında da hükmün uygulanmasında ciddi sıkıntılara sebep olacağı görüşündeyiz.

Tüm bu sebepler dikkate alındığında, TBK 116'nın kıyasen uygulanmaması yönündeki diğer ve bizim de katıldığımız karşıt görüş, borçlunun kendi iradesini kullanarak seçemediği kanuni temsilcinin, temsil olunanın yardımcı kişisi sayılamayacağını çünkü borçlunun rızası şartının sağlanmadığını ileri sürmektedir.²⁰⁶ Zira, yardımcı kişi sıfatını haiz olmanın en temel şartlarından biri de borçlunun iradesi sonucu bir borcun ifasına/hakkın kullanılmasına ilişkin faaliyetlere katılma şartıdır. Kanuni temsilci adından da anlaşıldığı üzere temsil yetkisini temsil ettiği kişinin iradesinden değil (ki öyle olsaydı iradi temsilciden bahsediyor olurduk) bizzat

²⁰⁵ Şenocak söz konusu itirazların varlığından bahsetmektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 134).

²⁰⁶ Serozan (Genel Hükümler), s. 291; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 402; Yavuz, N., (Şerh), s. 743; Kahveci, m. 116, pn. 20; Yünlü, s. 185-186; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 432.

kanundan alan temsilci olduğundan bu şartı sağlamadığı açıktır. Farazi kusur şartının aranmasının zorluğu da (yukarıda açıklandığı üzere) dikkate alındığında, TBK 116 kapsamına dahil edilmesi zor bir sorumluluk haliyle karşı karşıya kalındığı görülecektir.

TBK 116'nın kıyasen uygulanmamasını dile getiren bir görüş²⁰⁷, temsil olunanın kanuni temsilcisinden sorumluluğu organların fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğu (TMK 50) ile ciddi ölçüde benzerlik arz ettiği için²⁰⁸ (bu görüşü savunanlarca nasıl ki tüzel kişinin eli ayağı organı ise, adeta kanuni temsilcinin de temsil olunanın eli ayağı olması yönüyle “organı” gibi düşünüldüğü için) TMK 50'nin kıyasen uygulanması yoluyla sorumluluğun tesis edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Öz ve Nomer ise üzerinde ayrıca durulması gereken farklı bir yaklaşımla, kusursuz sorumluluğun hukukumuz açısından istisnai bir durum teşkil ettiğini ve dar yorumlanması gerektiğini belirtmiş, bu sebeple de sadece kanuni temsilcinin zararın doğmasında kusurlu olduğu hallerde temsil olunanın TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilmesini önermiştir. Bu yaklaşımın temelinde, ehliyetsiz kişinin kanuni temsilcisini iradesiyle seçmemiş olması ve kendi seçmediği birinin her davranışından kusursuz olarak sorumlu tutulmasındansa, sadece kanuni temsilciye rücu edebileceği hallerde (ki bu haller kanuni temsilcinin kusurlu olması halleridir) sorumlu tutulmasının daha hakkaniyetli gözükmesi yatar.²⁰⁹ Böylece bu görüşe göre, kanuni

²⁰⁷ Yağcı, s. 66-67.

²⁰⁸ Söz konusu büyük ölçüde benzerlik, tüzel kişinin organı, temsil olunanın ise kanuni temsilcisi olmaksızın hukuki işlem yapamayacak olması ve bu imkanı sağlamak açısından ortak bir işlevleri olduğu şeklinde dile getirilmektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 133).

²⁰⁹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 432; Nomer (Genel Hükümler), s. 260 ve 313.

temsilcinin sorumluluğuna TBK 116. maddesi kıyasen uygulanacak olsa bile, kusursuz sorumluluğun istisnai bir sorumluluk tipi olduğu unutulmamalı ve bu sebeple de kıyasen uygulanacak TBK 116 dar olarak uygulanmalı, temsil olunan sadece kanuni temsilcisinin kusurlu olduğu hallerde TBK 116'nın kıyasen uygulanması²¹⁰ sonucu sorumlu tutulmalı, sonuçta temsil olunanın kanuni temsilciye rücu kapısı açık bırakılmalıdır.

Kanaatimizce, kanuni temsilci ile yardımcı kişi arasındaki fark açısından en önemli husus, kanuni temsilcinin temsil yetkisi doğrudan kanundan doğmakta ve söz konusu yetkinin kapsamı bizzat kanun tarafından belirlenmekteyken, yardımcı kişinin bu sıfatı doğrudan borçlu tarafından yetkilendirilerek kazanması ve bu yetkinin sınırlarının da borçlu tarafından çizilmesidir.²¹¹ Kanuni temsilcinin temsil olunan tarafından rıza ile seçilemiyor olması gösterir ki kanuni temsilci ve yardımcı kişi

²¹⁰ Her ne kadar kanuni temsilcinin fiillerinden sorumluluğa TBK 116'nın (kıyasen de olsa) uygulanmaması gerektiği görüşünde olsak da kıyasen uygulama noktasında bir yaklaşım benimsenecekse (ki fikrimizce kıyasen uygulama görüşüne neden katılmadığımızı sebepleriyle hemen yukarıda belirtmiştik), hakkaniyet prensibini dikkate alarak bir ayırım yapma yolunu seçen Öz ve Nomer'in görüşü, (hiç bir kriter ortaya koymaksızın kıyasen uygulanacağını ileri süren görüşe kıyasla) daha tatmin edici gözükmemektedir. Zira, kanuni temsilci kurumunun öngörülmesinin en temel *ratio legis*'i kendi hak ve borçlarına sahip çıkamayacak bireye kanunen bir temsilci tayin ederek hem onun hem de üçüncü kişilerin karşılaşılabilecekleri zararlara karşı mümkün mertebe korunmasını sağlamaktır. Hukuki anlamda korunmaya muhtaç bu bireye, kendisinin yapmış olduğu seçimlerin sağlıklı olmayacağı peşinen kabul edildiği için kanuni temsilcisini seçme hakkı da tanınmaz. Böylece hukuken sonuç doğuracak hayat olaylarında kanuni temsilcisinin yer alması sayesinde başta temsil olunanın ve ayrıca muhataplarının korunması amaçlanır. Kanun koyucunun kanuni temsilci kurumunu oluştururken asıl amacı bu korumayken, bir de kanuni temsilcinin kusursuz olarak doğurduğu (kanuni temsilciye rücu edilemeyecek) zararlardan temsil olunanı sorumlu tutmanın kendi içinde çelişkili bir sonuç doğuracağı aşikardır. Zira, kanuni temsilcinin kusuru olmaksızın doğan zararlarda temsil olunanın rücu etme şansı olmayacak ve sorumluluk doğrudan onun omuzlarına yüklenecektir. Bu durumda amaçlanan korumanın gerçekleşemediği açıktır. Öz ve Nomer'in görüşü dikkate alınır, sadece kanuni temsilcinin kusurlu olduğu durumlarda temsil olunanın TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağını savunmak, temsil olunanı bu ağır yükten kurtarır ve kanuni temsilciye rücu edebilme kapısını açık bırakır. Ancak bu görüş kabul edildiğinde de sorun çözülememekte çünkü temsil olunanın kanuni temsilcisine rücu hakkını kullanabilmesinin nasıl sağlanabileceği, temsil olunanın (zihinsel sağlık durumu itibarıyla) rücu etme yolunu akıl edemeyecek durumda olabileceği veya akıl etse dahi kendisine fiziksel ya da psikolojik yaptırımlarda bulunabilme tehlikesi olan kanuni temsilcisine karşı rücu yolunu seçip seçemeyeceği de akla gelen sorular arasındadır.

²¹¹ İnan/Yücel, s. 339; Kocayusufpaşaoğlu, s. 628.

kavramları iki ayrı hukuki kavramdır. Zira, “borçlunun rızası”²¹² yardımcı kişi kavramının hukukten doğabilmesinin en temel şartlarından biridir. Kaldı ki farazi kusur şartının ayırt etme gücü olmayan temsil olunanlar açısından ne derece uygulanabileceği de soru işaretidir. Dahası, kanaatimizce kanuni temsilci kurumunun, başlı başına bir hukuki müessese olması gerçeği karşısında bir başka kurumun kurallarının kıyasen uygulanması ihtiyacını taşımaz, temsil hükümleri sorunun çözülmesi için yeterlidir. Bu sebeptendir ki TBK 116’nın temsil olunanın kanuni temsilcisinin fiillerinden sorumluluğuna kıyasen uygulanması gerektiği inancını taşımamaktayız.

B. Yardımcı Kişi ve Organ

TBK 83. maddesinde düzenlenen, alacaklının edimin ifasında menfaati olmadıkça borçlunun şahsen ifa yükümlülüğü bulunmaması kuralının hem gerçek hem de tüzel kişi borçlu açısından geçerli bir kural olduğuna şüphe yoktur.²¹³ Bu durumda tüzel kişiler açısından borcun ifasında hem ilgili organ hem de yardımcı kişi(ler) rol alabileceğinden, “*organ*” kavramının yardımcı kişi kavramıyla farkının ortaya konması gerekir. TMK 50’de düzenlendiği üzere tüzel kişiler organlarının

²¹² Ki bu rıza ve içeriği için bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/C. İfanın/Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılmış Olması ve Yardımcı Kişinin Fiilen Katılımı/1. Borçlunun İfayı/Hakkın Kullanılmasını Yardımcı Kişiye Bırakma İradesi.

²¹³ Her ne kadar söz konusu hususun hem gerçek hem de tüzel kişi borçlu açısından tereddütsüz olarak geçerli olduğu belirtilse de bu hususun zamanında ciddi tartışmaların konusu olduğunu belirtmeden geçemeyeceğiz. Tartışmalar için bkz. Öztan, B.: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970 (Organ Kavramı), s. 91.

eylemlerinden sorumludur ancak şu iki durumun ayrımının açıkça yapılması sorumluluğun hukuki nitelendirmesi açısından hayati önem taşır: “Acaba zarara neden olan tüzel kişinin organı mıdır yoksa basit bir yardımcısı mıdır?” Bu soruya verilecek cevabın ilk etapta önemi²¹⁴, zararın tazmininde gidilecek hukuki kurum açısından tamamen farklı bir sonuca varılacak olması gerçeğidir. Zira, ilk durumda Medeni Kanun’un tüzel kişilere ilişkin sorumluluk düzenlemeleri ele alınacakken ikinci durumda borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğu kurumu (TBK 116) devreye girecektir.

TMK 50. maddesi²¹⁵, tüzel kişilerin iradelerini organlar aracılığıyla açıkladıklarını ve organların hukuki işlemleri ve diğer tüm fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına soktuklarını ancak organların kusurundan dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu tutulacağını düzenlemiştir.²¹⁶ Bu açık düzenleme karşısında, tüzel kişinin tabiri caizse eli ayağı olan organının meydana getirdiği zararlardan tüzel kişinin kendisi sorumlu olacak çünkü söz konusu zararı doğuran davranış, tüzel kişinin davranışı olarak kabul edilecektir.²¹⁷ Organın borca aykırı bir davranışı doğrudan tüzel kişinin borca aykırı

²¹⁴ Tüzel kişi-organ ya da borçlu-yardımcı kişi nitelendirmesinin yapılması ilk etapta gidilecek olan hukuki kurumu belirledikten sonra, ikinci etapta önemi “sorumluluk anlaşması” açısından karşımıza çıkar (bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/F. Taraflar Arasında Sorumluluk Anlaşması Olmaması/1. Genel Açıklamalar).

²¹⁵ TMK 50. madde düzenlemesi: “II. Kullanılması, Madde 50: (I) Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. (II) Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. (III) Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar.” şeklinde kaleme alınmıştır.

²¹⁶ Öztan’ın hem yardımcı kişi kavramını, kavramın tam olarak içini dolduracak şekilde ifade edememesi hem de organ kavramı açısından hukuki bir tanım ortaya koyamaması sebebiyle kanun metnine yönelttiği eleştiriler için bkz. Öztan (Organ Kavramı), s. 92.

²¹⁷ Bilgili, F./Demirkapı E.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Bursa 2016, s. 106; Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 2016, s. 250-251; Karahasan, M. R.: Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta, İstanbul 2003 (Sorumluluk 2003), s. 552; Reisoğlu, K.: İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1968, s. 61; Serozan (Genel Hükümler), s. 289; Serozan, R.: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, İstanbul 2015 (Kişiler Hukuku), s. 496; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 896; Eren (Genel Hükümler), s. 1074.

davranışı olarak nitelendirileceğinden, tüzel kişinin alacaklıya karşı sorumluluğu TBK 112 kapsamında doğacaktır.²¹⁸ Bir örnekle²¹⁹, tüzel kişiliği bulunan bir mimarlık ortaklığında, organların davranışlarından TMK 50 kapsamında tüzel kişinin sorumluluğu doğacaktır. Organı oluşturan üyelerin kusuru olması halinde, tüzel kişiliğin yanında kusurlu bireylerin de müteselsil sorumluluğu gündeme gelir. İşte tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin ilk pozitif düzenlemenin TMK 50. maddesi olduğu belirtilmektedir.²²⁰ Söz konusu perdenin aralanması teorisi²²¹ sadece haksız fiil hallerinde değil, borca aykırılık gibi kusurlu durumlarda da gündeme geleceğinden²²², organın borca aykırılığı halinde tüzel kişi sorumlu olsa da kişilik perdesi aralanarak tüzel kişi ile birlikte sorumlu tutulabilecek gerçek kişi veya kişiler belirlenecektir. Ancak tüzel kişinin organ değil de yardımcı kişi kullanması ihtimalinde sorumluluğu TBK 116 kapsamında doğacaktır.

Yardımcı kişi-organ ayrımı yapılırken devamlılık kriterinin temel alınması ve devamlılık arz eden yapının organ olduğunun ileri sürülmesi görüşü ise eleştirilmiştir zira bugün, tüzel kişi tarafından kullanılan yardımcı kişi de aynen organ gibi devamlılık arz edebilir.²²³ Bizim de katıldığımız bu eleştiri son derece yerindedir çünkü yardımcı kişi sıfatının doğması için devamlılık şartı aranmadığından, yardımcı

²¹⁸ Dural/Öğüz, s. 258; Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 80; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 320; Feyzioğlu, s. 196; Korur, s. 32-33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 896; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 130-131; Yünlü, s. 176.

²¹⁹ Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 168.

²²⁰ Antalya, O.G.: *Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi*, MÜHF Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul 2008 (Tüzel Kişilik), s. 147.

²²¹ Çalışmamızda “perdenin aralanması” kavramını temel alsak da doktrinde söz konusu kavramı işaret etmek üzere çok sayıda farklı terim de kullanılmaktadır. Özellikle, “tüzel kişilik perdesi, örtüsü, tülü” kullanımları kurumun isminde yer almakta, fiil olaraksa “kaldırma, delinme ya da aralanma” fiillerinden birinin seçildiği görülmektedir.

²²² Antalya (Tüzel Kişilik), s. 147.

²²³ Öztan (Organ Kavramı), s. 92.

kişi kullanımıının devamlılık arz etmesi de etmemesi de ihtimal dahilindedir. Örneğin, borcun ifasında uzman bir kişiden uzun bir süre (ve hatta birden çok borç ilişkisi) için destek alınacak ve söz konusu kişi yardımcı kişi sıfatını haiz olacaksa, işin ve alanının uzmanı olması sebebiyle organdan daha güçlü bir devamlılık sergiliyor olması da ihtimal dışı değildir. Öyleyse devamlılık unsuru, yardımcı kişi ile organ arasındaki farkı ortaya koyan bir kriter olarak ele alınamaz.

Yardımcı kişi ve organ kavramları arasındaki karşılaştırmada altı çizilmesi gereken husus, söz konusu kavramlardan biri ile nitelendirilen kişinin diğeri ile nitelendirilemeyeceği (bu iki kavramın tek bir kişi üzerinde keşişemeyeceği) gerçeğidir.²²⁴ Gerçekten de bir somut olayda borçlunun yardımcı kişisi sıfatını haiz olan aynı zamanda organ sıfatını haiz olamadığı gibi, borçlunun organı olarak nitelendirilen de yardımcı kişisi olamaz. Bunun pratik sonucu ise, bir zararın hem organın hem de yardımcı kişinin fiilinden doğmuş zarar olarak nitelendirilememesi sebebiyle, taleplerin yarışması ihtimalinin gündeme gelmeyecek olmasıdır.²²⁵

Ancak somut olay açısından öyle komplike senaryolar söz konusu olabilir ki zarara sebep olanın organ mı yoksa yardımcı kişi mi olduğu tam olarak belirlenemiyor olabilir. Organ-yardımcı kişi ayrımı yapılırken, Öztan tarafından da ileri sürüldüğü üzere uygulanması gereken sistematığe göre, öncelikle somut olaydaki yapının organ niteliğinin bulunup bulunmadığı araştırılmalı; organ nitelendirilmesi yapılamaması halindeyse yardımcı kişi olabilmenin şartlarını taşıyıp taşımadığı araştırılmalı ve

²²⁴ Öztan (Organ Kavramı), s. 9; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 126.

²²⁵ Kılıçoğlu, A. M.: Sorumluluk Hukuku C. I (Sözleşme Dışı Sorumluluk) Turhan Kitabevi, Ankara 2002 (Sorumluluk Hukuku), s. 395.

yardımcı kişi mi yoksa (TBK 66 anlamında) çalıştırılan mı olduğu belirlenmelidir.²²⁶ Zira tüzel kişi, bir borcun ifası veya bir hakkın kullanılmasında organ sıfatını taşımayan bir üçüncü kişiden yararlanırsa, bu ihtimalde şartlarını sağlayıp sağlamamasına göre ya yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk (TBK 116) ya da adam çalıştırının (TBK 66) sorumluluğu gündeme gelir.²²⁷ Bu durumda somut olayın özellikleri dikkate alınarak yardımcı kişi sıfatının doğması için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalıdır. Öztan tarafından işaret edilen bu sistematik son derece önemlidir. Öyle ki somut olay söz konusu sistematikte irdelenmeye başlandığında, ilk aşamada bir organın söz konusu olmadığı sonucuna varılması, mutlaka yardımcı kişiden sorumluluk sonucunu doğurmaz. İstihdam edenin sorumluluğu da söz konusu olabilir.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise, somut olay dikkate alındığında zararı doğuran davranışta bulunan öznenin, tüzel kişinin kendi organı mı yoksa yardımcı kişisi mi olduğunun tespit edilmesinde ikilemde kalınması halinde, (tüzel kişiyi TBK 116'nın uygulanmasına kıyasla daha ağır bir sorumluluk altına sokacak olan) TMK 50. maddesinin uygulanması ve “tüzel kişinin organı” nitelendirilmesinin yapılması gerektiğini ileri sürülmektedir.²²⁸ Bu noktada örnek olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, somut olayda banka şubesi müdürünü bankanın anonim ortaklığına katkıda bulunan bir yardımcı kişi olarak nitelendirmek yerine, somut olayda “tüzel kişi-organ” nitelendirmesi yaptığı karar işaret edilebilir.²²⁹

²²⁶ Öztan (Organ Kavramı), s. 93.

²²⁷ Dural/Öğüz, s. 260.

²²⁸ Serozan (Genel Hükümler), s. 290.

²²⁹ Bkz. İsv. FM, BGE 102 II 257.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, verilen zarar ile görülen iş arasında aranan fonksiyonel bağlantının, hem tüzel kişinin organının fiillerinden (TMK 50/2) hem de yardımcısının fiillerinden sorumluluğunda (TBK 116) aranmasıdır. Bunun mantıki temeli, yardımcı kişinin ya da organın borcun ifası veya hakkın kullanılması ile alakalı olmayan fiillerinden doğan zararlardan tüzel kişi borçlunun sorumlu tutulmasının adil görülmemesidir.²³⁰

Özetle, tüzel kişiler açısından unutulmaması gereken husus, tüzel kişinin organının yardımcı kişi sayılamayacağı hususudur.²³¹ Zira, tüzel kişinin organının fiilleri doğrudan tüzel kişinin kendi fiili olarak kabul edilmektedir.²³² Bu ihtimalde üzerinde durulması gereken, organın borca aykırı davranarak alacaklıya zarar vermesi halinde, tüzel kişinin sorumluluğunun TBK 116 kapsamında değil TMK 50 kapsamında gündeme geleceği gerçeğidir.²³³ Zira gerçekten de söz konusu ihtimalde yardımcı kişi sıfatından doğan bir zarar değil, organ yapılanmasından doğan bir zarar söz konusudur. Ancak borç ilişkisine bir hakkın kullanılmasında veya bir borcun ifasında dahil edilen ve organ kavramı dışında kalan gerçek veya tüzel kişi (elbette ki yardımcı kişi sıfatını haiz olmanın diğer şartlarını da sağlaması halinde) söz konusu tüzel kişinin yardımcı kişisi konumundadır²³⁴ ve fiilleri dolayısıyla tüzel kişinin TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğurur.

²³⁰ Hatemi/Gökyayla, s. 151.

²³¹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 432; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1138; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Nomer (Genel Hükümler), s. 313; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 308; Serozan (Genel Hükümler), s. 289; Reisoğlu, S., s. 350; Eren (Genel Hükümler), s. 1074.

²³² Ögüz, T.: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007 (Vakıf Tüzel Kişiliği), s. 97; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 432.

²³³ Eren (Genel Hükümler), s. 1074; Kaplan (Banka Sözleşmeleri), s. 41.

²³⁴ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 432; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 402; Yavuz, N., (Şerh), s. 743; Kılıçoğlu (Sorumluluk Hukuku), s. 395.

C. Yardımcı Kişi ve Kaim Kişi Kavramı

“Kaim kişi” kavramının “ifa yardımcısı” kavramından farkı da özellikle incelenmelidir. Borcun üçüncü bir kişi tarafından ifa ediliyor olması aslında birtakım ihtimallerden ileri gelmektedir. İşin başında borçlu tarafından yüklenilen borç üçüncü kişi eliyle ifa ediyorsa, “bir ifa yardımcısının kullanımı dışında “ikame edilen kimse (kaim kişi)” de söz konusu olabilir.

Kaim kişi, (*substitut*) alacaklının lehine olarak sanki borçlunun üstlenmiş olduğu edim yükünü kendi üstlenmişçesine ve kimsenin emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın hareket eden kişidir. Bir diğer anlatımla vekilin kendi konumuna bir üçüncü kişiyi yetkilendirmesi halinde kaim kişiden, ancak sadece üçüncü bir şahıstan bir borcun ifası ya da hakkın kullanılması hususunda yararlanması halinde yardımcı kişiden bahsedilir.²³⁵ Kaim kişi (*substitut*) “*sanki edimi kendisi üstlenen, kendi başına buyruk*” olması yönüyle yardımcı kişi kavramından tamamen ayrılır.²³⁶ Yardımcı kişi ise borcun ifasını yüklenmez, sadece borçluya borcun ifasında yardımcı olan kişidir.²³⁷ Örneğin²³⁸, tatil amacıyla izinli olan bir doktorun²³⁹ yerine hasta bakmakta olan

²³⁵ Erlüle, F.: *Alt Vekalet*, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi 1999, s. 259-271, s. 261. Ancak kaim kişinin başına buyruk (bağımsız) olması kıstasının yardımcı kişi kavramıyla ayırt edilmesinde yeterli olup olmadığı ilerleyen sayfalarda tartışılacaktır.

²³⁶ Kaim kişi tanımı için bkz. Serozan (Genel Hükümler), s. 289. Serozan’a göre söz konusu tanımda dikkate alındığında kaim kişinin yardımcı kişi olarak sayılamayacağı “*tartışmasız*” dır. Bkz. Serozan (Genel Hükümler), s. 289.

²³⁷ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1137.

²³⁸ Örnek için bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 507.

²³⁹ Hekimin kendisi yerine başka bir hekim koyması halinde gündeme gelebilecek iki kavram, alt hekimlik (*Unterarztvertrag*) ve ikame hekimlik (*Ersatzärztlich*) kavramları da birbiriyle karıştırılmaması gereken iki farklı kurumdur. Alt hekimlik sözleşmesinde asıl hekim ile alt hekim arasında bir sözleşme kurulmakta ve söz konusu sözleşmede hasta taraf olmamaktayken, ikame hekimlikte asıl hekimin yerine geçen hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi kurulmakta ancak ikame hekimliğin caiz olup olmamasına göre asıl hekimin sorumluluğu devam etmekte ya da etmemektedir (bkz. Demir, M.: “*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*”, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252 (Hekimin Sorumluluğu), s. 239-240). İkame hekimlik sözleşmesi çalışmamız sınırlarına dahil görülmediğinden, caiz olan ve olmayan hakkında ayrıntılı bir açıklama yapılmaya lüzum

doktor, ifa yardımcısı değil bir kaim kişidir. Zira, muayene hizmetine dayanan hukuki ilişkinin alacaklısı hasta lehine hizmeti sekteye uğratmadan devam ettirmek amacıyla, muayene işlemini yapmakta olan doktor, izinli doktora bağlı olmaksızın sanki edimi kendi yüklenmiş gibi borcu ifa etmektedir. Bir diğer örnekle, alt müteahhitler ile yardımcı kişiler arasındaki fark işaret edilebilir. Alt müteahhit, eserin ifasını tamamen bağımsız olarak gerçekleştirmek üzere devralmışken yardımcı kişi, yüklenicinin gözetim ve denetim alanının içinde ona yardımcı olmaktadır.²⁴⁰ Bu sebeptendir ki alt müteahhit kavramının (*Unterakkordanten*) doktrin tarafından “ikame edilen şahıs” olarak nitelendirilerek yardımcı kişi kavramı ile karışmasının önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir.²⁴¹ Zira, alt müteahhit borcun ifasına dahil olmanın ötesinde doğrudan ilişkiyi yüklenen, tamamen bağımsız olarak hareket eden “kaim kişi” sıfatını haiz ve asıl müteahhit ile arasında astlık-üstlük ilişkisi bulunmaksızın borcu ifa eden tüzel ya da gerçek kişidir.

Tüm bu açıklama ve örneklerden de anlaşıldığı gibi alt vekilin yardımcı kişi ile arasındaki ince çizgiyi çizen unsurun kendisine bırakılan edimi tamamen bağımsız olarak yerine getirecek olması ve borçlu ile hiçbir bağıllığının bulunmaması olduğu belirtilmektedir.²⁴² Öyle ki kaim kişi doktrince yapılmış neredeyse her tanımda “*vekilin vekalet akdinin kendisine yüklediği edimlerin tamamını veya bir bütün teşkil eden kısmını, kendi yönetimi ve gözetimi altında olmaksızın, bağımsız bir biçimde*

görülmemiştir. Ancak caiz olan-olmayan ikame hekimlik kavramı ve bu kavramın doğuracağı pratik sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demir (Hekimin Sorumluluğu), s. 239-240.

²⁴⁰ Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 190.

²⁴¹ Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 194-195; Tuhr, s. 514; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 446; Akkanat, H: Taşeronluk Sözleşmesi, 1. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2000, s. 153.

²⁴² Kaim kişinin en temel unsurlarından birinin de bağımsız olma unsuru olduğundan bahsedenler için bkz. Tuhr, s. 592; Erlüle, s. 260.

yerine getirmesini kendisine bıraktığı kişidir.''²⁴³ tanımıyla büyük ölçüde benzer şekilde tanımlanmaktadır. Söz konusu tanım da açıkça görüldüğü üzere kaim kişi, kendisine vekalet veren borçludan tamamen bağımsız hareket etmekte olan üçüncü kişidir.²⁴⁴ Ancak borcun ifasının bağımsız bir üçüncü kişiye bırakılması kıstasının tek başına yeterli olmadığı da haklı olarak işaret edilmiş, zira yardımcı kişinin de emir ve talimat almayan ve ekonomik olarak bağımsız olan bir kişi olabileceğine, dolayısıyla bağımsız hareket kıstasının çok da doğru olmadığına dikkat çekilmiştir.²⁴⁵ Gerçekten de yardımcı kişi açısından bağımlı hareket edip etmeme şartı bulunmamakta ve bu sebeple de "bağımlı yardımcı kişi" ve "bağımsız yardımcı kişi" kavramları²⁴⁶ gündeme gelmektedir.

Öyleyse bağlılık kıstası yardımcı kişi ve kaim kişi kavramlarını birbirinden ayırmak için kesin bir kıstas olmamakla birlikte kesin olarak söylenebilecek tek husus, vekalet sözleşmesinin ifası asıl vekil tarafından kendisine bağlı/bağımlı olan bir üçüncü kişiye bırakılmışsa, bu durumda kaim kişi kavramının gündeme gelemeyeceğidir. Örneğin²⁴⁷, bankada hizmet sözleşmesi ile çalışan hukukçular (bankanın emir ve talimatlarına bağlı olduklarından) söz konusu bankanın kaim kişisi olarak nitelendirilemezken yardımcı kişisi olarak nitelendirilebilirler. Fakat eğer

²⁴³ Şenocak, (İfa Yardımcısı), s. 141.

²⁴⁴ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 142; Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Ankara 1987 (Özel Hükümler), s. 461.

²⁴⁵ Erlüle, s. 260-261; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 460-461; Yağcı, s. 72; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 142; Tandoğan (Özel Hükümler), s. 461. Yardımcı kişi ile kaim kişi arasındaki bağımlılık unsuruna ilişkin bu durumu (yardımcı kişinin de bağımsız olabileceği gerçeğini) dikkate alan Eren, kaim kişilerin de aslında yardımcı kişi sıfatını haiz olduğunu ancak bu kişilerin borç ilişkisinde rol alırken borçludan emir ve talimat almaksızın hareket etmeleri açısından özellik arz ettikleri için nitelikli yardımcı kişi olarak adlandırılacaklarını belirtmiştir (bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1076-1077).

²⁴⁶ Bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/II. Yardımcı Kişi Kavramının Çeşitli Görünümleri/C. Borçluya Bağlılık Derecesi Açısından Yardımcı Kişi.

²⁴⁷ Erlüle, s. 261.

bağımsız bir üçüncü kişiden bahsediyorsak bunun ikame kişi olması kadar yardımcı kişi olması da ihtimal dahilindedir.

Kaim kişi, “*Vekilin Borçları*” ana başlığını taşıyan “*Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme*” hususunu düzenleyen TBK 506. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre kural, vekilin vekâlet borcunu bizzat ifa etmesidir ancak müvekkil tarafından vekile yetki verilir veya somut olayın özellikleri zorunlu kılar ya da teamül mümkün kılarsa, vekil vekalet sözleşmesiyle üstlendiği işi bir başkasına yaptırabilir.²⁴⁸ İşte bu ihtimalde vekilin işi yaptırdığı üçüncü kişi, (sadece borcun ifasında yararlanılmaktan öte) vekilin kendi konumuna yetkilendirildiğinden (ifa yardımcısı olarak adlandırılmayacak) kaim kişi (ikame edilen kimse) olarak nitelendirilecektir.

Belirtmek gerekir ki alt vekil kavramı, ancak asıl vekil ile bir üçüncü kişi arasında vekalet sözleşmesi varsa gündeme gelebilir. Öyleyse vekil ile arasında hizmet sözleşmesi olan kişilerin alt vekil olarak nitelendirilemeyecekleri ve (şartlarını sağlamak kaydıyla) yardımcı kişi sıfatını haiz olabilecekleri açıktır.²⁴⁹ Dahası, karıştırılmaması gereken husus, vekilin işi alt vekile bırakamayacağı (TBK 506’da kaleme alınan istisnaların somut olayda yer almadığı) durumlarda dahi yardımcı kişiden yararlanabileceği gerçeğidir.²⁵⁰

Söz konusu üçüncü kişinin yardımcı kişi veya kaim kişi olarak nitelendirilmesinin pratik farkı, borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden

²⁴⁸Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2014, s. 148; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 625; Yünlü, s. 190.

²⁴⁹Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 146; Tuhr, s. 592; Yağcı, s. 74.

²⁵⁰Gümüş, s. 149; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 625.

sorumluluğuna kurtuluş kanıtı getiremiyor olmasına rağmen, yetkisi dahilinde işi kaim kişiye yaptırması halinde doğacak sorumluluğun kurtuluş kanıtı getirilebilen bir sorumluluk olmasıdır.²⁵¹ Zira, TBK 507’de “*işin üçüncü kişiye gördürülmesi*” başlığı altında vekilin yetkisi dahilinde veya yetkisi dışında işi bir üçüncü kişiye gördürmesi halleri iki farklı ihtimalde ele alınarak düzenlenmiştir. İlk ihtimali düzenleyen TBK 507/I, vekilin yetkisi dışında işi bir başkasına gördürmesi halinde, işi gördürdüğü kişinin (caiz olmayan alt vekilin) fiillerinden kendi yapmışçasına sorumlu olacağını düzenlemektedir. İkinci ihtimal olan vekilin başkasına vekalet vermesinin caiz olduğu halleri kaleme alan TBK 507/II düzenlemesi ise, bu durumda vekilin sadece işi gördüreceği üçüncü kişiyi (caiz olan alt vekili) seçmede ve ona talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlü olacağını düzenlemiştir. Kanunun lafzından da açıkça anlaşılmaktadır ki başkasına vekalet vermeye yetkili vekilin sorumluluğu yardımcı kişiden sorumluluğa kıyasla çok daha sınırlı bir sorumluluk halidir zira vekil alt vekalet vermeye yetkili ise, TBK 507/II gereği alt vekili seçmede ve ona talimat vermede gerekli özeni göstermekle sorumluluktan kurtulur.

Bu düzenlemenin mantığı, Serozan’ın da belirttiği üzere, alacaklının her zaman alt vekili serbestçe azledabiliyor olmasına dayanmaktadır.²⁵² Böylece alacaklı, dilediği zaman alt vekili azlederek risk alanından çıkarabilme yetkisine sahiptir. Ancak üzerinde durulması gereken husus, serbestçe azledilemeyen bir alt sözleşen söz konusu ise, bu alt sözleşenin yardımcı kişi kapsamında kabul edilip edilemeyeceği ihtimalidir. Alacaklının dilediği zaman azledemediği alt sözleşen, alacaklı açısından risk alanını

²⁵¹ Erlüle, s. 263; Berki, Ş.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 138, Ankara 1973 (Özel Hükümler), s. 164; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 466.

²⁵² Serozan (Genel Hükümler), s. 289.

genişletecek ve riski bertaraf edemediği bir zarar tehlikesi doğacaktır. Bu durum dikkate alındığında, eğer ki serbestçe azledilemeyen bir alt vekil söz konusuysa, alacaklının menfaatinin korunması adına, borçlunun TBK 116 kapsamında yardımcı kişiden sorumluluğunun gündeme gelmesi gerektiği doktrinde savunulan görüşlerden biri olarak kaleme alınmaktadır.²⁵³

Vekilin, caiz alt vekilin fiillerinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi adına özen yükümlülüğüne ilişkin getirilebildiği kurtuluş kanıtı da dikkate alındığında, kritik soru vekilin ne zaman alt vekil ne zaman yardımcı kişi kullandığının belirlenmesidir. Bu belirlemenin yapılabilmesi adına çeşitli görüşler söz konusudur. Vekalet ilişkisine dahil olan üçüncü kişinin alt vekil mi yoksa yardımcı kişi mi olduğunun tespit edilmesinde ileri sürülen bir görüş, söz konusu üçüncü kişinin ilişkiye dahil edilmesinin müvekkilin mi yoksa vekilin mi menfaatine hizmet ettiği kriterini esas alır ki müvekkilin menfaatineyse alt vekil, vekilin menfaatineyse yardımcı kişi kavramı gündeme gelir.²⁵⁴ Antalya’ya göre de ele alınması gereken yöntem somut olaydaki vekilin kendi hesabına mı yoksa müvekkili hesabına mı kullanıldığına bakılarak “*yarar durumunun*” irdelenmesidir.²⁵⁵ Bu kritere göre, vekilin kişiyi kendi hesabına kullanması halinde yardımcı kişi söz konusu olur. Vekilin özellikle işletme organizasyonu kapsamında yardım alması halinde vekilin kişiyi kendi hesabına kullandığı ve bir ifa yardımcısının söz konusu olduğu düşünölebilir. Söz konusu görüş, şu açıdan mantıklı gözökmekte; vekilin sırf kendi menfaati için üçüncü kişi kullanması

²⁵³ Serozan (Genel Hükömler), s. 289. Ayrıca, alt müteahhidin (taşeronun) yardımcı kişi değil de kaim kişi olarak sayılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Akkanat, s. 153.

²⁵⁴ Serozan (Genel Hükömler), s. 289; Yağcı, s. 74; Antalya (Genel Hükömler Cilt III), s. 309; şenocak (İfa Yardımcısı), s. 145 ve 147 vd.; Yönlü, s. 194.

²⁵⁵ Antalya (Genel Hükömler Cilt III), s. 309.

ve sonra da “caiz alt vekil söz konusudur ve ben bu kişiyi seçmede ve ona talimat vermede üzerime düşen sorumluluğu yerine getirdim, sorumluluğum yoktur.” diyebilmesi ihtimalinin önüne geçmekte, böylece (nimet-külfet dengesine uygun bir sonuç doğmakta) üçüncü kişinin ilişkiye dahil edilmesinin nimetinden yararlanan külfetine de katlanmaktadır. Bu görüşe yöneltile eleştiriyse, somut olay açısından vekalet ilişkisine dahil olan üçüncü kişinin ne zaman müvekkil ne zaman vekil hesabına ve yararına davrandığının her zaman kolaylıkla tespit edilemeyeceği ve dahası çoğu zaman ikisinin de hesabına ve yararına hareket edebileceği gerçeğidir.²⁵⁶

Bir diğer görüşe göreyse, vekalet sözleşmesinde borçlunun kişiliğinin önemli olduğu hallerde işi kısmen veya tamamen başka bir kişiye bırakma söz konusu olursa burada alt vekilin söz konusu olduğundan bahsedilmektedir. Bu görüşün eleştirilme sebebiyse, borçlunun kişiliğinin en az vekalet sözleşmesinde arz ettiği önem kadar önem arz edebileceği bir başka sözleşme tipinde (örneğin bu bir eser veya hizmet sözleşmesi olabilir) yardımcı kişi kullanması halinde TBK 116 uygulama alanı buluyorken vekalet sözleşmesinde vekilin kişiliğinin önemli olduğu hususlarda kullandığı kişiye alt vekil sıfatı verilerek asıl vekilin TBK 507 kapsamında sorumluluktan kurtulabilmesini kolaylaştırmanın mantıklı bir açıklaması olmadığı yönündedir.²⁵⁷

Tunçomağ’a göreyse, borçlunun yerine geçen kimse ile yardımcı kişi arasında tanım açısından doğan ciddi fark (kaim kişinin sanki edimi kendisi üstlenen kişi gibi davranıyor olması ancak yardımcının sadece hakkın kullanılması, borcun ifasında

²⁵⁶ Yağcı, s. 74.

²⁵⁷ Söz konusu görüş ve eleştirisi için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 141 vd.

devreye girmesi) her ne kadar göz ardı edilemese de borçlu yerine geçen herkesin yardımcı kişi olarak nitelendirilmesi gerekir. Zira aksi takdirde sorumluluktan kaçmak ama bir yandan da yardımcı kişi kullanmak isteyen tüm borçlular “borçlu yerine geçen kişi” çatısı altına saklanarak TBK 116’dan doğan sorumluluktan kaçınmayı deneyebilirler.²⁵⁸

Ancak Serozan, farklı bir görüş ortaya koyarak bu hususta “*tüme varımsal ve işlevsel bir yaklaşımla, somut olayda adalete ve yerindeliğe en uygun kavramın*” değerlendirilmesi ihtiyacını ve bu yaklaşım benimsenerek “kaim kişi” veya “ifa yardımcısı” ayrımının somut olay dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmektedir.²⁵⁹ Örneğin Serozan, alacaklı tarafından serbestçe azledilemeyen bir alt vekil söz konusuysa, borçlunun sorumluluğunun yumuşatılmaması gerektiğini ve “*sert risk sorumluluğu*” olarak nitelendirdiği TBK 116’nın uygulanması gerektiğini savunmaktadır.²⁶⁰ Karahasan’a göre de kimin yardımcı kişi kimin borçlu yerine geçen kişi olduğu belirlenirken anahtar, somut olayın özelliklerinin ele alınmasıdır.²⁶¹ Örneğin,²⁶² bir müteahhidin yapımını üstlendiği eseri başka bir müteahhide bırakması ya da tatile çıkan bir doktorun yerine hastalarına bir başka doktorun bakması halinde borçlunun yerine geçen kişi söz konusuysa bir doktorun asistanı asıl borçlu olan doktora yardımcı olduğundan doktorun ifa yardımcısı söz konusu olur.²⁶³

Bizce de kaim kişi-ifa yardımcısı ayrımı yapılırken temel alınması gereken kilit

²⁵⁸ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 507.

²⁵⁹ Serozan (Genel Hükümler), s. 289.

²⁶⁰ Serozan (Genel Hükümler), s. 289.

²⁶¹ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1137.

²⁶² Örnekler için Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1137; Ayan, M.: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., Ankara, 1991 (Tıbbi Müdahale), s. 70.

²⁶³ Örnekler için Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1137.

nokta, somut olay adaletine uygunluğun baz alındığı işlevsel bir yaklaşım olmalıdır. Üçüncü kişinin sadece borcun ifasında mı rol aldığı yoksa dahası adeta borçlunun yerine mi geçtiği değerlendirilmeli, somut olay adaletini de sağlayabilecek bir nitelendirme aranmalıdır. Bu husus şu şekilde de ifade edilebilir: TBK 507 ancak ve ancak vekilin müvekkile karşı yükümlülüğünün üçüncü kişiye devredilmesi halinde uygulanabilir. Vekil eğer vekillik sıfatını tamamen devretmeksizin bir üçüncü kişiden yardım almaktaysa artık alt vekilden değil yardımcı kişiden bahsedilmelidir ve bu ihtimalde şartların gerçekleşmesiyle vekilin TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğabilir. Bu hususun belirlenmesinin tek çıkar yoluysa somut olayın özelliklerinin ele alınmasından geçer.

TBK 507. maddesindeki özellikli durum gözden kaçırılmamalı ve vekalet sözleşmesinde vekilin yerine bir başkasını görevlendirmeye yetkili olması ve görevlendirmesi olasılığı ayrıca ele alınmalıdır. Zira, TBK 507/II'ye göre, vekil işi alt vekile bırakmaya yetkili ise sorumluluğu söz konusu alt vekili seçme ve ona talimat verme noktasında gerekli özeni göstermesiyle sınırlıdır. Bunun anlamı söz konusu alt vekili seçmede ve ona talimat vermede üzerine düşen özeni yerine getiren asıl vekil, alt vekilin meydana getirdiği zararlardan sorumlu tutulamaz.²⁶⁴ Eğer asıl vekilin işi alt vekile bırakması bir sebeple caiz değilse (kendi yerine başkasını ikame etmeye yetkisi yoksa), TBK 507/I gereği alt vekilin zarar doğuran fiilinden vekil, işi kendisi yapmış gibi sorumlu tutulur. Görülmektedir ki TBK 507/I'de düzenlenen ihtimal TBK 116 ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Bu noktada TBK 507/I'in TBK 116'nın özel bir uygulama alanı olduğunu ve bu sebeple de asıl vekilin sorumluluğunun

²⁶⁴ Yağcı, s. 71; Tuhr, s. 592; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 625; Gümüş, s. 151; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 447.

doğabilmesi için TBK 116'nın şartlarından farazi kusur şartının da aranacağını ileri süren bir görüşün varlığına da dikkat çekmek gerekir.²⁶⁵ Ancak bu görüşe karşıt görüş, TBK 507/1'in TBK 116'nın uygulama alanı olmadığını ve bu ihtimalde vekilin sorumluluğun TBK 112 kapsamında doğacağını, öyleyse asıl vekilin ancak alt vekil kullanmakta kusuru olmaksızın yetkili olduğunu düşündüğünü ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğini ileri sürmektedir.²⁶⁶

Kanaatimizce, somut olay özelinde yardımcı kişi mi yoksa alt vekilin mi söz konusu olduğu hususunda tereddütte düşülmesi halinde, yardımcı kişi belirlemesinin yapılarak kendisine verilmiş bir işi üçüncü bir kişiye bırakan vekilin karşısında risk alanı artan müvekkilin korunması daha yerinde gözükmemektedir.²⁶⁷ Zira, vekilin bir üçüncü kişiye vekalet vermeye (alt vekil atamaya) yetkili (alt vekaletin caiz) olduğu durumlarda söz konusu alt vekilin hareketlerine ilişkin olarak bir zarar doğmadıkça TBK 116 kapsamında bir yardımcı kişi mevcutmuş gibi davranacak ancak alt vekilin zarar doğuran bir davranış sergilemesi halinde sorumluluktan kurtulmak adına söz konusu kişiyi ‘kaim vekil’ atadığını ve dolayısıyla da (TBK 507'nin sağladığı ispat olanağıyla) sorumluluktan kurtulduğunu ileri sürecektir.²⁶⁸ Görüldüğü üzere sorumluluk hukuku açısından her iki nitelendirme sorumluluktan kurtulabilme açısından ciddi bir farkı barındırmakta ve doğru seçimin yapılmasının önemi bir kez daha gözler önüne serilmektedir.

²⁶⁵ Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 140; Tandoğan (Özel Hükümler), s. 465; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 309.

²⁶⁶ Söz konusu görüşü savunan yazar Tandoğan (Mes'uliyet), s. 448-449.

²⁶⁷ Aynı yönde Yağcı, s. 75.

²⁶⁸ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 144.

D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştıranın Sorumluluğu kapsamında

Çalıştırılan

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk (TBK 116, BGB § 278, OR artikel (art.) 101) kurumuyla sıklıkla (ve belki de en sık) karıştırıldığı işaret edilebilecek hukuki kurum adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK 66, BGB §831, OR art. 55) kurumudur. Adam çalıştıran, en öz haliyle *“İşlerini gördürmek amacıyla bağımlılık ilişkisi içinde üçüncü bir kişinin hizmetine başvuran, onun hizmet ediminden yararlanan, onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kişi”* olarak tanımlanmaktadır.²⁶⁹ Adam çalıştıranın sorumluluğu kurumunun anlaşılmasında elbette ki ilk akla gelen kaynak kanunun ta kendisidir. TBK’nın sistematik yapısı dikkate alındığında, adam çalıştıranın sorumluluğu kurumu, kusursuz sorumsuzluk hallerinin düzenlendiği bölümde, temelini özen sorumluluğundan alan kusursuz sorumluluk halleri arasında ve 66. maddede düzenlenmektedir. İlgili düzenlemeye göre,²⁷⁰ adam çalıştıran, çalıştırdığı bireyin kendisine verilen işi icra etmesi sırasında başkalarına verdiği zararı/zararları gidermekle yükümlüdür (TBK 66/I). Ancak adam çalıştıranın özen yükümlülüğünden doğan bu kusursuz sorumluluk halinde, gerekli özenin gösterildiği²⁷¹ ispat edilerek kurtuluş kanıtı getirilebilir (TBK 66/II). Yeni

²⁶⁹ Eren (Genel Hükümler), s. 623.

²⁷⁰ “II. Özen Sorumluluğu/1. Adam çalıştıranın sorumluluğu” ana başlıkları altında düzenlenen TBK 66’ya göre: “(I) Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. (II) Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. (III) Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. (IV) Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.” TBK 66’nın kenar başlığına ilişkin eleştiriler için bkz. Koçhisarlıoğlu, C./Erişgin, Ö.: *Yeni TBK Tasarısı’nda Haksız Fiiller*, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 1259.

²⁷¹ Kanun koyucu kurtuluş kanıtı olarak gerekli özenin gösterildiği iddiasının kabul görebilmesi için özellikle “çalışanı seçerken, çalışana işiyle ilgili talimat verirken, çalışana gözetim ve denetimde

kanun ile birlikte TBK 66. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, adam çalıştırının sorumluluğuna ilişkin olarak “organizasyon sorumluluğu” kavramı Türk hukukunda doğmuş ve uygulanmaya başlanmıştır. Söz konusu fıkra göre, bir işletme kapsamında adam çalıştırılıyorsa işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğu ispat edilmedikçe sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığı belirtilerek işletme kapsamında adam çalıştırının kurtuluş kanıtı getirmesi zorlaştırılmıştır (TBK 66/III). Nihayet, sosyal adalet düşüncesini de dikkate alan kanun koyucu, adam çalıştırının ödediği tazminata yönelik olarak çalışana karşı kullanabileceği rücu hakkını ancak çalışanın bizzat sorumlu olduğu zarar ölçüsünde bir maddi değerle sınırlandırmıştır (TBK 66/IV).

Benzerlikleri açısından elbette ki akla ilk gelen, her iki kurumun da hukuken birer kusursuz sorumluluk hali teşkil etmesidir. Gerçekten de adam çalıştırının sorumluluğu özen ilkesine dayanan bir kusursuz sorumluluk haliyken, yardımcı kişiden sorumluluk da yardımcı kişi kullananın gerçek kusurunun aranmadığı²⁷² bir sorumluluk halidir.

Bir diğer ortak paydaysa, hem adam çalıştırının hem de yardımcı kişi kullananın sorumluluk hallerinin “başkasının fiilinden sorumluluk” kavramını

bulunurken” gerekli özenin gösterilmiş olmasının aranacağını kanunun lafzında açıkça belirtmektedir (bkz. TBK m. 66/III).

²⁷² Her ne kadar yardımcı kişiden sorumluluk için yardımcı kişi kullananın gerçek kusurunun aranmadığından bahsedilse de baskın görüş gereği farazi kusurun aranacak olması dikkate alındığında, TBK 116 ile TBK 66’nın bu noktada çok da benzeşemediğini söylemek gerekir (yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukta farazi kusur unsuru için bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/E. Borçlunun Farazi Kusuru). Bu sebeptendir ki aslında her iki sorumluluğun asıl ortak noktasını “*gerçek kusurun aranmadığı sebep sorumluluğu*” olarak nitelendirerek dile getirmek bize de daha doğru gözükmemektedir (aynı yönde bkz. Kılıçoğlu (Sorumluluk Hukuku), s. 392; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 139; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 81).

gündeme getirmesidir.²⁷³ TBK 66, çalıştırıcı çalışanın fiilinden ötürü sorumlu tutarken, TBK 116 borçluyu yardımcı kişinin fiilinden sorumlu tutmakta ve böylece tazminat hukukunun temel taşlarından biri olan “birey kendi eyleminin doğurduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür” ilkesini başkasının (çalışanın ya da yardımcı kişinin) fiilinden sorumluluk kapsamında genişletmektedir.

Diğer bir benzerlik ise kurumların öngörülmesinin *ratio legis*’leri açısından kendini gösterir. İstihdam edenin sorumluluğunun kanun koyucu tarafından kaleme alınmasının *ratio*’su hakkaniyet düşüncesinden başka bir şey değildir. Zira adam çalıştırıcı çalıştırdığı adam sayesinde zaman ve güç kazanmakta ancak bunun karşılığında ilişkinin karşı tarafının risk kaynakları artmaktadır. Dahası, muhatabın risk alanının genişlemesi sonucu karşısında bulunduğu çalışan, toplumun sosyo-ekonomik yapısı dikkate alındığında ödeme gücü düşük olması sebebiyle zararı ya eksik tazmin ede(bile)cek veya daha da kötüsü hiç tazmin edemeyecektir. Aslında yazarların adam çalıştırıcının sorumluluğu kapsamında işaret ettiği *ratio*’ların büyük kısmı, borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğu kurumu için de aynen işaret edilmekte ve bu durum iki kurum arasındaki amaçsal benzerliği gözler önüne sermektedir. Gerçekten de yukarıda ifade edildiği üzere²⁷⁴ yardımcı kişiden sorumluluk

²⁷³ Ancak Serozan, TBK 66’yı borçlunun “*kusurlu öz eylemden sorumluluk*” olarak nitelerken TBK 116’da düzenlenen sorumluluğu “*başkasının eyleminden kusursuz sorumluluk*” olarak nitelendirmiştir (bkz. Serozan (Genel Hükümler), s. 287). Söz konusu nitelendirme son derece önemlidir. Gerçekten de TBK 66. maddesi bizzat borçlunun özen yükümlülüğüne dayanmakta ve dolayısıyla borçlunun üzerine düşen özeni yerine getir(e)memesinden sorumluluğunu düzenlerken doğrudan borçlunun kusurlu öz eyleminden (gerekli özeni göstermemesinden) sorumluluk niteliği taşımaktadır. TBK 116. maddesi ise, borçlunun doğrudan yardımcı kişinin (başkasının) davranışlarından sorumluluğunu doğurur. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüş, Serozan ile paralel şekilde, TBK 66 ve 116’nın her ikisinin de başkasının fiillerinden sorumluluk paydasında buluştuğunu söyleyebilmenin çok da doğru olmadığı yönündedir. Ancak her iki sorumluluğun da başkasının fiilinden sorumluluk hali olduğu galat-ı meşhur hale geldiğinden bizim çalışmamız kapsamında da bir benzerlik olarak işaret edilmiştir.

²⁷⁴ Kurumun öngörülmesinin *ratio legis*’inin açıklandığı bölüm için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/I. Yardımcı Kişi Kavramı/B. Sorumluluğun Öngörülmesinin *Ratio Legis*’i.

kurumunun doğmasının kilometre taşı olan nimet-külfet dengesi görüşü, adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumunun da temelini oluşturmakta ve sosyal devlet ilkesinin kalbinde yatan korunmasızı daha güçlü olan (istihdam eden veya yardımcı kişi kullanan) karşısında koruma amacına hizmet etmektedir. Dahası, alacaklının genişleyen risk alanı, hakimiyet fikri, sorumluluk alanı görüşü, tehlike görüşü, temsil görüşü, araç görüşü, isnadiyet birliği görüşü, garanti ödevinin ihlali görüşü, sonuç vaadi düşüncesi, özen görüşü ve nihayet zararın önlenmesi fikri olmak üzere borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğunu destekleyen çok sayıda prensip²⁷⁵, adam çalıştırmanın çalışanından fiillerinden sorumlu tutulması fikrini de desteklemekte ve TBK 66'dan doğan sorumluluğun öngörülmesinin *ratio legis*'i olarak ele alınabilmekte/alınmaktadır.

İşaret edildiği üzere *ratio legis*'leri, kusursuz sorumluluk teşkil etmeleri ve her iki sorumluluk tipinin de başkasının fiillerinden sorumluluk kapsamında ele alınması açısından büyük ölçüde ortak paydada buluşan yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk ile istihdam edenin sorumluluğu kurumları, ilk bakışta birbirine son derece benzeyen ve uygulamada sıklıkla karıştırılan iki kavram olmasına rağmen, hukuken birbirinden ayrılması çok sayıda farka dayanan apayrı kurumlardır²⁷⁶. İstihdam edenin sorumluluğu, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumuyla kıyaslanırsa, en temel farklar şu şekilde ele alınır:

²⁷⁵ Söz konusu prensiplerin TBK 116'dan doğan sorumluluğun öngörülmesinin sebepleri arasında ele alındığı bölüm için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/I. Yardımcı Kişi Kavramı/B. Sorumluluğun Öngörülmesinin *Ratio Legis*'i.

²⁷⁶ Antalya işaret etmektedir ki İsviçre sorumluluk hukuku reformunda düalist yaklaşımların ortadan kaldırılması söz konusu olsa da yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk ile istihdam edenin sorumluluğu hususundaki ayrım (OR art. 101 ve OR art. 55) korunmuştur (bkz. Antalya (Gelişmeler) s. 65). Bizim kanunumuz açısından bakılırsa da söz konusu ayrımın korunduğu, çalışmamız kapsamında aşağıda ele alınacak farklar ile göz önüne serilecektir.

1. Sorumlulukların ‘‘Hukuki Temelleri’’ Açısından Karşılaştırılması

TBK 66 ve TBK 116. maddesinden doğan sorumluluk halleri, her şeyden önce sorumlulukların hukuki temeli açısından farklılık arz eder. Zira, adam çalıştırının sorumluluğu haksız fiil temeline dayanan sözleşme dışı bir sorumlulukken yardımcı kişiden sorumluluk akdi sorumluluk alanına girmektedir.²⁷⁷ Bu sebeptir ki Eren TBK 66’da düzenlenen kurumu ‘‘sözleşme dışı sorumluluktaki yardımcı kişi, çalışan’’ olarak nitelendirmiş²⁷⁸ ve bu farklılık, ifa yardımcısının fiillerinden sorumlulukta borçlunun alacaklıya karşı sorumlu olması ancak adam çalıştırının sorumluluğunda, istihdam edenin üçüncü kişiye karşı bir sorumluluğunun doğması sonucunu doğurmuştur. Böylece, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk üçüncü kişinin borca aykırı davranışından sorumluluk niteliği taşırken, adam çalıştırının sorumluluğu üçüncü kişinin haksız fiilinden sorumluluk anlamına gelir.

Elbette ki somut olayın içeriği, olaydan zarar gören bir bireyin zararı açısından TBK 116, bir başka bireyin zararı açısından TBK 66 kapsamında iki farklı sorumluluğun²⁷⁹ meydana gelmesi sonucunu doğurabilir. Tüm bu teorik açıklamaları

²⁷⁷ Akıncı, s. 254; Yünlü, s. 210; Kayıhan, s. 294; Serozan (Genel Hükümler), s. 287; Kayar, s. 137; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 310; Birsen, s. 248; Narter, s. 117-118; Yılmaz, B.: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 148; Güneş, V.: Türk Borçlar Kanunu ile İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2017, s. 210; Türkmen, A. : 6098 Sayılı TBK’a göre Organizasyon sorumluluğu (TBK m. 66/III), İÜHFM 2012, C. LLX, S.2, s. 257-284, s. 263; Erbilen, İ.: Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırının Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi (İBD) 2018, C. 92, S. 4, s. 167-189, s. 170 ve 182; Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 192-193; Reisoğlu, S., s. 353; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 257; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 136. Bu hususa ilişkin Yargıtay Kararı için bkz. Yarg. 3. HD, T. 19.1.2015, E. 2014/18538, K. 2015/950 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 17.3.2015, E. 2014/5855, K. 2015/3686 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019); Yarg. 3. HD, T. 19.1.2015, E. 2014/18538, K. 2015/950 (Erişim Tarihi: 21.04.2019).

²⁷⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1075.

²⁷⁹ Bu noktada kaleme alınan, sorumlulukların yarışması hususu ile karıştırılmamalıdır. Öyle ki burada açıkladığımız ihtimal, aynı olayda yer alan tek davranıştan birden fazla kişinin zarar görmesi ancak söz konusu zararların tazmininin farklı hukuki sebeplere (birinin haksız fiil temelli TBK 66. maddesine, bir diğerininse akdi sorumluluk temelli TBK 116. maddesine) dayandırılmasıdır.

somutlaştırmak adına şu örnekler ele alınabilir: Örneğin²⁸⁰ , borcun ifasında çırağın yararlanan erkek kuaföründe, çırağın müşterinin boğazını kesmesi (borca aykırılık) halinde borçlu işletmecinin (ustanın) sorumluluğu TBK 116 kapsamında doğacakken, çırağın tıraş salonunda bekleyen şahsa dirseği ile çarparak zarar verirse (haksız fiil) borçlu TBK 66 kapsamında sorumlu olacaktır. Zira, berber çırağının fiilinin borca aykırılık niteliği taşıması halinde borçlunun sorumluluğunu doğuran kurum yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukken (TBK 116), haksız fiil olması halinde sorumluluğu istihdam eden sıfatıyla sorumluluktur (TBK 66). Bir diğer örnekle²⁸¹ , şahsın şoförünün yaptığı kaza sonucu hem yoldan geçmekte olan yaya hem de (şahısla taşıma sözleşmesi bulunan) yolcular zarar görürse, şahsın yolculara karşı sorumluluğu TBK 116 kapsamındayken²⁸² yoldan geçmekte olan yayaya karşı sorumluluğu TBK 66 kapsamındadır. Somut olayda, sözleşmenin muhatabına karşı TBK 116, ancak üçüncü kişiye karşı TBK 66 kapsamında sorumluluğun doğacağına ilişkin bir diğer örneğe göre²⁸³ , mağaza sahibi satmış olduğu daktilonun alıcıya teslim edilmesi için tezgahlarından yararlanır ancak tezgahlar yolda daktiloyu düşürerek hem kullanılamaz hale getirir hem de yoldan geçen (üçüncü bir) kişinin ayağının kırılmasına sebep olursa, mağaza sahibi kullanılamaz hale gelen daktilo için alıcıya karşı TBK 116 kapsamında sorumlu olacakken, yoldan geçen şahsa karşı TBK 66 kapsamında sorumlu tutulur. Dahası²⁸⁴ , bir boya ustası, müşterisinin evine çok da güvenmediği

²⁸⁰ Örnek için bkz. Berki, Ş.: *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD) 1956, C. 11, S. 3, s. 59-77 (İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti), s. 68.

²⁸¹ Örneğin alındığı yazar Berki (İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti), s. 68.

²⁸² Örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD, 26.05.2003, E. 2002/13104, K. 2003/5525 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

²⁸³ Berki (İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti), s. 68.

²⁸⁴ Örnek için bkz. Serozan (Genel Hükümler), s. 287; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1205. Yavuz, söz konusu örneği Schwarz'ın yardımcı kişiden sorumluluk ile istihdam edenin sorumluluğunun

çırağını yollamış ve çırak boya işini gerçekleştirirken düşerek evin camlarını kırmış ve kırılan cam parçalarının evin sokağında yürümekte olan bir yayanın başına isabet etmesi sonucu yaralanmasına sebep olmuşsa, bir davranışla (camın kırılması) zarar gören iki farklı aktörün (ev sahibi ve sokakta yürümekte olan yaya) bulunduğu bu senaryoda, evin camlarında oluşan zararın tazmini açısından iş sahibi boya ustasına TBK 116 kapsamında başvurabilirken, yayanın boya ustasına başvuru hakkı TBK 66 (adam çalıştıranın sorumluluğu) kapsamındadır.²⁸⁵ Bu sonuca varılmasını destekleyen *ratio legis*, borçlu (boya ustası) ve alacaklı (iş sahibi) arasında, talihsizlik eseri zarar gören bireye (sokaktan geçen yayaya) kıyasla daha güçlü bir güven bağının (ve bu bağı sağlayan borç ilişkisinin) var olmasıdır. Öyle ki iş sahibi ile borçlu arasındaki güven bağının yoğunluğu/derecesi de dikkate alındığında, sokaktan geçmekte olan zarar görenin iş sahibinin konuğu olması ihtimalinde, borçlu iş sahibinin “edim yükünden bağımsız davranış (koruma) yükümlülüğü” söz konusu olacak ve zarar görenin TBK 116 kapsamında korunabilmesi mümkün olacaktır.²⁸⁶ Tüm bu örnekler de açıkça göstermektedir ki TBK 66’ya dayanan tazmin talebi haksız fiil temeline dayanırken TBK 116’ya dayanan talep akdi sorumluluk temeline dayanmaktadır.²⁸⁷

farkının anlaşılması açısından derslerinde kullanıldığını belirtmektedir (bkz. Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 401).

²⁸⁵ Söz konusu iki ayrı hukuki yol arasındaki pratik fark, boya ustasının TBK 116. maddesi kapsamında yardımcısının fiilinden kusursuz sorumlu olması ve kurtuluş kanıtı getirememesi fakat kendisine TBK 66. maddesi kapsamında yönelen taleplerde kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilme şansını haiz olmasıdır. TBK 66 ile TBK 116 arasındaki kurtuluş kanıtına ilişkin farkın detaylı olarak ele alınması için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/2. Sorumlulukların “Kurtuluş Kanıtı” Açısından Karşılaştırılması.

²⁸⁶ Serozan (Genel Hükümler), s. 287.

²⁸⁷ Bu sebeptendir ki Tunçomağ’ın da belirttiği üzere, borçlu ile arasında hizmet sözleşmesi olan kişinin doğurduğu zararda TBK 116’ya mı yoksa TBK 66’ya mı gidileceğinin belirlenmesinde sorulması gereken temel soru; “iş sahibinin zarar veren işçiyi, zarara uğrayanla yaptığı hizmet sözleşmesinden doğmuş bir yüküm’ü ifa veya aynı sözleşmeden doğmuş haklardan faydalanma için kullanmış olup olmadığına” bakılır (bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 504). Böylece eğer söz konusu amaçlarla

Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu ile istihdam edenin sorumluluğu arasındaki sorumlulukların hukuki temeline ilişkin söz konusu farkın somut olarak kendini gösterdiği alanlardan biri de tıp hukukudur. Özel hastaneyle arasında tanı, teşhis veya tedavi amaçlı bir sözleşme bulunan hasta, hastanenin hekimi tarafından bir zarara uğratılırsa, hastanenin TBK 116 veya 66'nın uygulama alanı kapsamında sorumluluğu söz konusu olur. Hekim sözleşmenin ifasına ilişkin davranışlarında hastanenin yardımcı kişisi, ancak haksız fiillerine ilişkin olarak hastanenin çalışanı konumundadır.²⁸⁸ Bir diğer örnekle ²⁸⁹, doktorun yanında çalışan anestezi uzmanı, hasta bakıcı, hemşire vb. yardımcılarının doktor ile arasında hekimlik sözleşmesi bulunan hastaya sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir fiille zarar vermesi halinde hekimin TBK 116'dan sorumluluğu söz konusu olacakken, (doktor ile hasta arasındaki akdi ilişkinin ifasına yönelik olmaksızın) personelin haksız fiilinden doğacak zarardan TBK 66 kapsamında bir sorumluluğu doğacaktır.

Nihayet, söz konusu örnekler de ele alındığında açıkça görülmektedir ki TBK 116 ile 66 arasındaki en temel fark, TBK 116'dan doğan sorumluluk akdi sorumluluk niteliği taşıırken TBK 66 kapsamındaki sorumluluğun haksız fiil temeline dayanan

kullanılan bir işçi söz konusuysa diğer şartların da yerine gelmesi şartıyla TBK'nın yardımcı kişiden sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacakken, haksız fiil niteliği taşıyan bir davranış söz konusuysa istihdam edenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu sebeple Tunçomağ tarafından önerilen yöntem, hukuki altlamayı kolaylaştırmak açısından kilit noktadır. Belirtmek gerekir ki ifa yardımcısının söz konusu olması için borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşmesel bir bağlılık ve ast-üst ilişkisi hukuken bir şart olarak aranmasa da bu somut olayda söz konusu ihtimalin karşımıza çıkmayacağı anlamına gelmez. Zira ast-üst ilişkisinin bulunmadığı durumlarda yardımcı kişi kavramının tespiti ne kadar kolaylaşıyorsa, astlık-üstlük ilişkisinin bulunduğu somut olaylarda istihdam edenin mi yoksa yardımcı kişiden sorumluluğun mu söz konusu olduğunu tespit etmek bir o kadar zorlaşmaktadır.

²⁸⁸ Dural, M.: *Hekimin Sorumluluğu ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası*, MÜHFHAD 2008, s. 153 – 156 (Hekimin Sorumluluğu), s. 155.

²⁸⁹ Örnek için bkz. Kıcalıoğlu, M.: *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 431. Doktorun yardımcı kişilerinin fiillerinde TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağına ilişkin örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 13. HD, T. 22.05.2003, E. 2003/2333, K. 2003/6348 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

sözleşme dışı bir sorumluluk hali olmasıdır.

2. Sorumlulukların “Kurtuluş Kanıtı” Açısından Karşılaştırılması

TBK 116. maddesinde düzenlenen yardımcı kişiden sorumluluğun adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumu ile karşılaştırılmasında en temel farklardan biri de adam çalıştırmanın sorumluluğunda borçluya kurtuluş kanıtı getirebilme olanağı sağlayan kanun koyucunun, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu açısından böyle bir olanağı sağlamamış olmasıdır. Zira, adam çalıştırın borçlu, çalıştırdığı adamı seçmekte, denetlemekte, ona gerekli bilgi ve talimatları vermekte ve işin organizasyonunu düzenlemekte gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak TBK 66 kapsamındaki sorumluluktan kurtulabilirken²⁹⁰, aynı borçlu yardımcı kişinin fiillerinden (sorumluluğun tüm hukuki şartlarının da var olması kaydıyla) kurtuluş kanıtı sunması mümkün olmaksızın sorumludur.²⁹¹

²⁹⁰ Madde gerekçesine bakıldığında eBK 55. maddesinde yer alan “yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz” ifadesinin yeni kanunun 66. maddesinde yer bulmamasının açıklaması olarak söz konusu ispatın nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu ve bir kurtuluş kanıtı olarak değerlendirilemeyeceği işaret edilmektedir (bkz. Günay, C.İ.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 295-296). Belirtmemiz gerekir ki bizce de üzerine düşen tüm dikkat ve özeni göstermiş olsa dahi zararın doğacağını ispat edilmesi sorumluluktan kurtarır ancak bu teknik anlamda bir kurtuluş kanıtı değildir. Bizzat sorumluluğun en temel şartlarından olan illiyet bağının bertaraf edilmesine ilişkin bir ispat faaliyetidir. Bu sebeple de söz konusu ispat, çalışmamız kapsamında TBK 66 kapsamında bir kurtuluş kanıtı olarak kaleme alınmamış ve bu başlık altında incelemeye tabi tutulmamıştır.

