

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Seda KARA KILIÇARSLAN

Ankara, 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Seda KARA KILIÇARSLAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Ankara, 2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı-Soyad

Prof. Dr. Ahmet KILIÇOĞLU

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Yard. Doç. Dr. Yasemin DURAK

İmzası



EK-5

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(17.../.../2006.)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Sevda KARA KILIÇARSLAN

İmzası



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VIII
GİRİŞ	1
I. Konunun Takdimi.....	1
II. Konunun Sınırlandırılması.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI ESASLAR, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARİHİ GELİŞİMİ, SÜJESİ, KARŞILAŞTIRMALIHUKUKTAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§1. SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI ESASLAR	8
I. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Düzenlenmesi İhtiyacını Doğuran Sebepler	8
A. Adam Çalıştıranın Çalışan Üzerindeki Kontrol Kabiliyeti	8
B. Çalışanın ve Zarar Görenin Korunması.....	10
C. İspat Sorunu.....	12
D. İşbölümün Zarar Rizikosunu Artırması.....	12
E. Sosyo- Ekonomik Sebepler	13
1. Zararın Önlenmesi	14
2. Maliyetin İçselleştirilmesi ve Etkin Riziko Dağılımı.....	15
II. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Temelinde Yatan Düşünceler	16
A. Hakkaniyet Görüşü.....	16
B. Menfaat- Riziko Görüşü	17
C. Sebebiyet Görüşü	18
D. Hâkimiyet Görüşü	19
E. Tehlike Görüşü	19
§2. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	21
I. Genel Olarak.....	21
II. Sorumluluğu AğırлаştırmayaYönelik Görüşler	23

§3. SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ	25
I. Roma Hukuku	25
II. Cermen Hukuku	26
III. 19. ve 20. Yüzyılda Yapılan Kanunlaştırma Hareketleri ve Türk	
Hukukundaki Gelişmeler.....	27
A. 19. Ve 20. Yüzyılda Yapılan Kanunlaştırma Hareketleri	27
B. Türk Hukuku	28
1. 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Öncesi Dönem	28
2. 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu	28
3. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu	29
§4. SORUMLULUĞUN SÜJESİ.....	32
I. Adam Çalıştıran Kavramı	32
II. Tüzel Kişide Adam Çalıştıran Sıfatı	34
A. Genel Olarak	34
B. TBK. m. 66 ve TTK.m. 553/2 Arasındaki ilişki.....	36
III. İşçinin Kiralanması Halinde Adam Çalıştıran Sıfatı.....	38
§ 5. SORUMLULUĞUN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ	
DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	39
I. İsviçre Hukuku	39
A. Genel Olarak	39
B. Sorumluluğun Şartları	42
1. OR. Art. 55	42
2. Reform Önerileri ve VE- OR. Art. 49-49a.....	44
a. Reform Önerileri	44
b. VE-OR 49- 49a	45
aa) VE- OR Art. 49	45
bb) VE-OR Art. 49a.....	47
c) OR 2020.....	48
IV. Alman Hukuku	49
A. Genel Olarak	49
B. Sorumluluğun Şartları	52
V. Fransız Hukuku	55

A.Genel Olarak	55
B. Sorumluluk Şartları	56
VI. Avusturya Hukuku.....	57
A. Genel Olarak	57
B. Sorumluluk Şartları	58
1- ABGB. Art.1315'e Göre Sürekli Olarak Ehliyetsiz Çalışan İçin Sorumluluk	58
2- ABGB. Art. 1315'e Göre Çalışanın Tehlikeye Eğilimi Nedeniyle Sorumluluk	58
3- Çalışanın Kusuru	59
4- İşletme Sahibi Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu	59
C.Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı	60
VI. Common Law.....	62
A. Genel Olarak	62
B. Sorumluluğun Şartları	64

İKİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN TBK m. 66/f.1-2 ÇERÇEVESİNDE ÇALIŞANIN DAVRANIŞLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

§ 5.TBK m. 66/f. 1-2'nin UYGULAMA ALANI.....	65
§ 6. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI	68
I. Genel Şartlar.....	68
II. Özel Şartlar	69
A. Çalışanın Kendisine Verilen İş Yapması Sırasında Zarar Doğması	69
1- Genel Olarak	69
2- Çalışan Kavramı.....	70
3- Çalışanın Adam Çalıştırana Bağımlı Bir Çalıştırma İlişkisinin Bulunması.....	71
a. Genel Olarak	71
b. Bağımlılık İlişkisine Dair Yeni Görüşler.....	74
aa. Genel Olarak	74

bb. Bağımsız Çalışandan Dolayı Sorumlulukla İlgili Görüşler.....	76
4- Zararın İşin Görülmesi Sırasında Meydana Gelmesi (İşlevsel Bağlantı)	78
5- Zararın Üçüncü Kişiye Verilmesi	83
a. Genel Olarak	83
b. Özen Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin TBK. m. 66 ve m. 417	
Arasındaki İlişki.....	84
B. Adam Çalıştırmanın Kurtuluş Kanıtı Getirememesi	85
1. Genel Olarak.....	85
2. Objektif Özen Yükümlülüğü Kavramı	87
a. Genel Olarak	87
b. Objektif Özen Yükümlülüğünün Ana Hatlarının Çizilmesi	92
c. Objektif Özen ve Hukuka Aykırılığın Ayırt Edilmesi	93
aa) Genel Olarak	93
bb) Hukuk Uygulamasında Özen Yükümlülüğü ve Hukuka Aykırılığın	
Ayrımına İlişkin Sorunlar	96
aaa. Mutlak Hakların İhlali ve Özen Yükümlülüğü İhlali Arasındaki	
Kademeli Fark	96
bbb. Hukukça Korunan Diğer Menfaatlerin İhlalinde Özensizlik ve	
Hukuka Aykırılığın karıştırılması: Koruma Normları ve Tehlike	
İlkesi.....	98
ccc. Hukuka Aykırılık Kavramına İlişkin Gelişmeler ve Özen	
Yükümlülüğü Arasındaki Sınırın Belirlenmesi.....	100
ddd. Müspet Sözleşme İhlalinde Özensizliğin (Tehlike İlkesi ile	
Bağlantılı) Hukuka Aykırılığın ve Sözleşmeye Aykırılığın	
Karışması.....	101
3. Objektif Özen Derecesinin Belirlenmesi	103
a. Giriş ve Ekonomik Bakış Açısı.....	103
aa. Giriş.....	103
bb) Özen Kavramının Ekonomik Açısından Açıklanması: Hand Formülü	
.....	106
cc) Ekonomik Analize ve Hand Formülüne İlişkin Eleştiriler	110
b. Özen Yükümlülüğünün Tespitinde Rol Oynayan Kurallar	112

aa) Kalite Yönetim Sistemleri ve Endüstri Standartları	112
bb) Resmi Hükümler ve Talimatlar	113
c. Özen Derecesini Belirlemek İçin Temel Kriterler: Objektif Öngörülebilirlik, Tehlike İlkesi ve Ekonomik Makullük	114
aa) Objektif Öngörülebilirlik	114
aaa) Genel Olarak	114
bbb) Objektif Öngörülebilirliğin Ex Ante ve Ex Post Perspektifle İncelenmesi ve Nedensellik Bağı	117
bb) Tehlikede Bulunma	118
cc) Ekonomik Makullük (Önlenebilirlik)	121
4. Özene İlişkin Kurtuluş Kanıtlarının Konusu	122
a. Çalışanın Seçiminde Özen (Cura in eligendo)	124
b. Talimat Vermede Özen (Cura in instruendo)	125
c. Denetlemede ve Gözetimde Özen (Cura in Custodiendo)	126

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN TBK m. 66/f.3 ÇERÇEVESİNDE İŞLETMENİN ORGANİZASYONU DOLAYISIYLA SORUMLULUĞU

§ 7. ORGANİZASYON SORUMLULUĞU	133
I. Kavram.....	133
A. Organizasyon ve Organizasyon Yükümlülüğü Kavramı	133
1. Organizasyon Kavramı	133
2. Organizasyon Yükümlülüğü Kavramı	137
a. Bağımsız Organizasyon Yükümlülüğü	138
b. Hukuk Kurallarının Emrettiği Organizasyon Yükümlülüğü	140
B. Organizasyon Sorumluluğu Kavramı	140
II. ORGANİZASYON SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ	145
III. ORGANİZASYON SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA ALANI ..	149
IV. ORGANİZASYON SORUMLULUĞUNUN SINIFLANDIRILMASI	150
A. Dar Anlamda Organizasyon Sorumluluğu	151
1. Organizasyon Sahibinin Davranışına Bağlı Olan Sorumluluk Hali	151

2.Organizasyon Sahibinin Davranışına Bağlı Olmayan Sorumluluk Hali	152
B. Geniş Anlamda Organizasyon Sorumluluğu	152
§8. SORUMLULUĞUN ÖZEL ŞARTLARI	153
I. Çalışanın İşletmedeki Faaliyetinden Zarar Doğması	153
A. Genel Olarak	153
B. Bir İşletmenin (Organizasyonun) Varlığı	153
C. Çalışan ve İşletme (Organizasyon) Arasında Bağımlılık İlişkisi	155
D.Zararın İşletme Faaliyet Nedeniyle Doğmuş Olması	157
E. Zarar Gören Üçüncü Kişinin Zararı İspatı	158
II. Adam Çalıştırmanın Kurtuluş Kanıtı Getirememesi: Organizasyonda	
Özen	159
A. Organizasyona İlişkin Özen Yükümlülüğü Kavramı	162
1. Genel Olarak	162
aa. İş Bölümü	164
bb) Uygun Araç Gerecin Kullanılması ve Hazır Bulundurulması	167
cc) Diğer Kuruluş ve Tesislerin Yönetimi	169
dd) İletişim ve Bilgi Akışının Sağlanması	169
2. Bireysel ve Kolektif Özensizlik Kavramları	170
B. Özen Ölçüsünün Belirlenmesi	173
1) Genel Olarak	173
2) Organizasyona İlişkin Özen Yükümlülüğünün Diğer Hallerden Ayrılan Özellikleri	174

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 10. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA TAZMİNAT	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	181
I. Zararın Belirlenmesi	181
II. Tazminatın Belirlenmesi	182
A. Temel Kriter: Durumun Gereği	184
1. Kusurun Ağırlığı	184

2. Özen Yükümlülüğü İhlallinin Ağırlığı	185
B. Tazminattan İndirim Sebepleri	186
1. Adam Çalıştıranın Kusuru	187
2. Çalışanın Kusurlu Olması	188
3. Zarar Görenin Kusurlu Olması	188
4. Üçüncü Kişinin Kusuru	193
5. Beklenmeyen Hal	195
§ 11. ADAM ÇALIŞTIRANIN RÜCU TALEBİ VE MÜTESELSİL	
SORUMLULUK ESASI.....	196
I. Müteselsil Sorumluluk Esası	197
A. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Açısından Müteselsil Sorumluluk	
Durumları	197
B. TBK. m. 62 Hükmünün Uygulanması.....	198
II. Rücu Talebi	199
A. Genel Olarak	199
B. Adam Çalıştıranın Rücu Talebine İlişkin TBK. m. 66/4 Hükmünün Hukuki	
Niteliği	201
C. Rücu Talebinin Kapsamı	201
§ 12. ZAMANAŞIMI VE İSPAT YÜKÜ	202
I.Zamanaşımı.....	202
A. Genel Olarak	202
B. İki Yıllık (Nispi) Zamanaşımı Süresi	203
C. On Yıllık (Mutlak) Zamanaşımı Süresi	204
D. Ceza Dava Zamanaşımı (Olağanüstü)Süresi.....	205
E. Rücu Talebinin Bağlı Olduğu Zamanaşımı	206
II. İspat Yüğü	207
SONUÇ.....	210
KAYNAKÇA.....	214

KISALTMALAR

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABD	Ankara Barosu Dergisi
AD	Adalet Dergisi
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AKÜHFD	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	Artikel
Auf.	Auflage
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht, amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BK	818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Diss.	Dissertation
Dn.	Dipnot

Ebk	eski Borçlar Kanunu
E.	Esas
Et. al.	Et alia
ff.	
HAVE	Haftung und Versicherung
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	Herausgegebenen
JUS	Juristische Schlung
K.	Karar
m.	madde
MÜHF HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	Obligationenrecht Bundesgesetz über Das Obligationenrecht vom 1911
PETL	Principles of European Tort Law
Rdnr	Randnummer
s.	sayfa
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung

T.	Tarih
Vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht



GİRİŞ

I. Konunun Takdimi

İş ilişkilerinin eski çağlardan günümüze kadar halihazırda geçirdiği değişim, tüm hukuk kurallarında olduğu gibi, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde de etkili olmuştur. Özellikle 19. yy'la birlikte sanayi devriminin başlaması iş hayatının seyrini değiştirmiştir. Artık çalışma kavramı ev reisi veya derebeyinin hakimiyeti altındaki kişilerle sınırlı kalmamış; üretim tekniklerinin gelişimine paralel olarak, çalışma ilişkisi bir ürünün en son şeklini alabilmesi için gerekli olan farklı alanlarda birçok kişiyi kapsayacak şekilde anlaşılmıştır. Hiç şüphesiz, bu değişimin belirleyicisi olan en önemli tutamak noktası işbölümüdür. Zira bir toplumda üretici güçlerin ulaştıkları gelişme düzeyi, iş bölümünün ulaştığı gelişme düzeyiyle anlaşılır. Durkheim'ın da belirtmiş olduğu gibi, işbölümü toplumsal evrimin hem nedeni hem de sonucu olarak görülmektedir¹. Gerçekten de işbölümü, en ilkel düzeyden başlayarak her çağda var olan ve dönemine damgasını vuran, dönemin toplum yapısını etkileyen, bununla birlikte günümüz açısından gösterdiği değişim hızıyla adeta son yüzyılın en önemli icadı niteliğini taşıyan bir kavramdır. İki ya da daha fazla insan arasında dayanışma duygusu yaratan ve Marx'ın tanımlamasıyla kafa ve kol emeğinin ayrışması demek olan, iş bölümünün her aşaması, çalışmanın konusu, kullanılan aletler ve üretilen ürünler bakımından bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerini temsil eder². Bir başka deyişle iş bölümün geçirdiği değişim, iş ilişkilerini de (verkehr) değiştirerek oluşur. Bu bakış açısı ile iş bölümü ve üretim yapısı, yalnızca toplumsal ve siyasal yapıya bağlı olarak değişen kavramlar değil, aynı zamanda bu kavramları değiştiren bir olgudur. Dolayısıyla toplumsal değişim, işbölümü kavramının gelişimiyle birlikte ona paralel olarak meydana gelecektir.

Bu itibarla iş bölümünün geçirdiği evreleri incelediğimizde; ilk olarak iş bölümü, en az gelişmiş hali olan ve daha çok hakimiyet ilişkisine dayanan biçimiyle karşımıza

¹ E.Durkheim, **Toplumsal İşbölümü**, Çev:Ö.Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 163.

² K. Marx/F. Engels, **Alman İdeolojisi (Feuerbach)**, Sol Yayınları, Ankara, 2008, s. 41.

çıkılmaktadır. Buradaki dayanışma ilişkisi, aile içinde var olan doğal iş bölümünden ibarettir. Yani mevcut ilişkiler ataerkil aile reisi ve bunların altında aşiret üyeleri ile köleler arasındaki ilişkilerle sınırlı kalır. İnsanlar iş bölümünün gelişmediği böyle toplumlarda uzmanlaşmış bilgi ve becerilere sahip olmaktan ziyade, daha çok genel yeteneklere sahip konumdadırlar. Yani geleneksel toplumlarda kişinin elinden her işin gelmesi beklenir. Pratik olarak bu toplumlarda kişiler kendilerine yetebilmektedirler. Mesela geleneksel toplumlardaki annelik modern toplumlardaki anneliğe oranla daha az uzmanlaşmayı gerektirir³. Daha sonraki aşamada ise, ilkel yapıdan sıyrılan ve daha çok devlet yapısı halini alan siyasal yapı ile birlikte artık maddi ve zihinsel ayrımı yapılan işbölümü ortaya çıkmıştır. Böylece aşiret düzeninden devlete, barbarlıktan uygarlığa geçilerek; eğlence ile çalışmanın, üretim ve tüketimin farklı bireylerin payına düşmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu gelişmelerin ardından bir diğer önemli adım da, sanayi ve ticaretin ayrılması olmuş ve bu ayrışma da, küçük sermayelerle zanaatkarların kurdukları loncalar vasıtasıyla, hiyerarşi doğuran kalfa ve çıraklık ilişkilerini geliştirmiştir. Böylece artık ticaretle uğraşan özel bir sınıfın olması nedeniyle, kentlerin birbirleri arasında olan ilişkileri ortaya çıkmış ve işbölümüne ihtiyaç biraz daha artmıştır. Ancak günümüz haliyle işbölümünden bahsetmemiz 17. yy'da sanayi devriminin kabulüne tekabül etmektedir. Burada büyük sanayi işletmeleriyle birlikte, en karmaşık iş bölümü ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁴. Teknik ilerlemelere paralel olarak, makineleşme hızlanmış, çok daha büyük üretim tesislerinde çok daha fazla sayıda çalışana ihtiyaç duyulmuş ve daha fazla üretim daha fazla sermaye birikimine neden olmuştur. Bu durum ise büyük sermaye sahiplerinin karşısında bir işçi sınıfının doğmasına yol açmıştır. Sonuç olarak, böyle bir ortamda iş bölümü olgusunun biraz daha gelişmesiyle belirli

³ Marx/Engels, s. 41; Durkheim'a göre bu tipteki toplumlarda daha mekanik bir dayanışma söz konusudur. Durkheim'ın bu toplumsal dayanışma biçimini mekanik olarak nitelemesi, bu dayanışma biçiminde cansız bir yapının öğelerini birbirine bağlayan uyuma benzetmesinden kaynaklanmaktadır. Yani toplumu oluşturan kişilerin işbölümüne çok başvurmaması ve aralarındaki iletişimin ya da birbirlerine olan ihtiyaçlarının çok sınırlı olmasını ifade edebilmek için tercih edilmiştir. Bkz. Durkheim, s. 163.

⁴ “Durkheim, iş bölümünün toplum evrimi geliştirdiğini savını ileri sürmekte ve iş bölümünün yoğun olduğu toplumsal yapıları organik dayanışmacı toplum olarak nitelemektedir”, ayrıntılı açıklamalar için, Durkheim, s. 164.

işlerde birlikte çalışan bireyler arasında çeşitli alt bölümler ortaya çıkmış ve uzmanlaşma yoğun bir biçimde hissedilir olmuştur⁵.

Çalışmamızın konusu adam çalıştırmanın sorumluluğu da, bu kapsamda gelişmiş bir iş bölümünün olduğu bir sosyo- siyasi yapının ürünü olarak kabul edilmektedir. Gerçekten üretim tekniklerindeki gelişmeler ile birlikte birçok değişik uzmanlık bilgisine sahip kişi, üretime katılmakta ve böylece herkesin sahip olduğu farklı alanlara has uzmanlık yapısı, toplumdaki diğer kişilerle dayanışmayı, yani işbölümünü zorunlu kılmaktadır. Çünkü artık bir kişinin yürüttüğü faaliyeti tamamlayabilmesi için, mecburen nitelik ve niceliksel olarak artı değerlere sahip üçüncü kişilere başvurması gerekmektedir. Kısaca, üçüncü kişilerin çalıştırılması aslında dayanışmanın yoğun olduğu bir toplumsal yapıda bir anlamda kolaylık; bir anlamda ise gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Zira amacı adaletli bir düzenin sağlanması olan, bu anlamda toplumsal değişimin takipçisi olan hukuk kuralları açısından da, böyle bir düzenleme zaten bir zorunluluktur. Böylece bu gelişmelere paralel olarak adam çalıştırmanın sorumluluğu düşüncesi ortaya çıkmış ve yine gelişmelere paralel olarak çeşitli değişimler göstermiştir. Bu kapsamda ilk olarak 818 Sayılı BK. m. 55⁶ hükmünde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu yürürlük tarihi bakımından daha çok esnaf işletmelerinin hakim olduğu bir sosyo- ekonomik yapıya rast gelmektedir. Söz konusu hükme göre, “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 icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olmayacağını ispat ederse mesul olmaz. İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zarar ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır”. Dolayısıyla artık yapıldığı dönemin koşulları içerisinde, üretim faaliyetlerini yerine getiren kişilere ihtiyaç duyulması ve kişinin yürüttüğü faaliyetleri zihinsel ve maddi yetersizlikler nedeniyle tek başına yerine getirme imkanının olamaması sebebiyle, üçüncü bir kişinin çalıştırılması olgusu ortaya çıkmıştır. Bu durumda ortaya çıkacak aksaklıklar ve verilecek zararların telafi edilebilmesi için, hukuki sorumluluğun klasik anlayışındaki bazı esas ve ilkelerin

⁵ Marx/Engels, s. 92-93.