²⁹¹ Serozan (Genel Hükümler), s. 286-287; İnan/Yücel, s. 617; Akıncı, s. 251 ve 255; Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 74; Kayar, s. 136; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 436; Reisoğlu, S., s. 352 ve 354; Kayıhan, s. 294; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 509; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227 ve 3229; Kaplan, İ.: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İmaj Yayınları, Ankara 2012 (Genel Hükümler), s. 133; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1152; Eren (Genel Hükümler), s. 1083-1084; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 310; Ulsan, İ.: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları No: 72, İstanbul 1990, s. 99 ve 128-129; Birsen, s. 245 ve 505; Tuhr, s. 590; Uygur, T.: 6098 sayılı Borçlar Kanunu Şerhi C. I (m. 1-236), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013

İstihdam edenin getirebileceği kurtuluş kanıtı²⁹² TBK 66/II’de “*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde*

(Şerh), s. 503; Sağlam, İ.: “*Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012, s. 161-169, s. 164; Berki (İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti), s. 64 ve 69; Kaneti, S.: İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları I (1955 – 1964) Borçların Genel Hükümleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968 (Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964), s. 77 (75 numaralı karar) ve s. 209 (191 numaralı karar); Şenocak, Z.: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 1988 (Hekimin Sorumluluğu), s. 132; Narter, s. 118 ve 147; Reisoğlu, K., s. 35-37; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 66 vd. ile s. 80; Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 120; Akartepe, A.: *Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler Ve Değişiklikler*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD) 2012, C. 15, S. 1-2, s. 159-190, s. 162; Türkmen, s. 279; Erbilin, s. 171 ve 177 vd.; Gürsoy, K. T.: *Haksız Eylemden Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)*, AÜHFD 1951, C. 31, S. 1 (Talep Haklarının Yarışması), s. 181; Akünal, T.: *Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması*, Yargıtay Dergisi 1988, C. 14, S. 3, s. 222-223; İmre (Kusursuz Sorumluluk III), s. 762; Güneş, V., s. 210; Serozan (Önemi Artan Kavramlar), s. 40; Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 192; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 257; Akipek (Alt Vekalet), s. 142; Erten, s. 218; Yünlü, s. 209; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 138.

Kurumlar arasındaki kurtuluş kanıtına ilişkin farklılığı belirten Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 3. HD, T. 19.1.2015, E. 2014/18538, K. 2015/950 (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2019); Yarg. 3. HD, T. 19.1.2015, E. 2014/18538, K. 2015/950 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

İstihdam edenin kurtuluş kanıtı açısından 818 Sayılı eski Borçlar kanunumuzun 55. maddesinde kaleme alınan düzenleme ele alınırsa: “(55/1) Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz. (55/2) İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.” Görülmektedir ki kanun koyucu istihdam edenin sorumluluğunda kurtuluş kanıtı getirilebilmesine eski kanunda da imkan sağlamış, buna göre istihdam edene iki çıkış yolu sunmuştur. Böylece istihdam eden ya (ilk yol) hal ve şartların gerektirdiği tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek ya da (ikinci yol ki yukarıda bu yolun teknik anlamda bir kurtuluş kanıtı olmadığı ancak illiyet bağıni koparacak bir ispat faaliyeti olduğunu belirtmiştik) gerekli tüm dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın doğmasının engellenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabiliyordu. Söz konusu kurtuluş kanıtının sınırları yeni Borçlar Kanunu ile birlikte hem daha spesifik şekilde çizilmiş (zira eski kanun döneminde “hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itina” dan bahsedilirken bu husus yeni kanun ile birlikte “...çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özen”den bahsedilerek (TBK 66) sorumluluğun kapsamı daha net belirlenmiş) hem de organizasyon sorumluluğuna yönelik getirilen kurtuluş kanıtı ile bir nevi genişletilmiştir.

²⁹² İmre’nin, istihdam edenin kurtuluş kanıtı getirmesine ilişkin düzenlemenin doğru olmadığına zira bu düzenleme nedeniyle üzerine düşen dikkat ve özeni yerine getirmesi gereken ancak somut olayda bu dikkat ve özeni yerine getirmemesine rağmen kurtuluş kanıtı getirme şansını zorlamak adına mahkemeleri oyalayan çalıştıranların söz konusu olabileceğine ve istihdam edenin sorumluluğunun aslında İmre’ye göre, kurtuluş kanıtı getirilmesi mümkün olmayan mutlak bir sorumluluk hali olsaydı, daha açık ve tercih edilir bir düzenleme olacağına ilişkin görüşleri için bkz. İmre (Kusursuz Sorumluluk III), s. 763 ve 773. Serozan ise, adam çalıştıranın sorumluluğunu TBK 116’dan alıp TBK 66’ya çekerek kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulunabilecek hale getirilmesini ve ispat yükünün de

bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.” düzenlemesiyle kaleme alınmıştır. Böylece istihdam edenin²⁹³ kurtuluş kanıtı getirebilmesi için (i) çalışanını seçerken (*cura in eligendo*) (ii) talimat verirken (*cura in instruendo*) ve (iii) gözetim ve denetimde bulunurken (*cura in custodia*) olmak üzere üç ana başlıkta özen gösterdiğini ispatlaması beklenmektedir.²⁹⁴ Söz konusu kurtuluş kanıtını somutlaştırırsak: Taşımacılık işiyle uğraşan borçlu çalıştıran, 10 senedir hiç kaza yapmayan, işinde başarılı ve ehliyetli bir çalışan seçerse (*cura in eligendo*), onu işin içeriğine göre doğru şekilde talimatlandırarak (*cura in instruendo*) özenle denetlerse (*cura in custodia*) ve seyahate ilişkin gereken tüm önlemleri alırsa ancak yol üzerindeki çivi sebebiyle lastiğin patlaması sonucu yol kenarındaki sürü hayvanlarına²⁹⁵ zarar verilirse, istihdam edenin sorumluluğu söz konusu olmaz çünkü borçlu, somut olay gereği çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek kurtuluş kanıtı getirilebilir.²⁹⁶

(sözleşmesel sorumluluk hükümleri uygulanmayacağından) borçludan alınarak zarar görene yüklenmesini “*kolay anlaşılabilir bir şey değil*” şeklinde nitelendirmiştir (bkz. Serozan, R.: “*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 (Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi), s. 116-117).

²⁹³ TBK 66/III’de düzenlenen organizasyon sorumluluğu açısından kurtuluş kanıtı ise farklılık arz etmektedir. Söz konusu husus için bkz. “Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması /III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/8. Organizasyon Sorumluluğunun Borçlunun Yardımcı Kişisinin Fiillerinden Sorumluluğuyla Karşılaştırılması”.

²⁹⁴ Akartepe, s. 162; *Cura in eligendo, cura in instruendo, cura in custodiendo* örnekleri ve detaylı açıklamalar için bkz. İmre (Kusursuz Sorumluluk III), s. 763; Narter, s. 125. İlgili Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 3. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/18538, K. 2015/950 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

²⁹⁵ Ancak örnekte yol kenarındaki sürü hayvanları değil de bizzat alacaklı ile borçlu arasındaki saklama sözleşmesinin konusu olarak teslim edilen hayvanlar zarar görmüş olsaydı, bu durumda TBK 116 kapsamında yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun uygulama alanı söz konusu olacağından kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir sorumluluk tipiyle karşı karşıya olurduk.

²⁹⁶ Berki (İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti), s. 65.

Bir diğerk örnekle, taşıma işi ile uğraşan istihdam edenin çalıştırdığı kamyon şoförünün, kamyonun kontrolünü kaybetmesi sonucu yoldan geçmekte olan bir çocuğun sakatlanmasına sebep olması ve taşıma sözleşmesinin konusu kömürlerin telef olması olmak üzere (aynı olayda) iki farklı zararın doğduğunu düşünelim. Çalıştıran çocuğun sakatlanmasından doğan zarardan TBK 66 kapsamında sorumlu tutulacağından, çalıştırdığı şoförü seçerken, denetlerken, ona gerekli emir ve talimatları verirken üzerine düşen özeni yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir fakat telef olan kömürlerin sahibine karşı yardımcı kişi kullanan borçlu sıfatıyla (TBK 116) kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün olmaksızın sorumlu tutulacaktır.²⁹⁷ İmre'ye göre bu iki senaryo arasındaki farklılığı yardımcı kişi kullananın arasında borç ilişkisi bulunan kişiyi zarara uğratmamak adına daha dikkatli ve özenli davranması gerektiği düşüncesi ile savunmak (ki doktrindeki genel eğilim bu yöndedir) son derece “*yapay*” bir düşüncedir zira borçlu, üçüncü kişilerin zarara uğramaması için de aynı ölçüde (alacaklı zarar görecekmış kadar) dikkatli davranmalıdır.²⁹⁸ Kaldı ki İmre, (bundan yıllar öncesinde) istihdam edilenin ve yardımcı kişinin fiili sonucu doğacak olan sorumluluk hallerinin farklı hükümlere (o zamanın kanunu ile eBK 55 ve eBK 100) tabi tutulmasını eleştirmiş, ve bu sistematüğın Türk-İsviçre hukukları dışında rastlanmayan bir yaklaşım olduğunu belirterek zamanın Fransız Medeni kanununu sorumluluğun tek madde halinde düzenlenmesi yönüyle örnek göstermiştir.²⁹⁹

TBK 66 ile 116 arasındaki söz konusu farkın tıp hukuku açısından arz ettiğı

²⁹⁷ İmre (Kusursuz Sorumluluk III), s. 762.

²⁹⁸ İmre (Kusursuz Sorumluluk III), s. 762.

²⁹⁹ İmre (Kusursuz Sorumluluk III), s. 763.

pratik önem üzerinde de düşünülmesinde fayda vardır. Hekimin/hastanenin, hasta ile arasındaki sözleşmenin ifasında kullandığı yardımcı kişiden sorumluluğuna kurtuluş kanıtı getirebilmesi mümkün değilken, onu seçmek, denetlemek ve ona talimat vermek hususunda gerekli özeni gösterdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirerek TBK 66 kapsamında sorumluluktan kaçabilmesi mümkün olacaktır.³⁰⁰

Kılıçoğlu'nun ifadesiyle *‘‘Her iki sorumluluk arasındaki farklılık kurtuluş kanıtını da farklı kılmaktadır.’’*³⁰¹ Kılıçoğlu'nun bu cümlesinden anlaşılan, kendisinin yardımcı kişiden sorumluluk açısından da kurtuluş kanıtı getirilebildiğini fakat kurtuluş kanıtının farklılık arz ettiğini ileri sürdüğüdür. Zira, ilgili kısmın devamında Kılıçoğlu, *‘‘buradaki incelik, yardımcı kişinin gözetim özeninin gereğinin yerine getirilmesi değil, onun yardımcı kişi kullanmaması halinde bizzat kendisinin sorumlu olduğu özen yükümlülüğüne uyup uymadığıdır’’*³⁰² tespitini yapmıştır. Bir başka deyişle, yardımcı kişiden sorumluluğu ortadan kaldırmaya ilişkin kurtuluş kanıtı daha ağırdır zira borçlunun hem işi yardımcı kişiye bırakmakta (ve tabi ki özellikle de o yardımcı kişiyi seçerek bizzat ‘‘o’’ yardımcı kişiye bırakmakta, onun seçiminde, süreç ilerlerken onun gözetiminde ve ona talimat vermekte) kusuru olmadığını hem de yardımcı kişi tarafından işlenen davranışı bizzat borçlu işleseydi dahi kendisi açısından bile söz konusu davranışın kusurlu olarak nitelendirilemeyeceğini ispat etmesi gerekir.³⁰³ Kılıçoğlu bu gerçek karşısında, aslında yardımcı kişi kullanmanın *‘‘... belki de onun (borçlunun) sorumluluğunu ağırlaştıran bir sebep’’* teşkil

³⁰⁰ Ayan (Tıbbi Müdahale), s. 68.

³⁰¹ Kılıçoğlu (Sorumluluk Hukuku), s. 393.

³⁰² Kılıçoğlu (Sorumluluk Hukuku), s. 393.

³⁰³ Kılıçoğlu (Sorumluluk Hukuku), s. 393; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 80.

ettiğinden bahsetmektedir.³⁰⁴ Böylece bu görüşe göre, adam çalıştırının sorumluluğunda özen ödevinin yerine getirilmesinin ispatı borçluya kurtuluş kanıtı getirilmesini sağlarken, yardımcı kişiden sorumlulukta özen ödevinin başlı başına yetmemesi ve borçlunun sorumluluktan kurtulmak adına bir de farazi kusura ilişkin olarak “yardımcı kişinin zararı doğuran davranışını ben yerine getirseydim kusurlu addedilmeyecektim.” hususunun ispatını gerçekleştiriyor olması, TBK 66 ve TBK 116 arasındaki önemli bir farklılıktır.

Ancak söz konusu edilen “*TBK 66 ile TBK 116 sorumluluklarında kurtuluş kanıtlarının içeriklerinin farklı olması*” ifadesi, yardımcı kişiden sorumluluk kapsamında zaten teknik anlamda kurtuluş kanıtı getirebilmenin mümkün olmaması düşüncesiyle ele alınmalıdır. Öyle ki öncelikle, TBK 116 kapsamında borçlu salt yardımcı kişi kullanmaktan sorumlu değildir ve yardımcının davranışlarından kaynaklanan bir zarardan sorumlu tutulmayabilir. Zira, borçlu “*borca aykırı davranışta kendisinin ve yardımcı şahsın bir kusuru olmadığını ve borcu kendisi ifa etseydi (yardımcı şahsın fiilini bizzat yapsaydı), kendisinin de kusurlu sayılmayacağını, kendi bilgi ve tecrübesinin de sonucu değiştirmeyeceğini*” ispat ederse yardımcısının fiillerinden sorumluluktan kurtulabilmektedir.³⁰⁵ Ancak önemle belirtilmelidir ki bu ispat, bir kurtuluş kanıtı olarak değil bizzat sorumluluğun doğmasının şartlarından biri olan “farazi kusur” şartının eksikliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple de teknik olarak bir kurtuluş kanıtı değil, farazi kusur şartının

³⁰⁴ Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 192.

³⁰⁵ Reisoğlu, S., s. 354. Bu kapsamda farazi kusura ilişkin, yardımcı kişiden yararlanan borçlunun yardımcı kişinin kusurunun kendisine yükletilememesi halinde sorumlu tutulmayacak olması Antalya tarafından yardımcı kişiden sorumluluk ile istihdam edenin sorumluluğu arasındaki bir diğer fark olarak işaret edilmiştir zira Antalya’ya göre bu fark; çalıştırın çalışanının her türlü kusurundan sorumlu olurken yardımcı kişi kullanan borçlunun sadece farazi kusurun kendisine isnat edilebildiği hallerde sorumlu tutulmasıdır. İlgili fark için bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 310.

daha en baştan kurulmadığını ispat eden bir kanıt niteliğindedir. Gerçekten de söz konusu ispatı yerine getiren borçlu, zararı doğuran davranışı kendi yerine getirseydi dahi sorumlu tutulamayacağını ispat ederse, söz konusu zararı başkasının doğurması halinde de evleviyetle sorumlu olmayacak ve bu ispat ile sorumluluğun bel kemiği olan farazi kusur şartı da bertaraf edilmiş, sorumluluk daha en baştan ölü doğmuş, hiç doğmamış kabul edilecektir. İşte bu gerekçelerle, yukarıda Kılıçoğlu tarafından ifade edilen “*her iki sorumluluk tipinin farklı kurtuluş kanıtı gerektirmesi*” düşüncesine yardımcı kişiden sorumlulukta teknik anlamda kurtuluş kanıtı getirmenin mümkün olmadığı düşüncesiyle katılmamaktayız.

Kurtuluş kanıtı getirilebilmesi açısından her iki düzenleme arasındaki farkı dikkate alan Serozan, TBK 66. madde düzenlemesinin adam çalıştıran borçlunun “*kusurlu öz eyleminden*”³⁰⁶, TBK 116. maddesinin ise yardımcı kullanan borçlunun “*başkasının (yardımcı kişinin) fiilinden kusursuz sorumluluğunu*” düzenlediğini belirtmektedir.³⁰⁷ Bu nitelendirmeden de anlaşılabilirdi üzere, borçlu kusurlu öz eyleminden sorumlulukta gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini (ki bu dikkat ve özen kanun koyucu tarafından özelleştirilerek çalıştırdığı adamı seçmekte, denetlemekte, ona gerekli bilgi ve talimatları vermekte ve işin organizasyonunu düzenlemekte gerekli özen olarak nitelendirilmiştir) ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecekken, başkasının fiilinden kusursuz olarak sorumlu olduğu ifa yardımcısından sorumlulukta söz konusu ispatla sorumluluktan kurtulamayacak, kurtuluş kanıtı sunamayacaktır. Serozan bir diğer yazısındaysa, TBK 66’dan doğan sorumluluğu salt “*kurtuluş*

³⁰⁶ Burada kastedilen kusurlu öz eylem kavramı, çalışanı seçme, denetleme, gerekli bilgi ve talimatlarla donatma ve işin organizasyonunu düzenleme eylemlerinde gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanan kast veya ihmaldir.

³⁰⁷ Serozan (Genel Hükümler), s. 287.

beyyinesi ile yumuşatılmış bir nesnel özen sorumluluğu öngören yetersiz” bir düzenleme olarak nitelendirirken, TBK 116’dan doğan sorumluluğu “*kusursuz bir risk sorumluluğu*” olarak nitelendirmiştir.³⁰⁸ Bu nitelendirme de iki sorumluluk arasındaki kurtuluş kanıtına ilişkin farklılıkla son derece ilintilidir zira anlatılmak istenen, TBK 66’nın nesnel olarak (objektif) özen gösterildiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirilmesiyle sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğu (sorumluluğun yumuşatıldığı) ve bu sebeple de zarar görenin korunması açısından güçsüz (yetersiz) bir düzenleme olduğu; TBK 116’nın ise (gerçek) kusur önemli olmaksızın (kusursuz) ve kurtuluş kanıtı getirilemeden salt yardımcı kişi kullanmanın doğurduğu risklerin (risk sorumluluğu) tazmin edildiği bir sorumluluk tipi olmasıdır.

TBK 116. maddede yer alan sorumluluk tipinin, TBK 66’a kıyasla, günümüzün büyük işletmelerinin iktisadi açıdan güçlü sahiplerinin yardımcı kişi kullanması ile kendisine sağladığı nimet dikkate alındığında, kurtuluş kanıtı getirilememesinin de bir külfet olduğu ve bu yaklaşımın nimet-külfet dengesi dikkate alındığında daha uygun bir düzenleme olduğu belirtilmektedir.³⁰⁹ Kanaatimizce söz konusu yaklaşım son derece yerindedir. Zira, TBK 66’dan doğan sorumlulukta nimet-külfet dengesinin sağlanması için kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir sorumluluk tipi tercih edilmesi bizce de daha yerinde olurdu. Kaldı ki fikrimizce, TBK 66 kapsamında kurtuluş kanıtı son derece sübjektif ve suiistimal edilebilir bir kanıttır. Borçlu çalışanını seçmede, ona talimat vermede, gözetim ve denetimde bulunmada üzerine düşen özeni göstererek sorumluluktan kurtulur. “Borçlu bu hususları nasıl ispat edecektir?”, “Pozisyon itibarıyla arkası kalabalık olan borçlunun tanık bulabilmesi zor mudur?”, “Ya da

³⁰⁸ Serozan (Önemi Artan Kavramlar), s. 40.

³⁰⁹ Demircioğlu, s. 273.

yardımcısına işin ilk günü hiç bilgi vermeksizin, alelacele “talimatlar” başlığını taşıyan bir kağıt imzalatarak göstermelik eğitimler düzenlemesi cebindeki gücün yarattığı baskıdan yararlanan borçlu açısından gerçekten ne kadar zordur?” Bu soruların cevabı göstermektedir ki TBK 66 kapsamında kurtuluş kanıtı soru işaretlerini de beraberinde getirir.

Kurtuluş kanıtı getirilip getirilemiyor olmasının doğurduğu pratik sonuçsa, sorumluluğun ağırlaştırılmasıdır zira TBK 66. maddesinde düzenlenen, “haksız fiilden adam çalıştıranın sorumluluğu” kurumunun kurtuluş kanıtı getirilebilmeye müsait olması bu yönüyle, TBK 116. maddesinin daha ağır bir sorumluluğu ihtiva ettiğini de açıkça göstermektedir.³¹⁰

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirme yolu kapalı olsa da tüm sorumluluklar açısından geçerli olan sorumluluktan kurtulmanın genel yolları³¹¹ her iki sorumluluk tipi için de ileri sürülebilir.³¹²

³¹⁰ Serozan (Genel Hükümler), s. 287.

³¹¹ Tüm sorumluluklarda söz konusu olabilen ve bu sebeple de çalışmamızda “genel” sıfatı ile nitelendirilen bu hususlar: mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru veya zarar görenin rızası şeklinde karşımıza çıkabilir.

³¹² Kaneti, S.: *İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve Kanton Mahkemeleri’nin Borçlar Hukuku Kararları (1958-1959)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011 (Borçlar Hukuku Kararları 1958-1959), s. 796.

3. Sorumlulukların “Borçluya Bağlılığın Niteliği” Açısından

Karşılaştırılması

Önceki bölümlerde³¹³ de açıklandığı üzere, yardımcı kişi kavramının doğması için, borçlu ile yardımcı kişi arasında hukuki, ailevi, manevi, biyolojik, sosyal veya ekonomik hiçbir bağın olması ya da aralarında bir hiyerarşi (astlık-üstlük) ilişkisi, emir ve talimat alma-verme durumu bulunması aranmaz. Hal böyleyken borçluya bağlılık açısından işaret edilmesi gereken temel farklılık tabiiyet unsuru açısından karışımına çıkar. Adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumundan bahsedilebilmesi için mutlaka çalıştıran ile çalışan arasında “ast-üst ilişkisi” veya diğer bir deyişle çalışanın emir ve talimatı altında çalışması (tabiiyet unsuru)³¹⁴ şart koşulurken, ifa yardımcısı kavramında böyle bir şart hiç aranmaz.³¹⁵

TBK 116 ile 66 arasındaki farklılıklardan biri olan “tabiiyet” unsuru ile anlatılmak istenenin “hukuki ilişki” değil, bağlılık/hiyerarşi/astlık-üstlük unsuru olduğunun altını çizmekte yarar vardır. Zira, yardımcı kişi ile borçlu arasında bir

³¹³ Bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/II. Yardımcı Kişi Kavramının Çeşitli Görünümleri/C. Borçluya Bağlılık Derecesi Açısından Yardımcı Kişi.

³¹⁴ Bizim de katıldığımız görüş gereği, adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalıştıran ile çalışan arasında tabiiyet şartı aranır ama iş akdi aranmaz. Dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumluluğunda tabiiyetin sözleşmeden kaynaklanması şart değildir.

³¹⁵ Yardımcı kişiden sorumluluğun gündeme gelmesi için otoritenin aranmayacağına ancak adam çalıştırmanın sorumluluğu için bunun şart olduğuna ilişkin bkz. Oğuzman, M. K./Öz, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013 (Genel Hükümler II), s. 366 ve 428; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 148; Reisoğlu, S., s. 323, 349 ve 353; Kayıhan, s. 291 ve 294; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), 3226 ve 3229; Akıncı, s. 254-255; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 505; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 308 ve 310; Uygur (Şerh), s. 502; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 257; Eren (Genel Hükümler), s. 1075-1076; Hatemi/Gökyayla, s. 151 ve 275; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1152; Birsen, s. 243; Sağlam, s. 163; Yağcı, s. 68; Yünlü, s. 213-214; Narter, s. 118; Reisoğlu, K., s. 31; Tandoğan, (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk) s. 58 vd. ile s. 80; Erbilen, s. 171 ve 174; İmre (Kusursuz Sorumluluk III), s. 761; Tunçomağ, K.: *Mahkeme Kararları Kroniği-Borçlar Hukuku*, İÜHFM 1963, C. 29, S. 1-2, s. 374-395 (Mahkeme Kararları), s. 376; Öğüz, M. T.: *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir-Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan Filiz Kitabevi, İstanbul 2013 (Emir-Talimat Altında Çalışma), s. 838; Şenocak (İfa Yardımcısı), s.137.

sözleşmenin varlığı şart olmadığı gibi, adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumunda da istihdam edenle çalışan arasından bir sözleşme ilişkisi aranmaz. TBK 66 kapsamında çalışan ile çalıştıran arasında aranan tabiiyet ilişkisidir ancak bu ilişkinin bir akitten kaynaklaması da şart değildir. Öyleyse iki kurum, yardımcı kişi-borçlu ve çalıştıran-çalışan arasında akdi bir ilişki aranmıyor olması yönüyle benzerlik arz eder. Ancak bağlılık unsuru açısından, TBK 66 ve TBK 116 deyim yerindeyse adeta farklı dünyaların insanlarıdır.

TBK 66 kapsamında zorunlu unsur olan tabiiyet (bağlılık/otorite/ast-üst ilişkisi) unsuru ile anlatılmak istenen, “çalıştırmanın emir ve talimatı altında çalışma” unsurundan başka bir şey değildir.³¹⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 15.04.2013 T., 2012/7927 E., 2013/6969 K. künyeli kararı, istihdam edenin sorumluluğunun temel unsurlarından olan çalışan ile çalıştıran arasındaki bağlılık unsurunu irdelemesi açısından son derece önemli bir karardır. Trafik kazası nedeniyle desteğin ölümüne bağlı olarak maddi ve manevi tazminat talebi konu edilen kararda Hukuk Dairesi, *“Dava dışı sürücünün, hakkında yürütülen ceza dosyasındaki ifadelerinde, davalılar A. ve Ö.’in işyerinde işçi olarak çalıştığını söylediği, adı geçen davalıların da aynı dosyada alınan ifadelerinde dava dışı sürücünün işvereni olduklarını kabul ettikleri, olay günü de dava dışı sürücünün adı geçen davalıların emir ve talimatlarını yerine getirmek için aracı kullandığı görülmektedir. Davalılar A. ve Ö.’in, dava dışı sürücünün istihdam edeni olduğu açıktır.”* ifadesiyle, TBK 66 kapsamında bağlılık unsurunun içeriğini çalıştıran için çalışırken onun emir ve talimatlarıyla bağlı olmak olarak belirlemiştir. Bu sebeptir ki kendisine bırakılan borcu, iş sahibinin emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın ifa eden müteahhit, avukat, doktor ve mimar sıfatını

³¹⁶ Ögüz (Emir-Talimat Altında Çalışma), s. 838.

haiz bireyler, emir ve talimat altında çalışma şartından oluşan bağımlılık unsuru bulunmadığından TBK 66 kapsamında çalışan olarak kabul edilememekte ancak TBK 116 kapsamında yardımcı kişi sayılabilmektedir.³¹⁷ Bu açıdan örneğin, kiralık evi badana yapmaya ya da çatıyı tamir etmeye gelen usta eğer ev sahibinin emir ve talimatları altında çalışmıyorsa TBK 66 kapsamında sorumluluk gündeme gelmez.³¹⁸ Bir diğer örnekle³¹⁹, TBK 66 kapsamında hekimin çalışanından sorumluluğuna gidilebilmesi için, hekim ile çalışanı arasında bir tabiiyet ilişkisi aranacaktır. Söz konusu örneklerden de anlaşıldığı üzere, borçlu ile yardımcı kişi arasında ivazlı-ivazsız, sürekli-geçici, hiyerarşiye veya eşitliğe dayanan bir ilişkinin olup olmaması, borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğması açısından önem taşımaz ve bir şart teşkil etmez. Ancak adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için gereken zemine bakıldığında, çalışanın çalıştırmanın hem hiyerarşik olarak (astlık-üstlük ilişkisi) altında hem de emir ve talimatlarıyla bağlı şekilde çalışması zorunludur.

TBK 66'dan doğan sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olan tabiiyet unsuru, TBK 116 kapsamında doğacak olan sorumlulukta o derece şart değildir ki yardımcı kişi tamamen tesadüfi olarak yardımı üstlenmiş kişi de olabilir.³²⁰ Kaldı ki

³¹⁷ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 137; Hatemi/Gökyayla, s. 275. Ayrıca Yargıtay tarafından acentelerin sigorta şirketlerinin yardımcı kişisi sayılabilmesi hakkında kararı için bkz. Yarg. 11. HD., T. 16.02.2015, E. 2015/813 K. 2015/1959. Ayrıca sigorta eksperlerinin sigorta şirketinin yardımcı kişisi sayılamayacağına ilişkin Yargıtay hükmü ve buna yönelik (bizim de katıldığımız) karşı oy için bkz. Yarg. 11. HD, T. 23.11.2015, E. 2015/5154, K. 2015/12396 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

³¹⁸ Birsen, s. 243. Tunçomağ, istihdam edenin sorumluluğu kurumu kapsamında aranacak olan tabiiyet unsurunu açıklarken, tamir atölyesine teslim edilen otomobilin tamirci tarafından kullanılırken bir kaza sonucu doğan zarardan atölye sahibinin eBK 55 kapsamında sorumluluğunu konu alan 1958 tarihli bir Yargıtay kararını ele almaktadır. Söz konusu karar hakkında diğer açıklamalar için bkz. Tunçomağ (Mahkeme Kararları), s. 376.

³¹⁹ Yılmaz, B., s. 117; Ertaş, Ş.: Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD) 1980, C. I, s. 173-204 (Hekimin Hukuki Sorumluluğu), s. 195.

³²⁰ Kayar, s. 137; Kılıçoğlu, s. 820; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1135; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 310.

yardımcı kişi ile borçlu arasında tabiiyet ilişkisinin aranmadığına ilişkin en güçlü örnek, (değil bir ast-üst ilişkisi) sosyal statülerden ari bir hatır ilişkisinde dahi, borçluya tamamen hatır için yardımcı olan bireyin de yardımcı kişi sayılabileceği gerçeğidir.³²¹ Bir örnekle anlatmak gerekirse, mobilya satıcısı borçlu, mobilyaların nakli için bir taşıma yardımcısı kullanabilir ve emri altında çalışan işçilere mobilyaların satış sözleşmesinin ifasına ilişkin bir davranış olan taşıma işlemini icra ettirebilir. Söz konusu taşıma eylemini yerine getirirken kendisine bağımlı olan işçilerin mobilyaya vermiş oldukları zarardan, alacaklıya karşı TBK 116 kapsamında sorumlu olan borçlunun durumu ile o esnada yoldan geçmekte olan (ve kendisine bağımlı olmayan) bir gerçek kişinin yardımını isteyerek (tamamen tesadüfi bir şekilde) onun eliyle mobilyaları taşıtan borçlu arasında pratik olarak hiçbir fark yoktur, zira ikinci ihtimaldeki borçlu da alacaklıya karşı TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacaktır.³²² Görülmektedir ki ilk durumda borçlu ile arasında hiyerarşi söz konusu olan bir ifa yardımcısı, ikinci durumda ise tamamen tesadüfi olarak yardımcı kişi sıfatını haiz bir birey söz konusu olmasına rağmen, her iki durumda da sorumluluk TBK 116 kapsamında doğmuştur.

Hatta belirtmek gerekir ki (değil aralarında bir tabiiyet ilişkisi) borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğunun doğması için söz konusu yardımcı kişiyi bizzat tanıyor olması dahi aranmaz. Zira, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de verdiği kararlar uyarınca, borçlu yardımcı kişiyi hiç tanımıyor ve hatta daha önceden hiç

³²¹ Serozan (Genel Hükümler), s. 288; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 166-167.

³²² Kılıçoğlu, s. 479; Reisoğlu, S., s. 323; Remzi, M./Aydın, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2011, s. 298. Yargıtay 11. HD'nin LPG taşıma işini yüklenmiş olan borçluya yardımcı olan oğlunu yardımcı kişi saydığı karar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 06.03.2015, E. 2014/716768, K. 2015/3059 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

görmemiş dahi olabilir. Örneğin, Federal Mahkeme bir kararında, bayram kutlamalarında yer alacak olan hava fişeklerini ateşleme işini üstlenen yüklenicinin söz konusu işi fabrikatöre, fabrikatörün de işçisine devretmesi olayında, işçiyi doğrudan kutlamayı düzenleyenin yardımcı kişisi saymıştır.³²³ Söz konusu yüklenici, yardımcı kişisi sıfatıyla fiillerinden sorumlu tutulduğu işçiyi hiç görmemiş ve onunla hiçbir sosyal ilişkiye girmemiş olmasına rağmen onun fiillerinden sorumlu tutulmuştur.

Tabiiyet unsuruna ilişkin farklılığın doğurduğu (aynı zamanda kavramlar arasındaki başka bir farklılık olarak işaret edilecek³²⁴) önemli sonuç, adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumunun kapsamının, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumuna kıyasla daha dar olmasıdır. Zira, adam çalıştırmanın sorumluluğunun söz konusu olması için tabiiyet şartının kurucu bir şart olması, bu şartı sağlamayan ilişkilerin TBK 66'nın kapsamına dahil edilememesi sonucunu doğurmakta ve TBK 116. maddesinin uygulama alanını genişletmektedir.

³²³ Karar (BGE 70, II, 215) için bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 506; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 96.

³²⁴ bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması /III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/5. Sorumlulukların “Kapsamları” Açısından Karşılaştırılması.

4. Sorumlulukların Borçluyla Zarar Gören Arasında “Borç İlişkisinin Mevcudiyetinin Şart Olup Olmaması” Açısından Karşılaştırılması

TBK 66 ve 116 arasındaki temel farklardan bir diğeri ise³²⁵, borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisinin mevcudiyetinin şart olup olmadığı hususuna ilişkindir. TBK 116 gereği, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olabilmesi için, borçlu ve zarar gören arasında bir borç ilişkisinin varlığı (yardımcı kişi borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılması ya da bir borcun ifasında rol alacağından) için doğası gereği şart koşulmuşken (ki açıkça görülmektedir ki bu şart zarar görenin alacaklı olması sonucunu doğurmaktadır), TBK 66 kapsamında adam çalıştıran borçlunun sorumluluğunun doğması için zarar görenle borçlu arasında bir borç ilişkisi aranmaz.³²⁶

Zarar gören ile geniş anlamda yardımcı kişi kullanan arasında borç ilişkisinin aranıp aranmamasına ilişkin bu fark sebebiyle, TBK 66’dan doğan sorumluluk “*haksız fiil sahası içerisinde başkasını çalıştıran kişinin sorumluluğu*”, TBK 116’dan doğan sorumluluksa “*mevcut bir borç ilişkisi içerisinde haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken yardımcı kullanan kişinin sorumluluğu*” olarak

³²⁵ Söz konusu farklılık İsviçre hukukunda da aynı şekilde kendini göstermektedir. Yazarların da belirttiği üzere iki kurumu birbirinden ayıran en belirgin özellik, yardımcının fiillerinden sorumluluğun borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılması ya da borcun ifa edilmesi halinde ortaya çıkan zararlarla sınırlı olması ancak istihdam edenin sorumluluğu ihtimalinde zarar gören ile adam çalıştıranın arasında bir borç ilişkisi aranmaması halidir (bkz. Deschenaux/Tercier, s. 69).

³²⁶ Kaplan (Genel Hükümler), s. 132; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1152; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 256 ve 310; Berki (İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti), s. 68; Yağcı, s. 80; Demircioğlu, s. 271; Narter, s. 117-118; Yılmaz, B., s. 117 ve 164; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 79; Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 120; Güneş, V., s. 210; Erbilin, s. 170; Akıncı s. 249 ve 254; Erdoğan (Genel Hükümler), s. 215; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 136-137; Yünlü, s. 214; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 503; Akıncı, s. 255; Reisoğlu, S., s. 353. Bu husus TBMM Adalet Komisyonu Madde Gerekçesinde: “*Adam çalıştıranın sorumluluğu, zarar görenle adam çalıştıran arasında sözleşme ilişkisi yoksa 6098 sayılı TBK’nın 66. maddesine, sözleşme ilişkisi varsa 6098 sayılı TBK’nın 115. maddesine göre belirlenecektir.*” cümlesiyle kaleme alınmıştır (bkz. Uygur (Şerh), s. 501).

nitelendirilmiştir.³²⁷ Bizce de söz konusu nitelendirmeler TBK 66 ve TBK 116 arasında yer alan çizginin ne kadar keskin olduğunu açıkça gözler önüne sermektedir.

Uygur'un nitelendirmesine göre de yardımcı kişiden sorumluluğu adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayıran husus bizzat “borç ilişkisi” unsurudur³²⁸ zira TBK 66 uygulanırken zarar gören ile borçlu arasında borç ilişkisi bulunmaz ancak TBK 116'nın gündeme gelebilmesi için zararın doğrudan borçlu ile arasında borç ilişkisi bulunan alacaklıya yönelik doğması gerekir.

Bir kürsü örneği³²⁹ ile anlatmak gerekirse; taksi işletmekte olan (A)'nın söz konusu taksiyi kullanan şoförü (B), bir trafik kazası sonucu yoldan geçmekte olan bir yayanın ve takside seyahat eden müşterinin yaralanmasına sebep olursa; taksi işletmecisi (A), yayanın zararı karşısında TBK 66 kapsamında sorumlu olurken, arasında taşıma sözleşmesi bulunan müşteriye karşı TBK 116 kapsamında sorumlu olacaktır. Borçlu ile arasında borç ilişkisi bulunmayan kişi veya kurumlara zarar gelirse, örneğin³³⁰, şoförün (yardımcı kişinin) fiili (kaza) yolda seyreden bir atın ölümüne, yolun kenarında yer alan belediyenin ağaçlarının kırılmasına ya da bir şahsın gayrimenkulüne çarparak yıkılmasına sebep olursa, TBK 66. madde kapsamında sorumluluk doğar. Benzer bir örnekle³³¹; otobüs firmasının otobüsünün devrilmesi sonucu yolcuların zarar görmesi halinde, firmanın TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar zira firma ile yolcular arasında bir taşıma akdi söz konusudur.

³²⁷ Söz konusu nitelendirmeyi yapan Demircioğlu, s. 271.

³²⁸ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3228.

³²⁹ İnan/Yücel, s. 617.

³³⁰ Örneğin alındığı yazar Berki (İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti), s. 68.

³³¹ Örneğin alındığı yazar Berki (İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti), s. 68.

Bankacılık hukukuyla ilintili bir örnekle³³², bankada çalışan memurun, banka müşterilerinden X şahsının özel kasasını soyması halinde banka arasında akdi bir ilişki bulunan X'e karşı TBK 116 kapsamında sorumluyken, bir işçinin inşaatda çalışması esnasında yola bir cisim düşürmesi ve üçüncü kişinin yaralanması halinde inşaat sahibi (istihdam eden sıfatıyla) TBK 66 kapsamında sorumludur. Dahası³³³, A şirketi alıcıya teslim edeceği mobilyaları işçisi eliyle gönderir ancak işçi mobilyaların kurulumu sırasında evde yangın çıkmasına sebep olursa şirket TBK 116 kapsamında, ancak malların taşınması esnasında bir üçüncü kişiye (Ü) zarar verirse TBK 66 kapsamında sorumlu tutulacaktır. Nihayet son bir örnekle, berberde tıraş olduğu esnada cırağın dikkatsiz davranışı sonucu yüzü yaralanan müşteriye karşı berberin sorumluluğu TBK 116'ya tabi tutulacaktır zira berber ile müşteri arasında akdi bir ilişki bulunmakta ve hatta çırak ifa yardımcısı sıfatı ile bu ilişkiye dahil olmaktadır.

Söz konusu örnekler de göstermektedir ki borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunun doğabilmesi için borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi bulunması ve bu ilişkisinden doğan bir hakkın kullanımından ya da borcun ifasından doğan bir zararın söz konusu olması gerekmektedir. Aksi takdirde, (diğer şartların da bulunması halinde) istihdam edenin sorumluluğu gündeme gelebilir.

³³² Kaplan (Genel Hükümler), s. 132.

³³³ Örnek için bkz. Narter, s. 121.

5. Sorumlulukların “Kapsamları” Açısından Karşılaştırılması

TBK 66. maddesi kapsamında “çalışan” kavramının belirlenmesinde çalıştıran ile çalışan arasında “istihdam ilişkisinden doğan bir bağıllık” arandığından kapsam olarak daha dar bir kurumla karşılaşılmaktadır. Oysa ki TBK 116. maddesi kapsamında bir kişinin yardımcı kişi olarak kabul edilebilmesi için borçluyla arasında maddi veya manevi bir bağ ya da tabiiyet ilişkisi şart olmadığından borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğu, kavram itibariyle daha geniş bir kurumdur.³³⁴ Sorumlulukların kapsamları açısından karşılaştırılması her ne kadar sorumlulukların borçluya bağıllık derecesi açısından karşılaştırılmasından hareket etse de, sonuç olarak bambaşka bir farklılığı daha gözler önüne sermekte ve yardımcının fiillerinden sorumluluk kavramının kapsamının daha geniş bir alanı ihtiva ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

6. Sorumlulukların “Sorumsuzluk Anlaşması” açısından karşılaştırılması

TBK 116 ile TBK 66’nın karşılaştırıldığı bir diğer hususta, TBK 116 kapsamında doğacak olan sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkünken, TBK 66 kapsamında sorumsuzluk anlaşmasının yapılamamasıdır.³³⁵

³³⁴ İnan/Yücel, s. 617; Kaplan (Genel Hükümler), s. 133; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1152; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 310; Yağcı, s. 68; Güneş, V., s. 210; Gürsoy (Talep Haklarının Yarışması), s. 181; Eren (Genel Hükümler), s. 1075; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 257.

³³⁵ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3229; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1152; Narter, s. 119; İnan/Yücel, s. 49; Eren (Genel Hükümler), s. 642; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 80-81; Erbilin, s. 171-172; Kaplan (Genel Hükümler), s. 133; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 257; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 139; Kılıçoğlu (Sorumluluk Hukuku), s. 393. Ancak karşıt görüş olarak, hem TBK 116 hem de TBK 66 kapsamında doğacak sorumluluğun irade serbestisi

Gerçekten de TBK 116. maddesi kapsamında yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutulacak borçlunun sorumsuzluk anlaşması yapabilme ihtimali ve bu anlaşmanın geçerlilik şartları düzenlenmiştir. Oysa ki TBK 66. maddesi, adam çalıştırının sorumluluğunda, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hiçbir düzenleme barındırmamaktadır. Kanunun bu düzenlemesiyle kanunun koyucunun bilinçli susması³³⁶ karşısında, adam çalıştırının sorumluluğunu bertaraf edecek bir sorumsuzluk anlaşması geçersizdir. Bir Yargıtay kararı³³⁷ ile somutlaştırsak, Yargıtay ilgili hukuk dairesi, somut olayda banka ile muris şoför arasındaki ilişkinin istihdam edenin sorumluluğu olduğunu ve bu sebeple de geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacağını belirtmektedir.

Kaldı ki kanun koyucunun TBK 66 kapsamında sorumsuzluk anlaşmasını düzenlememesinden öte, söz konusu anlaşmanın istihdam eden tarafından yapılabilmesinin ne derece mümkün olup olmadığı da ele alınması gereken bir diğer husustur. Zira, yardımcı kişiden sorumlulukta borçlu ile alacaklı arasında bir ilişki mevcut olduğundan sorumsuzluk anlaşmasının yapılabilmesi ihtimal dahilindeyken, TBK 66 kapsamında zarar gören ile istihdam eden arasında hiçbir ilişki bulunmadığı (ve hatta büyük ihtimalle tanışmadıkları dahi) dikkate alınırsa, aralarında sorumsuzluk

kapsamında ortadan kaldırılabilceğini veya sınırlandırılabilceğini ileri süren görüşün varlığına da işaret etmek gerekir (bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 113 vd.). Dahası, TBK 66 kapsamında yapılan sorumsuzluk anlaşmasının zarar görenin rızası olarak kabul edilebileceği ve bu yolla sorumluluğun ortadan kaldırılabilceğine ilişkin bir görüş de mevcuttur (bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 113 vd).

³³⁶ Zira fikrimizce, borçlunun yardımcısının fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmasını düzenlemeyi düşünen ve düzenleyen kanun koyucunun TBK 66 kapsamında bu hususu düzenlemeyi unutmaması/göz ardı etmesi ya da öngörememesi mümkün değildir. Bu sebeptendir ki bizim de katıldığımız görüş gereği kanun koyucu bu noktada tarafların sorumsuzluk anlaşması yapmalarına izin vermemeyi benimsemiş ve bu sebeptendir ki bilinçli susmuştur.

³³⁷ Karar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 19.6.2000, E. 2000/4672, K. 2000/5679 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

anlaşması bulunabilmesi de bir o kadar ihtimal dışıdır.³³⁸ Öyle ki işin doğası, zarar doğduktan sonra taraflar arasında kurulacak olan bir sulh anlaşmasına daha yatkındır.

7. Sorumlulukların “Zamanaşımı” ve “Rücu” Yönünden

Karşılaştırılması

Sorumlulukların zamanaşımı süreleri arasındaki farkın da doktrin tarafından altı çizilmektedir.³³⁹ Gerçekten de TBK 116. maddesinde düzenlenmekte olan borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğu 10 yıllık süreye tabiyken adam çalıştıranın sorumluluğunda zamanaşımı TBK 72. maddesinde düzenlendiği üzere 2 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir.

İki hukuki kurumun doğurduğu sorumluluklar açısından rücu ilişkisine ilişkin olarak da önemli bir farklılık söz konusudur. İstihdam edenin sorumluluğu kurumunda rücu kanun maddesinde (TBK 66/IV) özel olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun kaleme alındığı TBK 116. maddesinde rücu ilişkisi düzenlenmemiştir.³⁴⁰ Kanunun sistematüğinde rücu ilişkisinin TBK 116. maddesinin içeriğinde özellikle düzenlenmemiş olması, elbette ki borçlunun

³³⁸ Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 81.

³³⁹ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3228; Reisoğlu, S., s. 354; Kaplan (Genel Hükümler), s. 133; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1152; Kayar, s. 137; Narter, s. 119; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 80; Berki (İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti), s. 69; Erbilen, s. 172; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 256; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 139. Bu hususa değinilen Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 11. HD, T. 17.3.2015, E. 2014/5855, K. 2015/3686 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 3. HD, T. 10.03.2015, E. 2014/8622, K. 2015/3846 (Kazancı, Erişim Tarihi: 11.04.2019).

³⁴⁰ Kaplan (Genel Hükümler), s. 133; Çelik, N.H.: Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 61; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 100; Yünlü, s. 225.

yardımcı kişiye rücu etme hakkının bertaraf edildiği anlamına gelmez zira genel hükümlere göre borcun rücu edilmesi mümkündür. Öyleyse pratik olarak her iki hukuki kurum açısından da rücunun mümkün olması yönüyle bir benzerlik söz konusu olsa dahi, kanun maddelerinin içeriği ve kanunun sistematigi açısından “rücu” ihtimalinin TBK 116’da genel hükümlere bırakılırken TBK 66’da özel olarak düzenlenmesi yönüyle bir farklılık söz konusudur.

8. Organizasyon Sorumluluğunun Borçlunun Yardımcı Kişisinin

Fiillerinden Sorumluluğuyla Karşılaştırılması

Sanayi devriminin ve globalleşen dünyanın, para kazanmayı amaç edinmenin bir getirisi olarak organizasyon bünyesi altında çalışma stilini zorunlu hale getirmesiyle, istihdam edenin sorumluluğu kurumu, işletmenin çalışma düzeninin zararı doğurması ihtimalini çözüme kavuşturmakta yetersiz kalmaya başlamıştır. Bu gerçek kanun koyucuyu adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumunu genişletmeye teşvik etmiş, mülga kanunda yer almayan organizasyon sorumluluğu³⁴¹ 6098 sayılı Borçlar Kanunda düzenlenmiştir.³⁴² “Özen sorumluluğu” ana başlığı altında, “Adam

³⁴¹ Çalışmamız kapsamında “organizasyon sorumluluğu” terimiyle anılacak olan bu sorumluluk tipi, “işletmenin amaca uygun örgütlenmesini gerçekleştirme yükümlülüğü” olarak da adlandırılmaktadır (bkz. Altay, S.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK 66/3), 6098 Sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD 2011, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, s. 173-186, s. 176).

³⁴² Bu düzenlemenin gerekçesinde işletmesinde zararın önlenmesine yönelik gerekli düzeni sağlamayan istihdam edenlerin TBK 66/II kapsamında kurtuluş kanıtı getiremeyeceğinin düzenlenmesi ile bu düzenlemenin uygulama ve öğretide benimsenen görüşlerle uyum sağlandığının belirtildiğinin altını çizmek gerekir (bkz. Günay, s. 296).

çalıştıranın sorumluluğu’’ kenar başlığıyla ele alınan TBK 66/III’deki düzenlemeye göre; “ (III) Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.” Kanun metninden de anlaşıldığı üzere, işletme sorumluluğu kapsamında getirilen organizasyon sorumluluğu, meydana gelen zararın işletme faaliyeti kapsamında doğması halinde, işletmenin organizasyonunun bu zararın doğmasını önlemeye elverişli olmadığını ve bu sebeple de zararın doğduğunu bir karine olarak kabul etmekte, ancak aksinin ispat edilmesine de olanak sağlamaktadır.

TBK 116’da düzenlenmiş olan borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğu ile TBK 66/III’de düzenlenmiş olan organizasyon sorumluluğu ele alındığında işaret edilmesi gereken ilk ve en önemli fark bu sorumlulukların temel unsurlarının tamamen farklı olduğu gerçeğidir. Zira, yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukta önemli olan sorumluluğun genel ve özel şartlarının somut olayda bulunduğu bir zararın doğmasıdır ve bu özel şartlar arasında bir organizasyonun varlığı aranmaz. Ancak organizasyon sorumluluğunda sorumluluğun dayanağı, işletenin işletmesinde zararın önlenmesi açısından gerekli organizasyonu kurmamış olması³⁴³ ve zararın bu eksiklik sebebiyle meydana gelmiş olmasıdır.³⁴⁴ Bu da göstermektedir ki borçlunun yardımcısından sorumluluğunun tespitinde “organizasyon kavramı’’ hiç

³⁴³ Bu kapsamda altı çizilmesi gerekir ki organizasyon sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, organizasyonun kurulacağı işletmenin tehlikeli bir işletme olması gerekmez. Öyle ki söz konusu sorumluluk tehlike sorumluluğu değil bizzat özen sorumluluğudur. Zaten TBK sistematığı de bunu tamamen destekler niteliktedir. Tehlike arz eden işletmelerin sorumluluğu TBK 71. maddesi kapsamında tehlike sorumluluğu adı altında ayrıca düzenlenmiştir. Örneğin, tedavi faaliyetleri tehlikeli bir iş niteliği taşımamaktadır fakat buna rağmen hastane işleticisinin organizasyon sorumluluğu gündeme gelebilir (bkz. YHGK, T. 21.10.2009, E. 2009/13-393, K. 2009/452 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019)).

³⁴⁴ Ünlütepe, M.: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 182; Türkmen, s. 260.

hesaba katılmazken, TBK 66/III kapsamında sorumluluğun kalbidir.

İkinci bir farklılık ise, borçlunun yardımcısından sorumluluğu nitelik olarak başkasının fiilinden sorumlulukken, organizasyon sorumluluğunda başkasının fiilinden sorumluluğun değil bizzat işletenin kendi davranışından sorumluluğunun doğmasıdır çünkü işleten, organizasyon yükümlülüğünün ihlalini bizzat kendisi meydana getirmekte ve bu sebeple doğan zarara da doğrudan kendisi katlanmaktadır.³⁴⁵

Dahası, TBK 116. maddesi kapsamında borçlunun kurtuluş kanıtı getiremediğini de dikkate alırsak bir önemli farklılıkta bu husustan kaynaklandığının altı çizilmelidir. Zira, organizasyon sorumluluğunda işleten, kurtuluş kanıtı³⁴⁶ getirerek sorumluluktan kurtulabilir.³⁴⁷

Nihayet, söz konusu sorumlulukların farklılık gösterdiği bir diğer husus ise zamanaşımı süreleridir. Organizasyon sorumluluğundan doğan zararların tazmini haksız fiil zamanaşımı olan iki ve on yıllık süreye tabiyken, borçlunun yardımcısının

³⁴⁵ Ünlütepe, s. 183.

³⁴⁶ Organizasyon sorumluluğunda sunulacak olan kurtuluş kanıtının içeriğinin belirlenebilmesi için, organizasyon sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin şu görüşlerin ele alınması gerekir: Bir görüşe göre, organizasyon sorumluluğu adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemedir. (Altay, s. 181; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler II), s. 151-152) Karşıt görüşe göreyse organizasyon sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız bir kusursuz sorumluluk halidir. (Ünlütepe, s. 162 vd.; İnan/Yücel, s. 419; Türkmen, s. 258 ve 262) İlk görüşün benimsenmesi halinde, organizasyon sorumluluğu TBK 66 kapsamında bir sorumluluk tipi olacağından, getirilecek olan kurtuluş kanıtı çalışandan sorumluluk kapsamında aranacak olan kanıtlara (*cura in eligendo*, *cura in instruendo* ve *cura in custodiendo*) ek olarak, işletmenin zararı önlemeye elverişli olduğu ispat edilmesidir. Ancak ikinci görüşün benimsenmesi halinde (ki biz bu görüşü benimsemekte, organizasyon sorumluluğunun esasen apayrı bir kusursuz sorumluluk tipi olduğunu düşünmekte ve kanunda TBK 66'nın bünyesinde düzenlenmiş olmasını sistematik açıdan hatalı görmekteyiz), organizasyon sorumluluğu istihdam edenin sorumluluğundan ayrı bir sorumluluk tipi olacağından, kurtuluş kanıtı sadece işletmenin zararı önlemeye elverişli olduğu hususuyla sınırlı tutulacaktır (bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 262 ve 283). Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin, (kurtuluş kanıtının içeriği değişiyor olsa da) TBK 66/III ile TBK 116 arasındaki kurtuluş kanıtı sunabilme imkanına ilişkin fark bakidir.

³⁴⁷ Türkmen, s. 271; Erbilen, s. 179.

fiillerinden sorumluluğu on yıllık süreye (TBK 146) tabidir.

9. Uygulamanın Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklanan sayısız farklılık³⁴⁸ TBK 116 ile 66 arasındaki kesin sınırı çizmektedir. Teoride durum bu olmakla birlikte pratikte TBK 116 ve 66'nın uygulama alanlarının ciddi oranda birbirine karıştırıldığı, zira TBK 116 kapsamında çözülmesi gereken çok sayıda somut olayın TBK 66 kapsamında karara bağlandığı, TBK 66'nın uygulanması gereken somut olaylardaysa, TBK 116'nın hüküm ve sonuçlarının uygulama alanı bulduğu görülmekte ve bu belirsizlik hem hukuki güvenilirliği sarsmakta hem de somut olay adaletine zarar vermektedir. Serozan, hukukçunun kaçınması gereken yanlış çıkarımları sınıflandırdığı eserinde bu yanlışlardan birini de “*Argumentum ad verecundiam*” (tabiyet mantığına kapılma) olarak nitelendirmiş ve buna örnek olarak da bir hukukçunun Yargıtay'ın verdiği kararın doğruluğunu ya da yanlışlığını sorgulamaksızın, körü körüne bu kararı doğru kabul etmesini işaret etmiştir.³⁴⁹ Hukukçu olarak kaçınılması gereken “körü körüne inanma” yaklaşımının

³⁴⁸ Kaldı ki bu farklılıklar da yeterli değildir. Okuyucuyu daha fazla yormamak amacıyla doktrinde TBK 66 ile 116 arasındaki farklılıkları belirlerken ele alınan birtakım unsurların ayrıca başlık olarak ele alınması uygun görülmemektedir. Bunlardan ilki kusur unsurudur. Adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumunda çalıştırana ya da çalışanın kusurlu olması aranmaz. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukta ise yardımcının ya da borçlunun kusurunun aranıp aranmayacağına ilişkin farklı görüşler mevcuttur ve baskın görüş gereği borçlunun farazi kusuru aranır (bu farkı işaret eden yazar, Hatemi/Gökyayla, s. 275 ve Ayrıca bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/E. Borçlunun Farazi Kusuru/3. Üçüncü Görüş: Borçlunun Farazi Kusurunu Arayan Görüş). Bir diğer farklılıkta, her iki sorumluluk açısından da doğan zarar ile zararı doğuran davranış arasında aranan bağın farklılık göstermesidir. Zira, TBK 66 açısından zararı doğuran davranışın işin görülmesi esnasında meydana gelmiş olması yeterliyken, TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için söz konusu davranışın mutlaka ya borcun ifası ya da bir hakkın kullanılması ile borca aykırılık niteliği taşıması aranır (bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 257).

³⁴⁹ Serozan, R.: *Hukukta Yöntem (Methodology in Law)*, Yaşar Üniversitesi Dergisi (YÜD) 2013, S. 8,

bertaraf edilmesi adına söz konusu kararların eleştirilmesi hayati bir önemi haizdir.

Bahsedildiği üzere bu yanlış uygulamanın rastlandığı karar sayısı azımsanamayacak kadar fazladır ki “Yargı Kararları Kapsamında TBK 66 ve TBK 116’nın karıştırılması” başlığı altında başlı başına tez konusu yapılabileceğini belirtmek gerekir. Kararların tamamına yer verebilmenin mümkün olmadığını ancak birkaç örnekle haklılığımızı ispatlamak istediğimizi dile getirmekte fayda vardır. Bu örnekler:

Hiç şüphesiz ki en ciddi hata, TBK 116’dan ve TBK 66’dan doğan sorumlulukların yarışması halinde TBK 60. maddesinde yer alan “*Sebeplerin Yarışması*” başlıklı “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” düzenlemesinin tamamen göz ardı edilerek TBK 116’ya kıyasla zarar göreni koruma alanı (kurtuluş kanıtı getirilebilmesi ve zamanaşımı süresi açısından) çok daha kısıtlı olan TBK 66’nın uygulanmasıdır.³⁵⁰ Bunun doğuracağı zarar ne midir? TBK 116

s. 2423 – 2440 (Hukukta Yöntem), s. 2437.

³⁵⁰ Bu hususa ilişkin örnek vermemiz gerekirse: Bankanın zimmetine para geçirmiş olan personelinin davranışı elbette ki haksız fiil olması yönüyle bankanın TBK 66 kapsamında sorumluluğunu doğurur ancak aynı zamanda banka ile müşterisi arasındaki borç ilişkisine (bankanın koruma yükümlerine) aykırılık teşkil etmekte ve bu yönüyle de bankanın TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğurmaktadır. Sorumlulukların yarışması hali karşısında TBK 60’a uygun olarak zarar görene daha iyi giderim imkanı sağlayan TBK 116 tercih edilmelidir (Aksi yönde karşı oy yazısı için bkz. Yarg. 11. HD, T. 19.4.2016, E. 2015/9682, K. 2016/4342 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019)). Ancak ne yazık ki hem ilk derece mahkemesi hem de hükmü onayan Yargıtay tarafından TBK 116 kapsama dahil edilmemiş ve uyumsuzluk bankanın doğrudan TBK 66 kapsamında sorumluluğuna yönelik hükme bağlanmıştır. Benzer kararlar için bkz. Yarg. 19. HD, T. 27.4.2017, E. 2016/17101, K. 2017/3421(Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 23.1.2017, E. 2015/12611, K. 2017/409 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.04.2019)). Ancak Yargıtay çok benzer dosyalarda (bkz. Yarg. 19. HD, T. 16.6.2016, E. 2016/2208, K. 2016/10907 (Kazancı, Erişim Tarihi: 10.04.2019)), olması gerektiği gibi banka personelinin usulsüz işlemler sonucu zimmetine geçirdiği meblağdan doğan zararda bizzat bankanın TBK 116 kapsamında müşteriye karşı sorumlu olacağını belirtmiştir. Somut olayın niteliği itibarıyla TBK 116’ya göre sonuca bağlanması gereken ancak TBK 66 kapsamında hükme bağlanan bazı örnek kararlar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 29.2.2016, E. 2015/7466, K. 2016/2169

uygulanmış olsaydı kurtuluş kanıtı getirilebilme kapısı tamamen kapalı olacak sorumluya bu kapının açılmasının ve TBK 66'nın haksız fiil zamanaşımı süresine tabi olması sonucunda zamanaşımı süresinin kılalmasının avantajı yok sayılabilir mi? Kaldı ki belki daha da fenası TBK 116 ile TBK 66 kurumlarından doğan sorumlulukların yarıştığı dahi tespit edilmeden doğrudan TBK 66'ya başvuru kararlar da söz konusudur. Örneğin, Yargıtay 1986 yılında vermiş olduğı bir kararında³⁵¹ motosikletin tamir edilmek üzere teslim edildiğı tamirhanede ırak tarafından tamir edilirken yanması olayında, tamirhane sahibini eBK 55 (TBK 66) kapsamında haksız fiil temeline dayanarak sorumlu tutmuş ancak bu karar doktrin tarafından eleştirilmiştir³⁵² zira söz konusu somut olayda, yardımcı kişinin kendisine tevdi edilmiş işi yaparken (fonksiyonel bağın açıkça kurulduğu) ve dolayısıyla da eBK 100 (TBK 116) kapsamında sorumluluğun doğduğunun kabul edilmesi gereken bir karar söz konusudur.

Dahası, terimlerin karıştırılması da söz konusudur. Zira TBK 116 (eBK

(Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2019); Yarg. 13. HD, T. 10.11.2014, E. 2014/11068, K. 2014/34992 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2019). Ele alınan kararların ciddi bir kısmında yeni kanun döneminde eski kanun hükümlerinin numarasıyla hüküm verilmiş ve kanuni düzenlemenin yeni numarasının dikkate alınmamış olması da bizce ne yazık ki bir özensizliğin göstergesidir. Bu hususa ilişkin örnek Yargıtay kararları için bkz. 11. HD, T. 2.5.2017, E. 2015/15324, K. 2017/2575 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 12.12.2016, E. 2015/11993, K. 2016/9481 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 7.4.2014, E. 2014/231, K. 2014/6802 (Kazancı, Erişim Tarihi: 05.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 10.6.2014, E. 2014/3475, K. 2014/11006 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 10.12.2018, E. 2017/2421, K. 2018/7786 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 30.5.2018, E. 2016/12000, K. 2018/4150 (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2019); Yarg., 11. HD, T. 16.4.2018, E. 2016/10658, K. 2018/2749 (Kazancı, Erişim Tarihi: 04.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 2.11.2017, E. 2016/3310, K. 2017/6019 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 12.10.2017, E. 2016/5705, K. 2017/5295 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD., T. 12.10.2017, E. 2016/6367, K. 2017/5310 (Kazancı, Erişim Tarihi: 09.04.2019).

³⁵¹ Yargıtay 15. HD, T. 10.12.1986, E. 4206, K. 4225 (Söz konusu karar ve eleştirisi için bkz. Karahasan (Sorumluluk ve Tazminat), s. 1404-1405).

³⁵² Şenocak s. 179; Karahasan, M. R.: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku C. I, Beta, İstanbul 1989, s. 1404-1405.

100)’dan doğan sorumluluğun “adam çalıştıranın/istihdam edenin sorumluluğu” olarak nitelendirildiği kararlar mevcut olduğu gibi³⁵³, TBK 66 (eBK 55)’den doğan sorumluluğun “yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk” olarak nitelendirildiği kararlar da ne yazık ki tespit edilmiştir. Çok sayıda farklılığı haiz bu iki kurumun birbiri yerine kullanılması, göz ardı edilmemesi gereken bir husustur.

Kimi kararlardaysa aslında kurtuluş kanıtına ilişkin olarak TBK 66 (eBK 55) açısından nazara alınması “seçme, denetim ve gözetimde üzerine düşen özen” kriterinin TBK 116’nın uygulanmasında da bir kriter olarak dikkate alındığı görülmekte, bu noktada da söz konusu iki kurumun birbirine karıştırıldığı tespit edilmektedir.³⁵⁴ Oysa ki işi birlikte yürüteceği kişiyi seçmede ve ona yönelik denetleme ve gözetleme ödevini yerine getirmekte üzerine düşen özeni göstermek ve bunu ispat etmek TBK 66 açısından bir kurtuluş kanıtıdır ancak TBK 116 kapsamında böyle bir işlevi yoktur. Öyle ki borçlu, yardımcısını seçmede, denetlemede ya da ona talimat vermede üzerine düşen özeni gösterse dahi yardımcısının fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilir.

Nihayet, tüm bu örnekler göstermektedir ki uygulamada birbirine karıştırılan

³⁵³ “*montaj işlemini yapan ... ile BK 100. maddesi uyarınca adam çalıştıranın sorumluluğundan bahisle sigortalısı ile aralarındaki sözleşme uyarınca taşeron firma...*” (bkz. 17. HD., T. 20.2.2017, E. 2014/15824, K. 2017/1639 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019)’da yer alan ve Yargıtay tarafından da onanan ilk derece mahkemesi kararı); “*Borçlar Kanunu’nun "İstihdam Edenlerin Mesuliyeti" başlığı altında düzenlenen 55. maddesi(BK 100) uyarınca; istihdam edenlerin müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır.*” (bkz. Yarg. 13. HD., T. 10.11.2014, E. 2014/11068, K. 2014/34992 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019).

³⁵⁴ Bu hususa ilişkin örnek Yargıtay kararlarını ele alırsak: “*...davalı bankanın denetim ve gözetim yapmadığını, çalışanını seçmede özenli davranmadığını, BK’nun 100. maddesi uyarınca davalı bankanın da sorumlu olduğunu ileri sürerek, ıslah ile birlikte toplam 55.625 TL’nin faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini istemiştir.*” bkz. Yarg. 11. HD., T. 12.10.2017, E. 2016/6367, K. 2017/5310 (Kazancı, Erişim Tarihi: 09.04.2019)

iki kurumun mevcut olduğu tespit edilmiş, aralarındaki sınır adeta silikleşmiştir. Bu durum kanunun öngördüğü ikili yapıyı (TBK 66 ve TBK 116) birbirine karıştırarak hukuki güvenilirliğı sarsmaktadır. Madem ki kanun koyucu ikili bir yapı benimsemiştir, mevcut ikili yapı değiştirilmedikçe/kaldırılmadıkça hukuki güvenilirlik adına bu yapı korunmalı ve kurumlar birbiri yerine uygulama alanı bulmamalıdır. Ancak daha da (belki de en) önemlisi bu uygulama somut olay adaletini yaralamaktadır. Zira, TBK 116'nın uygulanması gereken bir somut olaya TBK 66'nın uygulanıyor olması halinde borçlu, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilmekte, bu yanlış uygulama sayesinde sorumluluktan çıkış yolu bulabilmektedir.

E. Yardımcı kişi ve Hazırlık Faaliyet(ler)ine Dolaylı Olarak Katılan Kişiler

Zaman ve emek açısından en az harcama yapıldığı düşünölen ifa faaliyetinde dahi buz dağının görünmeyen kısmı söz konusudur. Zira, her ifa faaliyetinin ardında hazırlık faaliyetlerinden itibaren başlayan, edime dolaylı katkısı olanların da dahil olmasıyla ilerleyen ve nihai alacaklıya ulaşmasıyla dahi (koruma yükümlölüklerinin ifadan sonra da devam etmesi sebebiyle) sona ermeyen uzun bir süreç yatar. Buz dağının tamamının görölebilmesiyle birlikte doktrin, edime dolaylı katkısı olan bireylerin de yardımcı kişi sayılıp sayılamayacağı sorusuna cevap aramıştır.

Doktrinde baskın görüş, ifaya hazırlık faaliyetlerine dolaylı olarak katılanların (örneğin toptancılar, reklamcılar, aramal üreticileri vs.) ifa yardımcısı sayılmaması

gerektiğini ileri sürmektedir.³⁵⁵ Bu kapsamda örneğin, satıcının malı satmak üzere satın aldığı tedarikçi, ifa yardımcısı kapsamında sayılmamalıdır.³⁵⁶ Yahut başka bir örnekle, yüklenicinin üstlendiği edimi ifa etmesi için ihtiyaç duyduğu mal ve gereçleri satın aldığı veya kiraladığı kişi onun yardımcı kişisi sayılmaz çünkü söz konusu kişi borcun ifa edilmesinde doğrudan bir rol almamıştır.³⁵⁷ Bir başka örnekle, terzinin kumaşlarını satın aldığı toptancı yardımcı kişi olarak nitelendirilemez, zira bu toptancı, terzinin eser sözleşmesi ile tabi olduğu edim yükümlülüklerinden herhangi birinin ifasında yer almayan, sadece terzi ile arasında satım sözleşmesi bulunan ve terzi ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkide rol oynamayan kişidir.³⁵⁸ Öyleyse satıcıya veya müteahhide mal teslim eden kişi de onun yardımcı kişisi sayılmayacaktır.³⁵⁹

Borçluya hazır ürün, araç-gereç, hammadde vb. teslim eden üçüncü kişilerin yardımcı kişi sayılmama fikri, bu üçüncü kişilerin borçluya karşı kendi/şahsi borçlarını ifa etmekte olduğu ve borçluya kendi/şahsi borcunu ifa eden üçüncü kişilerin borçlunun yardımcı kişisi sayılamayacağı gerekçesiyle de desteklenmektedir.³⁶⁰

Karşıt görüş olan yapımcıların ve taşıyıcıların satıcının ifa yardımcısı olarak nitelendirilmeleri ve satıcının TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğurmaları yaklaşımı, güçsüz konumdaki tüketiciyi koruma nosyonunu benimseyen günümüz

³⁵⁵ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 435; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1136; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 508; Serozan (Genel Hükümler), s. 288; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 895-896; Kahveci, m. 116, pn. 16.