⁶ S. 818 K.T. 22/04/1926 Borçlar Kanunu.

değişmesi ihtiyacını meydana getirmiştir. Zira “işbölümünün var olması halinde sorumluluk hukuku bütün mutlaklığını yitirecek, adeta kayalıklara çarpacaktır”⁷. Adam çalıştırmanın sorumluluğu da işte bu kapsamda ortaya çıkan, kişinin kendi fiilinden sorumlu olması mantığının dışında hukuki zorunluluktan doğan, üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk kurumunun bir sonucu olarak geliştirilmiştir. Böylece yürüttüğü faaliyeti üçüncü bir kişi aracılığıyla yerine getiren adam çalıştırıcı, bu faaliyet sırasında çalışanın verdiği zararları tazmin etmekle yükümlü olup; gerekli özeni gösterdiğini ispat ettiği takdirde sorumlu olmaktan kurtulacaktır. Sorumlu olabilmesi için ise, ne kendisinin ne de çalışanın kusuru aranan bir şart değildir. Çalışanın payına düşenin üretim ve zahmet; işverenin payına ise tüketim ve hazzın düştüğü düşünüldüğünde adam çalıştırıcının kusuru olmasa bile sorumlu olması fikri adalet duygusuna uygun bir sonuçtur. Ancak adam çalıştırıcı gerekli özeni göstererek sorumluluktan kurtulabildiği için, adam çalıştırıcının özen yükümlülüğüne dayanan bir sebep sorumluluğu olduğu söylenmelidir.

Şimdi bir adım daha atıp, sanayileşen bir toplum düzenine geçtiğimizde, işbölümü ilişkisi giderek karmaşıklaşmış, üretim teknikleri zenginleşip daha fazla çalışanın varlığına ihtiyaç duyulmuş olduğu gözlenmektedir. Bu haliyle adam çalıştırıcının sorumluluğu kurumunun yetersizleşmeye başladığı, mevcut ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğu belirtilebilir. Yani en karmaşık yapısıyla işbölümünün var olduğu sanayileşmenin yoğun olduğu döneme denk gelen adam çalıştırıcının sorumluluğunun mevcut haliyle kalması, oluşabilecek zararların telafi edilebilmemesi tehlikesini doğurmaktadır. Bu sebeple artık hukuk literatüründe adam çalıştırıcının sorumluluğu farklı biçimlerde ifade edilmeye başlanmış; böylece adam çalıştırıcının sorumluluğuna organizasyon sorumluluğu kavramının eklenmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu kapsamda en önemli adımların atıldığı İsviçre ve Alman Hukuk sistemleri başat rol oynamışlardır. Bilhassa TBK m. 66/3 hükmünün İsviçre Hukuku’nda Wüthrich/Wessner tarafından hazırlanan “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Federal Kanuna İlişkin Ön Tasarı” (VE- OR) Art 49/a’dan esinlenerek hazırlandığı önemi çok daha net bir biçimde anlaşılacaktır⁸.

⁷ O. Waespi, **Organisationshaftung, Risiko und Unsorgfalt bei Der Geschäftsherrenhaftung**, Bern, 2005, s. 1.

⁸⁸ P. Wüthrich/P. Wessner, *Revision und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht*, Bern, 2000, s. 54.

Bununla birlikte adam çalıştırmanın sorumluluğunun mevcut düzenlemesinin anlaşılması, yorumlanması ve bazı aksaklıklarının giderilmesi için Alman, Fransız, İngiliz hukuklarının mukayeseli olarak araştırılması gerekliliği göz ardı edilmemelidir. Sonuç itibarıyla 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile mevcut ihtiyaç göz önünde bulundurularak, adam çalıştırmanın sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu yeni düzenleme ile yapılan en büyük değişiklik, klasik anlamıyla adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hükmün Türkçeleştirilmesi ve öğreti tarafından genel kabul görmüş bazı önemli eklemelerin dışında, işletme kavramı içerisinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlenmesi olmuştur. Bu haliyle ihtiyacı karşılamak adına yapılan bir çabadan söz edilebilse de, öte yandan da hukukumuz açısından fazlaca bir tartışmanın yapılmamış ve düzenlemenin oluşması için gerekli olgunluğa erişmiş bir zeminin kurulmamış olması önemli bir handikaptır. Bu vesileyle tezimizin konusunun özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğu olarak seçilmesinde konuya ilişkin uzun uzadıya bir monografik eserin var olmaması ve organizasyon sorumluluğuna dair kuramsal ve pratik tartışmaların tam anlamıyla yaşanmamış olmasının doğuracağı aksaklıkları bertaraf etme gayesi rol oynamaktadır. Böylece konuya ilişkin kavramların netlik kazandığı, belirsizliklerin en aza indirildiği ve mevcut aksaklıkların ortadan kaldırılması için çözüm önerilerinin sunulduğu bir çalışmayı hedeflemekteyiz.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde adam çalıştırmanın sorumluluğunun dayandığı esas, sorumluluğun hukuki niteliği, karşılaştırmalı hukukta sorumluluğun ele alınışı ve sorumluluk süjesi konuları ele alınacaktır. Bu bölümde sorumluluğa ilişkin genel bir tablo çizilmesi hedeflenmiş olup; böylece sorumluluğun öğreti, yargı kararları ve yabancı hukuk sistemleri bir arada ele alınması suretiyle; hukukumuz açısından gerek yoruma ihtiyaç duyulan noktalarda, gerekse tartışmalı noktalarda yol gösterici nitelikte olacağı düşünülmektedir.

İkinci bölümde ise, eBK. m. 55’de genel düzenlemenin karşılığı olan TBK⁹. m. 66/1 ve TBK. m. 66/2 hükümlerine ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Çalışmamızda adam çalıştırmanın sorumluluğunu, “Sorumluluk Hukukunda Yeknasaklaştırmave Revizyona İlişkin Federal Kanuna İlişkin Ön Tasarısına” uygun biçimde iki türde ele

⁹ S. 6098, t. 11.01.2011, Türk Borçlar Kanunu.

alacağız. İşte bunlardan ilki eTBK. m. 55'deki hükmün karşılığı olan adam çalıştırmanın genel sorumluluğu olarak adlandırdığımız bölüm, diğeri ise işletme içerisinde adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu bölümüdür. Her iki tür, sorumluluk niteliği ve şartları konusunda temelde ortak özelliklere sahip olsalar da, bir takım nüanslarla ayrılımları sebebiyle, bu şekilde bir sistematik ile çalışmanın oluşturulmasının, konu bütünlüğünü sağlayacağı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla ikinci bölümde adam çalıştırmanın çalışanların eylemlerinden dolayı genel sorumluluğuna ilişkin hukuki nitelik, sorumluluk şartları ele alınacaktır. Özellikle objektif özen sorumluluğu olarak ele alınan adam çalıştırmanın sorumluluğu için, objektif özen kavramıyla ve adam çalıştırmanın hangi konularda özen göstermesi gerektiği ile ilgili açıklamalar önemli sayılabilecek bir yer tutmaktadır. Böylece yasal bir düzenlemeye sahip olmayan ve buna ilaveten doktrinde de herhangi bir karşılığı olmayan objektif özen yükümlülüğünün ölçüsüyle ilgili var olan açık doldurulmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu incelenecektir. Organizasyon sorumluluğu kavramı çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, kanaatimizce genel bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Organizasyon sorumluluğunu mevcut yürürlük kanununda adam çalıştırmanın sorumluluğu içerisinde yalnızca özel bir türü ele alınmaktadır. Bu sebeple temelde adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında inceleyecek olsak da, yer yer görülen lüzum gereği, genel olarak organizasyon sorumluluğuna değinilecektir. Bu yolla adam çalıştırmanın sorumluluğu içerisindeki özen yükümlülüğünün daha net biçimde anlaşılacağı kanaatindeyiz. İşte bu sebeplerle, aşağıdaki biçimde bir sistematığe yer verilerek üçüncü bölüm ele alınacaktır. Öncelikle organizasyon kavramı ve organizasyon sorumluluğuyla ilgili genel bir takım açıklamalara yer verilecektir. Daha sonra ise, adam çalıştırmanın sorumluluğu içerisindeki türüne dair şartlardan bahsedilecektir.

Nihayet son bölümde ise, adam çalıştırmanın sorumluluğunun hüküm ve sonuçları incelenecektir. Öncelikle adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olduğunda, doğan tazminat belirlenmesi için gerekli olan ölçütler ele alınacaktır. Bu kapsamda, tazminat borcunun kapsamı, takdirinde önemli olan indirim sebeplerinden bahsedilecektir. Ardında ise, sorumluluk hukuku açısından önemli olan müteselsil sorumluluk esası, rücu, ispat yükü, zamanaşımı, kavramları üzerinde durulacaktır.

Çalışmamız, konuya ilişkin görüşlerimize de yer verdiğimiz ve incelememizin genel bir değerlendirilmesinin de yapıldığı sonuç bölümüyle tamamlanacaktır.

II. Konunun Sınırlandırılması

Adam çalıştırmanın sorumluluğu yalnızca özel hukuka özgü olup, benzer nitelikte olan devletin kamu görevlilerinin verdikleri zararlar nedeniyle sorumluluğu bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Kamu hukuku kuralları içerisinde değerlendirilen, devletin kamu hukuksal faaliyet ve tasarruflarında kamu görevlisinin hizmet kusuru niteliğindeki eylem ve tasarrufları sebebiyle, TBK. m. 66 hükümleri kapsamında sorumluluğu gündeme gelmez. Yine kamu görevlilerinin kişisel kusurları nedeniyle sorumluluğu TBK. m. 49 kapsamında olacak ve devlete karşı açılan tazminat davasında devletin rücu imkanı bulunmaktadır¹⁰. Dolayısıyla tezimizde adam çalıştırmanın sorumluluğu, TBK. m. 66'da öngörülen düzenleme kapsamında incelenecek olup, devletin kamu görevlilerinin verdiği zararlar nedeniyle sorumluluğuna yer verilmeyecektir.

Çalışmamızın konusunun çerçevesini belirleyecek bir diğer sınırlama da, adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğuna ilişkindir. Organizasyon sorumluluğunun, birçok nitelikte ve alanda sorumluluğu içine alan genel bir sorumluluk olduğunu düşünmekteyiz. Bizim hukuk sistemimizde yalnızca Borçlar Kanunu kapsamında mevcut bir düzenlemesi olsa da; yabancı hukuk sistemlerinde, öğreti, yargı kararları ve kanuni düzenlemeler neticesinde, organizasyon sorumluluğunun özel hukuk dışında, idare hukuku ve hatta ceza hukuku alanlarına tesir ettiği söylenmelidir. Tezimiz açısından ise, TBK. m. 66 ile sınırlı ele almamız nedeniyle, organizasyon sorumluluğundan, yalnızca adam çalıştırmanın sorumluluğuyla ilgili olarak bahsedeceğiz. Ancak genel bir tablonun ortaya çıkabilmesi için, diğer alanlara ilişkin açıklamalara da kısmen yer vereceğimizi de bu vesileyle belirtmeliyiz.

¹⁰ H. Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 136-138; G. Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 567.

BİRİNCİ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI ESASLAR, HUKUKİ NİTELİĞİ, TARİHİ GELİŞİMİ, SÜJESİ, KARŞILAŞTIRMALIHUKUKTAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§1. SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI ESASLAR

I. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Düzenlenmesi İhtiyacını Doğuran Sebepler

Bu başlık altında, hizmetinde çalışanların verdikleri zararlar sebebiyle adam çalıştıranın sorumluluğunun yasa koyucu tarafından düzenlenmesine neden ihtiyaç duyulduğu sorusuna cevap aranmaktadır. Bu cevabın ortaya konulması sorumluluğun hem düzenlenme amacının hem de mantığının anlaşılması açısından zorunludur. Türk ve İsviçre hukukunda öğretide adam çalıştıranın sorumluluğunun sebebi olarak farklı bakış açıları mevcuttur. Aşağıda bu görüşler incelenecektir¹¹.

A. Adam Çalıştıranın Çalışan Üzerindeki Kontrol Kabiliyeti

Common Law açısından uzun süreden beri hakim olan düşünceye göre, başkasının fiilinden sorumluluğun “(vicarious liability)”nin dayanağı, çalışanın “(servant)”ın adam çalıştıran “(master)” tarafından kontrol edilmesi, yani adam çalıştıranın çalışan üzerinde sağladığı hakimiyettir. Bir kişi bir başkasının yaptığı hareketleri belirleme imkanına sahipse, o takdirde onun vereceği zararlardan sorumlu olması gereklidir¹². Adam çalıştıran da çalışanla arasında bulunan bağımlılık ilişkisi sebebiyle daima onun üzerinde bir nevi güce sahiptir ve onun davranışlarını

¹¹ Waespi, (2005), s. 18; M. Petrin, *Fortentwicklung der Geschaeftherrshaftung in der Schweiz*, Schultess Verlag, St Gallen, 2004, s. 20; E. Von Caemmerer, *Reformprobleme der Haftung für Hilfspersonen*, Tübingen, 1983, s. 290.

¹² W.Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin, 1992, Nr. 1299.

etkileyebilir. Bu ise onun sorumlu olmasına neden olur. Adam çalıştırmanın verdiği talimatlarla ilgili çalışanı kontrol imkanı varsa, o zaman adam çalıştırmanın çalışanı seçme, ona talimat verme, gözetleme yükümlülükleri anlamlı olacaktır¹³. Özellikle adam çalıştırmanın gücü çalışanın ona olan ekonomik bağılılığı düşünüldüğünde daha net bir biçimde görülebilir. Adam çalıştırmanın talimat ve kontrol yetkilerini kullanıp, eksikliklerle karşılaşıldığında çalışanın durumunu ekonomik açıdan etkileyebilecek kişi olması sebebiyle temelde bir güce sahip olduğu kabul edilmelidir. Zarar rizikosunu önleyebilecek imkânlara sahip olmayan bir kişiye, zararı yüklemek, sorumluluk hukukunun zararı önleme amacıyla bağdaşmaz. Çünkü böyle bir durumda, ne zarar rizikosunu etkileyebilme gücü olan, ne de sorumluluğa katlanmasını beklemenin sonuç olarak hakkaniyetli olmadığı bir kişiye sorumluluk sorumluluk yüklenmiş olur. Adam çalıştırmanın talimat alanındaki kişiler sayesinde ekonomik kişiliğinin geliştiği aşıkardır ve böylesi bir faydayı elde eden kişi yerine zarara katlanmayı mağdurdan beklemek adaletli görünmemektedir. Diğer taraftan ise, zararı gerçek anlamda önleyebilme gücü olan kişilere sorumluluk yüklenmezse bu kişiler zararın telafisi için herhangi bir çaba sarf etmeyeceklerdir¹⁴.

Söz konusu düşünceyle ilgili en önemli husus ise, kanaatimizce kontrol gücüne ilişkin alanın sınırlarını çizmekte saklıdır. Kontrol gücüne ilişkin sınır hakimiyet bağı ile açıklanabilir. Von Gierke bu bağı, Roma hukukuna ait olan aile birliği kavramı ile açıklamaktadır. Böylece bugün büyük modern işletmelerde dahi, adam çalıştırın ve istihdam ettiği tüm kişiler arasında tıpkı aile birliğinin üyeleriymiş gibi böylesi bir hakimiyet bağının olduğundan söz edilir¹⁵. Benzeri şekilde Ostwald da, hakimiyet bağına ilişkin önemli açıklamalarda bulunmaktadır. Yazara göre hukuki birlikler, “Genossenschaft” yani tüzel kişiliğe sahip mesleki birlikler ve “Herrschaftsverbaende” (hakimiyet birlikleri) şeklinde teşekkül eder. Yazar adam çalıştırının sorumluluğuna uygun şekilde bağımlılık esası olan ilişkileri, hakimiyet birliği kavramı ile açıklamakta olup, bu ilişkilerde üyeler, münferit bir kişi lehine

¹³ K. Spiro, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern, 1984, s. 79.

¹⁴ K. Otfinger/ E. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II, T. I, Besonderer Teil**, Zürich, 1995, § 20, N. 11; E. Deutsch, **Allgemeines Haftungsrecht**, Köln, 1996, N. 539 f. ; Petrin, s. 21-22; Ö. Yücel, **Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 50-51.

¹⁵ O. Von Gierke, **Die Genossenschaftstheorie und Deutsche Rechtsprechung**, Berlin, 1887, Hildesheim, 1963, s. 802.

arka plana çekilirler¹⁶. Ostwald “hakimiyet bağı” kavramının geleneksel biçimde anlaşılmasının sorumluluğa ilişkin tüm durumları kapsamayacağından hareketle, işletme kavramını görüşlerine eklemiş ve işletme kapsamındaki tüm üyeleri ve işletme sahibi arasındaki ilişkiyi de sorumluluk dayanağı olarak görmüştür¹⁷. Böylece üçüncü bir kişiyi kendi işletmesi sahasında kullanan ve onların hizmetinden faydalanan kişinin çalışanların verdikleri zararlar sebebiyle sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüştür. Ostwald’ın açıklamaları özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğunun modern zamanlara uyarlanmış biçimi olan işletmelerdeki sorumluluk yapısını açıklamaya yardımcı olacak niteliktedir. Gayler ise, zarar veren olayın, adam çalıştırmanın sorumluluğunda, “Rechtsgenossen”’in irade merkezindeki eylem gibi sorumluluğa sebep olmayacağı gerekçesiyle bu görüşe itiraz etmektedir¹⁸. Gayler “Rechtsgenossen”’in irade merkezindeki davranışın dış alana etki ettiği, adam çalıştırmanın, eşya ve kişiler üzerinde fiilen kendi iradesinin etkin olduğu alanının, adam çalıştırmanın sorumluluğunu türetmediğini ileri sürmektedir¹⁹.

B. Çalışanın ve Zarar Görenin Korunması

Sorumluluğun haklılık sebebini oluşturacak diğer bir gerekçe, çalışanın ve zarar görenin menfaatleridir. Ekonomik güç dengesi karşılaştırıldığında, adam çalıştırana nazaran çalışanın gücü daha zayıftır. Çalışanın yapmış olduğu işin oluşturabileceği zarar potansiyeli, onun kendisinden tek başına tazmin etmesi beklenemeyecek kadar çoktur. Dolayısıyla zarar gören üçüncü kişinin taleplerine cevap vermekten uzaktır²⁰. Zaten genel durumun aksine adam çalıştırana oranla ekonomik açıdan daha zayıf çalışanın zarara yönelik tazminat talebi ile karşı karşıya kalması adalet duygusuna uyan bir yaklaşım olmayacağı gibi, adam çalıştırmanın menfaatine yapılan bir iş için böyle bir fedakârlığı çalışandan beklemek haksızlık

¹⁶ W. Ostwald, **Die Erfüllungsdienner**, Berlin, 1920, s. 31 vd.

¹⁷ Z. Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara, 1985, s. 20-22.

¹⁸ E. Gayler, **Die Ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen**, Zurich, 1944, s. 69; Waespi, 2005, s. 18.

¹⁹ Gayler, s. 69 ff. Ayrıca bkz. Waespi, (2005), s. 18.