³⁵⁶ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 435.

³⁵⁷ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1136.

³⁵⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1075.

³⁵⁹ Öztan B.: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982 (İmalatçının Sorumluluğu), s. 60-61; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 895-896; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 122.

³⁶⁰ Bkz. Akipek (Alt Vekalet), s. 138; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 895-896.

hukuk sistemlerinde gündeme gelmektedir.³⁶¹ Gerçekten de edime dolaylı katkısı bulunan bireylerin yardımcı kişi sayılması, zarar gören tüketicinin TBK 116 kapsamında doğrudan (tanıdığı-bildiği ve maddi gücü kuvvetle muhtemel yardımcı kişiye kıyasla daha güçlü olan) borçluya başvurabilme hakkını doğurmakta, borçlunun kurtuluş kanıtı getirmesi mümkün olmaksızın sorumlu olmasını sağlamakta ve bu yönüyle de zararın tazmini konusunda tüketicieye³⁶² daha kolay bir hukuki yol çizerek onu korumaktadır.

Ne baskın ne de karşıt görüşe katılan ve arada kalan bir görüşe göreyse, hazırlık faaliyetlerine dolaylı katılanların yardımcı kişi sıfatını haiz olup olmadığı belirlenirken somut olayın özellikleri baz alınmalı ve buna göre karar verilmelidir. Antalya'ya göre de hakim görüşün aksine kabul edilmesi gereken görüş, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması ve eğer borçlu tarafından borcun ifası/hakkın kullanılması kendisine bırakılmış bir tedarikçi söz konusuysa, örneğin borçlu *“market et reyonunda etin müşteriye hazırlanmasını, sunulmasını veya pazarlanmasını tedarikçiye bırakmışsa”* yardımcı kişi sayılması gereken bir tedarikçi söz konusudur.³⁶³ Bizim de katıldığımız bu görüş gereğince, tedarikçinin veya hangi sıfatla olursa olsun edime dolaylı olarak katılan X kişinin, yardımcı kişi sıfatını haiz olup olmadığı belirlenirken, (sahip olduğu sifata bakılmaksızın) doğrudan borcun ifasında/hakkın kullanılmasında rol alıp almadığı incelenerek somut olay bazında yardımcı kişi sayılmanın şartlarını yerine

³⁶¹ Söz konusu görüş için Serozan (Genel Hükümler), s. 288, dn. 5. Tedarikçinin yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmalarda baskın ve karşıt görüş açısından literatürde yer alan yazarlar ve görüşleri için ayrıca bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 307, dn. 328.

³⁶² Bu noktada 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'da yer alan bazı hükümlerle tüketicinin doğrudan üretici ve ithalatçıya başvurabilme hakkının ayrıca düzenlendiğinin de altını çizmek gerekir. Örneğin, TKHK 11/II.

³⁶³ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 307.

getirip getirmediği belirlenmelidir. Böylece edime dolaylı olarak katılanların yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağına karar verilirken her somut olay bazında, o kişinin yardımcı kişi sayılabilmesi için gerekli olan şartları sağlayıp sağlamadığı süzgeçten geçirilmelidir. Bu yöntemle hem her somut olayın özelliklerini ele alan bir araştırma yapılarak hakkaniyete yaklaşılabilecek, hem de “tedarikçi sıfatını (ya da edime dolaylı olarak katılan kişiye ilişkin başka bir sıfatı) haiz bireyin yardımcı kişi sayılamayacağı” önyargısı bir kenara bırakılarak, söz konusu bireyin somut olayın özellikleri kapsamında gerçekten yardımcı kişi sıfatını haiz olup olmadığı belirlenebilecektir.

Borçlunun edimin ifasına dolaylı olarak katılanların fiillerinden sorumluluğunun, TBK 116 kapsamında ele alınıp alınmayacağı açısından eser sözleşmelerinin doktrince ayrıca incelendiği görülür. Bizim de katıldığımız üzere, eğer eser sözleşmesinin borçlusu, borcun ifası için kendisinde bulunmayan bir malzemeyi temin edecekse malzemenin temin edildiği kişinin borçlunun ifa yardımcısı olarak nitelendirilmesi doğru değildir zira eser sözleşmesinde borçlunun borçlarından biri (sözleşmede aksine bir düzenleme olmadıkça) malzemenin imali değildir.³⁶⁴ Müteahhidin üstlendiği borç (sözleşmede taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça) borcun ifa edilmesi için ihtiyaç duyulan alet ve edevatın imal edilmesi olmadığından, müteahhittin söz konusu alet ve edevatı temin edeceği fabrika/satıcı da yardımcı kişi sayılmamalıdır.³⁶⁵ Bu sebeple de malzemenin üretiminde/temininde yararlanılan yer alan üçüncü kişi yardımcı kişi olarak nitelendirilemez çünkü borcun ifası kapsamında bir davranışta bulunmamaktadır. Tunçomağ bu düşüncüyü kuvvetlendirmek adına eBK

³⁶⁴ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 507.

³⁶⁵ Tuhr, s. 593.

357/I³⁶⁶ düzenlemesinde yer alan ve yüklenicinin sadece eserin imalinde kullanılacak olan malzemenin iyi cinsten olmamasından sorumlu tutulacağını açıkça kaleme alan düzenlemeyi işaret etmektedir.³⁶⁷ Böylece üretici veya tedarikçi konumunda olan üçüncü kişinin yardımcı kişi sayılması sonucu borçlunun sorumluluğunun gereğinden fazla ağırlaştırılmasının önüne geçilebilir ve eser sözleşmesinin borçlusu, kanun koyucunun da öngördüğüne paralel olarak sadece malzemenin seçimindeki kusurundan sorumlu tutulabilir.



³⁶⁶ Eski kanun metninde yer alan düzenlemeye göre; “*Mütaahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mükelleftir.*” Söz konusu düzenlemenin bugünkü karşılığını oluşturan TBK 472/I’e göreyse; “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden işsahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*”

³⁶⁷ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 507.

İKİNCİ BÖLÜM: YARDIMCI KİŞİNİN FİİLİNDEN SORUMLULUĞUN

ŞARTLARI

Sorumluluğun doğması için sorumluluk tipine benzer bir somut olayın gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Söz konusu somut olay açısından sorumluluk tipini doğuracak olan genel veya özel şartların var olup olmadığı ele alınmalı ve bu doğrultuda hukuki altlandırma yapılmalıdır. Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunun doğabilmesi için aranan şartlar, sorumluluğun genel şartları ve özel şartları olmak üzere iki ana başlıkta karşımıza çıkar. Sorumluluğun genel şartları (A) uygun illiyet bağı ve (B) zararken; aranacak özel şartlar, (A) zarar gören ile yardımcı kişi kullanan arasında bir borç ilişkisinin bulunması, (B) borcun ifasının/hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılabilecek nitelikte olması, (C) ifanın/hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılmış olması ve yardımcı kişinin fiilen katılımı, (D) yardımcı kişinin borca/hakkın kullanılmasına aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olması (fonksiyonel bağ), (E) borçlunun farazi kusurunun bulunması ve (F) taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması olmamasıdır.

Şartların incelenmesine geçmeden önce, aranan genel ve özel şartların gerçekleşmesiyle birlikte borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğacağını belirtmekle birlikte, TBK 116'nın uygulanabilirliği açısından genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin de üzerinde durulması son derece önemlidir. Belirtilmelidir ki hiçbir kanun hükmü kendi başına genel hüküm ya da özel hüküm sıfatını haiz olmaz, ancak bir başka hükümle karşılaştırıldığı zaman genel ya da özel nitelikli olduğuna karar verilebilir. İşte tam da bu noktada, kanun koyucunun TBK 116'ya kıyasla daha özel nitelikli bir hüküm kaleme almış olabileceği ihtimali her zaman akılda tutulmalı ve söz konusu özel nitelikli hükmün TBK 116 yerine

uygulanacağı dikkate alınmalıdır. Bu hususa verilebilecek en net örneklerden biri TTK'nın 879. maddesidir. “*Yardımcıların kusuru*” başlığını taşıyan söz konusu düzenlemeye göre; “(I) Taşıyıcı (a) Kendi adamlarının, (b) Taşımanın yerine getirilmesi için yararlandığı kişilerin, görevlerini yerine getirmeleri sırasındaki fiil ve ihmallerinden, kendi fiil ve ihmali gibi sorumludur.” Söz konusu madde, TTK'nın uygulama alanına giren eşya taşıma sözleşmelerinde, TBK 116'ya kıyasla özel hüküm niteliğinde olduğundan öncelikli olarak uygulama alanı³⁶⁸ bulacaktır. Bir diğer örnekle, eğer sözleşmenin ifasında alt vekil kullanıldıysa, yardımcı kişiden sorumluluk değil TBK 507/2 uygulanır. Ancak kendisine kıyasla özel bir düzenlemenin bulunmaması halinde TBK 116 uygulanır.

I. GENEL ŞARTLAR : YARDIMCI KİŞİNİN DAVRANIŞLARINDAN SORUMLULUKTA UYGUN İLLİYET BAĞI VE ZARAR

Genel şartlar, sorumluluk hukuku açısından tazminat borcunun doğabilmesi için tüm sorumluluk tiplerinde aranan iki temel unsur: (A) Uygun illiyet bağı ve (B) zarardır.

³⁶⁸ Ancak belirtmemiz gerekir ki TTK bu hükmü barındırmıyorsa da taşıyıcının kendi adamlarının ya da yararlandığı kişilerin fiillerinin doğurduğu fiillerinin doğurduğu zararlardan sorumluluğu TBK'nın ilgili hükmü (somut olayın özelliklerine göre 116 veya 66) vasıtasıyla kurulabilirdi.

A. Uygun İlliyet Bağı³⁶⁹

Uygun illiyet bağı kavramı Eren tarafından; “*somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeğe genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir.*” şeklinde tanımlanmıştır.³⁷⁰

İsviçre Federal mahkemesinin tanımına göreyse uygun illiyet bağı “*olayların normal akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre bir olgunun meydana gelen türden bir sonucun doğumu açısından elverişli olması ve bu nedenle sonucun meydana gelmesinin bu olgu dolayısıyla kolaylaştığı halde*”³⁷¹ varlığı kabul edilen bağıdır. Her iki tanım da son derece paralel olmakla birlikte, tanımların ortak paydası olan “davranışın söz konusu sonucu meydana getirebilecek nitelikte (elverişli) olması ya da onun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış olması” hususunun tespiti ise tamamen günlük hayattaki tecrübelerle dayanır.³⁷² Öyleyse hayatın olağan akışı çerçevesinde, yardımcı kişinin zarar doğuran davranışının o zararı doğurmaya elverişli olması uygun illiyet bağı şartının sağlanması demektir.

TBK 116. maddesi kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için alacaklının

³⁶⁹ Şart olarak genel terim olan “illiyet bağı” değil, doğrudan “uygun illiyet bağı” tabiri tercih edilmiştir. İlliyet bağı kavramı, en temelde mantıki (tabi/doğal) illiyet bağı ve uygun illiyet bağı olmak üzere iki farklı görünümle karşımıza çıkabilir. Mantıki illiyet bağı, sonuca giden yolda gerçekleşen her davranış, hayatın olağan akışına ilişkin bir süzgeçten geçirmeksizin sebep kabul edebilmekte böylece sebep ile sonuç arasında kronolojik ve mevcut alelade bir bağılılığı yeterli görerek sorumluluğu doğurmaktadır. Bu anlayış doktrinde çok sayıda yazar tarafından sorumluluk alanını genişleteceği ve somut olay adaletinin sağlanamaması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Söz konusu eleştirilerden bir kısmı için bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 207; Atamer, Y. M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996 (Haksız Fiil), s. 41.

³⁷⁰ Tanımın alındığı eser, Eren, F.: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (Uygun İlliyet Bağı), s. 52.

³⁷¹ Karar (BGE 41 II 90, 94) için bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 209.

³⁷² Eren (Uygun İlliyet Bağı), s. 64.

uğramış olduğu zarar ile yardımcı kişinin davranışı arasında uygun illiyet bağı aranacaktır³⁷³ fakat söz konusu illiyet bağının TBK 116 açısından kendine özgü bir özellik taşıdığıının da altı çizilmelidir. Zira, zararı doğuran davranışın borcun ifasına/hakkın kullanılmasına yönelik olarak meydana gelmiş olması şartı da unutulmamalıdır. Söz konusu şart genel bir şart olan uygun illiyet bağı şartına eklenmekte ve tezin ileriki aşamalarında³⁷⁴ “fonksiyonel bağlılık” terimi ile ele alınacak olan bir özel şartı³⁷⁵ doğurmaktadır.

İllyet bağı şartı, elbette tüm sorumluluk tiplerinin olmazsa olmaz şartıdır. Ancak kusursuz sorumluluklar açısından teşkil ettiği önemin altı ayrıca çizilmelidir. Kusursuz sorumluluk tiplerinde sorumluluğun kusura bağlı olmaması (kusurun aranmaması) sonucu illiyet bağı kavramı önem kazanmakta çünkü tazminat borcu davranış ile zarar arasında doğan illiyet (neden-sonuç) bağına dayandırılmaktadır.³⁷⁶ Bu bize kusursuz sorumluluk hallerine “sebepl sorumluluğu” adının da verilmesini hatırlatmakta, zarar ile sebep arasındaki bağı kusursuz sorumluluk tipleri açısından ne derece önemli olduğunu gözler önüne sermektedir.

Uygun illiyet bağının kurulup kurulmamış olmasının, TBK 116 kapsamında doğacak olan sorumluluk açısından (sorumluluktan kurtulabilme ya da kurtulamama

³⁷³ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227; Akipek (Alt Vekalet), s. 142.

³⁷⁴ Söz konusu fonksiyonel bağ hususunu çalışmamız kapsamında ileride ele alacağımız için burada sadece değinmeyi uygun görmekteyiz. Fonksiyonel bağ şartına ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/D. Yardımcı Kişinin Borca Aykırı Bir Davranışla Alacaklıya Zarar Vermiş Olması: Fonksiyonel Bağ Şartı.

³⁷⁵ Uygun illiyet bağı şartı ile “fonksiyonel bağlılık” şartı adı altında kaleme alınacak olan şart birbirine karıştırılmamalıdır. Uygun illiyet bağı şartı, yardımcı kişinin fiilinin (hayatın olağan akışına göre yapılan bir değerlendirmeye) söz konusu zarara sebebiyet verip vermeyeceğinin ele alınmasıyken; fonksiyonel bağlılık şartı, borçlunun yardımcı kişinin hangi fiillerinden sorumlu tutulup hangi fiillerinden sorumlu tutulmayacağına ilişkin bir şarttır.

³⁷⁶ Eren (Uygun İllyet Bağı), s. 2.

noktasında) pratik bir önemi haiz olduğunun da altını çizmek gerekir. TBK 116, kanun koyucu tarafından kurtuluş kanıtı getirilebilmesi ihtimali ortadan kaldırılmış bir sorumluluk tipi olduğundan borçlunun sorumluluktan kurtulabilmek adına sığınabileceği limanlar son derece kısıtlıdır: Borçlu ya doğrudan sorumluluğun bir özel şartının somut olayda bulunmadığını (örneğin “borçlunun farazi kusuru” şartının bulunmadığını -ki bunu ileri sürüyorsa borçlunun farazi kusurunu arayan görüşü benimsenmiş demektir-) ya da illiyet bağının hiç kurulmadığını, kurulduysa da bu bağı kesen nedenlerden birinin somut olayda bulunduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Gerçekten de kurtuluş kanıtı getirebilmekten mahrum borçlunun çıkış yolu, doğrudan sorumluluğun şartlarından birini bertaraf edebilmekken, uygun illiyet bağı şartının mevcut olmadığını ispat etmeye çalışmak da bu çıkış yollarından birisidir. Bu da göstermektedir ki alacaklı açısından zararın tazmininin talep edilebilmesi için sağlanması gereken uygun illiyet bağı şartı, sağlanamaması halinde borçluyu sorumluluktan kurtarmakta ve hem alacaklı hem borçlu açısından kritik bir önem arz etmektedir.

İllyet bağını kesen sebepler³⁷⁷ TBK 116 kapsamında doğacak olan sorumluluk açısından da aynen geçerlidir ve illiyet bağının kesilmiş olması halinde sorumluluktan da bahsedilemez.³⁷⁸

³⁷⁷ İllyet bağını kesen sebepler umulmayan hal, mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ya da zarar görenin ağır kusurudur. İllyet bağını kesen nedenlerin sorumluluğu ortadan kaldıracağına ilişkin bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 227 vd.; Yavuz, C., s. 40. İllyet bağını kesen nedenlerin detaylı olarak ele alınması için bkz. Eren (Uygun İllyet Bağı), s. 174 vd.

³⁷⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1083; Serozan (Genel Hükümler), s. 287.

B. Zarar

Her şeyden önce, “zarar yoksa sorumluluk da tazminat da yoktur!” ilkesi gereği sorumluluk hukukunun farklı sorumluluk tipleri açısından ortak olarak gerçekleşmesini aradığı ve bu yönüyle de genel şart niteliği taşıyan diğer bir şart ise zararın doğmuş olması şartıdır.³⁷⁹ Örneğin, borçlunun yardımcı kişi kullanıyor olması taraflar arasındaki somut ilişkinin özellikleri dikkate alındığında her ne kadar ilişkiye aykırı kabul edilse de yardımcı kişi kullanılması sonucunda bir zarar doğmazsa tazmin edilecek bir sorumluluktan da bahsedilemez. Elbette ki zararın tazmininin gündeme gelebilmesi için, bu tazmin borcunu gerekli kılacak bir zararın doğmuş olması evleviyetle aranır.

Zararın meydana gelmesi en temelde iki farklı ihtimale dayanır. Zararın doğmasına sebep olan hareket olumlu bir hareket olabileceği gibi olumsuz bir hareket (yani bir hareketsizlik hali) de olabilir.³⁸⁰ Bir diğer ifadeyle, yardımcı kişinin zararı doğurması aktif (bir şey yapması) ya da pasif (bir şey yapmaması)³⁸¹ kalması sonucu doğabilir.³⁸² Ancak bu noktada TBK 116’dan doğan bir sorumluluğun söz konusu olması için zararı doğuran davranışın taşınması gereken özelliklere ilişkin tartışmaların varlığına işaret ederek çalışmamızın ileriki aşamalarında TBK 116 özelinde zarar kavramının yer yer³⁸³ ele alınacağına değinmekle yetinmekteyiz.

³⁷⁹ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 315; Akipek (Alt Vekalet), s. 142; Erdoğan (Genel Hükümler), s. 215; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 11; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 170.

³⁸⁰ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 97-98; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 320.

³⁸¹ Eren’in, bir şey yapmama (menfi davranış) sonucu zararın doğması haline karşılık olarak “ihmal” kavramının kullanılması halinde, söz konusu kavramın kusurun bir çeşidi olan “ihmal” kavramıyla karışabileceğine ilişkin endişelerine katılıyor ve biz de “yapmama” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Söz konusu eleştiri için bkz. Eren (Uygun İliyet Bağı), s. 135.

³⁸² Eren (Genel Hükümler), s. 1080; Eren (Uygun İliyet Bağı), s. 134-135.

³⁸³ Özellikle de fonksiyonel bağlılık şartının ele alındığı başlık altında zararı doğuracak davranışın özellikleri ve sorumluluğun hüküm ve sonuçları başlığı altında zarar kavramının karşımıza çıkabileceği

II. ÖZEL ŞARTLAR

A. Zarar Gören ile Yardımcı Kişi Kullanan Arasında Bir Borç İlişkisi

Bulunması

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun ilk şartı, zarar gören ile yardımcı kişi kullanan arasında bir borç ilişkisinin (ya da borç ilişkisi benzeri bir ilişkinin) bulunmasıdır.³⁸⁴ Bu şartın aranmasını her şeyden önce yardımcı kişiden sorumluluk kurumunu düzenleyen kanun maddesinin lafzı desteklemektedir. Zira, kanun metnine bakıldığında, eBK 100’de “*Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını...*”, TBK 116 ise “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını*” düzenlemeleriyle borç ilişkisinden doğan bir borcun ifasında ya da hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanılacağı açıkça kaleme alınmış ve zarar gören ile yardımcı kişi kullanan arasında borç ilişkisi bulunması şartı vurgulanmıştır. Ayrıca, mülga kanun zamanında, eBK 100. maddesinde yer alan “*diğer tarafa*” ibaresinin tercih ediliyor (“zarar görene karşı” ibaresinin kullanılmayarak alelade bir zarar görenin değil, doğrudan borç ilişkisinin karşı tarafının kastediliyor) olması da bu şartın aranmasının kanun metnince desteklendiği yönünde değerlendiriliyordu.³⁸⁵ Günümüz TBK 116 kapsamında bakarsak kanun

çeşitli ihtimallerden detaylı olarak bahsedileceğinden bu bölümde tekrara düşmekten kaçınmak adına söz konusu ileriki bölümlere atıf yapmakla yetinmekteyiz.

³⁸⁴ Serozan (Genel Hükümler), s. 288; Akıncı, s. 249; Erdoğan (Genel Hükümler), s. 215; Kayıhan, s. 292; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 503; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 311; Saymen/Elbir, s. 721; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 57 vd.; Yağcı, s. 80; Akipek (Alt Vekalet), s. 136; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 401; Korur, s. 36 vd.; Erten, s. 217; Feyzioğlu, s. 199-200; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 79; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 435. Kural yardımcı kişiden sorumluluğun doğması için aranacak şartlardan ilkinin yardımcı kişi kullanan ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi bulunması yönünde olsa da bunun istisnası sözleşme görüşmelerinde yararlanılan yardımcı kişi ve sözleşmenin art etkisi teorisi (*Culpa post pactum perfectum*)dir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/II. Yardımcı Kişi Kavramının Çeşitli Görünümleri/G. Sözleşme Görüşmelerinde Kullanılan Yardımcı Kişi: Görüşme Yardımcısı.

³⁸⁵ Berki (İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti), s. 71.

koyucu, mülga kanunda olduğu gibi mevcut kanunda da “*diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür*” ifadesiyle zarar gören ile borçlu arasında bir borç ilişkisini şart olarak arayacağını açıkça dile getirmektedir.

Tunçomağ’ın görüşüne göre söz konusu şartın aranmasını haklı kılan bir diğer sebep ise, TBK’nın sistematik yapısıdır. Öyle ki borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumluluğu sistematik olarak “borçların ifa edilmemesinin sonuçları” (TBK 112 vd.) arasında düzenlenmektedir.³⁸⁶ Madem ki yardımcı kişiden sorumluluk kurumu sistematik olarak borçların ifa edilmemesinin sonuçları arasında kaleme alınmıştır, ortada bir borç ilişkisi olmalıdır ki o borç ilişkisi de yardımcı kişi kullananla zarar gören arasındaki borç ilişkisinin ta kendisidir.

Kanunun sistematigi son derece önemli olmakla birlikte, borç ilişkisinin aranacağı sonucuna doktrinde yer alan çeşitli yardımcı kişi tanımlarından da ulaşılabilmektedir. Öyle ki yukarıda ele alınan farklı yardımcı kişi tanımlarında ortak unsur olarak “bir borcun ifasının ya da bir hakkın kullanılmasının borçlu tarafından kendisine bırakılan üçüncü kişi”den bahsedildiği hatırlanırsa, borçlu ile zarar gören arasında borç ilişkisinin evleviyetle aranacağı görülür. Zira, yardımcı kişi ya bir borç ilişkisinden doğan edimin ifasında ya da bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında rol alacaktır.

Şart olarak aranan borç ilişkisinin kaynağı önemli değildir.³⁸⁷ Borç ilişkisi,

³⁸⁶ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 503.

³⁸⁷ Akıncı, s. 249; Kayıhan, s. 292; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 504; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 435; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 311; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 401; Yavuz, N., (Şerh), s. 742; Berki (İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti), s. 69; Yünlü, s. 64; Feyzioğlu, s. 192; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 57; Zevkililer/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 319; Akipek (Alt Vekalet), s. 136.

sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi farklı kaynaklardan doğabilir.³⁸⁸ Mülga kanunda eBK 100’de, “akdi bir borcun” ifasından değil, kaynağı belirtilmeksizin “bir borcun ifasından” bahsedilmesi de borcun kaynağının önem arz etmediğini açıkça göstermekteydi.³⁸⁹ Günümüz TBK 116 kapsamında bakarsak da yine bir borcun ifasından veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasından bahsedildiği için borç ilişkisinin kaynağının önemli olmayacağı bizzat kanun metninden de anlaşılmaktadır.

Kanundan doğan borç ilişkisine örnek olarak TMK 122 işaret edilebilir.³⁹⁰ Nişanlanmada hediyelerin iadesini düzenleyen TMK 122. maddesi dikkate alındığında, hediyelerin iadesinde iade yükümlüsünün yardımcı kişi kullanmasına hiçbir engel yoktur. Ancak söz konusu yardımcı kişi bir zarar meydana getirirse, TMK 116. maddesi kapsamında iade yükümlüsünün yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu doğar. Evlilik dışı çocuğun nafakasını ödeme borcu altındaki babanın yardımcı kişi eliyle borcu ifa etmesi de örnek gösterilebilir.³⁹¹ Dahası, kanundan doğan bir hakkın kullanılmasına dahil olan kişiler de borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğurur. Örneğin; TMK 747 kapsamında kanuni geçit hakkına sahip olan kişinin genel yola çıkarken ona eşlik eden misafirleri (kullanma yardımcıları) bir

³⁸⁸ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1133. Ayrıca, Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 77, dn. 77’de Spiro tarafından ileri sürüldüğü belirtilen görüşe göre, borçlanılmamış edimin ifasının doğurduğu sebepsiz zenginleşmede, zenginleşenin yardımcı kişisinden sorumlu tutulmayacağına ilişkin bir görüş mevcuttur. Ancak bizim hukuk sistemimizde TBK 116 kapsamında borç ilişkisinin kaynağına ilişkin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, yardımcı kişi kullanılması halinde TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğabileceğinin ileri sürülmesi kanaatimizce daha yerinde gözükmektedir. Dahası, yardımcı kişi kullanılan borç ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklanmasının da mümkün olduğunu işaret etmek gerekir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 58, dn. 4).

³⁸⁹ Berki (İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti), s. 69; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 76; Korur, s. 36; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 435.

³⁹⁰ Örnek için bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1072.

³⁹¹ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1133; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 504.

zarar doğurursa, geçit hakkı sahibinin TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğabilir.

Haksız fiilden doğan borç ilişkisinde yardımcı kişi kullanılmasına ise, zarar görene zarar veren haksız fiil failinin zararı tazmin etmek amacıyla ödeyeceği bir miktar parayı yardımcı kişi eliyle mağdura ulaştırması ancak bu senaryoda yardımcı kişinin davranışı ile bir zararın doğması hali örnek gösterilmektedir.³⁹²

Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcunda TBK 116 kapsamında sorumluluğun söz konusu olabileceğine ilişkin örnek ise çalıntı malı iade etmek isteyen hırsızın yardımcı kişi kullanması ve bu yardımcının fiillerinden bir zarar doğması halidir.³⁹³

Vekaletsiz iş görmeden doğan bir borç ilişkisinde de TBK 116 kapsamında sorumluluk gündeme gelebilir.³⁹⁴ Örneğin, acile tedavi edilmek üzere bilinci kapalı şekilde gelen hasta ile tedavi sözleşmesi akdetmişçesine hastanın tedavisini üstlenen hastane arasında bir vekaletsiz iş görme ilişkisi söz konusudur ve hastanenin yardımcı kişisi olan doktorlarının fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğabilir.³⁹⁵

Dahası, tek taraflı hukuki işlemlerden doğan borçların ifasında da yardımcı kişi

³⁹² Eren (Genel Hükümler), s. 1072; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1133.

³⁹³ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 504; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 77.

³⁹⁴ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 63.

³⁹⁵ Kıcalıoğlu, s. 369. Hastanenin (veya benzeri klinik gibi yapılanmaların) çalıştırdığı doktorun fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumluluğuna ilişkin: İlgili kararda (bkz. Yarg. 15. HD, T. 7.1.2019, E. 2018/5219, K. 2019/46 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019)), kendisine yapılan rinoplasti (burun estetiği) ameliyatı sonucu maddi-manevi zarar talep eden hastaya karşı hastanenin de TBK 116. maddesi uyarınca sorumlu tutulacağı karara bağlanmıştır. İlgili bir diğer kararda (bkz. Yarg. 15. HD, T. 12.10.2017, E. 2017/1711, K. 2017/3417 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019)) diş hekiminin yanlış tedavisi sonucu doğan maddi-manevi zararın tazmininde TBK 116 kapsamında sorumluluğun bulunup bulunmadığı tartışılmıştır.

kullanılması söz konusu olabilir.³⁹⁶ Örneğin, vasiyetnameden doğan yükümlülüklerin ifasında yardımcı kişiden yararlanılabilir ve yardımcı kişinin fiilinden bir zararın doğması halinde TBK 116 kapsamında sorumluluk söz konusu olur.

Nihayet, uygulamada en sık karşımıza çıkan borç ilişkisi ise elbette ki sözleşme ilişkisidir. Alacaklı ve borçlu arasında sözleşme serbestisi ilkesi gereği sonsuz olasılıkta borç ilişkisi kurulabilir. Bu olasılıklardan biri de kendi içinde yine sonsuz olasılığı barındıran sözleşme ilişkisidir. Söz konusu sözleşmeler isimli veya isimsiz ve tipik ya da atipik nitelik taşıyabilir.³⁹⁷ Ancak sözleşme ilişkisinde kullanılan yardımcı kişi kavramını somutlaştırmak amacıyla çeşitli örnekler işaret edilirse: Berber ve Mehmet arasında Mehmet'in saçlarının dilediği modelde kesilmesi üzerine bir eser sözleşmesi kurulduysa ve berber söz konusu sözleşmenin ifasını yanında çalıştırdığı çırağa bıraktıysa, çırağın dikkatsizliği sonucu Mehmet'in kulağını kesmesi halinde berber, yardımcı kişi kullanan borçlu sıfatıyla sorumlu olacaktır.³⁹⁸ Bir başka örnek ise, bir eşyanın tamirine ilişkin olarak kurulmuş olan eser sözleşmesinde, borçlunun yardımcı kişisi ifaya ilişkin bir davranışıyla söz konusu eşyada bir zarar doğurursa, borçlunun ifa yardımcısından sorumluluğunun doğacak olmasıdır.³⁹⁹ Somutlaştırırsak,

³⁹⁶ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 76.

³⁹⁷ İsimli-isimsiz ve tipik-atipik sözleşme sınıflandırmasının altında yatan en güçlü etmen elbette ki sözleşme özgürlüğü kavramıdır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki isimli-isimsiz sözleşme ve tipik-atipik sözleşme kavramları birbirine karıştırılmaması gereken kavramlardır. Öyle ki isimli-isimsiz sözleşme kavramının sınırlarını çizerken ele alınan ölçüt söz konusu sözleşme tipinin tüm esaslı unsurlarıyla kanun tarafından düzenlenip düzenlenmemesi, tipik-atipik sözleşme ayrımında ölçüt sözleşme tipinin, uygulama açısından alışagelmış bir sözleşme halini alıp almadığı sorunudur. Zira Kuntalp'in nitelendirmesiyle "*İsimli-isimsiz sözleşmeler ayrımının normatif düzenlemeden hareket etmesine karşılık, tipik-atipik ayrımı hukuki gerçekliği temel almaktadır.*" (bkz. Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Bası, Ankara 2013, s. 7). Söz konusu isimli-isimsiz ve tipik-atipik sözleşme sınıflandırmasının felsefi temeli ve sözleşme özgürlüğü ile bağlantısı için bkz. Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.

³⁹⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1072.

³⁹⁹ Kayıhan, s. 292.

musluk tamir ustası, ev sahibinin banyo musluğunu tamir etmeyi üstlendiği sözleşme ilişkisinin ifası için yanında çalışan çırağını gönderir ancak tamir esnasında çırak musluğu kırarak onarılamaz hale getirirse, ustanın yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu gündeme gelecektir. Dahası, sipariş edilmiş olan mutfak dolabının kurulumuna çırağını gönderen satıcı, çırağın borcun ifasına ilişkin olarak alıcıya verdiği zararlardan sorumlu tutulacaktır.⁴⁰⁰ Hekim, hastası ile arasındaki vekalet akdinin ifasında, hem teşhis hem de tedavi safhasında yardımcı kişi kullanmış ve hasta, yardımcı kişinin fiillerinden bir zarar görmüşse hekim TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacaktır.⁴⁰¹ Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde kullanma yardımcısının fiillerinden sorumluluğa yönelik bir örnek⁴⁰² verilirse, taşınmazda kiracı ile birlikte oturan aile üyelerinin, misafirlerin, temizlik ve tadilat için kiracı tarafından çağırılan kişilerin kiracı ile kiralayan arasındaki kira sözleşmesinin konusu taşınmaza zarar vermeleri halinde, kiracının TBK 116 kapsamında kullanma yardımcısının fiillerinden sorumluluğu doğar. Görülüşü gibi örnekleri çoğaltabilmek mümkündür.

Zarar gören ile borçlu arasında aranan borç ilişkisinin varlığı şartının kabul edilmesi için, alacaklı ve borçlu birbirini tanımıyor ve hatta hiç karşı karşıya gelmemiş olabilir. Örneğin,⁴⁰³ bir otobüs firmasının aracına, şoföre (veya muavine) ödediği para karşılığında binen kişi ile firma arasında ya da bir restoranın lobisinde garson tarafından emanet (palto, çanta, şapka vb.) teslim alınırsa restoran ile müşteri arasında

⁴⁰⁰ Akıncı, s. 249.

⁴⁰¹ Erman, H.: *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1988, s. 143-155, s. 153.

⁴⁰² Örnek için bkz. Yağcı, s. 82.

⁴⁰³ Örnekler için bkz. Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1131; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 503-504. Sözleşme ilişkisinin kurulması için alacaklı ve borçlunun birbirini tanıması gerekmemesine örnek gösterilen bu iki somut olay, Federal Mahkeme Kararlarında da dile getirilmiştir. Bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 503-504.

bir borç ilişkisi doğmuş sayılır. Ancak alacaklı, ne otobüs firmasının ne de restoranın sahibi/yetkili temsilcisi ile yüz yüze gelmiştir. Bu senaryolarda, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, muavine teslim edilen bavulun kaybolmasından ya da garsona emanet edilen paltonun zarar görmesinden, TBK 116 kapsamında borçlunun (otobüs firmasının veya restoran sahibinin) sorumluluğu doğar.

Borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi yoksa, yardımcı kişiden sorumluluk değil, eğer şartları varsa ancak ve ancak istihdam edenin sorumluluğu söz konusu olabilir.⁴⁰⁴ Yukarıdaki örnekte yer alan senaryoyu biraz değiştirerek, çırağın dolabın kurulumuna giderken yolda kaza yapması ve bir üçüncü kişiye zarar vermesi ihtimali düşünülürse, zarar gören ile borçlu arasında bir borç ilişkisi bulunmadığından TBK 116 uygulanmaz ama borçlu (şartları gerçekleştiyse) üçüncü kişiye karşı ancak ve ancak adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK 66) kurumu kapsamında sorumlu tutulabilir.⁴⁰⁵

TBK 116 kapsamında yardımcı kişi kullanan ile zarar gören arasında aranacak olan borç ilişkisinin zararın tazmini, ya da öğrenilmesi anında mevcut olması aranmaz. Zira, önemli olan zararın doğması anında aralarında bir borç ilişkisinin bulunması ve zararın da bu ilişkiye dahil edilen yardımcı kişinin fiillerinden doğmuş olmasıdır.

⁴⁰⁴ Çalışmamızda bu husus, TBK 116 ile TBK 66'nın karşılaştırıldığı bölümde detaylı şekilde ele alınmıştır (bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/4. Sorumlulukların Borçluyula Zarar Gören Arasında “Borç İlişkisinin Mevcudiyetinin Şart Olup Olmaması” Açısından Karşılaştırılması).

⁴⁰⁵ Akıncı, s. 250.

Nihayet altı çizilmesi gereken son nokta, zarar verenin de zarar görenin de aynı borçlunun yardımcı kişileri olabileceği ihtimalidir. Örneğin⁴⁰⁶, devlet tiyatrolarında sahne almak üzere anlaşılmış olan sanatçının provalar esnasında sahne amirinin dikkatsizliği sonucu yaralanması halinde hem zarara uğrayan hem de zarar veren devlet tiyatrosunun yardımcı kişileridir ve tiyatronun yaralanan sanatçıya karşı TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar. Dahası, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun doğması açısından bir diğer ihtimal de iş sözleşmesi altında çalışan işçilerin birbirlerinin davranışlarından zarar görmesi halidir. Yardımcı kişi kullanan işveren ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi olması şartı, bu ihtimalde iş sözleşmesinin varlığı ile sağlanmaktadır. Ayrıca (borçlu konumundaki) işverenin, işçinin kişiliğini koruma borcunu (TBK 417⁴⁰⁷) bir üçüncü kişiye (yardımcısına) bırakmasından doğan zararlardan TBK 116, borçlunun işçinin kişiliğini koruma borcunu kendi ihlal etmesi halinde doğan zararlardansa TBK 112 kapsamında sorumluluğunun doğacağına işaret edilmelidir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Serozan (Genel Hükümler), s. 437 vd. (bkz. “*Sahnedeki Düşen Saprano*” başlıklı pratik çalışma, 3 numaralı soru).

⁴⁰⁷ İş sözleşmesinde işverenin yan borçlarından biri de (ki doktrinde bunun asli borç olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Uslan, s. 18 vd.) işçiyi gözetme borcudur. “*İşçinin kişiliğinin korunması*” başlığını taşıyan TBK 417, işverenin bu borcunu: “(I) İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. (II) İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmamak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. (III) İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.” düzenlemesiyle kaleme almıştır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) ise daha detaylı düzenlemelerle işverenin işçiyi gözetme borcunu düzenleme altına almıştır.

⁴⁰⁸ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 158.

B. Borcun İfasının/Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye

Bırakılabilecek Nitelikte Olması⁴⁰⁹

Borçlar hukukunun mihenk taşı oluşturduğu ifa modaliteleri, borcun taraflarının tatminini sağlayacak şekilde ifa edilmesi için, (1) kimin, (2) kime, (3) ne zaman, (4) nerede ifa edileceğini ve (5) ne ifa edileceğini belirler. Söz konusu modalitelerden ‘‘kimin’’ ifa edeceği sorunu, TBK 83. maddesinde açıkça belirtilmektedir. ‘‘*Şahsen ifa zorunluluğunun olmaması*’’ başlığı altında kaleme alınan maddeye göre; ‘‘*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*’’

Ancak yukarıda⁴¹⁰ da bahsedildiği üzere, borçlunun şahsen ifa/hakkın kullanılması yükümlülüğünün bulunması yardımcı kişi kullanılmasına engel değildir. Zira, önemli olan yardımcı kişiye bırakılacak olan ifa/hakkın kullanılması hareketinin borçlu dışında biri tarafından yerine getirilebilecek nitelikte olması, ve bundan alacaklının tatmininin ve menfaatinin zarar görmüyor olmasıdır. Bu halde caiz yardımcı kişinin varlığında, aksi takdirde caiz olmayan yardımcı kişi kavramından söz edilir.

Bu kapsamda borçlunun kişisel olarak yerine getirmesi gereken (ifaya veya hakkın kullanılmasına ilişkin) bir davranışı yardımcı kişi eliyle (ki bu durumda caiz

⁴⁰⁹ Her ne kadar bu özel şartın literatürde genel olarak ‘‘borcun ifasının/hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılabilecek nitelikte olması’’ olarak kaleme alındığını görsek de (ve biz de bu sebeple bu şekilde kaleme almış olsak da) borcun ifası ya da hakkın kullanılmasının kendi içerisinde çok sayıda farklı hareketi ihtiva edebileceği gerçeği dikkate alınır, ‘‘yardımcı kişiye bırakılan ifa ya da hakkın kullanılması hareketinin yardımcı kişiye bırakılabilecek nitelikte olması’’ ifadesini daha yerinde bulduğumuzu daha işin başından ifade etmek isteriz. Ancak bu şartın aranması fikrine katılıp katılmadığımız ilerleyen sayfalarda tartışılacaktır.

⁴¹⁰ Borçlunun şahsen ifa yükümlülüğü olmaması hususunun detaylı olarak ele alındığı bölüm için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/II. Yardımcı Kişi Kavramının Çeşitli Görünümleri/B. Caiz Olan ve Olmayan Yardımcı Kişi.

olmayan yardımcı kişi söz konusu olacaktır) gerçekleştirmesi halinde TBK 116'nın uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışmanın ele alınması gerekir.

1. Baskın görüş

Doktrinde baskın olan görüşe göre; borcun ifasının ya da hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılabilecek nitelikte olması (bir diğer ifadeyle borcun ifasının ya da hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılmasının borca aykırılık teşkil etmemesi) TBK 116'dan doğan bir sorumluluğun doğabilmesinin şartıdır.⁴¹¹ Zira, borçlunun bizzat ifa/hakkı kullanma yükümlülüğü altında olduğu ve buna rağmen yardımcı kullandığı (ve bu sebeple de süreci yardımcı kişi ile yürütmesinin borca aykırılık teşkil ettiği) hallerde, artık yardımcısının somut olayda borca aykırı veya uygun davranıp davranmadığı hukuki sorumluluk açısından önem arz etmeyen bir vakiadır. Yardımcı kişi ister borca harfî harfine uygun davranmış olsun, ister tam tersi tamamen borç ilişkisine aykırı hareket etmiş olsun, alacaklı her ihtimalde salt yardımcı kişi kullanmasının doğurduğu borca aykırılıktan sorumludur.⁴¹² Gerçekten de borçlunun hukuken yardımcı kişi kullanmasının caiz olmadığı hallerde yardımcı kişi kullanarak bir borcu ifa etmesi veya bir hakkı kullanması açıkça (geniş anlamda) hukuka aykırıdır. Söz konusu hukuka aykırılık bir borç ilişkisinden kaynaklanması yönüyle de borca aykırılık teşkil etmektedir.

⁴¹¹ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 438; Kayıhan, s. 291.

⁴¹² Kılıçoğlu (Genel Hükümler), s. 819.

Borçlunun borca aykırı bu davranışı ile alacaklının bu davranıştan doğacak zararı arasında uygun nedensellik bağı bulunduğu gerçeği de dikkate alınır, borçlu borca aykırı davranışı ile neden olduğu zarardan sorumludur ve bu sorumluluk TBK 112. maddesi kapsamında belirlenecektir.⁴¹³

Diğer bir anlatımla, borçlunun borcunu bizzat ifa/hakkı bizzat kullanma ile yükümlü olduğu durumlarda, alacaklının borcun bir başkası tarafından ifa edilmesi karşısında hukuki ilişkiden doğacak olan tatminine ilişkin menfaati ya ciddi derecede azalmakta ya da tamamen ortadan kalkmaktadır. İşte bu görüşün taraftarlarına göre alacaklının bu zararını dikkate alan kanun koyucu, alacaklı açısından borcun borçlu tarafından ifa edilmesinin/hakkın kullanılmasının bu derece önemli olduğu bir somut olayda, borçlu tarafından yardımcı kişiye bırakılmasını “borca aykırılık” niteliği taşıyan (doğrudan TBK 112. maddesinin uygulama alanına giren) ve TBK 116’nın hiç uygulanmayacağı bir alan olarak düzenlemiştir.⁴¹⁴ Zira, alacaklıyla borçlu arasındaki ilişkiye üçüncü kişinin dahil edilmesi caiz olmamasına rağmen yardımcı kişi eliyle borcun ifası ya da hakkın kullanılması söz konusu olursa, bu davranış doğrudan “sözleşme kusuru” olarak nitelendirilir ve TBK 112 kapsamında bir sorumluluk doğar.⁴¹⁵

⁴¹³ Tandoğan (Mes’uliyet), s. 441; Kılıçoğlu (Genel Hükümler), s. 819.

⁴¹⁴ Remzi/Aydın, s. 297; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 432 ve 438; Reisoğlu, S., s. 350; Kayıhan, s. 291; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 509; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227; Nomer (Genel Hükümler), s. 312; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 311; Tuhr, s. 590; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 401; Narter, s. 147; Kayar, s. 135.

⁴¹⁵ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1140. Ayrıca burada altı çizilmesi gereken husus, sözleşme ilişkisinde açıkça izin verilmemesine rağmen yardımcı kişi kullanarak adeta göz göre göre lades yapan borçlunun, zarar mücbir sebepten doğsa bile, haksız olarak yardımcı kişi kullanılması halinde TBK 112 kapsamında yine sorumlu tutulacak olmasıdır.

TBK 116. maddesine göre borçlu, yardımcısının fiillerinden borcun ifasını ya da hakkın kullanılmasını yardımcısına ‘*kanuna uygun surette bırakmış olsa bile*’ diğer tarafa verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. ‘*Kanuna uygun surette bırakmış olsa bile*’ ifadesi ayrıca ele alınılması gereken bir husustur çünkü aslında bahsettiğimiz baskın fikre göre, madde düzenlemesinde yer alan bu ifadenin varlığına ihtiyaç yoktur, zaten TBK 116’ dan sorumluluğun doğabilmesi için borcun ifası/hakkın kullanılması kanuna uygun suretle bırakılmış (caiz) bir yardımcı kişi söz konusu olmalıdır. Zira, borçlunun bizzat ifa etmek zorunda olduğu bir edimi yardımcı kişi kullanarak ifa etmesi halinde, (ki bu ihtimal kanuna aykırı surette bırakmış olması ihtimalidir) yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk söz konusu olmaz. Bu ihtimalde borçlu hiç şüphesiz TBK 112’de düzenlenen yükümlülüğünü ihlal etmiş bulunmakta ve bu davranış hukuken açıkça ‘borca aykırılık’ şeklinde nitelendirilmektedir. Öyleyse, borçlunun bizzat kendisinin ifa etmesi gereken bir borcu üçüncü kişi vasıtasıyla ifa etmesi halinde doğacak tüm zararlardan TBK 112. maddesi kapsamında sorumluluğu gündeme gelecek ve TBK 116 uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak borçlu somut ilişkinin özellikleri itibariyle yardımcı kişi kullanabiliyorsa (daha doğru bir anlatımla yardımcı kişi kullanması caiz ise), bu durumda yardımcı kişinin eylemlerinden borçlunun kusursuz sorumluluğu gündeme gelecek ve TBK 116. maddesinde düzenlenmiş olan ‘yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluk’ kurumu uygulanacaktır. Görüldüğü gibi bu görüş kapsamında TBK 116’nın uygulanabilmesinin ön koşulu zaten borçlunun yardımcı kişiye borcun ifasını ya da hakkın kullanılmasını kanuna uygun suretle bırakmış olmasıdır. Aksi takdirde TBK 116 değil, borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulur. Kanun maddesinin lafzında yer alan söz konusu ‘*kanuna uygun surette bırakılmış olsa bile*’ ifadesi Serozan

tarafından da eleştirilmiştir zira Serozan'ın da belirttiği üzere borcun ifası ya da hakkın kullanılması kanuna aykırı surette yardımcı kişiye bırakılırsa, o zaman zaten borca aykırılık söz konusu olur.⁴¹⁶ Nihayet, baskın görüşün kabul edilmesi halinde kanun koyucu, “kanuna uygun suretle bırakılmış olsa bile” ifadesiyle zaten TBK 116'nın uygulanabileceği ihtimali kaleme alarak malumun ilamından başka bir şey yapmamıştır.

Böylece doktrinde kabul gören baskın görüş kapsamında, yardımcı kişi kavramının görünümlerinden olan “caiz olan-olmayan” yardımcı kişi ayırımına ilişkin, tümden gelim metodundan yararlanarak şu çıkarımı yapabilmek de mümkün gözükmemektedir. Eğer ki yardımcı şahsın davranışının doğurduğu zarardan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu söz konusuysa yardımcı kişi kullanmanın caiz olduğu, TBK 112 kapsamında sorumluluğu doğuyorsa da caiz olmayan yardımcının kullanıldığı sonucuna varılabilir.⁴¹⁷

Yardımcı kişi kavramı, ilk adımda her ne kadar bir borcun ifa edilmesinde yardımcı olan ifa yardımcısı olarak düşünülse de elbette ki bir hakkın kullanılmasına yardımcı olan kişiler de bu kapsama girmektedir. Bu kapsamda baskın görüşe ilişkin olarak yukarıda zikredilen kurallar hem ifa yardımcısı hem kullanma yardımcısı için aynen geçerlidir. Öyleyse, hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanması caiz olmayan borçlunun yardımcı kişi kullanması veya caiz olmasına rağmen hakkını kullanacak kişiyi gerekli özeni göstermeden seçmesi hallerinde de TBK 112. maddesi kapsamında bir borca aykırılık söz konusu olacakken⁴¹⁸, söz konusu hakkın

⁴¹⁶ Serozan (Genel Hükümler), s. 285.

⁴¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 892.

⁴¹⁸ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 434.

kullanılmasında yardımcı kişi kullanması caiz olan borçlunun yardımcı kişiyi seçmekte gerekli özeni göstermesine rağmen (yardımcı kişinin davranış/larıyla) bir zararın doğması halinde TBK 116. maddesinde düzenlenen sorumluluk hali (diğer şartlarının da var olması kaydıyla) gündeme gelecektir. Öz'ün örneğiyle, eğer ki kiracı kira konusu şeyi, akrabaları dışında kişilere sürekli olarak kullandırıyor (zira aile dışında kalan kişilere sürekli olarak kira konusu şeyin kullandırılması taraflar aralarında anlaşmadıkça caiz kabul edilmemektedir) bu kişilerin davranışlarından doğan zararlardan sözleşmeye aykırılık kapsamında TBK 112. maddesi ile sorumlu olacakken aile efradından olan kişilerin veya geçici süreli misafirlerinin (caiz yardımcı kişilerin) kullanımından doğan zararlardan TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacaktır.⁴¹⁹

2. Karşıt Görüş

Somut olayda caiz olan ya da olmayan yardımcı kişinin kullanılıyor olmasının pratik sonucu⁴²⁰ şu sorudan kaynaklanır: Kişinin borcun ifasına/hakkın kullanılmasına ilişkin hareketi caiz olmayan yardımcı kişiye bırakması halinde de TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar mı? Yukarıda açıklanan baskın görüşe göre, caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlunun bu davranışı başlı başına borca aykırılık

⁴¹⁹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 434.

⁴²⁰ Caiz olan ya da olmayan yardımcı kişi kullanılmış olmasının bir diğer pratik sonucuysa yardımcı kişiden sorumsuzluk anlaşması açısından karşımıza çıkar. Söz konusu pratik önemin ele alındığı bölüm için bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/F. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşması Olmaması/1. Genel Açıklamalar.

teşkil edeceğinden sorumluluk TBK 116 kapsamında değil TBK 112 kapsamında doğar.⁴²¹ Böylece TBK 112 kapsamında sorumlu tutulan borçlu, caiz olmayan yardımcı kişi kullanmada kusuru olmadığını ispat etmedikçe TBK 112 kapsamında sorumludur,⁴²² ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

Ancak TBK 116'nın uygulama alanının sadece “caiz olan yardımcı kişilerden sorumluluk” şeklinde daraltacak olan bu görüş şu sebeplerle eleştirilebilir: Eğer ki bu görüş benimsenirse, borçlu caiz olmayan yardımcı kişi kullanır ve zarar doğarsa TBK 116 işletilmez, borçlunun TBK 112'ye göre sorumluluğu kabul edilir. Bu durumda (TBK 112 gereği) caiz olmayan yardımcı kişi kullanmada kusuru olmadığını ispat eden borçlu sorumluluktan kurtulacaktır. Öte yandan caiz olan yardımcı kişi kullanan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar ancak caiz yardımcı kişi kullanmada kusuru olmadığını ispat ederek ya da başka bir kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamaz. Öyleyse sonuç, caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlunun sorumluluktan kurtulmasına açık kapı bırakarak onu caiz yardımcı kişi kullanan borçluya kıyasla daha avantajlı bir duruma getirmekte, caiz yardımcı kişi kullananı cezalandırırken caiz olmayan yardımcı kişi kullananı ödüllendirmektedir ki bu sonuca mantıklı bir açıklama getirebilmek mümkün gözükmemektedir.⁴²³

⁴²¹ Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 77; Saymen/Elbir, s. 719; Feyzioğlu, s. 197; Nomer (Genel Hükümler), s. 312; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 111-112.

⁴²² Ancak bu görüşü savunan yazarlar sorumluluğun sınırlarını çizibilme noktasında buluşamamıştır. Zira, bir görüşe göre sorumluluğun sınırları öylesine geniş çizilmiştir ki borçlu caiz olmayan yardımcı kişinin kusursuz olarak verdiği zararlardan, haksız fiillerinden ve hatta tesadüfi olarak doğan zararlardan dahi sorumlu tutulacağı işaret edilmiştir. Ancak bu görüşün karşısındaki yazarlar, borçlunun caiz olmayan yardımcı kişi kullanılmış olmasının uygun sonucu olan zararlardan sorumlu tutulabileceğini, diğer zararlara borçlunun caiz olmayan yardımcı kişi kullanması arasında bir bağlantı bulunmadığını ileri sürmektedir. Görüşlerin karşılıklı olarak incelenmesi için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 112.

⁴²³ Aynı yönde, Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 113; Yağcı, s. 54-55; Akipek (Alt Vekalet), s. 133-134.

Dahası, hem eBK 100 hem de TBK 116'nın lafzı, sorumluluk tipinin caiz olmayan yardımcı kişiden sorumlulukta da uygulanabilmesine elverişlidir. Zira kanun koyucu TBK 116'da “...yardımcılarına kanuna uygun surette bırakılmış olsa bile” (eBK 100'de “... velev kanuna muvafık surette tevdi eden...”) düzenlemesiyle, yardımcı kişi kullanımı caiz olsa bile bundan sorumluluğun doğacağını belirtmekte, “bile” nin cümle yapısına kattığı anlam sebebiyle borçlu caiz olan yardımcı kişiden bile sorumlu tutuluyorsa caiz olmayan yardımcı kişiden evleviyetle sorumlu tutulmaktadır.⁴²⁴ Öyle ki söz konusu ifadenin TBK 116'da yer alıyor olmasını kanuna aykırı suretle borcun ifası/hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılması halinde de TBK 116'dan sorumluluğun doğacağı şeklinde nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmekte ve tüm bu sebepler dikkate alındığında, caiz olmayan yardımcı kişinin fiillerinden sorumlulukta da TBK 116'nın uygulama alanı bulması gerektiğinden bahsedilmektedir.

3. Değerlendirme

Nihayet, caiz olan yardımcı kişiden sorumlulukta TBK 116 tartışmasız uygulanmakta ancak caiz olmayan yardımcı kişiden sorumlulukta münhasıran TBK 112'nin uygulanması gerektiğini düşünen görüşe karşılık TBK 116'nın da uygulanabileceğini savunan görüş bizce üstünlük taşımaktadır⁴²⁵. Bu görüşün

⁴²⁴ Kanunun lafzına ilişkin aynı yönde yorum için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 113; Yağcı, s. 55.

⁴²⁵ Çalışmamız kapsamında değinilmeyen ve TBK 112'nin mi yoksa TBK 116'nın mı uygulanması gerektiğini “temas unsuruna göre” belirleyen üçüncü bir görüş için bkz. Yünlü, s. 128-130.

benimsenmesi ile, (hemen yukarıda kaleme alındığı üzere) caiz yardımcı kişi kullanan borçlunun adeta cezalandırılırken caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlunun sorumluluktan kurtulma kapısı açık bırakılarak⁴²⁶ adeta ödüllendirilmesi gibi hem hakkaniyetle hem de mantıkla bağdaşmayan bir sonucun önüne geçilmiş olur. Kaldı ki aksinin benimsenmesi, borçluyu caiz yardımcı kişi kullanmaktansa caiz olmayan yardımcı kişi kullanmaya teşvik etmez mi? Dahası, caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçluya TBK 112 uygulanarak sorumluluktan kurtulma kapısı açık bırakılırken, caiz yardımcı kişi kullananı kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir sorumluluk tipi olan TBK 116'ya göre sorumlu tutmak normun dürüstlük kuralına aykırı uygulanmasından başka bir şey değil midir? Nihayet, düşüncemizin bir diğer güçlü dayanağı bizzat TBK 116'nın lafzında yer alan *‘Borçlu, ... yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.’* ifadesinden hareketle kanuna aykırı surette bırakmışsa evleviyetle sorumlu tutulacağı ve bu yoruma cevaz verecek ifadenin kanun koyucu tarafından TBK 116'nın içeriğine dahil edilmiş olmasının arkasında caiz olmayan yardımcı kişinin fiillerinden doğacak zararlardan da borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulması düşüncesi yatar. Ancak borçlunun caiz olmamasına

⁴²⁶ Zira, yukarıda da kaleme alındığı üzere borçlu, caiz olmayan yardımcı kişinin fiillerinden TBK 112 kapsamında sorumlu tutulması halinde, teorik de olsa TBK 112'nin kendisine sağladığı *‘... borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.’* dayanağından yararlanarak *‘caiz olmayan yardımcı kişi kullanmada ve alacaklının zarar görmesinde kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini’* ispatlayarak sorumluluktan kurtulma olanağına sahiptir. Bu noktada iğneyi kendimize batırmak adına bir öz eleştiri yaparsak, *‘caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlu nasıl caiz olmayan yardımcı kişi kullanmakta kusuru olmadığını ispat edip de sorumluluktan kurtulabilir ki? Zaten bizzat caiz olmayan yardımcı kişi kullanıyor olması kusurdur!’* soru ve eleştirisi sunulabilir. Elbette ki hayatın olağan akışı gereği borçludan caiz olmayan bir yardımcı kişi kullanıyor olduğunu biliyor olması beklenir ve dolayısıyla eğer caiz olmayan yardımcı kişi kullanıyorsa en azından hafif kusurla ya da kuvvetle muhtemel kasti şekilde caiz olmayan yardımcı kişi kullandığından bahsedilebilir. Ancak borçlunun caiz olmayan yardımcı kişi kullanmada ve alacaklının zararında hiçbir kusuru bulunmayan bir somut olay kurgulayabilmek (ve TBK 116'ya mı yoksa TBK 112'ye mi tabi olduğunun pratik anlamda ciddi önem arz ettiğini ispatlayabilmek) mümkündür.

rağmen yardımcı kişi kullanması elbette ki borca aykırılık niteliği taşımaya ve borçlunun TBK 112 kapsamında sorumluluğunu doğurmaya devam eder. Öyleyse benimsediğimiz görüş kapsamında, caiz olmayan yardımcı kişiden sorumlulukta hem TBK 116'nın hem de TBK 112'nin uygulanabileceğini belirterek bu durumda talep haklarının yarışacağını altı çizilmelidir.⁴²⁷

Her ne kadar borçlunun, somut olayın özellikleri dikkate alındığında yardımcı kişi kullanmasının caiz olup olmadığı doktrinde yer alan tartışmanın hareket noktası olsa da yardımcı kişi kullanma hakkını haiz bir borçlunun kullanacağı yardımcı kişiyi seçmekte gerekli özeni göstermemesi hali de bir borca aykırılık halidir. Zira, yardımcı kişi kullanmaya yetkili olan borçlunun borç ilişkisi kapsamında en temel yükümlülüklerinden biri, yardımcısını seçerken gerekli özeni göstermek ve böylece yanlış bir seçimin yaratabileceği olumsuzlukları daha baştan bertaraf etmektir. Aksi halde hareket eden özensiz borçlu da hem TBK 112. maddesi kapsamında borca aykırılıktan sorumlu olacak⁴²⁸ hem de (diğer şartların da gerçekleşmesi halinde) TBK 116'dan sorumlu tutulabilecektir. Yardımcı kişi kullanması caiz borçlu, üzerine düşen özeni göstererek bir yardımcı seçerse (yani ortada yardımcı kişinin seçiminden doğan bir borca aykırılık kalmazsa) alacaklının söz konusu yardımcının fiilinden zarar görmesi halinde bu zararın alacaklı üzerine yıkılmasını doğru bulmayan kanun koyucu, bu eksikliği TBK 116. maddesinde düzenlediği kusursuz sorumluluk hali ile tamamlayacaktır. Böylece her ne kadar borçlu, yardımcı kişi kullanmasının caiz olduğu somut olayda gerekli tüm özeni göstererek bir yardımcı kişi seçiminde bulunsa

⁴²⁷ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 113-114; Yağcı, s. 55.

⁴²⁸ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 433; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1140; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 509.

da TBK 116. maddesinin şartlarının gerçekleşmesiyle doğan zarardan sorumlu tutulacaktır.⁴²⁹

Nihayet, belirtilmelidir ki birbirine karıştırılmaması gereken iki sorumluluk hali, şahsen idare görevinin ihlalden doğan sorumluluk ile yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluktur. Şahsen idare görevinin ihlal edilmesinden doğan sorumluluk, yüklenicinin tamamen kendi kusuru ile sorumluluğunun doğacağı bir tazminat sebebiyken, yardımcı kişiden sorumluluk başkasının (yardımcı kişinin) fiilinden doğan zararın tazmin borcunu doğurur.⁴³⁰

C. İfanın/Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılmış Olması ve Yardımcı kişinin Fiilen Katılımı

TBK 116'nın uygulama alanı bulabilmesi için borçlunun söz konusu borcun (i) ifasını/hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakma rızası tek başına yeterli olmamakta, yardımcı kişinin (ii) ifaya/hakkın kullanılmasına fiilen katılmış bulunması şartı da aranmaktadır.

⁴²⁹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 433.

⁴³⁰ Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 191.

1. Borçlunun İfayı/Hakkın Kullanılmasını Yardımcı Kişiye Bırakma

İradesi

TBK 116 kapsamında sorumluluktan bahsedebilmek için, borçlunun ifayı/hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakma iradesi şarttır.⁴³¹ TBK 116 maddesinin lafzına bakıldığında da borçlunun, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, “*birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara*” kanuna uygun surette “*bırakmış olmasından*” bahsedilmektedir. “*Bırakmış olma*” ifadesi, aranacak olan “borçlunun yardımcı kişi kullanma iradesi” şartını açıkça dile getirmektedir.

Kanun koyucu sınırlı sayı ilkesini baz almaksızın işaret ettiği ve örnek kabilinden saydığı yardımcı kişi kavramında, “*birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara*” nitelemesini yaparken birlikte yaşama ve yanında çalışma olgularının herhangi bir (ivazlı-ivazsız) borç ilişkisine dayanması şartını da aramamış⁴³² ve böylece yardımcı kişi kavramını, tesadüfen ilişkiye katılan bir üçüncü kişiyi de kapsamına alabilecek derecede genişletme yolunu seçmiş,⁴³³ bir şahsın tamamen rastlantısal olarak da yardımcı kişi sayılabilmesini mümkün kılmıştır.⁴³⁴ Gerçekten de tesadüf eseri borç konusu malların taşınması esnasında yoldan geçen ve

⁴³¹ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 307; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 508; Reisoğlu, S., s. 349; Eren (Genel Hükümler), s. 1073 ve 1076; Serozan (Genel Hükümler), s. 291; Başalp, N.: Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011 (Sorumsuzluk), s. 193; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 79; Şenocak, (İfa Yardımcısı), s. 104 ve 151; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu s. 390; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 401; Narter, s. 147; Kayar, s. 135; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 892; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1138; Akıncı, s. 250; Akipek (Alt Vekalet), s. 137, Erten, s. 217; Yünlü, s. 230; Yağcı, s. 111; Korur, s. 37; Zevkililer/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 320; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 129.

⁴³² Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1135; Nomer (Genel Hükümler), s. 313; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 79; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 307; Serozan (Genel Hükümler), s. 288; Akıncı, s. 250; Eren (Genel Hükümler), s. 1075.

⁴³³ Kılıçoğlu (Genel Hükümler), s. 820; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430; Eren (Genel Hükümler), s. 1075.

⁴³⁴ Reisoğlu, S., s. 349; Eren (Genel Hükümler), s. 1075; Tuhr, s. 591.

malların taşımada (borçlunun rızasıyla) rol alan kişi, yardımcı kişi sıfatını haizdir.⁴³⁵ Tamamen hatır-gönöl ilişkisine dayalı bir davranış da yardımcı kişi sıfatını kazandırabilir. Örneğın, borçlunun yakın bir arkadaşının tamamen hatır için alacaklıya ulaştırılması gereken malı taşımayı kabul etmesi hallinde durum tam da böyledir.⁴³⁶

Yardımcı kişi ile borçlu arasında sözleşmesel bir bağılılığın şart olarak aranmayacağı belirtilse de bu somut olayda yardımcı kişi ile borçlu arasında akdi ilişkinin bulunmayacağı anlamına gelmez. Bir diğler anlatımla, her ne kadar akdi bir bağılılık şart olarak aranmasa da bu bağılılık var olabilir. Zira, borçlu ile yardımcı kişi arasında hizmet, eser veya vekalet sözleşmesi gibi isimli bir akdi ilişki bulunabileceğı gibi, isimsiz bir sözleşme ilişkisi de söz konusu olabilir.⁴³⁷ Böylece borçlunun işin ifasını ya da hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakma iradesi, söz konusu sözleşme ile dış dünyada ete ve kemiğe bürünmüş haliyle de karşımıza çıkabilir. Belirtmek gerekir ki iç ilişkinin sözleşmeye dayanması ihtimalinde söz konusu sözleşmenin geçersiz olması ya da sonradan geçersiz hale gelmesi (iptal edilmesi), borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğuna helal getirmez.⁴³⁸

Borçlu ile yardımcı kişi arasında akdi bir ilişkinin şart olmadığının altını çizmekle birlikte, yardımcı kişinin varlığından bahsedebilmek için, borçlunun yardımcı kişinin ya borcun ifasına (ki bu durumda ifa yardımcısı kavramı gündeme gelir) ya da hakkın kullanılmasına (bu durumda ise kullanma yardımcısı kavramı söz

⁴³⁵ Karahasan (Sorumluluk 1996), s.1135; Eren (Genel Hükümler), s. 1075.

⁴³⁶ Hatır için taşıma örneğı için bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 505; Serozan (Genel Hükümler), s. 288; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1135; Eren (Genel Hükümler), s. 1075.

⁴³⁷ Detaylı bilgi için bkz. Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013; Oktay, S.: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliğı, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İÜHFM 1996, C. LV, s. 264-296, s. 263-264.

⁴³⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1075.

konusu olacaktır) katılmasına yönelik rızasının bulunması (ifanın ya da hakkın kullanımının yardımcı kişiye kısmen ya da bütünüyle bırakılmış olması) gerekir. Yardımcı kişi kullanıldığının bilgisi ve bu duruma ilişkin rıza sadece yardımcı kişi kullanan borçlu açısından aranmakta, yardımcı kişi açısındansa söz konusu borcun ifasına/hakkın kullanılmasına dahil olduğunu bilmesi (bilebilecek durumda olması) ya da bunun farkında olması şartı aranmamaktadır. Diğer bir deyişle, irade şartı tek taraflı olarak aranır ki yardımcı kişinin sürece katılmasında borçlunun bilgi ve isteği aranırken, yardımcı kişinin başkasının bir işini gördüğünü/hakkını kullandığını bilmesi gerekmez. Hatta, yardımcı kişinin borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden haberdar olması dahi gerekmemektedir.⁴³⁹ Bu sebeple de yardımcı kişinin ilişkiye fiilen katılması yeterlidir, işe yardım etme/hakkı kullanma iradesinin bulunması şart değildir.⁴⁴⁰ Öyleyse, yardımcı kişi sıfatını haiz olabilmek için ayırt etme gücünün aranması son derece anlamsız olacak ve ayırt etme gücünü haiz bulunmayan bir birey de elbette ki yardımcı kişi olarak nitelendirilebilecektir.

Borçlu ile yardımcı arasındaki ilişkinin ve borçlunun yardımcı kişi kullanma iradesinin üçüncü kişiler tarafından bilinip bilinmemesinin de bir önemi yoktur.⁴⁴¹ Örneğin⁴⁴² taksiye binen alacaklı, taksi şoförü (yardımcı kişi) ile taksinin işletmecisi (borçlu) arasındaki ilişkiyi bilmiyor olsa bile bu durum “yardımcı kişi” kavramının varlığına helal getirmez.

Borçlunun içsel bir olgusu olan iradesinin, dış dünyaya yansıma şekline ilişkin

⁴³⁹ İnan/Yücel, s. 615; Karahasan, s. 1135; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 505; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Akipek (Alt Vekalet), s. 134.

⁴⁴⁰ Serozan (Genel Hükümler), s. 291.

⁴⁴¹ Eren (Genel Hükümler), s. 1076; Akipek (Alt Vekalet), s. 134.

⁴⁴² Örneğin alındığı eser Eren (Genel Hükümler), s. 1076.

bir şart olmadığı gibi bu iradenin açık bir beyanla dış dünyaya yansımaları zorunluluğu da yoktur. Rızayı içeren başvuru (*Beizug*)⁴⁴³ sadece açık irade beyanıyla değil örtülü irade beyanıyla da (aynı zamanda irade faaliyetleriyle de) verilebilir.⁴⁴⁴ Zımni olarak borcun ifasının yardımcı kişiye bırakılmasında sıklıkla karşılaşılabilecek örnek, borçlunun borcun ifasında kendisine yardım edilmesine göz yummasıdır.⁴⁴⁵ Dahası, borçlu söz konusu iradesini dış dünyaya bir aracı/arabulucu⁴⁴⁶ vasıtasıyla da yansıtabilir. Söz konusu irade nasıl karşımıza çıkarsa çıksın, borçlunun yardımcı kişiye başvurma iradesine hukuk düzenince bir sonuç bağlandığından (ki bu sonuç borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulmasıdır) söz konusu rıza bir hukuki fiildir.

Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus ise rızanın her somut fiil açısından aranıp aranmayacağı sorunudur. Söz konusu rızanın yardımcı kişinin her fiili ve her somut olay açısından verilip verilmediğinin aranmasındansa, önemli olan dürüstlük kuralı gereği rızanın bulunup bulunmadığının belirlenmesidir. Örneğin, borçlu olan tamirci, araçların tamirine ilişkin olarak yağ ve filtre değişim işini çırağına

⁴⁴³ Borçlunun söz konusu rızaya ilişkin borcun ifasını üçüncü kişi ile yerine getirmesi isteğine “çağrı” veya “başvurma” da denmekte ve yardımcı kişiye başvuru her türlü borcun ifasında rol alması amaçlıysa “genel başvuru”, sadece belirli bir borcun ifasına ilişkin başvuruysa “özel başvuru” adı verilmektedir (bkz. Yünlü, s. 220-221 ve Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 151).

⁴⁴⁴ Eren (Genel Hükümler), s. 1074; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 312; Korur, s. 37; Reisoğlu, S., s. 349; Akipek (Alt Vekalet), s. 132; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 153; Feyzioğlu, s. 194; Akipek (Alt Vekalet), s. 137.

⁴⁴⁵ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 157. Yargıtay’ın bu hususa ilişkin sistematik bir ayrıma gittiği 98 tarihli karara işaret etmek gerekir. Söz konusu kararda, aslında bankanın sözleşmeli personeli olmasına rağmen kendisini banka yetkilisi olarak tanıtarak işlemler yapan ve bu işlemler sonucu da banka müşterilerinin zarara uğramasına sebep olan kişinin bu fiillerinden bankanın sorumluluğunda, üçüncü kişinin bu davranışlarını bilen veya bilmesi gereken bankanın müdahale etmemesinin yardımcı kişi kullanmaya ilişkin zımni irade beyanı olarak kabul edileceğinin, ancak eğer ki banka söz konusu hususu bilmiyor ve bilebilecek durumda da değilse bir rızanın varlığından söz edilemeyeceğinin ve TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğmayacağına altı çizilmiştir. İlgili karar künyesi: Yarg. 11. HD, T. 14.09.1998, E. 1998/3834, K. 1998/5520 (Kazancı, Erişim Tarihi: 22.04.2019).

⁴⁴⁶ Yünlü, bir aracı kullanılarak iradenin açıklanmasına ilişkin, yüklenicinin işi alt yükleniciye bırakması halinde söz konusu alt yüklenicinin yardımcı kişilerine de rıza gösteriyor olmasını ya da hizmet tedariki sözleşmelerini örnek göstermektedir (bkz. Yünlü, s. 231).

bırakıyorsa, tamircinin sanayide olmadığı anda sanayiye teslim edilen araçta çırağın yağ değişiminden doğan zarardan, rızası bulunmadığı ve yardımcı kişi kullanmadığı iddiasıyla kurtulabilmesi mümkün gözükmemektedir.⁴⁴⁷ Gerçekten de bu durumda önemli olan, spesifik olarak somut olayda yer alan araca ilişkin ifa faaliyetlerine rıza verilip verilmediğinden çok, zaten işin doğası (tamircinin atölyesinde çalışan çırağın arabalara müdahale etmesine rıza gösterdiğinin kabulü) gereği, borçlunun dürüstlük kuralı gereğince bu araç için de rıza vermiş olduğunun kabul edilmesidir. Zira, çırak borçlunun rızası olmaksızın borcun ifasına müdahale etmemekte, tam aksine borçlu tarafından verilmiş olan genel bir rıza söz konusu olmaktadır. Ancak örnek değiştirilerek, yan binada yer alan (borcun ifasına dahil olmasına asıl tamirci tarafından hiçbir zaman rıza gösterilmemiş) tamirci tarafından tamir edilmek amacıyla sökülen otomobilde bir zararın doğduğu düşünülürse, asıl tamircinin yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu doğmaz çünkü borçlunun rızası olmaksızın borcun ifasına bir müdahale söz konusudur.⁴⁴⁸

Borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu yalnızca asli borcun ifasında yardımcı kişi kullanılmasında değil, yan borçların ifasında yardımcı kişi kullanılmasında da söz konusu olacağından,⁴⁴⁹ yardımcı kişi kullanma iradesi yan yükümlerin ya da koruma yükümlerinin ifasının⁴⁵⁰ yardımcı kişiye bırakılmış olması

⁴⁴⁷ Akıncı, s. 251. İlgili örneğe çok benzer şekilde, oto yıkama işletmesi sahibinin dava konusu (yardımcı kişi tarafından kullanılırken bir trafik kazasında) zarar gören araç işletmeye teslim edildiği esnada atölyede bulunmadığını bu sebeple de yardımcı kişi kullanmaya rızasının bulunmadığını iddia etmesine ancak Yargıtay'ın rızanın genel bir rıza şeklinde de verilebileceği hususuna ilişkin kararı için bkz. Yarg. 13. HD, T. 26.11.2002, E. 2002/12928, K. 2002/12823 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

⁴⁴⁸ Akıncı, s. 250.

⁴⁴⁹ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 511; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 153.

⁴⁵⁰ Şenocak, borçlunun genellikle ifa yardımcısına başvurduğu zamanlarda asli yükümlülüklerin ifasını düşündüğünün, çoğu zaman özellikle koruma yükümlülüklerini yardımcısına bırakmayı düşünmediğinin ve hatta borçlunun böyle bir yükümlülüğün varlığından dahi haberi olmadığını altını çizerek, koruma yükümlülükleri açısından yardımcı kişiye bırakma rızası bulunmayan borçlunun da

şeklinde de karşımıza çıkabilir. Örneğin, satılanın tesliminde yardımcı kişi kullanılması halinde asli borcun ifasında kullanılan bir yardımcı kişi söz konusuysa satım konusu şeyin kullanımına ilişkin aydınlatma yükümlülüğü yardımcı kişiye bırakılırsa yan yükümlerin ifasında yardımcı kişi kullanılmış olacaktır.

Borçlunun yerine getirmesi gereken bir hazırlık hareketini yardımcı kişiye bırakma rızası da söz konusu olabilir. Bu ihtimalde de yardımcı kişinin sorumluluğu doğar. Örneğin, sözleşmenin ifası aşamasına girilmeden önce sözleşme konusu şeyin kendisine ulaştırılmasında yardımcı kişi kullanan borçlu, şeyin zarar görmesi halinde TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilir.

Dahası, söz konusu rıza rastlantısal bir dizi olay sonucu ortaya çıkmış ve planlanmamış bir rıza da olabilir. Bir diğer anlatımla, yardımcı kişi borcun ifasına/hakkın kullanılmasına tamamen rastlantısal şekilde katılan kişi de olabilir. Örneğin, borcun ifası esnasında tesadüf eseri ifa yerinde bulunan kişi, o veya bu şekilde borçlunun rızasıyla ifa faaliyetlerine dahil edilirse, rıza şartı sağlanır ve tesadüfen orada bulunan kişinin de yardımcı kişi sıfatı doğar.

Aslında alacaklının elemanı olmasına rağmen borçlunun rıza vermesiyle hareket eden birey de borçlunun yardımcı kişisi olarak nitelendirilebilir.⁴⁵¹ Örneğin, alacaklının ikametinde ifa edilmesi kararlaştırılan bir edimin ifasında, alacaklı bir

TBK 116 kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağını ayrıca tartışma konusu yapmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe paralel olarak Şenocak, borçlunun koruma yükümlülüklerini yardımcı kişiye bırakmaya ilişkin bir iradesinin bulunup bulunmamasının önemli olmadığını, zira belirli bir yükümlülüğün ifasının yardımcı kişiye bırakılmasının o yükümlülüğün ayrılmaz nitelikte olan koruma yükümlülüklerini de beraberinde yardımcı kişiye bırakacağını ve borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğacağını altını çizmiştir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 153 vd.).

⁴⁵¹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430. Bu hususa ilişkin örnek Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD, T. 14.09.2017, E. 2016/7318, K. 2017/4380 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

çalışanını borçlunun yanına söz konusu edimi göndermesi hususunda uyarıda bulunmak amacıyla gönderir ancak borçlu alacaklının göndermiş olduğu bu kişiden edimi götürmesini isterse, söz konusu kişi alacaklının elemanı olmasına rağmen edimin taşınması hususunda borçlunun ifa yardımcısı haline gelir.⁴⁵² Bu rıza ile birlikte hukuk dünyasında önemli bir sonuç doğar ve malın taşınma faaliyeti esnasında yardımcı kişi tarafından bir hasara uğraması halinde, hasardan TBK 116. maddesi kapsamında borçlu sorumlu tutulur. Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin karara bağladığı somut olayda⁴⁵³, davacı (iş sahibi) ve davalı (yüklenici) bir uçağın tamirat işine ilişkin eser sözleşmesi kurmuşlar ve söz konusu tamirat işi tamamlandıktan sonra deneme uçuşu yapılmasını kararlaştırmışlar, davalının deneme uçuşunu yapabilecek nitelikleri haiz bir çalışanın olmaması sonucunda deneme uçuşunun davacının çalışanı olan pilot tarafından yapılmasına karar vermişler ancak pilotun kullanım talimatnamesine uymaması sonucunda uçağın motoru ciddi zarar görmüştür. Karar metninde, söz konusu pilotun her ne kadar davacı iş sahibinin çalışanı olsa da davalı yüklenicinin rızası ile birlikte yüklenicinin yardımcı kişisi haline geldiği belirtilmiştir.

Yardımcı kişi alacaklı tarafından tek başına seçiliyor ve borçlunun bu seçimde hiçbir söz hakkı bulunmuyor, adeta söz konusu yardımcı kişi borçluya empoze ediyorsa, artık borçlunun TBK 116 kapsamında bir sorumluluğunun söz konusu olmadığı kabul edilmesi gerekir, öyle ki aksinin kabul edilmesi “borçlunun rızası” şartının çöpe atılması anlamına gelir.⁴⁵⁴ Bu durumda borçlunun, borcun ifasına ilişkin davranışları yardımcı kişiye bırakma iradesi yoktur, aksine iradesi sakatlanarak

⁴⁵² Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1135; Eren (Genel Hükümler), s. 1076.

⁴⁵³ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 168, dn. 386.

⁴⁵⁴ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 431.

kendisine dayatılmış bir yardımcı kişi söz konusudur. Öz'ün örneğiyle, bir inşaat sözleşmesinde sadece iş sahibi tarafından müteahhidin görüşü alınmaksızın seçilen taşeronun zarar doğuran davranışından, söz konusu taşeronla çalışması kendisine diretilen (belki de onu yardımcısı olarak seçmeyi hiç istemeyen) müteahhidin kusursuz olarak sorumlu tutulması fikri hakkaniyetli gözükmemektedir.⁴⁵⁵ Zira, müteahhidin, iş ilişkileri dikkate alındığında, kendisine iş sahibi tarafından empoze edilen söz konusu taşeronun varlığına itiraz etme gücü yoktur ve rızasının bulunduğundan da bahsedilemez.

Yasal temsilci kavramı da rıza şartı kapsamında irdelenirse, borçlunun iradesiyle belirleyemediği yasal temsilcisinin bu şartı sağlamaması sebebiyle ifa yardımcısı olarak kabul edilebilmesinin mümkün olmadığını düşünen yazarlar olduğu gibi, yasal temsilcilerin ifa yardımcısı kabul edilmeleri gerektiğini savunan yazarlar da söz konusudur. Benzer şekilde borçlunun kullandığı yardımcı kişinin tekel gücünü haiz olması halinde de söz konusu rıza şartının yerine getirilip getirilmediğine ilişkin tartışmalar mevcuttur.⁴⁵⁶

Borçlunun bir hakkın kullanımına veya bir borcun ifasına ilişkin rızanın ötesinde, ‘‘*gerekli bir davranış (obliegenheit)*’’⁴⁵⁷’ın yerine getirilmesini yardımcısına bırakmaya rıza göstermesi de mümkündür. Örneğin, borcun ifasının yardımcı kişiye bırakılması ile birlikte, işin doğası gereği zararı arttırmama külfeti de yardımcıya

⁴⁵⁵ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430-431; Öz, T.: İnşaat sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006 (İnşaat Sözleşmesi) , s. 51.

⁴⁵⁶ Yasal temsilci ve tekel gücünü haiz tüzel kişilere ilişkin tartışmalara ilişkin bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/A. Yardımcı Kişi ve Kanuni Temsilci ve D. Piyasadaki Konumu Açısından Tüzel Kişi Yardımcı Kişi.

⁴⁵⁷ Gerekli davranış (*obligent*) hususunda detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 17-19.

bırakılmış kabul edilmelidir. Somut olayda, ifa yardımcısının davranışı sonucunda borçlunun zararının artması halinde, borçlunun (mağdurun) her ne kadar zararın artmasında kusuru olmasa da zararın artmış kısmına ilişkin bir talepte bulunamayacağı belirtilmektedir.⁴⁵⁸

Borçlunun rızası şartına ilişkin altı çizilmesi gereken bir diğer husus da “rızanın verilme anı” sorunudur. Keza doktrinde söz konusu rızanın verilme anı ciddi tartışmalara konu olmuştur. Bir görüşe göre, borçlunun rızası olmaksızın ifaya/hakkın kullanılmasına katılan kişiye, borçlu tarafından zarar doğduktan sonra “rıza” verilse dahi borçlu TBK m. 116’ya göre sorumlu tutulamaz. Bu sonuca ulaşılmasını sağlayan temel mantık, yardımcı kişinin fiilinden doğan bir zararın varlığından söz edebilmek için, rızanın zarar doğuran fiilden önce verilmiş olması şartıdır. Öyleyse burada, TBK m. 46 uyarınca yetkisiz temsilcinin işleminin sonradan onanmasındaki gibi bir geçmişe etkili hukuki sonuç doğmaz.⁴⁵⁹ Ancak bu görüşe zıt bir diğer görüşe göre⁴⁶⁰, yardımcı kişiye rıza o kişi ifaya/hakkın kullanılmasına katılmadan önce verilebileceği gibi, katıldıktan sonra da verilebilir ve bu icazet geriye yürüyerek rıza verilmeden önce doğan zararlardan sorumluluğu da kapsar. Rızanın sonradan verilmesi (icazet) ihtimali, özellikle de vekaletsiz iş görme hallerinde karşımıza çıkabilir. Bir örnekle somutlaştırsak⁴⁶¹, satıcı A’nın potansiyel alıcısı B’ye bir makine satmak istemesi ancak C’nin A’nın haberi olmaksızın A adına söz konusu makineyi satması, A’nınsa C’nin bu satımına icazet vermesi halinde, C’nin B’ye verdiği kullanım bilgilerindeki

⁴⁵⁸ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 432.

⁴⁵⁹ Söz konusu görüşü ileri süren Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 430.

⁴⁶⁰ Görüşün savunucuları, Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 160; Yünlü, s. 232; Reisoğlu, S., s. 350; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 402; Yağcı, s. 114; Akipek (Alt Vekalet), s. 137-138.

⁴⁶¹ Örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 159.

hata sonucunda doğan zararlardan A yardımcı kişiden sorumluluk hükümleri kapsamında sorumlu tutulacaktır. Bizim de görüşümüz, sonradan verilen bir rızanın da yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun doğması açısından yeterli olacağı yönündedir. Zira, aksi kabul edildiği takdirde borçlu, TBK 116 kapsamında sorumlu tutulmamak adına, zararın doğmasından önce rıza göstermediğini ispatlamanın peşinde koşacak ve yardımcı kişi kullanma rızasını sonradan vermesi halinde sorumluluktan kurtulacaktır. Borçluya böyle bir çıkış kapısı yaratılması, normun koruma amacı ile bağdaşmaz, alacaklıyı zararı tazmin edebilmesi bakımından menfaat dengesine zarar verecek derecede dezavantajlı hale getirir.

Hakkın kullanımı ya da borcun ifası borçlu tarafından kendisine bırakılmaksızın, borç ilişkisinden doğan bir hak üçüncü bir kişi tarafından kullanılır ya da borcun ifası üçüncü bir kişi eliyle gerçekleşirse, böyle bir durumda “yardımcı kişi” kavramı söz konusu olmayacağından borçlunun TBK 116 kapsamında bir sorumluluğu doğmayacaktır. Zira, borçlunun rızası olmaksızın ifa faaliyetine katılanlar ya da hak sahibinin rızası olmadan hakkın kullanımına dahil olanlar yardımcı kişi olarak nitelendirilemez.⁴⁶² Örneğin, bir kimse borçlunun işletmesinde yer alan işe kendisine rıza verilmeksizin haksız karışarak zarar doğmasına sebep olursa, borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmaz çünkü borçlunun rızası bulunmadığından üçüncü kişi yardımcı sıfatını kazanmamıştır.⁴⁶³ Bir kürsü örneği olarak, kiracının rızası olmaksızın kiralananı kullanan üçüncü kişi yardımcı kişi olarak

⁴⁶² Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 312; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I); s. 430-431; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226-3227. Her ne kadar bir kimsenin yardımcı kişi sıfatını haiz sayılabilmesi için borçlunun rızası ile ona söz konusu hukuki ilişkide bir rol sağlamasıyla yardımcı fiili yerine getirmesinin şart olduğunu belirtsek de Tandoğan, TBK 526 ve 529. maddeleri arasında düzenlenmiş olan caiz olan vekaletsiz iş görmede işi görülen kişi sonradan dahi onay vermese de vekaletsiz iş görenin fiillerinden TBK 116. maddesi -yardımcı kişiden sorumluluk- kapsamında sorumlu olacağını savunmaktadır (bkz. Tandoğan (Mes’uliyet), s. 437).

⁴⁶³ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 508.

nitelendirilemeyeceğinden kiracının TBK 116 kapsamında sorumluluğu söz konusu olmaz.⁴⁶⁴ Örneğin, hizmetli kendi kullanımına bırakılmış kiralık araca zarar verilirse, aracı kiralamış olan borçlunun kiralayana karşı TBK 116'dan sorumluluğu söz konusu olacakken, hizmetlinin kullanımına bırakılmamış olan kiralanan otomobile zarar vermesi halinde rıza şartı gerçekleşmediğinden TBK 116 uygulanamayacak ancak şartları varsa adam çalıştıranın sorumluluğu gündeme gelecektir.⁴⁶⁵ Dahası, somut olayın özelliklerine göre TBK 112 ve 316. maddeleri kapsamında sorumluluğu tartışılacaktır.⁴⁶⁶ Bir diğer örnekle, evde arama yapan polis ya da eşya haczedenden icra memuru kiracının kullanma yardımcısı sayılamaz zira kiracının rızası olmaksızın kiralanan şeye bir müdahale söz konusudur.⁴⁶⁷

Yardımcı kişiye başvurmanın (yardımcı kişi kullanmaya yönelik rızanın) sürekliliği de önem arz etmez. Öyle ki yardımcı kişiye yalnızca bir seferlik başvurulabileceği gibi, bu başvuru süreklilik de arz edebilir.⁴⁶⁸

Yardımcı kişinin edime ilişkin uzman ya da tecrübesiz olması, faaliyetin tamamına veya bir kısmına katılmış olması, katılımının etkisinin doğrudan veya dolaylı olması gibi hususlar da yardımcı kişi sayılıp sayılmaması açısından herhangi bir önem teşkil etmemektedir.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ Yücer, s. 810.

⁴⁶⁵ Örnek için bkz. Tuhr, s. 596, dn. 36.

⁴⁶⁶ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 431.

⁴⁶⁷ Eren (Genel Hükümler), s. 1079; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 129.

⁴⁶⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1076; Akıncı, s. 250; Narter, s. 147; Akipek (Alt Vekalet), s. 132 ve 134; Yağcı, s. 58; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 437; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 321.

⁴⁶⁹ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 307.

Borçlunun hakkın kullanılmasına rıza göstermesi hususunu ayrıca ele alırsak; kanun koyucu borç ilişkisinin taraflarından birine ait bir hakkın yardımcı kişi eliyle kullanılması ihtimalinde de hak sahibini sorumlu tutmuş ve bunu TBK 116. maddesinde yer alan “ ... veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını... bırakmış olsa bile ” düzenlemesinde açıkça kaleme almıştır.

Hakkın kullanılmasının bırakıldığı yardımcı kişilere (kullanma yardımcılarına), bir kira sözleşmesinde kiracının onunla birlikte kiralanan konuttan yararlanan akrabaları, hizmetçileri, veya misafirleri örnek gösterilebilir.⁴⁷⁰ Örneğin, borçlu, kiraladığı bir otobüsün kullanımını üçüncü bir kişiyle paylaşıyorsa bu kişi yardımcı kişidir.⁴⁷¹ Ancak nasıl ki bir borcun ifa edilmesinde rol alan bireyin ifa yardımcısı sayılması için borçlunun rızası şartsa, bir hakkın kullanılması hususunda da hakkı kullananın yardımcı kişi sayılabilmesi için hakkı kullanmasına ilişkin borçlunun rızasının bulunması gerekir.⁴⁷²

2. Yardımcı Kişinin Borcun İfasına/Hakkın Kullanılmasına Fiilen

Katılması

Borçlunun ifaya ilişkin davranışı/hakkın kullanımını yardımcı kişiye bırakma iradesi tek başına yeterli olmamakta ve bu rıza ile birlikte kümülatif olarak aranması

⁴⁷⁰ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 431; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 892.

⁴⁷¹ Reisoğlu, S., s. 349.

⁴⁷² Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226; Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 79; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1135 ve 1139.

gereken bir diğ er Şart ise, yardımcı kişinin borçlunun iradesi sonucu borcun ifası ya da hakkın kullanılması hareketlerine başlamış (fiilen katılmış) olmasıdır.⁴⁷³

Yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına fiilen katılma iradesine sahip olması ya da fiilen katıldığını bilmesi Şart değıldir.⁴⁷⁴ Dahası, işi kimin için yaptığını bilip bilmemesi de önemli değıldir.  rneğın⁴⁷⁵, boyadığı duvarın borçlunun duvarı olduğunu düŐünerek boyayan boyacıdan da tamir edilecek eşyanın borçlunun olduğunu düŐünerek tamir eden tamirciden de borçlu TBK 116 kapsamında sorumludur. Bu sonuca varılıyor olması da son derece yerindedir. Zira, borçlunun yardımcı kişiyi yeterince bilgilendirmemiŐ olması sebebiyle bir de üstüne (TBK 116 kapsamında) sorumluluktan kurtulacak olması düşünülemez. Bu noktada işaret edilmesi gereken, TBK 116 kapsamında yardımcı kişinin iradesi Şart olmadığından onun ayırt etme gücünün aranmayacağı ancak yardımcı kişinin ilişkiye fiilen katılımında mutlaka borçlunun rızasının aranacağıdır.⁴⁷⁶

Yardımcının fiillerinden sorumluluk açısından, borçlunun zararı doğuran davranışa katılmadığı savunması da önem taşımaz zira TBK 116'dan sorumlulukta, zarar doğuran davranışa borçlunun katılımı ya da teŐviki aranmaz ve borçlunun katılımı olmasa da sorumluluk doğar.⁴⁷⁷

TBK 116. maddenin lafzına bakıldığında yardımcı kişinin borcun tamamının

⁴⁷³ Eren (Genel Hükümler), s. 1073-1074; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 161; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop s. 892; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 320; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 313; Kahveci, m. 116, pn. 24; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 390; Akipek (Alt Vekalet), s. 138.

⁴⁷⁴ Serozan (Genel Hükümler), s. 291.

⁴⁷⁵ örnek için bkz. Yünlü, s. 242.

⁴⁷⁶ Tandoğan (Mes'uliyet), s. 436; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 104; Yavuz, C., s. 39; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 131.

⁴⁷⁷ Kaneti (Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964), s. 213-214.

ifasında yer alması gerektiğine ilişkin bir yanlışlığa kapılabilmenin mümkün olduğu doktrinde belirtilmektedir.⁴⁷⁸ Ancak bir borcun ifası (ya da hakkın kullanılması) içerisinde çok sayıda davranışı barındıran bir bütündür ve yardımcı kişinin söz konusu bütüne fiilen katılımı kısmen veya tamamen gerçekleşmiş olabilir.⁴⁷⁹ Örneğin, satım sözleşmesinde edimin alıcıya teslim edilmesi de ifa sürecinin içinde yer alan bir ifa fiilidir ve borçlu sadece bu ifa fiili kapsamında yardımcı kişi kullanabilir.

Yardımcı kişinin fiilen katılımı edimin ifasına hazırlık aşamasında da gerçekleşmiş olabilir.⁴⁸⁰ Bir örnekle⁴⁸¹, evin dış cephe duvarlarını boyamayı yüklenen borçlunun hazırlık faaliyetlerinden biri şüphesiz iskele kurulmasıyken, avize takmayı taahhüt eden borçlunun hazırlık faaliyetlerinden biri ise avizenin takılması esnasında kullanılacak merdivenin kurulmasıdır. Söz konusu iki örnekte, iskele ve merdivenin kurulmasını çırağı eliyle yerine getiren borçlu, hazırlık faaliyetinin ifasında çırağın alacaklıya zarar vermesi (salonundaki pencereyi veya aynayı kırması ya da merdiveni alacaklının bacağına düşürerek beden bütünlüğünde bir zarara sebep olması) hallerinde TBK 116 kapsamında yardımcı kişisi niteliğini taşıyan çırağının fiillerinden sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bu kapsamda ele alınması gereken ihtimal, yardımcı kişinin borcun ifasına/hakkın kullanılmasına fiilen katılmaması sonucunda bir zarar doğarsa borçlunun sorumluluğunun hangi hukuki kuruma dayandırılacağıdır. Bizce bu

⁴⁷⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1074.

⁴⁷⁹ Eren (Genel Hükümler), s. 1075; Akipek (Alt Vekalet), s. 138; Yünlü, s. 242; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 161; Demir (Hastanelerin Sorumluluğu), s. 165-166.

⁴⁸⁰ Akipek (Alt Vekalet), s. 138; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 162.

⁴⁸¹ Örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 162.

durumda yardımcı kişinin davranışından doğan bir zarar söz konusu olmadığından (fiilen katılım şartı gerçekleşmediğinden), yardımcı kişi kullanan borçlunun ifaya/hakkın kullanılmasına başlanmamasında kendi kusuru olduğu kabul edilecek⁴⁸² ve (TBK 116 uygulama alanı bulmazken) borçlunun TBK 118 kapsamında geciken ifadan ya da TBK 112 kapsamında kendi kusurundan sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁴⁸³ Bunun altında yatan mantık, yardımcı kişinin ilişkiye daha en başından hiç dahil olmaması (fiilen katılma şartının gerçekleşmemesi) sonucu borcun gerektiği gibi ifa edilememiş/hakkın gerektiği gibi kullanılamamış olmasında borçlunun kendi kusurunun bulunduğu kabul edilmesi ve borçlunun bu kusurdan sorumlu tutulmasıdır. Bu ihtimal, yardımcı kişinin ilişkiye fiilen katıldığı ancak kendisine bırakılan borcun ifasını/hakkın kullanılmasını gerektiği gibi yerine getirmediği hallerle karıştırılmamalıdır zira bu durumda TBK 116 kapsamında borçlunun sorumluluğu doğar. Örneğin⁴⁸⁴, güvenlik görevlisinin kendisine bırakılan kontrol işini yerine getirmemesi sonucu okula sokulan patlayıcı zarar doğurursa, bekçinin vardiyası bitmeden görev alanını terk etmesi sonucu gerçekleşen hırsızlıktan zarar doğarsa ya da hemşirelerin yoğun bakımda tedavi gören hastayı unutarak onunla ilgilenmemeleri sonucu hastanın hayatını kaybetmesi söz konusu olursa, asıl borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğar. Zira, bu örneklerde, güvenlik görevlisi de bekçi de hemşire de borcun fiilen ifasına zaten dahil olmuşlar ancak birtakım pasif ya da aktif davranışları sebebiyle zarar doğmuştur. Ancak örnekler biraz olsun değiştirilir ve yardımcı kişinin fiilen katılımının söz konusu olmadığı ancak borçlunun da bu durumu

⁴⁸² Borçlunun işi yapacak başka bir yardımcı kişiyi zamanında bulamaması sebebiyle burada bir üstlenme kusurunun (*übernahmeverschulden*) söz konusu olduğuna ilişkin bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 163.

⁴⁸³ Aynı yönde, Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 163; Yünlü, s. 245-246.

⁴⁸⁴ Örnekler için bkz. Yünlü, s. 247-248.

telafi edebilmek adına hiçbir girişimde bulunmadığı tespit edilirse, artık bir yardımcı kişinin varlığından bahsedilemeyeceğinden borçlunun bizzat kendi sorumluluğu söz konusu olacaktır.

D. Yardımcı Kişinin Borca Aykırı Bir Davranışla Alacaklıya Zarar Vermiş

Olması: Fonksiyonel Bağ Şartı

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kapsamında, borçlunun yardımcı kişinin zarar doğuran tüm fiillerinden sorumlu tutulup tutulamayacağı, eğer cevap olumsuzsa yardımcı kişinin hangi fiillerinden sorumlu tutulup hangilerinden sorumlu tutulamayacağı sorusuna⁴⁸⁵ yanıt aranmalıdır. Bu kapsamda iki temel ve aynı zamanda karşıt görüş söz konusudur. İlk görüşe göre borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için “ifa/hakkın kullanılması nedeniyle verilen

⁴⁸⁵ Bu soruna ilişkin olarak doktrinde çok sayıda farklı görüş yer almaktadır. Ancak çalışmamız açısından temel teşkil eden karşıt iki görüş irdelenecektir. Bu görüşlere ek olarak, diğer farklı görüşlere de bu dip not vesilesiyle kısaca dikkat çekmek istemekteyiz:

Bir görüşe göre, borçlu yardımcı kişinin sadece kendisine bırakılan borcun ifası/hakkın kullanılması fiilini gerektiği gibi yapmasından değil, özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden de sorumlu tutulmalıdır. Bu görüşün getirdiği farklılık şu örnekle açıklanabilir: Boya işini üstlenen borçlunun borcun ifasında yardımcı kişisi çırağı kullanması, çırağın kendisine bırakılan duvar boyama işini gerektiği şekilde tamamlaması fakat alacaklının merdivenini kırması halinde, özen görüşü kabul edilmezse sandalyenin kırılmış olması borca aykırı davranış olarak kabul edilemeyeceğinden borçlunun TBK 116 kapsamında çırağının fiillerinden sorumluluğu doğmayacakken, özen görüşüne göre, özen yükümlülüğünün ihlali kapsamında kabul edilerek borçlu ustanın TBK 116 kapsamında sorumluluğu kabul edilebilecektir. Dahası, fonksiyonel bağlılık şartının sağlanıp sağlanmadığı belirlenirken gerçek-gerçek olmayan yükümlülükler ayırımına giden görüşün yanında, yardımcı kişinin saikine göre TBK 116’nın uygulanıp uygulanmayacağına karar veren bir görüş de mevcuttur. Daha da fazlası, yardımcının tehlike yaratabilecek tüm fiillerinden borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğması gerektiğine ilişkin bir görüş de ileri sürülmüştür. Bir başka görüşse, fonksiyonel bağlılık şartını aramaktansa, farazi kusur şartının varlığını yeterli görerek, yardımcı kişinin fiilinin bizzat borçlu tarafından işlenmişse borçlunun sorumlu tutulup tutulmadığına bakılarak sonuca ulaşmaktadır. Söz konusu görüşlere yönelik detaylı bilgi için Bkz. Yünlü, s. 253 vd. Ayrıca, Antalya’ya göreyse, fonksiyonel bağlılığın bulunup bulunmadığının tespitinde ele alınması gereken kriter objektif olarak değerlendirilen “öngörülebilme” kriteridir. Detaylı bilgi için bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 315.

zararın borca aykırılık teşkil etmesi’’ şartı aranırken, buna karşıt görüşe göre ifa vesilesiyle verilen zararlar da borçlunun sorumluluğunu doğurabilmektedir. Görüşleri ele alırsak:

1. İfa/hakkın kullanılması nedeniyle verilen zararın borca aykırılık teşkil etmesi şartını arayan görüş

Bir görüşe göre, TBK 116 kapsamında borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğunun doğabilmesi için aranan şartlardan bir diğeriye “yardımcı kişinin borcun ifası/hakkın kullanılması nedeniyle borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş olması şartı’’dır.⁴⁸⁶ Söz konusu şart doktrinde “fonksiyonel bağ’’ veya “işlevsel bağ’’ şartı olarak da ifade edilmektedir.

Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunu düzenleyen TBK 116. maddesinde geçen “... onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı...’’⁴⁸⁷ ibaresi her ne kadar bazı yazarlarca⁴⁸⁸ yeterince açık ve anlaşılır

⁴⁸⁶ Reisoğlu, S., s. 350; Kayıhan, s. 292; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 314; Eren (Genel Hükümler), s. 1079; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 434; Akıncı, s. 251; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 195; Erdoğan (Genel Hükümler), s. 215; Narter, s. 147; Kayar, s. 135; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 321-322; Tuhr, s. 595; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 986; Ulsan, s. 129; Erten, s. 217; Yağcı, s. 116; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 401.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Şenocak, fonksiyonel bağlılık ve farazi kusur şartının sağladığı görevin, borçlunun yardımcı kişi kullanılması halinde durumunun, yardımcı kişi kullanmaksızın borcu bizzat kendi ifa etseydi içinde bulunacağı durumdan daha fazla kötüleşmemesi olduğunu belirtmiştir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 41).

⁴⁸⁷ İsviçre Borçlar Kanunu (OR art.101)’de sorumluluğun kapsamının sadece borcun ifasına/hakkın kullanılmasına yönelik davranışlarla sınırlandırıldığını düşündürecek herhangi bir ifadenin yer almadığının da altı çizilmelidir.

⁴⁸⁸ TBK 116. maddesinde yer alan “iş yürüttükleri sırada’’ ibaresi, sanki işin yürütülmesi esnasında

olmamakla eleştirilse de amaca bağlı bir yorum yapıldığında son derece anlaşılır bir sonucu işaret etmektedir. Kanun koyucunun kaleme aldığı söz konusu düzenleme, borçlunun yardımcı kişinin bütün davranışlarından sorumlu olmayacağını, zira borçlunun sorumluluğunun yardımcı kişinin borca aykırı davranışlarından doğacağını düzenlemektedir. Böylece borçlunun TBK 116. maddesi kapsamında yardımcı kişiden sorumluluğunun doğabilmesi için, zararı doğuran eylemin ifa eylemiyle/hakkın kullanılmasıyla doğrudan alakalı olması ve ifa hareketi/hakkın kullanılması sonucu ortaya çıkması, (bir diğer deyişle, ifa/hakkın kullanılması esnasında ifa/hakkın kullanılması ile alakası olmayan bir davranış sonucu tesadüfen meydana gelmemesi) gerekir. Serozan'ın ifadesiyle, “*borçluya yabancı ve borca yabancı atipik rizikolar*” TBK 116'nın kapsamına girmiş sayılmayacak ve borçluya yüklenemeyecektir.⁴⁸⁹

Öyleyse bu görüşe göre, borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağını belirlenmesi için cevaplanması gereken kilit soru, “yardımcı kişinin zararı doğuran fiilinin borca aykırı bir davranışa mı dayandığı, yoksa her ne kadar borcun ifası veya hakkın kullanılması esnasında doğsa da aslında borç ilişkisiyle bağlantısı olmayan bir davranışa mı dayandığı?” sorusudur. Daha teknik bir anlatımla “ifa vesilesiyle değil ifa nedeniyle doğan bir zararın bulunması” şartıdır. Zira, bu

yardımcı kişinin her türlü davranışının TBK 116. madde kapsamında borçlunun sorumluluğunu doğuracağına ilişkin bir anlam doğurması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir. Oğuzman/Öz'de bu eleştiriyi açıkça dile getirmektedir. Söz konusu eleştiriler için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 434. Bu sebeple daha özenli bir kanun koyucunun bu eleştirilere daha baştan hedef olmamak adına lafzen daha anlaşılır (örneğin, “yürüttükleri iş/kullandıkları hakla bağlantılı” veya “borcun ifası/hakkın kullanılması kapsamındaki davranışlar” gibi) bir ifade kullanabileceği ve kullanması gerektiği kanaatindeyiz. Mülga kanun dönemindeyse, eBK 100. maddesinde yer alan düzenlemede, “...bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı...” ifadesi kaleme alınmış ve bugünkü kanun metnine yöneltlen eleştirilere paralel şekilde kanun metninin ifadesinin yeterince açık olmadığı eleştirilerek kanun koyucunun asıl anlatmak istediğinin yardımcı kişinin zararı doğuran davranışının borca aykırı olması gerektiği olduğuna dikkat çekilmiştir. Mülga kanuna ilişkin söz konusu eleştiri için bkz. Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1140; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 170.

⁴⁸⁹ Serozan (Genel Hükümler), s. 291.

görüşün savunucularına göre, TBK 116. maddesinde her ne kadar “*işi yürüttükleri sırada*” ibaresi yer alsada aslında kanun koyucunun bu ibareyle anlatmayı hedeflediği zarar verici fiilin “borcun ifası/hakkın kullanılması kapsamında ve borca aykırılık teşkil eden bir fiil olması” şartıdır. Bu kapsamda söz konusu şart “zarar verici eylemin ifa/hakkın kullanılması nedeniyle verilmesi ancak salt ifa/hakkın kullanılması vesilesiyle verilmiş olmaması” şartı olarak da ifade edilmekte ve doktrinde ciddi tartışmalara da zemin hazırlayarak “hangi eylem ifa/hakkın kullanılması nedeniyle hangi eylem salt ifa/hakkın kullanılması vesilesiyledir?”⁴⁹⁰ sorusunu gündeme getirmektedir.

Zarar ya ifa vesilesiyle ya da ifa nedeniyle doğar. İfa vesilesiyle doğan zararda, ifa vesilesiyle gerçekleşen ancak ifa ile doğrudan ilgili olmayan bir davranış sonucu zarar doğarken; ifa nedeniyle doğan zararda, doğrudan doğruya borcun ifasına yönelmiş bir davranış sonucu zarar meydana gelir. İfa vesilesiyle veya ifa nedeniyle verilmiş olan zarar ayrımını somutlaştırabilmek adına doktrinde işaret edilen birkaç örnek üzerinde durulursa; avizecinin yardımcısının kurulumunu gerçekleştirdiği avizeyi iyi sabitleyememesi sonucu yere düşerek odada yer alan eşyalara zarar vermesi, elektrikçinin çalışanının hatları ters bağlaması sonucu yangın çıkması, ya da otelin temizlikçisinin yere düşen meyve kabuklarını temizlememesi sonucu otel müşterisinin düşerek yaralanması hallerinde ifa nedeniyle verilmiş (yardımcının kendisine bırakılan iş ile doğrudan bağlantılı) bir zarar söz konusu olduğundan TBK

⁴⁹⁰ Bu hususa ilişkin olarak her bahiste “ifa/hakkın kullanılması” şeklinde bir yazım benimsenerek devam edilmesinin okuyucuyu yoracağı ve okuma akışını keseceği düşünüldüğünden, sonraki anlatımlarda sadece “ifa yardımcısı” düşünülerek “ifa nedeniyle” ve “ifa vesilesiyle” belirlemesi yapılacaktır. Ancak söz konusu açıklamalar, kullanma yardımcısı açısından da “hakkın kullanılması nedeniyle” ya da “hakkın kullanılması vesilesiyle” şeklinde düşünülebilir. Zira, açıklanan fonksiyonel bağlılık şartı elbette ki borçlunun hem ifa yardımcılarının hem de kullanma yardımcılarının fiillerinden doğan zararlardan sorumluluğu açısından geçerlidir.

116 kapsamında sorumluluk doğacakken; temizlikçinin odayı temizlediği esnada içtiği sigaranın tam söndürülmemesi sebebiyle yangın çıkması ve otel müşterisinin eşyalarının zarar görmesi halinde sadece ifa vesilesiyle doğan (aynı zamanda ifa nedeniyle doğmamış çünkü kendisine bırakılan işin ifasına ilişkin olmayan bir davranışla) zarar söz konusu olacağından borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmaz.⁴⁹¹ Öyleyse söz konusu görüş benimsendiğinde, TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğması açısından, borcun ifası veya hakkın kullanılması vesilesiyle/rastlantısıyla doğan zarar yeterli değildir. Öyle ki zarar doğrudan borcun ifasından ya da hakkın kullanımından doğmalıdır.⁴⁹² Böylece işlevsel bağıllık şartı da sağlanmış olur.

Türk İsviçre hukuku açısından bakıldığında⁴⁹³ hakim görüş, yardımcı kişinin kendisine bırakılan işin görülmesi esnasında verdiği zararlardan borçlunun sorumlu olacağını ileri sürmektedir. Söz konusu görüş ile anlatılmak istenen, zarar verici davranış ile borç ilişkisine aykırılığın gerçekleşmesi ve fonksiyonel (işlevsel) bağıllığın sağlanmasıdır.⁴⁹⁴ Aslında işlevsel bağ şartı ile belirtilmek istenen şudur:

⁴⁹¹ Örnekler için Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 512.

⁴⁹² Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 512; Serozan (Genel Hükümler), s. 291; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 896; Feyzioğlu, s. 197-199; Korur, s. 40 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 391.

⁴⁹³ Alman hukuku açısından bakıldığında, bir kısım yazarlar da bu görüşe katılmakta ve borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için yardımcı kişinin alacaklıya salt edimin ifasına/hakkın kullanılmasına yönelik bir davranışla zarar vermesi ve bu zararın da hiç veya kötü ifa niteliğini haiz olması gerektiğini belirtmekte, eğer değilse borçlunun yardımcı kişiden sorumlu tutulmaması gerektiğini söylemektedir. Örneğin, (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 180-181) bu görüş kabul edilirse eğer, perde asma borcunu yüklenen borçlu bu işi çırağı eliyle ifa etmek ister ve çırak perdeyi asar ancak dikkatsizliği sonucu perdeyi asma esnasında ev sahibinin camının kırılmasına sebep olursa, söz konusu sözleşmenin edimi olan perde asma borcu gerçekleştiğinden camın kırılmasına ilişkin zarardan borçlunun sorumlu tutulmayacaktır. Ancak Alman hukukunda karşıt (aşağıda ele alınacak olan) görüş, borçlunun sorumluluğunun bu derece daraltılmasına şiddetle karşı çıkarak yardımcı kişinin özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanan her türlü zarardan borçlunun sorumluluğunun doğabileceğini belirtmiştir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 180-181).

⁴⁹⁴ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 172-173; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 130; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 897; Deschenaux/Tercier, s. 74.

Yardımcı şahsın zarar doğuran davranışı ifaya ilişkin (ifa nedeniyle) öyle bir davranış olmalıdır ki söz konusu davranış aynı zamanda borca aykırılık teşkil etmelidir.⁴⁹⁵ Uygur söz konusu bağlantıyı “*yardımcı şahsın zarar verici hareketiyle işin icrası arasında, maksat ve görev yönlerinden sıkı bir bağlantı bulunması*” olarak açıklamakta,⁴⁹⁶ Şenocak da benzer bir tanımla “*işin icrası ile akdi ihlal eden fiil arasında görev bakımından bir irtibatın (fonksiyonel bağlantının) bulunması*”⁴⁹⁷ şeklinde kaleme almaktadır. Örneğin, yardımcı kişinin borca aykırılık kapsamında değerlendirilen gecikmesi veya kusurlu bir ifa hareketi ile alacaklıya zarar vermesi halinde, borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğu doğar.⁴⁹⁸ Zira, yardımcı şahsın zarar doğuran hareketi (örneğin gecikme) ile işin icrası arasında bir bağıllık söz konusudur. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, yardımcı kişinin davranışlarının borca aykırılık teşkil etmemesi halinde borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu gündeme gelmeyecek ve şartları varsa yardımcı kişinin haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁴⁹⁹

İşlevsel bağıllık, en temelde yardımcı kişinin davranışının borca aykırılık niteliği taşımasıdır. Bir diğer anlatımla, fonksiyonel bağıllık şartının sağlanması için zararı doğuran davranış, “borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlali” niteliği taşınmalıdır.⁵⁰⁰ Borca aykırılık yardımcının aktif bir hareketi ile meydana gelebileceği gibi pasif kalması sonucu da doğabilir ve karşımıza

⁴⁹⁵ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 314; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 896; Kahveci, m. 116, pn. 26; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 170; Yağcı, s. 116-117.

⁴⁹⁶ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227.

⁴⁹⁷ Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 130.

⁴⁹⁸ Tuhr, s. 595.

⁴⁹⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 173.

⁵⁰⁰ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 170.

ifa imkansızlığı, ya da kötü veya gecikmiş ifa olarak çıkar.⁵⁰¹ Bu kapsamda “gereği gibi ifa etmeme” ve “kötü ifa” kavramlarının ayrıca açıklanmasında da yarar vardır. Gereği gibi ifa etmeme kavramı geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı anlamı ihtiva eder. “Geniş anlamda” gereği gibi ifa etmeme, borç ilişkisinden doğan bir yükümün borç ilişkisinin taraflarına, edimin içeriğine, ifa yerine ve zamanına ilişkin bir ihlali işaret ederken, “dar anlamda” gereği gibi ifa etmeme, borç ilişkisi kapsamında ortaya konan edimin, taraflar arasındaki hukuki ilişkide ya da kanunda belirlenmiş olan vasıfları taşımadığı ayıplı bir ifa anlamına gelir.⁵⁰² Kötü ifa ise, akdin müspet ihlali hallerinden biri olarak karşımıza çıkan bir kavram ve iki farklı görünümle karşımıza çıkan bir hukuki kurumdur. Buna göre kötü ifada ya ifa fiilinin ayıplı olması sebebiyle alacaklının zarara uğraması söz konusudur, ya da ifa fiili ayıplı olmamakla birlikte bu fiilin yapılış tarzı alacaklıya bir zarar vermektedir. İfa fiilinin ayıplı olmasına örnek; hemşirenin yanlış iğne yapması⁵⁰³, hasta hayvanın teslim edilmesi ve hasta hayvanı alan alacaklının diğer hayvanlarının da hastalanması sonucu zarara uğraması ya da bir patronun çalışanının bonservisini yanlış vermesi hali işaret edilirken, bizzat ifa fiilinin yapılış tarzının alacaklıya zarar vermesine taşıma borcu yerine getirilirken alacaklının kapısına zarar verilmesi ya da kırık camı değiştiren camcının dirseğiyle sağlam yan camı kırması işaret edilmektedir.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ Eren (Genel Hükümler), s. 1079; Tuhr, s. 1079; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 195; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 441-442; Yağcı, s. 116-117; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 851 ve 896; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 130; Akipek (Alt Vekalet), s. 139.

⁵⁰² Gereği gibi ifa etmeme kavramına ilişkin geniş ve dar anlamda tanımlamaların alındığı eser Aral, F.: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 74-75.

⁵⁰³ Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 130.

⁵⁰⁴ Kötü ifa kavramının tanımı ve bu kapsamdaki örneklerin alındığı eser Aral, s. 93.

Ancak işlevsel bağın kurulabilmesi ve yardımcı kişinin davranışının borca aykırılık şeklinde nitelendirilebilmesi için, yardımcı kişinin yalnızca asli yükümlülüklerin ifasında kullanılması şart değildir zira yan yükümlülüklerin ifasının yardımcı kişiye bırakılması ve bu durumdan bir zarar doğması halinde de borcun ihlali olarak değerlendirilir ve borçlunun sorumluluğu doğar.⁵⁰⁵ Örneğin⁵⁰⁶, satım sözleşmesinin konusu olan makinenin nasıl kullanılacağına alacaklıya öğretilmesi sözleşmenin yan edim yükümlülüklerinden biridir ve söz konusu yükümlülük ifa yardımcısına bırakılırsa, alacaklı bundan doğan zararların tazmininde TBK 116 kapsamında doğrudan borçluya başvurabilir.

Fonksiyonel bağlılık (işlevsel bağ), zararı doğuran davranış ile borç ilişkisi arasında sadece yer ve zaman bakımından bir bağlılığı ifade etmez, yalnızca bu bağlılıkla kurulamaz ve var kabul edilemez⁵⁰⁷ çünkü amaçsal bir bağlılığın da söz konusu olması beklenir. Federal Mahkeme'nin baskın görüşü de sadece yer ve zaman bakımından bir bağlılığın yeterli olmayacağı düşüncesinde, yardımcı kişinin davranışının sözleşmenin kötü veya hiç ifa edilmemiş sayılmasına bağlanabilir olmasını aramaktadır.⁵⁰⁸ Bu kapsamda Federal Mahkeme bir kararında, “*Zarar verici fiil ile sözleşmenin yerine getirilmesi arasında, zaman ve yer bakımından bir ilintinin varlığı yetersizdir. Aradaki bağlantının görevsel olması zorunludur: yardımcı kişinin*

⁵⁰⁵ Eren (Genel Hükümler), s. 1073, dn. 185, Karahasan (Sorumluluk 2003), s. 559; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 86; Yünlü, s. 65.

⁵⁰⁶ Örnek için bkz. Yağcı, s. 94.

⁵⁰⁷ Zaten yer ve zaman arasındaki bağlılık somut olay açısından sağlansa bile somut olayda yer alan davranış TBK 116'dan sorumluluğun doğması açısından yetersiz kalabilir. Örneğin, yardımcı kişinin alacaklıya teslim etmek üzere edimi taşıdığı sırada kalp krizi geçirmesi sebebiyle edimin zarar görmesi halinde yer ve zaman açısından borcun ifasıyla bağlantı kurulabilse de zararın doğduğu kalp krizi olgusu ile işin icrası arasında amaçsal bir bağlantı kurulamamaktadır (örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 174; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 130).

⁵⁰⁸ Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 167.

zarar verici fiilin sözleşmenin kötü ifası ya da yerine getirilmemesi niteliği taşıması gereklidir.” saptamasında bulunmuştur.⁵⁰⁹ Örneğin⁵¹⁰, yardımcı kişinin iş yaptığı esnada (yer ve zaman açısından bağıllık söz konusuyken) alacaklının bir malını çalması halinde borca aykırılıktan söz edilemediği (amaçsal bir bağıllık gözlemlenemediği) ve salt bir haksız fiil söz konusu olduğu gibi, bu görüş kapsamında fonksiyonel bağıllığın da sağlanamadığı açıktır. Öyleyse salt “iş vesilesiyle” karşımıza çıkan zararlar fonksiyonel bağıllığı sağlamamakta, işin görülmesi sırasında işin görülmesine ilişkin pasif ya da aktif davranışlarla doğan zararlar fonksiyonel bağ şartını sağlamaktadır.

Yer ve zaman açısından bağlantının kurulamadığı durumlardaysa kural olarak işin icrasına ilişkin bir zararın meydana gelmediği söylenebilir. Örneğin, banka memuru mesai saatinin dışında bankanın kasasındaki kıymetli evrakı, kasanın yeri ve şifresine ilişkin bilgisine dayanarak çalarsa, bu durumda işin ifasına ilişkin olmayan bir zarar söz konusu olur. Ancak Koller’e göre, doğacak zarar objektif olarak öngörülebilir durumdaysa, yer ve zaman açısından bağlantı kurulamamış olsa bile borçlunun sorumluluğu doğar⁵¹¹ ve Koller’in bu hususa ilişkin olarak örnek olarak işaret ettiği⁵¹² Federal Mahkeme kararına konu olan Sinir Hastalıkları hastanesinde çalışmakta olan asistanın, hastası ile duygusal bir ilişkiye girmesi ve birlikte gittikleri tatilde (yer ve zaman açısından bağlantı kurulamadığı halde) tedavisinin aksamasına sebep olarak tedavinin başarısız olması sonucunu doğurması olayında, asistan ve hasta arasında gerçekleşen söz konusu duygusal ilişkinin doğurduğu zarar objektif açıdan

⁵⁰⁹ Karar (BGE 85 II 267) için bkz. Kaneti (Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964), s. 210.

⁵¹⁰ Örnek için Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 173.

⁵¹¹ Aynı kriteri benimseyen yazar Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 315.

⁵¹² Karar (BGE 92 II 15) için bkz. Yünlü.

öngörülebilir⁵¹³ bir zarar olduğundan yer ve zaman açısından bağlantı bulunmasa da zararın işin icrasına ilişkin olarak gerçekleştiği⁵¹⁴ karara bağlanmış ve hastanenin yardımcı kişisi olan asistanın zarar doğuran söz konusu fiillerinden sorumluluğuna hükmetmiştir.

Bahsettiğimiz görüş kapsamında işlevsel bağın kurulup kurulmadığının saptanabilmesi adına örnekleri çoğaltırsak, (B), (A)'nın eşyalarını Ankara'dan İzmir'e taşımayı kabul etmiş ancak bu taşıma işini yardımcı kişinin kullandığı araç vasıtasıyla yerine getirirken yardımcı kişi (A)'nın park halindeki aracına çarparak bir zararın doğmasına sebep olmuşsa, yardımcı kişinin zararı doğuran davranışı "taşıma borcunun ihlali" (borca aykırılık) kapsamında olmayacağından borçlu (B)'nin TBK 116. maddesi kapsamında sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.⁵¹⁵ Örneği biraz daha değiştirirsek ve yardımcı kişinin idaresindeki araç (alacaklının değil) bir üçüncü kişinin otomobiline çarparsa, borçlunun üçüncü kişinin aracının zararından TBK 116. maddesi kapsamında sorumluluğu doğmaz. Zira söz konusu zarar, taşıma sözleşmesine ilişkin bir borca aykırılık teşkil etmez.⁵¹⁶ Eğer ki yardımcı kişinin zarar veren davranışı borca aykırılık niteliğinde değil fakat haksız fiil niteliğindeyse,

⁵¹³ Öyleyse Koller'e göre fonksiyonel bağlılığın sağlanabilmesi için, borçlunun somut olayda yardımcı kişi tarafından vereceği zararı öngörmüş/öngörebilir olması ve söz konusu öngörmenin sübjektif değil objektif bir öngörme olması gerekir. Şenocak, Koller tarafından getirilen söz konusu "objektif olarak öngörülebilirlik" prensibini belirsiz olması sebebiyle eleştirmekte ve dahası bu prensibin uygulanamadığı durumlarda yer ve zaman açısından bağlılığa bakılarak söz konusu prensibin kendi içinde çeliştiğini ileri sürmektedir (Koller'in söz konusu görüşü ve Şenocak'ın söz konusu eleştirileri için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 175).

⁵¹⁴ Söz konusu kararda (BGE 92 II 18 ve 19) Federal Mahkeme, tıbbi akitle doktorun üstlendiği borçlardan birinin de tedavinin olumlu sonuç vermesini engelleyecek hal ve davranışlardan kaçınmak olduğuna, ancak asistanın söz konusu duygusal ilişki ve bu ilişki kapsamında bir tatil planlaması ile tedaviyi büyük ölçüde olumsuz etkileyecek bir davranış sergilediğine ve bu kapsamda da borçlunun asistanının (yardımcı kişinin) davranışından sorumluluğunun meydana geleceğine karar vermiştir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 176).

⁵¹⁵ İlgili örnek için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 434; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 441; Şenocak (İfa yardımcı), s. 170 vd.

⁵¹⁶ Örnek için bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 314.

borçlunun TBK 66. maddesi kapsamında sorumluluğu doğabilir.⁵¹⁷ Ancak aynı kazada taşınan eşyaların zarar görmesi hali doğrudan taşıma borcunun ihlalini teşkil edeceğinden, borçlunun zarara uğrayan eşyalara ilişkin TBK 116. maddesi kapsamında sorumluluğu doğar. Bir diğer örnekle⁵¹⁸; bir evin musluk tamirini üstlenen tamirci, tamir için eve yardımcısını yolladığında, yardımcının tamir ederken muslukta daha ciddi bir zarara yol açması TBK 116. maddesi kapsamındayken, tesisat tamiri amacıyla çağırılan tamirci çırağının gümüş bir vazo çalması TBK 116 kapsamında değerlendirilmez. Yine çok benzer bir örnekle, bir mobilyacı mobilyaları taşıırken yardımcı şahsın mobilyalara verdiği zarardan TBK 116. maddesi kapsamında sorumlu tutulacakken, yardımcı şahsın evden bir eşya çalması halinde söz konusu davranış borcun ifasına ilişkin bir davranış olmayacağından sorumlu tutulmayacaktır.⁵¹⁹ Yine başka bir örnekle⁵²⁰, çatının kiremitlerini aktarma işini ifa yardımcısı eliyle sürdüren borçlunun yardımcısı işçinin, hasmının başına kiremit atması halinde işin görülmesi ile doğan zarar arasında fonksiyonel bağlantının varlığından söz edebilmek mümkün gözükmemektedir. Bir diğer örnekle⁵²¹, bir dokuma fabrikasında çalışmakta olan

⁵¹⁷ Zaten adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumu ile yardımcı kişiden sorumluluk kurumunun arasındaki kilit fark zararın borca aykırı bir davranışla doğması sonucu borca aykırılık niteliği taşıması ile davranışın haksız fiil niteliği taşımasıdır. Bu farkların ele alındığı bölüm için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması /III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/1. Sorumlulukların “Hukuki Temelleri” Açısından Karşılaştırılması.

⁵¹⁸ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 434; İnan/Yücel, s. 616. Benzer örnek Reisoğlu tarafından “kaloriferin onarılması” için eve gelen yardımcı şahsın kaloriferde bir zarara sebep olması halinde, borçlunun bundan TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağı, ancak işin ifası ile ilgisiz bir şekilde alacaklının bir malını çalarsa bu durumda borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğmayacağı belirtilerek verilmiştir (bkz. Reisoğlu, S., s. 350). Fonksiyonel bağlantı açısından benzer bir diğer örnek olarak, kiracının işçinin kalorifer kazanını yakmak üzere çalışırken yangın çıkarması hali ile kiracıyı dövmesi hali arasındaki fark gösterilebilir. Zira ikinci durumda işin ifası ile olan bağlantı ortadan kalktığı için TBK 116 kapsamında sorumluluk doğmayacaktır (örnek için bkz. Akıncı, s. 251).

⁵¹⁹ Remzi/Aydın, s. 298.

⁵²⁰ Narter, s. 122.

⁵²¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 99.

işçinin fabrikayı ziyarete gelen düşmanı ile kavga etmesi ve onu yaralaması halinde de fonksiyonel bağlantının sağlandığı söylenemez zira zararlı dokuma fabrikasının gördüğü iş arasında mantıki bir bağlantı kurulamamaktadır. Tüm bu örnekler dikkate alındığında ele aldığımız görüşe ilişkin şu sonuca varılır: Yardımcı kişinin ifa hareketleriyle doğrudan bir ilgisi olmayan (ifa vesilesiyle gerçekleşen, örneğin, hırsızlık, saldırganlık, sarkıntılık gibi) fiillerinden borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilmesi bu görüş kapsamında mümkün gözükmemektedir. Zira, bu eylemler sadece ifa vesilesiyle gerçekleşmiş ancak ifa ile işlevsel ve mantıksal bir bağlantı kurulamayan eylemlerdir.

İsviçre ve Alman Hukuku açısından bakıldığında fonksiyonel bağlantının var kabul edildiği ve edilmediği bazı örnekler şunlardır: Çalışma saatlerinde borçlunun yardımcı kişinin bir diğer meslektaşını yaralaması halinde eylemin iş ile fonksiyonel bir bağlantının bulunmadığı kabul edilmiştir.⁵²² Gerçekten de söz konusu eylemin sözleşmenin ifası ile yakından-uzaktan bir bağlantısı bulunmadığı açıkça görülmektedir. Müşterinin malının çalınması halinde de söz konusu zarar doğuran eylemin iş ile fonksiyonel bir bağlantısının bulunmadığı işaret edilmiştir⁵²³ çünkü yine benzer şekilde işin ifası ile işlevsel olarak hiçbir bağlantısı olmayan “hırsızlık” eylemi zararı doğurmuştur.

Paris’ten Cenevre’ye hava yoluyla altın sandıkları taşıma borcu altındaki borçlunun yardımcı kişinin yolda sandıklardan birini kaybetmesinden doğan zararda yardımcısının fiilinden sorumluluğu kabul edilmiş, zira zararı doğuran sandıklardan

⁵²² Örnek için bkz. Deschenaux/Tercier, s. 74-75.

⁵²³ Örnek için bkz. Deschenaux/Tercier, s. 74-75.

birini kaybetme fiilinin borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinin ihlali (hiç ya da gereği gibi ifa etmeme) anlamı taşıdığı belirlenmiştir.⁵²⁴ Federal Mahkeme'nin ifa yardımcısı eliyle proje ve denetim hizmetini yürüten mimarı, söz konusu yardımcısının zimmet suçu işlemesi halinde sorumlu tuttuğu kararda da zarar doğuran davranış ile borcun ifası arasında işlevsel bir bağlantı aranacağı işaret edilmiştir.⁵²⁵

Şimdiye kadar borçlunun, yardımcısının ifa vesilesiyle doğurduğu zararlarla ifa nedeniyle doğurduğu zararlar arasındaki sınırı çizerken ele aldığımız ölçüt objektif ölçüt olan, borcun ifası/hakkın kullanılması ile amaçsal/görevsel açıdan doğrudan bir bağlantının bulunup bulunmadığı ölçütüydü. Ancak doktrinde ifa nedeniyle ve ifa vesilesiyle doğan zarar ayrımı yapılırken ele alınan ölçütlerden (görüşlerden) bir diğeri ise, yardımcı kişi sıfatına sahip olup olmamanın zararı meydana getirmeyi kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı kriterine dayanır. Eğer borçlunun yardımcı kişiyi ilişkiye dahil etmesi, yardımcı kişiye zararı doğurabilmesinde kolaylık sağlıyorsa, borçlunun sorumluluğu doğmalıdır. Bir diğer anlatımla, somut olayın koşulları değerlendirilmeli ve yardımcı kişinin zarar verici fiili yerine getirirken borçlu tarafından yardımcı kişi sıfatına sahip olmasının zararı doğurma noktasında yardımcının işini kolaylaştırıp kolaylaştırmadığına bakılmalı ve eğer ki kolaylaştırdığı söylenebiliyorsa borçlunun da TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalıdır. Örneğin⁵²⁶, alacaklının malını çalarak ona zarar veren yardımcı kişi, hırsızlık davranışını alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiye ifa yardımcısı olarak katılmasından doğan fırsatlardan yararlanarak gerçekleştirdiyse, (risk yükselmesi kapsamında kabul

⁵²⁴ Söz konusu karar (BGE 85 II 271) için bkz. Kaneti (Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964), s. 211 ve Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 176.

⁵²⁵ Söz konusu karar (BGE 90 II 15), Kaplan (Mimarın Sorumluluğu) s. 168, dn. 274'ten alınmıştır.

⁵²⁶ Örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 194.

edilebilecek bir olay söz konusu olduğundan) “ifa esnasında/nedeniyle” doğmuş bir zarar söz konusu olmalı (borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalı) ancak alelade üçüncü kişinin de gerçekleştirebileceği bir hırsızlık söz konusuysa “ifa vesilesiyle” zarar verildiği kabul edilerek borçlunun sorumluluğu gündeme gelmemelidir. Misalen, yardımcı kişi alacaklının evinin dışında yer alan bir eşyasını çalarsa, yardımcı sıfatının sağladığı bir kolaylık devreye girmediğinden borçlunun sorumluluğu söz konusu olmamalı, ancak yardımcı kişi bu sıfatından yararlanarak eve girer ve evin içinden bir eşyayı çalarsa, işinin borçlu tarafından kolaylaştırıldığından hareketle borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalıdır.⁵²⁷ Bir diğer örnekle, dükkanı arayarak yemek sipariş eden müşteriyi daha sonra rahatsız edip taciz eden ifa yardımcısı, zarar doğuran fiili yardımcı kişi sıfatının sağlamış olduğu konumu dolayısıyla müşterinin kişisel bilgilerine daha rahat ulaşarak daha kolay bir şekilde yerine getirebilmektedir.⁵²⁸ Bir olayda⁵²⁹, hastanenin kıyafet bölümünden sorumlu olan kişi, ütü odasında kocasının pantolonunu ütülerdikten sonra cihazı kapatmayı unutmuş ve bu ihmal sebebiyle gerçekleşen yangında yeni ameliyat olmuş bir hasta, duman yoğunluğu sebebiyle görme duyusunu tamamen kaybetmiştir. Federal Mahkeme kararında, söz konusu çalışanın en azından ütü odasına girebilecek yetkilendirmeye sahip olmasını, hastanenin hastaları söz konusu ütü odasından kaynaklanacak herhangi bir zarardan koruma ödevini yardımcı kişisine devrettiği yönünde yorumlayarak ne ütölemiş olduğu sonucu değiştirmeksizin hastanenin

⁵²⁷ Örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 192 vd. Yardımcının zarar verebilmesini kolaylaştırma açısından örnek (davalı güvenlik görevlisi şirketin kullandığı yardımcı kişinin konumu dolayısıyla hırsızlık fiilini daha kolay işlemiş olması) olarak işaret edilebilecek karar için bkz. Yarg. 23. HD, T. 09. 10.2015, E. 2014/7981 K. 2015/6444 (Kazancı, Erişim Tarihi: 01.04.2019).

⁵²⁸ Bkz. Yünlü, s. 259.

⁵²⁹ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ/Alman Federal Mahkemesi Hukuk Kararları) 23, 319 künyeli karar için bkz. Şenocak s. 188.

sorumluluğunun doğacağına hükmetmiştir. Bu karar da “yardımcı kişinin zararı doğurmasının kolaylaşması ve alacaklının risk alanına dahil edilmesi” görüşü ile uyum göstermektedir.

Alman doktrininin *Schaefer* ise, yardımcı kişinin “ifa esnasındaki davranışı” ile “ifa vesilesiyle” davranışının doğurduğu zararları birbirinden ayırırken sübjektif bir kritere dayanarak yardımcı kişinin söz konusu zararı doğururken sadece borcu ifa etme amacıyla mı hareket ettiğine yoksa bireysel duygu ve düşüncelerin de mi devreye girip girmediğine de bakılması gerektiğini ileri sürmektedir.⁵³⁰ *Schaefer* kriterini desteklemek üzere şöyle bir örneği⁵³¹ ele alarak açıklamaktadır: Garsonun kahve servis ettiği müşterisini dikkatsizlikle yakması ile söz konusu müşteriye özel hayatında duyduğu nefretin etkisiyle onu bilerek yakması arasında objektif açıdan bir farklılık olmasa da sübjektif açıdan ciddi bir farklılık söz konusudur, zira ilk durumda borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğuracak ifaya ilişkin davranıştan doğan bir hukuki sonuç doğmaktayken ikinci durumda garsonun kastı zararı borcun ifasına ilişkin bir davranıştan doğmaktan uzaklaştırmakta ve borçlunun sorumluluğu doğmamaktadır. Ancak bizim de katıldığımız, ifa sırasındaki davranış ile ifa vesilesiyle gerçekleşen davranış arasındaki farkı⁵³² belirlemeye yardımcı olan ve benimsenmesi

⁵³⁰ Söz konusu görüş için bkz. Şenocak s. 183, dn. 424.

⁵³¹ Örnek için bkz. Şenocak s. 183 vd.