²⁰ V. Caemmerer, Reformprobleme Der Haftung Für Hilfspersonen, **ZfRV**, 1973, s. 247; Oftinger/Stark, §20, N. 11, 96; Petrin, s. 23.

olacaktır²¹. Von Gierke de bu konuda, adam çalıştıranın çalışanın davranışı için haksız fiil sorumluluğunu, sosyal adalet talebinin bir gereği olarak gördüğünü belirtmiştir²². Çünkü çalışanın adam çalıştıran için kullanılmasıyla işin yerine getirilmesi sağlanmasaydı, çalışanın böyle bir sorumlulukla karşı karşıya kalması da söz konusu olmazdı. Yani sorumluluk için çıkış noktası, çalışanın kullanımı olduğuna ve bu durumdan yararlanan kişi adam çalıştıran olduğuna göre, sorumlulukla karşı karşıya kalan kişi adam çalıştıran olmalıdır. Ayrıca benzer şekilde işletmelerde adam çalıştıranın sorumluluğunun uygulanmasında da, yine çalışanın davranışları ve yapılan işin çalışan aracılığıyla yapılıyor olması adam çalıştıranın menfaatine yüksek üretim potansiyeline ulaşmayı sağladığı için, karşılaşılan zararı da yine adam çalıştıranın telafi etmesi lazım gelir. Sonuçta her ne kadar işletmelerde makine kullanımı daha ağırlıklı olsa da, zarara bir kısım kişilerce insan ve makinenin bir arada kullanımı sonucunda sebebiyet verilmesine rağmen, sorumluluk, topluluk halinde işletmenin bütününden dolayı ortaya çıkmaktadır²³.

Diğer taraftan çalışanların eylemlerinden zarar gören üçüncü kişilerin adam çalıştırana başvurması, çalışana başvurmasına oranla daha avantajlıdır. Üçüncü kişinin öncelikle bir topluluk içerisinde zarar veren çalışanı bireysel olarak tespit etmesi, sonrasında ise ona karşı tazminat talebinde bulunup zararını tazmin ettirmesi zordur²⁴. İlkinin sebebi büyük organizasyonlar düşünüldüğünde çalışanın kusurunun tespit edilmesinin zorluğu, diğer ifadeyle kusurun buharlaşma eğiliminde olmasıdır. İkincinin sebebi ise çalışanın bu tazminatı karşılamasının ekonomik açıdan adam çalıştırana nazaran zorluğudur²⁵. Adam çalıştıranın finansal gücü çalışana göre çok daha yüksektir (Deep pocket²⁶). Zarar görenin tazminat talebi, çalışana karşı tahsil edilememe tehlikesi nedeniyle işlevsizdir. Şüphesiz tahsil edilememe tehlikesi

²¹ Waespi, 2005, s. 19.

²² Von Gierke, s. 26; Aynı yönde Bkz. Petrin, s. 23.

²³ Von. Caemmerer, s. 248; Petrin, s. 23-24.

²⁴ T. Guhl/ A. Koller, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auf., Zürich, 2000; § 25, N.5; H. Kötz, *Deliktsrecht*, Band. 8, Frankfurt Am Main, 1983, s. 97- 102; Petrin, s. 23-24; Waespi, (2005), s. 18-19.

²⁵ Oftinger/ Stark, § 20, N. 11; Petrin, s. 23-24; Waespi, (2005), s. 18-19; G. Baumert, Çev. İ. Yazman, *İşçi ve Müstahdemlerin İşletme İçindeki ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluk Bakımından Durumları*, **AÜHFD**, C. 34, S. 1, 1977, s. 178.

²⁶ Mali açıdan refah seviyesi yüksek, zengin kişileri bilhassa patronları ifade etmek için kullanılan bir terimdir.

yalnızca çalışana yöneltilen davalar için değil; adam çalıştırana yöneltilen davalar için de muhtemeldir. Sonuçta her ne kadar adam çalıştırana ekonomik gücü çok daha yüksek olsa da, istisnalar pek tabi mümkündür. Birçok işletme, büyük kuruluşlar da iflas edebilme potansiyelini ticari hayatın sonucu olarak taşımaktadır. Dolayısıyla bu gerekçenin her zaman için geçerli bir durum olmadığını, fakat kural olarak böyle bir kabulün de olduğunu belirtmemiz gerekir. Sonuç olarak ekonomik gücü genellikle yüksek olan adam çalıştırana karşı davanın ilk elden açılmasının, zararın telafisinin bu şekilde daha ucuza malolması ve tahsil kabiliyetinin yüksek olması nedeniyle zarar görenin menfaatine olduğunu söylemek yanlış olmaz²⁷.

C. İspat Sorunu

Özellikle işletmeler esas alındığında, adam çalıştırana çalıştırdığı kişilerin saydam bir yapı içerisinde görev almadığı, zarara kimin sebebiyet verdiğinin tespitinin bu nedenle çok kolay olmadığı dikkat edilmesi gereken bir husustur²⁸. Zarar görenden zararının karşılanması için bu şekilde sorunlu bir yolu seçmesini istemek ya da ondan böyle bir dezavantajı üstlenmesini beklemek adil değildir. Buna karşılık adam çalıştırana çoğunlukla çalışanla olan ilişkileri, işletme içerisindeki koşullara hakimiyeti ve koşullar hakkındaki bilgisi, zarara görene oranla daha fazladır. Bu nedenle mevcut düzenlemede olduğu şekliyle, zarara uğradığını ve zarara, adam çalıştırana yardımcı kişinin kendisine verilen işin görülmesi esnasındaki fiilinin sebebiyet verdiği hususundaki ispatın zarar görene ait olduğu, fakat bu sorumluluğun bertaraf edilebilmesinin adam çalıştırana ait olduğu bir sorumluluk şeklini benimsemek zarar görenin lehinedir²⁹.

D. İşbölümün Zarar Rizikosunu Artırması

Borçlar hukukunun genel prensipleri neticesinde işin bizzat borçlu tarafından yerine getirilme zorunluluğunun olmaması sebebiyle, adam çalıştırana yaptığı işi

²⁷ Von Caemmerer, s. 248; H. Maag, *Zivilrechtliche Haftung für Schädliches Verhalten Dritter*, Zürich, 1924, s. 91; Gayler, s. 66; Petrin, s. 23-24; Waespi, s. 18-19

²⁸ H. Nater, *Die Haftpflicht Des Geschäftsherrn Gemass OR 55 Angesichts Der Wirtschaftlich Technischen Entwicklung*, Bern- Frankfurt, 1971, s. 35.

²⁹ Rey, N. 897; A. Bieder, *Die Haftung Für Fremde Unerlaubte Handlungen Nach Dem Schweizerischen Obligationenrechte*, ZSR, 1886, s. 373.

Çalışanları aracılığıyla yapması mümkündür. Adam alıştırının nc kişilerin hizmetlerinden yararlanması onun menfaatinedir. Çünkü adam çalıştırının irade kudretinin artmasının kişisel varlığa ilişkin bir değer artışı olduğu düşünüldüğünde, bu yolla adam çalıştırının kişiliğinin, bu kişiliğin irade faaliyetine vasıta olarak hizmet eden başka kişilerce geliştirildiği de kabul edilmelidir³⁰. Diğer taraftan doğal olarak işin görülmesinin nc kişilere verilmesinde adam çalıştırının olduğu kadar, alacaklının da menfaati olduğu aşıkrdır. Fakat bütün bu olumlu yanlarına rağmen, adam çalıştırının işi kendisinin yerine getirmesiyle kıyaslandığında çalışanın yapmasının daha fazla zarara sebep olduğu göz ardı edilmemelidir. Çünkü iş bölümü ile zarar rizikosu artmaktadır. Özellikle başkasına talimat verilerek yapılan bir işte yani yetki devri söz konusu olduğunda, nc kişiler artan çapta bir tehlikeyle karşı karşıya kalır. Zira yardımcının elinde yapılan iş, adam çalıştırının elinde yapıldığı gibi olmaz; arada verilen talimatlar, iletişim problemleri, koordinasyon eksiklikleri sebebiyle zarar doğurmaya daha elverişlidir. Bununla birlikte bazı yazarlar, işletme söz konusu olduğunda büyük işletmelerin bünyesindeki karışıklığın bu iddiayı haklı göstermesine rağmen, özellikle çalışanın katılımının ne ölçüde tehlikeyi artıracadıının belirsiz olması sebebiyle bu görüşle ilgili çekincelerini ileri srmřlerdir³¹. Hatta bu çekinceyi daha da ileri götürürsek; birden fazla kişinin bir görevi ifa etmesinin, ara kadro çalışanların varlığı da düşünüldüğünde birden fazla gözetleyen gzn olması ya da dikkatin varlığının, zararı azaltıcı etkiye sahip olduğu da sylenabilir³².

E. Sosyo- Ekonomik Sebepler

Bu başlık altında, adam çalıştırının sorumluluğunun kabulü için, son zamanlarda hukuk bilimi içerisinde konuşulan, ekonomi bilimine ait verilerin kullanıldığı ve bu verilere bağlı olarak hukuk bilimi için bir takım sonuçlar elde edilebilen, hukukun ekonomik analizinin ortaya çıkarmış olduğu sebeplerden bahsedilecektir. Hukukun ekonomik analiziyle haksız fiil, sorumluluk hukuku

³⁰ Karş. şenocak, s. 20.

³¹ Burckhardt, C. CHR, Die Revision Des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht Auf Das Schadenersatzrechr, **ZSR**, 1903, s. 469 ff, naklen, Waespi, (2005), s. 20.

³² Gayler, s. 23.

açısından yapılan incelemeyle bazı verilerin elde edilmesi, yeni sayılabilecek, tartışmalara açık ve son zamanlarda bir o kadar da dikkat çeken bir yaklaşımdır. Aşağıda yeri geldiğinde daha ayrıntılı olarak ifade edeceği gibi, kanaatimizce her ne kadar topyekun kabulü mümkün görünmese de, hukukun ekonomik analizinin haksız fiil ve sorumluluk hukuku, hatta daha spesifik olarak yaklaşırsak adam çalıştırmanın sorumluluğuyla ilgili ortaya çıkan aksaklıklara ilişkin belli başlı çözümler bulabilecek nitelikte fikirleri göz ardı edilmemelidir; Yardım sağlayacak ilkelerinden hukuk bilimi içerisinde faydanılmalıdır.

1. Zararın Önlenmesi

Ekonomik analizin sorumluluk hukuku açısından en önemli konusu ve amacı zararın önlenmesidir. Zira sosyal maliyetlerin en asgari seviyede tutulması ve böylece sosyal refahın artırılabilmesi için ortaya çıkacak olan zararları da en asgariye indirmek ve maddi anlamda bir kayıp yaratmamak gerekir. Adam çalıştırmanın çalışanı kontrol edebilmesi, çalışanın göstereceği özendeki etkisi, çalışanın malvarlığının zarara neden olma potansiyeline oranla daha az olması, ekonomik açıdan zararın önlenmesi için de bir nedendir³³. Çalışan zarara sebebiyet verdiğinde bu zararın üstesinden gelme imkanı çoğunlukla yoktur. Dolayısıyla mesele zararın oluşmasını engellemek, zararı daha başından bertaraf etmektir. Böylece özenli davranışın teşviki, potansiyel zararı engellemek için uygun önlemler almak haksız fiil hukuku için bilhassa önemlidir. Zararın gerçekleşmesini önleyebilecek nitelikte önlemleri alabilecek ve bu önlemleri en iyi biçimde kontrol edebilecek kişi de adam çalıştırandır. Öncelikle adam çalıştırmanın menfaatine yapılan bir işten söz ettiğimiz için, daha sonra ise kendisine ekonomik anlamda bağımlı olarak çalışan kişiler üzerinde var olan otoritesi nedeniyle adam çalıştırıcı böyle bir güce sahiptir. Veleve ki adam çalıştırıcı kendi menfaatine yürütülen işler esnasında oluşan zararlar nedeniyle sorumlu olmasaydı, zararın ortaya çıkması onun açısından herhangi bir maddi

³³ H. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996, s. 35; Y. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 98; K. C. Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 152.

yükümlülük doğurmayacağından, zararın önlenbilmesi bakımından yeterli bir motivasyona da sahip olmayacaktı³⁴.

2. Maliyetin İçselleştirilmesi ve Etkin Riziko Dağılımı

Bu başlık altında yapılacak olan açıklamalar fayda ve riziko prensibinin ekonomik analiz üzerindeki iz düşümüdür. Adam çalıştıran maliyete bağlı olarak ücreti belirleyen kişi olarak, sorumluluğu başka kişilere dağıtabilme şansına sahiptir. Ekonomi öğretisine göre ürünün fiyatı üretilen ürünler veya yapılan hizmetlerin maliyetlerine bağlı olarak belli olacağından, adam çalıştıran bu maliyeti bu fiyatlara yansıtmıştır. Kullanılan üretim tekniği, hammadde, ürün tehlikelere açık ise bu tehlikeleri önlemek için başvurulacak önlemler ürünün toplam maliyetini oluşturmakta ve bu maliyet ortaya çıkan ürünün kalitesi, sağlayacağı faydaya bağlı olarak alıcıların talebini sağlayacak nitelikteki bir fiyata dahil edilmektedir. Örneğin aynı ürünü üreten iki firmadan A, B firmasına göre daha uzun süreli ve dolayısıyla ucuz bir üretim tekniğini seçerek, ürün maliyetini daha aza getirmesine rağmen, B'ye oranla yüksek bir fiyat uygulaması yaptığında, alıcıların talebi düşük olacaktır. Sorumluluğun adam çalıştıranı yükleniyor olması demek, onun sorumluluk sonucuna tek başına katlanıyor olması anlamına gelmemektedir. Sorumlu olacağı miktarın bir kısmını ürün ve hizmet fiyatlarına yansıtarak kamuya yüklerken, diğer kısmını da ücretlerinde yaptığı kesintilerle çalışanlara yükleyecektir. Adam çalıştıranın maliyeti içselleştirme gücü olduğu için, başka bir ifadeyle düşük bir maliyetle sorumluluğu daha geniş bir topluluğa aktarabilme gücü olduğu için, sorumluluk rizikosunun çalışana değil, adam çalıştıranı yüklenmesi gerekir³⁵.

Öte yandan, sorumluluk için ileri sürülen bir başka gerekçe de etkili riziko dağılımının sağlanmasıdır. Faydacı bir yaklaşıma göre, birçok sayıdaki kişinin neden olduğu dağıtılmış zarar, tek bir kişinin neden olduğu büyük zarara göre daha iyidir. Çalışma hayatına yakından bakıldığında, özellikle işletmeler içerisinde yaşanan zarar verici olaylarda sorumluluk rizikosunun topluluğun bir kısmı üzerinde dağıtıldığı görülmektedir. Kural büyük çoğunluğun adam çalıştıran için çalışması olduğuna göre, sorumluluk rizikosunu da bizatihi adam çalıştıran üstlendiğinde; makro

³⁴ R. A. Posner, *Economic Analysis Of Law*, 1998, s. 188; Von Caemmerer, s. 247; Petrin, s. 25-26; Kötz.

³⁵ Petrin, s. 27.

ekonomik olarak ucuz maliyetlerle büyük topluluğa sorumluluğu kolaylıkla dağıtılabilir. Bu nedenle adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışana oranla daha az maliyetlidir³⁶.

II. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Temelinde Yatan Düşünceler

Adam çalıştırmanın, çalışanlarının (yardımcı kişilerinin) verdikleri zararlardan dolayı kusursuz sorumluluğunu haklı kılan, bir başka ifadeyle adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin temelinde yatan ilkeler sorumluluk hükmünün amacının anlaşılması açısından önemlidir. Aşağıda bu konuda Türk ve İsviçre hukukunda öne sürülen ve adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin haklılık sebebinin tespitinde bir arada dikkate alınması gereken görüşler ele alınacaktır³⁷.

A. Hakkaniyet Görüşü

Adam çalıştırmanın, kusuru olmaksızın çalışanlarının üçüncü kişilere verdikleri zarar nedeniyle sorumlu olması, diğer tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi hakkaniyet görüşüne dayandırılmaktadır³⁸. Genel olarak “somut olaydaki adaleti” sağladığı için adaletle bağdaştırılan fakat hiçbir zaman birbiriyle aynı anlama gelmeyen hakkaniyet kavramı, Aristoteles’e göre doğru hukukun uygulanmasıdır. Bu kavramdan yola çıkıldığında hukukumuz açısından aslolanın kusur sorumluluğu olması, kusurun sorumluluğun doğumu için gerekli bir unsur olması, daha doğru bir ifade ile kusurun olmaması nedeniyle sorumluluğun kabul edilmeyişi adaletli bir sonuca yol açmaz. Dolayısıyla hakkaniyet gereğince kanunun özüne uygun biçimde kusursuz kişilerinde bazı durumlarda sorumluluğunun kabulü

³⁶ H. B. Schaefer/ O. Claus, *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, et al, 2000, s. 353. Ayrıca bkz. Petrin, s. 28-30.

³⁷ K. Zweigert, *Einführung in Die Rechtsvergleichung auf Dem Gebiete Des Privatrechts*, Tübingen, 1971, Petrin, s. 33.

³⁸ Eren, F. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, 2015, s. 619; Guhl/Merz/Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8. Auf, Zurich, 1991, 189; Oğuzman/Öz, s. 565; R. Brehm, *Obligationenrecht Band VI. 1. Abteilung, 3. Teilband, Die Entstehung Durch Unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61, OR. 3. Auflage, Bern, 2006, Art. 55, N.4; Rey, N. 897; H. Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981, s. 56; Z. İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul, 1949, s. 144.

gerekir. Öyle ki, bazı durumlarda zarara, zarar görenin katlanmasını (casum sentit dominus) beklemek hakkaniyete aykırı düşer ve adaletli bir sonuç için başka sorumluluk ilkeleriyle kişinin kusuru olmasa dahi sorumlu olması sağlanmalıdır.³⁹.

B. Menfaat- Riziko Görüşü

İş bölümünün var olduğu ve yürüttükleri iş sırasında başkasının hizmetinden yararlanan kimseler, bu sebeple sağladıkları faydaya karşılık olarak, oluşacak zararları da üstlenmelidirler⁴⁰. Bu düşünceye göre, menfaat kimde ise, oluşan zarar rizikolarına da o katlanmalıdır⁴¹. Hiç şüphesiz ki, adam çalıştıran, üçüncü kişilerin faaliyetlerinden yararlanarak, yürüttüğü işi daha kolay yerine getirir. Hatta bazı durumlarda yapılan iş, tek bir kişinin üstesinden gelemeyeceği büyüklükte olabilecektir. Böylesine bir menfaat elde eden kişi, olumsuz sonuçlara kendisi katlanmalıdır. Aksi durumun kabulü ile olumsuz sonuçların başkası tarafından üstlenilmesi adalet duygusunu zedeler. Dolayısıyla adam çalıştıran kendisinden beklenen biçimde özenli seçim, gözetim ve talimatı yerine getirecek; eğer gereken biçimde özenli davranmazsa elde ettiği menfaata karşılık oluşacak tehlikelerden sorumlu olacaktır⁴². Adam çalıştıran büyük işletmelerde bu yükümlülüklerini bizzat yerine getirmek yerine ara kadrolarda çalışan yöneticiler vasıtasıyla yürüttüğü takdirde ise, bunun sonucu olarak da üçüncü kişilerin zararlarına bağlı riskleri taşınmalıdır⁴³.

Menfaat- riziko görüşü, bir anlamda nimet- külfet dengesinin kurulmasını arzu eder⁴⁴. Ancak bu görüşe karşı yöneltilen eleştirilerin de en önemli itirazı, menfaatin hangi kapsamda mütalaa edileceğidir. Çok subjektif biçimde

³⁹ S. Nart, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu, Hakkaniyet Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014; s. 57-58; Yücel, s. 40.

⁴⁰ “Gülü seven dikenine katlanır” atasözüyle, adam çalıştıranın elde ettiği menfaati karşısında, karşılaştığı zarara katlanması durumu ifade edilmiştir. Bkz. Baumert, Çev. Yazman, s. 175; Fikentscher, Nr. 1299.