⁵³² Şenocak, borçlunun yardımcı kişinin hangi fiillerinden sorumlu tutulup hangilerinden sorumlu tutulmayacağını belirlenmesinde ifa sırasında – ifa vesilesiyle ayrımı yapan yazarların bizzat kendilerinin, bir davranış sınıflandırırken ifa sırasında mı yoksa ifa vesilesiyle mi olduğunun belirlenmesinin belli bir kritere bağlanmasının ve adeta formüle edilmesinin mümkün olmadığı/başarısız olduğu hususunda öz eleştiri yaptıklarına değinmektedir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 185).

gereken objektif kriter, söz konusu davranışın yardımcı kişiye devredilen ifa/hakkın kullanılmasına ilişkin davranışla amaçsal/görevsel bir bağlantısı olup olmadığıdır.⁵³³

Fonksiyonel bağlılık şartına ilişkin olarak yapılan tüm açıklamalar, yalnızca bir borcun ifa edilmesine dahil olan ifa yardımcıları için değil aynı zamanda bir hakkın kullanılmasına dahil olan kullanma yardımcıları için de geçerlidir. Örneğin,⁵³⁴ kiracının kiraladığı evde hizmetçisi ile beraber ikamet etmesi halinde, hizmetçinin (ya da aynı evde ikamet eden eşin ya da çocukların) eve verdiği bir zarardan (örneğin, camları silerken camı kırması, sokak kapısının kilidini bozması) kiracı kiralayana karşı TBK 116. maddesi kapsamında sorumluyken, hakkın kullanılması ile ilişkili olmayan bir zarardan (örneğin hizmetçinin kiralayana kavga ederek onu yaralamasından) TBK 116. maddesi kapsamında sorumlu tutulmayacaktır.

Nihayet, ele alınan görüş kapsamında özetlemek gerekir ki bu görüşün savunucularına göre TBK 116. maddesi kapsamında sorumluluğun doğabilmesinin genel şartı olarak işaret edilen alacaklının zarara uğramış olması şartı tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda fonksiyonel (işlevsel) bağ şartının da sağlanması ve zararın sadece ifa vesilesiyle değil ifa nedeniyle gerçekleşen bir fiille borca aykırılıktan kaynaklanarak doğmuş olması gerekir. Bu hususta altı çizilmesi gereken kilit nokta, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zararın borç ilişkisi ile bağlantısı olmayan bir davranışa dayanması halinde şartları varsa yardımcı kişinin TBK 49. maddesi

⁵³³ Şenocak s. 184. Ayrıca, objektif kritere ilişkin Alman doktrini tarafından pek de taraftar bulamadığı belirtilen diğer iki görüş ise, zararın yardımcı kişi kullanılmasının olağan sonucu olup olmadığı kriteri ve akdın ihlal edilmesi açısından yardımcı kişi kullanılmasının önem teşkil edip etmediği kriteridir (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 186).

⁵³⁴ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 436; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 103.

kapsamında şahsen sorumlu tutulacak ve borçlunun TBK 116. madde kapsamında ifa yardımcısının doğurduğu zarardan sorumlu tutulamayacak olmasıdır.⁵³⁵

2. Fonksiyonel Bağlılık Şartının Geniş Yorumlanması (Sorumluluğun İfa Vesilesiyle Meydana Gelen Zararları da Kapsaması) Gerektiğini İleri Süren Karşıt Görüş

Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunu, “ifa nedeniyle” verilen ve borca aykırılığı doğuran zararlar ile sınırlayarak ifa vesilesiyle verilen zararlardan sorumlu tutulacak kadar geniş bir sorumluluk halinin kabul edilmemesi gerektiği temelinden hareket eden görüşü açıkladıktan sonra, bu görüşün tam karşısında durarak, borçlunun sorumluluk alanının “ifa vesilesiyle” verilen zararlar da dahil olmak üzere daha geniş düşünülmesi gerektiği temelinden hareket eden görüşe de yer verilmelidir.⁵³⁶

Borçlunun doğan zararlardan TBK 116 kapsamında sorumluluğunda fonksiyonel bağ şartını daha geniş şekilde kaleme alan bu görüş⁵³⁷ ise, yardımcı kişinin

⁵³⁵ Remzi/Aydın, s. 298; Reisoğlu, S., s. 324. Bu noktada belirtmek gerekir ki Yünlü eğer söz konusu sınırlayıcı görüş benimsenirse alacaklının zararının giderilmesi açısından borca aykırılık hallerinde TBK 112’nin, haksız fiil hallerindeyse TBK 49’un devreye gireceğini ve TBK 116’nın uygulama alanı bulamayacağını belirterek bu görüşü eleştirmektedir (bkz. Yünlü, s. 261).

⁵³⁶ Demircioğlu, s. 276; Antalya (Borçlar Genel Cilt III), s. 315; Serozan (Genel Hükümler), s. 291-292. Nitekim bizim de katıldığımız üzere Serozan, edim yükümlülüğünden bağımsız davranışların hukuk sistemindeki öneminin artmasıyla birlikte zararın ifa sırasında doğması şartının ifa vesilesiyle doğması şartına da yaklaştığının altını çizmektedir (bkz. Serozan, s. 291-292).

⁵³⁷ Soergel/Wolf’un görüşü Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 194’ten naklen ve Spiro’nun görüşü Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 192’den naklen. Ayrıca bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 200, Yünlü, s. 258; Zeytin, s. 353; Demircioğlu, s. 276; Serozan (Genel Hükümler), s. 291-292.

alelade üçüncü kişilere kıyasla alacaklıya zarar verebilmek açısından daha fazla imkana sahip olduğunu ve bu sebeple de yardımcı kişi kullanılarak alacaklının risk alanını genişlettiğini, bunun bir getirisi olarak da borçlunun alacaklıya karşı ifa vesilesiyle verilmiş bir zarar söz konusu olsa dahi borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir.

Bu karşıt görüşe göre, hukuk nosyonunun gelişmesi, bugünkü halini alması ile birlikte akdi yükümlülüklerin kapsamı da gelişmiş ve koruma yükümlülüklerinin varlığı kabul edilerek önem kazanmaya başlamıştır. Bunun sonucunda, modern öğretinin, borç ilişkisinden doğan yükümleri sadece edim yükümlülüklerinden ibaret değil, aynı zamanda tarafların kişi ve malvarlığı değerlerinin de korunmasını kapsayan daha geniş bir bütün olarak nitelendirmesiyle birlikte, ifa vesilesiyle meydana gelen davranışı borçlu yerine getirseydi koruma yükümlülüklerini ihlal ettiği için nasıl sorumlu tutulacaksa, yardımcı kişinin aynı davranışı yerine getirmesi halinde de sorumlu tutulmalıdır. Zira, aksini kabul etmek, borçlunun yardımcı kişi kullanması ve bu yardımcısının koruma yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda (TBK 66'ya tabi olması sebebiyle) sorumluluktan kurtulmak açısından (TBK 116'ya tabi olacağı hale kıyasla) daha avantajlı bir konuma sahip olmasına sebep olur ki bu yerinde bir sonuç değildir.⁵³⁸ Böylece bu görüş, ifa vesilesiyle doğan zararlardan da borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğması gerektiğini, zira borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlalinin geniş olarak ele alınarak koruma yükümlülüklerini de kapsadığını ileri sürmektedir.⁵³⁹ Yardımcı kişiye sadece asli edim yükümlülüklerinin değil bu yükümlülüklerden bağımsız edim yükümlülüklerinin de bırakıldığı

⁵³⁸ Görüşe ilişkin bkz. Şenocak s. 190; Yünlü, s. 243 vd.

⁵³⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 78.

düşünülmeli ve söz konusu koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde de bir borca aykırılık söz konusu olacağından TBK 116 kapsamında borçlunun sorumluluğu doğmalıdır.⁵⁴⁰

Şenocak'ın da katıldığı şekilde ifa nedeniyle – ifa vesilesiyle verilen zarar ayrımı “*eskimiş, çağını doldurmuş*” bir kriterdir, zira koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesi halinde bu ihlalin “ifa nedeniyle değil ifa vesilesiyle gerçekleştiği” gibi bir savunmayla borçlunun sorumluluğuna gidilemiyor olması yerinde değildir.⁵⁴¹ Eren’e göre de, borçlunun sadece yardımcısının ifaya ilişkin fiillerinden sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmek, “*borç ve sözleşme ilişkisine hala tek gözle bakan ve bu ilişkiyi yalnız edim yükümlülüklerinden ibaret sayan, bu suretle de modern borç ilişkisi anlayışı dışında kalan, 19 uncu Yüzyıl sonu ile 20 nci Yüzyıl başındaki tellakkiye sadık bir görüşten başka bir şey değildir.*”⁵⁴² Demircioğlu da paralel bir görüşle, borçlunun yardımcı kişisinden sözleşme görüşmeleri esnasında doğan sorumluluğunda fonksiyonel bağın geniş olarak tespit edilmesi ve “görüşmeler vesilesiyle” gerçekleşen zararlardan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğması gerektiğini ileri sürmektedir.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Şenocak, s. 121, Demircioğlu, s. 276-277; Akipek (Alt Vekalet), s. 139.

⁵⁴¹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 200. Dahası, Şenocak’ a göre (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 200), fonksiyonel bağlılık dikkate alınırken, yardımcıya bırakılan iş ile doğan zarar arasındaki bağlılığa bakmaktansa, yardımcıya bırakılan işin verdiği imkan ile zararın doğmuş olması yeterlidir. Bu görüşün kabul edilmesi ile birlikte fonksiyonel bağlılık şartı daha kolay sağlanacak ve borçlunun sorumluluk alanı genişleyecektir. Örneğin (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 201), yardımcı kişi tamir işini üstlenen borçlu sayesinde girmiş olduğu evde değerli bir eşya çalarsa, bu durumda borçlunun sorumluluğu söz konusu olmalıdır, zira yardımcı kişi onun sayesinde eve giriş yaparak söz konusu eşyayı çalabilecek bir imkana sahip olmuştur. Fakat örneği biraz değiştirirsek (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 201), söz konusu yardımcı kişi evin dış kapısında bulunan bisikleti çalmış olsaydı, bu davranış herhangi bir üçüncü kişi tarafından da aynı şartlar altında yapılabilecek bir davranış olmakla birlikte borçlu tarafından kendisine bir imkan sağlanması sonucu kolaylaşmadığından, borçlunun sorumluluğu kabul edilmemelidir.

⁵⁴² Eren (Borçlar Hukuku Genel Hükümler), s. 1037.

⁵⁴³ Demircioğlu, s. 277.

Bir örnekle⁵⁴⁴, borçlu nasıl ki hırsızlık yapmayacağına ilişkin alacaklıda haklı bir güven yaratıyorsa, bu haklı güveni yardımcı kullanması halinde yardımcısının da zarar doğurmayacağı hususunda sağlamış olmalı ve söz konusu güvenin boşa çıkması halinde borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalıdır. Yünlü tarafından işaret edilen örneklerle⁵⁴⁵: Yardımcı kişinin musluğu tamir ederken tesisata verilen zarardan, evdeki bireylere psikolojik ya da fiziksel saldırılarından, tamir için gittiği bahçedeki eşyayı çalmasından veya elindeki cismi aşağı düşürerek alacaklının oğlunu yaralamasından doğan zararlardan borçlu TBK 116 kapsamında sorumlu tutulmalıdır.

Nihayet görüşü özetlemek istersek, yalnızca ifa nedeniyle doğan zararlardan değil aynı zamanda ifa vesilesiyle doğan zararlardan da borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalıdır. Zira, borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluk alanı yalnızca asli edim yükümlülüklerine aykırılıkla sınırlı değildir. Yardımcı kişinin ister ifa vesilesiyle ister ifa dolayısıyla bir davranışından zarar doğması halinde, “edim yükümlülüklerinden bağımsız davranış (güven-koruma) yükümlülükleri” kapsamında zararın doğrudan bizzat borçlunun kendisine faturalandırılması gerekir.

⁵⁴⁴ Örnek için bkz. Zeytin, s. 1423; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 190; Demircioğlu, s. 275.

⁵⁴⁵ Yünlü, s. 266.

3. Değerlendirme

Yardımcı kişinin zararı doğuran davranışını “ifa esnasında” ve “ifa vesilesiyle” olmak üzere iki başlığa ayıran ve borçlunun sadece “ifa esnasında” doğmuş olan zararlardan sorumlu tutulabileceğini ileri süren görüşün amacı, borçlunun sorumluluk alanının olması gerekenden çok daha fazla (ve hatta her durumda sorumlu tutulması sonucunu doğuracak derecede) genişlemesinin önüne geçmektir.⁵⁴⁶ Bu durumda borçlunun yardımcı kişiden sorumlu tutulacağı bir borca aykırılığın söz konusu olması gerekir. İfa vesilesiyle ve ifa nedeniyle doğan zarar ayrımını ortadan kaldıran karşıt görüşe hak verebilmemizi sağlayan düşünceyse, alacaklının borçlu ile borç ilişkisine girerken elbette ki tek beklentisinin sadece borçlu tarafından borcun ifası / hakkın kullanılması esnasında kendisine bir zarar verilmesi değil, borçlu tarafından ilişkiye dahil edilen üçüncü kişiler (bizim konumuz gereği yardımcı kişiler) tarafından da bir zarara uğramayacaklarına duydukları haklı güvendir.

Nihayetinde bizim katıldığımız görüşe göre, işlevsel bağın kurulabilmesi açısından yardımcı kişi tarafından ihlal edilen yükümlülüğün borç ilişkisinden doğan bir yükümlülük olması gerekir ve borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin kapsamı sadece ifa nedeniyle gerçekleşen hareketlerle sınırlı tutulmamalı ve dar anlaşılmamalıdır. Zira, her borç ilişkisi edim yükümlülüklerinin ötesinde yan yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerini⁵⁴⁷ de beraberinde getirir. Eren borç ilişkisinin alacaklı ve borçluya kattıklarını, “*borç ilişkisi alacaklı ile borçlunun birbiriyle temas etmesini sağlar; aralarında özel bir ilişki kurar; onları birbirine*

⁵⁴⁶ Şenocak, s. 195.

⁵⁴⁷ Alacaklının korunmasını amaçlayan yükümlülüklerin bütününe “korunma değerleri” veya bütünlük menfaatleri de denmektedir. Söz konusu kavramsal bilgi için bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1080.

yaklaştırır; aralarında bir güven ilişkisi ve ortamı yaratır; ev veya işyerinin kapısını açar; başka türlü bu yerlere girmeleri mümkün değilken borç ilişkisi sayesinde buralara girmelerini sağlar.” cümleleriyle özetlemektedir.⁵⁴⁸ Gerçekten de yardımcı kişi alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin sağladığı bu güven ortamı sayesinde alacaklının kapısından içeriye girebilmekte, alacaklının eşyasına dokunabilmekte, alacaklının yakınlarıyla tanışabilmekte, kısacası alacaklının risk alanına girerek bu alanı genişletebilmektedir. Yardımcı kişinin risk alanına dahil edilebilmesinin temelinde yatan borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme ilişkisi olduğundan borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğu sadece edim yükümlülüklerini değil, borç ilişkisinden doğan tüm koruma yükümlülüklerini içinde barındıracak şekilde geniş yorumlanmalıdır.

Eren’in, yardımcı kişinin yalnızca edim yükümlülüklerini (ifa fiili ile) ihlal etmesi halinde TBK 116’ya başvurulabilecek olması ve ifa vesilesiyle verilen zararlardan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğmayacağı görüşünü “*eskimiş, çağını doldurmuş*” şeklinde nitelendirmesine, dahası borç ilişkisini yalnızca edim yükümlülüklerinden oluştuğunun düşünülmesi yönüyle de modern borçlar hukuku mantığı ile hiç uymayan bir yaklaşım olduğunu belirtmesine⁵⁴⁹ katılmamak elde değildir. Zira, yardımcı kişi borcun ifasında ya da hakkın kullanılmasında sadece edim yükümlülüklerini üslenmez, aynı zamanda alacaklının malvarlığı ve kişilik değerlerinin korunması yükümlülüğünü de üstlenir.⁵⁵⁰ Bu sebeptir ki söz konusu borca aykırılık, borç ilişkisinden doğan edim yükümlülüklerinden veya diğer

⁵⁴⁸ Eren (Genel Hükümler), s. 1080.

⁵⁴⁹ Eren (Genel Hükümler), s. 1080.

⁵⁵⁰ Eren (Genel Hükümler), s. 1080.

yükümlülüklerden birinin ihlali olarak karşımıza çıkabilir ve ifa vesilesiyle de borca aykırılık doğabilir. Örneğin, tamir işi ile uğraşırken tamir ettiği beyaz eşyayı bozan (edim yükümlülüğünü ihlal eden) yardımcı kişi de işi yapma sırasında alacaklının bizzat kendisinin ya da koruması altındaki kişilerin vücut bütünlüğüne zarar veren (koruma yükümlülüğüne aykırı davranış sergileyen) yardımcı kişi de borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğurur.⁵⁵¹

Bu kapsamda ikinci görüşe daha yakın olsak da bu görüşle içselleştirdiğimiz kendi görüşümüzün altı çizilmelidir: Fonksiyonel bağıllık açısından “eğer o yardımcı kişi tayin edilmeseydi bu zarar doğmayacaktı” bağlantısı kurulabilecek derecede görevsel bağlantıdan uzak bir davranıştan bahsediyorsak borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğmamalıdır. Alman Hukukunda savunulan bir görüş⁵⁵², bir borcun ifasında yer alan yardımcı kişinin faaliyet alanının geniş düşünülmesi gerektiğini ve “eğer o yardımcı kişi tayin edilmeseydi bu zarar doğmayacaktı” bağlantısı kurulabilen yardımcı kişinin tüm fiillerinden borçlunun sorumlu kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Serozan, bu görüşün ifa yardımcısının iş görme sırasında alkol ve diğer benzeri uyarıcı maddeler kullanması halinden doğacak ve ifa ile hiçbir işlevsel bağıllık taşımayan davranışlardan doğan zararın bile borçluya yükletilebileceği sonucunu doğuracağını belirtmekte ve zarar verici davranış ile ifa arasında işlevsel bir bağıllığın artık aranmayacağını şu örnek ile perçinlemektedir: Bir hastanede ütü işiyle görevli olan birey, hastaların çamaşırlarını değil de eşinin çamaşırlarını ütülerken yangın çıkarsa, zarar gören hastalar hastaneye

⁵⁵¹ Örnek için Antalya (Borçlar Genel Cilt III), s. 314.

⁵⁵² Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 434.

karşı ‘ifa yardımcısından sorumluluk’ kuralına başvurabilecektir.⁵⁵³ Bu da göstermektedir ki bu görüşün benimsenmesi halinde yardımcı kişinin zararı doğuran davranışının sözleşmenin doğurduğu davranışlar dışında dahi zarar doğsa, TBK 116 kapsamında tazmin edilebilir bir zarardan söz edilecektir. Kanaatimizce söz konusu görüş, borçluyu hukuk düzeninin öngörebileceğinden kat be kat ciddi bir sorumluluk altına sokmakta ve alacaklıyı borç ilişkisindeki hakkaniyeti temelinden etkileyecek derecede fazla korumaktadır. Kaldı ki borçlunun TBK 116. maddesi kapsamında sorumluluğunu bu derece geniş kabul eden bir görüş, TBK 66 ve TBK 116 arasındaki en temel ve en kritik fark olan “zararın borca aykırılık kapsamında doğması” farklılığının da göz ardı edilmesi sonucunu doğurmakta ve söz konusu iki sorumluluk tipini neredeyse üst üste bindirip, somut olayda çoğunlukla yardımcı kişiden sorumluluğun doğmasına sebep olarak ‘’adam çalıştırandan sorumluluk’’ kurumunun işlerliğini neredeyse tamamen ortadan kaldırabilme tehlikesini taşımaktadır Bu yönüyle bu derece geniş yorumlanacak bir fonksiyonel bağ görüşünün kabul edilebilirliğini gönül rahatlığı savunmak tarafımızca çok zor ve hatta imkansızdır.

Sonuçta fikrimizce, tüm ifa vesilesiyle doğan zararlardan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulması da mümkün değildir. İfa vesilesiyle verilen zarar borcun ifasından işlevsel olarak tamamen bağlantısız olmamalıdır. Edim yükünden bağımsız borç ilişkisi düşüncesinin etkisiyle taraf yükümlülüklerinin geniş şekilde ele alındığı somut olayda, borca aykırılık niteliği taşıması şartıyla ifa vesilesiyle verilen zararların da borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğuracağı kabul edilmelidir.

⁵⁵³ Serozan (Genel Hükümler), 291-292.

Bazı örneklerle düşüncemizi güçlendirirsek: Alman imparatorluk mahkemesinin çeşitli kararlarını ele alırsak, 1909 yılında verilmiş olan bir kararda⁵⁵⁴, boya işi kendisine tevdi edilen işçi, mesai sonunda işini bitirdikten sonra araç gerecini bırakmak ve ellerini yıkamak amacıyla indiği bodrum katında, su hattının ana vanasını açık bırakmış ve bu durum binayı su basmasına sebep olmuştur.⁵⁵⁵ Mahkeme zararı doğuran ‘‘el yıkama’’ davranışı (ve dolayısıyla da ana vanayı açık unutmasını) borcun ifasına ilişkin davranış kapsamında kabul etmiş ve borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğunun doğduğunu karara bağlamıştır.⁵⁵⁶ Fakat aynı mahkeme bir başka olayda⁵⁵⁷, benzin ve boya muhafaza edilmek üzere kiralanan depoda, kiralayanın işçisinin sigara içmesi ve söz konusu sigarayı söndürmeksizin depoya atmasından kiralayanı sorumlu tutmamış ve işle alakalı bir davranış olarak kabul etmemiştir. Fakat Şenocak’ın da belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre, içinde benzin muhafaza edilen bir depoda sigara içme davranışının tehlikesi dikkate alındığında, gerçekten sözleşmesel ilişki kapsamında koruma yükümlülüklerine aykırı bir davranış olarak kabul edilmeli ve kiralayanın sorumluluğunun doğduğu kararı verilmeliydi.⁵⁵⁸

Yargıtay’ın 1971 tarihli bir başka kararında⁵⁵⁹, benzin istasyonunun işçisinin, müşterinin arabasını kullanarak kaza yapması halinde doğan zarardan doğrudan istasyon sahibini sorumlu tutmuştur. Söz konusu kararda Yargıtay, benzinliğin sahibi ile araba sahibi arasında aracın muhafaza edilmesine ilişkin vedia akdine aykırılığın

⁵⁵⁴ Söz konusu karar (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ) 63, 34) için bkz. Şenocak s. 187.

⁵⁵⁵ Şenocak s. 186.

⁵⁵⁶ Şenocak s. 187.

⁵⁵⁷ Söz konusu karar (RGZ 87, 276) için bkz. Şenocak s. 187.

⁵⁵⁸ Şenocak s. 187.

⁵⁵⁹ Karar künyesi: Yarg. Tic. Dairesi (D.), T. 13.3.1971, E. 835, K. 2113 (Şenocak, s. 178).

söz konusu olduğundan hareketle, yardımcı kişi tarafından gerçekleşen bir sözleşmeye aykırılığın söz konusu olduğunu ve bu sebeple de BK 55 (TBK 66) değil, BK 100 (TBK 116)'nın uygulama alanı bulacağını belirtmiştir.

Fonksiyonel bağlılık şartı kapsamında ele alınması gereken bir diğer ve günlük hayatta da karşılaşılması son derece muhtemel ihtimalse, borçlunun bir işçisinin bir diğer işçisine zarar vermesi halinde TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğup doğmayacağı tartışmasıdır. Bizim de benimsediğimiz görüşe göre, borçlunun bir çalışanın diğer çalışanına verdiği zarardan TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu zararı doğuran davranışın kendisine bırakılan işin ifası/hakkın kullanılması ile doğrudan bağlantılı bir davranış olması gerekir.⁵⁶⁰ Örneğin, fabrikada paketleme işi yapımı esnasında işçinin elindeki aletle çalışma arkadaşına zarar vermesi halinde kendisine bırakılan borcun ifasına ilişkin bir davranış söz konusu olması sebebiyle borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğacakken, çalışma arkadaşı ile arasındaki husumet sebebiyle söz konusu aletle onu yaralaması halinde artık kendisine bırakılan borcun ifası/hakkın kullanılması ile bağlantı kurulamayan bir davranış söz konusu olduğundan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Fikrimizce fonksiyonel bağlılık şartının sağlanabilmesi için yardımcı kişinin saikin de hiçbir önemi olmaması gerektiğinin de altı çizilmelidir. Aksi takdirde örneğin, otel, pansiyon vb. herkesin kullanımına açık ancak o kadar da mahrem olan işletmelerde çalışan ifa yardımcısının tamamen kendi hukuka aykırı emelleriyle odalara gizli kamera yerleştirmesi ve bunun sonucunda da işletmenin misafirine

⁵⁶⁰ Aynı yönde Yağcı, s. 84 vd.

(alacaklıya) zarar vermesi halinde borçlu konumunda olan işletmenin sorumlu sayılmaması gerekirdi. Ancak borçlu işletmenin yardımcısının fiillerinden sorumluluk kurumu kapsamında sorumlu tutulması gerekir⁵⁶¹

Ayrıca belirtmek gerekir ki her iki görüşün de ortak noktası hangi görüş seçilirse seçilsin yardımcı kişinin salt haksız fiil teşkil eden davranışlarından borçlu TBK 116 kapsamında sorumlu tutulamayacak, ancak ve ancak (şartları somut olayda da mevcutsa) TBK 66 kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir.

E. Borçlunun Farazi Kusuru

Borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğabilmesi için; “Yardımcı kişinin kusuru aranır mı?”, “Borçlunun kusurlu olması gerekli midir?” ya da “Acaba söz konusu sorumluluğun doğabilmesi için hem borçlu hem de yardımcı kişinin sorumlu olması mı aranır?” soruları⁵⁶² doktrinde geniş bir çevre tartışılmış ve sorumluluğa ilişkin şu farklı görüşleri de beraberinde getirmiştir: Bir görüşe göre, borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğunun doğabilmesi için, yardımcı kişinin kusuru şartken, bir diğer görüşe göre ne yardımcı kişinin ne de borçlunun kusuru aranmaksızın

⁵⁶¹ Yünlü, s. 266.

⁵⁶² Yardımcı kişinin bir kusuru bulunmasa bile borçlunun yardımcı kişiden sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışmasına eski kanunda olduğu gibi yeni kanununda da cevap vermeyen kanun koyucuyu bu hususu yine öğretiyeye bırakmış olması bu tartışmaların doğmasının mihenk taşıdır ve kanun koyucunun söz konusu kanunlaştırma stratejisi tartışmaları kızıştırmıştır. Zira TBK 116, “... onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.” düzenlemesiyle ne borçlunun ne de yardımcı kişinin kusuruna ilişkin bir düzen işaret etmemektedir.

sorumluluk doğar. Son ve baskın görüşe göreyse, borçlunun farazi kusurunun bulunması sorumluluğun doğması açısından şart ve yeterlidir. Görüşleri detaylı olarak ele alırsak:

1. Birinci Görüş: Yardımcı Kişinin Kusurunun Aranması

Bu görüşe göre borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilmesi için yardımcı kişinin zarar doğuran davranışı meydana getirirken kusurlu olması gerekir.⁵⁶³ Bir diğer anlatımla, yardımcı kişisi kusursuzsa, bunu ispat eden borçlunun artık yardımcı kişinin fiilinden sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedir.

Görüşün temsilcilerinden ve İsviçre Hukukunun önde gelen isimlerinden Tuhr'a göre kusura ilişkin ele alınması gereken İBK'nın 1881 tarihli metnidir.⁵⁶⁴ Zira, 1881 tarihli metinde kanun koyucu açıkça, borçlunun ancak ve ancak yardımcı kişinin kusurundan sorumlu olacağı düzenlenirken, söz konusu düzenleme 1911 yılındaki değişiklikle yardımcı kişinin (kusursuz dahi olsa) sebebiyet verdiği zarardan borçlunun sorumlu tutulacağı yönünde düzenlenmiştir.⁵⁶⁵ Alman hukukundaki pozitif düzenlemelere bakıldığında, kanun koyucu kanuni düzenlenmede açıkça borçlunun yardımcı kişinin kusurundan sorumlu tutulacağını kaleme alarak bu görüşü destekler

⁵⁶³ Tuhr/Escher s. 128-129, Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 401; Yavuz, N., (Şerh), s. 742. Görüşün savunucuları arasında Saymen/Elbir, Tschudi, Auer olduğu da işaret edilmektedir (bkz. Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 167, dn. 269). Dahası, bu görüşün yabancı literatürdeki savunucuları arasında, Büren, Loewanwarter, Becker ve Schmidt'de işaret edilmiştir (bkz. Yünlü, s. 279, dn. 925).

⁵⁶⁴ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 204.

⁵⁶⁵ İBK'da yapılan 1911 tarihli değişiklik için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 204.

niteliktedir.⁵⁶⁶

Söz konusu kusura dayanan görüşün dayanağı⁵⁶⁷ ele alınırsa; madem ki borçlu borcu bizzat ifa etmiş olsaydı yalnızca kusurlu davranışlarından sorumlu olacaktı, yardımcı kişinin de sadece kusurlu davranışlarından sorumlu tutulabiliyor olmalı,⁵⁶⁸ sırf yardımcı kişi kullandığı için cezalandırılmamalı ve dahası böylece iş bölümü fikri (yardımcı kişi kullanımı) desteklenerek endüstri toplumu da desteklenmelidir. Bu görüş benimsendiğinde, örneğin, bir işçiye tamir etmesi için verilen şey, onu taşıdığı esnada yoldaki bir bozukluk sebebiyle yere düşer ve zarar görürse yardımcı kişinin bir kusurundan bahsedilemeyeceğinden, borçlu da doğan zarardan sorumlu tutulmamalıdır.

Ancak bizim de katıldığımız üzere bu görüşün kabulünün birtakım olumsuzlukları da beraberinde getireceğinin altı çizilmelidir. Zira, bu görüş kabul edilirse, borçlu, yardımcı kişinin kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Dahası, yardımcı kişinin ayırt etme gücünden yoksun olması halinde, kusur unsuru oluşamayacağından borçlu yardımcı kişinin ayırt etme gücünden yoksunluğunu ispatlayarak (ve hatta belki de ayırt etme gücü olan yardımcının ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ispatlamak gibi çeşitli sahtekarlıkların kapısını aralayarak) sorumluluktan kurtulacaktır.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Yünlü, s. 280-281.

⁵⁶⁷ Söz konusu görüşün dayanaklarına ilişkin açıklamalar için bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1081.

⁵⁶⁸ Bir örnekle Tuhr, doktorun hastasına hiçbir kusuru olmaksızın ve tüm prosedürlere uyarak anestezi madde (kloroform) vermiş olması halinde sorumlu tutulamayacağı kabul edilirken, aynı işin makul bir asistan eliyle yaptırıldığı ihtimalde de zarar doğsa doktorun sorumlu tutulmasını “...*bu derece geniş bir mesuliyet kabul edilirse hukuki duygumuz esaslı surette incinmiş olur.*” eleştirisi ile dile getirmiştir (bkz. Tuhr, s. 597)

⁵⁶⁹ Eren (Genel Hükümler), s. 1081.

Dahası, görüşün uygulanabilirliğine ilişkin şu sorun gündeme getirilmektedir.⁵⁷⁰ Yardımcı kişi alacaklı ile herhangi bir sözleşmenin tarafı olmadığına göre, onun kusuru haksız fiil kusuru ile sınırlı kalacak, borca aykırılık teşkil eden davranışlarından ötürü kusurlu sayılamayacaktır. Haksız fiil kusurunun varlığı için aranacak unsur hukuka aykırılık olduğuna göre, yardımcı kişinin zarar doğuran davranışı hukuka aykırı değilse kusurlu da sayılamayacaktır. Bu sebeptir ki bu görüşün benimsenmesi halinde yardımcı kişinin kusurlu sayılabileceği ve dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulabileceği senaryolar daralacak, son derece sınırlı sayıda karşımıza çıkacaktır.

Tüm bu açıklamalar dikkate alındığında, borçluya yardımcı kişiden yararlanmanın nimetlerini altın tepside sunarken, külfetlerinden kolayca kaçınmasını sağlayacak bu görüş, TBK 116'nın en temel *ratio legis*'lerinden “nimet-külfet” dengesi ile uyuşmayacağı gibi, alacaklıyı zararını tazmin gücü şüpheli yardımcı kişi karşısında bırakarak güçsüzü daha da güçsüz hale getirmekte, böylece ne sosyal devlet ne de adaleti (ve tabi ki somut olay açısından hakkaniyeti) sağlama prensiplerine hizmet etmektedir.

2. İkinci görüş: Kusur Şartı Aramayan Görüş

Yardımcı kişinin kusurunu arayan görüşe sıkı sıkıya zıt bu görüşe göre ise, borçlunun yardımcı kişisinden sorumluluğunun mutlak bir kusursuz sorumluluk hali

⁵⁷⁰ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 208.

olduğu gerekçesine dayanarak (diğer şartların gerçekleşmiş olması şartıyla) yardımcı şahsın veya borçlunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, salt yardımcı kişi kullanmış olmanın sorumluluğu doğuracağını⁵⁷¹ ileri sürmektedir.⁵⁷²

Söz konusu görüşün İsviçre hukukundaki temsilcileri⁵⁷³, özellikle de İBK’da 1911 yılında yapılmış olan değişiklikle yardımcı kişi tarafından “sebebiyet verilen zararın” sorumluluğun doğması için yeterli olacağını işaret etmekte, kanun koyucunun bu değişikliği yaparken tesadüfi ya da hatalı hareket etmediğini ve amacının sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak benimsediğini vurgulamak olduğunu belirtmektedir.⁵⁷⁴

Bu görüş benimsendiğinde, yardımcı kişiden sorumluluğun doğması için ne borçlunun ne de yardımcısının kusuru aranır. Böylece sübjektif bir unsur olan kusur unsuru aranmayarak sorumluluğun doğması için somut olayda salt yardımcı kişi kullanmış olması yeterli kabul edilmiş, sorumluluk tamamen objektifleştirilmiştir. Söz konusu görüşün temel dayanakları şu şekilde sıralanabilir⁵⁷⁵; öncelikle kanun metnine bakıldığında, lafzı şüpheyi yer vermeyecek şekilde ne yardımcının ne de borçlunun kusurunu aramaktadır. Dahası, TBK 116’da düzenlenen yardımcı kişiden sorumluluk kurumunun aslında TBK 66. maddesinde düzenlenmiş ve haksız fiil temelli adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumunun sözleşmesel sorumlulukta karşılığı olduğu

⁵⁷¹ Ancak elbette ki bu görüş kapsamında da sorumluluğun genel şartları zarar ve uygun illiyet bağı aranacaktır. Uygun illiyet bağının sağlanmadığı durumlarda borçlu, yardımcı kişiden sorumlu tutulamaz.

⁵⁷² Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 74.

⁵⁷³ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 209, dn. 502’de bahsedilen Tschudi ve Auer.

⁵⁷⁴ Şenocak, (İfa Yardımcısı), s. 209.

⁵⁷⁵ Söz konusu görüşün dayanaklarını açıklayan yazar Eren (Genel Hükümler), s. 1081.

dikkate alınır, nasıl ki TBK 66’da ne çalışanın ne de çalıştırının kusuru aranmıyorsa TBK 116’da da aranmaması gerekir. Ve nihayet, yardımcı kişi kullanarak kendi durumunu avantajlı hale getiren borçlu, bu nimetin külfetine yardımcı kişi ya da kendisi kusurlu olsa da olmasa da kendi katlanmalı, doğan zarardan sorumlu tutulmalıdır. Dahası, görüşün savunucularına göre, yardımcı kişi kusursuz olsa dahi borçlunun sorumlu tutulacak olması, hakkaniyete aykırı değildir zira yardımcı kişi kullanırken bunun nimetlerinden faydalanan borçlunun bu riski de yükleniyor olması (zarar riskinin alacaklının omuzlarına yıkılmaması) son derece hakkaniyetlidir.⁵⁷⁶

Ancak bu görüş de beraberinde bir takım soru işaretleri ve eleştirileri getirir. Yardımcı kullanan borçlunun salt yardımcı kişi kullandığı için her durumda sorumlu tutulacağının kabul edilmesi, ‘‘*akdi sorumluluğun temeli de kusur sorumluluğu olduğu için*’’ mantıklı gözükmemektedir.⁵⁷⁷ Kaldı ki, borçlunun bizzat kendisi yerine getirmiş olsaydı sorumlu tutulmayacağı bir davranıştan sırf yardımcı kişi kullanması hasebiyle sorumlu tutuluyor olmasının hakkaniyete aykırı olduğu, borçlunun sorumluluk alanını belirlenemez şekilde genişleteceği ve borçlunun yardımcı kişi kullanma isteğini bertaraf ederek ticari hayata zarar verebileceği de belirtilmiştir.⁵⁷⁸

3. Üçüncü Görüş: Borçlunun Farazi Kusurunu Arayan Görüş

Bir diğer ve aynı zamanda da doktrindeki ve uygulamadaki hakim görüşe göre

⁵⁷⁶ Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 77; Saymen/Elbir, s. 723.

⁵⁷⁷ Hatemi/Gökyayla, s. 276.

⁵⁷⁸ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 210; Korur, s. 50-51.

(ki İsviçre, Alman ve Türk hukukunda hakim olduğunu belirtmek gerekir)⁵⁷⁹, ne borçlunun ne de yardımcı kişinin gerçek kusuru aranır. Somut olay bazında sorumluluğun doğması açısından aranacak olan şart, borçlunun farazi kusurudur.⁵⁸⁰ Doktrinde hakim görüşün yararlandığı bu kusur faraziyesine göre; eğer yardımcısının yerine getirmiş olduğu davranış borçlu tarafından yerine getirilseydi borçlu “kusurlu” olarak nitelendirilecekse, borçlunun TBK 116 kapsamında yardımcısının fiilinden sorumlu olduğu kabul edilmekte ve “borçlunun farazi kusuru” olarak adlandırılan bu husus sorumluluğun şartlarından biri olarak nitelendirilmektedir.⁵⁸¹

Söz konusu görüşün savunucuları, borcu kendi ifa etseydi/hakkı kendi kullansaydı sorumlu sayılmayacak olan borçlunun sırf yardımcı kişi kullanıyor olması sebebiyle sorumlu tutulacak olması (adeta yardımcı kişi kullanmasından ötürü cezalandırılması) fikrinin hakkaniyete uygun olmadığını dile getirmektedir.⁵⁸²

⁵⁷⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 210; Yünlü, s. 283; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 444 vd.; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 131.

⁵⁸⁰ İsviçre doktrininde de baskın görüş olan farazi kusur görüşünün, 2020 yılında yürürlüğe girmesi planlanan yeni İBK ile tartışma olmaktan çıkacağına da altını çizmek gerekir. Zira yeni İBK tasarısına göre, yardımcı kişiden sorumluluk kurumu tek fıkra halinde yeni 119. maddede düzenlendiği üzere, borçlunun sorumluluktan kurtulmak için zararı doğuran davranışı bizzat kendi yapsaydı sorumlu tutulamayacağını ispatlaması gerekir. (Tasarı metnine göre; *OR art. 119: ‘Bedient sich der Schuldner zur Erfüllung einer Pflicht oder zur Ausübung eines Rechts einer Hilfsperson, hat er für deren Verhalten einzustehen, es sei denn, er beweise, dass er nicht haften würde, wenn er selbst gehandelt hätte.’*) Böylece doktrindeki tartışmanın baskın görüşü, kanun maddesiyle kabul edilmiş duruma gelmiştir (bkz. Yünlü, s. 20).

⁵⁸¹ Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 167; Tecier s. 70; Narter, s. 147; Yünlü, s. 287; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227; Nomer (Genel Hükümler), s. 31; Serozan (Genel Hükümler), 286; Akıncı, s. 251; Başalp (Sorumsuzluk), s. 193; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 898; Demircioğlu, s. 272; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 445; Erten, s. 219; Kayıhan, s. 293; Hatemi/Gökyayla, s. 276; Karahasan (Sorumluluk 1996), 1148; Akipek (Alt Vekalet), s. 135. Ayrıca yabancı doktrinde yer alan görüşün savunucuları için bkz. Eren (Genel Hükümler), s. 1082’de dn. 221’de adı geçen yazılar. TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğması için Yargıtay’ın borçlunun farazi kusurunu aradığı kararlardan bazıları için bkz. Yarg. 3. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/18538, K. 2015/950 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 17.01.1980, E. 1980/1, K. 1980/133 (Kazancı, Erişim Tarihi: 20.04.2019).

⁵⁸² Akıncı, s. 251.

Bu görüş kapsamında benimsenen faraziye gereği, “her ne kadar yardımcı kişi davranışında kusursuz kabul edilse de aynı davranışı borçlu icra etmiş olsaydı kusurlu sayılacak mıydı?” sorusuna olumlu cevap verilebiliyorsa TBK 116. maddesi kapsamında borçlunun sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu kapsamda farklı ihtimallerle karşılaşmanın mümkün olduğunun altı çizilmelidir. Yardımcı kişinin üzerinde kusurlu duran davranış borçlu açısından kusursuz (birinci ihtimal), yardımcı kişide kusursuz duran davranış borçluda kusurlu (ikinci ihtimal), yardımcı kişide kusurlu duran davranış borçluda da kusurlu (üçüncü ihtimal) ve yardımcı kişide kusursuz duran davranış borçluda da kusursuz (dördüncü⁵⁸³ ihtimal) bir davranış olarak nitelendirilebilir.

Tecrübesizlik veya ayırt etme gücünün kaybedilmesi gibi sübjektif bir nedenle yardımcı kişinin alacaklıya zarar vermiş olması halinde, borçlu açısından bakarak “eğer söz konusu davranışla borçlu bizzat kendisi zarar vermiş olsaydı sorumlu tutulurdu” diyebiliyorsa borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu gündeme gelir.⁵⁸⁴ Böylece yardımcı şahsın kişiliğinden kaynaklanan (sübjektif) sebepler borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlamaz. Örneğin, yardımcı kişi ayırt etme gücünü kaybetmişse borçlu sorumluluktan kurtulmaz.⁵⁸⁵ Bir diğer örnek⁵⁸⁶ (dördüncü ihtimale örnek) ele alınırsa; eşya taşımayı yüklenen taşıyıcı (B), ifa yardımcısı olarak bir şoför kullanmaktaysa ve yardımcısının kullanmakta olduğu kamyon, kusur

⁵⁸³ Söz konusu dört farklı ihtimale de birer örnek verebilmek adına ilerleyen açıklamalarda parantez içinde bahsedilen örneğin hangi ihtimale dahil olduğu işaret edilecektir.

⁵⁸⁴ Remzi/Aydın, s. 299; Reisoğlu, S., s. 325.

⁵⁸⁵ Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3227.

⁵⁸⁶ Örnek için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 437.

tamamen kazanın karşı tarafında olmak üzere kaza yapar ve eşyalar zarar görürse, (farazi olarak düşünülüğünde) kaza yapan kamyon bizzat borçlu tarafından idare ediliyor olsaydı borçlu kusurlu sayılamayacağından, yardımcısının kullanması hali de borçlunun sorumlu tutulmasına sebep olmayacaktır.

“Yardımcı kişinin davranışını borçlu yerine getirseydi kusurlu olur muydu?” sorusunun cevabının aranmasının anlamı aslında, TBK 116’dan sorumluluğun doğmaması için yardımcı kişinin göstermesi beklenen özenin ölçüsünün (yardımcı kişi ilişkiye hiç dahil olmasaydı) borçlunun göstermesi beklenen özen olduğunu da gözler önüne sermektedir⁵⁸⁷ zira bu özenin gösterilmemiş olması halinde borçlu TBK 116 kapsamında sorumlu olur. Bu ölçüt son derece yerindedir çünkü alacaklıya borçludan beklediği ve buna güvenerek hukuki ilişkiye girdiği özen sağlanmalıdır. Zira, alacaklı bizzat “o” borçlu ile ilişkiye girerken onun kişiliğiyle bir bütün olan “ (borçlunun) göstereceği özene güveni” de bir etmen olmaktadır ve alacaklının bu güveni korunmaya değerdir. Diğer bir anlatımla, kusur açısından farazi olarak dikkate alınması gereken, eğer borçlunun aynı davranışı meydana getirmesi halinde kusurlu olduğu kabul edilecek ve sorumlu tutulacaksa, yardımcı kişi bu davranışla “kusursuz” nitelendirilse bile borçlunun sorumlu kabul edilecek olmasıdır. Bu durumda Serozan’ın denklemiyle, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için “*çıraktan ustalık, asistandan profesörlük bilgisi ve deneyimli, bekçiden de korkuya kapılıp yüksek tansiyon krizinden ötürü bayılıp hırsızlığa yol açmaması*” beklenir. Aksi takdirde borçlu yardımcısının davranışından doğan zarardan sorumlu sayılacaktır.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 211; Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 168.

⁵⁸⁸ Serozan (Genel Hükümler), s. 286.

Ayan, hekimlik sözleşmesinde yardımcı kişi kullanan hekimin farazi kusurunun aranması şartını; “*Sorumluluktan kurtulmak isteyen hekim, yardımcı kişinin eyleminin kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağını ispatlamak mecburiyetindedir.*” şeklinde ifade etmiştir.⁵⁸⁹ Söz konusu ifadede yer alan “hekimin kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağının ispatı” da göstermektedir ki hekimin sorumluluğunun doğmaması için yardımcı kişiden aranacak olan özen seviyesi, hekimden aranacak özen seviyesi ile eşdeğerdir ki ancak böylece söz konusu davranış hekim tarafından yerine getirilmiş olsa dahi kusurlu sayılmaz.

Yardımcı şahsın davranışına ilişkin “borçlu aynı davranışta bulunsaydı kusurlu sayılır mıydı?” varsayımı kurulurken dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, yardımcı şahsın objektif nedenlerle kusursuz olduğu her durumda, kusursuzluğu doğuran sebebin objektif bir neden olması sebebiyle borçlunun da kusursuz kabul edilecek ve sorumluluktan kurtulacak olmasıdır.⁵⁹⁰ Örneğin (dördüncü ihtimale örnek), zarar tamamen bir üçüncü kişinin ağır kusuru sebebiyle meydana geliyorsa, yardımcı kişi objektif bir nedenin varlığı sebebiyle tamamen kusursuzdur ve aynı davranış borçlu üzerinde de kusursuz kabul edilir. Ancak yardımcı şahsın subjektif nedenlerle kusursuz sayıldığı hallerde derinlemesine araştırma gerekliliği doğar. Zira, yardımcı kişi kendi şahsından doğan bir nedenle kusursuz sayılırsa (örneğin deneyimsizliği, ayırt etme gücünü kaybetmesi vb.), borç doğrudan borçlu tarafından ifa edilseydi ve zararı doğuran fiil bizzat borçlu tarafından ifa edilseydi borçlu kusurlu kabul edilecek miydi sorusuna cevap aranır; borçlu eğer kusurlu kabul edilecektiyse

⁵⁸⁹ Ayan (Tıbbi Müdahale), s. 68.

⁵⁹⁰ Reisoğlu, S., s. 351.

sorumlu, aksi takdirde sorumsuz kabul edilir.

Borçlunun bilgi, beceri ve yetenek düzeyi yardımcı kişiye kıyasla daha yüksekse, yardımcı kişi açısından kusur teşkil etmeyen bir davranış borçluya yerleştirildiğinde onun açısından kusurlu olarak kabul edilebilir.⁵⁹¹ Aksine, yardımcı kişinin üzerinde kusurlu duran bir davranış borçlu açısından kusursuz sayılabilir. Örneğin (birinci ihtimale örnek)⁵⁹², yardımcı kişi kalp uzmanının, kalp hastası bir hasta üzerinde enfartüse neden olabilecek bir grip ilacını uygulaması davranışının doğuracağı olumsuz sonuçları bildiği için kusurlu olduğu açık iken, asıl borçlu bir genel cerrah olsaydı söz konusu grip ilacının doğuracağı zararları bilebilmesi kendisinden beklenemeyeceğinden asıl borçlunun farazi kusurundan bahsedilemeyecekti. Ancak yardımcı kişi genel cerrah, asıl borçlu kalp uzmanı olsaydı bu sonucun tam tersi doğacak ve yardımcı kişi açısından kusurlu kabul edilmeyen davranış borçlu açısından kusurlu kabul edilebilecekti (ikinci ihtimal). Bir başka örnekle, Federal mahkeme bir kararında⁵⁹³, taşınabilir bir vinci sökmeyi üstlenen borçlunun yardımcı kişinin, sökme işlemini yaparken alması gereken bir önlemi almamış olmasını dikkate alırken söz konusu yardımcı kişinin olayda “tecrübesiz” olmasının hiçbir önemi bulunmadığını ve değerlendirilmesi gerekenin tecrübeli olan borçlunun göstermesi gereken özen olduğunun altını çizmiştir. YHGK’nın 1994 tarihli bir kararındaysa⁵⁹⁴, bankanın yardımcı kişinin sahte bir imzaya güvenerek yapmış

⁵⁹¹ Eren (Genel Hükümler), s. 1082.

⁵⁹² Örneğin alındığı eser Eren (Genel Hükümler), s. 1082.

⁵⁹³ Karar (BGE 92 II 234 (241)) için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 214.

⁵⁹⁴ Karar künyesi: YHGK, T. 15.6.1994, E. 1994/11 – 178, K. 1994/398 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019). Yarg. 11. HD’nin aynı ifadeyi kullanarak aynı yönde karar verdiği bir diğer karar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 14.10.1999, E. 1999/5785, K.1999/7835 (Günay, s. 422). Şenocak söz konusu kararda, eBK 100 kapsamında bankanın sorumlu tutulacağına hükmeden YHGK’nın neden istihdam edenin sorumluluğuna ilişkin olan eBK 55’in şartlarını sorumluluğun doğmasına gerekçe olarak kullandığını

olduğu yüksek miktardaki ödemeden sorumluluğunda, “*Banka, benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karıştırdı, sahte imza asıl imzaya çok benziyordu onun için kendisi yanılmıştır diyerek sorumluluktan kurtulamaz.*” belirlemesiyle, bankanın yardımcı kişinin kusursuz olmasına dayanarak da sorumluluktan kurtulamayacağını ve önemli olanın bankanın farazi kusuru olduğunun altını çizmiştir. Dahası, yardımcı kişinin davranışı hem yardımcı kişi hem borçlu açısından kusursuz olarak nitelendirilebilir. Örneğin (dördüncü ihtimal), iddialı olmayan (ve kahvelerde çalgı çalması ile çok da başarılı olmadığı anlaşılan) bir sanatçı, düğüne yardımcısı ile gider ve yardımcısının kötü performansı yüzünden düğün gecesi bozulursa, aynı davranışı çok da yetenekli olmayan borçlu da sergilese kusurlu sayılmayacağından TBK 116 kapsamında sorumluluk doğmayacaktır.⁵⁹⁵ Tüm bu ihtimaller ele alındığında en doğru çözüm, yardımcı kişinin davranışının adeta bir elbise gibi borçluya giydirilmesi ve borçlunun farazi kusurunun bulunup bulunmadığının somut olay bazında değerlendirilmesidir.

Yardımcı kişinin davranışı, borçlunun üzerine bir elbise gibi giydirildikten sonra borçlunun gerekli özeni gösterip göstermediği tayin edilirken objektif olarak onunla aynı koşullarda model bir borçlunun göstereceği özen zaten her koşulda

sorgulamış, zira bankanın sorumlu tutulması için yardımcı kişiyi seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemede kusurunun bulunmasının gerekmediğini belirtmiştir. Kaldı ki kararda banka “adam çalıştıran sıfatıyla” eBK 100 kapsamında sorumlu tutulmuştur ancak doğru olan “borçlu” sıfatıyla yardımcı kişisinden sorumlu tutulmasıdır. Ne yazık ki Yargıtay’ın TBK 116 ve 66’nın uygulanması konusundaki kafa karışıklığı (yukarıda irdelendiği üzere, bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/9. Uygulamanın Değerlendirilmesi) bugün de devam etmekte ve 1994 yılından bugüne, ne yazık ki bu konuda hala hata yapıldığını göz önüne sermektedir. Şenocak’ın karara ilişkin eleştirileri için ayrıca bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 215-216.

⁵⁹⁵ Hatemi/Gökyayla, s. 276.

aranacak⁵⁹⁶, ancak (bizim de katıldığımız görüşe göre) eğer ki somut olayda o borçludan objektif modele kıyasla daha fazla özen göstermesini beklememizi haklı kılacak bir sebep varsa da daha ağır bir özen ölçüt alınacaktır.⁵⁹⁷ Şenocak bu durumu: *“Borçlunun gösterilmemesinden sorumlu olduğu özen derecesinin tayininde, edimin gerekleri, borçlunun mensubu olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin göstereceği özenden başka, borçlunun özel olarak sahip olduğu ve alacaklı tarafından bilinen bilgi ve ehliyet de dikkate alınır”* şeklinde ifade etmektedir.⁵⁹⁸ Bu durum özellikle edimin borçlunun şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu borç ilişkilerinde önem kazanır. Örneğin, alacaklının objektif bir estetik cerrahından beklenen özeni gösterebilecek yüzlerce estetik cerrahı varken, cerrah X’i seçmesinin altında yatan sebep piyasadaki şanı dolayısıyla objektif modele kıyasla daha fazla özen göstereceğine duyduğu haklı güven ise, objektif ölçüt değil, cerrah X dikkate alınarak belirlenen bir özen ölçütü ele alınmalıdır.

Dahası, dikkate alınması gereken bir diğer ihtimal, borçlunun işi kendisinden daha üstün (daha yetenekli, deneyimli, başarılı vb.) bir yardımcı kişiyle göreceğini daha işin başından alacaklıya bildirmesi halinde esas alınacak özen derecesinin tayin edilmesidir. Şüphesizdir ki bu ihtimalde alacaklı açısından işin yardımcı kişi tarafından yapılacağı bilinmekte ve kuvvetle muhtemeldir ki söz konusu “üstün” yardımcı kişi alacaklıyı ilişkiye girme kararında cezbetmektedir. Bu sebeptendir ki bu ihtimalde yardımcı kişinin göstermesi gereken özen dikkate alınırken borçlunun değil

⁵⁹⁶ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s.437.

⁵⁹⁷ Dahası, (fikrimizce) hemen yukarıdaki paragrafta ele alınan düşün sanatçısı örneğinde olduğu gibi, somut olayda objektif modele kıyasla daha az özen beklenmesini haklı çıkaran bir sebep varsa ve bu sebep görülerek borç ilişkisi kurulmuşsa, gösterilmesi gereken özenin ölçütü hafifleyecektir.

⁵⁹⁸ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 217; Korur, s. 161.

söz konusu “üstün” yardımcı kişinin göstereceği özen ölçüt alınmalıdır.⁵⁹⁹ Öyleyse bu ihtimalde yardımcı kişinin davranışının adeta bir elbise gibi borçluya giydirilmesiyle özen ölçütünün belirlenmesi kuralı uygulanmamakta, tabiri caizse o elbise üstün yardımcı kişinin üzerinde bırakılarak kusur derecesi üstün yardımcı kişi esas alınarak belirlenmektedir. Aksinin düşünülmesi, alacaklının üstün yardımcı kişinin göstereceği özene duyduğu haklı güveni bertaraf eder.

Borçlunun tüzel kişi olması ihtimalindeyse, söz konusu faraziyenin incelenmesinde, tüzel kişinin yetkili organının borcu bizzat ifa etmesi veya hakkı bizzat kullanması halinde zarar verici davranışta bulunsaydı sorumlu tutulup tutulmayacağına bakılacaktır.⁶⁰⁰ Ancak tüzel kişinin sorumluluğunun daha ağır kabul edilmesi ve bu yolla sorumluluktan kurtulamaması gerektiği de doktrinde savunulan görüşler arasındadır.⁶⁰¹

Yardımcı kişinin kusuru aranmayacağından⁶⁰² temyiz kuvvetine sahip olmaması halinde de borçlunun farazi kusuruna bakılmalı ve borçlu sorumlu tutulabilmelidir.⁶⁰³ Zira, yardımcı kişinin davranışını borçlu kendisi yapmış olsaydı kusurlu sayılacaksa, yardımcı kişi ayırt etme gücüne sahip olsa da olmasa da borçlunun

⁵⁹⁹ Aynı görüşte Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 217-218.

⁶⁰⁰ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 438; Tandoğan, H.: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşİ Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER) 1968, C. XIII, S. 3- 4, s. 57-90 (Eser Sözleşmesi), s. 63; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 131.

⁶⁰¹ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 438.

⁶⁰² Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. 11. HD, T. 17.01.1980, E. 1980/1, K. 1980/133 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

⁶⁰³ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 218; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 889; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 445; Yünlü, s. 287; Nomer (Genel Hükümler), s. 312; Eren (Genel Hükümler), s. 1082; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 391-392; Helvacı (Temyiz Kudreti), s. 159; Feyzioğlu, s. 204. Kaldı ki kusursuz sorumluluk hallerinin hepsinin ortak noktası, kusur aranmadığından ayırt etme gücüne sahip olup olmamanın sorumluluğun varlığına ya da yokluğuna etki etmemesidir. Kusursuz sorumluluk hallerinde ayırt etme gücünün aranmamasına ilişkin bkz. Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 233.

sorumluluğu doğar.

Farazi kusurun sorumluluğun şartı olarak aranmasının mefhumu muhalifinden anlaşıldığı üzere, söz konusu davranışın kendisi tarafından yerine getirilmesi halinde kusurlu kabul edilemeyeceğini ispatlayan borçlu, yardımcısının davranışından sorumlu tutulamayacaktır.⁶⁰⁴ Farazi kusurun bulunmadığını (borçlunun, bizzat kendisi yardımcı kişi gibi davransaydı dahi kusurlu sayılamayacağı hususunu) ispat etmesi gereken elbette ki borçlunun bizzat kendisidir.⁶⁰⁵ Bu sonuç hem (hiç şüphesiz) hukukun en temel ilkelerinden biri olarak kabul edilecek olan ve ispat yükü hususunu düzenleyen TMK 6. maddesinden⁶⁰⁶ hem de TBK 112. maddesinden doğmaktadır. TBK 112. maddesine göre; *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü”* olacağından farazi kusurunun bulunmadığını ispat yükü de borçluya aittir.

Farazi kusurunun bulunmadığını ispat eden borçlu sorumluluktan kurtulur⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ İnan/Yücel, s. 616; Feyzioğlu, s. 203-204; Nomer (Genel Hükümler), s. 312; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 444-445; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 898.

⁶⁰⁵ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 437.

⁶⁰⁶ Söz konusu farazi durumun ispatı, TMK 6. Maddesinde yer alan *“(D) İspat kuralları/I. İspat yükü”* başlığını taşıyan ispat yüküne ilişkin ilkemizle aynı doğrultudadır. Söz konusu maddenin de açıkça belirttiği üzere: *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* Öyleyse borçlunun TBK 116. Maddesi kapsamında sorumluluğunun doğmasını önlemek adına, *“borç bizzat kendisi tarafından ifa edilirken zarar verici davranışta bizzat kendisi bulunsaydı sorumlu tutulamayacağını”* ispat etme yükümlülüğü borçluya aittir.

⁶⁰⁷ Belirtilmesi gereken, kanun koyucunun borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğundan kurtulmak için bazı özel hükümlerde sorumluluk haline ilişkin özel şartlar arıyor olabilmesi ihtimalidir. Bu durumda borçlu, kanun koyucunun varlığını aradığı hususları ispat etmelidir. Örneğin, Türk Sivil Havaçılık Kanunu (TSHK) 123. maddesinde, yolcunun bagajının uğrayacağı zararlara ilişkin taşıyıcının kendisinin ve adamlarının zararı önlemek adına gerekli olan tüm önlemleri aldıklarını veya bu tedbirleri almalarının mümkün olmadığını ispatlarsa taşıyıcının sorumlu tutulmayacağını düzenlemektedir.

ancak bu ispat teknik anlamda bir kurtuluş kanıtı değil, doğrudan sorumluluğun kurucu unsurlarından (özel şartlarından) farazi kusur şartının bulunmadığını ispat etmek ve sorumluluğun daha baştan doğmadığını belirtmekten ibarettir. Bu sebeptedir ki yardımcı kişiden sorumluluk kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir sorumluluk halidir.

2. Görüşümüz

Bizim de katıldığımız baskın görüş gereği, borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğunun doğabilmesi için “farazi kusur” şartı da aranacak ve yardımcı kişinin zarar doğuran davranışı adeta bir elbise gibi borçlunun üzerine giydirilip yardımcı kişinin zarar doğuran davranışını bizzat borçlunun yaptığı düşünöldüğünde sorumluluğu doğmuyorsa, TBK 116 kapsamında yardımcı kişisinin davranışından da sorumlu tutulamayacaktır. Ancak bizce farazi kusurun varlığı saptanırken bunu bir kurala bağlamak, hayat olaylarının sınırsız olması gerçeği de dikkate alındığında hakkaniyeti sağlayamama ve adaletten uzaklaşma riski taşır. Kavram içtihatçılığına yakın kuralcı bir yaklaşımla hareket etmek yerine, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, yardımcı kişinin zarar doğuran davranışının borçlunun üzerinde kusurlu sayılıp sayılmayacağını her somut olayda, somut olayın içeriğiyle birlikte araştırmak en yerinde çözüm olacaktır.

Borçlunun gerçek kusurunun aranmayacak ancak farazi kusurunun aranacak olmasının, sorumluluğun hukuki niteliği açısından tam anlamıyla salt / duru / katı bir kusursuz sorumluluktan bahsedebilmenin mümkün olup olmadığı noktasında oluşturduğu soru işaretleri “sorumluluğun hukuki niteliği” kapsamında ayrıca ele

alınmalıdır.⁶⁰⁸

F. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşması Olmaması

1. Genel Açıklamalar

TBK 116 kapsamında, borçlunun yardımcı kişisinden sorumluluğunun doğabilmesi için aranan şartlardan bir diğeriye borçlu ile alacaklı arasında (hukuken geçerli) bir sorumsuzluk anlaşmasının bulunmaması şartıdır.⁶⁰⁹ Yardımcı kişinin sorumluluğunu düzenleyen TBK 116/II'nin sorumluluğu tamamen ortadan kaldırabilmenin veya sınırlayabilmenin bir yolu olarak taraflar arasında önceden bir anlaşmaya olanak sağlaması bu şartın sorumluluğun doğması açısından “olmazsa olmaz/*sine qua non*” kabul edilmesini doğurmuştur.

Sorumluluk anlaşması yapılabiliyor olması en temelde sözleşme özgürlüğünün (TBK 26) bir getirisidir. Dahası sözleşme serbestisi dikkate alındığında, sorumsuzluk anlaşmaları da kendi içerisinde farklı görünümler kazanabilir. Örneğin taraflar, sadece belli tür zararlardan (manevi, maddi , yoksun kalınan kar, normatif zarar vb.) sorumlu tutulacaklarını (veya tutulmayacaklarını) kararlaştırabildikleri gibi, sorumluluklarını belli bir azami bedelle de sınırlayabilir⁶¹⁰ ve hatta belli bir malvarlığının zarara uğraması halinde sorumlu tutulup-tutulmayacaklarını da

⁶⁰⁸ Bu husus sorumluluğun hukuki niteliğinin inceleneceği bölümde ele alınacağından tekrara düşmemek adına ilgili bölüme atıf yapmayı yerinde bulmaktayız (bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/III. Sorumluluğun Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirme).

⁶⁰⁹ Başalp (Sorumluluk), s. 194; Akıncı, s. 252; Kahveci, m. 116, pn. 31 vd.

⁶¹⁰ Sorumluluğu belli miktarla sınırlayan sözleşmelerin sorumsuzluk anlaşması sayılıp sayılamayacağı hakkında tartışmaların mevcudiyetinin de altı çizilmelidir (bkz. Yağcı, s. 154 vd.).

sorumsuzluk anlaşması ile düzenleyebilirler.⁶¹¹ Ancak sözleşme serbestisi uygulamada alacaklının talep hakkını ciddi derecede zora koşan görünümelerde de karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin, zamanaşımı süresinin kısaltılması, ihbar ve bildirimlerin çok kısa sürelerle ve ağır şekil şartlarına bağlanması, kusurun ispat edilmesinin alacaklıya bırakılması gibi hükümler barındıran sorumsuzluk anlaşmaları, uygulamada sıklıkla karşılaşılabilecek hale gelmiştir.⁶¹² Kaldı ki irade serbestisi (ve bu ilkeye göbekten bağlı sözleşme özgürlüğü) gereği, sadece sorumluluğu hafifleten değil, aynı zamanda ağırlaştıran sözleşmelerin de yapılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmelidir.⁶¹³

Elbette ki (adı üstünde) sorumsuzluk anlaşması da bir sözleşme olduğundan TBK 1. maddesi gereği, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun (açık veya

⁶¹¹ Yağcı s. 153; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 27-28.

⁶¹² Alacaklının durumunu sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldırarak kötüleştirmek yerine başka yöntemlerle (örneğin, zamanaşımı süresinin kısaltılması ya da başlangıç anının erkene çekilmesi, kusuru ispat yükünün alacaklıya bırakılması vb.) kötüleştiren bu anlaşmaların sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre (bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 10 vd.; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 20 vd.) bu tip anlaşmalar, sorumsuzluk anlaşmasının farklı görünümleridir. Ancak karşıt görüş, (Bkz. Alıncak, M.İ.: *Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)*, İÜHF 1969, C. 35, S. 1-4, s. 320-351, s. 323-324) sorumsuzluk anlaşmasının sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktan ibaret olduğunu ve bu işlevin genişletilemeyeceğini ileri sürerek söz konusu sınırlamaların yer aldığı anlaşmaları sorumsuzluk anlaşması olarak kabul etmemektedir. Bu iki görüş arasındaki pratik fark, sorumsuzluk anlaşması olarak kabul edilmesi halinde TBK 115 ve 116'nın uygulama alanı bulacak olmasıdır.

⁶¹³ Erdoğan (Genel Hükümler), s. 216.

örtülü⁶¹⁴) olarak açıklamalarıyla kurulur. ⁶¹⁵ Bu sebeptendir ki “...’dan/den sorumlu tutulmayacağım” şeklindeki tek taraflı bir beyanın (konumuz itibarıyla de “Yardımcı kişimin fiillerinden sorumlu tutulmayacağım.” şeklinde bir beyanın) alacaklının rızası olmadıkça sorumsuzluk anlaşması sayılabilmesi mümkün değildir. Tam da bu noktada, tüm sözleşme türleri için geçerli olan ve genel ilkeleri belirleyen hükümlerin sorumsuzluk anlaşmaları açısından da geçerli olacağının altı çizilmelidir. Gerçekten de TBK 27. maddesi⁶¹⁶ kapsamında “kesin hükümsüzlük” başlığıyla düzenlenen hüküm (elbette ki TMK 23 ile birlikte), sözleşmeler hukukunun genel bir ilkesini oluşturmakta ve aynı zamanda da sözleşme özgürlüğünün sınırlarını çizmektedir. Böylece, sorumsuzluk anlaşması yapma özgürlüğüne sahip tarafların bu özgürlüğü, kanunun emredici hükümlerine⁶¹⁷, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına

⁶¹⁴ Sorumsuzluk anlaşmasının hem açık hem de zımni irade beyanıyla kurulabileceğine ilişkin bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 33 vd.; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 454; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 237; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 880; Erten, s. 222; Alniak, s. 339-340; Saymen/Elbir, s. 729; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 319. Borçlunun yardımcı kişilerinin, borcun ifasında ya da hakkın kullanılmasında tamamen alacaklının denetim ve gözetimi altına bırakılması halinde, alacaklı ve borçlu arasında sorumsuzluk anlaşmasının zımni olarak kurulduğundan bahsedilebilir (bkz. Erten, s. 222). Ayrıca, bir tarafın tek taraflı irade beyanı ile dile getirdiği sorumsuzluk anlaşmasına icaba cevap verme imkanı olan fakat sessiz kalarak itiraz etmeyen alacaklının bu davranışının kabul olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ya da herkesin görebileceği yerlere asılan sorumsuzluk beyanlarının geçerli sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmaların varlığına da işaret edebilir (bkz. Alniak, s. 335 vd.). Dahası, susmanın kabul beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceği hakkında bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 24-25.

⁶¹⁵ Yağcı, s. 155; Başalp (Sorumsuzluk), s. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 880; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 397; Erten, s. 93-98; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 236; Serozan (Genel Hükümler), s. 279.

⁶¹⁶ Kesin hükümsüzlük başlığını taşıyan düzenlemeye göre; “(I) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. (II) Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” TBK 27 kapsamında kesin hükümsüzlük yaptırımı için bkz. Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 121; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 369; Başalp (Sorumsuzluk), s. 176-177; Bilgili/Demirkapı, s. 45; Velidedeoğlu/Kaynar, s. 43; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 252 vd.