⁴¹ A. Furrer/M. Müller-Chen, **Obligationenrecht- Allgemeiner Teil**, Schultess Verlag, 2008, Art. 55, Nr. 6; C. Müller, **Obligationenrecht, Allgeme Bestimmungen**, 2012, s. 361.

⁴² Şenocak, s. 28-29; M. Tiftik, **Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 29; Yücel, s. 46.

⁴³ H. Hausheer, Neuerungen bei den Haftungsgründen, **SVZ** 1997, s. 26.

⁴⁴ Şenocak, s. 31

değerlendirildiğinde uçsuz bucaksız bir menfaat kavramı ile karşı karşıya kalınır. Ancak menfaat düşüncesini geniş anlamda anlamamak, dengeyi bir tarafın gelir elde ederken, diğer tarafı (başkalarını) yoğun bir zarara uğratabilecek tehlikelere maruz bırakmamak şeklinde kurmak gerekir⁴⁵.

C. Sebebiyet Görüşü

Genel olarak, sebebiyet görüşü uyarınca sorumluluğun doğması için, sorumlu olan kişinin hukuka aykırı olarak zarara sebep olması yeterlidir; ayrıca kişinin kusuru sorumluluk için aranan bir kriter değildir. Böylece zarar verici davranış ile zarar arasında uygun nedensellik bağı kuruluyorsa, sorumluluk, oluşumunu zorlaştırıcı başkaca bir şarta bağlanmaksızın doğmuş olacaktır. Sebebiyet görüşünün gelişimi, modern üretim yöntemlerinin, teknik gelişimin ve sanayileşmenin artmasının bir sonucu olup, Roma hukukuna özgü kusur prensibine oranla daha objektif unsurların varlığına bağlıdır⁴⁶.

Bu görüş çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu tartışmalı da olsa, olağan sebep yani kurtuluş kanıtına imkan veren ve objektif bir özensizliğin sonucu olan bir sorumluluk şeklidir. Dolayısıyla adam çalıştırıcı, şayet objektif bir değerlendirmenin sonucunda özensiz davrandığı kabul edilirse, yani oluşan zararı engellemek için gereken özeni gösterdiğini ispat edemezse sorumlu olacaktır⁴⁷. Kusuru olmasa dahi böylesi bir sorumluluğu taşıması, zarar görenden bu zararın sonuçlarına katlanmanın beklenmesinin hakkaniyete uygun olmamasıdır. Çünkü zararın mağdur üzerinde kalması, yani ateşin düştüğü yeri yakması (casum sentit doninus), toplum yapısının modernizasyonu ile artık kabul edilmez bir sonuçtur ve zarar görenden bu sonuca katlanmasını beklemek adaletle ters düşecektir. Her ne kadar toplum halinde yaşamının gereği olarak bazı bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı oluşacak zararları karşı tarafın üstlenmesini fedakarlığın

⁴⁵ Tiftik, s. 29.

⁴⁶ K. Otfinger, **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allg Teil**, Zurich, 1995, s. 20; Tiftik, s. 28; S. Saraç, **Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 19.

⁴⁷ A. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Ankara, 2015, s. 335.

denkleştirilmesi ilkesince beklemek olağan olsa da, bu ilkenin sınırının üstünde fedakarlığı beklemek de yanlıştır⁴⁸.

D. Hâkimiyet Görüşü

Çalışanın üçüncü kişiye zarar veren davranışı nedeniyle adam çalıştırıcı sorumlu tutmanın temelinde yatan görüşlerden bir diğeri de hakimiyet ilkesidir. Zira adam çalıştırıcı kendi riziko alanını, denetleyebilen, çalışanların davranışlarını işletme ve mevcut araç gereci kontrol edip zararı önleyebilen kişi olduğu için, sorumluluğu da onun üstlenmesi gereklidir. Rizikoya en iyi şekilde hakim olabilen, zararı önleyebilen kişi sorumluluğu taşımalıdır; çünkü zarara etki edebilecek kişiye sorumluluğun yükletilmesi bu zararın önüne geçilebilmesinin de bir yöntemidir. Aksi halde zarar gören ortada kusur olmaması sebebiyle sorumluluğa katlanmak zorunda kalsa, ne adam çalıştırıcı için caydırıcılık oluşur, ne de sosyal adalet sağlanmış olur⁴⁹.

E. Tehlike Görüşü

Başkası için tehlikeli bir durum yaratan ve bu tehlikeli durumdan yararlanan kişinin oluşması muhtemel zararı üstlenmesi düşüncesine dayanan tehlike görüşü, temel olarak menfaat- tehlike görüşünün adeta bir uzantısıdır. Çünkü gerek işletme içerisinde, gerekse işletme seviyesine ulaşmayan bir seviyede üçüncü bir kişinin hizmetinden yararlanan kimse, bu anlamıyla ekonomik bir menfaat elde etmekte olup, kendisinden elde ettiği bu menfaate karşılık da oluşabilecek zararları üstlenmesi beklenir. Tehlike görüşünün temel mantığı fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanmaktadır⁵⁰. İnsanların, bir arada yaşama zorunluluğu, elbette birbirlerinin yaşam alanlarına yapılan müdahaleleri de beraberinde getirecektir. Hukuk işte bu gibi durumlar da oluşabilecek müdahaleleri önlemeye çalışmakta ve eğer mümkün değilse, oluşacak müdahalelerin sınırını çizmektedir. Zira büyük üretim tesislerinin, işletmelerin olmadığı, teknolojik gelişmelerin kullanıldığı ulaşım

⁴⁸ Tiftik, s. 28; Ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Uluşan, **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 282- 283.

⁴⁹ Tiftik, s. 30; Yücel, s. 50.

⁵⁰ Uluşan, s. 48.

araçlarının, üretim yöntemlerinin, araç gereçlerin kullanılmadığı bir yapı modern toplum yapısı içerisinde yer alamaz. Söz konusu faaliyetler bu yapının vazgeçilmezleridir. Dolayısıyla kişilerin güvenliği ve tehlike içerebilen işletme faaliyetleri arasında bir denge kurulmalıdır⁵¹. Bu denge ise, bir taraftan zarar gören kişilerin menfaatinin korunması adına katı bir sorumluluğun geliştirilmesi, diğer taraftan ise belirli şartlar altında tehlikeli faaliyetlerin yürütülmesine müsaade edilmesiyle kurulabilir⁵².

Tehlike görüşü, genellikle uygulamada ve öğretilde, işletme tehlikesiyle (betriebsgefahr) ilintili ele alınan ve daha dar bir anlamı olan tehlike ilkesi⁵³ kapsamında mütalaa edilmiş ve uygulama imkânı bulmuştur⁵⁴. Bu anlamıyla öğretilde, “tehlikeyi uzaklaştırma yükümü” olarak da ifade edilmiştir⁵⁵. Dar anlamıyla tehlike ilkesi, işletme kavramı ile sınırlı biçimde düşünüldüğü için, işletmesi veya yürüttüğü faaliyet sebebiyle başkaları için bir tehlike oluşturan kişinin bu tehlikenin gerçekleştirdiği zararı tazmin etmesi olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla daha genel haliyle tanımlanırsa; toplum yaşamı içerisinde başkaları için hareketleriyle tehlike oluşturan kimselerin, sebep oldukları zararı tazmin etme gerekliliği olduğu söylenebilir⁵⁶.

⁵¹ Şenocak, s. 27, “İnsanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk, aynı zamanda bu birlikte yaşamın doğurduğu zararların ortayab çıkmasını mümkün olduğu kadar engellemek zorundadır.”

⁵² Ö. Yücel, **Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu**, Ankara, 2014, s. 50.

⁵³ Türk- İsviçre Hukukunda tehlike ilkesi hukuka aykırılık ve kusur kavramları içerisinde mütalaa edilmektedir. Ancak hakim olan görüş uyarınca “ kusur unsuru içerisinde değerlendirilmesi daha tatmin edicidir. Zira tehlike ilkesi, mutlak hukuki değerlerin kaçınma yoluyla ihlali halinde anlamlıdır. Oysaki, mutlak değerlerin ihlali hukuka aykırılığın varlığı, aktif davranışlarla hukuki değerlerin ihlali halinde gündeme gelir. Kaçınma yoluyla hukuka aykırılık, sadece kanunun davranışta bulunma konusunda koruma yükümleri içerdiği takdirde kabul edilmektedir. Ayrıca tehlikeli durum yaratan kişilerin bunu önlemek için gerekli tedbirleri almaması halinde de kaçınma yoluyla zarara sebep olma söz konusudur. Ancak bu tek başına hukuka aykırılık anlamına gelemez. Hukuka aykırılığın meydana gelebilmesi için mutlak değerlerin ihlali gerekir. Dolayısıyla tehlikeli durum yaratma tek başına hukuka aykırılık teşkil etmez”. Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Ç. Kırcı, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 47-48.

⁵⁴ Tiftik, s. 28; Yücel, s. 48.

⁵⁵ Yücel, s. 48.

⁵⁶ Tiftik, s. 28-29.

§2. SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Genel Olarak

TBK. m. 66'nın lafzı itibariyle bugün adam çalıştırmanın sorumluluğu, objektif özen yükümlülüğüne dayanan olağan sebep sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir⁵⁷. Bugün için sorumluluğun niteliği konusunda “de lege lata” bir tartışmaya mahal yoktur⁵⁸. Eski 818 Sayılı Borçlar Kanun'u döneminde, açıkça bir düzenlemenin olmaması sebebiyle bu konuda, sorumluluğun kusur veya kusursuz bir sorumluluk olup olmadığına ilişkin tartışmalar yapılmıştır⁵⁹. Genel olarak hakim görüş⁶⁰ ve Yargıtay⁶¹ sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu net bir biçimde

⁵⁷ Oftinger, s. 97; R. Brehm, Art. 55, Nr. 31-32; Widmer, Die Vereinheitlichung des Schweizerischen Haftungsrechts, Brennpunkte eines Projekts, ZBJV, 130, 1994, s. 408.

⁵⁸ Antalya, s. 544; “TBK düzenlemesi bu yönüyle bu tartışmaları sonlandıracak bir yaklaşımı ifade etmektedir”; İ. Sağlam, TBK’nda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2012, s.167.

⁵⁹ S. S. Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1952, s. 1190; K. Birsen, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Birinci Kitap, Umumi Hükümler, 3. Bası, 1954; İmre, s. 146-149, “İmre kusurun tamamıyla dışlanamayacağını vurgulamıştır”. Ancak bu durumun sorumluluğu bir tür kusur sorumluluğu olarak gördüğüne kanıt teşkil etmeyeceği görüşündeyiz.

⁶⁰ Oftinger, 97; Nater, s. 5; A. Keller, **Haftpflichtim Privatrecht**, Band I, Bern, 2012, s. 116; H. Honsell (Hrsg) **Kurz Kommentar Obligationen recht** Art. 1- 529, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zurich 2008, Art. 55, Nr. 2; Kılıçoğlu, s. 335; F. Eren, s. 618-619; K. Oğuzman/T.Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2016, s. 140; Furrer/Müller-Chen, Art. 55, Nr. 7; H. Honsell/P. Vogt, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, Art. 1- 529 OR 3. Auflage, Helbing& Lichtenhahn Verlag, Basel (Et al), 2003, Art. 55, Nr. 1; H. Honsell/ B. Isenring/ M. A. Kessler, **Schweizersches Haftpflichtrecht**, 5. Auflage, 2013, s. 149; M. Mohler, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, **AJP** 2014, s. 1408 ff; Müller, s. 361.

⁶¹ Y. 4. HD. E. 9264, K. 3861, T. 07.05.1990; Y. 4. HD. E. 8230, K. 276, T. 18.01.1988, Y. 21 HD. E. 9647, K. 2110, T. 10.03. 2003, Y. 3. HD. E. 17802, K. 2898, T. 26.02.2014, Y. 10.HD. E. 7950, K. 15424, 11.11. 2010, Y. HGK, E. 1994 / 11-178 K. 1994/398 Karar Tarihi: 15.06.1994, Davalı banka, adam çalıştırıcı sıfatı ile de sorumludur. Adam çalıştırıcının sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa; adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklemiştir. Adam çalıştırıcının sorumluluğu kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız olarak doğmaktadır. Sorumluluğun doğması için objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Adam çalıştırıcı, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Davalı bankanın, adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini kanıtlaması gerekir. O halde BK.nun 100. maddesi doğrultusunda bir kurtuluş kanıtı getirememiştir. Birer güven kurumu olan bankalar, aldıkları mevduatları sahtecilere karşı özenle korumak zorundadır. Objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlardan dahi sorumludurlar. (Sinerji Hukuk ve Mevzuat).

kabul ederken, azınlıkta kalan bir görüş⁶² ise, sorumluluğu ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu olarak ele almaktaydı. Ancak yeni düzenleme sistematik olarak sorumluluğu kusursuz sorumluluk türleri arasında düzenlemiş, ayrıca özen sorumluluğu olduğunu da özellikle vurgulamıştır. Bu nedenle günümüzde kanun hükmünün sorumluluğu kusursuz sorumluluk hali olarak kabul ettiği ve “de lega lata” olarak sorumluluğun istisnai mahiyette olan kurtuluş kanıtı ile hafifletilmiş orta sertlikte bir olağan sebep sorumluluğu olduğu açıktır⁶³.

Adam çalıştıran, çalışanın üçüncü kişiye verdiği zarar nedeniyle sorumluluktan, çalışanı seçme, gözetme ve çalışana talimat vermede objektif biçimde özenli davrandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Ancak burada aranan ispat bir kusursuzluğu ispat değildir⁶⁴. Aslında sorumluluk şartı olarak kusur aranmıyor olsa da, adam çalıştıranın kusurlu davranması pekâlâ mümkündür⁶⁵. Genelde zaten, sorumlu kişiye isnat edilen özen eksikliği çok defa kusur seviyesine ulaşacak niteliktedir⁶⁶. Ne var ki, olağan sebep sorumluluğu kabul edilen adam çalıştıran kusur derecesine ulaşmayan özen eksikliklerinde, ayırt etme gücüne sahip bulunmasa da sorumlu olacaktır. Dolayısıyla sebep sorumluluğu olarak düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğu, kusur sorumluluğuna oranla daha ağır bir sorumluluk yüklemektedir⁶⁸.

Öte yandan bilindiği üzere TBK. m. 66’yla birlikte, adam çalıştıranın sorumluluğu, işletme sahibi kişilerin sorumluluklarını özel bir biçimde düzenlemek suretiyle adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğunu düzenlemiştir. Organizasyon

⁶² V. Roberto, **Haftpflichtrecht**, Bern, 2013, N. 296, I. Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Bern, 2000, N. 49.09) ; S. Gönensay, **Borçlar Hukuku**, C.1, İstanbul 1948, s. 141.

⁶³ Oftinger, s. 96; Nater, s. 5; Gayler, s. 21; Oftinger/Stark, s. 265.

⁶⁴ Brehm, Art. 55, Nr. 35; Honsell, Art. 55, Nr. 2.

⁶⁵ Oftinger, s. 97; İmre, s. 149.

⁶⁶ Nater, adam çalıştıranın sorumluluğunun, diğer sebep sorumluluğu türlerine nazaran kusur sorumluluğuna daha yakın durduğuna işaret etmiştir. Nater, s. 6.

⁶⁷ Honsell/Vogt, Art. 55, Nr.2, “Sebep sorumluluğu lex specialis olarak kusur sorumluluğunun uygulamasını sona erdirir. Ancak adam çalıştıranın sorumluluğu oluşmadığı takdirde, adam çalıştıran için kusur sorumluluğu uygulama alanı bulur. Sebep sorumluluğunun oluşmadığı, fakat kusur sorumluluğunun meydana geldiği en yüksek ihtimal adam çalıştıranın çalışanına suç içeren hukuka aykırı talimatlar vermesi halindeki durumlardır. Buna rağmen gözetim ve talimat yükümlülüğünde ihmali varsa, adam çalıştıranın sorumluluğu uygulanacaktır.

⁶⁸ Oftinger, s. 99; Nater, s. 23; Antalya, s. 544.

sorumluluğunun hukuki niteliği olarak da, yine kanunun sorumluluğa aynı başlık altında yer vermesinden dolayı, sebep sorumluluğu gösterilmektedir⁶⁹. Ancak İsviçre hukukunda bu konuda henüz bir yasalaşma söz konusu olmadığı için“de lega feranda” nitelikte tartışmalar devam etmektedir. Bu tartışmalar bütünüyle değerlendirilebilmek için, üçüncü bölümde de alınacaktır.

II. Sorumluluğu AğırlandırmayaYönelik Görüşler

Her ne kadar adam çalıştırmanın sorumluluğu, kurtuluş kanıtına imkan veren hafifletilmiş bir sorumluluk olarak kabul edilse de, gerek Türk gerekse İsviçre hukukunda bu haliyle sorumluluğun günümüz ihtiyaçlarına cevap vermediği ve sorumluluğun artırılması gerektiği görüşü gündeme gelmiştir⁷⁰. Bu duruma gerekçe olarak ise, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne ilişkin kurtuluş kanıtının içeriğinin oldukça belirsiz olması, her ne kadar adam çalıştırmanın çalışanı seçme, talimat verme denetlemede ve işletmenin organizasyonunda özen gösterilmesi gerektiği kabul edilmiş bile olsa, bu yükümlülüklerin kapsamlarının belirsizliğini koruduğu gösterilmektedir. Bu sebeple sorumluluğun, asıl maksadı olan önleme ve bir davranış ölçüsü oluşturma kabiliyetine sahip olmadığı kabul edilmektedir⁷¹. Konuya ilişkin yargı kararları kurtuluş kanıtına ilişkin uygulamada çelişkili

⁶⁹ S. Altay, **TBK’unda Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti Dolayısıyla Sorumluluğu**, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2012, s. 183.

⁷⁰ N. Erişgin, Türk Borçlar Kanunu m. 71; Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013, s. 98, dpn. 31, H. Honsell, “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Reform Çabaları”, Zafer Zeytin, (Çev), BATİDER, C. 22, S. 4, 2004, s. 194, Karş. artırılmış bir kusur sorumluluğu olduğu yönünde Sanlı, s. 479, E. Baş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2011, s. 40-42, Matusche- Beckmann, s. 112-113.

⁷¹ Müller, s. 361; M. W. Kuhn, Entwicklungen im Versicherungs und Haftpflichtrecht, **SJZ** 93/1997, s. 136; G. Brüggemeier, Gefährdungshaftung, Unternehmenhaftung, Verschuldenhaftung, **HAVE**, 2013, s. 87; Honsell, reform çabaları, s. 194-195; “Kurtuluş kanıtının somut biçimde sınırlarının belirlenmemiş olması, 20. yy. boyunca TBK. m. 66’nın hukuki yapısındaki kaymayı anlaşılır kılar. Fakat önemle vurgulamalıyız ki, bu durum hükmün geniş yorumlanması için sınırsız bir yetki anlamına gelmemektedir. Ancak kurtuluş kanıtının yaşadığı belirsizlikten yola çıkarak, sınırlarının belli olmamasının çelişkiye yol açacağını ve bu sebeple kurtuluş kanıtının fiiliyatta zaten mümkün olmadığını ve düzenleme dışı bırakılmasını savunan görüşler bulunmaktadır. Gerçekten de İsviçre İçtihatlarında farklı katılığa kurtuluş kanıtı uygulamaları görülmektedir (BGE 110 II 456).”, Bkz. Waespi, s. 249.

davranmakta ve tartışmalara neden olmaktadır⁷². Sorumluluğu katılaştırmaya yönelik çabaların, adam çalıştırmanın işletmenin organizasyonu bağlamında şekillendiği görülse de, yapılan tartışmalar adam çalıştırmanın sorumluluğunun tamamını kapsamamaktadır.

Aslında gereken özenin gösterildiğine dair kurtuluş kanıtı için uygun olan özen türü ve kapsamı kesin biçimde tanımlanmayarak uygulama için önemli bir takdir yetkisi alanı bırakılmak istenmiştir. İsviçre öğretisinde kurtuluş kanıtı getirme imkanı veren sorumluluk sisteminin kurtuluş kanıtının belirsizliği nedeniyle değiştirilmesi yönünde görüşler mevcuttur⁷³. Bu konuda İsviçre’de yapılan reform çalışmaları kapsamında, Gilliard modern yaşamın gereklerine uyumsuz olduğu gerekçesiyle kurtuluş kanıtının kaldırılmasını talep etmiştir⁷⁴. Gilliard, böylece pratikte zaten uygulanmayan kurtuluş kanıtı imkânı ortadan kaldırılarak, özde büyük bir değişikliğe imza atılamayacağını, sadece mahkeme kararlarından gerekçe konusunda sarfedilen emeğin azalacağını ve yasal kesinlik sağlanacağını ifade etmiştir⁷⁵.

Bu fikre karşı çıkan yazarlarca savunulan görüşe göre ise, genel sorumluluktan kurtuluş sebepleri olan nedensellik bağı ortadan kaldıran haller, sorumluluğu yeterince sınırlayamaz ve sorumluluk oldukça geniş bir çerçeveye dağılmış olur⁷⁶. Nitekim kurtuluş kanıtı olmaksızın bir sorumluluğun kabulünün küçük ve orta ölçekteki işletmeler için zorluk yaratacağından hareketle Widmer/Wessner Tasarısında da bu yönde düzenleme oluşturulmamıştır⁷⁷. Çalışma komisyonunun özellikle Widmer/Wessner’in sorumluluğu ağırlaştırma düşünceleri, tasarıya (VE-OR 49 ve 49a) kurtuluş kanıtının muhafaza edilmiş olmasından da

⁷² Federal Mahkeme, kurtuluş kanıtı bağlamında “Menfez Çerçevesi Kararı” ile bağlantı kurulmasının istenmesi, işletmeler bakımından kurtuluş kanıtını imkansız hale getirmektedir. (BGE 110 II 456)

⁷³ Brehm, N. 36a; Waespi 2005, s. 249.

⁷⁴ F. Gilliard, Vers l’unification du droit de la responsabilité, Referat am Schweizerischen Juristentag 1967, ZSR 1967 II, s. 297.

⁷⁵ Gilliard, s. 297; P. Ulmer, **Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, § 705- 853**, 4. Auflage, C. H. Beck München, 2004, § 831, N. 6.

⁷⁶ M. Jaun, **Haftung Für Sorgfaltspflichtverletzung**, Bern, 2007, s. 387.

⁷⁷ P. Stolz, Tendenzen Im Schweizerischen Wirtschaftsrecht- KMU Und Volkswirtschaftliche Effizienz, SJZ 97/2001, s. 113.

anlaşılacağı üzere yansımamıştır⁷⁸. Aynı şekilde Widmer/Wessner tasarısına yöneltlen yoğun eleştiriler sebebiyle oluşturulan OR 2020 taslağındaki Art. 58- 59 hükümleri de sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu olarak düzenlemiş, katı bir sorumluluk benimsemekten kaçınmıştır⁷⁹.

§3. SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ

I. Roma Hukuku

Hukukumuzun yapısı, mantığı, düşünce biçimi ve ayrımlarının temeli, büyük ölçüde Roma Hukukuna dayansa da, bugünkü anlamıyla adam çalıştırmanın sorumluluğuna Roma Hukuku'nda rastlanmaz⁸⁰. Bu durumun temelinde şüphesiz kölelik sisteminin varlığı yatmakta olup, sadece hür roma vatandaşlarının hak ehliyetine sahip olması ve bir başkasının emeğinden faydalanmalarının kölelik sistemi çerçevesinde gerçekleşmesi sebebiyle, üçüncü kişinin haksız fiilleri nedeniyle sorumlulukları doğal olarak günümüzden farklı olmuştur. Kural olarak, herkes kendi kişisel kusurundan sorumludur. Roma Hukukunda başkasının fiilinden yararlanan kişi, kavram olarak günümüzdekinden daha geniş anlamda olmak üzere ev reisi olarak görülmektedir. Ev reisi, ailenin bütün malları üzerinde tek başına hak sahibi olabilen ve bu mallarla ilgili olarak sorumlu olabilen tek kişidir. Eğer haksız fiil bir aile evladı veya bir köle tarafından işlenmiş ise noxa olarak ev reisine veya malike karşı actio noxalis ile dava açılabilirdi. Köle bir başkasına verildiğinde veya evlat evlatlık verildiğinde yeni efendi sorumlu olmaktadır.⁸¹

Öte yandan, kölelerin ve evlatların yaptıkları hukuki işlemler söz konusu olduğunda sorumluluğun biraz daha geniş yorumlandığını belirtmekte fayda vardır.

⁷⁸ Widmer/Wessner, s. 141.

⁷⁹ S. Weber, OR 2020- Das Neue Deliktsrecht, Doch Noch Eine Revision Des Haftpflichtrechts- Erste Eindrücke Zu Den Vorschlägen Im Entwurf OR 2020, **HAVE**, 2013, s. 357 ff; K. Hofsetter, Neues Deliktsrecht für Unternehmen: Die Organisations- und Gefährdungshaftung im Vorschlag OR 2020, **SZW** 2015, s. 322 ff.

⁸⁰ Gönenç, Fulya İlçin, Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi, **MÜHF-HAD**, C. 14, S. 4, 2008, s. 18vd.; C. Koçhisarlıoğlu, Objektif Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi, **MÜHF-HAD**, S. 2, 1984, s. 177 vd.; Tahiroğlu, B. Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi, **MÜHF-HAD**, C.14, S.4, 2008, s. 162 vd.

⁸¹ K. Reisoğlu, **İstihdam Edenin Mesuliyeti**, Ankara, 1958, s. 9; B. Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2000, 276.

Praetor'lar bazı şartlar altında, kölelerin, aile evlatlarının ve hatta istisnaen hür şahısların yaptıkları hukuki işlemler ve sözleşmelerden dolayı aile reisine karşı açılabilir ek dava (actiones adiecticiae qualitatis) hakkı tanımışlardır⁸².

II. Cermen Hukuku

Kusur prensibinin hâkim olduğu Roma hukukunun aksine, Cermen hukukunda sebep sorumluluğu kabul görmüştür. Öyle ki, Cermen hukukunda katı bir biçimde kusursuz sorumluluk esası mevcuttu⁸³. Sebebiyet prensibinin hakim olduğu Cermen hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu, ilk başlarda iktidar sahibinin kölenin tazminat sorumluluğunu gerektiren fiilinden dolayı mutlak surette bir sorumluluk biçiminde görülmekteydi. Böylece hukuka aykırı olarak kölenin vermiş olduğu her zarar tazmin ediliyordu. Daha sonra ise, sorumluluğun niteliği değişmiş, iktidar ilişkisinden ziyade günümüz manasıyla adam çalıştırıcı ve çalışan ilişkisi ve buna dayanan bir sorumluluk görünümü kurulmuştur. Bu haliyle adam çalıştırıcının sorumluluğunda ise, zararı veren çalışan birinci derece, adam çalıştırıcı ise ikinci derecede sorumluydu ve çalışanlar bağımsız bir sorumluluğa sahipti⁸⁴. Müşterek hukukun Almanya'da gelişmesinin ardından ise, resepsiyon sorumluluk hukukunda sebep prensibinin yerini Roma hukukundaki kusur prensibi almış ve bu haliyle adam çalıştırıcı çalışanın davranışlarından dolayı, ancak kendisine bu kişileri seçme, gözetme ve onlara talimat vermede kendisine kusur yüklenebildiği nispette sorumlu tutulmuştur⁸⁵.

⁸² Actio de peculio: Aile reisinin vermiş olduğu bir miktar sermaye (peculium) nedeniyle peculium miktarınca ailesinin sorumlu olduğu dava. Actio quod iussu; aile reisinin herhangi bir şekilde beyan ettiği talimatı üzerine köle veya aile evladının yaptığı işlem sebebiyle açılan dava. Actio de in rem verso: Eğer köle ve evlat peculium oranını aşan bir işlem yapıp aile reisinin malvarlığını artırmışsa, o zaman aile reisi bu artış oranınca sorumlu olup hakkında bu dava açılır. Actio tributoria: Peculium oranınca ticaret yapan köle ve aile evlat aciz haline düşerse, peculium alacaklılar oranında bölüştürülür ve alacaklılardan biri kendi oranının az olduğunu iddia ederse açacağı davadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Tahiroğlu, s. 277; Matusche- Beckmann, Das Organisations Verschulden, Tübingen, 2001, 16-17.

⁸³ Reisoğlu s. 10.

⁸⁴ Reisoğlu, s. 10.

⁸⁵ Şenocak, s. 45; Reisoğlu, s. 10.

III. 19. ve 20. Yüzyılda Yapılan Kanunlaştıırma Hareketleri ve Türk Hukukundaki Gelişmeler

A. 19. Ve 20. Yüzyılda Yapılan Kanunlaştıırma Hareketleri

Günümüzdeki haliyle adam çalıştıranın sorumluluğunun yasal anlamda düzenlemelerine ilk olarak 19. yüzyılda rastlamaktayız. Yasal düzenlemelerin 19 yy'a denk gelmesinin nedeni ise, bu yüzyıl zarfında gerçekleştirilen birçok yeni buluşla, sosyo- ekonomik hayatın yaşadığı önemli değişikliklerdir. Makine ve teknik araçlar, insan emeğinin yanında yerini almış, çalışma hayatı ve sosyal hayat içerisinde azımsanmayacak bir öneme sahip olmuştur. Dünya nüfusunun artması, üretimin daha hızlı, ucuz ve kolay olmasını şart koşmuş ve seri üretim ihtiyacının artması yeni üretim tekniklerini geliştirmiş, iş bölümü ihtiyacını zorunlu kılmıştır. Sosyo- ekonomik hayattaki değişimler ve bunun sonucu olan işbölümü kavramına giriş bölümünde oldukça geniş bir şekilde yer verilmiştir. O yüzden kodifikasyon hareketlerinin nasıl bir ortamda oluştuğuna ilişkin açıklamaları daha fazla derinleştirmeyecek, doğrudan kanuni düzenlemelere değineceğiz. Bu bağlamda görülen ilk yasal düzenleme 1804 tarihli CC. Art. 1384⁸⁶ ve bunu takiben 1811 tarihli ABGB. Art. 1314 ve 1315 hükümleridir⁸⁷. Ayrıca 1838 tarihli Prusya Demiryolu Kanunu'nda da adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin hükümler mevcuttur. Öte yandan, o kantonal bir yapıya sahip olan İsviçre Hukukunda da Zurich Kantonu Özel Hukuk Kanunu'na da, fabrika sahiplerinin işçilerinin, ev reisinin hizmetçilerinin, ustanın kalfa ve çırakların haksız fiillerinden dolayı adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin hükümler konulmuştur. Sonrasında İsviçre hukukunda 1881 tarihinde yürürlüğe giren OR. Art.62'de adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin bir hüküm ihtiva etmekte olup, bu hüküm bugünkü OR. Art. 55, BGB. § 831 ve dolayısı ile TBK. m. 66 için önemli bir etkiye sahiptir⁸⁸.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun 20. yüzyıldaki gelişimine baktığımızda ise, artık sorumluluğun tüm yeni kanunlara etki ettiği görülmektedir. Bu bağlamda, örnek olarak 1905 tarihli İsveç, 1906 tarihli Danimarka, 1907 tarihli Norveç, 1911

⁸⁶ Code civil français vom 21. Marz 1804.

⁸⁷ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811.

⁸⁸ Reisoğlu, s. 12.

tarıhli Rusya, 1914 tarıhli Macaristan, 1933 tarıhli Polonya, 1940 tarıhli Yunanistan kanunlarından söz edilebilir⁸⁹.

B. Türk Hukuku

1. 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Öncesi Dönem

1926 yılında Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, hukuk kuralları dini kurallar esas alınmak suretiyle belirlenmekteydi. Bu açıdan dini esaslara dayalı Mecellei Ahkam Adliye Kanunu uygulanmaktaydı. Bu Kanun'un hükümleri 1926 yılında Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girene kadar bir süreliğine modern Türkiye Cumhuriyeti'nde de uygulanmaya devam etmiştir. Adı geçen Kanun'da adam çalıştırının sorumluluğuna ilişkin açık bir hükme rastlanmamaktadır, zira bu Kanun'da temel yapısı itibarıyla herkesin yaptığı fillerin sorumluluğunu bizzat taşıması düşüncesi hakimdir. Sorumlu kişinin çocuk veya akıl hastası olması da bu sonucu değiştirmemektedir: tazmini sağlayacak bir malvarlığı yoksa, servet edinmesi beklenir, aksi halde veli veya vasi sorumluluk için dava edilmez. Dolayısı ile Türk Hukuku açısından adam çalıştırının sorumluluğunun ortaya çıkışı 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile gerçekleşmiştir⁹⁰.

2. 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

Yukarıda açıkladığımız üzere, 19. ve 20. yy'larda ortaya çıkan ihtiyaçlar doğrultusunda gerçekleşen kodifikasyon hareketlerine, Türk Hukuku ancak modern Türkiye Cumhuriyeti ile katıldı. Cumhuriyetin ilanı ile birlikte, artık çağın ihtiyaçlarına ve meydana gelen ilişkilere uygun yasal düzenlemelere olan ihtiyaç iyiden iyiye kendini hissettirmiştir. Bu kapsamda çalışmamızın konusuyla ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu ve dolayısıyla adam çalıştırının sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 55 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, bu düzenleme 1911 tarihli İsviçre OR Art. 55'den iktibas edilmiştir. Bu hükme göre⁹¹, adam çalıştırın

⁸⁹ Reisoğlu s. 13.

⁹⁰ Reisoğlu, s. 14.

⁹¹ BK. m. 55: "Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amalesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar

(istihdam eden), çalışanlarının (yanında istihdam ettiği kimseler veya amele) işin görülmesi sırasında verdiği zararlardan sorumludur⁹². Sorumluluk niteliği itibarıyla olağan sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Adam çalıştırmanın çalışanın davranışı nedeniyle karşılaşılabilecek sorumluluktan kurtulma imkanı mevcuttur. 818 Sayılı Kanun'un 55. maddesine göre, karine olarak sorumluluğu kabul edilen adam çalıştırıcı, ilk olarak “durumun gerekli kıldığı tüm dikkat ve özeni” (hal ve maslahatın icabettiği tüm dikkat ve itina) gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Fakat özen yükümlülüğünün konusunun neye ilişkin olduğu madde metninde açıkça ifade edilmemiştir. Kanun'da sözü edilen özen yükümlülüğünün çalışanı seçme, gözetme ve ona talimat vermeye ilişkin olduğu, Türk ve İsviçre Hukukundaki içtihat ve öğreti tarafından belirlenmiştir. İkinci kuruluş kanıtı ise, nedensellik karinesinin çürütülmesine ilişkindir. Yani bu durumda adam çalıştırıcı, gerekli olan tüm dikkat ve özeni gösterse dahi zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını, yani özen yükümlülüğü ile zarar arasındaki nedenselliğin kesildiğini ispat edecektir. Son olarak, TBK. m. 55 ödemiş olduğu tazminat için, adam çalıştırıcının, kusurlu olması şartıyla çalışana rücu etme imkanı tanımaktadır⁹³.

3. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

Üzerinden doksana yakın bir sürenin geçmesi, yasal düzenlemelerde ister istemez bir takım yetersizliklerin oluşmasına yol açmış bu sebeple de çeşitli değişikliklerin yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bu değişiklik ihtiyacı gerek İsviçre gerekse Türk hukuklarında Borçlar Kanunu açısından önemli ölçüde hissedilmiştir. Adam çalıştırıcının sorumluluğu, yapı itibarıyla, 20. yy'da yürütülen hizmetin, işin veya yapılan şeyin niteliğinin ve kapsamının zorunlu olarak başka kişilerin çalıştırılmasını zorunlu kılması gerçeğinden ortaya çıkan bir kurumdur. Yani bir

ki, böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itina bulunduğunu yahut dikkat ve itina bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz. İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.

⁹² K. Reisoğlu, Alman, İsviçre ve Türk Hukukuna Göre İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, **AD**, 1947, S.3, 1956, s. 1181 vd; Ş. Berki, İstihdam Mesuliyeti, **SBDF**, S. 3, 1956, s. 59 vd; Ö. Atalay, Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu, **ABD**, S. 1, 1979, s. 13-19; S. Çıttan, İstihdam Edenin Mesuliyeti, **ABD**, 1966, S.3, s. 507-511.

⁹³ Kılıçoğlu, s. 335; Sağlam, s. 170-171.

kişinin yürüttüğü işe tek başına yetişmesinin işin kapsamı karşısında zor olması veya işin niteliğinin birçok alanda bilgi sahibi olunmasını gerektirip, bir kişinin birçok konuda uzmanlaşmasının mümkün olamamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum her ne kadar aradan çok zaman geçmiş olsa da değişmemiştir, üretim tekniği gün geçtikçe daha karmaşık hale gelmiş ve daha da çok işbölümü ihtiyacı ve görev dağılımı gerekliliği ortaya çıkmıştır. Türk Borçlar Kanunu'ndaki yenilik ihtiyacı bu gelişmelere paralel olarak. 55 açısından da kendisini göstermiştir. Şöyle ki, adam çalıştırmanın, yanında çalışanla birlikte faaliyet yürüttüğü alanlar değişmiştir. 20. yy'ın başında daha çok el emeğine dayalı üretim yerleri, şimdi ağır makinelerle donatılmış komplike organizasyonlar halini almıştır. Hal böyle olunca, sorumluluk sistemini, sorumlu olarak adam çalıştırmanın kontrolü altında kalabilecek bir alan içerisinde faaliyetin yürütüldüğü bir model yerine, adam çalıştırmanın tek başına bu kontrolü sağlayamayacağı, kontrolü ve işin yürütümünü sağlayabilmek için de hiyerarşik bir zeminde birçok kişinin çalıştığı, bu çalışanların da kendi aralarında bir hiyerarşiye ve görev dağılımına sahip olduğu işletme modeli üzerine oturtmak gerekli olmuştur. Bu sebeple, 6098 Sayılı TBK ile birlikte, İsviçre hukukunda Widmer/Wessner tarafından kaleme alınan “Sorumluluk Hukukunun Yekneksaklaştırılması ve Revizyonuna İlişkin Federal Kanun Ön Tasarı” m. 49 ve m. 49a'dan alınan TBK. m. 66/3'de, işletme sahibi olan adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu benimsenmiştir⁹⁴. TBK m. 66, yeni eklenen bu fıkra ile birlikte yapılan değişikliklerle mevcut ihtiyacı karşılayacak bir düzenleme niteliğine bürünmüştür. Bunun dışında yapılan değişiklikler, hükmün ifade biçiminin sadeleştirilmesi ve öğreti ve içtihatların yorumları neticesinde kabul edilen bir takım eksikliklerin tamamlanması şeklinde olmuştur. Öncelikle bu kapsamdaki ilk değişiklik genel olarak Borçlar Kanunu'nun tamamında olduğu gibi kavramlarda daha yalın bir dilin kullanılmasının tercih edilmesi olarak görülmektedir. Bu kapsamda “istihdam eden” kavramı yerine adam çalıştırıcı, “maiyyetinde istihdam ettiği kimseler ve amelesi” yerine çalışan terimi tercih edilmiştir⁹⁵. Ayrıca kanun maddesinde yapılan sistematik bir değişikliklerle, adam çalıştırıcının sorumluluğu, kusursuz sorumluluk hallerinden özen sorumluluğu

⁹⁴ P. Widmer/P. Wessner, Revision und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts, Kurz Kommentar, s. 5; Türkmen, s. 258 vd.