⁶¹⁷ Kanunun emredici hükmüyle sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesinin sınırlandığı bir örnek işaret etmemiz gerekirse, TTK 854. maddesi işaret edilebilir. Söz konusu düzenlemeye göre; “Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları hâlinde de hüküm aynıdır.” Kanunun

aykırı veya konusu imkansız olan sorumsuzluk anlaşması yapamamaları ile sınırlandırılmakta, bu sınırlara uymayan sözleşmelerse kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmaktadır. Dahası, sorumsuzluk anlaşmalarında sıklıkla karşılaşılan, “genel kurtarma kaydı” olarak da nitelendirilebilen “borçlu sorumluluktan kurtulur/sorumluluğu reddeder/tazminat ödemez.” gibi sorumluluğu tamamen ortadan kaldırma amacı taşıyan düzenlemeler peşinen geçersiz sayılmadığı gibi, TMK 23, TBK 27, 115 ve 116 kapsamında somut olay dikkate alınarak değerlendirilir.⁶¹⁸

Şekle aykırılık hususununsa ayrıca ele alınması gerekir. Şekil serbestisi ilkesi gereği sorumsuzluk anlaşmaları, geçerlilik şekli olarak özel bir şekle tabi kılınmamaktadır.⁶¹⁹ Öyleyse, hiçbir şekle tabi olmayan bir sözleşmeye ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının da hiçbir şekle tabi olmadan yapılabilmesi hali şüphesiz ki mümkündür.⁶²⁰

Kanunda düzenlenmiş bir sorumluluk tipine ilişkin olarak doğacak olan sorumluluğu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabilmek için söz konusu kanun

açık düzenlemesi gereği, TTK kapsamındaki belirtilmiş olan söz konusu taşıma faaliyetlerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları, doğrudan kanunun emredici hükmüne (TTK 854’e) aykırı kabul edileceğinden kesin hükümsüz sayılacaktır.

⁶¹⁸ Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 398.

⁶¹⁹ Erten, s. 93; Uygur (Şerh), s. 733; Başalp (Sorumsuzluk), s. 39; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 881; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 319. Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir kolu olarak şekil serbestisi ilkesi esas alınmış ve şekil serbestisi ilkesi “*Sözleşmelerin Şekli/Genel Kural*” başlığını taşıyan TBK 12. maddesinde, “*Sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*” düzenlemesiyle kaleme alınmıştır. Elbette ki burada bahsedilen geçerlilik şeklidir. İspat şekli açısından sorumsuzluk anlaşmasının sözlü yapılmış olması ihtimali borçluyu sözleşmenin varlığını ispatlamak ve sorumluluktan kurtulmak açısından son derece dezavantajlı bir duruma sokar. Bu sebeple sorumsuzluk anlaşması yapılırken zararın doğması halinde bu sözleşmenin varlığının da ispat edilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Ayrıca, tarafların iradeleriyle belirledikleri geçerlilik şeklinin de ihtimal dahilinde olacağı belirtilmelidir.

⁶²⁰ Ancak bu kapsamda da dikkate alınması gereken ve doktrinde de bir o kadar tartışmalı ihtimaller söz konusudur. Husus çalışmamızın kapsamını aşacağından detaylı bilgi için bkz. bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 18 vd., 42.

hükümünün emredici nitelik taşıması gerekir. Nitekim, TBK 116. maddesinde düzenlenmiş olan yardımcı kişiden sorumluluk kurumu da emredici nitelik taşımadığından⁶²¹ (tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olduğundan⁶²²) söz konusu sorumluluğun sınırlandırılabilmesi ya da tamamen ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. Nitekim, sorumluluğun kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılabilmesi ihtimali bizzat hükmün içinde (TBK 116/II) kaleme alınmıştır.

Geniş anlamda “sorumsuzluk anlaşması” olarak adlandırılan ve borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayan bu anlaşma, teknik anlamda şu iki görünümüyle,⁶²³ ya asıl sözleşmenin içeriğinde yer alan ve borçlunun sorumsuzluğunu düzenleyen hüküm (sorumsuzluk şartı/kaydı) ya da asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme (dar ve teknik anlamda bir sorumsuzluk anlaşması) olarak karşımıza çıkar.⁶²⁴

Sorumsuzluk anlaşmasının yapılabilmesi açısından zamansal bir kısıtlama da söz konusudur ve bu anlaşmanın zararın doğumundan önce ya da en geç zararın

⁶²¹ TBK 116’nın emredici nitelik taşımadığına ilişkin Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 75; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 317; Yağcı, s. 160; Nomer (Genel Hükümler), s. 315; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 322; Velidedeoğlu/Kaynar, s. 192; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 239; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 398.

⁶²² Borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğu kurumunun emredici nitelik taşımasının sebebi olarak, İsviçre Borçlar Kanunu kaleme alınırken içerisinde bulunan tarihi süreç işaret edilmiştir. Zira, 1881 yılının İsviçre’inde, borçlunun yardımcı kişisinden sorumlu tutulması yaklaşımı kanun koyucunun bakış açısıyla günün özelliklerine göre radikal kabul edilmiş ve bu düzenlemenin ticari hayat üzerinde ne gibi etkileri olacağı öngörülemediğinden sorumluluğun emredici nitelikte düzenlenmemesi fikri adeta bir emniyet sibobu olarak görülmüştür (bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 198).

⁶²³ Somut olayda teknik anlamda bir sorumsuzluk anlaşması mı yoksa sorumsuzluk şartı olarak mı karşımıza çıktığı sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği açısından ayrıca ele alınması gereken bir husustur. Zira, sorumsuzluk anlaşması asıl sözleşmeden ayrı vücut buluyorsa, sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Ancak sorumsuzluk şartı olarak karşımıza çıkıyorsa, bu şartın kesin hükümsüz olmasının asıl sözleşmeye etkisi TBK 27. maddesi ve doktrindeki görüşler kapsamında ayrıca ele alınmalıdır. Ancak söz konusu tartışmalar tez konumuzun maksadını fazlasıyla aşacağından bu noktada ayrıca ele alınmayacak, sadece sorumsuzluk anlaşmasının asıl sözleşmenin içeriğinde ya da ondan ayrı vücut buluyor olmasının yalnızca teorik açıdan değil, aynı zamanda pratik açıdan da bir anlamı olduğuna işaret etmekle yetinilecektir.

⁶²⁴ Başalp (Sorumsuzluk), s. 46-47.

doğduğu öğrenilmeden önce⁶²⁵ yapılması gerekir. Zira, sorumluluk doğduktan sonra tarafların iradelerinin sorumsuzluk hususunda buluşması artık sorumsuzluk anlaşması değil, olsa olsa sulh veya ibra sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.⁶²⁶ Nitekim Tekinay, sorumsuzluk anlaşmasını “*önceden yapılan ibra*” şeklinde nitelendirerek⁶²⁷ ibra sözleşmesi ile sorumsuzluk anlaşması arasındaki zamansal farka dikkat çekmektedir.

Organla yardımcı kişi kavramlarının farklı kavramlar olduğuna işaret etmiştik ancak somut olay açısından organın mı yoksa yardımcı kişinin mi söz konusu olduğunun tespit edilmesi sorumsuzluk anlaşması açısından da pratik bir önem taşır. Zira organın davranışlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşması TBK 115. maddesi (kendi davranışından sorumsuzluk anlaşması) kapsamındayken, yardımcı kişinin davranışlarından sorumsuzluk anlaşması TBK 116. maddesine tabidir.⁶²⁸ Bu farklılığın önemi şu hipotez ile ele alınabilir; TBK 115/I’de yer alan, “*Borçlunun ağır*

⁶²⁵ Bu kapsamda hem eski kanun metninde hem de yeni kanun metninde yer alan “önceden” deyiminin ne anlama geldiğine ilişkin tartışmalar söz konusudur. Kanun koyucunun “önceden” belirlemesi TBK 115/I kapsamında “*borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma...*” TBK 116/II kapsamında “*yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla...*” şeklinde kaleme alınmıştır. “Önceden” düzenlemesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin çeşitli tartışmalar için bkz. Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 43; Başalp (Sorumluluk), s. 46 vd.; Erten, s. 93.

⁶²⁶ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 421; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 397; Erten, s. 155; Erdoğan (Genel Hükümler), s. 216; Başalp (Sorumluluk), s. 47; Nomer (Genel Hükümler), s. 260 ve 313; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 454; Uygur (Şerh), s. 733; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 881; Yünlü, s. 448; Alınak, s. 344; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Cumalıoğlu, s. 318; Kahveci, m. 115, pn. 3. Ancak söz konusu zamana ilişkin kısıtlamada baz alınan kriter borç ilişkisinin doğumu değildir. Zira, sorumsuzluk anlaşması borç ilişkisi doğduktan sonra da yapılabilir. Bu noktada ayrıca belirtilmesi gereken husus, zararın tazmin ediliş biçimi, para ile tazmin ediliyorsa miktarına zarar doğmadan önceki bir tarihte karar veriliyorsa bunun “ceza şartı”, ancak zarar doğduktan sonra karar veriliyorsa “sulh anlaşması” olarak nitelendiriliyor olmasıdır. Sulh anlaşması zarar doğduktan sonra yapılan bir anlaşma olması yönüyle (sorumluluk anlaşmasının aksine geçerliliği açısından) zararın doğmasında zarar verenin kusurunun derecesi önemli olmaksızın yapılabilir. Ancak elbette ki TBK 27. maddesindeki genel sınırlar sulh anlaşması açısından da geçerlidir.

⁶²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 880.

⁶²⁸ Öztan (Organ Kavramı), s. 125; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 132 ve 242; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 900; Erten, s. 223-224; Başalp (Sorumluluk), s. 202; Yünlü, s. 178; Yağcı, s. 161.

kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür'' düzenlemesinin mefhumu muhalifinden anlaşıldığı üzere, hafif kusurdan sorumlu olunmayacağına ilişkin önceden yapılan bir anlaşma geçerli olacaktır. Böylece TBK 115. maddesi dikkate alındığında organın hafif kusurlu eyleminden tüzel kişinin sorumlu olmaması için geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilir fakat ağır kusurlu eylemlerine ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz kabul edilecektir. Ancak TBK 116/I'de düzenlendiği üzere, yardımcı kişiden sorumluluğa ilişkin ağır kusurdan doğan zararı bile bertaraf edebilecek bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. Öyleyse somut olayda “yardımcı kişi-borçlu” nitelendirmesi yapılırsa, kural olarak hem hafif hem de ağır kusurdan doğan zararlara ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılabilecekken (TBK 116/I), “tüzel kişi - organ” nitelendirilmesi yapılması halinde tüzel kişi, yardımcı kişi kurumuna kıyasla daha ağır bir sorumluluk altına girecek, zira sadece hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları yapabilecektir. Serozan’a göre,⁶²⁹ ikircikli durumlarda zarar görenin korunması adına “organ-tüzelkişi” nitelendirilmesinin seçilmesi daha doğru bir sonuç doğurur.

Nihayet, somut olayda yer alan sorumsuzluk anlaşması değerlendirilirken TBK’da yer alan hükümlere ek, taraflar arasındaki ilişkinin tabi tutulacağı özel düzenlemelerin⁶³⁰ bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalı ve söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği bu bütünün sınırları içerisinde değerlendirilmelidir.

⁶²⁹ Serozan (Genel Hükümler), s. 290.

⁶³⁰ Örneğin TTK 852. madde vd. ve TSHK 114. madde bu kapsamda örnek gösterilebilecek özel düzenlemelerdir.

2. Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Kanuni Düzenlemeler Kapsamında

Eski ve Yeni Kanunun Karşılaştırılması

Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin mevcut hukuki düzenlemelerin, mülga kanunda yer alan hukuki düzenlemelerle karşılaştırılması son derece önemlidir. Zira, 6098 sayılı TBK'nın kabulüyle, borçlunun hem doğrudan kendi davranışlarından hem de yardımcı kişinin davranışından doğan zarara yönelik sorumsuzluk anlaşması düzenlemelerinde çok ciddi değişiklikler yapılmıştır.⁶³¹

TBK sistemi ele alındığında, sorumsuzluk anlaşmalarının iki temelde⁶³² düzenlendiği görülür. TBK'nın 115. maddesinde borçlunun kendi fiilinden sorumsuzluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmasını ele alan kanun koyucu, TBK'nın 116. maddesindeyse yardımcısının fiiline ilişkin sorumsuzluk anlaşmasını düzenlemektedir. TBK'nın "*sorumsuzluk anlaşması*" başlığını taşıyan ve borçlunun kendi davranışından sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen 115. maddesine göre: "*(I) Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma*

⁶³¹ Sorumsuzluk anlaşması kurumunu ele alan eserlerde görülmesi muhtemel olan bir eleştiriye göre, yeni kanunla gelen değişikliklerle, zaten eski kanun döneminde son derece karışık olan sorumsuzluk anlaşması kurumu, yeni Borçlar Kanunu ile daha da karmaşık hale gelmiş ve adeta içinden çıkılmaz bir hal almıştır. Bu yaklaşıma katılmamak elde değildir. Öyle ki kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmasının sınırlarından tabi tutulduğu hükümsüzlük tipine kadar o derece köklü değişiklikler yapmıştır ki bu değişiklikler çok sayıda soru işaretini de beraberinde getirmiştir.

⁶³² Doktrinde TBK'nın söz konusu bu ikili yapısı da eleştiri oklarının hedefi olmuştur. Gerçekten de yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşması ayrı bir maddede düzenlenmek yerine tüm sorumsuzluk anlaşmalarının tek elde (tek bir maddede) düzenlenmesi gerektiğinden bahsedilmiştir, bkz. Ertaş Ş.: *Borçların ifası ile ilgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi*'' Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3 – 4 Haziran 2011, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011 (Sempozyum), s. 315. İleriki sayfalarda ele alınacağı üzere, TBK 116'nın uygulanmasında TBK 115'de kaleme alınan "alacaklının borçlunun hizmetinde olması" sınırı da dikkate alınmakta, adeta TBK 115 ile TBK 116 bir arada okunmaktadır. Bu elbette ki sistematik açıdan arzu edilir bir kanun sistemi değildir. Zira bir kanunun güzelliğinin bir unsuru da onun derli toplu sistematiğidir. Kaldı ki borçlunun kendi fiillerinden sorumsuzluk anlaşması ile yardımcısının fiillerinden sorumsuzluk anlaşması, farklı şartlara tabi olsa da aynı hukuki kurum olan "sorumsuzluk anlaşması" kurumunun iki görünümünden başka bir şey değildir. Öyleyse bu iki ihtimalin, aynı kanun maddesinde farklı fıkralarda düzenlenmesi için bir engel olmadığı gibi daha yerinde olduğu fikri bizce de daha makul gözükmektedir.

kesin olarak hükümsüzdür. (II) Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden⁶³³ kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. (III) Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Söz konusu düzenleme borçlunun doğrudan kendi davranışlarından doğacak zarara ilişkin sorumsuzluk anlaşmasını düzenlemektedir. Borçlunun yardımcısının fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması ise TBK 116. maddesinin II. ve III. fıkralarında düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemelere göre; “(II) Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. (III) 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.”

Mülga kanunun sistematığıne bakıldığında, mevcut kanunda olduğu gibi borçlunun kendi davranışlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşması eBK 99’da düzenlenmekteyken, yardımcısının fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının eBK 100/II ve III’de düzenlendiği görülür. Mülga kanuna göre borçlu, hile veya ağır kusurdan doğan sorumluluğunu ortadan kaldıramazken (eBK 99/I), hafif kusur⁶³⁴

⁶³³ Eski kanun ile yeni kanun açısından TBK 115 kapsamında gerçekleşen en ciddi değişikliklerden biri de eski kanunda “alacaklı borçlunun hizmetinde ise” geçersiz sayılan kusursuzluk anlaşmasının yeni kanunla birlikte “borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan” borçlara ilişkin sorumsuzluk anlaşması geçersiz sayılmıştır (bkz. Yavuz, N., (Şerh), s. 737).

⁶³⁴ Kast, ihmal ve hafif ihmal kavramlarının içeriklerinin doldurulması ayrıca önemlidir. Kast, iradeyi hukuka aykırı bir sonuca yöneltmek ancak aynı zamanda bunu hem bilmek hem de istemektir. İhmal ise, genel anlamda bir işe gösterilmesi beklenen özenin gösterilmemesiyken; kendi içerisinde hafif veya

halinde kural olarak sorumsuzluk anlaşması yapılabilirdi. Ancak alacaklının borçlunun hizmetinde olması veya sorumluluğun hükümet tarafından verilen bir imtiyaz⁶³⁵ suretiyle icra edilen sanattan doğması halinde, hakime hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşmasını batıl kabul edebilmesi için bir takdir yetkisi veriliyordu (eBK 99/II). Söz konusu mülga düzenleme bugünkü karşılığı olan TBK 115’le karşılaştırıldığında, ilk fıkrada (TBK 115/I) mülga kanunla özdeş bir düzenleme getirildiği ve borçlunun ağır kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapamayacağı görülür. Ancak 6098 sayılı kanunla getirilen yenilikler TBK 115/II ve III’de karşımıza çıkar. Zira, mülga kanunla alacaklının borçlunun hizmetinde olması veya hükümet tarafından imtiyaz suretiyle yürütülen iş halinde hafif kusura ilişkin olarak yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği hakimnin takdir yetkisine bırakılmışken, TBK 115/II’de borçlunun alacaklının hizmetinde olması veya uzmanlığı gerektirerek kanunun ya da yetkili makamlarca verilen izinle yürütülen işten doğacak zararlara ilişkin yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir.⁶³⁶ Böylece yeni düzenleme olan TBK 115/II ve III’de ele alınan

ağır ihmal olmak üzere iki görünüme kavuşur. Hafif ihmal, özenli (tedbirli) bir bireyin gösterdiği özenin gösterilmemesiyken ağır ihmal, makul bir insanın göstereceği özenin sarf edilmemiş olmasıdır. Söz konusu tanımlar yapılırken yararlanılan eser için bkz. Erten, s. 204-206.

Sanlı, TBK 115 düzenlemesinin sadece kusur ölçütünü temel alarak ticari işlerle adi işleri aynı kefeye koyan bir düzenlemeyi benimsemesini eleştirmekte, faiz düzenlemelerinde olduğu gibi adi iş ve ticari işlerde sorumsuzluk anlaşması düzenlemelerinin de farklı olmasının daha doğru olacağını vurgulamaktadır (bkz. Sanlı, s. 394).

⁶³⁵ Mülga kanun döneminde, kanun metninde geçen “*imtiyaz suretiyle bir sanatın icrası*” belirlemesinin idare hukuku anlamında (dar anlamda) bir imtiyaz olarak düşünülmemesi gerektiği ve daha geniş şekilde yorumlanması gereken bir kavram olduğu belirtilmekteydi (bkz. Erten, s. 234; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 248; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 73-74). Yeni kanun metninde “imtiyaz” kavramını kullanmaması ve bunun yerine daha geniş bir kapsamı işaret eden “uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlarca verilen izinle yürütülüyorsa” düzenlemesinin tercih edilmesi, “imtiyaz” kavramının kullanımına ilişkin eleştirilerin kanun koyucu tarafından ciddiye alındığı izlenimi yaratmaktadır. Kaldı ki Yavuz’a göre bu değişiklik eBK 99/2’de ne anlatılmak istenenin ne olduğuna ilişkin tartışmalara yanıt bulunmuştur (bkz. Yavuz, N., (Şerh), s. 737).

⁶³⁶ Bu durumda eBK 99/II’den doğan hukuki sonucun takdiri butlan, ancak TBK 115/III’den doğan hukuki sonucun mutlak butlan olduğu işaret edilmelidir. Ancak eski kanun ile yeni kanun arasındaki

ihtimallerde yapılan sorumsuzluk anlaşması, kusur derecesine bakılmaksızın kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanarak hakimın takdir yetkisi tamamen kaldırılmıştır. Bir diğer farklılıkta, mülga kanunla sorumluluğun *“hükümet tarafından imtiyaz⁶³⁷ suretiyle verilen bir sanatın icrasından”* doğması ihtimalinde hafif kusura ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği hakimın takdir yetkisine bırakılmışken; TBK 115/III’de ele alınan bu ihtimalin içeriği *“uzmanlığı gerektiren⁶³⁸ bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlarca verilen izinle yürütülüyorsa”* şeklinde değiştirilmesidir.

Borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hükmün değişimi ele alınırsa, mülga kanun eBK 100/II ile TBK 116/II’nin tamamen özdeş düzenlemeler sundukları, her iki düzenlemeyle de borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğunu önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırabildiği görülür. Ancak farklılık eBK 100/III ile TBK 116/III açısından karşımıza çıkar. Zira, mülga kanuna göre alacaklı borçlunun hizmetindeyse veya mesuliyet hükümetin

hükümsüzlük tipine ilişkin söz konusu farklılık, eleştirilmesi gereken bir yeniliktir. Hayatta ve hayatın kalbi hukuki olaylarda ihtimallerin sonsuz olduğu gerçeği de dikkate alınırsa, öyle durumlar söz konusu olabilir ki her ne kadar kanunun kesin hükümsüzlüğe tabi tuttuğu bir sorumsuzluk anlaşması söz konusu olsa da hakkaniyet gereği söz konusu sorumsuzluk anlaşmasını ayakta tutmak gerekebilir. Öyle ki sorumsuzluk anlaşması kimi zaman karşı sözleşenin durumunu kötüleştirmede gibi onun yararına da olabilir ve hakkaniyet gereği ayakta tutulması gerekebilir. İşte tam da bu sebeple kanun koyucunun eski kanun döneminde, *“hakim bu şartı batıl addedebilir”* ifadesiyle kanunun lafzıyla da açıkça geçersizliğini hakimın takdir yetkisine bıraktığı bir hususu (esnekliği), yeni kanun gereği doğrudan kesin hükümsüz sayacak olması hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Aynı yönde bkz. Yavuz, N., (Şerh), s. 739-740.

⁶³⁷ Örneğin, eski kanun dönemindeki TBK 100/3 kapsamına özel hastane işletmenin *“imtiyaz suretiyle verilen sanat”* kapsamına girdiğinin kabul edilmesine ilişkin bkz. Demir (Hastanelerin Sorumluluğu), s. 214.

⁶³⁸ Maddenin gerekçesine baktığımızda, hükümet gerekçesine göre eBK 99’da yer alan *“...hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa...”* ifadesinin içeriğinin *“...uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa...”* şeklinde değiştirilmiş olmasıyla amaçlanan, izinle yerine getirilen faaliyetlerden hangilerinin kanun metnine tabi tutulacağını belirlenmesi ve bu belirlemede de sadece uzmanlığı gerektiren faaliyetlerin seçilmesidir (bkz. Yavuz, N., (Şerh), s. 741; Uygur (Şerh), s. 728; Günay, s. 420).

verdiği imtiyazla yürütülen bir sanatın icrasından kaynaklanıyorsa, borçlu ancak ve ancak hafif kusura ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapabilirken, TBK 116/III’de bu düzenleme ciddi bir değişikliğe uğramıştır. TBK 116/III, alacaklının borçlunun hizmetinde olması ihtimalini kanuni düzenlemenin dışında bırakmış (adeta silmiş)⁶³⁹, imtiyaz suretiyle yürütülen sanat ihtimalini ‘‘uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa’’ şeklinde değiştirerek, hafif veya ağır kusur ayrımı yapmaksızın sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağını düzenlemiştir.

Kanun koyucunun TBK 115/I ile TBK 116/II arasındaki açıkça gözlenebilen yaklaşım farklılığı üstünde durulmaya değer niteliktedir zira TBK 115/I gereği kendisinin ağır kusurlu davranışlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapamayan (yaparsa kesin hükümsüz sayılacak olan) borçlu, TBK 116/II gereği yardımcı kişilerinden doğacak olan sorumluluğu kusurun ağırlığına bakılmaksızın (hem ağır hem de hafif kusur için) sınırlandırılabilir ve hatta tamamen dahi ortadan kaldırılabilir.⁶⁴⁰ Kanun koyucunun bu yaklaşımının haklı olduğunu işaret ederken doktrin tarafından temas edilen birçok husus söz konusudur. Serozan, TBK 115/I ile TBK 116/II arasındaki yaklaşım farklılığına ilişkin olarak, yasa koyucunun yardımcı

⁶³⁹ Kanun koyucunun getirdiği bu yeniliğin/değişikliğin nasıl anlaşılması gerektiği hususunda bkz. İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/F. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşması Olmaması/3. Yardımcı Kişiden Sorumluluğu Bertaraf Eden Sorumsuzluk Anlaşması ve Sınırları/b. ‘‘Alacaklı Borçlunun Hizmetindeyse’’ sınırı. (Ayrıca belirtmek gerekir ki TBK 116’da yer bulamayan alacaklının borçlunun hizmetinde olması ihtimali 2008 tarihli Adalet Bakanlığı Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, m. 115/III’de ‘‘Alacaklı, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde ise, sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurundan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir.’’ şeklinde (eBK 100 ile özdeş olarak) ifade edilmiş ve yer almıştır (bkz. T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara 2008).

⁶⁴⁰ Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 438; Yağcı, s. 160; Serozan (Genel Hükümler), s. 292; Başalp (Sorumsuzluk), s. 48-49; Nomer (Genel Hükümler), s. 315; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 241; Erten, s. 150; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 899.

kişinin davranışlarından sorumsuzluğa ilişkin anlaşmalara, genel anlamda sorumsuzluk anlaşmalarına kıyasla daha ılımlı yaklaştığını ve bu sebeple de (istisnalar hariç olmak üzere) ağır kusurdan dahi sorumsuzluk anlaşması yapılabildiğini belirtmektedir.⁶⁴¹ Doktrin'e göre bu düzenlemenin temelinde yer alan düşünce, borçlunun kendi kast veya ağır ihmalden kurtulmasını sağlayan bir sorumsuzluk anlaşmasının ahlaki kabul edilememesi, '*kamu düzenine ve objektif iyiniyete aykırı olması*' karşısında, borçlunun yardımcı kişinin ağır ihmal veya kastından sorumsuzluk anlaşması yapıyor olmasının ahlaki olarak o derece rahatsız edici görülmemesi, aksine son derece doğal karşılanması gereken bir seçim olmasıdır.⁶⁴²

Borçlunun kendi fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması ile yardımcısının fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması birbirine karıştırılmaması gereken iki farklı hukuki mekanizmandır.⁶⁴³ Zira, borçlu yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu

⁶⁴¹ Serozan (Genel Hükümler), s. 292.

⁶⁴² Erten, s. 180; Alniak, s. 339; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 75; Saymen/Elbir, s. 729; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 458; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 514; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 241; Yünlü, s. 469. Ayrıca, TBK 115 ile 116 arasındaki söz konusu farkın sebebi, kurtuluş kanıtı getirilememesi sebebiyle son derece ağır bir sorumluluk olan yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunda kanun koyucunun borçluya sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluktan kurtulma yolunu açmayı tercih ettiği fikriyle de açıklanmaktadır (bkz. Alniak, s. 339).

⁶⁴³ Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 78; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 317; Erten, s. 207-208. Ancak belirtmek gerekir ki 2020 yılında yürürlüğe girmesi planlanan yeni İBK'nın tasarısına bakıldığında, borçlunun kendi davranışlarından sorumsuzluğuna ilişkin anlaşma ile yardımcı kişiden sorumsuzluğuna ilişkin ikilemin ortadan kaldırılacağı ve iki sorumsuzluk anlaşmasının da aynı hükme tabi tutulacağı görülür (bkz. 2020 İBK tasarısı 122. madde gerekçesi ve Yünlü, s. 21-22). Kanaatimizce, sorumsuzluk anlaşması bölümümüz boyunca ele alınacak olan tartışmaların son bulması ve hukuki belirliliğin sağlanabilmesi adına Türk Kanun Koyucusunun da TBK 115 ile TBK 116/III arasındaki ikiliği ortadan kaldırması yerinde olacaktır. Kaldı ki hükümet raporunda, TBK 116'nın TBK 115 ile birlikte okunması gerektiği de ifade edilmişken, bunun kanun metninin kendi içeriğine dahil edilmeyerek yaratılan kafa karışıklığının adeta körüklenmesi de anlaşılabilir değildir.

Ayrıca tam da bu noktada, borçlunun yardımcı kişi kullanmadığı ancak alacaklıya borcun ifası için çalışan sağlamayı taahhüt ettiği sözleşmelerde yardımcı kişiden sorumluluğun söz konusu olmadığı, zira bizzat borcun konusunun iş gücü sağlamak olduğu görülür. Borçlanılan işin bizzat borçlu tarafından yapılması değil, işi yapacak olan üçüncü kişilerin alacaklıya sağlanması olduğundan söz konusu üçüncü kişiler borçlunun yardımcı kişisi olarak değerlendirilemez. Bu sebeptendir ki borçlunun alacaklıyla aralarındaki sözleşme ilişkisine ilişkin yapacakları sorumsuzluk anlaşması, borçlunun bizzat kendi davranışlarından sorumsuzluk anlaşması niteliği taşıyacak ve TBK 115'e tabi tutulacaktır.

olmayacağına ilişkin bir anlaşma yaptığı zaman kendi kusurlu fiillerinden sorumluluğu devam ettiği gibi, kendi fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapması halindeyse yardımcısının fiillerinden sorumluluğu devam eder⁶⁴⁴. Örneğin, bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olayda⁶⁴⁵, akıl hastanesi işletmesinin, intihar riski ile yatırılmış hastanın odasında intihar etmesini önlemek adına gerekli önlemleri almasını (örneğin camlara kilit koymasını, çalışanlarını durumla ilgili bilgilendirerek üzerlerine düşen denetim ve gözetim ödevini yerine getirmelerini sağlamasını) hastanenin organizasyon sorumluluğuyla ilgili gördüğünden, somut olayda hastanenin yardımcı kişilerinin davranışlarından sorumlu olmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması bulunsa dahi hastane işletmesinin bu anlaşmadan yararlanamayacağına çünkü söz konusu zararın doğrudan hastanenin davranışından doğmakta olduğuna hükmedilmiştir.

Böylece borçlunun kendi davranışı (TBK 115) ile yardımcı kişinin davranışından (116/II ve III) doğan zarara ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının farklı esaslara tabi olduğu dikkate alındığında, zararın doğrudan borçlunun ağır kusuruyla doğması ve TBK 115/I kapsamında sorumsuzluk anlaşması yapabilmesinin (ağır kusurun varlığı sebebiyle) kısıtlanmasına ayrıca şu örnekler de işaret edilebilir: Eğer somut işin gereği olarak borçlunun belli sayıda yardımcı kişi kullanması gerekmekte

⁶⁴⁴ Ancak bu noktada doktrinde yer alan “Borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yardımcı kişinin davranışlarından sorumluluğunun da sınırlandırılması ya da tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelir mi?” sorusuna verilen “Yardımcı kişinin kastından ya da ağır ihmalden sorumluluğu devam etmeli ancak hafif ihmaliinde sorumlu tutulmamalıdır.” cevabı da işaret edilmelidir. (Bkz. Yağcı, s. 162-163) Bu fikir tarafımıza uzak gözükmemektedir zira TBK 115 ve 116’nın birbirinden tamamen farklı iki mekanizma olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaktadır. Borçlunun kendi fiillerinden sorumsuzluğuna ilişkin anlaşma yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluğu anlamına gelmez.

⁶⁴⁵ Karar künyesi: YHGK, T. 21.10.2009, E. 2009/13-393, K. 2009/452 (Kazancı, Erişim Tarihi:12.04.2019) Söz konusu karara ilişkin detaylı yorumlar için bkz. Narter, s. 171; Başalp (Sorumsuzluk), s. 201.

ancak borçlu bu sayının altında yardımcı kişi kullanırsa, söz konusu bu özensizlik *organizasyon eksikliği* sonucu doğurur ve aynı zamanda borçlunun güvenlik önlemleri alma yükümlülüğüne aykırı kabul edilerek ağır kusurunu teşkil edeceğinden sorumsuzluk anlaşması yapılmış olsa dahi geçerli olmaz.⁶⁴⁶ Dahası, borçlu yeterli sayıda yardımcı kişi kullanmış olsa bile, yardımcı kişi kullanması caiz değil ya da yardımcı kişiye talimat vermede, onu denetleme ve gözetlemede kusurlu ise bu durumlarda borçlunun kendi davranışından doğan bir zarar söz konusu olacağından yardımcı kişiden sorumsuzluk anlaşması değil direkt kendi kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması söz konusu olacak ve TBK 115 uygulama alanı bulacaktır.⁶⁴⁷ Tam da bu noktada, yardımcı kişi kullanan borçlunun ağır kusuruna ilişkin olarak işaret edilmesinde yarar olan bir Alman mahkeme kararında⁶⁴⁸, taşıyıcı firmanın yardımcı kişisi (işçi), taşınması talep edilen eşyaları gönderenden teslim alarak teslim karşılığı bir belge imzalamış ancak söz konusu eşyalar kayıplara karışarak ne alıcıya teslim edilebilmiş ne de şirketin deposunda bulunabilmiştir. Kaybolan eşyalardan doğan zararını firmadan tazmin etmek isteyen gönderen, firmanın “yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumlu olmadığına ilişkin genel işlem şartını⁶⁴⁹” ileri sürerek

⁶⁴⁶ Serozan (Genel Hükümler), s. 293.

⁶⁴⁷ Erten, s. 222; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 77. Ancak Akman şu ihtimali ayrıca ele almaktadır: Akman’a göre, borçlunun yardımcı kişi kullanması borca aykırılık sonucu doğurmasına rağmen bu yolu seçmesi en fazla hafif ihmal olarak nitelendirilebiliyorsa, (yani borçlu söz konusu borca aykırılığı kast veya ağır ihmal ile meydana getirmemişse), TBK 115/1 (eski kanun 99/I) kapsamında hafif kusura ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasından varlığından ve geçerli olduğundan bahsedilebilir (bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 77).

⁶⁴⁸ Sözü edilen mahkeme kararı künyesi ve daha detaylı bilgi için bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 78.

⁶⁴⁹ Sorumsuzluk kaydı karşımıza bir genel işlem şartı olarak da çıkabilir. Bu durumda genel işlem şartlarının tabi olduğu denetime tabi tutulacaktır. Ancak genel işlem koşullarının tabi olduğu denetim yöntemlerini anlatmak konumuzun kapsamını ziyadesiyle aşacağından ayrıca ele alınmayacak, sadece yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk kaydı kapsamında karşımıza çıkabilecek bir diğer hukuki kurum olduğuna dikkat çekilmekle yetinilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Atamer, Y.M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001 (Sözleşme Özgürlüğü). Dahası, sorumsuzluk şartı, genel işlem koşulu olarak karşımıza çıkarsa ve “yazılmamış sayılma” yaptırımına bağlı olduğu sonucuna varılırsa, bu sonucun hukuki

sorumluluktan kaçmak istemesi karşısında mahkemeye başvurmuş, mahkeme söz konusu savunmanın geçersiz olduğuna zira yardımcı kişisini gözetim altında tutmayan taşıyıcı firmanın zararın doğmasında ağır kusurunun bulunduğu ve zararın bizzat firmanın kusurundan doğduğuna kanaat getirmiştir. Böylece taşıyıcı yardımcı kişisinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaya sığınamamış, adeta o kapı borçlunun yüzüne sertçe kapatılmıştır. Tüm bu açıklamalar da göstermektedir ki zararın yardımcı kişinin mi yoksa borçlunun mu davranışından doğduğu tespit edilmeli ve ona göre sorumsuzluk anlaşmasının varlığına ve geçerliliğine ilişkin bir sonuca varılmalıdır.

niteliğine ilişkin olarak yokluk mu yoksa kesin hükümsüzlük yaptırımının mı söz konusu olduğu hakkında doktrinde ciddi tartışmaların mevcut olduğunu da hatırlatmak isteriz.

Ancak “yazılmamış olma” yaptırımının hukuki niteliği ister yokluk ister kesin hükümsüzlük olarak kabul edilsin, TBK 27 kapsamındaki kesin geçersizlik hali ile TBK 22 kapsamındaki halin karşılaştırılması son derece önemlidir. *TBK 27/II de “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* düzenlemesi kaleme alınmıştır. Öyleyse, TBK 27 kapsamında bir kesin hükümsüzlük halinde kural, kesin geçersiz olan hükümlerin diğer hükümlerin sıhhatini etkilememesiye, istisnai olarak söz konusu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağının açıkça anlaşılması halindeyse tüm sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucu doğacaktır. Ancak TBK 22 kapsamında genel işlem şartlarının yazılmamış sayılması halinin sözleşmeye etkisine bakılırsa: *“Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”* Böylece genel işlem şartlarına ilişkin olarak, söz konusu genel işlem şartının yazılmamış sayılması sonucu (ister yokluk ister kesin hükümsüzlük olarak kabul edilsin) somut olayda, sözleşmenin yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı yapılmayacak olması ileri sürülemeyecek ve sözleşme diğer hükümleriyle ayakta kalmaya devam edecektir.

3. Yardımcı Kişiden Sorumluluğu Bertaraf Eden Sorumsuzluk Anlaşması ve Sınırları

Her ne kadar madalyonun bir yüzü olan irade özerkliğinin madalyonun arka yüzü sözleşme serbestisi ile birlikte taraflara sorumsuzluk anlaşması yapabilme özgürlüğü tanınmış olmasından bahsetsek de bu sınırsız bir özgürlük değildir. Kanunda yer alan sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlarının kanun koyucu tarafından çizilmesinin altına yatan sebeplerden biri zararı önleme fonksiyonudur. Sorumluluklarını ortadan kaldırılabiliyor olmanın sağladığı rahatlıkla birlikte teşebbüsler, davranışlarının doğurabileceği zararları önemsememeye, gerekli özeni göstermemeye başlamış; bu durumun önüne geçmek isteyen kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmasını her durumda başvurulabilen bir maymuncuk olmaktan çıkararak, kendi belirlediği sınırlar içerisinde geçerli kabul ettiği bir statüko benimsemiştir.

Bu kapsamda, yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK 116/II'de açıkça düzenlendiği üzere, kural sözleşme özgürlüğü ilkesi ile paralel şekilde borçlunun sorumluluğunu kusurun her derecesine ilişkin olarak kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilmesiye de (TBK 116/II), kanun koyucu bu kurala sorumluluğun (i) uzmanlık gerektiren ve kanun veya yetkili makamın izni ile yürütülen bir hizmet, meslek veya sanattan doğması (TBK 116/III) ve (ii) alacaklının borçlunun hizmetinde olması olmak üzere iki sınır getirmiştir.⁶⁵⁰ Bu kapsamda kuralın ve istisnalarının ayrıca ele alınması gerekir.

⁶⁵⁰ Sınırlardan bahseden yazarlar için bkz. Kayıhan, s. 293; Nomer (Genel Hükümler), s. 315; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 402; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 438.

a. Kural: Yardımcı kişiden sorumluluğun önceden yapılan bir anlaşmayla kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilmesi

TBK 116/II (TBK 115/I'deki düzenlemeden ayrılarak) yardımcı kişiden sorumluluğun, (yukarıda da bahsedildiği üzere) kusurun derecesine bakılmaksızın tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilceğini düzenlemektedir.⁶⁵¹ Öyleyse borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğu açısından kural, söz konusu sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kaldırabiliyor olmasıdır.

TBK 116/II düzenlemesinin uygulama alanını daraltan önemli husus, söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının borçlunun işletme organizasyonundan doğacak herhangi bir zararı kapsamayacak olması, diğer bir anlatımla borçlunun işletmesindeki organizasyona ilişkin kusurdan doğan zararlardan borçlunun sorumlu olacağı zira işletmedeki kusurun doğrudan borçlunun kusuru sayılacağı gerçeğidir.⁶⁵² Örneğin, borçlu üzerine düşen özeni göstererek işin yapısı gereği yangın riski içeren işletmesi için gerekli olan yangın söndürme teşkilatını kurmamış ya da kurmuş olsa dahi tam anlamıyla yangının söndürülememesi riskini ortadan kaldırır hale getirmemişse, yangının işçilerin tecrübesizliği (hafif ihmal) nedeniyle söndürülemediğini iddia ederek aralarındaki sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak alacaklının yanan mallarından doğan zarardan sorumlu tutulamayacağını ileri süremez.⁶⁵³ Bir diğer

⁶⁵¹ TBK 116/II eliyle borçluya sağlanan sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulma imkanının yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumunun *ratio legis*'i ile daha en başından çelişecek olması, borçlunun zarar doğmasın diye elinden geleni yapma teşvikini ortadan kaldıracağı, kurtuluş kanıtı getirilmesi mümkün olmayan sorumluluk tipinde kurtuluş kanıtı getirme imkanı sağlayarak kanun koyucunun amaçlarını da yerle bir edeceği ve adeta 116/I ile sağlanmak istenene 116/II ile köstek olunacağı yönündeki eleştirilere katılmamak elde değildir. Söz konusu eleştiriler için bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 75-76; Başalp (Sorumsuzluk), s. 745.

⁶⁵² Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 77.

⁶⁵³ Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 77.

örnekle⁶⁵⁴, bir gösteri ya da spor müsabakası düzenleyen borçlunun gerekli önlemleri almaması sonucu ortaya çıkan zararlardan borçlunun organizasyon sorumluluğu kabul edilir ve borçlu, TBK 116/II kapsamında (yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutulamayacağına ilişkin) sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluktan kurtulamaz.

Borçlunun TBK 116/II kapsamındaki sorumsuzluk anlaşmasına dayanmadığı diğer hal ise yardımcı kişinin seçiminde, ona emir ve direktif vermede ve gözetlemede kusurlu olması halinde doğan zararlardır.⁶⁵⁵ Yardımcı kişinin seçiminde kusur (*culpa in eligendo*), ona talimat vermede kusur (*culpa in instruendo*) veya onu gözetmede kusur (*culpa in custodiendo*) doğrudan borçlunun kusuru olarak görüldüğünden bu noktada yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasına dayanamamakta çünkü zarar yardımcı kişinin kusurundan değil doğrudan kendi kusurundan doğmaktadır. Örneğin, taşıyıcı (borçlu), paketleme ve taşıma işine ilişkin en temel bilgileri dahi bilmekten aciz bir yardımcı kişi ile birlikte işi yürütür ve zarar doğarsa, borçlu yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaya dayanamaz zira zarar doğrudan kendi kusurundan kaynaklanmaktadır.⁶⁵⁶

Alman hukukunda yardımcının fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasının uygulama alanının şu görüşle daraltıldığı da ayrıca altının çizilmesi gerekir: Alman hukukunda ileri sürülen bir görüşe⁶⁵⁷ göre, borçluyu idare ve temsil yetkisine sahip olan kişiler, bu yetkinin verdiği güce dayanarak adeta borçlunun yerine geçmekte ve borçlununkilere eşdeğer hukuki işlemler meydana getirebilmektedirler ve bu sebeple,

⁶⁵⁴ Başalp (Sorumsuzluk), s. 200–201.

⁶⁵⁵ Yünlü, s. 479; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 899.

⁶⁵⁶ Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 78.

⁶⁵⁷ Söz konusu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 79–80.

borçlunun bu bireylerin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması “borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumsuzluk anlaşması” kapsamında değil, “borçlunun doğrudan kendi fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması kapsamında” kabul edilmekte ve bunun bir sonucu olarak bu kişilerin kast ve ağır ihmeline ilişkin sorumsuzluk anlaşması geçerli kabul edilmemektedir.⁶⁵⁸ Zira, söz konusu görüşe göre, bu kişilerin fiilleri doğrudan borçlunun fiilleri olarak sayılacağından, bu kişilerin kast ve ağır ihmeline yönelik olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmaları, bizzat borçlunun kendi kast ve ağır ihmeline ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması anlamına gelecektir. Söz konusu temsil ve idare yetkisine sahip olan yardımcı kişilere örnek verilmesi gerekirse, banka şubesi müdürü gösterilebilir. Bu durumda, bu görüş kabul edildiğinde, banka şubesi müdürünün ağır ihmal veya kastından doğan bir zararda bankanın sorumsuzluk anlaşmasına dayanması aslında kendi ağır kusur veya ihmaliinden doğan zararlara ilişkin sorumsuzluk anlaşmasına dayanması ile eşdeğer görüleceğinden, yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin bir anlaşma sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır.

b. “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa” sınırı

Kanun hükmünün lafzının, borçlunun yardımcısının fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmasına açıkça getirdiği sınırlama, TBK 116/III’de kaleme alınan

⁶⁵⁸ Bizim kanunumuzdaki maddeler ile ele alırsak, borçlunun yardımcısının ağır ihmal ve kastından sorumsuz olmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi mümkünken (TBK 116/II), kendi ağır kusuruna ilişkin olarak mümkün değildir (TBK 115/I).

“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa” ihtimalidir ve kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

Kanun koyucu tarafından *“uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa”* ihtimalinin neden öngörüldüğünün anlaşılması önemlidir. Kanun metninde bahsedilen ihtimalde, *“uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle”* yürüten borçlu karşısındaki alacaklı, (sıradan bir borçluya kıyasla) borçluya karşı daha özel bir güven duyacak, bu güven sayesinde borçlu güç kazanacak ve kazandığı güçle bu güvenin suiistimal edilmesi mümkün ve kolay olacaktır ki bu sebeple söz konusu ihtimalde sorumsuzluk anlaşmasının kısıtlanması gerektiği düşünülmüştür.⁶⁵⁹ Dahası, resmi makam tarafından verilen izne binaen alacaklının güvenini kazanan borçlu, alacaklı karşısında ciddi derecede güçlü bir konumda bulunduğundan sözleşmenin karşı tarafının şartları müzakere edebilmesi, pazarlık faaliyetlerine girişerek sözleşmeye etki edebilmesi zor, çoğunlukla imkansızdır. Çünkü söz konusu sözleşmelerde (ne yazık ki çoğunlukla) güçlü olan tarafından dayatılan *“Ya şartlarımı kabul edersin ya da kapı şurada, yolun açık olsun!”* anlayışı hakimdir.⁶⁶⁰ İşte kanun koyucunun 116/III ile hedeflediği, güçlü

⁶⁵⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), 147-148 ve 247; Erten, s. 224; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 65 vd.; Başalp (Sorumsuzluk), s. 189.

⁶⁶⁰ Sirmen’in de belirttiği üzere, sadece iktisadi anlamda güçlü tarafın sözleşme koşullarında söz sahibi olabildiği düzende devletin görevi, toplumdaki eşitsizlikleri dengelemek amacıyla hukuk kuralları aracılığıyla sosyal hayata müdahale etmektir. İşte bu amaçla sosyal devlet ilkesine paralel olarak güçsüzün güçlü karşısında sömürülmesini önleyecek hukuk normları da zamanla doğmuş ve yıllar yılı uygulanmaya devam etmiştir (bkz. Sirmen, L.: *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (AÜHFY), Ankara 1972, No. 303. s. 455). Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK 115 ve TBK 116 maddesi de da bu hukuk normlarından birisidir. Zira sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin söz konusu düzenlemelerle ile güçlü tarafın güçsüz olana hükmederek borç ilişkisinden doğacak zararlara ilişkin sorumlu tutulamayacağını empoze etmesinin önüne geçilerek sorumsuzluk anlaşması belli sınırlara tabi

tarafın sahip olduğu gücünden yararlanarak sözleşmenin bir parçası haline getirdiği “yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutulmayacağı” kaydı sayesinde güçsüz olanı sömürmesinin önüne geçilmesidir. Kaldı ki madde gerekçesinde de amaç tüm bu açıklamalarımıza uyumlu bir şekilde “...Böylece uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği takdirde, borçlunun ifa yardımcılarının hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulması yolunun kapatılması amaçlanmıştır. Gerçekten, bu durumda borçlunun değil, alacaklının korunması, menfaatler dengesine de uygun düşer. Bu nedenle, ... kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.” gerekçesiyle ifade edilmiştir.⁶⁶¹ Tunçomağ’a göre de söz konusu düzenleme ile kanun koyucu, birbirine eşdeğer olmayan güçlü ve güçsüz arasındaki dengeyi yakalamayı amaçlamıştır.⁶⁶² Ancak bizim de katıldığımız bir eleştiriye göre;⁶⁶³ bugün neredeyse her mesleki faaliyet uzmanlığı gerektirmekte ve bir izin veya lisans ile yürütülmekte, bu sebeple de çok sayıda (neredeyse her) somut olay TBK 116/III kapsamına dahil edilebilmekte ve borçlunun sorumsuzluk anlaşması yapabilme özgürlüğü neredeyse tamamen ortadan kalkma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Kanunun lafzına bakıldığında, “uzmanlığı gerektiren hizmet” düzenlemesinde yer alan “hizmet” kavramı, sadece teknik anlamda hizmet sözleşmesinin edimi olarak düşünülecek şekilde dar yorumlanmamalıdır.⁶⁶⁴ Dahası, TBK 116/III’de düzenlenen kısıtlamanın doğabilmesi için, (kanunun lafzında yer alan “ve” bağlacından da açıkça

tutulmuştur.

⁶⁶¹ Uygur (Şerh), s. 736-737; Günay, s. 424.

⁶⁶² Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 515.

⁶⁶³ Söz konusu eleştiriye dile getiren yazarlar için bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 273–274.

⁶⁶⁴ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 318.

anlaşıldığı üzere) faaliyetin hem uzmanlık gerektirmesi hem de kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülmesi şartlarının kümülatif olarak gerçekleşmesi aranır.⁶⁶⁵ Kanunun söz konusu açık lafzı karşısında bir faaliyet uzmanlık gerektirip izne tabi değilse ya da *vice versa* izne tabi olsa da uzmanlık gerektirmiyorsa TBK 116/III uygulama alanı bulmayacağından genel kural 116/II uygulanır ve borçlu yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilir.

Uzmanlık gerektiren ve kanun veya yetkili makamın izni ile yapılabilen meslekler düşünüldüğünde akla gelen somut örnekler ele alınırsa; TBK 116/III kapsamında sıklıkla işaret edilen sorumsuzluk anlaşmalarından birinin de hekimlerin yardımcılarının fiillerinden sorumsuzluk anlaşması olduğu görülür.⁶⁶⁶ Hekimlik, kanun maddesinin aradığı şartları taşıyan (uzmanlığı gerektiren ve yetkili makamlarca tanınan izinle sürdürülen) bir meslek dalı olduğundan, yardımcısının tüm fiillerinden sorumlu tutulacaktır.⁶⁶⁷ Bu bağlamda örneğin, diş hekimliği uzmanlığı gerektiren bir meslek olması itibariyle, diş hekimi ile hasta arasında, “diş hekiminin asistanının müdahale esnasında sebep olacağı zararlardan sorumlu tutulamayacağı”na ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapılırsa bu anlaşma kesin hükümsüzdür. Dahası, sigortacılık

⁶⁶⁵ Yağcı s. 171; Başalp (Sorumsuzluk), s. 273; Nomer (Genel Hükümler), s. 315-316; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 424-425. Kanunun lafzına ilişkin bu husus ele alınırken, eski kanundaki düzenlemenin de özellikle üzerinde durmak gerekir. Zira 818 sayılı TBK’da sadece “*hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası*”nın söz konusu olması halinde bu sınırlama getirilmiş ancak kanun koyucunun bu dar düzenlemesi doktrin tarafından sadece hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasında değil, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen faaliyetleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanarak uygulanmıştır. 818 sayılı kanunun lafzından doğrudan ulaşılamayan ancak yorum yöntemiyle elde edilen bu uygulama, 6098 sayılı kanunda açıkça kaleme alınmıştır.

⁶⁶⁶ Kıcıoğlu, s. 408.

⁶⁶⁷ Güneş, B, K.: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 86; Demir (Hekimin Sorumluluğu), s. 252.

ve bankacılık faaliyetleri de yardımcı kişi kullanılmasına yatkın, uzmanlık gerektiren ve kanun veya yetkili makamın izni ile yapılan faaliyetler kapsamında düşünülebilir.⁶⁶⁸ Ayrıca, TBK 116/III kapsamında uzmanlığı gerektiren ve yetkili makamın izni ile yapılabilen mesleğe ilişkin olarak doğalgaz ve telefon hizmetleri de örnek gösterilmektedir.⁶⁶⁹

c. “Alacaklı borçlunun hizmetindeyse” sınırı

Mülga Borçlar Kanunu 100/III’de yer alan “*alacaklı borçlunun hizmetindeyse ya da mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen sanatın icrasına tevellüt ediyorsa sadece hafif kusurdan doğan sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği*” düzenlemesi, sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir kısıtlama olarak nitelendirilmiş ve ekonomik bakımdan zayıf olanı koruma amacıyla (normun koruma amacı) geniş yorumlanması gereken bir hüküm olarak işaret edilmiştir⁶⁷⁰. Dahası, mülga Borçlar Kanunu 100/III’deki ihtimallerde, güçsüz ve baskı altında olan alacaklının kabul edeceği sorumsuzluk anlaşması ahlaka aykırı kabul edildiği için hükümsüzlük sonucuna ulaşıldığının da altı çizilmiştir.⁶⁷¹ Zira, ilgili makam tarafından verilecek

⁶⁶⁸ Sigortacılık ve bankacılık faaliyetlerinin uzmanlık gerektiren ve izinle üstlenilen faaliyet olması hakkında Yargıtay kararı için bkz. YHGK, T. 15.06.1994, E. 1994/11-178, K. 1994/398 (Yargıtay Kararları Dergisi (YKD) 1995/5, 532); YHGK, T. 22.11.2018, E. 2017/11-2224, K. 2018/1753 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 14.2.2014, E. 2013/13047, K. 2014/2619 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); YHGK, T. 22.11.2018, E. 2017/11-2224, K. 2018/1753 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

⁶⁶⁹ Akıncı, s. 252.

⁶⁷⁰ Bkz. Erten, s. 87-88 ve s. 240-241; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 244-245; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 57-58.

⁶⁷¹ Erten, s.196-197.

izinle (eski kanunun düzenlemesiyle ‘‘*imtiyaz suretiyle*’’) bir işi icra edenler (yukarıda da açıklandığı üzere) söz konusu iznin toplumda yarattığı güvenden yararlanarak sorumsuzluk anlaşması yapabilirken; alacaklının borçlunun hizmetinde olması halinde de tabi bulunduğu otoritenin ağırlığı, işini kaybetmeme düşüncesi, işinde problem yaşamama isteği vb. etmenlerin sorumsuzluk anlaşmasının alacaklı tarafından kabul edilmesinde etkisinin olabileceği işaret ediliyordu.

TBK 116. maddesinde, eski kanun düzenlemesinden farklı olarak, alacaklının borçlunun hizmetinde olması ihtimalinin düzenlenmemiş (adeta silinmiş) olması karşısında, kanun koyucunun bu ihtimalde sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği kanaatinde mi olduğu ayrıca ele alınması gereken bir husustur. Bu değişiklikle kanun koyucu tarafından neyin amaçlandığı ve yeni kanununda kaleme alınmayan ‘‘alacaklının borçlunun hizmetinde çalışması’’ hususuna ilişkin bilinçli bir susmanın bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Alacaklı borçlunun hizmetindeyse, borçlu yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutulamayacağına dair bir anlaşma yapılabilecek midir? Ya da asıl sözleşmede yer alan bu tarz bir kaydın hukuken akıbeti nedir? Sadece kanun metni (TBK 116) ele alınarak lafzi yorum metoduna sıkı sıkıya bağlı bir bakış açısıyla, kanun koyucunun bu ihtimali yeni kanunda adeta silmesi, bu ihtimalde yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmalarını sınırlandırmak istemediği şeklinde yorumlanabilir zira bu sebeple de doktrinde söz konusu sınırlamanın yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk kapsamında ortadan kaldırıldığı ileri sürülebileceği gündeme gelmiştir.⁶⁷² Ancak kanun koyucunun iradesi yorumlanırken

⁶⁷² Yağcı s. 172; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 248; Nomer (Genel Hükümler), s. 306. Ancak böyle bir yorumun yaratabileceği fecaati gözler önüne sermek adına şu örnek (bkz. Yavuz, N., (Şerh), s. 744) işaret edilebilir: hizmet akdinin ifasında yardımcı kişi kullanılmış ve iş güvenliği önlemlerinin alınması da yardımcı kişiye bırakılmış ancak yardımcı kişinin kusuru sebebiyle bu önlemlerin gerektiği gibi

elbette ki asıl kaynak kanunun kendisi olsa da kanun tasarısı, gerekçe, komisyon tutanakları vb. kaynaklardan da yararlanılmaması düşünülemez. Yeni kanunla getirilen farklılığın doğurduğu bu sorunu çözebilmek adına ilk aşamada kanunun gerekçesine bakılması gerekir. Ne yazık ki ne 115. maddeye ne de 116. maddeye ilişkin gerekçe bu soruna cevap vermektedir. Bu çözümsüzlük içerisinde çıkış noktasına, adalet komisyonu raporundan hareket edilerek ulaşılabilir. Zira, komisyon raporuna göre⁶⁷³ TBK 115 ve 116 bir arada okunması gereken hükümlerdir çünkü TBK 115/2 yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmaları açısından da geçerli kabul edilmesi gereken bir hükümdür.⁶⁷⁴ Öyleyse kanun koyucunun 116. madde bünyesinde alacaklı ile borçlu arasında hizmet ilişkisi bulunması ihtimalini kaleme almıyor olması bu ihtimalde sorumsuzluk anlaşması yapılmasına bir engel olmadığı çıkarımına yaklaşırsa da bu yorum, adalet komisyonu raporu karşısında yanlış bir sonuca götürecek ve alacaklı borçlunun hizmetindeyse borçlunun hem kendi hem de yardımcı kişilerinin davranışlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacağı sonucuna ulaşılacaktır.

Buz'a göre, söz konusu gerekçe kendi içinde çelişkilidir zira TBK 115 ve 116'nın her ikisinde de uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun ya da yetkili makamlar eliyle yürütülebiliyorsa sorumluluğu kaldıran ve

alınmaması sonucu zarar doğmuşsa, sorumsuzluk kaydı sebebiyle işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

⁶⁷³ Adalet Komisyonu raporu, E. 1/499, K.21, T. 12.1.2009, s. 18/19. Komisyon raporuna göre, 116. maddede alacaklı ve borçlunun arasında bir hizmet ilişkisi olduğunda sorumsuzluk anlaşmasının akıbetinin ne olacağı konusunda bir düzenleme yapılmamasının nedeni söz konusu hususun zaten bir önceki maddede açıkça ve detaylı şekilde düzenlendiğine olan inançtır (bkz. Adalet Komisyonu Raporu, sh. 18/19).

⁶⁷⁴ Yağcı s. 174; Başalp (Sorumsuzluk), s. 206, 208–209; Buz, V.: Borçların İfası ve İfa Edilmemesi. Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 103; Nomer (Genel Hükümler), s. 316; Hatemi/Gökyayla, s. 278.

önceden yapılan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Sistematik olarak böylesine detaylı bir düzenleme arayışı içinde olan ve aynı hususu iki farklı maddede düzenleyen kanun koyucunun başka bir hususu sadece bir maddede düzenleyip bir diğerinde düzenlememesi durumunda, bir önceki maddede düzenlenenin bir sonraki madde açısından da geçerli olacağı savunmasını dile getirmesi Buz' a göre “*sistematik açıdan ikna edici değildir.*”⁶⁷⁵ Buz'a göre doğru çözüm, ya her iki maddede de söz konusu ihtimalin açıkça düzenlenmesi ya da eğer açıkça düzenlenmeyecekse başka bir fıkra ile 115. maddede geçerli olan tüm sınırlamaların yardımcı kişinin fiilinden sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak da geçerli olacağının belirtilmesi olurdu.⁶⁷⁶ Bizim de katıldığımız bu eleştiri, ne yazık ki kanun koyucunun kanun yapma sürecindeki özensizliğini açıkça gözler önüne sermektedir.

Nihayet, TBK 116 kapsamında yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmasının sınırlarından birini de “alacaklının borçlunun hizmetinde olması” ihtimali olarak kabul ettiğimize göre, bu ihtimalin içeriğinin doldurulması ve sınırlarının belirlenmesi gerekir. Yeni kanunda yer alan “*...hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç...*” (TBK 115/II) ifadesinin, hükmün uygulama alanını daralttığı ve maddenin açık lafzı karşısında hizmet sözleşmesi dışında kalan ilişkilerde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı yönünde bir sonuç çıksa da fikrimizce hüküm geniş yorumlanmalıdır. Maddenin bütününde kastedilen, bizim de katıldığımız üzere, teknik anlamda bir hizmet sözleşmesinin varlığı değil, borçlunun

⁶⁷⁵ Buz, s. 147.

⁶⁷⁶ Buz, s. 147.

alacaklının bir işini gördüğü geniş anlamda her türlü hizmet ilişkisidir.⁶⁷⁷ Dahası, fikrimizce, normun koruma amacından hareket edilerek taraflar arasında hizmet/hizmet benzeri bir ilişki bulunmasa dahi alacaklının borçluya sosyo-ekonomik açıdan bağımlı olduğu ve borçlunun alacaklı üzerinde nüfusunu kullanarak ona sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmesi hususunda baskı yapabileceği her somut olayda bu sınırlama geçerli olmalıdır.⁶⁷⁸

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasına getirilmiş bu sınırın mantığı ve normun koruma amacı, hizmet etmekte olan alacaklının, borçlunun üzerinde kurduğu otoriteye karşı koyamaması sebebiyle sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmek zorunda kalabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, işçi lehine olan bir sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması normun koruma amacı ile bağdaşmayacağından, geçerli sayılması yerindedir.⁶⁷⁹ Öyleyse, somut olaya ve sorumsuzluk anlaşmasının içeriğine göre bir değerlendirme yapılması bizce de daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Hizmet ilişkisi hangi an mevcut olmalıdır hususuna ilişkin tartışmaların varlığına dikkat çekilmelidir. Bir görüşe göre, sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz

⁶⁷⁷ Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 61–62; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 245; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 457; Alniak, s. 344; Korur, s. 80. Ancak bizim de katıldığımız ve Yavuz’un da belirttiği üzere, kanun koyucunun eski kanunda yer alan “...*borçlunun alacaklının hizmetinde olması...*” ifadesini yeni kanunla “...*borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan*” şeklinde değiştirip özellikle hizmet sözleşmesini işaret ederek uygulama alanını daraltıcı bir lafız kullandığı ve bu lafzın da her türlü hizmet ilişkisinde kanun maddesinin (kıyasen) uygulanmasını zorlaştırdığı söylenebilir (bkz. Yavuz, N., (Şerh), s. 738). Ancak bizim de katıldığımız üzere kanun koyucunun amacının bu olmadığı kabul edilmeli ve teknik anlamda bir hizmet sözleşmesi aranmaktansa, taraflar arasında bir hizmet ilişkisi yeterli görülmelidir.

⁶⁷⁸ Şenocak’ın söz konusu ihtimale ilişkin işaret ettiği örnek anonim şirket paylarının çoğunluğuna sahip olan ortağın şirkete kabul ettirdiği sorumsuzluk anlaşmasıdır (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 245).

⁶⁷⁹ Aynı yönde Nomer, (Genel Hükümler) s. 314; Sanlı, s. 381; Serozan (Genel Hükümler), s. 281; Yavuz, N., (Şerh), s. 738.

kabul edilmesi için, alacaklı ile borçlu arasındaki hizmet ilişkisi sorumsuzluk anlaşması yapıldığı anda mevcut olmalıdır, sonradan kurulmuş bir hizmet ilişkisi sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olması sonucunu doğurmaz.⁶⁸⁰ Karşıt görüşe göreyse, alacalının sorumsuzluk anlaşması anında arasında bir hizmet ilişkisi bulunmaması sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği için yeterli değildir. Zira, alacaklı (belki de maddi durumunun kötü olmasının da yarattığı iş fırsatını kaçırmama kaygısıyla) sırf gelecekte borçlunun hizmetinde çalışabilmek adına söz konusu sorumsuzluk anlaşmasını kabul ediyorsa, bunun da alacaklının borçlunun hizmetinde olması kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir.⁶⁸¹ Bizce de ikinci görüş daha yerindedir. Öyle ki alacaklı, gelecekteki potansiyel akdi kaçırmama isteğinin üzerinde yarattığı baskı sebebiyle sorumsuzluk anlaşmasını kabul ediyorsa artık iradesinin serbest olduğundan bahsedilemeyecek ve sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır.

d. “Sorumsuzluk Anlaşmasından Yardımcı Kişi de Yararlanabilir mi/Yararlanmalı mıdır?” Tartışmaları

Borçlu elbette ki alacaklı ile yardımcı kişisi yararına bir sorumsuzluk anlaşması yapabilir, ya da alacaklı ile arasındaki sorumsuzluk anlaşmasından yardımcı kişinin de yararlanmasına yönelik bir sorumsuzluk şartı (yasal sınırları içerisinde kalmak

⁶⁸⁰ Görüşü savunan isimler için bkz. Yünlü, s. 499.

⁶⁸¹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 245-246; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 58-59; Alıak, s. 343; Yünlü, s. 475.

kaydıyla) koyabilir. Bu sonuca ulaşılmasını sağlayan akit serbestisi ilkesinin bizzat kendisidir. Ancak tartışma, borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasında yardımcı kişinin yararına bir düzenleme getirilmemesi halinde, yardımcı kişinin söz konusu anlaşmadan yararlanıp yararlanamayacağı odağında⁶⁸² gelişmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda baskın görüşe göre; sözleşmenin nisbiliği ilkesince (zira bir sözleşme kural olarak sözleşmenin tarafları açısından hüküm ve sonuçlarını doğuracağından) borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasını bir üçüncü kişinin (bizim konumuz açısından yardımcı kişinin) de yararlanabileceği şekilde genişletebilmek mümkün değildir.⁶⁸³ Böylece bu görüşün kabul edilmesi halinde, yardımcı kişinin fiilinden zarar gören ve borçlu ile arasındaki sorumsuzluk anlaşması nedeniyle borçluya başvuramayan alacaklının, eğer ki yardımcı kişinin fiili onun sorumluluğunu doğurur nitelikteyse (örneğin haksız fiil niteliğindeyse haksız fiil hükümleri çerçevesinde) doğrudan yardımcı kişiye başvurabileceği kabul edilmektedir.

Karşıt görüşe göreyse⁶⁸⁴, alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşması

⁶⁸² Erten söz konusu hususu, “edaya yakın üçüncü kişiler yönünden sorumsuzluk şartlarının uygulanma alanı” ana başlığı altında (bkz. s. 181), (a) alacaklıya yakın üçüncü kişiler yönünden ve (b) borçluya yakın üçüncü kişiler yönünden kaleme almış ve borçluya yakın üçüncü kişiler başlığı altında kastedilen yardımcı kişilerden başkası olmadığını altını çizmiştir (bkz. Erten, s. 191).

⁶⁸³ Söz konusu görüşü savunanlar; Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 439; Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 514-515; Alıak, s. 339; Yağcı s. 163; Saymen/Elbir s. 729; Tandoğan (Mes’uliyet) s. 458; Tuhr s. 599, dn.53; Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 318; Yünlü, s. 163. Ayrıca Akman, bu görüşü kabul edenler arasında Becker, Arsebük, Feyzioğlu ve Okay’ın da bulunduğunu işaret etmektedir (bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 80, dn. 103).

Yünlü’ye göre, borçlunun alacaklı ile yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutulmayacağına ilişkin olarak yapmış olduğu sorumsuzluk anlaşmasından yardımcı kişi bizzat kendi davranışları açısından yararlanmamalıdır. Yünlü’nün buna 3 gerekçesi; (i) Yardımcı kişi ile alacaklının arasında sorumsuzluk anlaşması yoktur. (ii) Eğer yardımcı kişinin de sorumlu olmayacağını söylersek alacaklının zararını karşılayabileceği bir muhatabı kalmaz. (iii) Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genişletici yorum yapmak ve kapsamı genişletmek doğru değildir (bkz. Yünlü, s. 486).

⁶⁸⁴ Bu görüşü ileri sürenler Serozan (Genel Hükümler), s. 293; Serozan (Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi), s. 121; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 83-84;

çeşitli teoriler⁶⁸⁵ yardımıyla yardımcı kişinin de yararlanabileceği şekilde geniş yorumlanmalı ve yardımcı kişi yararına bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığından bahsedilebilmelidir.

Bu sonuca varmak amacıyla ileri sürülen görüşlerden ilkinen⁶⁸⁶ göre, yardımcı kişi yararına bir sorumsuzluk anlaşması olduğu kabul edilmeli ve bu doğrultuda söz konusu sorumsuzluk anlaşması yardımcı kişi yararına da uygulanabilmelidir. Alman mahkemesi tarafından benimsendiği işaret edilen⁶⁸⁷ yöntemle, dürüstlük kuralı gereği yardımcı kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki hukuki ilişkinin güven ortamına dahil edildiğinin kabul edilmesi ve “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” kurumu ile yardımcı kişinin de söz konusu sorumsuzluk kaydından yararlanabilmesi sağlanmaktadır. Örneğin⁶⁸⁸ Alman Federal Mahkemesi bir kararında, alacaklı ve borçlu arasındaki taşıma sözleşmesine bağlı olarak borçlunun yardımcı kişilerinden sorumlu tutulamayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının varlığını dikkate almış ancak söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının “üçüncü kişi (yardımcı kişi) lehine” bir

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 900; Erten, s. 191; Akyol, Ş.: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, s. 51-52.