⁹⁵ Sağlam, s. 168; İmre, s. 144; İ. Uluhan, Özellikle Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1990, s. 128.

kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun, sistematığı açısından kusursuz sorumluluk hallerini hakkaniyet, özen ve tehlike sorumluluğu olarak ayırmış olup; adam çalıştırmanın sorumluluğu da özen sorumluluğu başlığı altında yer almaktadır. Sorumluluğun hukuki niteliğinin Kanun'da açıkça ifade edilmesi ile birlikte, öğretilerde bu konudaki tartışmalar da son bulmuştur. Bir diğer önemli değişiklik ise, özen yükümlülüğüne dair kurtuluş kanıtının unsurlarının açıkça sayılmış olmasıdır. Eski haliyle “hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu...ispat ederse mes’ul olmaz” ifadesi, “adam çalıştırmanın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz” ifadesiyle değiştirilerek, bu üç unsurun altının çizilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Öte yandan eski düzenlemede var olan iki farklı kurtuluş kanıtı imkanı, “....Hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.” hükmü kaldırılarak teke indirilmiştir. Bunun nedeni, bu kurtuluş kanıtının zaten nedensellik bağıını kesen hallerden biri olması ve bir kez daha yinelenmeye gerek olmamasıdır⁹⁶. Tandoğan da bu kurtuluş kanıtını aslında birinci halin uygulanmasından başka bir şey olmadığı gerekçesi ile eleştirmiştir⁹⁷. Buna karşılık yeni düzenlemeye yönelik eleştiriler de mevcuttur⁹⁸.

TBK. m. 66 hükmü içerisinde var olan en köklü değişiklik olan ve TBK. m. 66/f.3’de yer alan adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğuna ilişkin değişikliğe dair açıklamalar ise bu konuya ilişkin ayrılan bölüm içerisinde yapılacaktır.

⁹⁶ İ. Aydın, İstihdam Edenin (Adam Çalıştırmanın) Sorumluluğu, Kamu- İş Hukuku ve İktisat Dergisi, s. 170.

⁹⁷ Tandoğan, s. 71 vd.

⁹⁸ C. Koçhisarlıoğlu/Ö. Erişgin, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller, **Rona Serozan’a Armağan**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1261.

§4. SORUMLULUĞUN SÜJESİ

I. Adam Çalıştıran Kavramı

TBK. m. 66 anlamında sorumluluğun süjesi adam çalıştırandır (employeur, padrone di un'azienda)⁹⁹. Bu kavram, eBK. m. 55'de ifadesiyle "istihdam eden" terimi ile ifade edilmiştir. Adam çalıştıran, bağımlı şekilde üçüncü kişiyle çalışma ilişkisi içinde bulunan ve bu ilişkiye dayanarak üçüncü kişinin hizmetinden yararlanan, bu kişi üzerinde talimat verme ve gözetim yetkisi olan kişidir¹⁰⁰. Yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere, bağımlılık ilişkisi adam çalıştıran kavramının bel kemiği niteliğindedir¹⁰¹¹⁰². Adam çalıştıranın sorumluluğu için şart olan bağımlılık ilişkisi, yoğunluk bakımından birbirinden farklı olmakla birlikte, adam çalıştıran ve çalışan arasında örneğin hizmet sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi çeşitli sözleşme ilişkileriyle kurulabilir¹⁰³. Ancak burada aradığımız türden bağımlılık, hizmet sözleşmesinde az, vekalet ve eser sözleşmelerinde ise çoktur¹⁰⁴. Bu husustan hareketle, adam çalıştıran kavramının işveren kavramından daha geniş bir kavram olduğunu kabul etmek yanlış olmayacaktır¹⁰⁵. Öte yandan bir başkasına zarar vermeye yönelik, suç niteliği taşıyan talimatların yerine getirilmesinde, adam çalıştıran ve çalışan ilişkisine dayalı TBK m. 66'ya göre bir sorumluluk değil, talimatı yerine getiren kişi de dahil olmak üzere birden çok kişinin birlikte zarara sebebiyet verme dolayısıyla TBK m. 61'e dayalı müteselsil sorumluluğu gündeme

⁹⁹ Oftinger, s. 131.

¹⁰⁰ Eren, s. 623; Kılıçoğlu, s. 326; Brehm, Art. 55, Nr. 6; Rey, N. 903; Gayler, s.85.

¹⁰¹ Brehm, Art. 55, Nr. 6; U.P. Gnos, **Anspruchskonkurrenz Schweizerischen Produkthaftpflichtrecht**, Zurich, 1997, s. 124.

¹⁰² Bağımlılık ilişkisi ilerleyen bölümlerde ayrıntılı biçimde ele alınacaktır. Bkz. İkinci Bölüm, § 7, II., 2, a, aa.

¹⁰³ Brehm, Art. 55, Nr. 7; "İnşaat işletmesi ve işçi (BGE 42 II 362/365, 57 II 36/43), otopark işletmesi ve müstahdem (BGE 43 II 181/187), gazete ve editör (BGE 48 II 53/56f), çiftlik ve çiftçi (BGE 60 II 38/43), usta ve çırak (Luzern, SJZ 28 1931 183 Nr. 171, ZBJV 1954 327 f), sigorta şirketi ve acenta (BGE 61 II 339/342), banka ve memur (BGE 61 II 184/ 187), restoran ve garson (BGE 70 II 215/216), hastane ve hemşire (SJZ 1973 379 Nr. 167), spor kulübü ve müsabaka organizasyonu için yardımcı kişi (Bern, 27.05.1987, R./Skiklub Brienz, n.p), araç işletmesi ve şoför (BGE 50 II 469/470), kamu tüzel kişisi ve memur (BGE 47 II 522/528), alışveriş merkezi ve satış elemanı (BGE 96 II 108), bireysel işveren ve evdeki yardımcısı arasında verilen mahkeme kararları neticesinde bağımlılık ilişkisinin varlığı kabul edilmiştir".

¹⁰⁴ Drees, § 831, n. 18; Gnos, s. 124.

¹⁰⁵ Oftinger, s. 133; Antalya, s. 548-549; Petrin, s. 66.

getirecektir. Zira kriminolojik yönlendirmeler, talimatlar ile meşru, hiyerarşik açıdan yasal olan talimat verme yetkisi birbirine eşit değildir. Çalışan ne şartla olursa olsun suç olan bir talimatı yerine getirmemelidir. Böyle durumlar için talimat veren azmettirici ile adam çalıştırmanın ayırt edilmesi gereklidir¹⁰⁶.

Adam çalıştıran kimse gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir¹⁰⁷. Adam çalıştıran kavramını gerçek kişiler açısından belirlemek zor olmayacaktır. Çalışanla kendisi arasındaki bağımlılık ilişkisinin ispatı yeterlidir. Ayrıca adam çalıştıranların sayısı birden fazla da olabilir. Bu gibi durumlarda, eğer yapılan iş, adam çalıştıranların tamamını ilgilendirmekteyse, tamamının müteselsil sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁰⁸. Mesele daha ziyade tüzel kişiler açısından özellik arz eder. Söz konusu olan bir ticari işletme olduğunda ise, adam çalıştıran ticari işletmenin sahibidir. Tüzel kişiliği olmayan adi şirketlerde, adam çalıştıran şirket ortakları olup az önce ifade ettiğimiz gibi bu kişiler müteselsilen sorumludurlar¹⁰⁹. Tüzel kişi özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olabilir, adam çalıştırmanın sorumluluğunun gündeme gelmesi için bu bir fark yaratmaz. Ancak kamu hukuku tüzel kişilerinin, TBK. m. 66'ya dayalı sorumluluğu için zarar veren faaliyeti gerçekleştiren çalışanı ile arasında özel hukuka dayanan bir sözleşme ilişkisi var olmalıdır¹¹⁰. Aksi halde kamu kurum ve kuruluşlarında kamu hukuku kurallarına göre çalışan kamu görevlerinin, görevlerini yerine getirdikleri sırada verdikleri zararlardan, dolayı sorumluluk bu kişilerin bağlı bulundukları kamu kurum ve kuruluşlarına kamu hukuku kurallarına göre yüklenir¹¹¹.

¹⁰⁶ Waespi, 2005, s. 20.

¹⁰⁷ Eren, s. 623; Keller, s. 118; Oftinger, s. 141; Brehm, Art. 55, Nr. 6a; "Kollektif şirket,: BGE 90 II 86/89; anonim şirket; BGE 61 II 339/342, 70 II 215/216; kamu tüzel kişisi; BGE 88 II 131/ 135, 91 I 223/239, 98 II 40/48"; Rey, s. 208.

¹⁰⁸ Oftinger, s. 141; Antalya, s. 549.

¹⁰⁹ Oftinger, s. 141; H. Becker, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1- 183**, Bern, 1941, Art. 55, Nr. 2.

¹¹⁰ Oftinger, s. 141,142; J. Gross, **2. Droit Administratif General, Amtliche Verrichtung und Haftpflichtrechtliche Zurechnung im Schweizerischen Verantwortlichkeitsrecht**, Bern, 2005, s. 311 ff; Mohler, s. 1410; A. Dpnatsch/F. Blocher, Zur Straflcher Organisationspflicht Des Geschaefstherren, Grundfragen der Juristischen Person Festschrift Für Hans Michael Riemer Zum 65. Geburtstag, Bern, 2007, s. 51 ff.

¹¹¹ Oftinger, s. 134; Eren, s. 623; Antalya, s. 549; Ayrıca bkz. T.C. Anayasası m. 40/f.3, m. 129/ f.5.

II. Tüzel Kişide Adam Çalıştıran Sıfatı

A. Genel Olarak

Adam çalıştıran durumunda olan gerçek kişi kendi fiillerinden ve bütün malvarlığı ile sorumludur. Ama tüzel kişilik söz konusu olduğunda, adam çalıştıranın sorumluluğunun uygulanabilmesi için gerekli olan koşulları açıklamak daha zordur. Bunun nedeni organın hareketine rağmen tüzel kişiliğin sorumluluğunun kabul edilmesi meselesinde ve uygulanacak hükümlerin mahiyetlerinin belirlenmesinde yatmaktadır. İlk sorundan açıklamaya başlarsak, TBK. m. 66 nedeniyle, tüzel kişinin çalışanın davranışları nedeniyle sorumluluğu denildiğinde, somut olarak kimin sorumlu olacağı sorusunun cevabı önemlidir. Yani bizzat tüzel kişi mi yoksa tüzel kişinin organları mı adam çalıştıran olarak sorumlu olacaktır? Zira bu kapsamda uygulanabilecek olan TMK m. 50 hükmüne göre, “Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar”. Dolayısıyla tüzel kişi yönünden sorunu incelediğimizde, tüzel kişiler fiil ehliyetlerini organları vasıtasıyla kullansalar da, hukukumuz açısından kabul edilen organ teorisi gereğince, sorumluluk altına tüzel kişilik girecektir. Zira organ kişiliğin kendisi değil, kişiliği oluşturan uzvudur. Öbür taraftan tüzel kişinin organın fiilinden dolayı sorumluluğu ise, teorik açıdan başkasının fiilinden doğan bir sorumluluk olsa da, hukuken kendi fiilinden sorumluluk olarak kabul edilmektedir¹¹². Bu bağlamda adam çalıştıranın sorumluluğunda adam çalıştıran olarak organ değil, tüzel kişiliğin kabul edileceği, başka bir ifadeyle sorumluluğun süjesinin tüzel kişi olduğu belirtilmelidir¹¹³.

¹¹² B. Öztan, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970, s. 111 vd; M. Dural/T. Ögüz, **Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi**, İstanbul, 2014, s. 245, Şenocak, s. 130.

¹¹³ Bruggemeier, Organisationshaftung, Deliktsrechtliche Aspekte Innerorganisatorischer Funktionsdifferenzierung, **AcP**, 191, Band, Heft 1-2, 1991, s. 35; Fikentscher, Nr. 1301; “Organ hem bir ifa yardımcısı hem de çalışan olabilir; ama asla bir kanuni temsilci değildir”; T. Koller, Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht, **AJP**, 1997, s. 437. “Belediyenin yol ve caddelerin bakım ve onarımını ilişkin olarak belediye çalışanlarına yüklenen davranış yükümlülüklerinde adam çalıştıranın sorumluluğu kabul edilmişken; kanuni yetkilinin bakım ve onarıma dair organizasyon yükümlülüğü tüzel kişinin sorumluluğu gündeme gelir”, RGZ 89, 137; vgl § 839 Rz 125, Schaefer, § 831, N. 52.

Diğer taraftan tüzel kişiliğin sorumluluğu ilgili çalışmamızı ilgilendiren iki hüküm ele alınmalıdır. Bunlardan ilki tüzel kişiliğin organlarının üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 50 ve diğeri ise adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66 hükmüdür. TMK m. 50 ile TBK m. 66 hükümlerinin uygulama alanına baktığımız ise, TMK m. 50 hükmü, TBK m. 66'nın aksine sorumluluk normu olmayıp, TMK m. 50 hükmü, tüzel kişinin organları vasıtasıyla kişilere verdikleri zararlardan sorumlu olacağını belirleyen bir yetki normudur. Yani maddi hukuk normundan farklı olarak sorumluluk meydana getirmez. Yalnızca yetki verir¹¹⁴. Bu sebeple organın davranışının tüzel kişiye izafe edilip edilmeyeceğine TMK m. 50 kapsamında karar verip tüzel kişiyi sorumlu tuttuktan sonra, ikinci adımda sorumluluğun türüne karar verilecektir¹¹⁵. Tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin olarak ise, sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk için Borçlar Hukuku genel hükümlerine başvurulacaktır. Bununla birlikte çalışma konumuz açısından öneme sahip, tüzel kişinin haksız fiil sorumluluğunu ele alırsak, sorumluluğun var olması için haksız fiil organın görevini ifa ettiği, tüzel kişiyi temsil ettiği ölçüde, yani görevini ifa ettiği sırada meydana gelmesi gerekmektedir. Ayrıca organın haksız fiil niteliğindeki davranışı tüzel kişinin hak ehliyeti kapsamında yer almalıdır. Organın yetkileri ile işlevsel bağlantısının bulunmadığı anlaşılan haksız fiillerden tüzel kişi sorumlu olmaz. Dolayısıyla organın görevle ilgisi olmayan kişisel davranışlarıyla meydana gelen zararlardan tüzel kişi sorumlu olmayacaktır. Ayrıca organın davranışı tüzel kişiye isnat edilebiliyorsa, tüzel kişinin haksız fiil sorumluluğu açısından yine haksız fiil sorumluluğunun diğer şartları da var olmalıdır. Bu bağlamda TBK m. 49'un uygulanması için zararın meydana gelmesi, hukuka aykırı fiil ve zarar arasında uygun nedensellik bağı, organın kusurlu davranışı ya da diğer hükümlerde düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluğunun şartlarına bağlıdır. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde de, organın davranışı tüzel kişiye izafe edileceğinden tüzel kişinin sorumluluğunun kusur sorumluluğu mu kusursuz sorumluluklu mu olduğu teorik kalmaktadır. Aynı yönde TBK m. 66 hükmü gereğince, tüzel kişi bakımından adam çalıştıranın sorumluluğu, tüzel kişi ile çalışanları arasındaki bağımlılık ilişkisi, tüzel kişinin çalışana vermiş olduğu iş

¹¹⁴ Öztan, (1970), s. 116 vd; Şenocak, s. 130.

¹¹⁵ Dural/Öğüz, s. 245.

nedeniyle üçüncü kişinin zarara uğraması durumunda ve tüzel kişinin yetkili organlarınca çalışanı seçme, denetleme ve ona talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini ispat edemediğinde söz konusu olacaktır¹¹⁶.

B. TBK. m. 66 ve TTK.m. 553/2 Arasındaki ilişki

TTK m. 553/f.2'ye göre, “Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar”. Bu noktada söz konusu düzenleme, anonim şirketin yönetimi kurulu üyelerinin, temsil ve yönetim yetkisini kısmen veya tamamen kendi üyelerine veya hiç üye olmayan birine devretmesi halinde, yetkiyi devralan kişilerin anonim şirkete karşı vermiş olduğu zararlar sebebiyle, sorumluluğunu düzenlemektedir. Zira çok ortaklı anonim şirketlerin yönetim kurulunun, bütün görevlerini heyet halinde yapması çok karşılaşılan bir hal değildir. Modern işletme ekonomisi gereğince de, uygulamada yönetim kurulunun temsile ve yönetime ilişkin görevlerini, profesyonel bilgiye sahip, işin ehli kişilere delegasyon yoluyla devrettiği görülmektedir. Dolayısıyla görevin devri halinde, meydana gelecek zararların sorumluluğunu kimin tarafından taşınacağı açıklanmaya muhtaç bir sorundur. Bu kapsamda TTK m. 553/f.2 uyarınca, TTK m. 367 hükmüne göre usulüne uygun olarak yapılan devrin varlığı halinde, yönetim kurulu üyeleri, yönetimi devralan kişilerin seçiminde ve gözetiminde özenli davranmaları kaydıyla, bu kişilerin eylem ve işlemlerinden sorumlu olmayacaklardır. Anonim şirketin uğradığı zararlara karşı sorumluluk, yetkiyi devralan kişilere yükletilmiştir. Fakat usulüne uygun delegasyon yoksa, o durumda yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları devam edecektir. Yani TTK m. 553/2 hükmü işletilmez. Öte yandan yönetim yetkisinin yönetim kurulu üye veya üyelerine devredilmesi de mümkündür. Yetkiyi devralan yönetim kurulu üyesi bu bağlamda hem yönetim kurulu üyesi hem de yönetici olarak sorumlu olur. Devredilmez görev ve yetkiler

¹¹⁶Dural/Öğüz, s. 246.

nedeniyle yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu olurken; kendisine devredilen işler sebebiyle ise yönetici olarak sorumlu olur¹¹⁷.

TBK m. 66 hükmüyle bağlantısına baktığımızda ise, TTK m. 553/f.2 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin görevlerini devrettikleri kişilerden sorumluluğu düzenlenirken; adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışanlarının görevin ifası sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumluluğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla ortak noktaları yoktur ve hükümler arasında bir yarışmadan söz edemeyiz. Öncelikle tüzel kişiliğin tıpkı insanlar gibi gerçek varlıklar olduğunun kabul edilmesi (gerçeklik teorisi)¹¹⁸ ve kendisine ait bir iradeye sahip olduklarının kabul edilmesi, adam çalıştırın olarak bizzat tüzel kişiliğin kabul edilmesini sağlamaktadır. Tüzel kişi organının karar ve fiilleri ise tüzel kişiliğe atfedilir. Diğer bir deyişle, organ eliyle yürütülen faaliyetler birliğe atfedilmektedir. Dolayısıyla sorumluluk sükreleri farklı iki hüküm söz konusudur. Fakat yine anonim şirketin yönetim kurulunun üyelerinin sorumluluğu bağlamında TBK m. 66'nın önemi, yönetim kurulu üyelerinin yetkilerini devrettikleri kişilerin seçimi ve gözetmi hususunda gösterecekleri özenin değerlendirilmesinde uygulanabilecek bir hüküm olmasıdır¹¹⁹. Bununla birlikte mehaz İsviçre Kanun'undan farklı olarak, talimat vermede gerekli özenin gösterilmesinden söz edilmemiştir. Gerekçede de tatmin edici bir açıklama yapılmamıştır. Ancak mevcut düzenlemede talimat yükümlülüğünden söz edilmeyişi fiiliyatta yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin söz konusu yükümlülüğten kaçabileceği anlamına da gelmemektedir. Zira şirketin üst düzey yönetimiyle ilgili talimatların verilmesi (TTK m. 375/f. 1. a) ve yönetimle görevli kişilerin kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeye uygun hareket edip etmediğinin üst gözetimi (TTK m. 375/f. 1. e) yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Hal böyle olunca yönetim kurulu üyelerinin talimat vermede özen göstermeleri zorunluluğu kendiliğinden kabul edilmektedir. Öte yandan yine OR Art. 754'den farklı olarak, mehaz kanunda mevcut olmayan

¹¹⁷ İ. Kırca,/F. H. Şehirali Çelik/Ç. Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara, 2013, s. 116 vd; E. Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007, s. 182; N. Akdağ-Güney, Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 143.

¹¹⁸ M. Dural/T. Ögüz, **Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi**, İstanbul, 2014, s. 223.

¹¹⁹ Waespi, (2005), s. 22.

gözetim yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 553'ün 3. fıkrası düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz”. Burada aslında amaçlanan İsviçre Hukukundaki, yönetim kurulunun yetki devrinin, üyeleri sorumluluktan kurtarma etkisini zayıflatma eğilimini bertaraf edebilmektir. Fakat uygulamada söz konusu hükme ihtiyaç duyulmayacağından, zaten pek de yenilik getiren bir düzenleme olmadığını söylemek, yalnızca normu açıklama çabası görmek yanlış olmayacaktır. Çünkü yönetim kurulunun kontrolü dışında kalan aykırılıklar ve yolsuzluklar halinde sorumluluğundan bahsetmek de mümkün değildir. Başka bir deyişle gerekli özeni gösterse dahi, meydana gelen zararı önleyebilmesi mümkün değilse, yönetim kurulunun sorumluluğuna da gidilemez¹²⁰.

Yönetim kurulunun gösterdiği özeni ispat yükü ise, TTK m. 553/f.2 hükmünden çıkarılamadığından, mehzaz kanun hükmünden yola çıkılarak sonuca varılması için herhangi bir engel yoktur¹²¹. Dolayısıyla OR. Art. 754/f.2 açıkça, seçim talimat verme ve gözetimde gerekli özenin gösterildiği hususunda ispat yükünün, yetkiyi devredende olduğunu, çünkü yönetim kurulunun iç organizasyon konusunda davalıya nazaran daha çok bilgisi olduğu için ispat kabiliyeti bakımından daha elverişli olacağını belirtmiştir¹²².

III. İşçinin Kiralanması Halinde Adam Çalıştıran Sıfatı

İş hayatının ihtiyaçlarına uygun olarak, adam çalıştıranın işin yerine getirilmesi için uzmanlık bilgisine sahip, başka bir adam çalıştırana ait çalışanın faaliyetlerinden yararlandığı durumlar söz konusu olabilir¹²³. İşçinin kiralanması

¹²⁰ Kırca/Şehirli-Çelik/Manavgat, s. 613 vd.

¹²¹ Maddenin mevcut hali, “makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi” ifadesini içermekte, ancak net bir biçimde ispat yükünün davacıya yüklendiği de çıkarılamamaktadır. Ancak TTK m. 553/2 hükmünün tasarı metninde, ispat yükü açıkça yönetim kurulu üyelerine verilmiştir: “Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak başkasına devreden organlarveya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde akla yatkın derecede özen gösterdiklerini ispat ettikleri takdirde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmaz.” Mevcut düzenlemede bu haliyle yer almamıştır.

¹²² İ. Kırca/Şehirli- Çelik/Managat, s. 616. A. Battal, Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi, **AKÜHFD**, 2012, S. 2, s. 37.

¹²³ Keller, s. 119.

veya taşeronluk sözleşmesi diye ifade edilen bu gibi durumlar için sorumluluğun nasıl çözümleneceği sorusu akla gelir. Çözüm şekli müteselsil sorumluluk, kiracının sorumluluğu ve kiracı sorumluluğu biçiminde belirtilebilir. Ancak hakim görüş, hangi adam çalıştırana bağımlı olarak çalışıyorsa, hangisi fiilen gözetim yükümlülüğünü yerine getirebiliyorsa sorumluluğun onda olması görüşündedir. Bu da kiraya veren adam çalıştırana sorumlu olması sonucunu doğurur¹²⁴. Ancak her iki adam çalıştırana da fiilen gözetim yükümlülüğünü yerine getirip, talimatları verebiliyorsa müteselsil sorumluluğun kabulü de mümkündür¹²⁵. Ancak tam anlamıyla bir kiralamadan bahsedilirse, o takdirde kiraya verenin çalışana yönelik bir talimatı veya onu gözetlemesi mümkün değildir. Bu nedenle müteselsil sorumluluğun kabul edilmesi zordur¹²⁶. Bu durumda genellikle sadece işçi kiralayanın adam çalıştırana sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır. Oftinger/Stark'da müteselsil sorumluluğa kiraya veren adam çalıştırana için dezavantajlı olacağından hareketle karşı çıkmaktadır¹²⁷.

§ 5. SORUMLULUĞUN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. İsviçre Hukuku

A. Genel Olarak

İsviçre Hukukunda OR. Art. 55'e göre, adam çalıştırana işçilerinin veya diğer yardımcı kişilerinin hizmetlerinin veya işlerinin görülmesi sırasında sebebiyet verdiği zararlardan, bu türden bir zararın engellenmesi için hal ve şartların gerekli kıldığı özeni gösterdiğini veya bu özen gösterilse bile, bu zararın meydana geleceğini ispatlayamadığı sürece sorumludur. Bu hükmün esası, kendi menfaati için başkasını çalıştırana kimsenin, işin görülmesi sırasında doğacak tehlikeleri de üstlenmesi

¹²⁴ Eren, s. 623; Brehm, Art. 55, Nr.16- 17; Keller/Gabi, s. 160; Rey, N. 906; Gnos, s. 125.

¹²⁵ Brehm, Art. 55, Nr. 18.

¹²⁶ Rey, N. 906; Keller, s. 173; Waespi, 2005, s. 22-23; Antalya, s. 549; Petrin, s. 66-67.

¹²⁷ Oftinger/ Stark, § 20, N. 77; Rey, N. 906; Petrin, s. 67.

düşüncesine dayanır¹²⁸. Unger bu esası şu biçimde ifade etmiştir; “menfaat kime aitse, tehlike de ona aittir¹²⁹”. Bu düzenleme ile eski OR. Art. 62 maddesi arasında önemli bir değişiklik mevcut değildir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, eski OR. Art. 62’de “Adam çalıştırarak, zararı önleyebilmek için gerekli tüm özeni ispatlayamazsa, istihdam ettikleri kişilerin veya işçilerin gördükleri iş esnasında sebebiyet verdikleri zararlardan sorumludur”, şeklinde düzenlenmiştir. Değişiklik yalnızca terminoloji ile sınırlı olup, içerik olarak her iki metin aynı düzenlemeyi içermektedir. Eski OR Art. 62 ve daha sonra OR Art. 55 sorumluluğun hukuki sebebi ve bu düzenlemelerdeki kurtuluş kanıtına ilişkin ortaya çıkan tartışmalar dolayısıyla yorumu konusunda önemli bir gelişim süreci yaşamıştır¹³⁰. İlk olarak öğretide sorumluluğun, yardımcı kişinin ve adam çalıştırmanın her ikisinin de ya da adam çalıştırmanın tek başına kusurunun arandığı bir kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir. Bu arada adam çalıştırmanın sorumluluğunun, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlal ettiği karinesine dayalı objektif ve sübjektif sorumluluk arasında bir sorumluluk türü olduğu görüşü de ileri sürülmüştür¹³¹. Hatta bazı yazarlar adam çalıştırmanın sorumluluğunu küçük işletmeler ve esnaf işletmeleri için kusur sorumluluğu, büyük işletmeler için ise zayıflatılmış sebep sorumluluğu olarak değerlendirmişlerdir¹³². Daha sonra ise adam çalıştırmanın sorumluluğu genel olarak sebep sorumluluğu olarak nitelendirilmiştir¹³³.

Federal mahkeme içtihatları da, öğretideki görüşlere ile paralel biçimde önce kusur sorumluluğunu kabul etmiş, ardından 1908 tarihinden itibaren adam çalıştırmanın Art. 55’de karine olarak kabul edilen objektif özen yükümlülüğünün ihlalini sebep sorumluluğu olarak nitelendirmiştir. Bu özen yükümlülüğünün içeriği ve türü Federal Mahkemenin zengin içtihatlarıyla somutlaştırılmıştır. Uzun bir süre özen yükümlülüğünün içeriği, yardımcı kişiyi seçmede (*cura in eligendo*), talimat

¹²⁸ Widmer/Wessner, s. 122; İmre, s. 144.

¹²⁹ “Unger “eigenes Interesse eigene Gefahr, fremdes Interesse fremde Gefahr” biçiminde ifade etmektedir. Roma Hukukunda ise, “cujus commoda, ejus in commoda” biçiminde ifade edilmiştir”naklen, İmre, s. 64.

¹³⁰ Waespi, (2005), s. 15-16; Nater, s. 8-12; Gayler, s. 17 ff.

¹³¹ C. Burckhardt, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht Auf das Schadenersatzrecht, **ZSR**, 1903, s. 469 ff.; Waespi, (2005), s. 16.

¹³² Gayler, s. 87 vd; Waespi, (2005), s. 16.

¹³³ Waespi, (2005), s. 15-16.

vermede (cura in instruendo) ve gözetimde(cura in custodiende) gösterilecek özen olarak tarif edilmiştir¹³⁴. Bu özen yükümlülüklerine ek olarak, daha o zamanlar adam çalıştırmanın işletmede iş sürecini amaca uygun organize etme yükümü kabul edilmiştir¹³⁵. İsviçre’de OR Art. 55’in yorumu Federal Mahkemenin üretici olarak faaliyet gösteren adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin kararları ve öğretideki farklı görüşlerle 20. yy’ın ikinci yarısında yeni bir ivme kazanmıştır. Bu bağlamda Federal Mahkemenin organizasyon sorumluluğunu gündeme getiren iki Federal Mahkeme kararı, “Fritösen” (Fritöz)¹³⁶ ve “Schachtrahmen” (Menfez Çerçevesi)¹³⁷

¹³⁴ Waespi, (2005), s. 16.

¹³⁵ Waespi, (2005), s. 16; BGE 31 II 125.

¹³⁶ BGE 90 II 86, “Federal mahkeme karara konu olan olayda, üreticinin adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluğunu, çalışanını seçme, gözetleme, ona talimat vermede ve işin organizasyonunda gerekli olan özen ödevi bakımından kurtuluş kanıtını yerine getirdiği düşüncesiyle reddetmiş. Buna göre bir otelde restoran işleten davacı, üretici kolektif şirketten fritöz satın almıştır. Satılan fritöz, yağın sıcaklığını otomatik olarak kontrol ederek, 2000 dereceyi aşmayı engelleyici termostat donanımına sahip olarak üretilmiştir. Ancak uygun biçimde kurulumu yapıldıktan bir yıl sonra, fritözün termostatının çalışmamasıyla yangın çıkmış ve otel binası ve eşyalar büyük zarar görmüştür. Yapılan incelemede, üretim esnasında sıcaklığı algılamaya yardımcı bakır tel parçanın termostata monte edilmemesi sebebiyle termostatin çalışmadığı kanaatine varmıştır. Federal mahkeme davacının tazminat talebi için, sorumluluğun OR Art 55 hükmüne göre değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Zira sözleşmeye dayanarak dava açma hakkı zamanaşımına uğramış, OR Art. 41’e dayalı olarak tazminat talebinin ise, şirket ortaklarının bizzat kontrol etme yükümlülükleri olmaması sebebiyle yerinde olmadığına kanaat etmiştir. Daha sonra üretici firmanın yeterli özeni gösterdiğine ilişkin kurtuluş kanıtını yerine getirip getirmediğini değerlendirmiş. Sonuç olarak da kurtuluş kanıtının, termostati monte etme işini tecrübeli bir elektriciye vermesi ve bu sebeple çalışanını seçim, talimat ve işin organizasyonunda yeterli özeni olduğu için, yerine getirildiğini kabul ederek, davayı reddetmiştir

¹³⁷ BGE 110 II 456, “Menfez çevresi kararıyla Federal Mahkeme, tutumunu değiştirmiş, üreticinin organizasyon ödevini gerektiği gibi yerine getirmediği gerekçesiyle, sorumluluğuna hükmetmiştir. Olayda, yol yapım çalışmalarında çalışan iki işçi, 690 kg lik menfez çerçevesini, makine yardımıyla menfeze oturtulmaya çalışılırken; taşıma halkası yerinden kopmuş ve menfez çerçevesi işçilerden birinin üzerine düşmüştür. İşçinin ayağı ezilmiş ve bu sebeple % 30 oranında çalışma gücü kaybı olmuştur. Daha sonra ise, yaralanan işçi menfez çerçevesi üreten firmaya karşı maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Bern Yüksek Mahkemesi, üretici firmanın menfez yapımında çalışanı seçme, denetleme, talimat vermede ve işletmenin örgütlenmesinde özenli davrandığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Federal Mahkeme ise, işletmenin amaca uygun biçimde örgütlenmesi konusunda gösterilmesi gereken özeni farklı algılamış, organizasyon bakımından özeni bu kapsamda değerlendirmiştir. Endüstriyel ürünlerin üretim süreci oldukça karışıktır. Dolayısıyla üretim sürecinde, birden fazla çalışanın istihdam edildiği işletmelerde hangi çalışanın zarara bir fiil zarar verdiğini belirlemek güçtür. Bu sebeple mahkeme, davalının üretimde hatayı veya hatalı ürünün piyasaya sürülmesini önlemek için yüksek maliyeti olmayan, teknolojik açıdan bilimin en yüksek imkanlarını kullanıp, üretimden sonrada kontrol yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bu bağlamda ise organizasyon yükümlülüğü ve kontrol yükümlülüğü arasında sıkı bir bağ olduğu Federal Mahkeme tarafından vurgulanmıştır.”

kararları önemli bir yere sahip olup. organizasyon sorumluluğunun kabul edildiği kararlar olarak zikredilmektedir. Fakat bu iki karara neticesi açısından bakıldığında, ortak bir değerlendirme yapılmadığı, birbirinden farklı kabul edilebilecek sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Bu iki karar, İsviçre hukukunda OR Art. 55 uygulamasının öyle esnek kriterlere sahip olduğunu göstermiştir ki, maddenin yorumuna göre sorumluluğun hukuki niteliği, farklı olaylarda birbirinden farklı değerlendirilebilecektir. (Örneğin, “Fritös” kararında ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu, “Schachtrahmen” kararında kurtuluş kanıtı getirmenin neredeyse mümkün olmadığı katı bir sebep sorumluluğu). Bu çerçevede o zamanlar öğretilde adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin görüşler de birbirinden farklılık göstermiştir¹³⁸. Bugün itibarıyla İsviçre hukukunda hakim görüş, adam çalıştırmanın sorumluluğunun objektif özen yükümlülüğünün ihlal edildiği karinesine dayalı bir olağan sebep sorumluluğu niteliği taşıdığı yönündedir¹³⁹. Bununla birlikte OR. Art. 55’de sorumluluğun ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu olduğunu savunan görüşler de mevcuttur¹⁴⁰.

B. Sorumluluğun Şartları

1. OR. Art. 55

İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre, adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabulü için, ne adam çalıştırmanın ne de çalışanın kusurlu davranışına ihtiyaç vardır¹⁴¹. Sorumluluğun genel şartları, zarar, uygun nedensellik bağı, ve hukuka aykırılıktır; özel şartları ise adam çalıştırıcıyla çalışan arasında bağımlılık ilişkisi mevcut olması, çalışana verilen iş ile zarar arasında işlevsel bir bağlantı olması ve olumsuz bir şart olarak nihayet adam çalıştırıcının kurtuluş kanıtını getirememiş olmasıdır.

Diğer taraftan zarar çalışana verilen iş sırasında meydana gelmelidir. Başka bir deyişle çalışana verilen iş ile meydana gelen zarar arasında işlevsel bağ mevcut

¹³⁸ Waespi, (2005), s. 17.

¹³⁹ Widmer/Wessner, s. 123; Brehm, Art. 55 N. 32, Nater, s. 5; P. Portmann, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern, 1958, s. 75; Ayrıca bkz. Waespi, (2005), s. 17.

¹⁴⁰ Honsell, § 13, N. 4; Petrin, s. 8.

¹⁴¹ Widmer/Wessner, s. 123; Waespi, (2005), s. 25.

olmalıdır. İşlevsel bağı değerlendirme kriteri oldukça farklı sonuçlar doğuracak türdendir. Çok geniş yorumlanan bir “işlevsel bağ” kavramı çok geniş sorumluluğu; çok dar yorumlanan bir “işlevsel bağ” kavramı ise çok dar bir sorumluluğu ortaya çıkarır. Son zamanlarda İsviçre hukukunda öğretideki görüşler, işlevsel bağlantıyı geniş yorumlama eğilimi taşımaktadır¹⁴².

OR. Art. 55’e göre sorumluluk için OR. Art. 101’den farklı olarak çalışan ve adam çalıştıran arasında bağımlılık ilişkisinin varlığı zorunludur. Bu bağımlılık özel hukuk (örneğin hizmet, vekalet sözleşmesi veya fiili bir ilişki, ya da devletin egemenlik gücüne dayalı bir faaliyet söz konusu olmadığı sürece kamu hukukundan kaynaklanabilir ve çoğunlukla ekonomik nitelik taşır¹⁴³.

OR. Art. 55’de adam çalıştıranın sorumluluğu için öngörülen bir diğer şart, adam çalıştıranın zarara engel olmak için somut olayın gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini ispat edememiş olmasıdır. Burada gösterilmesi gereken özen objektif kriterlere ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir¹⁴⁴. Adam çalıştıranın göstermek zorunda olduğu özen, bilhassa çalışanın seçimi, gözetimi ve talimat verilmesine ilişkindir. OR Art. 55 hükmünde açıkça belirtilmemiş olan bu yükümlülükler öğreti ve içtihat tarafından belirlenmiştir¹⁴⁵. Bu yükümlülükler, zamanın ihtiyaçları doğrultusunda, işletmede iş sürecini amaca uygun organize etme yükümlülüğü de dahil edilmiştir¹⁴⁶.

Böylece madde hükmünün yorumuyla organizasyon sorumluluğu uygulamasına imkan tanınmıştır. OR Art. 55’de öngörülen diğer bir kurtuluş imkanı da, adam çalıştıranın zararın özenine rağmen meydana geleceğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulmasıdır. O halde hükmün uygulanmasında iki nedensellik bağı vardır: Biri çalışanın fiili ile zarar arasında (bu bağ zarar gören tarafından kanıtlanmalıdır); diğeri özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasındadır (bu bağlantı varsayılır). Böylece madde kapsamında mevcut karine dolayısıyla objektif özen yükümlülüğü ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağı zarar gören kişinin ispatı

¹⁴² Rey, N. 912, Oftinger/Stark, Bd. II/I, § 20 N 88; ayrıca bkz. Waespi, (2005), s. 23; Eren, s. 626.

¹⁴³ Widmer/Wessner, s. 123.

¹⁴⁴ Oftinger/Stark, Bd II/I, § 20, N. 126; Nater, s. 24; Rey, N. 924; Waespi, (2005), s. 26.

¹⁴⁵ Waespi, (2005), s. 16.

¹⁴⁶ Waespi, (2005), s. 16; BGE 31 II 125.

gerekmez; zarar gören sadece çalışanın fiili ve zarar arasındaki uygun nedensellik bağını kanıtlamalıdır¹⁴⁷. Öte yandan özen yükümlülüğünün ihlali ve zarar arasındaki bağlantı karine olarak var sayılsa bile aksinin ispatı mümkündür. İşte OR. Art. 55 bu konuda iki imkan tanımaktadır. Özen yükümlülüğü ihlali ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması zorunlu olduğundan, adam çalıştıran nedenselliğin bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Nedensellik bağını koparan imkanlardan biri özene dair kurtuluş kanıtıyken (fiil karinenin çürütülmesi), diğeri ise nedensellik karinesinin çürütülmesidir. Nedensellik karinesine göre, adam çalıştıran durumun icap ettiği bütün dikkat ve özeni göstermesine rağmen zararın doğumuna engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Son durum Widmer/Wessner Tasarısında (Art. 49, Art 49a) mevcut değildir ve bu durumun nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olması sebebiyle aynı şekilde TBK. m. 66 kapsamına alınmamıştır¹⁴⁸.