Her ne kadar çalışmamız kapsamında iki karşıt görüş ele alınmış olsa da bu görüşler arasında kalan bir başka görüşün daha varlığına dikkat çekilmelidir. Bu görüş, yardımcı kişinin borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasından yararlanıp yararlanmayacağını belirlerken, borçlu ile alacaklı arasındaki yardımcı kişiden sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin sözleşmenin hafif kusura mı yoksa ağır kusura mı ilişkin olduğuna göre yardımcı kişinin bu sözleşmeden yararlanıp yararlanmayacağını belirlemektedir. Bu görüşe göre, yardımcı kişi, borçlu ile alacaklı arasındaki ‘borçlunun yardımcı kişinin ağır kusurundan sorumlu tutulmayacağına’ ilişkin sözleşmeden yararlanamazken, ‘borçlunun yardımcı kişinin hafif kusurundan sorumlu tutulamayacağına ilişkin’ sorumsuzluk sözleşmesine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir (bkz. Feyzioğlu s. 217-218).

⁶⁸⁵ Söz konusu teorilerden en yaygın olan ikisi “*üçüncü kişi yararına sorumsuzluk anlaşması*” ve “*yardımcı kişi yararına sosyal düşüncelerle kanun boşluğunun doldurulması*” başlıkları altında (detaylı bilgi için bkz.) Başalp (Sorumsuzluk), s. 168 vd.’da ele alınmaktadır.

⁶⁸⁶ Yardımcı kişi yararına sorumsuzluk anlaşması’nın varlığı görüşüne ve bu görüşü savunanlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 169 vd.

⁶⁸⁷ Alman Hukukunda baskın olmasına ilişkin bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 159; Akünal, s. 235; Erten, s. 192; Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 81; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 243, dn. 65.

⁶⁸⁸ Söz konusu örnek için bkz. Akünal, s. 235-236.

sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini de işaret ederek alacaklının yardımcı kişiye karşı haksız fiil hükümleriyle başvurabilmesinin önünü kapatmıştır. Alman Federal Mahkemesi'nin diğer bir kararına konu olan olayda⁶⁸⁹, borçlu donatan, taşıma sözleşmesi kapsamında yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olmayacağı konusunda alacaklı ile anlaşmış ancak sonradan kaptanın taşınan yükü yanlış yerleştirmesi sonucu gemi batmıştır. Sorumsuzluk anlaşması sebebiyle taşınan eşyaları zarar gören alacaklı donatana başvuramamış, kaptanın haksız fiil sorumluluğuna başvurmayı istemiş ancak söz konusu talep mahkemece reddedilmiştir. Çünkü mahkemeye göre, borçlu ile alacaklı arasında yer alan sorumsuzluk anlaşması, kaptanı da kapsar ve üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığını kabul etmek gerekir. Dahası, bir diğer karardaysa⁶⁹⁰, yolcu ile taksi işletmesi arasındaki sorumsuzluk anlaşmasına sürücünün de dayanabileceğinin altını çizmiş ve yardımcı kişi sıfatına haiz sürücünün de sorumluluğuna gidilememiştir. Alman Federal Mahkemesi benzer şekilde bir kararında⁶⁹¹ da alacaklı ile bekçilik firması arasındaki firmanın yardımcı kişilerinin davranışlarından sorumsuz olacağına ilişkin anlaşmanın, yardımcı kişi sıfatını haiz bekçi tarafından da ileri sürülebileceğini kabul ederek, söz konusu bekçinin ihmali sonucu depoda muhafaza edilen malların yanmasından doğan zarardan haksız fiil hükümleri kapsamında sorumlu tutulabilmesinin önüne geçmiştir. Dahası, 1961 tarihli bir diğer karardaysa⁶⁹², saklama sözleşmesi konusu malların tutulduğu depoda, çalışanın ihmali davranışı sonucu yangın çıkmış ve malları zarar gören alacaklı (arasında sorumsuzluk anlaşması bulunan borçluya başvuramamış), çalışanın haksız

⁶⁸⁹ Davanın alıntılıandığı eser Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 81.

⁶⁹⁰ Akünal, s. 236.

⁶⁹¹ Söz konusu kararlar için bkz. Akünal, s. 236 ve Erten, s.192.

⁶⁹² Davanın alıntılıandığı eser Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 82.

fiil sorumluluğuna dayanarak zararını tazmin etmek istemiştir. Bu kararda mahkeme, üçüncü kişi (somut olayda işçi) yararına sözleşme kurumundan hareket etmese de işverenin işçisini koruma yükümlülüğünü baz alarak borçlunun aksini açıkça gösteren bir emare olmadıkça sorumsuzluk anlaşması ile işçisini korumak istediğini ve işçinin de anlaşma kapsamında kabul edilmesi gerektiğini benimsemiştir. Akünal belirtmektedir ki alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının yardımcı kişinin de lehine yorumlanması ile birlikte, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme⁶⁹³ kavramının bir tipi olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sorumsuzluk anlaşması (*Haftungsausschluss mit Wirkung für Dritte*) gündeme gelmekte ve bu görüşün benimsenmesiyle nisbîlik prensibinin aşıldığı açıkça gözükmemektedir.⁶⁹⁴ Gerçekten de bu görüşün benimsenmesi ile, üçüncü kişi lehine sorumsuzluk anlaşması, sözleşme ilişkisinin sadece ilişkinin tarafları arasında sonuç doğuracağını ileri süren nisbîlik prensibini aşmakta ve yardımcı kişinin de taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmasını ileri sürebilmesini, dahası, bu yolla sorumluluktan kaçınmasını sağlamaktadır. Esasen bu görüş Türk hukukuna tamamen yabancı bir görüş olmadığı gibi, “üçüncü şahsı koruyucu etkili sorumluluktan kurtulma sözleşmesi” olarak da nitelendirilmiş ve temeli tamamen dürüstlük kuralına, borçlunun yardımcı kişisini koruma yükümlülüğüne dayanarak alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasından yardımcısının da yararlanmasını sağlayan hukuki bir kurum olarak işaret edilmiştir.⁶⁹⁵

⁶⁹³ ki en öz tanımlamasıyla dürüstlük kuralının devreye girmesiyle bireye sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen borca aykırılık hükümlerine dayanarak talepte bulunabilme şansı sağlayan, bu yönüyle de nisbîlik ilkesinin bir istisnasını teşkil eden kurumdur.

⁶⁹⁴ Akünal, s. 236.

⁶⁹⁵ Akyol, s. 51-52.

Ancak yardımcı kişi yararına sorumsuzluk anlaşması bulunduğunu benimseyen görüş, tarafların ne gerçek ne farazi iradeleri yardımcı kişiyi sorumsuz tutmak hususunda uyuşmuşken ortada yardımcı kişi lehine bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığından bahsedebilmenin mümkün olmadığı yönüyle eleştirilmektedir.⁶⁹⁶ Son derece makul gözükken bu eleştiri karşısında, yardımcı kişinin sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabilmesi adına ileri sürülen ikinci görüş, yardımcı kişinin yararına kanun boşluğunun doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanun boşluğunun varlığını ve doldurulması gerektiğini kabul eden bu görüşe⁶⁹⁷ göre, hakim MK 1/II çerçevesinde söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının yardımcı kişiyi de kapsadığı sonucuyla kanun boşluğunu doldurabilmesi mümkündür. Hakimin yardımcı kişinin de söz konusu sorumsuzluk anlaşmasından yararlanması anlayışını benimseyerek kanun boşluğunu doldurması gerektiğini ileri sürülen düşüncenin temeli sosyal adalet anlayışıdır. Doktrinde çok sayıda isim, sosyal adalet anlayışını baz alarak güçlü borçlunun sorumlu tutulamadığı zarardan ona kıyasla çok daha güçsüz konumda olan yardımcı kişinin de sorumlu tutulamaması gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁹⁸ Nitekim Serozan, sorumsuzluk anlaşmasının yardımcı kişiyi kapsayacak derecede geniş değerlendirilebileceği fikrine sıcak bakmakta ancak bu fikre ulaşırken “üçüncü kişi yararına koruyucu sözleşme” gerekçesini benimsememekte, kanunun amacından

⁶⁹⁶ Söz konusu eleştiri için bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 169. Ancak söz konusu eleştiriye cevap olarak; alacaklının farazi iradesinden hareket ederek de yardımcı kişinin sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabileceği sonucuna ulaşan görüşe değinmekte fayda vardır. Zira Akman’a göre, sorumsuzluk anlaşmasının tarafı alacaklının, borçluya başvurma yolundan feragat etmeyi göze alması karşısında zararını yardımcı kişiden temin etme düşüncesine evleviyetle sahip olmayacağı öngörüsüne göre (tarafların iradesi yorumlanarak) yardımcı kişinin de sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabileceği sonucuna varılabilir (bkz. Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 84).

⁶⁹⁷ Yardımcı kişi yararına sosyal düşüncelerle kanun boşluğunun doldurulmasına ilişkin görüş için bkz. Başalp (Sorumsuzluk), s. 172.

⁶⁹⁸ Akman (Sorumsuzluk Anlaşması), s. 81; Serozan (Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi), s. 121, dn. 34. Karşıt görüş için ise bkz. Akyol, s. 51-52.

ve ruhundan hareket ederek ekonomik açıdan güçlü olan borçlu sorumsuz tutulurken ona kıyasla son derece güçsüz durumda olan yardımcı kişinin sorumlu tutulacak olmasının kabul edilemez bir sonuç doğuracağını belirterek bu boşluğu doldurmaktadır.⁶⁹⁹ Erten'in de katıldığı görüş gereği, borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının yardımcı kişinin de yararlanabileceği şekilde geniş düşünülmesi son derece yerindedir. Zira, aksinin düşünülmesi, borçlunun yardımcı kişinin borçludan daha fazla sorumlu olması gibi hakkaniyetle bağdaşmayan bir sonuç doğuracaktır.⁷⁰⁰ Bir diğer anlatımla, sosyal ve ekonomik düzeyde çok daha güçlü olan patronun sorumlu tutulamadığı bir somut olayda yardımcısının sorumlu tutulacak olması, sosyal adalet ve eşitlik düşüncesine uymamakta ve çözüm olarak akdedilen sorumsuzluk anlaşmasının yardımcı kişiyi de kapsadığı kabul edilmektedir.⁷⁰¹ Dahası, işçi yararına yorum⁷⁰² ilkesini benimseyen iş hukukunun genel yaklaşımı da dikkate alındığında, iktisadi bakımdan zayıf yardımcı kişiyi tazminatla yükümlü kabul ederken konumu ve kazancı itibarıyla kat be kat güçlü olan borçluyu sorumluluktan kurtarmak fikri, “işçi lehine yorum” prensibiyle uzaktan yakından bağdaşmamaktadır.⁷⁰³ Tüm bu sebepler birlikte ele alındığında, sosyo-ekonomik açıdan borçluya kıyasla oldukça güçsüz olan yardımcının da sorumlu tutulmaması sosyal devlet ilkesine daha uygun gözükmektedir.

Baskın olmayan görüşü destekleyen bir diğer fikir de çevre teorisidir. İlk olarak ikinci dünya savaşı başlarında Alman İmparatorluk İş mahkemesi tarafından ortaya

⁶⁹⁹ Serozan (Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi), s. 108-130.

⁷⁰⁰ Erten, s. 192-193.

⁷⁰¹ Serozan (Genel Hükümler), s. 293.

⁷⁰² Özellikle de ifa yardımcısı sıfatına sahip kitlenin, Yargıtay kararları da dikkate alındığında, işçi sınıfı olarak karşımıza çıkabilme ihtimalinin yüksek olduğu dikkate alınır.

⁷⁰³ Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 84.

çıkarıldığı ve sonra Alman hukukunda derin yer bulduğu işaret edilen çevre teorisine (*Spharentheorie*) göre, işverenin kendi çıkarları amacıyla kullandığı çalışanın kusurla meydana getirdiği bir zarar dahi olsa, söz konusu çalışan işverenin yararına kullanıldığından doğan zarar işletme faaliyeti kapsamında değerlendirilmeli ve doğrudan işverenin sorumluluğu doğmalıdır.⁷⁰⁴ Böylece işverenin menfaatine yapılan bir işte, çalışanların emeğinden kaynaklanan bir zarar doğmuşsa ve söz konusu zarar da işletmenin faaliyet sahası ile ilgiliyse, zarar işçiden çok işverenin çevresine dahil sayılmalı ve zararlı sonuçlara işveren katlanmalıdır. Söz konusu teori de dikkate alındığında, borçlu işveren her ne kadar sorumsuzluk anlaşması yapmış olsa da doğan zararı (yardımcı kişi) işçiden çok işverenin çevresinde kabul etmek ve yardımcı kişinin de evleviyetle sorumlu tutulmaması gerektiği sonucuna varabilmek mümkündür.

Yardımcı kişinin (borçlu ile alacalı arasındaki) sorumsuzluk anlaşmasından yararlanamadığı düşünüldüğünde, ortaya çıkabilecek bir senaryoya da dikkat çekmekte fayda vardır. Alacaklının zararını yardımcı kişiden talep ve tazmin etmesi üzerine, (somut olayın şartları da el veriyorsa) yardımcı kişinin karşıladığı zararı kusuru oranında borçluya rücu etmesi halinde, borçlu da söz konusu zararı tazmin etmiş olacak ve borçlunun daha en başta alacaklı ile yaptığı sorumsuzluk anlaşması (borçlunun zararın doğmasında kusurlu olması ihtimalinde) hiçbir anlam ifade etmez hale gelecektir.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Çevre teorisi hakkında bkz. Akman, S.: *Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu*, İÜHFM 1976, C. 42, S. 1-4, s. 423-436 (İşçinin Sorumluluğu).

⁷⁰⁵ Başalp (Sorumluluk), s. 160.

Yardımcı kişinin alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabilecek olması düşüncesinin sosyal adalet anlayışı ile uyum sağlaması ve aksinin düşünülmesinin oluşturabileceği adalete (somut olayda hakkaniyete) aykırılık, bizim de baskın olmayan görüş tarafında yer almamız sonucunu doğurmuştur. Bu sonuca ulaşmak adına ilerlenen yolun çatallaştığı (yardımcı kişi yararına sözleşme görüşünün mü yoksa kanun boşluğunun doldurulması görüşünün mü benimseneceği ikileminin yaşandığı) noktada, (borçlu ve alacaklının ne gerçek ne de farazi iradelerinin yardımcı kişinin söz konusu sorumsuzluk anlaşmasından yararlanmasına yönelmediği dikkate alınarak yardımcı kişi lehine bir sözleşmeden bahsetmektense) kanun boşluğunun normun koruma amacı ışığında doldurulması yaklaşımı tarafımızca benimsenmektedir. Ancak her ne kadar yardımcı kişinin borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabileceği sonucuna varılacak olsa da söz konusu yaralanmanın sınırlarının TBK 115 kapsamında dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır.

III. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN

DEĞERLENDİRME

Borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğu (TBK 116) hakkında Türk Hukuku açısından temel eserlerden monografilere, makalelerden tebliğlere, Yargıtay kararlarından mütalaalara doktrinde yer alan baskın yaklaşım bir bütün halinde ele alınırsa, sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmenin “kusursuz

sorumluluk’’ merkezinde kenetlendiği ve konunun bu kapsamda ele alındığı görülür. Bu sebeptendir ki biz de çalışmamız boyunca “kusursuz sorumluluk’’ fikrinden hareket etmekte, sorumluluğun öngörülmesinin nedenlerinden tutun da hüküm ve sonuçlarına kadar bir kusursuz sorumluluktan bahsetmekte ve dahası, yeri geldikçe açık bir şekilde “kusursuz sorumluluk’’ nitelendirmesini kullanmaktayız. Ancak bir yandan da “Sorumluluğun gerçekten saf / duru / katı bir kusursuz sorumluluk olduğundan bahsedebilir miyiz?’’ noktasında içten içe yaşadığımız tereddüdü kaleme alabilmek için “sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme’’ başlığı altındayız.

Hukukumuzdaki sistematik yapı dikkate alınır ve kusursuz sorumluluk halleri açısından bir görünüm yaratılırsa: Aslolan fikir kusur sorumluluğuyken, hayatın olağan akışı, hakkaniyet duygusu, çağın gerekleri vb. etmenler, sorumluluğun doğabilmesi açısından kusur unsurunun aranmasının her zaman hukukun asıl amacı olan adalete hizmet etmeyeceğini, bu sebeple kusur unsurunun aranmadığı sorumluluk tiplerinin de kabul edilmesi gerektiği inancını doğurmuştur.

Kusursuz sorumluluk tiplerine duyulan bu ihtiyaç, dikkat ve özen ilkesi, hakkaniyet ilkesi, tehlike ilkesi başta olmak üzere çeşitli düşünsel dayanaklara oturtularak düzenlenmiş, sorumluluk tipini ele alan normun amacına göre kurtuluş kanıtı getirilebilen ya da getirilemeyen çeşitli kusursuz sorumluluk halleri mevzuatımızda vücut bulmuştur. Öyle ki kusursuz sorumluluğun istisnai yapısı, bu sorumluluğun kapsamının dar yorumlanması düşüncesini desteklemiş ve böylece kusursuz sorumluluk halleri sadece kanunla belirlenen tiplerle sınırlı şekilde kabul edilmiştir.

Takdir edilecektir ki kusursuz sorumluluk hallerinin her biri açısından

aranacak olan şartları tek tek ortaya koyabilmek hem çalışmamızın konusunun çok ötesinde hem de başlı başına bir monografi konusu olarak ele alabilmenin dahi son derece zor olacağı genişlikte bir husustur. Ancak salt kusursuz sorumluluk halleri açısından gözümüz kapalı şekilde şu ortak noktada buluşuruz: Adından da anlaşıldığı üzere kusursuz sorumluluk tiplerinin tamamında kusur şartı aranmaz. Bu elbette ki sugötürmez bir gerçektir.

Sorumlunun kusurunun içeriğine baktığımızdaysa bunun gerçek kusur ve farazi kusur olmak üzere iki görünümünün bulunduğu ayırdına varmak gerekir. Kusursuz sorumluluk modelleri ele alındığında, sorumlunun gerçek kusurunun aranmayacağı zaten çok açıktır ancak farazi kusurunun da aranmadığı açıkça tespit edilecektir. Birkaç modelle açıklarsak: Adam çalıştıranın sorumluluğunun (TBK 66) doğması için “çalışanın zararı doğuran davranışını adam çalıştıran yapmış olsaydı kusurlu sayılır mıydı?” araştırmasına girilerek istihdam edenin farazi kusuru aranmaz. Hayvan bulunduranın sorumluluğu açısından da işin doğası gereği zaten borçlunun farazi kusuru aranmaz, zira “Bulundurulan hayvanın davranışını hayvan bulunduran yapmış olsaydı...” şeklinde bir araştırmayla bir hayvanın davranışını insana yükleyebilmek zaten imkansız ve mantık sınırlarının dışındadır. Yapı malinin sorumluluğunda (TBK 69), yapı malikinin farazi kusuru yine sorumluluğun şartı değildir. Dahası, zaten zarar bir yapı eserinin yapımında ya da bakımında bir ayıptan doğduğundan davranışları borçluya isnat edilerek borçlunun farazi kusurundan bahsedilebilecek biri söz konusu değildir. Daha da fazlası, ayırt etme gücüne sahip olmayanların hakkaniyet sorumluluğunda (TBK 65), ev başkanının sorumluluğunda (TMK 335), taşınmaz sahibinin kusursuz sorumluluğunda (TMK 730), tehlike sorumluluğunda (TBK 71), motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğunda (2918

sayılı Karayolları Trafik Kanunu) da farazi kusur unsuru aranmaz. Böylece sayılan kusursuz sorumluluk modellerinde sorumlunun, hem gerçek hem farazi kusurunun aranmıyor olmasıyla sorumluluk, sübjektif bir unsur olan kusur unsurundan tamamen uzaklaştırılır ve objektif bir yapıya bürünür. Bu sebeptir ki kusursuz sorumluluk halleri “objektif sorumluluk” kavramı ile de dile getirilir. Peki yardımcının fiillerinden sorumluluk kurumunda da kusur unsurundan bu derece uzaklaşıldığını söyleyebilir miyiz?

Öncelikle TBK 116 kapsamında baskın görüş olan “borçlunun farazi kusurunun aranacağı” düşüncesine katıldığımızın altını çizmek gerekir.⁷⁰⁶ Bu noktada, “yardımcı kişinin davranışını borçlu yerine getirmiş olsaydı kusurlu sayılabilir miydi?” sorusuna cevap aranacak ve borçlunun farazi kusuru araştırılacaktır. TBK’da yer alan diğer kusursuz sorumluluk modellerine baktığımızda, farazi kusurun aranması açısından TBK 116’nın kendine özgü bir sorumluluk modeli olduğunu görürüz. Bu durumda tüm diğer sorumluluk modellerinde ne gerçek ne de farazi kusur aranmıyor olması gönül rahatlığıyla ortada bir kusursuz sorumluluğun bulunduğundan bahsedebilmemizi sağlarken, TBK 116’dan sorumluluğun doğması için diğer kusursuz sorumluluk modellerinden ciddi ölçüde farklılık yaratan farazi kusurun aranacak olması gerçeği göz ardı mı edilmelidir?

Elbette ki borçlunun yardımcısının fiilinden sorumluluğunun doğması için gerçek kusuru aranmaz. Bu durumda kusur sorumluluğundan uzakta, kusursuz

⁷⁰⁶ Diğer görüşlerden birini tercih ediyor olsaydık, sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarımız da farklılık gösterecekti. Öncelikle, eğer ki TBK 116’dan sorumluluğun doğması için yardımcı kişinin gerçek kusurunun arandığı bir görüşü benimsemiş olsaydık sorumluluğun niteliğine ilişkin başkasının kusurlu fiilinden sorumluluk görüşüne yakın olurduk. Ancak borçlunun ya da yardımcı kişinin gerçek veya farazi kusurunu aramayan görüşü benimsiyor olsaydık da salt bir kusursuz sorumluluk halinden bahsediyor olurduk.

sorumluluğa yakın bir noktada duruyor olsak da farazi kusurun aranıyor olması ile birlikte, farazi de olsa bir kusur araştırmasına girilmekte, yardımcının davranışı adeta bir elbise gibi borçlunun üzerine giydirilerek “acaba söz konusu davranışı borçlu yerine getirmiş olsaydı kusurlu sayılır mıydı?” araştırması yapılmakta ve bu araştırma ile birlikte az da olsa kusur sorumluluğuna yaklaşılmaktadır. Bu nedenle de ne tam anlamıyla siyah alanda kalarak salt kusursuz sorumluluktan bahsedebilmekte ne de beyaz alanda durarak salt bir kusur sorumluluğunun varlığına işaret edebilmekteyiz. Bir çıkış kapısı bulabilmek ve gri bir alanı işaret edebilmek adına “*sui generis*” nitelendirmesinden yararlanabilmenin mümkün olduğu inancındayız. Zira, sorumluluğun salt kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesi halinde, farazi kusur araştırması yapılıyor olmasının diğer kusursuz sorumluluk modellerine kıyasla yarattığı bu farklılık ve farazi de olsa bir kusur araştırılması yapılacak olması gerçeği tamamen göz ardı edilmiş olacaktır. Kusur sorumluluğu diyebilmekse elbette ki mümkün değildir zira aranan gerçek bir kusur değil bir kusur faraziyesidir. Öyleyse sorumluluğun hukuki niteliğinin kusurun aranması açısından *sui generis* bir yapı arz ettiğinden bahsederek TBK 116’nın düzenlediği sorumluluk modelinin diğer salt kusursuz sorumluluk modellerine kıyasla farazi kusurun aranması yoluyla yarattığı uçurum daha belirgin hale gelebilecek ve sorumluluğun yer aldığı gri alan (*sui generis* kusursuz sorumluluk olması) daha net bir şekilde işaret edilebilecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: SORUMLULUĞUN HÜKÜMLERİ

I. BORÇLUNUN TAZMİNAT SORUMLULUĞU ve KAPSAMI

A. Genel Olarak Tazminat Sorumluluğu

Muhatapla bir borç ilişkisine dahil olma iradesinin temelinde yatan sağlıklı düşüncelerden biri de elbette ki “Ben bu ilişkinin borçlu ya da alacaklı sıfatıyla bir tarafını temsil edersem, bana (mal veya şahıs varlığıma) zarar gelmeyecektir.” düşüncesidir. Öyle ki sağlıklı idrak edebilme yetisine sahip her insan, borç ilişkisine girerken karşı tarafça kendisine zarar verilmemesini arzu eder ve buna duyduğu güvenden hareketle iradesini ilişkinin bir parçası olmaya yöneltir. Tarafın zarara uğramayacağına ilişkin güveni boşa çıktığıdaysa bu zararın tazmin edilecek olması malumun ilamıdır. Zira, zarar görenin zararının tazmin edilmesi ilkesi, Roma Hukuku’ndan bu yana geçerli olan “kimseye zarar verme” (*neminem laedere*) prensibinden kaynaklanmakta, asıl olan kimseye zarar vermemek olsa da bu prensibi zarar doğduysa “zararın karşılanması” ilkesi takip etmektedir. Bu sebeptendir ki sorumluluğun doğması açısından aranan genel ve özel şartların gerçekleşmesi halinde, borçlunun TBK 116 kapsamında yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararı (sanki borca aykırılığı meydana getiren bizzat borçluymuşçasına) tazmin etme sorumluluğu doğar.

Borçlunun tazmin edeceği zarar açısından bir ayırım yapılmaz zira borçlu maddi-manevi, doğrudan dolaylı, müspet-menfi, (hukukumuzda kabul edilen sınırlarıyla) normatif⁷⁰⁷ veya fiili-yoksun kalınan kardan doğan zararların tamamını

⁷⁰⁷ Türk-İsviçre hukukunda normatif zarar kaleminde yer alan her türlü zararın tazmininin mümkün olmadığı (kural olarak normatif zarar kavramının kabul görmediğinin) ancak istisnai olarak (i) ev zararları ve (ii) bakım zararlarının tazmin edilebileceğinin altını çizmek gerekir. Normatif zarar kavramının neden kabul edilmesi gerektiğine ilişkin sıklıkla işaret edilen ve hatta kürsü örneği haline geldiğini ifade edebileceğimiz (Oğuzman/Öz’ün (Genel Hükümler II) eserinde de mevcut olan) örnekte,

tazmin etme borcu altındadır.⁷⁰⁸ Maddi zarar karşımıza fiili zarar olarak çıkabileceği gibi, yoksun kalınan kar olarak da görülebilir. Fiili zarar, mevcut malvarlığının pasifinde artış ya da aktifinde azalışken mahrum kalınan kar ise malvarlığında gerçekleşmesi planlanan artıştan mahrumiyettir.⁷⁰⁹ Yardımcı kişiden sorumluluk kapsamında manevi zararların da tazmini mümkündür.⁷¹⁰ Dahası, doğrudan – dolaylı – yansıma zarar ayrımı da yardımcı kişiden sorumluluk kurumu açısından karşımıza çıkar. Doğrudan zarar, ek bir olguya ihtiyaç duymaksızın doğrudan doğruya zararı doğuran fiille doğan zararken dolaylı zarar, doğrudan zarara bağlı olarak meydana gelen ve dolaylı olarak karşımıza çıkan zarardır. Yansıma zarar ise, kural olarak zarar görenin değil ancak zarar görenin gördüğü zararla bağlantılı olarak bir üçüncü kişinin gördüğü zarardır. Yardımcı kişinin davranışı doğrudan alacaklıya zarar vermiyor ama bir yansıma zarar doğuruyorsa, söz konusu zararın ancak bir kanun hükmünde veya

(diğer tüm koşullar sabit tutulmak üzere) aynı haksız fiil sonucu iki evin zarar görmesi halinde, evi zarar gören A'nın başka bir ev kiralayarak kira bedelini maddi zarar kapsamında talep edebilecek olması ancak akrabasında kalan B'nin maddi zarar kapsamında bir talepte bulunamayacak olması halleri arasındaki adalet duygusuna zarar veren farklı sonuç işaret edilmekte ve B'nin de normatif zarar adı altında evini kullanmasından mahrum kalmasının yarattığı zararı tazmin edebileceği ileri sürülmektedir.

⁷⁰⁸ Sanlı, s. 505; Eren (Genel Hükümler), s. 1083; Yünlü, s. 330; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 222–223.

⁷⁰⁹ Hem fiili zarar hem de mahrum kalınan kar aynı zamanda olumlu (müspet) ya da olumsuz (menfi) zarar olarak da kendini gösterebilir. Olumlu (müspet) zarar, borç gerektiği gibi ifa edilmiş olsaydı alacaklının malvarlığının bulunacağı durum ile sırf gereği gibi ifa edilmediği için şu an bulunduğu durum arasındaki farkken, olumsuz (menfi) zarar, sözleşmenin ya hiç kurulamamasından ya da geçersiz olarak kurulmasından doğan zararları ifade etmektedir.

⁷¹⁰ Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 53 II 419 künyeli bir kararında, doktorun asistanının röntgen cihazı ile bir uygulaması sonucunda ağır bir acı hissedecek şekilde yaralanan ve yüzünde deformasyonlar yaşayan hastanın manevi zararının varlığını kabul etmiş ve doktorun yardımcı kişinin fiilinin doğurduğu manevi zararı tazmin yükümlülüğüne de hükmetmiştir (bkz. Yünlü, s. 302-303). Yargıtay'ın çok benzer bir kararındaysa, hemşire tarafından yapılan enjeksiyonun hastada oluşturduğu manevi zarar dolayısıyla yardımcı kişiden yararlanan konumundaki doktorun manevi tazminat yükümlülüğüne hükmedilmiştir (bkz. Yarg. 13. HD, T. 22.05.2003, E. 2003/2333, K. 2003/6348 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.04.2019). TBK 116'nın uygulama alanı kapsamında manevi tazminat taleplerinin yer bulduğu diğer örnekler için bkz. Yarg. 3. HD, T. 10.03.2015, E. 2014/8622, K. 2015/3846 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 13. HD, T. 10.11.2014, E. 2014/11068, K. 2014/34992 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 26.05.2003, E. 2002/13104, K. 2003/5525 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019).

tarafklar arasındaki sözleşmede talep edilebileceği belirtiliyorsa tazmin edilebileceğini belirtmek gerekir.⁷¹¹ Zira, yansıma zararların tazmin edilebilmesi için bir kanun hükmü ile desteklenmesi ya da tarafların bu konuda anlaşmış olması gerekir.

TBK 116'dan doğan sorumluluk, yardımcı kişinin borç ilişkisinden doğan bir hakkı borca aykırı olarak kullanmasından ya da ifayı hiç veya gerektiği gibi yerine getir(e)memesinden doğduğu için temelde "*borca aykırılık*" teşkil eder. Ancak, TBK 116'dan doğacak olan sorumluluğun borca aykırılık niteliğinde kabul edilmesinin asıl pratik sonucu, TBK 114'ün dikkate alınması geređidir⁷¹². TBK 114/II'de kaleme alınan "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*" hükmü⁷¹³, yardımcı kişiden sorumluluk kapsamında da dikkate alınacak ve tazminat borcuna ilişkin TBK 50 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Borçlunun tazminat sorumluluğu, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir. Hukukumuzda geçerli olan genel kural gereği tazminat miktarı, zarara uğrayanı zenginleştirici şekilde tayin edilemez ve zarar miktarı hükmedilecek olan tazminatın üst sınırındır.⁷¹⁴ Hakimin somut olay kapsamında

⁷¹¹ Antalya (Genel Hükümler Cilt III), s. 313.

⁷¹² Ancak TBK 114'ün yardımcı kişiden sorumluluğu düzenleyen TBK 116'dan önce (sistematiğ açıdan 116'yı kapsamayacağını düşündürebilecek bir konumda) ve "*II. Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı*" ana başlığı altında "*I. Genel Olarak*" alt başlığıyla düzenlenmiş olması, doktrin tarafından kanun koyucunun acaba yardımcının fiilinden sorumluluk kurumunun kapsamını özel bir hükümle mi düzenlemek istediğine ilişkin tartışmalara zemin hazırlamıştır. Fikrimizce bu sonuca ulaşılmasını gerektiren bir sebep işaret edilemediğinden, yardımcı kişiden sorumluluk kurumu da sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamının genel olarak düzenlendiği TBK 114. maddesi kapsamında kabul edilmelidir (Aynı yönde bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 224; Korur, s. 75; Yağcı, s. 183). Dahası, TBK 52/I'in borca aykırılık kapsamında da uygulanabilmesini sağlayan bizzat TBK'nın 114. maddesidir (bkz. Altınok Ormancı, s. 10).

⁷¹³ Eski kanun döneminde haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlayan pozitif düzenleme, eBK 98/II'de yer alan "*Haksız fiillerden mütevellit mes'uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.*" düzenlemesiydi.

⁷¹⁴ Aral, s. 186; Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 63; Deschenaux/Tercier s. 216-217.

sorumluluğu hafifleten⁷¹⁵ ya da ağırlaştırıcı sebepleri de değerlendirmesi ve tazminat miktarına bu değerlendirmeler ışığında karar vermesi gerekir.⁷¹⁶ TBK 52’de açıkça düzenlendiği üzere, tazminat miktarının indirilmesini gerektirecek, zarar görenin rızası, zararın doğmasında ya da artmasında etkisi⁷¹⁷ ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştıracak bir davranışı varsa, hakim bunu tazminattan indirim sebebi olarak kabul edebileceği gibi, doğrudan tazminat talebini kabul de etmeyebilir. Dahası (TBK 52/II) gereği, tazminat yükümlüsünün tazminat bedelini ödemesi halinde yoksulluğa düşmesi söz konusuysa ve hakkaniyet gerektiriyorsa hakim tazminat miktarını indirebileceği gibi hiç tazminata hükmetmeyebilir.

Zarar görenin davranışı da zararın ortaya çıkmasında veya artmasında etkili olmuşsa tazminatın indirilmesi veya hiç tazminata hükmedilmemesi açısından etkili olacaktır. Zarar gören alacaklının zararın ortaya çıkmasında etkili olan davranışı kasti bir davranış olabileceği gibi (ağır veya hafif) ihmalden kaynaklanan bir davranış da olabilir. Zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmaması halindeyse zararı arttıran davranışı kusurlu nitelendirilemez ancak hakkaniyet gerektiriyorsa tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.⁷¹⁸ Sadece zarar görenin kendi davranışı değil, yardımcı kişinin davranışı zararın doğmasına veya artmasına sebep oluyorsa, bu da

⁷¹⁵ Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu açısından tazminattan indirim sebepleri, borçlunun hafif farazi kusuru, zarar görenin kendi kusuru, zarar görenin yardımcısının zararı arttıran bir davranışı, zarar veren borçlunun ekonomik sıkıntıda olması, zararın artmasına zarar görenin özel durumunun sebep olması, uzak illiyet bağı, zarar görenin gelirinin-maddi durumunun çok iyi olması, zarar veren borçlunun zararı önlemek adına ciddi önlemler alması, görülen işte zarar veren borçlunun menfaatinin hiç olmaması (işin hatır için yapılıyor olması) veya çok az olması olarak örneklendirilebilir.

⁷¹⁶ Tazminat miktarında hakimın takdir yetkisi için bkz. Aral, s. 187; Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 48-63.

⁷¹⁷ Kanun maddesinde geçen “zararın artmasında etkisi” ifadesinin zararı azaltma külfetine işaret etmesi hususunda bkz. Altınok Ormancı, s.10.

⁷¹⁸ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 228-229.

tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.⁷¹⁹ Örneğin⁷²⁰, dava konusu olayda, iş sahibinin sağlayacağı bir plan kapsamında taban döşemelerinin yerleştirileceği bir inşaat işinde, söz konusu planı inşaat sahibinin yardımcı kişisi mimarın hatalı şekilde hazırlaması sonucu zarar doğmuş ve yardımcı kişisi olan mimarın kusuru iş sahibinin aleyhine tazminat miktarının indirilmesi sonucunu doğurmuştur. Ancak fikrimizce, alacaklının zararı önlemek ya da büyümesine engel olmak amacıyla dikkat ve özenle seçtiği bir üçüncü kişiye (yardımcı kişiye) başvurması fakat zararın büyümesi halinde, bu durum alacaklının yardımcı kişinin zararın doğmasına ya da artmasına sebep olması kapsamında değerlendirilerek tazminattan indirim sebebi kabul edilmemelidir.⁷²¹ Zira, zararın artmasını önleme külfetini yerine getiren zarar gören, bu davranışının olumsuz sonuçlarına ancak ve ancak başvurduğu üçüncü kişiyi seçmekte kusurlu olması halinde katlanmalıdır.

Tazminatın kapsamı belirlenirken somut olayın içeriğindeki her olgu, hakim tarafından ayrıca değerlendirilecek ve hakimin takdir yetkisi (TMK 4) gündeme gelecektir. Örneğin, ilişkinin taraflarına yabancı dış olguların zararı arttırması, borçlunun menfaatinin az/çok olması ya da hiç olmaması gibi somut olayın barındırdığı etmenler de tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Örneğin, borçlunun yardımcı kişinin seçiminde esasen alacaklı da rol oynuyorsa ve alacaklının yardımcı kişiyi seçmesi ile zarar arasında bir bağlantı varsa, söz konusu husus da hakim tarafından TBK 52 kapsamında tazminattan indirim sebebi olarak ele alınabilir.

Tazminat miktarının tespitinde bir diğer dikkat edilmesi gereken ilke “zarar

⁷¹⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 229.

⁷²⁰ Karar (BGE 95 II 43 (53)) için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 229-230.

⁷²¹ Aynı görüşte Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 233; Yağcı, s. 149.

görenin faydasının tazminat miktarından indirilmesi” ilkesidir. Gerçekten de alacaklının zarar görmesinin yanında aynı zamanda bu zarardan bir fayda elde etmesi de söz konusu olabilir ve bu faydanın tazminat miktarından indirilmesi gerekir.

Zarar görenin daha büyük zararları engellemek adına yardımcı kişinin fiilinden zarar görmemiş olan malvarlığı değerlerine zarar vermesi (örneğin, yardımcı kişinin davranışı sonucu gerçekleşen trafik kazasında yanmakta olan arabadan kurtulabilmek adına bilgisayarı vasıtasıyla araba camını kırması) halinde, söz konusu malvarlığı değerine gelen zararlar da borçludan TBK 116 kapsamında talep edilebilir.⁷²²

Yardımcı kişinin davranışlarından doğan manevi zarar taleplerindeyse TBK 56 ve 58’de uygulama alanı bulacaktır. TBK 56 kapsamında bedensel bütünlüğün zedelenmesi sonucu talep edilecek manevi zarar (TBK 56/I) ve destekten yoksun kalma (56/II) taleplerinde hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak uygun miktarda tazminata hükmeder.⁷²³ Yardımcı kişinin fiil(ler)i nedeniyle kişilik hakları zarara uğrayan alacaklı, hakimden “manevi tazminat” adı altında bir ödeme talep edebilir (TBK 58/I) ancak TBK 58/II’den de anlaşıldığı üzere hakim bu paranın ödenmesine karar verebileceği gibi başka bir giderim biçimine de (kanun metninde belirtildiği üzere özellikle de saldırıyı kınayan bir karara ve bu kararın

⁷²² Yünlü, s. 355-356.

⁷²³ Tam da bu noktada bedensel zararlara ilişkin olarak TBK 75. maddesinde yer alan düzenlemeden bahsetmek gerekir. “II. Tazminat hükmünün değiştirilmesi” başlığını taşıyan TBK 75. maddesine göre: “Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.” Söz konusu düzenlemeyle kanun koyucu, kararın verildiği sırada tazminat miktarı doğru şekilde öngörülemez zararlarından doğabilecek olumsuzlukları önlemek ya da öngörülmüş olsa da gelecekte ağırlaşan bedensel zararı sebebiyle zarar görenin hakkaniyetsiz bir sonuçla karşılaşmasının önüne geçmek amacıyla, hâkimin tazminat hükmünü değiştirme şansını saklı tutmuş, ona bu hususta bir takdir yetkisi sağlamıştır. Bu hüküm elbette ki yardımcı kişinin fiilinin doğurduğu bedensel zararlardan borçlunun sorumluluğunda da uygulanır.

yayınlanmasına) hükmedebilir ya da bu giderim biçiminin maddi tazminat olarak ödenecek miktara eklenmesine karar verebilir.

Elbette ki yardımcı kişi tarafından uğranılan zararın miktarını ispat yükü zarar gören alacaklıdadır. İspat yükünün alacaklıya bırakılmış olması hem genel ispat kuralına (kim ki bir şeyi iddia etmektedir, onu ispatla mükelleftir) uygundur hem de Sanlı'nın da belirttiği üzere⁷²⁴ son derece mantıklıdır çünkü zarar gören alacaklı kendi mal ve şahıs varlığında meydana gelen zararı hem en iyi bilebilecek hem de en iyi ispat edebilecek kişi konumundadır. Ancak TBK 50. maddesinde kanun koyucu, meydana gelen zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim'e *“olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme”* ödevi vermiştir. Dahası, takip eden 51. maddede, hakimin *“tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak”* belirleyeceği açıkça kaleme alınmıştır. Bu kapsamda hakim her ne kadar zararın genellikle belirlediği miktarda parayla tazmin edilmesine karar verecekse de aynen tazmine, masrafları borçluya ait olmak üzere edimin kendisi ya da bir üçüncü kişi tarafından tazminine (TBK 113) de hükmedebilir.

Zararın tazminine ilişkin olarak altı çizilmesi gereken bir diğer nokta, kanun koyucunun borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunu TBK 116'da düzenlemiş olmasının, alacaklının başka kanun veya sözleşme hükümlerinden doğan taleplerini ileri sürme hakkını bertaraf etmediğidir. Örneğin alacaklı, yardımcı kişiye karşı haksız fiil hükümlerine başvurabildiği gibi, borçlu ile arasındaki sözleşmenin hükümlerinde özel bir düzenleme olması halinde söz konusu sözleşme hükmüne de

⁷²⁴ Bkz. Sanlı s. 139.

dayanabilir.

Her ne kadar sorumluluğun hüküm ve sonuçları ana başlığı altında tazminat sorumluluğu alt başlığını ele alsak da önemle belirtmek gerekir ki yardımcı kişinin davranışlarının doğurduğu sonuç her zaman bir zararın doğması ve bu zararın tazmini olmayabilir. Zira, yardımcı kişinin davranışı alacaklının sözleşmeyi feshetmesi ya da sözleşmeden dönmesi sonucunu⁷²⁵ da beraberinde getirebilir.⁷²⁶

Yardımcı kişinin fiilinden doğabilecek bir diğer sonuçsa, borcun yardımcı kişi tarafından gerektiği şekilde ifa edil(e)memesi halinde ilişkinin karşı tarafının TBK 97 uyarınca kendi borcunu ifadan kaçınabilmesi (ödemezlik def'i) ve hatta TBK 125 ve devamında düzenlenen borçlunun temerrüdünde seçimlik haklardan yararlanabilecek olmasıdır.⁷²⁷

Nihayet, TBK 116 kapsamında özel bir zamanaşımı süresi düzenlenmediğinden yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlara ilişkin alacaklar (TBK 146⁷²⁸ kapsamında) genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımına tabidir.⁷²⁹

⁷²⁵ Bu sonuçlara ilişkin olarak Yünlü tarafından yayın hakları kapsamında incelemeleri için bkz. Yünlü, s. 340 vd.

⁷²⁶ Bu hususa ilişkin Yarg. 13. HD, T. 01.10.2003, E. 2003/6181, K. 2003/10932 (Kazancı, Erişim Tarihi: 12.04.2019) künyeli kararı işaret edilebilir.

⁷²⁷ Yağcı s. 91; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 83-84.

⁷²⁸ TBK 146. maddesinde ‘‘On yıllık zamanaşımı’’ başlığını taşıyan düzenlemeye göre; ‘‘Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak 10 yıllık zamanaşımına tabidir.’’ Yardımcı kişiden sorumlulukta da kural zamanaşımı süresinin 10 yıl olmasıdır fakat kanun koyucu yardımcı kişinin doğurduğu borca aykırılığa ilişkin özel bir hükümle farklı bir süre öngördüyse söz konusu özel süre uygulama alanı bulacaktır.

⁷²⁹ Bu hususa ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK) için bkz. T. 18.01.1939, E. 1938/14, K. 1939/27 (30.05.1940 tarihli ve 4522 sayılı RG). TBK 116’dan doğan taleplerin 10 yıllık zamanaşımına tabi tutulduğu bazı kararlar: Yarg. 11. HD, T. 20.10.2015, E. 2014/14916, K. 2015/10779 (Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 3. HD, T. 10.03.2015, E. 2014/8622, K. 2015/3846

B. Borçlunun İfa Yardımcısının Fiillerinden Sorumluluğunda Kusur ve Kusurun Derecesinin Etkisi

Doktrinde baskın görüş her ne kadar TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğması için borçlunun farazi kusurunun aranacağı konusunda anlaşmış olsa da “Yardımcı kişinin ya da borçlunun kusurunun varlığı ve derecesi tazminat miktarının belirlenmesini etkiler mi? Etkilerse bu etkinin hukuk dünyasında doğurduğu sonuç nedir?” sorusunun cevabı ayrıca ele alınması gereken bir husustur. Baskın görüşe katılarak belirtmek gerekir ki kusur unsuruna ilişkin sadece borçlunun farazi kusurunu aradığımıza göre ne yardımcı kişinin ne borçlunun gerçek kusurunun var olup olmadığının sorumluluğun doğması açısından hiçbir önemi yoktur.⁷³⁰ Serozan TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için borçlunun veya yardımcı kişinin (gerçek) kusurunun aranmayacak olmasını “*bir an için bile gözden kaçırılmaması gereken nokta*” olarak nitelendirmektedir.⁷³¹

Borçlunun gerçek kusurunun aranmıyor olması elbette ki son derece açıktır, aksi takdirde bir kusur sorumluluğundan bahsediyor olurduk. Borçlu açısından aranan onun farazi kusuruyken, yardımcısının da kusurla hareket etmiş olması aranmaz. Zira, yardımcısının kusuru olmaksızın zarar doğurması halinde de borçlunun TBK 116.

(Kazancı, Erişim Tarihi: 21.04.2019); Yarg. 3. HD, T. 24.12.2014, E. 2014/8337, K. 2014/17159 (Kazancı, Erişim Tarihi: 18.04.2019).

⁷³⁰ Nomer (Genel Hükümler), s. 312; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 889; Serozan (Genel Hükümler), s. 286; Akıncı, s. 249; Kaneti (Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964), s. 214; Yavuz, C., s. 39; Ertaş (Sempozyum), s. 315; Akman (Sorumluluk Anlaşması), s. 74; Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s.80.

⁷³¹ Serozan bu görüşünü desteklemek üzere 27.3.1957 tarihli bir içtihadı birleştirme kararına (bkz. Resmi Gazete (RG) 9640) atıf yapmakta ve her ne kadar söz konusu kararda “adam kullanan” ifadesi yer alsada aslında yardımcı kişi kullanan açısından ele alınan bir karar olduğunun altını çizmektedir. Söz konusu kararda borçlunun ya da yardımcı kişinin kusurunun şart olmayacağı açıkça dile getirilmiştir (bkz. Serozan (Genel Hükümler), s. 286).

maddesi kapsamında sorumluluğu doğabilir. Örneğin;⁷³² yardımcı kişi ayırt etme gücünü ani olarak kaybetmesi sebebiyle kendisine kusur isnat edilemeyecek bir davranışla zararın doğmasına sebep olursa, borçlu diğer şartların da gerçekleşmiş olması halinde TBK 116. maddesi kapsamında sorumlu tutulacaktır. Kaldı ki doktrinde üzerinde durulan bir görüşe göre, yardımcı kişinin alacaklıya karşı hiçbir edim yükümlülüğü altında olmadığı (zira aralarında bir borç ilişkisi bulunmadığı ve hatta belki de hiç karşı karşıya gelmedikleri/gelmeyecekleri) gerçeği dikkate alınır, yardımcı kişinin alacaklıya karşı kusurlu olabilmesinin zor bir ihtimal olduğu işaret edilmektedir.⁷³³

Kusur'un aranmadığı sorumluluk tiplerinde sorumlunun kusurunun zararın doğumuna ya da ağırlaşmasına sebep olması halinde buna “*ek kusur (munzam kusur)*” adı verilir.⁷³⁴ Yardımcı kişiden sorumlulukta da her ne kadar (bizim de katıldığımız baskın görüş gereği) gerçek kusur aranmayacak olsa da mevcut kusur “ek kusur” olarak dikkate alınabilir.⁷³⁵ Bu kapsamda yardımcı kişinin kusurunun borçluya “munzam kusur” olarak izafe edileceğinden bahseden yazarlar da mevcuttur.⁷³⁶ Ek kusur, sorumluluğun artmasına sebep olduğu gibi sorumlunun illiyet bağıını kesen sebepleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasını ya da tazminatın indirilmesini engeller.⁷³⁷

⁷³² Örnek için bkz. Oğuzman/Öz (Genel Hükümler I), s. 436.

⁷³³ Serozan (Genel Hükümler), s. 286.

⁷³⁴ Narter, s. 90; Eren (Uygun İlliyet Bağı), s. 132.

⁷³⁵ Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 234; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 234.

⁷³⁶ Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 80 ve s. 119, dn. 287’de adı geçen yazarlar: Guhl, Merz, Koller, Oftinger, Stark, Deschenaux ve Tercier.

⁷³⁷ Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 234; Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 77; Yünlü, s. 275 ve 333; Eren (Uygun İlliyet Bağı), s. 132; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 234; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 592.

Dahası, zarar görenin gördüğü zararda, kendisinin ya da yardımcısının kusuru da rol almış olabilir. Alacaklının kendi kusurunun tazminattan indirim sebebi sayılabilmesi için şu iki şartın varlığı aranır: Alacaklının davranışı söz konusu somut olayda gerçekleşen zararın ortaya çıkmasının ya da beklenenden daha fazla olmasının (artmasının) uygun sebebi olmalı ve ikinci şart olarak, alacaklının zararı arttıran ya da ortaya çıkaran söz konusu davranışı aynı zamanda (objektif olarak) kusurlu⁷³⁸ bir davranış olmalıdır.⁷³⁹

Zarar görenin yardımcısının kusurunun da zarar miktarının artmasında rol alması halinde, yardımcı kişinin kusuru doğrudan zarar görene izafe edilecek ve hakim tazminat miktarını indirmesi sonucuyla karşılaşabilecektir.⁷⁴⁰ Anlatılanların somutlaştırılması adına şu örnek⁷⁴¹ ele alınırsa, alacaklının değerli atının karayolu ile bir yerden başka bir yere nakledilmesi hususunda borçlu ile anlaşması ancak borçluyla birlikte araca alacaklının yardımcı kişinin de binmesi halinde, borçlunun yaptığı bir kaza esnasında at zarar görmüşse ancak atın gördüğü zararın artmasında her nasılsa alacaklının yardımcı kişinin kusurlu davranışlarının da etkisi olmuşsa, söz konusu yardımcı kişinin (zararı arttıran) kusurlu davranışı alacaklıya izafe edilir ve açılacak tazminat davasında tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Bir diğer örnekle, alacaklının mutfağının yenilenmesi işini yüklenen borçlunun yardımcı kişinin kullandığı matkabın kısa devre yaparak yangına sebebiyet vermesi olayında,

⁷³⁸ Ancak Şenocak da belirtmektedir ki burada aranacak olan kusur gerçek anlamda kusur değildir zira gerçek anlamda kusur aynı zamanda hukuka aykırı bir davranışken burada alacaklının kusuru ile anlatılmak istenen alacaklının zararı önleme ve azaltma külfetine aykırı davranmasıdır (bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 228).

⁷³⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 227-228.

⁷⁴⁰ Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 120-121; Yünlü, s. 352-353; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 227, 230-231; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 318 vd.

⁷⁴¹ Örneğin alındığı eser Nomer (Maddi Tazminatın Belirlenmesi), s. 121.

söz konusu yangının asıl sebebinin alacaklının yardımcısının borçlunun yardımcısına sağladığı uzatma kablосundaki bozukluk olduğu anlaşılmış ve alacaklının yardımcısının bu davranışı tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir.⁷⁴² Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda⁷⁴³ ev eşyası taşıma borcu altına giren taşıyıcı borçlu, meydana gelen yangın sebebiyle taşıma hareketlerini durdurmuş ancak taşıyıcıya eşlik eden alacaklının eşinin taşıma işleminin devam etmesine yönelik itirazları sebebiyle yola devam etmiş fakat yine meydana gelen yangın sebebiyle eşyalar yanmış, mahkeme somut olayda alacaklının yardımcı kişisi sıfatını haiz eşinin davranışını (eşyaların taşınmasına ilişkin ısrarlı tutumunu ve borçluya uyguladığı baskıyı) tazminattan indirim sebebi olarak dikkate almıştır.

Davranışları indirim sebebi olarak değerlendirilebilecek yardımcı kişiler kavramının kapsamında kimlerin olacağı somut olayın özellikleri dikkate alınarak hakkaniyete uygun şekilde belirlenmelidir. Örneğin⁷⁴⁴, yaralanarak zarar görenin iyileşmek amacıyla başvurduğu doktor tazminattan indirim sonucu doğuracak yardımcı kişi olarak düşünülmemelidir.

Hakim tarafından tazminat miktarı belirlenirken yardımcı kişinin davranışını bizzat borçlu yerine getirseydi zarar nasıl belirlenecektiye o şekilde bir belirleme yapılacak olmasının da altı çizilmelidir.⁷⁴⁵ Bu sebeple de yapılması gereken, yardımcı kişinin davranışını borçlu yerine getirmiş olsaydı kusur derecesinin ne olacağının her bir somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi ve böylece tazminat miktarında

⁷⁴² Baysal, B.: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 54 vd.

⁷⁴³ Karar için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 231.

⁷⁴⁴ Örnek için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 233.

⁷⁴⁵ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 226.

indirim ya da arttırma yönünde karar verirken borçlunun farazi kusurunun da dikkate alınmasıdır.⁷⁴⁶ Borçlunun farazi kusuru hafif kusur olarak değerlendirilebiliyorsa (yardımcı kişinin davranışını borçlunun yaptığı düşünülduğünde bu davranış hafif kusur olarak nitelendirilebiliyorsa) bu durum tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınabilir.⁷⁴⁷ Buna örnek olarak işaret edilebilecek Federal Mahkeme kararında⁷⁴⁸, kanser hastalığı şüphesiyle röntgen tedavisi görmekte olan hastanın hemşire tarafından röntgen cihazına takılması gereken filtrenin yerleştirilmemiş olması nedeniyle çene bölgesinde oluşan yaralar sonucu uğradığı zararın doktordan tazmininde, hemşirenin bu davranışını doktora hafif farazi kusur olarak isnat edilerek tazminattan indirim yoluna gidilmiştir.

⁷⁴⁶ Bizim benimsediğimiz görüş gereği, borçlunun farazi kusurunun derecesine göre tazminattan indirim veya artırım söz konusu olacaktır. Ancak Yünlü, “*alacaklı açısından daha tatmin edici olacağı*” gerekçesiyle, kusurun yardımcı kişiden sorumluluk kurumuna etkisini şu şekilde formüle etmektedir: Yardımcı kişi ağır kusurlu ise borçlunun farazi kusuruna ilişkin bir araştırma yapılmaksızın borçlu da ağır farazi kusurlu sayılmalı, yardımcı kişi hafif kusurlu ise söz konusu hafif kusurlu davranış borçlu yerine getirseydi hafif kusurlu mu yoksa ağır kusurlu mu sayılacağına ilişkin bir araştırma yapılarak bu araştırma sonucu borçlunun farazi olarak hafif kusurlu mu yoksa ağır kusurlu mu olduğuna karar verilmelidir. Yardımcı kişinin kusuru yoksa, söz konusu yardımcı kişi üzerinde kusurlu olmayan davranış borçlu meydana getirseydi kusurlu sayılır mıydı sayılmaz mıydı hususu araştırılarak bir sonuca varılmalıdır (bkz. Yünlü, s. 349-350). Söz konusu görüş bizce, yardımcı kişinin ağır kusurlu kabul edildiği her halde borçlunun farazi kusuruna ilişkin bir araştırma yapılmaksızın borçlunun da ağır farazi kusurlu sayılması yönüyle, genellikle hayat olayları ile uyumlu gözükse dahi, ihtimallerin sınırsız olması sebebiyle istisnai olsa da bir somut olayda doğru çıkmayacak olması ihtimali dikkate alındığında hakkaniyetli gözükmemektedir. Kaldı ki hayat olaylarını formüle etme yöntemi kavram içtihatçılığına yaklaşmakta ve bizleri somut olay adaletinden uzaklaşma korkusuna sürüklemektedir. Söz konusu formüle edilen kuralın istisnai de olsa tutmadığını ispat edebilmek adına şöyle bir örnek kurgulanabilir: Yardımcı kişinin uzman olması (ve hatta işinin eri olarak piyasada isim yapması) yönüyle somut olaya dahil edildiği bir örnekte, yardımcı kişi üzerinde işin uzmanı olduğu için ağır kusurlu kabul edilebilecek bir davranış, işe yabancı olan borçlunun üzerinde hafif kusur olarak nitelendirilebilir. Görüldüğü üzere formülün aksine yardımcı kişi ağır kusurlu olsa da borçlunun farazi kusuru karşımıza ağır kusur olarak çıkmamıştır. Bu durumda, işe ilişkin bilgisi olmayan ve bu sebeple de alacaklının menfaatlerine saygı göstererek uzmanlık alanında bir profesyonelle çalışan borçlunun bu özeninin cezalandırılması ve (hafif farazi kusurlu olmasına rağmen) tazminat miktarında bir arttırma ile karşılaşması hakkaniyetli gözükmemektedir. Kaldı ki alacaklının ağır kusurlu yardımcı kişinin doğrudan sorumluluğuna başvurabilmesi de söz konusu olabilir. Bu sebeptir ki yardımcı kişinin somut olaydaki davranışının “adeta bir elbise gibi” borçluya giydirilmesi ve borçlunun farazi kusurunun derecesinin de bu yöntemle belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

⁷⁴⁷ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 226; Akipek (Alt Vekalet), s. 142.

⁷⁴⁸ Karar için (BGE 53 II 425 (430)) bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 227.

Birden fazla yardımcı kişinin de davranışı borcun doğmasına sebep olmuşsa, bu durumda borçlunun her bir yardımcı kişinin davranışı açısından farazi kusuruna bakılarak söz konusu farazi kusurların (adeta) toplanması gündeme gelir.⁷⁴⁹

Belirtmek gerekir ki borçlunun (farazi) kusurunun derecesini ispatlaması gerekenin yine borçlunun bizzat kendisi olması yönüyle de TBK 116, haksız fiil sorumluluklarına kıyasla zarar gören açısından daha avantajlı bir kurumdur.⁷⁵⁰

Borçlunun kusurlu olmasının bir diğer pratik sonucuysa, alacaklının doğrudan borçlunun kusur sorumluluğuna borca aykırılık hükümleri kapsamında gidebilmesidir.⁷⁵¹ Örneğin, zararın doğmasının asıl sebebi yardımcı kişinin davranışlarından ziyade borçlunun yanlış stratejisi, talimatları, hatalı alet-edevat seçimi ise bu durumda doğrudan borçlunun borç ilişkisinde alacaklıya karşı kusur sorumluluğuna gidilebilir.

Kusurun derecesinin önemli sayıldığı bir diğer ihtimalse, kanunun borçlunun sorumluluğu açısından kusurun derecesine ilişkin bir belirleme yaptığı hallerde, borçlunun yardımcı kişisinden sorumlu tutulabilmesi için aynı derecede farazi kusurunun aranacak olmasıdır.⁷⁵² Örneğin, TBK'nın "*Bağışlayanın Sorumluluğu*" başlığını taşıyan 294. maddesine göre: "*Bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça, bağışlanana karşı sorumlu değildir.*" Bu durumda alacaklı yardımcı kişinin davranışı (bağışlama fiili) nedeniyle bağışlama sözleşmesinden zarar görürse, misal bağışlanan alacaklıya zarar verirse, yardımcı kişi

⁷⁴⁹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 235.

⁷⁵⁰ Yünlü, s. 350.

⁷⁵¹ Yünlü, s. 332.

⁷⁵² Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 219.

kullanan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğabilmesi için farazi kusuru ağır kusur olarak nitelendirilebiliyor olmalıdır.

Elbette ki kusurun derecesinin önem taşıdığı hususlardan bir diğeri de sorumsuzluk anlaşması kurumudur. Kanun koyucu hem TBK 115 (borçlunun kendi davranışından sorumsuzluk anlaşması) hem de TBK 116 (borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşması) kapsamında sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlarını belirlerken kriter olarak kusurun derecesini dikkate almıştır.⁷⁵³

II. YARDIMCI KİŞİYE RÜCU

En öz tanımıyla, müşterek sorumlulardan zararı tazmin edenin tazmin ettiği miktarı diğer sorumlulardan talep edebilmesini sağlayan ilişki rücu ilişkisi olarak adlandırılır.⁷⁵⁴ Zararın borçlu tarafından karşılanması halinde, borçlunun karşıladığı zarar miktarını yardımcı şahsa kusuru oranında rücu edebilmesi mümkündür. Bir diğer anlatımla, borçlunun, alacaklıya karşı tazmin ettiği zararı, yardımcı kişiden kusuru oranında talep edebilmesi halinde bir rücu alacağından bahsedilir. Zararı karşılayan borçlu, elbette ki yardımcı kişiye başvurabilmelidir.⁷⁵⁵ Örneğin⁷⁵⁶, hastaneye kabul

⁷⁵³ Söz konusu husus “İkinci Bölüm: Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluğun Şartları/II. Özel Şartlar/F. Taraflar Arasında Sorumsuzluk Anlaşması Olmaması” bölümünde detaylı şekilde incelendiğinden burada kısaca değinilerek ilgili bölüme atıf yapmakla yetinilmiştir.

⁷⁵⁴ Gürsoy, K. T.: *Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu*, AÜHFD 1973, C. 30, S. 1-4, s. 56-83 (Aynı Zarardan Sorumluluk), s. 73.

⁷⁵⁵ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 513; Yünlü, s. 371; Tandoğan (Mes’uliyet), s. 451.

⁷⁵⁶ Balaban/Özçetin, s. 237.

sözleşmesinin ifasında yardımcı kişi (hekim) kullanan özel hastane, hekimin hastaya verdiği zararlardan TBK 116 kapsamında sorumlu tutulur ve zararı karşılırsa, söz konusu ödemeyi kusuru oranında hekime rücu edebilir.

TBK 116. maddesi kapsamında rücu ilişkisinin düzenlenmemiş olması⁷⁵⁷ bunun mümkün olmadığı anlamına gelmez. Kanun koyucu TBK 116 kapsamında özel bir rücu düzenlemesi kaleme almadığından rücu ilişkisi genel hükümlere göre belirlenir.⁷⁵⁸ Ayrıca, TBK 116, rücu ilişkisine ilişkin olarak tarafların belirlemeler yapabilmesine olanak tanımaktadır.⁷⁵⁹ Bu sebeptir ki borçlu ile yardımcı kişi arasında rücu ilişkisi açısından bir anlaşma bulunup bulunmadığının ayrıca ele alınması gerekir ki bu anlaşma ile borçlunun yardımcı kişiye rücu edebilme imkanı ortadan kalkmış ya da sınırlandırılmış olabilir.

Borçlunun zararı rücu edebilmesi için kilit unsur yardımcı kişinin kusurudur. Zira, borçlu yardımcı kişiye kusuru oranında rücu edebileceğinden, yardımcı kişinin kusursuz olması halinde rücu alacağı da doğmaz.⁷⁶⁰ Ancak borçlunun zararı yardımcı kişiye rücu edebilmesi için aranan şart yalnızca yardımcı kişinin kusurlu olması değil, bir o kadar da borçlunun yardımcı kişiye karşı kusursuz olması şartıdır. Örneğin, zarar

⁷⁵⁷ Yukarıda TBK 116 ile TBK 66 arasındaki farklar ele alınırken rücu ihtimalinin kanun koyucu tarafından düzenlenip düzenlenmemesi hususundaki farka da dikkat çekilmişti (bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması /III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/7. Sorumlulukların “Zamanaşımı” ve “Rücu” Yönünden Karşılaştırılması). Zira, TBK 66/IV’de istihdam edenin rücu hakkı “*Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.*” düzenlemesiyle kaleme alınmıştır. Yardımcı kişiden sorumluluğu düzenleyen TBK 116 kapsamında borçlunun yardımcı kişiye rücu ihtimali, TBK 66’nın aksine açıkça düzenlenmemiştir.

⁷⁵⁸ Yağcı, s. 188; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 261; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 900; Zevkililer/Ertay/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 325.

⁷⁵⁹ Gürsoy (Aynı Zarardan Sorumluluk), s. 77; Yünlü, s. 374-375.

⁷⁶⁰ Eren (Genel Hükümler), s. 1084; Kılıçoğlu (Müteahhidinin Borcu), s. 193; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1147; Akıncı, s. 254; Eren (Uygun İliyet Bağı), s. 1084.

borçlunun yardımcı kişiye kötü alet-edevat veya talimat vermesinden doğmuşsa, borçlu zararı yardımcı kişiye rücu edemez.⁷⁶¹

Borçlu yalnızca kendi yardımcı kişisine değil, alt yardımcı kişiye de kusuru oranında rücu edebilir.⁷⁶²

Rücu kurumu açısından borçlu ile yardımcı şahıs arasında bir sözleşmenin olup olmaması⁷⁶³ rücu ilişkisinin tabi olacağı kurallar açısından önem arz eder. Zira, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişki akdi bir ilişki ve yardımcı kişinin de zararın doğmasında kusuru söz konusu ise, rücu yardımcı kişinin akdi ilişkiyi ihlal etmesine dayanırken; borçlu ile yardımcı kişi arasında bir borç ilişkisi yok ise, ancak yardımcı kişi yine kusurlu olarak alacaklıya zarar verdiyse, TBK 62. maddesi kapsamında rücu gerçekleşir.⁷⁶⁴

A. Borçlu İle Yardımcı Kişi Arasında Sözleşme İlişkisi Varsa

Borçlu ile yardımcı kişi arasında bir sözleşme ilişkisi olması özellikle rücu hususunda önem taşır. Zira, taraflar iç ilişkide rücunun mümkün olup olmadığını ve mümkünse şartlarını söz konusu sözleşme ile belirlemişlerse, öncelikli olanın taraf iradeleri olmasının bir sonucu olarak, dikkate alınması gereken ilk kaynak bu

⁷⁶¹ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1147.

⁷⁶² Aynı yönde bkz. Yünlü, s. 373.

⁷⁶³ Zira önceki bölümlerde de defaatle belirttiğimiz üzere borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişki akdi bir ilişki olabileceği gibi tamamen sözleşme dışı bir ilişki olarak da karşımıza çıkabilir.

⁷⁶⁴ Eren (Genel Hükümler), s. 1084; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3228; Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1147; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 235.

sözleşmenin ta kendisidir.⁷⁶⁵ Böylece borçlu ile yardımcı kişi arasında eser, hizmet veya vekalet vb. bir sözleşme mevcutsa rücu söz konusu sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirilir. Örneğin⁷⁶⁶, hastane işleticisi TBK 116 kapsamında hastaya ödemiş olduğu tazminatı, kusuru oranında yardımcı kişi hekime, hekimle arasındaki sözleşme uyarınca rücu edebilir.

B. Borçlu İle Yardımcı Kişi Arasında Sözleşme İlişkisi Yoksa

Borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaması ihtimalindeyse, TBK 116. maddesinde rücu konusu özel olarak düzenlenmediğinden, yardımcı kişinin alacaklıya zarar veren fiilinin haksız fiil niteliğinde olması halinde, TBK 62. maddesi kapsamında borçlu, kusuru oranında yardımcı kişiye rücu edilebilecektir.⁷⁶⁷

Borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmaması arasındaki fark, borçlunun yardımcı kişiye rücu etmesi açısından sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanmasının, haksız fiil hükümlerine dayanmasına kıyasla, borçluya daha avantajlı bir durum sağlamasıdır.⁷⁶⁸ Bir diğer anlatımla, borçlu ile yardımcı kişi

⁷⁶⁵ Feyzioğlu, s. 208; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 451; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 900; Korur, s. 77; Saymen/Elbir, s. 725; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 261; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s. 325; Remzi/Aydın, s. 300; Yünlü, s. 372; Akıncı, s. 254; Tuhr, s. 598; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 261; Reisoğlu, S., s. 353.

⁷⁶⁶ Örnek için bkz. Ayan (Tıbbi Müdahale), s. 151.

⁷⁶⁷ Remzi/Aydın, s. 300; Yağcı, s. 189; Yünlü, s. 373; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 262; Reisoğlu, S., s. 353; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 900; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 452.

⁷⁶⁸ Yünlü, s. 373; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 262.

arasında akdi bir ilişki olduğunda rücu talebinin bu akde dayandırılarak yapılması, borçlu ile yardımcı kişi arasında akdi bir ilişki yoksa yapılacak olan talebe kıyasla borçlu için daha elverişlidir. Zira, rücu talebi akdi sorumluluğa dayanırsa yardımcı kişi kusursuzluğunu ispat etmek zorundayken, aksi ihtimalde (TBK 62'ye dayandırılması halinde) borçlu yardımcı kişinin kusurunu ispatlamakla mükelleftir.

Yardımcı kişinin zarar doğuran davranışı haksız fiil olarak nitelendirilemiyor ve borçlu ile arasında bir akdi ilişki de bulunmuyorsa borçlunun yardımcı kişiye rücu edebilmesi için seçebileceği tüm yolların önüne adeta taş konur.⁷⁶⁹ Borçlu zararı kendi cebinden karşılamasının yanında bir bardak soğuk su içmekten başka bir şey yapamaz.

III. YARDIMCI KİŞİNİN ALACAKLIYA KARŞI SORUMLULUĞU

Yardımcı kişinin davranışı alacaklıya karşı da sorumluluk doğurur nitelikteyse, yardımcı kişinin alacaklı karşısında doğrudan sorumluluğu doğar. Alacaklının yardımcı kişiye doğrudan başvurabilmesinin doktrinde en sık dile getirilen ihtimali, yardımcı kişinin zarar doğuran eyleminin haksız fiil niteliği taşıması olsa da⁷⁷⁰ dikkat çekilmesi gereken husus, bunun tek ihtimal olmadığı ve yardımcı kişinin alacaklıya karşı kusursuz sorumluluğunu doğuracak bir davranış ya da (eğer varsa) alacaklı ile

⁷⁶⁹ Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 513; Akıncı, s. 254.

⁷⁷⁰ Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1147-1148; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3228; Reisoğlu, S., s. 353; Kayar, s. 136.

arasındaki borç ilişkisine aykırılık söz konusuysa da yardımcı kişinin alacaklıya karşı şahsi sorumluluğu doğacaktır.⁷⁷¹ Örneğin⁷⁷², yardımcı kişi zararın doğduğu an temyiz kuvvetinden yoksunsa alacaklıya karşı hakkaniyet sorumluluğu (TBK 65) gündeme gelebileceği gibi, yardımcı kişinin müteselsil borçlu olması (borcun ifasına ilişkin bir taahhüdü bulunması) halinde de doğrudan alacaklıya karşı borca aykırılık kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilir.

Alacaklı karşısında sorumlu olan kural olarak borçlunun bizzat kendisiyken, yardımcı kişinin fiilinin aynı zamanda (çoğunlukla) bir haksız fiil (veya alacaklıya karşı bizzat sorumluluğunu doğuran başka bir sebep) teşkil etmesi halinde alacaklının doğrudan yardımcı kişiye başvurabilme olanağı doğmaktadır. Genellikle alacaklı ile arasında hiçbir ilişki bulunmayan ve ona tamamen yabancı olan yardımcı kişi ile alacaklı arasında doğrudan başvuru ilişkisi doğuran bu ihtimalin ne kadar istisnai olduğu Tunçomağ tarafından “*Alacaklı karşısında istisnaen yardımcı kişinin de sorumlu bulunması*” başlığı⁷⁷³ ile gözler önüne serilmiştir.

Yardımcı kişinin alacaklıya karşı şahsen sorumlu olması halinde, alacaklının hukuken başvurabileceği yollar ikiye katlanır. Zira, alacaklının hem yardımcı kişiye karşı sorumluluk sebebi kapsamında, hem de borçluya karşı TBK 116. maddesi çerçevesinde başvurulabilmesi mümkündür. TBK 61 aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olan kişilerin müteselsil sorumlu olacaklarını açıkça düzenlemiştir. Bu düzenlemeden hareketle, alacaklının zararından farklı sebeplerle sorumlu olan borçlu

⁷⁷¹ Şenocak, (İfa Yardımcısı), s. 263; Eren (Genel Hükümler), s. 1085; Yünlü, s. 378; Yağcı, s. 185; Yavuz, N., (Borçlar Hukuku), s. 402.

⁷⁷² Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 263.

⁷⁷³ İlgili başlık için bkz. Tunçomağ (Genel Hükümler), s. 513.

ile yardımcı kişi, TBK 62 kapsamında zarardan müteselsil olarak sorumludur.⁷⁷⁴ Müteselsil sorumluluğun sonucu olarak, alacaklı zararın tazmini için dilerse borçluya dilerse yardımcı kişiye veyahut her ikisine başvurabilir ancak (zararını iki kez tazmin edemeyeceğinden) yardımcı kişi veya borçlunun karşıladığı tazminat miktarı, bir diğerini de o miktarda sorumluluktan kurtaracaktır.⁷⁷⁵ Elbette ki rasyonel bir zarar görenden beklenen, zararını en kolay tazmin edebileceği maddi güce sahip müteselsil borçluya başvurmasıdır⁷⁷⁶ ki hayatın olağan akışı gereği bu kişi kuvvetle muhtemel yardımcı kişi değil, yardımcı kişiden yararlanan borçludur.

TBK 62. maddesi iç ilişkide müteselsil sorumluluğu düzenlemektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar (özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu) göz önünde tutularak bir paylaşırma yapılır. Bu paylaştırmaya rağmen tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip olduğu gibi, zarar görenin haklarına da halef olur. Öyleyse yardımcı kişi veya borçlu, zararın tamamının ya da üzerine düşenden fazla bir kısmının kendisi tarafından karşılanması halinde, hakimden somut olayın özelliklerine göre zararın kusurları oranında müteselsil sorumlular arasında paylaştırılmasını ve payına düşenden fazlasını ödemesi halindeyse ödediği fazla kısmın diğer müteselsil

⁷⁷⁴ Yağcı, s. 185; Nomer (Genel Hükümler), s. 417-418; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 379; Akıncı, s. 254; Eren (Genel Hükümler), s. 1085.

⁷⁷⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 285; Velidedeoğlu/Kaynar, s. 165.

⁷⁷⁶ Kılıçoğlu'nun örneğiyle, müteahhit ile yardımcı kişi işçinin var olduğu somut olayda, yardımcı kişi işçinin mali gücü sınırlı olduğundan müteahhidin sorumlu tutulması iş sahibi açısından daha avantajlıdır (bkz. Kılıçoğlu (Müteahhidin Borcu), s. 193).

sorumluya rücu edilmesini talep edebilir.⁷⁷⁷

Hukukumuzun eski sayfalarında kalan ve Yargıtay tarafından verilen şu iki çelişkili karara işaret edilmesinde fayda vardır: 1969 tarihli karara⁷⁷⁸ göre, müteahhidin istisna akdini ifa etmesinde, yanında çalışan (yardımcı) M.İ'nin aydınlatma amaçlı hürmüz lambası kullanarak boyama işlemi yapması esnasında yangının oluşması ve binanın tamamen yanması sebebiyle doğan zarardan müteahhit ve M.İ müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Ancak söz konusu karardan yaklaşık 10 sene sonra 1980 tarihli başka bir kararda,⁷⁷⁹ Yargıtay'ın, yardımcı şahsın kusurlu olması halinde dahi borçlu ile birlikte yardımcı şahsa başvurulamayacak olmasını hükme bağlaması ve ancak ve ancak somut olayda koşulları sağlanıyorsa borçlunun yardımcı şahsa rücu edebileceğini belirtmesi doktrin tarafından hatalı bir karar olarak işaret edilmiştir.⁷⁸⁰ Zira gerçekten de bu karar, yardımcı kişinin davranışının alacaklıya karşı doğrudan yardımcı kişinin sorumluluğunu doğurabileceği (örneğin bir haksız fiil olması) ihtimalini tamamen göz ardı etmekte, yardımcı kişinin alacaklıya karşı sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

Borçlu ve yardımcı kişinin müteselsil sorumluluğuna ilişkin en tipik örnek⁷⁸¹ hastanelerin sorumluluğu açısından karşımıza çıkmaktadır. Özel bir hastanede tedavi görmekte olan bir hasta, hastanenin yardımcı kişilerinden (örneğin doktor, hemşire, anestezi uzmanı vs.) birinin haksız fiili sebebiyle zarar görürse, hastanenin hastaya

⁷⁷⁷ Remzi/Aydın, s. 300.

⁷⁷⁸ Karar Künyesi 13/6/1969 T, 1704 E, 3094 K, okunduğu eser Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1148; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 264, dn. 130.

⁷⁷⁹ bkz. Karahasan (Sorumluluk 1996), s. 1148.

⁷⁸⁰ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 264, dn. 130.

⁷⁸¹ Söz konusu örnek için bkz. Demir (Hastanelerin Sorumluluğu), s. 186.

karşı TBK 116 kapsamında yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu doğarken söz konusu yardımcı kişininse şahsen haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir. Benzer bir başka örnekle, tedavi sözleşmesinin ifasında muayenehanesinde çalışan hemşireden yardım alan doktorun, hemşirenin zararı doğuran fiilinden TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğarken, hastanın hemşireye doğrudan başvurulabilmesini haklı kılan bir sebebin varlığı (örneğin bir haksız fiil) ile hemşirenin de alacaklıya karşı sorumluluğu doğar.⁷⁸²

Belirtmek gerekir ki yardımcı kişiden talep edilecek tazminat miktarı ile borçludan talep edilecek tazminat miktarı farklı olabilir. Zira, biri açısından geçerli bir tazminattan indirim sebebi varken diğeri açısından bu indirim sebebi bulunmayabilir.⁷⁸³ Örneğin, borçludan tazmin edilmesi halinde hiçbir tazminattan indirim sebebi bulunmaması nedeniyle 100 000 TL olarak tazmin edilecek olan zarar, yardımcı kişiden tazmin edilmek istendiğinde yardımcı kişinin şahsıyla ilgili olarak tazminatı indirme sebebi varsa 90 000 TL olarak da tazmin edilebilir.

TBK 166/III düzenlemesi ise ayrıca ele alınmalıdır. Zira, söz konusu düzenlemeye göre, “*Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.*” Kanunun açık düzenlemesi karşısında, (borçlu ve yardımcı kişinin zarardan müteselsil sorumlu olmaları halinde) borçlu veya yardımcı kişinin alacaklı ile ibra sözleşmesi yaparak sorumluluğundan kurtulduğu miktar, diğer borçluyu/borçluları da

⁷⁸² Zekeriya, K.: *Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu*, İÜHF 2008, C. LXVI, S.1, s. 293-322, s. 304.

⁷⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 310; Kırca, Ç.: *6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 2013, s. 23 – 58 (Müteselsil Sorumluluk), s. 38; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 264; Yünlü, s. 381.

iç ilişkideki payı/payları kadar sorumluluktan kurtaracaktır.⁷⁸⁴ Ancak bu hüküm, alacaklının ibra sözleşmesi ile borçtan kurtarmak istediği borçlu dışında kalan borçluyu da borçtan kurtararak alacaklının iradesine uymayan bir sonuç doğurması sebebiyle eleştirilmektedir.⁷⁸⁵ Fakat aksinin düşünülüyor olması da tazminat alacaklısının istediği borçluları ibra ederek sorumluluğun tamamını tek veya birkaç borçlunun sırtına yüklemesi gibi hakkaniyete aykırı bir sonuca sebep olabilirdi.

Alacaklıya karşı müteselsil borçluların, aynı zamanda birbirinin yardımcı kişisi sayılmaları halinde, birinin bir diğerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulması mümkündür ve bu durumda müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya karşı aralarındaki sözleşmeden doğan sorumlulukları da gündeme gelebilir.⁷⁸⁶ Örneğin⁷⁸⁷, birden fazla doktorun aynı ameliyatı birlikte ya da birden çok müteahhidin bir işi beraber yürütmesi söz konusuysa, her bir borçlu diğerlerinin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulabilir. Aynı zamanda müteselsil borçlulardan her biri, alacaklıya karşı müteselsil borçlu sıfatıyla zaten sorumludur.

Yardımcı kişi, alacaklı karşısında sorumluluktan kurtulabilmek adına⁷⁸⁸ borçluya yardımcı olmasının ivaz karşılığı olmamasını ya da hatır için söz konusu borç ilişkisinde yer aldığını ileri süremez.⁷⁸⁹

⁷⁸⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 504; Yağcı, s. 187; Nomer (Genel Hükümler), s. 418.

⁷⁸⁵ Eleştiriler için bkz. Kırca (Müteselsil Sorumluluk), s. 47.

⁷⁸⁶ Yünlü, s. 379, 390-391; Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 263.

⁷⁸⁷ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 259.

⁷⁸⁸ Ayrıca belirtmek gerekir ki yardımcı kişinin borcun ifasına ya da hakkın kullanılmasına ilişkin bir davranışta bulunduğunu düşünmesi ancak aslında haksız fiil niteliği taşıyan bir zarar doğurmasının da bir önemi yoktur. Önemli olan yardımcı kişinin hangi düşünceyle hareket ettiği gibi subjektif sebeplerden ziyade ortaya çıkan zarar verici davranışın objektif olarak değerlendirildiğinde taşıdığı niteliktir.

⁷⁸⁹ Yünlü, s. 377-378; Uygur (Sorumluluk ve Tazminat), s. 3226.

IV. SORUMLULUKLARIN YARIŞMASI

Adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK 66) ile yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk (TBK 116) öyle iki hukuki kurumdur ki zarar doğuran fiilin hem borca aykırı olması hem de haksız fiil niteliği taşıması halinde somut olaylarda her ikisi de yer alabilir ve sorumlulukların yarışması sonucunu doğurabilirler.⁷⁹⁰ Zira, yardımcı kişinin zararı doğuran davranışı, hem borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil ediyor hem de haksız fiil niteliği taşıyorsa, alacaklı borçluya karşı hem TBK 116'ya hem de TBK 66'ya dayanarak başvurabilir ki bu ihtimalde sorumlulukların yarışması gündeme gelir. Ancak buradaki yarışmanın kümülatif değil alternatif yarışma olduğunun da altı çizilmelidir. Zira, zarar, zarar görenin seçtiği yola göre bir kez tazmin edilir ve doğan zararın birden fazla kez tazmin edilmesi (çifte tazminat) söz konusu olmaz.⁷⁹¹

TBK 116 ve 66'dan doğan sorumlulukların yarışması hali örneklerle somutlaştırılırsa, özel hastanede ameliyat olan hasta, hekimin haksız fiili sonucu zarara uğrarsa, hastane sahibinin hem TBK 116 hem TBK 66 kapsamında sorumluluğu doğabilir. Bir başka örnekle⁷⁹², alacaklının eşyalarını taşımayı üstlenen borçlu borcun ifasında yardımcı kişiden yararlanır ve yardımcısı eşyaları alacaklının dairesine

⁷⁹⁰ Berki (İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti), s. 60; Türkmen, s. 263; Ayan (Tıbbi Müdahale), s.68 ve 136, Yılmaz, B., s. 117; Erbilen s. 172; Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 256; Narter, s. 119; Yağcı s. 69; Şenocak (Hekimin Sorumluluğu), s. 147. TBK 116 ve TBK 66'dan doğan sorumlulukların yarıştığı Yargıtay Kararları için bkz. Yarg. 11. HD, T. 23.02.2017, E. 2016/1487, K. 2017/1066 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 29.9.2015, E. 2014/12579, K. 2015/9625 (Kazancı, Erişim Tarihi: 24.04.2019); Yarg. 11. HD, T. 2.6.2015, E. 2014/10962, K. 2015/7528 (Kazancı, Erişim Tarihi: 19.04.2019).

⁷⁹¹ Serozan (Genel Hükümler), s. 296.

⁷⁹² Antalya (Genel Hükümler Cilt II), s. 256.

çıkarırken onlara zarar verirse, alacaklının uğradığı zarar hem haksız fiilden hem de taşıma sözleşmesinin ihlalinden doğmaktadır. Öyleyse borçlunun hem TBK 116 hem TBK 66 kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilir.

Yargıtay'ın çok sayıda kararında, TBK 66 ile TBK 116 yarışsa da sorumlulukların yarışmasına dikkat edilmeksizin doğrudan TBK 66'nın uygulandığına dikkat çekilmelidir.⁷⁹³ Elbette ki bu durum, özellikle TBK 60 ile birlikte ele alındığında ciddi derecede eleştiriye açıktır. Zira, TBK 60. maddesine göre, bir kişinin sorumluluğunun birden çok sebebe dayandırılabilmesi halinde hakim, kural olarak (zarar gören aksini istemedikçe ya da kanun aksini öngörmedikçe) zarar gören açısından en avantajlı olan sorumluluk sebebine göre karar vermelidir. Öyleyse sorumlulukların yarışması halinde hakimin görevi, zarar görene en iyi giderim imkanını sağlayacak olan hukuki kuruma dayanarak hareket etmektir. TBK 116'nın akdi, TBK 66'nınsa haksız fiile dayanan bir sorumluluk hali ve TBK 116 kapsamında kurtuluş kanıtı getirilemezken TBK 66'da bunun mümkün olduğu dikkate alınırsa, akdi sorumluluğun zarar gören açısından sağlayacağı avantajlar⁷⁹⁴ da dikkate alınarak zararın tazmininin TBK 116 kapsamında karara bağlanması TBK 60'a daha uygun bir sonuç doğurur.

⁷⁹³ Yargıtay'ın bu uygulamasının çalışmamızda detaylı olarak ele alındığı kısım için bkz. Birinci Bölüm: Yardımcı Kişi Kavramı, Çeşitli Görünümleri, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması/D. İfa Yardımcısı ve Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Çalıştırılan/9. Uygulamanın Değerlendirilmesi.

⁷⁹⁴ Bu avantajların ilki, ispat kolaylığıdır çünkü haksız fiil sorumluluğu kapsamında (TBK 66'da) zarar görenin zarar verenin kusurunu ispatlaması gerekirken, borca aykırılıkta (TBK 116'da) zarar veren kusursuz olduğunu ispat etmekle mükelleftir. Söz konusu hukuki kurumların yarışması halinde hangisinin daha avantajlı olduğunu zamanaşımı süresi açısından ele aldığımızda, yardımcı kişiden sorumluluk kurumu 10 yıllık zamanaşımına tabi olması yönüyle zarar gören açısından daha avantajlı gözükmemektedir (bkz. Kılıçoğlu (Sorumluluk Hukuku), s. 393; Tandoğan (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 80). Dahası, TBK 66'nın aksine, TBK 116'da kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmaması da zarar gören açısından TBK 116'yı daha avantajlı hale getirmektedir.

Diğer bir sorumlulukların yarışması ihtimali olaraksa, borçlunun temerrüt hükümleri kapsamında sorumlu tutulması ile TBK 116'dan doğan sorumluluğunun yarışıp yarışmadığına ilişkin tartışmaların varlığına işaret etmek gerekir. Borçlunun borcunu zamanında ifa edememesinin yardımcı kişinin grev/boykot hareketlerinden kaynaklanması halinde, borçlunun TBK 116 kapsamında mı sorumlu olduğu yoksa doğrudan temerrüt hükümleri kapsamında mı sorumlu tutulması gerektiği tartışılmakta, bu noktada sorumlulukların yarışması ihtimalinin de gündeme gelebileceği belirtilmektedir.⁷⁹⁵

V. Müşterek Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluk

Müteselsil borçluların borcun ifasında müşterek şekilde yardımcı kişi kullanması halinde bu ihtimal gündeme gelir. Müteselsil borçluların yardımcı kişilerinin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumluluğu da müteselsil sorumluluktur.⁷⁹⁶

Fikrimizce, bir adım daha öteye gidilirse, müteselsil borçlu olmak yardımcı kişi sıfatını haiz olmayı engelleyen bir durum değildir.⁷⁹⁷ Bu sebeptendir ki müteselsil

⁷⁹⁵ Yünlü, s. 375. (Yazar tarafından Spiro ve Koller tarafından yapılan tartışmalara işaret edilmiştir.)

⁷⁹⁶ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 257 vd.; Yağcı, s. 192; Korur, s. 56; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 380; Yünlü, s. 389.

⁷⁹⁷ Aynı yönde bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 259 ve 263; Yağcı, s. 191; Yünlü, s. 379. Aksi yönde (alacaklıya kendi borcunu ifa etmek üzere hareket eden müteselsil borçlunun diğer borçlunun yardımcı sayılamayacağı zira alacaklı ile yardımcı kişi arasında bir borç ilişkisinin bulunmaması gerektiği hususunda) bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıop, s. 311, dn. 32; Akıntürk, T.: Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971 (Müteselsil Borçluluk), s. 196-197. Ayrıca konsorsiyumlar açısından, konsorsiyuma dahil olan her bir ortağın sözleşmenin ifası bakımından diğer ortağın/ortakların yardımcı kişisi sayılmasına ilişkin bkz. Tandoğan (Eser Sözleşmesi), s. 86.

borçlulardan her biri diğzerinin/diğzerlerinin yardımcı kişisi konumunda sayılabilir.⁷⁹⁸

“*Borçluların Bireysel Davranışı*” başlığını taşıyan TBK 165’de açıkça düzenlendiğı üzere “*Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğzer borçluların durumunu ağırlaştıramaz.*” TBK 165 gereğı kural, hiçbir müteselsil borçlunun kendi davranışı sebebiyle diğzer borçlunun durumunu ağırlaştıramaması olsa da kanun metninde “*kanun ile aksi belirtilmedikçe*” düzenlemesinde yer alan istisna, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kurumu (TBK 116) olarak karşımıza çıkar.⁷⁹⁹ Bu durumda her bir müteselsil borçlu diğzerinin yardımcı kişisi sıfatını haiz olarak onun TBK 116 kapsamında sorumluluğunu doğurup durumunu ağırlaştırabilir. Örneğın⁸⁰⁰, birden fazla cerrahın müştereken bir ameliyatı yürütmesi ya da birden çok müteahhidin müşterek olarak bir eser imal etme borcu altına girmesi hallerinde, her bir müteselsil borçlu diğzerinin yardımcı kişisi olarak nitelendirilebilecek ve TBK 116 kapsamında birbirlerinin sorumluluklarını doğurabileceklerdir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, borçluların her birinin bir bütünü oluşturan işlerin birbirinden bağımsız bir kısmını ifa etme taahhüdü altına girdiğı somut olaylarda (ortada birlikte hareket söz konusu olmadığından) birbirlerinin yardımcı kişisi sayılamayacakları ve bu senaryoda her bir borçlunun sadece ve sadece kendi yardımcı kişilerinin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağıdır. Örneğın⁸⁰¹, bir konser düzenlemesinde şarkıcı da orkestra şefi de borçlu sıfatını haizdir ancak birbirlerinin yardımcısı sayılamazlar. Zira, her biri bir bütünün farklı parçalarını

⁷⁹⁸ Bu görüş benimsenirse eğer, birbirlerinin yardımcı kişisi sayılan birlikte borçluların TBK 116 kapsamında yapmış oldukları bir sorumsuzluk anlaşmasını alacaklıya karşı da ileri sürebilecekleri sözleşme özgürlüğü gereğı kabul edilebilir (bkz. Yünlü, s. 472).

⁷⁹⁹ Söz konusu görüşü ileri sürenler Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 258, dn. 112’de geçen Tuhr ve Koller.

⁸⁰⁰ Örnekler için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 259.

⁸⁰¹ Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 260.

ifa taahhüdü altına girmiştir ve (aksi somut olaydan ya da tarafların iradelerinden anlaşılmadıkça) her bir borçlu sadece kendi kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumludur.

Bu noktada TBK 61'in de ayrıca ele alınması gerekir. *‘‘Müteselsil sorumluluk/Dış ilişkide’’* başlığını taşıyan söz konusu düzenlemeye göre: *‘‘Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.’’* Hükümün lafzına bakıldığında birden çok kişinin birlikte bir zarara sebep olması ya da aynı zarardan çeşitli sebeple sorumlu olması hallerinde uygulanabilir olduğuna ilişkin bir izlenim yaratılsa da söz konusu hüküm, birden çok kişinin aynı zarardan aynı hukuki sebeple sorumlu olmaları halinde de uygulanmalıdır.⁸⁰² Bu sonuca ulaşmayı sağlayan etmen hükümün koruma amacıdır. Zira, norm zarar göreni müteselsil sorumlularla karşı karşıya getirerek zararını tazmin etmesini kolaylaştırma amacı taşımaktadır. Hükümün uygulama alanını sadece sorumluların farklı hukuki sebeplerle sorumlu olduğu hallerle sınırlamak ve aynı sorumluluk sebebiyle sorumlu tutulacak birden çok kişiyi müteselsil sorumlu kabul etmemek bu ihtimalde zarar gören alacaklının durumunu kötüleştirmektedir.⁸⁰³ Tamamen lafzi yorumla ulaşılabilecek bu sonucun, alacaklının zararı tazmin etmesini kolaylaştırmayı isteyerek onun menfaatinin ön planda değerlendirilen normun koruma amacı ile çeliştiği açıktır. Bu sebeptendir ki TBK 61, birden çok borçlunun aynı zarardan aynı hukuki sebep niteliği taşıyan TBK 116'ya dayanarak sorumlu olduğu hallerde de uygulanabilecek bir hükümdür.

⁸⁰² Aynı yönde Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 260; Yağcı, s. 192; Korur, s. 56; Tandoğan (Mes'uliyet), s. 380.

⁸⁰³ Söz konusu gerekçe ve normun koruma amacı için bkz. Şenocak (İfa Yardımcısı), s. 260.

SONUÇ

Üçüncü kişinin borç ilişkisine dahil edilmesi çok çeşitli ihtimallerde karşımıza çıkabilmekte, bu ihtimallerin bir ayağını da borçlunun yardımcı kişi kullanması oluşturmaktadır. “Vakit nakittir!” anlayışının altında yatan düşüncenin atasözü olmanın ötesinde ticari hayatın kalbine oturması ve ticari dünyanın rekabetçi yapısı, piyasada ayakta kalmayı ve bunun da ötesinde zirveye yerleşmeyi amaç edinen en büyüğünden en küçüğüne tüm kişi ve işletmeler açısından iş bölümünü adeta zorunlu hale getirmiş, bu zorunluluk karşısında borçlu kendini bir yardımcıya başvururken bulmuştur. Kimi zamansa bu zorunluluk, sosyo-ekonomik sebeplerle bir hakkın kullanılmasının üçüncü kişiye bırakılması yoluyla bu üçüncü kişinin borç ilişkisine dahil edilmesi olarak kendini göstermiştir.

Böylece, üçüncü kişilerin ilişkiye dahil edilmesi fiili olgusu ile birlikte, alacaklıya karşı borca aykırı davranış bizzat borçlu tarafından değil de borçlunun yardımcısı tarafından meydana getirilirse kimin sorumluluğunun doğacağını ve bu sorumluluğun sınırlarının ne olacağını hukuki temellerinin de atılması zorunlu hale gelmiş ki Türk Hukukunda bu sorunun cevabı TBK 116. maddesinde vücut bulmuştur.

Geniş anlamda yardımcı kişi, borç ilişkisine dahil edilen üçüncü kişi kümesi olarak en geniş küme, dar ve teknik anlamda yardımcı kişi ise TBK 116 kapsamında aranacak olan şartları sağlayarak borçlunun fiillerinden TBK 116 kapsamında sorumlu tutulacağı bireydir. Dar ve teknik anlamda yardımcı kişi ana başlığı altında temelde ifa yardımcısı, kullanma yardımcısı ve koruma yardımcısı olmak üzere üçlü bir ayırım yapılması en sistematik ve basit ayırımdır. Bu sıfatların doğabilmesi için borçlu ile yardımcı kişi arasında sosyal, ailevi, ekonomik, hukuki veya duygusal hiçbir bağlılığın bulunması gerekmediği gibi astlık-üstlük ilişkisi ya da süreklilik unsuru da aranmaz.

Öyle ki yardımcı kişi sıfatı hatır ilişkisi kaynaklı ve hatta tesadüfi şekilde de doğabilir. Ancak yardımcı kişinin borçlunun emir ve talimatı altında olması halinde bağımlı, aksi takdirde bağımsız yardımcı kişinin varlığından söz edilir. Dahası, yardımcı kişi gerçek kişi olarak karşımıza çıkabileceği gibi bir tüzel kişi olarak da karşımıza çıkabilir.

Yardımcı kişinin hangi görünümü mevcut olayda karşımıza çıkarsa çıksın, tazminat hukukunda kural olan “zararı kim meydana getirdiyse tazmininden de o sorumludur” şeklinde karşımıza çıkan bireysel sorumluluk ilkesinin bir kenara bırakıldığı istisnai hallerden birinin de TBK 116’nın (eBK 100) bizzat kendisi olduğu çıkarımına vardığımızın altı çizilmelidir. Kanun koyucu tarafından bu ilkenin bir istisnası oluşturularak, yardımcısının fiillerinden sorumluluğun borçlunun omuzlarına yüklenmesinin felsefi temellerinin anlaşılması, hukuki kurumu anlayabilmenin ön şartıdır. Zira, “Neden? / Niçin?” ini anlayamayan insan karşı karşıya kaldığı olgunun “Ne?” olduğunu da anlayamaz.

Borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumlu tutulmasını düzenleyen TBK 116’nın öngörülmesinin *Ratio Legis*’ine ilişkin çok sayıda öneri kaleme alınmıştır. Söz konusu öneriler (yukarıda ele alındığı üzere) doktrin tarafından belirli gerekçelerle eleştirilmiş olsa da tarafımızca, bir görüşü diğerine üstün görmekten ziyade her bir görüşün⁸⁰⁴ kurumun öngörülmesine katkıda bulunduğu kabul edilmektedir.

⁸⁰⁴ Bu kapsamda bizim açımızdan en ciddi rolü üstlendiğini düşündüğümüz görüşler ele alınırsa, alacaklının perspektifinden bakıldığında üçüncü kişi konumunda olan yardımcının fiillerinden, onu kontrol edebilme ve ona söz geçirebilme gücü olan borçlunun sorumlu tutulması düşüncesine dayanan “hakimiyet fikri” elbette ki sorumluluğun öngörülmesinde payı olan düşüncelerden biridir. Bu görüşü tamamlayacak olan “sorumluluk alanı” görüşü de yardımcı kişiyi borçlunun faaliyet alanında (dolayısıyla da sorumluluk alanında) kabul etmekte ve bu alanda doğacak zararlardan borçlunun sorumlu tutulması gerektiğini dile getirmektedir. Dahası, nimet-külfet dengesi görüşü de sorumluluğun borçlunun sırtına yüklenmesi sonucunun doğmasında ciddi rol oynamaktadır. Öyle ki bir olgunun nimetinden faydalanan onun külfetine de katlanmalı, yardımcı kişi kullanarak işin yürütülmesinde konfor ve zaman kazanan (nimet) ve üstüne üstlük bir de alacaklının risk alanını genişleten borçlu, doğacak olan külfetlere de bizzat kendisi katlanmalıdır. Daha da fazlası, tüm sorumluluk tiplerinde rol

TBK 116 kimin menfaatini kiminkine tercih eder ve hangi menfaati üstün tutar sorusuna tarafımızca verilecek yanıtta, borçlunun da alacaklının da menfaatlerinin optimum düzeyde dengelenmeye çalıştığı bir düzenin hedeflendiği yönündedir. Dengelenen taraf menfaatlerine baktığımızda, yardımcı kişi kullanan borçlu açısından yardımcı kişi kullanılmasından doğan avantajlar (zaman ve iş gücü tasarrufu) ve yardımcı kullanmasını sağlayan hareket özgürlüğüne ilişkin menfaati, zarar gören açısından olası zararının tazmin edilmesi menfaatidir.

Yardımcı kişi caiz olan ve olmayan yardımcı kişi olarak karşımıza çıkabilir. Somut olayın özellikleri kapsamında yardımcı kişiye bırakılabilecek bir ifa veya hakkın kullanılması “hareketi” söz konusuysa caiz yardımcı kişiden, aksi takdirdeyse caiz olmayan yardımcı kişiden bahsedilir.

Piyasadaki konumu açısından tekel gücü haiz yardımcı kişinin fiillerinden borçlunun TBK 116 kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmasındaysa fikrimiz, TBK 116’nın uygulanacağı yönündedir. Her ne kadar borçlunun rızasının sorumluluğun şartlarından biri olması ve tekel yardımcı kişi kullanılması ihtimalinde borçlunun başka bir yardımcıyı seçme şansı olmaması sebebiyle rızasından da bahsedilemeyeceği ileri sürülse de borçlunun tekel gücün davranışlarından sorumlu olması halinde, sorumlu tutulduğu miktarı o tekel güce rücu etme kapısı açıkken tekel gücün sebep olacağı herhangi bir aksaklığın alacaklının değil borçlunun omuzlarına

aldığı şüphesiz zararın önlenmesi düşüncesi, TBK 116’nın varlığı açısından da rol oynamaktadır. Zira, sorumluluğunun kanun maddesiyle düzenleme altına alındığını bilen rasyonel bir yardımcı kişi kullanan, elbette ki buna göre zararın doğmasını önlemek adına elinden gelenin en iyisini yapmaya çalışacak ve çabalayacaktır.

yüklenmesinin daha adaletli (somut olayda daha hakkaniyetli) bir sonuç doğuracağı inancını taşımaktayız. Kaldı ki borçlu tekel bir güçten yardım alacağını bile bile borç ilişkisini kuruyorsa, zararların tazmini riskine de kendisinin katlanması son derece yerindedir.

Yardımcı kişinin yardımcı kişiden yararlanması halindeyse alt yardımcı kişi kavramı karşımıza çıkar. Bizim de katıldığımız görüş gereği, borçlunun bilgisinin ya da rızasının bulunup bulunmadığı, ya da borçlunun emir ve talimatlarına, istek ve arzularına aykırı bir alt yardımcı kişi seçilip seçilmediği önemli olmaksızın borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğu doğmalıdır. Zira, borçlunun üstlendiği riziko asıl yardımcı kişinin fiilleridir ve alt yardımcı kişi atanması da bu kapsamda kabul edilmelidir. Aksi takdirde borçlu alt yardımcı kişiye rıza göstermiş olsa dahi sorumluluktan kaçabilmek adına bu rızanın bulunmadığı bahsini adeta bir maymuncuk haline getirebilir. Ayrıca, bizim katıldığımız görüşçe altı çizilmelidir ki alt yardımcı kişinin de aynı zamanda asıl yardımcının yardımcısı olduğu ve bu sebeple asıl yardımcı kişinin de TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğabileceği çoklu bir yapı, tabiri caizse iç içe geçmeli matruşka bebekler söz konusudur.

Borcun ifasına ya da hakkın kullanılması dahil edilen araçların doğuracağı zararlara ilişkin olarak fikrimizse, mevcut düzende TBK 116'nın kıyasen uygulanabileceği yönündedir. Elbette ki ideal hukuk düzeninde olmasını arzu ettiğimiz, teknoloji çağında yaşadığımız bu günlerde, borcun ifasına ya da hakkın kullanılmasına dahil olan makinelerden kimin, hangi hukuki kurumla sorumlu tutulacağının tartışmaya yer vermeyecek şekilde açık bir kanun maddesiyle düzenlenmesi yönündedir. Ancak böyle bir hükmün yokluğunda sorumluluğun TBK 116'nın kıyasen uygulanması yoluyla doğduğunun kabul edilmesi, kurtuluş kanıtı

getirilemeyen bir sorumluluk olması yönüyle alacaklıya daha güçlü bir koruma sağlayacak, borçlunun makine vb. yapıları kullanmaktan sağladığı nimetlerin külfetini alacaklının omzundan alıp borçluya yükleyerek nimet-külfet dengesine de daha uygun ve daha adaletli bir sonuç doğuracaktır. Ancak tekrar etmek isteriz ki makinelerin kişiliğinden söz edilemeyeceğinden onların davranışlarının(?) borçlunun üzerine yerleştirilerek borçlunun farazi kusurunun bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesinin mümkün olmadığı noktasında kendi görüşümüze ilişkin bir öz eleştiri getirmekteyse de kanuni düzenlemenin yokluğunda bütün yolların çıkmaz sokağa çıktığı gerçeğini dikkate alarak , en güvenli (kurtuluş kanıtı getirilememesi yönüyle en adaletli) çıkmaz sokağın TBK 116'nın kıyasen uygulanması olduğu⁸⁰⁵ inancını taşımaktayız. Elbette ki kanun koyucunun harekete geçerek bu çıkmaz sokağa bir çıkış yaratmak ve böylesine tartışmalı bir hususa ilişkin hüküm getirmek sorumluluğunun bulunduğu da şüphemiz yoktur.

Borçlunun bulundurduğu hayvan(lar)ın davranışlarından sorumluluğuna ilişkin olaraksa, bu sorumluluğu TBK 116 kapsamına dahil etmenin abartılı ve zorlama bir görüş olacağı endişesini taşımakta, TBK 67. maddesinde düzenlenen “*hayvan bulunduranın sorumluluğu*” kurumunun sorunu çözmeye yeteceğini düşünmekte ve zaten söz konusu normun doğrudan uygulama alanının hakimiyet alanında bulundurulmuş hayvanların doğurduğu zararlardan kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmekteyiz.

Sözleşme görüşmelerinde kullanılan görüşme yardımcısından sorumluluk ise TBK 66'nın değil, TBK 116'nın kapsamında kabul edilmelidir. Zira, nasıl ki *culpa in*

⁸⁰⁵ ki bizce düşüncemizi bu çıkmaz sokaktan çıkarabilmek adına bu sorun, TBK 116'nın kıyasen uygulanacak olması ancak cansız bir olgunun davranışından hareketle borçlunun farazi kusuru aranmadığından bu kıyasen uygulamada farazi kusur şartının göz ardı edilmesi şeklinde çözülebilir.

contrahendo'dan doğacak talep haklarını, haksız fiillerde olduğu gibi birbirine tamamen yabancı iki taraf değil, karşılıklı olarak sosyal teması başlatarak müzakere aşamasına geçmiş olan müstakbel borçlu ve alacaklının söz konusu olması sebebiyle akdi sorumluluk kapsamına daha yakın kabul ediyorsak, müzakereler esnasında kullanılan yardımcı kişiden sorumluluk da akdi sorumluluk hükümlerine daha yakın olan TBK 116'ya tabi kabul edilmeli, borçlunun kurtuluş kanıtı getiremediği bu sorumluluk tipi sayesinde borçlu kolayca sorumluluktan kaçamamalı, müstakbel borçlu ve alacaklı arasındaki güven ilişkisi ve güç dengesi korunmalıdır.

Yardımcı kişi kavramının benzer kavramlarla karşılaştırılmasından elde edilen çıkarımlar ele alınırsa, temsil olunanın kanuni temsilcisinin fiillerinden sorumluluğuna TBK 116'nın kıyasen uygulanmasına ilişkin baskın görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Yardımcı kişi ve organ karşılaştırmasına ilişkin olarak katıldığımız görüş gereği, (organ ve yardımcı kişi kavramlarının ayırt edilmesinin ciddi bir zorluk arz etmemesi sebebiyle kurumların birbirine karıştırılmaları düşük bir ihtimal olsa da) zararı doğuran davranışta bulunan öznenin tüzel kişinin kendi organı mı yoksa yardımcı kişisi mi olduğunun tespit edilmesinde ikilemde kalınması halinde, TBK 116'ya kıyasla daha ağır bir sorumluluk olan TMK 50 kapsamında sorumluluğun doğması adına tüzel kişi-organ nitelendirmesinin yapılması daha yerinde olacaktır.

Yardımcı kişi ile kaim kişi ilişkisine bakarsak, kavramlar arasındaki sınır çizilirken bağımlılık unsurunun ayırt edici bir unsur olmadığına zira yardımcı kişinin de borçluya tamamen bağımsız bir üçüncü kişi olabileceğine dikkat çekmek gerekir. Bizce somut olayda yardımcı kişinin mi yoksa kaim kişinin mi söz konusu olduğunun

belirlenmesinde kıstas, doğrudan somut olayın içeriği ve bu içerikte vekilin bir kül halinde vekillik sıfatını tamamen devretmesinden bahsedebiliyorsak alt vekil, kendi de ilişkinin içeriğinde yer almaya devam etmekte ancak bir üçüncü kişiden yardım almaktaysa yardımcı kişiden bahsedildiği gerçeği olmalıdır. Tarafı olduğumuz görüşçe, somut olayda karşımızda duranın kaim kişi mi yoksa yardımcı kişi mi olduğundan şüphe ediliyorsa, vekilin üçüncü kişiyi ilişkiye dahil etmesi ile birlikte risk alanı artan alacaklının menfaati korunmalı ve kurtuluş kanıtı getirilememesi yönüyle daha ağır bir sorumluluk halini doğuracak olan “yardımcı kişi” nitelendirmesi yapılmalıdır.

TBK 66 ile TBK 116’nın karşılaştırılmasında, teoride çok sayıda farklı noktayı ihtiva eden iki kurum söz konusu olsa da uygulamada (özellikle de Yargıtay kararlarında) birbirine karıştırılan iki kurumun mevcut olduğu tespit edilmiştir. Bu durum kanunun öngördüğü ikili yapıyı (TBK 66 ve TBK 116) birbirine karıştırarak hukuki güvenilirliği sarsmaktadır. Madem ki kanun koyucu ikili bir yapı benimsemiştir, mevcut ikili yapı değiştirilmedikçe/kaldırılmadıkça hukuki güvenilirlik adına bu yapı korunmalı ve kurumlar birbiri yerine uygulama alanı bulmamalıdır. Ancak daha da (belki de en) önemlisi bu uygulama somut olay adaletini yaralamaktadır. Zira, TBK 116’nın uygulanması gereken bir somut olaya TBK 66’nın uygulanıyor olması halinde borçlu kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilmekte, bu yanlış uygulama sonucu, çok benzer iki olaydan birinde borçlu TBK 116’nın uygulanması sonucu kurtuluş kanıtı getiremezken bir diğerinde TBK 66’nın uygulanması sayesinde sorumluluktan çıkış yolu bulabilmektedir.

Her ne kadar baskın görüş ifaya hazırlık faaliyetlerine dolaylı olarak

katılanların yardımcı kişi olarak nitelendirilemeyeceği görüşünü ileri sürüyor olsa da fikrimizce böyle bir genelleme yapmaktansa somut olay bazında⁸⁰⁶ üçüncü kişinin konumu dikkate alınmalı ve somut olay kapsamında yardımcı kişi sıfatının doğup doğmadığına karar verilmelidir.

TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğması için genel ve özel şartların varlığı aranır. Genel şartlardan ilki olan uygun illiyet bağının TBK 116 kapsamında teşkil ettiği önem, kurtuluş kanıtı getirme şansı olmadığı için sorumluluktan kaçış kapıları son derece sınırlı olan borçlunun, uygun illiyet bağı şartının gerçekleşmemesine dayanmasının onun için değerli bir sorumluluktan kaçış kapısı olmasıdır. İkinci genel şart ise yardımcı kişinin fiillinden bir zararın doğmasıdır.

Özel şartlar kapsamında, yardımcı kişi kullanan borçlu ile zarar gören arasında (kaynağı önem arz etmeyen) bir borç ilişkisi aranır. Bunun istisnasının sözleşmenin art etkisi ve sözleşme görüşmelerinde kullanılan yardımcı kişiden sorumluluk olduğu sonucuna vardığımızın ayrıca altı çizilmelidir.

Doktrin tarafından baskın görüşçe ve özel şart olarak işaret edilen bir diğer şarta göreyse, borcun ifasının / hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılabilir nitelikte olması gerekir. Ancak bizim katıldığımız ve desteklediğimiz görüşe göre, TBK 116'nın uygulama alanı sadece caiz yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlarla sınırlandırılmaz. Tam aksine caiz olmayan yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlar da TBK 116 kapsamında borçlunun sorumluluğunu doğurmalıdır. Hem

⁸⁰⁶ Zira, hazırlık faaliyetine katılan kişi doğrudan borcun ifası/hakkın kullanılmasında rol alıyorsa yardımcı kişi sayılabileceği gibi, somut olay kapsamında öyle suya sabuna (ifaya-hakkın kullanılmasına) dokunmayan bir rolle karşımıza çıkabilir ki yardımcı kişi sayılamaz.

hükümün lafzı hem dürüstlük kuralına aykırı uygulanması yasağı bu sonuca ulaşmamızda etkili olmuştur. Zira, aksi takdirde caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlu TBK 112 kapsamında sorumluluktan kurtulabilme şansına sahipken, caiz yardımcı kişi kullanan TBK 116 kapsamında kurtuluş kanıtı getiremeyecek ve caiz olmayan yardımcı kişi kullananın daha avantajlı bir noktaya getirildiği, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan bir sonuçla karşı karşıya kalınacaktır.

Borçlunun borcun ifasını ya da hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakma iradesi ve bunun da ötesinde yardımcı kişinin ilişkiye fiilen katılımı da sorumluluk tipi açısından aranan özel şartlardan bir diğeridir. Yardımcı kişinin borcun ifasına/hakkın kullanılmasına fiilen katılımının yeterli görülmesi sonucu ayırt etme gücü aranmaz.

Sorumluluğun doğması açısından aranacak olan ancak içeriği bir o kadar da tartışmalı diğer şart ise fonksiyonel bağ şartıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, edim yükünden bağımsız borç ilişkisi anlayışının modern hukuk düzeninde kabul görmesiyle birlikte, TBK 116'nın kapsamını sadece asli edim yükümlülüklerine doğrudan bağlı ifa nedeniyle doğan zararlarla sınırlı tutmak ancak ifa vesilesiyle doğan zararlarda TBK 116'nın uygulanmayacağını ileri sürmek makul gözükmemektedir. Öyle ki ifa vesilesiyle meydana gelen davranış aynı zamanda koruma yükümlülüklerinin ihlalini de teşkil edebilir ki bu durumda borçlunun sorumluluğunun TBK 116 kapsamında doğması gerekir. Ancak, altı çizilmelidir ki bu yaklaşım, yardımcı kişinin tüm ifa vesilesiyle meydana getirdiği zararlardan borçlunun TBK 116 kapsamında sorumluluğunun doğacağı anlamına gelmez. Zira, ifa vesilesiyle doğan davranış mutlaka borca aykırılık niteliği taşımalıdır ki borçlunun TBK 116'dan sorumluluğu doğsun. Öyleyse ifa vesilesiyle doğan zarar salt haksız fiilden doğuyor

ve borç ilişkisi ile görevsel hiçbir bağıllık teşkil etmiyorsa, bu durumda şartları varsa TBK 66'dan sorumluluk gündeme gelebilir. TBK 66 ile TBK 116 arasındaki sınırın korunması adına fonksiyonel bağıllık şartına ilişkin belirleme ciddi derecede önem arz eder.

Baskın görüşe katılarak belirtmemiz gerekir ki TBK 116 kapsamında sorumluluğun doğması açısından aranması gereken bir diğer şartsa borçlunun farazi kusurudur. Borçluyu TBK 116 kapsamında sorumlu tutabilmek için, yardımcı kişinin davranışının adeta bir elbise gibi borçluya giydirilmesi ve aynı davranışta borçlu bulunmuş olsaydı kusurlu sayılıp sayılamayacağını değerlendirilmesi gerekir.

Farazi kusur araştırması yapılıyor olmasının diğer kusursuz sorumluluk modellerine kıyasla yarattığı farklılık ve farazi de olsa bir kusur araştırılması yapılacak olması gerçeği, bu yönüyle TBK 116'dan doğan sorumluluğu salt / duru / katı kusursuz sorumluluk hallerinden ayırmaktadır ve farazi kusurun aranmadığı diğer kusursuz sorumluluk tipleriyle arasındaki uçurumun altının çizilmesi adına *sui generis* bir kusursuz sorumluluk modelinden bahsedebilmenin de mümkün (ve hatta bizce daha doğru) olduğunun altı çizilmelidir.

Bir diğer özel şart ise, borçlu ile alacaklı arasında yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin bir anlaşma (sorumsuzluk anlaşması) bulunmaması şartıdır. Sorumsuzluk anlaşması perspektifinden bakıldığında asıl ve en kritik sorunların bu çerçevede şekillendiği görülür. Öncelikle bu karışıklığın oluşmasında ilk basamak, yeni kanun ile sorumsuzluk anlaşması hükümlerine ilişkin eski kanunda ciddi ancak kimi zaman açıklaması güç değişiklikler yapılmış olmasıdır. Dahası, belirtilmelidir ki borçlunun kendi davranışlarından doğacak zararlara ilişkin sorumsuzluk anlaşması

(TBK 115) ile yardımcısının fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasının (TBK 116) farklı hükümlerde düzenlenmesinin kafa karışıklığı yarattığı ve derli toplu bir kanun sistematığı ile uyuşmadığı noktasında doktrinde ileri sürülen görüş ile hemfikiriz. 2020 yılında yürürlüğe girecek yeni İBK tasarısında da olduğu gibi, bu ikilemin ortadan kaldırılmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Kanunun, borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin getirdiği ilk sınır, *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa”* ihtimalidir ve bu ihtimalde sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır. Bu kapsamda bizim de katıldığımız eleştiri, bugün neredeyse her mesleki faaliyet uzmanlığı gerektirmekte ve bir izin veya lisans ile yürütülmekte, bu sebeple de neredeyse her somut olay TBK 116/III kapsamına dahil edilebilmekte ve de borçlunun sorumsuzluk anlaşması yapabilme özgürlüğü neredeyse tamamen ortadan kalkma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Öyleyse bu derece geniş bir sınırın zarar göreni koruyarak somut olay adaletine hizmet mi ettiği yoksa, borçlunun sorumsuzluk anlaşması yapma özgürlüğünü gasp mı ettiği tartışmaya açıktır.

Kanunun, yardımcısının fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin getirdiği ikinci sınırsa, *“alacaklının borçlunun hizmetinde olması”* sınırındır. Ancak bu sınır doğrudan TBK 116’dan çıkarılamamakta (zira eBK 100’de yer alan bu ifade yeni kanun düzenlemesi TBK 116’dan kaldırılmıştır), komisyon raporundan elde edilmektedir. Bu hususa ilişkin olarak ilk eleştiri, kesin hükümsüzlük yaptırımına ilişkin böylesine önemli bir sonuca ulaşırken bunun doğrudan kanun metninde yer alması gerektiğini düşündüğümüz, en azından kanunun gerekçesinde bir açıklamanın

bulunmasını arzu ettiğimiz yönündedir. Zira, hükümet gerekçesinde ele alınmış olması bizce sistematik açıdan doğru değildir. Bu noktada doğru çözümün, ya her iki maddede de (hem TBK 115 hem 116'da) *“alacaklının borçlunun hizmetinde olması”* ihtimalinin açıkça düzenlenmesi ya da eğer açıkça düzenlenmeyecekse başka bir fıkra ile TBK 115'de geçerli olan bu sınırlamanın yardımcı kişinin fiilinden sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak da geçerli olacağının belirtilmesi olduğuna inandığımızı ve ne yazık ki mevcut durumun kanun koyucunun kanun yapma sürecindeki özensizliğini açıkça gözler önüne serdiğini düşündüğümüzü dile getirmek isteriz.

Borçlu ile alacaklı arasındaki sorumsuzluk anlaşmasından yardımcı kişi de yararlanmalı mıdır sorusuna ilişkin olarak benimsediğimiz yaklaşımsa, baskın olmayan görüşten yana ve yardımcı kişinin de sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabileceği yönündedir. Konum itibarıyla güçlü ve yardımcı kullanmanın nimetinden yararlanan borçlu sorumluluktan kurtuluyorken, güçsüz ve hiçbir nimetten yararlanmayan yardımcının da kurtulabilmesinin sosyal adalet anlayışı ile uyum sağlaması söz konusu düşüncenin temelidir. Bu sonuca ulaşmak adına ilerlenen yolun çatallaştığı (yardımcı kişi yararına sözleşme görüşünün mü yoksa kanun boşluğunun doldurulması görüşünün mü benimseneceği) noktada, (borçlu ve alacaklının ne gerçek ne de farazi iradelerinin yardımcı kişinin söz konusu sorumsuzluk anlaşmasından yararlanmasına yönelmediği dikkate alınarak yardımcı kişi lehine bir sözleşmeden bahsetmektense) kanun boşluğunun normun koruma amacı ışığında doldurulması yaklaşımı tarafımızca benimsenmekte ve bu anlayış çerçevesinde yardımcı kişinin de sorumsuzluk anlaşmasından yararlanabilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

Görüşme yardımcısının fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasının yapılp

yapılamayacağı tartışmasındaysa, kanuni sınırlara uymak kaydıyla sorumsuzluk anlaşması yapılmasına engel bir durumun bulunmadığı düşüncesindeyiz. Aksi takdirde, borçlunun müzakere yardımcısından sorumluluğuna TBK 116'nın ilk fıkrası uygulanırken II ve III. fıkralarının uygulanmıyor olması gibi kendi içerisinde çelişkili bir sonuçla karşı karşıya kalınacak ve müzakereler esnasında yararlanılan yardımcı kişinin fiillerine ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapılamazken, borç ilişkisine dahil olan yardımcı kişinin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılabiliyor olması gibi bir ikilem doğacaktır.

Sorumluluğun hüküm ve sonuçları açısından altı çizilmesi gerekense, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk kurumunun en temelde borca aykırılık teşkil etmesi sebebiyle TBK 114'ün uygulama alanı bulacak olması ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, TBK 116'dan doğan sorumluluk hallerinde de kıyasen uygulanacağı yönündedir.

Borçlu, hiçbir ayırım yapılmaksızın alacaklının tüm zararlarını tazmin yükümlülüğü altına girer. Yardımcının fiillerinden doğan zararlara ilişkin alacaklar 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.

Tazminat miktarının üst sınırı zarar miktarını geçmemek kaydıyla hakim, somut olayın içeriğinde barındırdığı sorumluluğu hafifleten ve ağırlaştıran sebepleri de dikkate alarak tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini belirler.

Her ne kadar ilk planda tazminat sorumluluğu ele alınsa da sorumluluğun hüküm ve sonuçları bundan ibaret değildir. Bunun ötesinde yardımcı kişinin fiili alacaklının sözleşmeyi feshetmesi ya da sözleşmeden dönmesi sonucunu doğurabileceği gibi, ödemezlik definden ya da borçlunun temerrüdünde seçimlik

haklarından yararlanması sonucunu da doğurabilir. Dahası, eğer ki borçlunun gerçek kusuru da mevcutsa, alacaklı doğrudan borçlunun borca aykırılık hükümleri kapsamında da sorumluluğuna başvurabilir.

Her ne kadar TBK 66'dan farklı olarak TBK 116'da borçlu ile yardımcı kişi arasındaki rücu ilişkisi düzenlenmemiş olsa da genel hükümlere göre rücu ilişkisinin kurulması ve yürütülmesi mümkündür. Bu kapsamda borçlu ile yardımcı kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin var olup olmaması rücu ilişkisinin tabi olacağı kuralların belirlenmesinde önem arz eder.

Yardımcı kişinin zarar doğuran davranışının alacaklıya doğrudan yardımcı kişiye başvurma imkanı sağlayacak nitelikte olabileceği ihtimali de göz ardı edilmemelidir. Bu ihtimalde alacaklının hukuken başvurabileceği yollar ikiye katlanır: Hem yardımcı kişiye karşı aralarındaki sorumluluk sebebi kapsamında, hem de borçluya karşı TBK 116 çerçevesinde başvurulabilmesi mümkündür.

Dahası, sorumlulukların yarışması ihtimali de gündeme gelebilir. Bu ihtimalde hakimın görevi, zarar görene en iyi giderim imkanını sağlayacak olan hukuki kuruma dayanarak ilişkiyi hükme bağlamaktır.

Müteselsil borçlular borcun ifasında müşterek şekilde yardımcı kişi kullanarak bu yardımcının fiillerinden TBK 116 kapsamında müteselsil sorumlu olacakları gibi, müteselsil borçluların her biri, üstlenilen işin bir bütünlüğünün bulunması (birlikte hareket etme) kaydıyla diğer müteselsil borçlunun/borçluların yardımcı kişisi de sayılabilir.

Nihayet, tüm bu açıklamalar bir bütün halinde ele alındığında, borçlunun yardımcısının fiillerinden sorumluluğu kurumunun çok sayıda tartışmayı beraberinde getirdiği ve bu tartışmaların doktrinde ciddi görüş ayrılıklarına sebep olduğu görülür. Tartışılmaz olansa kurumun uygulama alanı kapsamında son derece geniş bir yelpazeyi kapsamasıdır. “Vakit nakittir.” anlayışının, sermayenin hüküm sürdüğü dünyada uzak gelecekte dahi ortadan kalkması mümkün gözükmediğinden, bu nakdi sağlamak adına sermaye her zaman yardımcı kullanacak ve bu yardımcıdan sorumluluk her daim hukukun adaleti sağlamak amacıyla el atması gereken bir husus olacaktır. Dahası, insanın sosyal bir hayvan olması gerçeği karşısında bu sosyalliğini tatmin etmek üzere gelişen paylaşıma yatkın karakteri, haklarını kullanırken üçüncü kişileri de bu kullanıma ortak etmesi sonucunu doğuracak ve kullanma/yararlanma yardımcısı kavramı da her daim sosyal hayatın bir parçası olacaktır. Bu sebeptendir ki borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu kurumu dünden bugüne gelmiş, yarında da var olacağı şüphesiz bir hukuki kurumdur.

KAYNAKÇA

Akartepe, A.: *Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler Ve Değişiklikler*, EÜHFD 2012, C. 15, S. 1-2, s. 159-190.

Akıncı, Ş.: Borçlar Hukuku Bilgisi, 9. Baskı, Sayram, Konya 2016.

Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.

Akıntürk, T.: Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971 (Müteselsil Borçluluk).

Akipek, Ş.: Alt Vekalet, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Akkanat, H: Taşeronluk Sözleşmesi, 1. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul 2000.

Akkurt; S.S.: Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Akman, G.S.: Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976 (Sorumsuzluk Anlaşması).

Akman, G.S.: *Tehlikeli ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu*, İÜHFM 1976, C. 42, S. 1-4, s. 423-436 (İşçinin Sorumluluğu).

Akünel, T.: *Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması*, Yargıtay Dergisi 1988, C. 14, S. 3, s. 222-237.

Akyol, Ş.: *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul 2008.

Alınak, M.İ.: *Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)*, İÜHFM 1969, C. 35, S. 1-4, s. 320 – 351.

Altay, S.: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK 66/3), 6098 Sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD 2011, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, s. 173-186.*

Altınok Ormancı, P.: *Zararı Azaltma Külfeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Antalya, O.G.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, İstanbul 2017 (Genel Hükümler Cilt II).

Antalya, O.G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. III, Borçların İfası, İstanbul 2017
(Genel Hükümler Cilt III).

Antalya, O.G.: *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler*, MÜHFHAD 2008, C. 14, S. 4, s. 63-83 (Gelişmeler).

Antalya, O.G.: *Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi*, MÜHF Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul 2008 (Tüzel Kişilik).

Aral, F.: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Atamer, Y. M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996 (Haksız Fiil).

Atamer, Y. M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001 (Sözleşme Özgürlüğü).

Ayan, M.: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara, 1991 (Tıbbi Müdahale).

Aybay, A.: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Balaban M. / Özçetin S.: Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar-Örnek Yargı Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Başalp, N.: Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
(Sorumsuzluk).

Baumert, G.: *İşçi ve Müstahdemlerin İşletme İçindeki ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluk Bakımından Durumları* (Çev.: Dr. İrfan Yazman), AÜHFD 1977, C. 34, S.1, s. 175-184.

Baysal, B.: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur) On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Berki, Ş.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 138, Ankara 1973 (Özel Hükümler).

Berki, Ş.: *İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti*, AÜSBFD 1956, C. 11, S. 3, s. 59-77
(İstihdam Edenlerin Mes'uliyeti).

Bilgili, F. / Demirkapı E.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Bursa 2016.

Birsen, K.: Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul 1967.

Buz, V.: Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler – Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Çelik, N.H.: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Dayınlarlı, K.: Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law/Principes du Droit Europeen du Contrat*), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2005.

Demir, M.: ‘*Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*’, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252 (Hekimin Sorumluluğu).

Demir, M.: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010 (Hastanelerin Sorumluluğu).

Demircioğlu, H. R.: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

Deschenaux, H./Tercier, P.: Sorumluluk Hukuku, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983.

Durak, Y.: *Güven sorumluluğu ve “Culpa in Contrahendo”*, SÜHFD 2017, C. 25, S.1, s. 239-288.

Dural, M.: *Hekimin Sorumluluğu ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası*, MÜHFHAD 2008, s. 153 – 156 (Hekimin Sorumluluğu).

Dural, M. / Ögüz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi

İstanbul 2016.

Erbilen, İ.: *Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, İBD 2018, C. 92, S. 4, s. 167-189.

Erdoğan, İ.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gazi Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2017 (Genel Hükümler).

Erdoğan, İ.: *İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması*, SÜHFD 1990, S. III, s. 135 – 172 (İstisna Sözleşmesi).

Eren , F.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2014 (Genel Hükümler).

Eren , F.: *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (Uygun İliyet Bağı).

Erlüle, F.: *Alt Vekalet*, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi 1999, s. 259 – 271.

Erman, H.: *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1988, s. 143-155.

Ertaş, Ş.: *Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu*, DEÜHFD

1980, C. I, s. 173- 204 (Hekimin Kusurdan Sorumluluğu).

Ertay Ş.: *Borçların ifası ile ilgili Yeni Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi'' Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3 – 4 Haziran 2011, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, İstanbul 2011 (Sempozyum).*

Erten, M. A.: Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara 1977.

Feyzioğlu, F. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul 1977.

Gezder, Ü.: Türk İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta, Ankara 2009.

Gümüş, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2014.

Günay, C.İ.: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015.

Güneş, B. K.: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

Güneş, V.: Türk Borçlar Kanunu ile İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, On İki Levha Yayıncılık, Kasım 2017.

Gürsoy, K. T.: *Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu*, AÜHFD 1973, C. 30, S. 1-4, s. 56-83 (Aynı Zarardan Sorumluluk).

Gürsoy, K. T.: *Haksız Eylemden Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)*, AÜHFD 1951, C. 31, S. 1 (Talep Haklarının Yarışması).

Hatemi, H. / Gökyayla, E.: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2015.

Helvacı, İ: *Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000 – 2010), Kiracının Kiralanan Taşınmazda Meydana Gelen Hasardan Sorumluluğu*, İstanbul 2010 (Hukuki Mütalaalar).

Helvacı, İ: *Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine*, İÜHFM 1997, C. LV, S. 4, s. 145 – 171 (Temyiz Kudreti).

İmre, Z.: *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Halleri III*, İÜHFM 2011, C. 14, S. 3-4, s. 755 – 849 (Kusursuz Sorumluluk III).

İnan, A.N. / Yücel, Ö.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2014.

Kahveci, N.: İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu – Genel Hükümler C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Kaneti, S.: İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları I (1955 – 1964) Borçların Genel Hükümleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1968 (Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964).

Kaneti, S.: *İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve Kanton Mahkemeleri'nin Borçlar Hukuku Kararları* (1958-1959), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011 (Borçlar Hukuku Kararları 1958-1959).

Kaplan, İ.: Banka Sözleşmeleri Hukuku C. I, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1996 (Banka Sözleşmeleri).

Kaplan, İ.: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İmaj Yayınları, Ankara 2012 (Genel Hükümler).

Kaplan, İ.: Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, AÜSBFY, Ankara 1983 (Mimarın Sorumluluğu).

Karahasan, M. R.: Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta, İstanbul 1996 (Sorumluluk 1996).

Karahasan, M. R.: Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta,

İstanbul 2003 (Sorumluluk 2003).

Karahasan, M. R.: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku C. I, Beta, İstanbul 1989.

Kayar, İ.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Detay Yayıncılık, Ankara 2013.

Kayıhan, Ş.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012.

Kıcalıoğlu, M.: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2017 (Genel Hükümler).

Kılıçoğlu, A. M.: *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, AÜHFD 1975, C. 32, S. 1, s. 185-199 (Müteahhidin Borcu).

Kılıçoğlu, A. M.: Sorumluluk Hukuku C. I (Sözleşme Dışı Sorumluluk), Turhan Kitabevi, Ankara 2002 (Sorumluluk Hukuku).

Kırca, Ç.: *6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 2013, s. 23 – 58 (Müteselsil Sorumluluk).

Kırca, Ç.: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004
(Bilgi Vermeden Dolayı Sorumluluk).

Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Hüküm C. I (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme), Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

Koçhisarhoğlu, C.: *Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi*, DÜHFD 1984, C. 2, S. 2, s. 175 – 305.

Koçhisarhoğlu, C./Erişgin Ö.: *Yeni TBK Tasarısı'nda Haksız Fiiller*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2011.

Korur, E.: İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976.

Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2. Bası, Ankara 2013.

Kuntalp, E./Barlas, N./Ayanoğlu Moralı, A./Çavuşoğlu, P./Yaşar, M./Koç, S.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2005.

Narter, S.: Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Nomer, H. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015 (Genel Hükümler).

Nomer, H. N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996 (Maddi Tazminatın Belirlenmesi).

Oğuzman, M. K. / Öz, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013 (Genel Hükümler I).

Oğuzman, M. K. / Öz, M. T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2013. (Genel Hükümler II).

Oktay, S.: *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması*, İÜHFEM 1996, C. LV, s. 264 – 296.

Öğüz, M. T.: *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Açısından ‘‘Emir-Talimat Altında Çalışma’’ ve ‘‘Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması’’ Unsurları Hakkında Değerlendirme*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan Filiz Kitabevi, İstanbul 2013 (Emir-Talimat Altında Çalışma).

Öğüz, T.: Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007. (Vakıf Tüzel Kişiliği)

Öz, T.: İnşaat sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006 (İnşaat Sözleşmesi).

Öztan B.: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982 (İmalatçının Sorumluluğu).

Öztan, B.: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970 (Organ Kavramı).

Reisoğlu, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2010.

Reisoğlu, K.: İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1968.

Remzi, M./Aydın, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2011.

Sağlam, İ.: “*Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012. s. 161-169.

Saymen, F.H. / Elbir, H. K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler C. II, İstanbul 1958.

Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme) C. III, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014 (Genel Hükümler).

Serozan, R.: “*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 (Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi).

Serozan, R.: *Hukukta Yöntem (Methodology in Law)*, YÜD 2013, S. 8, s. 2423 – 2440 (Hukukta Yöntem).

Serozan, R.: *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İstanbul 2015 (Kişiler Hukuku).

Serozan, R.: *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 (Önemi Artan Kavramlar).

Sirmen, L.: *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan AÜHFY Ankara 1972, No. 303.

Şenocak, Z.: *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara 1995 (İfa Yardımcısı).

Şenocak, Z.: *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 1988 (Hekimin Sorumluluğu).

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Ankara 1987 (Özel Hükümler).

Tandoğan, H.: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)*, BATİDER 1968, C. XIII, S. 3- 4, s. 57-90 (Eser Sözleşmesi).

Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1981 (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk).

Tandoğan, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mes'uliyet).

T.C. Adalet Bakanlığı: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara 2008.

Tekinay, S. S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Tercier, P. / Pichonnaz, P. / Develioğlu, H. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt 1-2, (Çev.: Cevat Edege), 1983.

Tunçomağ, K.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 1972 (Genel Hükümler).

Tunçomağ, K.: *Mahkeme Kararları Kroniği-Borçlar Hukuku*, İÜHFM 1963, C. 29, S. 1-2, s. 374-395 (Mahkeme Kararları).

Türkmen, A.: *6098 Sayılı TBK'a göre Organizasyon sorumluluğu (TBK m. 66/III)*, İÜHFM 2012, C. LLX, S.2, s. 257 – 284.

Uluslan, İ.: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları No: 72, İstanbul 1990 (İşçiyi Gözetme Borcu).

Uygur, T.: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku C. III (m. 51-108), Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003 (Sorumluluk ve Tazminat).

Uygur, T.: 6098 sayılı Borçlar Kanunu Şerhi C. I (m. 1-236), Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013 (Şerh).

Ünlütepe, M.: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

Velidedeoğlu, H. V. / Kaynar, R.: Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1957.

Yağcı, M.: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m. 116), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

Yalçınduran, T.: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Yalman, S.: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

Yavuz, C.: “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısına göre Kusursuz Sorumluluk Hâlleri ve İlkeleri*”, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk (Sempozyum Özel Sayısı) MÜHFHAD 2008, C. 14, S. 4, s. 29-61.

Yavuz, N.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C. I (m.1-338), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (Şerh).

Yavuz, N.: Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2018 (Borçlar Hukuku).

Yılmaz, B.: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Yılmaz, S.: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler*, AÜHFD 2010, C. 59, S. 3, s. 551-578.

Yücer, İ.: *Alt Kira*, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, s. 791- 829.

Yünlü, S.: *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

Zekeriya, K.: *Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu*, İÜHFM 2008, C. LXVI, S.1, s. 293-322.

Zevkliler, A. / Ertas, Ş. / Havutçu, A. / Aydoğdu, M. / Cumalıoğlu, E.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.

Zeytin, Z.: *İfa Yardımcısının –Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk*, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.