2. Reform Önerileri ve VE- OR. Art. 49-49a

a. Reform Önerileri

OR. Art. 55, bu yüzyıl zarfında bazı anlamlarını yitirip ve yetersiz kalmaya başlamıştır. Yetersizliğe neden olan ilk gelişme, küçük esnaf işletmelerinin yerini, birçok kişinin çalıştığı ve iş bölümünün önemli olduğu büyük ölçekteki işletmelerin almasıdır. Adam çalıştıranın sorumluluğu hakkındaki hükümler ise, birkaç büyük fabrika dışında, mal ve hizmetlerin üretimi ve dağıtımının esas itibariyle elle ya da tarımla yapıldığı zamandan kalmadır. Öğreti ve uygulama bu açığı ortadan kaldırmak maksadıyla OR. Art. 55'in uygulama amacını genişleterek yorumlamıştır. Bu yolla da organizasyon sorumluluğunu uygulayabilmiştir. Fakat kanunen organizasyon yükümlülüğü ile ilgili bir düzenlemenin varlığına olan ihtiyaç ortadan kalkmamıştır. OR Art. 55'in modern işletme sahibi adam çalıştıranların sorumluluğuna uygulanması uygulamada güçlükler doğurmuş, bu nedenle öğretilerde özellikle 1967 yılında Neuenberg'de, sorumluluk hukukunun yeknesaklaştırılmasını ele alan İsviçre

¹⁴⁷ Eren, s. 627.

¹⁴⁸ Widmer/Wessner, s. 121; Sağlam, s. 170.

Hukukçular Gününde, sorumluluğun ağırlaştırılması gerekliliği ifade edilmiştir¹⁴⁹. Gilliard, kurtuluş kanıtının modern yaşamın gerekleriyle bağdaşmadığını vurgulayarak kurtuluş kanıtının kaldırılmasını savunmuştur¹⁵⁰. Jaeggi de, gerçek organizasyon sorumluluğunun kabulünü önermiştir. Jaeggi, teknik gelişmeler neticesinde, işletmelerin karmaşık organizasyonunun sorumluluğunu haklı kılacağına işaret etmiştir¹⁵¹. Ancak 2000 yılında tartışmaya açılan Widmer/Wessner tasarısı çalışma komisyonu küçük ve orta ölçekteki işletmeler için ağır bir sebep sorumluluğunu kabul etmenin, onlar adına zorluk doğuracağı konusundaki endişelerini dile getirmiş, sonuçta bu tasarıyla kurtuluş kanıtı getirme imkanı olan, adam çalıştırmanın olağan sebep sorumluluğu önerilmiştir¹⁵².

b. VE-OR 49- 49a

aa) VE- OR Art. 49

Bu hüküm temelde OR. Art. 55/Abs. 1 ile aynıdır. Düzenleme uygulama sahasını VE. Art. 49a anlamında “ekonomik ve mesleki odaklı işletme” çerçevesinde sebebiyet verilmeyen zararlarla sınırlandırılmaktadır. Bu anlamda VE-OR Art. 49 ve 49a arasında sınırlandırma kriteri negatiftir. Sorumluluk süjesi, kendi menfaatine bir işin görülmesi için bir başkasının hizmetine başvuran kimsedir¹⁵³.

VE-OR Art. 49’a göre yardımcı kişiye verilen bu iş çoğunlukla ev işleri faaliyetleriyle bağlantılıdır. Örneğin ev işlerinde hizmetçi, bahçıvan veya gençlerin çalışması. Yardımcı kişiye verilen iş boş zaman değerlendirmek maksadıyla da olabilir; örneğin amatör müzisyenlerin bir konserinin organizasyonu veya antrenör olarak, amatör futbol kulübü takımına hazırlık yaptırılması bu kapsamda sayılabilir. Ayrıca “ekonomik ve mesleki amaçlı faaliyet yürütülen işletme” çerçevesine girmeyen, yararlı bir amaç uğruna çaba sarf eden toplulukların, bu amacı gerçekleştirmek uğruna yürüttükleri faaliyetler de bu kapsama dahil edilebilir. Bir

¹⁴⁹ Widmer/Wessner, s. 125.

¹⁵⁰ Gilliard, s. 298.

¹⁵¹ Jaeggi, s. 755.

¹⁵² Widmer/Wessner, s. 125-126.

¹⁵³ Widmer/Wessner, s. 127.

okulun çocuklarının kağıt atıkları toplaması veya siyasi bir partinin toplantı organizasyonu yapılması bu faaliyetlere örnek olarak verilebilir¹⁵⁴.

Ayrıca ikinci özel şart olarak, zararın yardımcı kişiye verilen iş sırasında meydana gelmesi gerekir. İşlevsel bağlantı bugün geniş yorumlanmaktadır¹⁵⁵. Öyle ki, yardımcı kişinin adam çalıştırmanın talimatlarını, göz ardı ettiği durumlarda dahi işlevsel bağlantının mevcut olabileceği ifade edilmektedir. Zararın adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün ihlaline dayandığı karine olarak kabul edilmiştir¹⁵⁶.

Bunun yanında VE-OR Art. 49'a göre sorumluluğun genel şartları gerçekleşmiş olmalıdır. Bunlar zarar, hukuka aykırılık ve nedensellik bağıdır (yardımcı kişinin davranışı ve zarar arasında). Kusur ise gerekli olan bir şart değildir. Ama sorumlu olan kişi ayrıca kusurlu ise, bu durum tazminatın hesaplanmasında dikkate alınan bir ek kusur teşkil eder¹⁵⁷.

VE-OR Art. 49'a göre adam çalıştırın, zararı engellemek için, yardımcı kişinin seçiminde, denetiminde ve ona talimat vermede gerekli tedbirleri aldığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir. Görüldüğü üzere, OR Art. 55'in aksine özen yükümlülüğünün içeriği maddede, adam çalıştırmanın çalışanı seçme, gözetim ve ona talimat verme yükümlülükleri olarak açıkça ifade edilmiştir. Her ne kadar bu yükümlülükler öğretinin yorumlarıyla ulaşılan bir sonuç olsa da, tasarıda, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin genel hükümde, üç klasik özen yükümlülüğünün açıkça belirtilmesinin VE-OR Art. 49a'da daha katı olarak öngörülen ispat ile Art. 49'daki geleneksel kurtuluş kanıtı arasındaki farkın belirginleştirilmesi açısından faydalı olduğu ifade edilmiştir¹⁵⁸.

Yürürlükte olan VE-OR Art. 55/Abs.1'de öngörülmüş olan özen yükümlülüğü ihlali ile zarar arasındaki nedensellik karinesinin çürütülmesine ilişkin

¹⁵⁴ Widmer/Wessner, s. 127; J. Ruf, Vernehmlassungsantwort Des Schweizerischen Versicherungsverbandes Expertenentwurf Für Ein Bundesgesetz Über Die Revision Und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts, **HAVE**, 2002, s. 225.

¹⁵⁵ Altay, s. 185, "VE- OR Art. 49a daha geniş bir yorumla zamansal ve mekansal bağlantıyı kabul etmektedir".

¹⁵⁶ Widmer/Wessner, s. 128.

¹⁵⁷ Widmer/Wessner, s. 128; Waespi, (2005), s. 296.

¹⁵⁸ Widmer/Wessner, s. 128. söz konusu tasarının ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğuna ilişkin görüş için bkz. B. Schmidlin, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, **SJZ** 111/2015, s. 30.

kurtuluş kanıtı ise, nedensellik bağının kesilmesine ilişkin olması dolayısıyla gereksiz olduğu düşüncesiyle VE-OR Art. 49 metnine alınmamıştır¹⁵⁹.

b) VE-OR Art. 49a

Tasarının bu maddesi işletme sahibi adam çalıştırmanın organizasyon yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğe aykırılığa dair organizasyon sorumluluğunu düzenleyerek önemli bir yeniliğe imza atmıştır¹⁶⁰. VE-OR Art. 49a düzenlemesi, özellikle Türk Hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğuna organizasyon sorumluluğunun eklenmesi ve TBK. m. 66/f. 3 hükmünün kabul edilmesinde öncülük yapmıştır. VE- OR Art. 49a'ya göre, adam çalıştıran bir işletmede ekonomik, mesleki odaklı faaliyetlerde bir veya birden fazla kişiyi çalıştırıyorsa, işletmenin organizasyonunun zararı önlemeye yeterli şekilde olduğunu ispat etmedikçe; işletme etkinlikleri çerçevesinde neden olunan zararlardan VE. Art. 49a'ya göre sorumludur¹⁶¹. Burada VE-OR Art. 49'aoranla daha ağır bir sorumluluktur. Ancak yöneltlen önemli eleştirilere rağmen, halen kurtuluş kanıtı getirme imkanını muhafaza etmektedir¹⁶². Sorumluluğun öznesi, işletmede ekonomik ve mesleki odaklı işler için bir veya birçok kişinin hizmetinden yararlanan kişidir. Tüzel kişi veya gerçek kişi olması farklılık yaratmaz¹⁶³. Ayrıca yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi, zamansal ve mekansal bağlantı sorumluluğun oluşması için yeterlidir. Bu kriterler kümülatif olarak incelenmelidir¹⁶⁴.

Zararın işletmenin işleri çerçevesinde meydana geldiğinin ispatı zarar görene düşmektedir. Ancak organizasyon eksikliğinin ispatı gerekli değildir. Yani işletmeye bağlı çalışanın objektif kusurlu davranışı veya tesisin teknik eksikliklerinin ispatına

¹⁵⁹ Widmer/Wessner, s. 129.

¹⁶⁰ Koch, s. 124; Ruf, s. 225; M. W. Kuhn, Entwicklungen Im Privatversicherungs und Haftpflichtrecht, *SJZ* 97/2001, s. 154; M. Jaun, Haftpflichtrecht, Zur Gegenwartigen und Künftigen "ratio legis" Der Geschaefstherrenhaftung, *Privatrecht Im Spannungsfeld Zwischen Gesellschaftlichem Wandel Und Ethischer Verantwortung*, Festschrift Für Heinz Hausherr Zum 65. Geburtstag Beiträge Zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und Allgemeinen Privatrecht, Bern, 2002, s.582.

¹⁶¹ Koch, s. 125; Ruf, s. 225; Kuhn, (2001), s. 154.

¹⁶² Eleştirilerle ilgili olarak Bkz. s. 14.

¹⁶³ Widmer/Wessner, s. 129.

¹⁶⁴ Widmer/Wessner, s. 130.

gerek yoktur. Zira organizasyon eksikliği karine olarak kabul edilir. Bu bakımdan işletmenin etkinliği sonucu olarak oluşan zarar, organizasyon eksikliğinin önemli bir işareti olarak görülür. Bu çürütülebilir, aksi ispat edilebilir karine “es sei denn” hükmünün ifadesinden çıkarılır. Art. 49a’ya göre adam çalıştıran, işletmenin organizasyonunun zararı önlemeye yetecek derecede olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹⁶⁵.

c) OR 2020

Widmer/ Wessner tasarısı, Hofstetter’in ifade ettiği gibi, yalnızca hukuki argümanlarla çalışılmış, ancak son yıllarda göze çarpan hukukun ekonomik boyutunun göz ardı edilmesiyle ihtiyaca cevap vermekten uzak kalmıştır. Bu sebeple haksız fiil hukukunun kısmen değil, ama temelinden değiştirilmesi fikri ortaya çıkmıştır¹⁶⁶. Bu kapsamda Claire Huguenin ve Reto M. Hilty editörlüğünde, “İsviçre Borçlar Kanunu Genel Bölüm 2020 Tasarısı”¹⁶⁷ (Schweizer Obligationenrecht 2020-Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil(OR 2020)) hazırlanmıştır. OR 2020 tasarısının ikinci kısmının “c” bölümü “Organizasyon Sorumluluğu” başlığı altında adam çalıştıranın sorumluluğu ve işletme sahibinin sorumluluğu düzenlemiştir¹⁶⁸. Başlık altında iki hüküm mevcuttur. OR 2020 Art. 58 hükmü şu şekildedir: “Adam çalıştıran, çalışan veya diğer yardımcı kişilerin hizmet ya da iş ile ilgili faaliyetlerini yerine getirdikleri sırada sebep oldukları zarardan, zararın doğumunu önlemek için şartların gerektirdiği özeni gösterdiğini ya da bu tür bir özenin gösterilmesi halinde dahi zararın oluşacağını ispat etmedikçe sorumludur.”

OR 2020 Art. 59 ise, “Bir ticari işletme, işletmenin faaliyeti çerçevesinde vermiş olduğu zarardan, işletme organizasyonunun zararın doğumunu engellemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe sorumludur.” şeklindedir. OR 2020 Art. 58, OR Art 55 düzenlemesine karşılık gelir¹⁶⁹. OR- 2020 tasarısı OR Art. 55/Abs. 2 ’deki

¹⁶⁵ Widmer/Wessner, s. 132.

¹⁶⁶ Hoffstetter, s. 322.

¹⁶⁷ OR 2020 Tasarısı için bkz. [http://or2020.ch/\(04.01.2015\)](http://or2020.ch/(04.01.2015)).

¹⁶⁸ Weber, hükmün üst başlığının “organizasyon sorumluluğu” yerine “yardımcı kişiden sorumluluk olmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir. Bkz. Weber, s. 358.

¹⁶⁹ W. Fellmann/C. Müller/F. Werro, OR 2020 58-59, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf Für Einen Neuen Allgemeinen Teil, Zurich Et all, 2013, s. 183-186.

rücu kuralına, genel rücu kuralı karşısında gereksiz görüp, yer vermemiştir. Art. 59 ise, VE Art 49a daki düzenleme gibi adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğunu getirmek istemiştir¹⁷⁰. Ayrıca, OR Art. 55/Abs. 1 hükmünde belirtilen, adam çalıştırmanın gerekli özenin gösterilmesine rağmen zararın ortaya çıkacağını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağına ilişkin ifade, bu durumun nedensellik bağının kesilmesine ilişkin olması sebebiyle adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulacağının kendiliğinden anlaşılabilmesine rağmen OR Art 58’de yer almıştır¹⁷¹. VE-OR Art 49 kapsamında özen yükümlülüklerine ise OR 2020 Art 58’de yer verilmemiştir¹⁷². OR 2020 Art 59 hükmü ise VE-OR Art. 49a yı karşılıyor olsa da daha ağır bir sorumluluk hükmü getirdiği belirtilmelidir. Zira OR 2020 Art 59 hükmü çalıştırma ilişkisine bakmaksızın, ticari işletme faaliyetinin sebep olduğu zararlar bakımından tazmin yükümlülüğü benimsenmiştir¹⁷³.

IV. Alman Hukuku

A. Genel Olarak

Adam çalıştırmanın sorumluluğu BGB § 831’de düzenlenmiştir. BGB § 831’e göre“Bir işin yapılması için bir başkasını görevlendiren kişi, onun işin görülmesi sırasında üçüncü kişilere hukuka aykırı şekilde verdiği zarardan sorumlu olur. Adam çalıştırmanın, görevlendirilen kişinin seçiminde ve eğer araç veya gereci sağlaması veya işin yürütülmesini yönetmesi gerektiği takdirde, tedarik veya yönetimde halin gerektirdiği özeni göstermiş olması veya bu özenin gösterilmesi halinde dahi zararın oluşacak olması halinde, tazminat yükümlülüğü doğmaz.

Aynı sorumluluk, birinci fıkranın ikinci cümlesinde belirtilen işlerden birisinin adam çalıştırıcı için yerine getirilmesini sözleşmeyle üstlenen kişi için de geçerlidir.”

¹⁷⁰ Hofstetter, s. 325; Weber, 358; H. Honsell, Kritische Bemerkungen zum OR 2020, **SJZ** 109/2013, s. 459.

¹⁷¹ Fellmann/Müller/Werro, OR 2020Art. 58, N. 4.

¹⁷² Fellmann/Müller/Werro, OR 2020 Art. 58, N. 5.

¹⁷³ Ünütepe, s. 53.

Bu hüküm genel yapısı itibariyle mehz İsviçre ve Türk hukuku düzenlemeleriyle benzerlik taşımaktadır. Ancak önemli denebilecek farklılıklar da mevcuttur. BGB § 831 Pandektist Hukukçuların, Roma Hukukçularının adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin görüşlerine yaptıkları atıfla yeniden doğmuştur. Çünkü Roma Hukukunda iktidar sahibinin köle ve çocuklardan dolayı sorumluluğu bir sebep sorumluluğudur, kusurun varlığı araştırılmaz. Pandektistler ise, liberal ekonomi ve endüstriyel gelişimler doğrultusunda adam çalıştırmanın sorumluluğunu kusura dayalı bir sorumluluk olarak tasarlamıştır. Ancak kusur sorumluluğundan farklı olarak ispat yükü adam çalıştırın üzerinde olan bir sorumluluk olduğu için, ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu olarak nitelemek daha doğru olur. İşte bu açıdan BGB § 831, OR. Art. 55 ve TBK. m. 66'dan net bir biçimde ayrılmaktadır. BGB § 831'de İsviçre ve Türk hukukuna benzer şekilde adam çalıştırana sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getirme imkânı verilmiştir¹⁷⁴. Adam çalıştırın işin görüldüğü sırada zararın oluşmaması için gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ve buna rağmen zararın oluştuğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulur. Ne var ki, adam çalıştırının, yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal ettiği ve bu yükümlülüğün ihlali ile üçüncü kişiye zarar verilmesi arasında nedensellik bağının mevcut olduğu karine olarak kabul edilir. Yani, burada adam çalıştırının kusurlu olduğu başından itibaren kabul edilip, aksi durumun ispat edilmesi adam çalıştırana yüklenmiştir¹⁷⁵. Sorumluluk için çalışanın kusurunun aranmaması ise gerek Alman gerekse Türk İsviçre Hukuku bakımından benzer niteliğe sahiptir¹⁷⁶.

Sorumluluğun gerekçesi olarak menfaat-riziko prensibine atıf yapılmaktadır. Böylece adam çalıştırının kendisine ait işlerin görülmesinde eylemlerinden faydalandığı takdirde, bu sırada ortaya çıkacak olan zarar rizikosuna katlamak zorunda olduğu ve onların zarar verici eylemlerini harekete geçiren kişi olarak sorumlu olacağı kabul edilmektedir¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Waespi, 2005, s. 78; Matusche- Beckmann, s. 106f.

¹⁷⁵ M. Fuchs, Deliktsrecht, Berlin/Heidelberg, 2009, s. 160; H. Sprau, § 631-853 BGB, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München, 2015, § 831, N. 1; Fikentscher, Nr. 1298.

¹⁷⁶ İmre, s. 130; Waespi, 2005, s. 76.

¹⁷⁷ Waespi, 2005, s. 77.

Alman hukuku bakımından organizasyon sorumluluğu ise, BGB § 831 ve BGB § 823 hükümleri uyarınca iki çatıaltında gerçekleşmiştir¹⁷⁸. BGB § 831 hükmü çerçevesinde, organizasyon sorumluluğu doğrudan kabul edilmez. BGB § 831’de adam çalıştırmanın, çalışanın seçiminde, yönetiminde ya da teçhizat ve araç gerecin temininde gerekli özeni göstermesi öngörülmüştür. Bunun dışında, adam çalıştırmanın gözetim, denetim ve organizasyon yükümlülüğünden bahsedilmiştir¹⁷⁹. BGB § 831 çerçevesinde genel anlamıyla adam çalıştırmanın sorumluluğu kabul edilirken, bu sorumluluğun hukuk uygulaması dolayısıyla gelişme göstermesi neticesinde organizasyon sorumluluğu- organizasyona ilişkin özen yükümlülüğü ortaya çıkmıştır¹⁸⁰. Bu özen yükümlülüklerinin içeriğine ilişkin somut varsayımlar, BGB § 823 vasıtasıyla genel davranış yükümlülükleri, tehlikeyi önleme yükümlülüğü (Verkehrssicherungspflicht) kapsamında netleştirilir. Böylece adam çalıştırın, tehlike kaynağı meydana getiren ve onu devam ettiren bir kişi olarak, üçüncü kişileri korumak amacıyla şartların gerektirdiği bütün emniyet tedbirlerini almakla yükümlüdür¹⁸¹. Organizasyon yükümlülüğü de genel davranış yükümlülüklerinin alt grubu olarak, işletme sahibinin kendi alanını, üçüncü kişilerin zarar görmeyecek şekilde düzenlemesini gerektirir¹⁸². Dolayısıyla BGB § 823 çerçevesinde işletme sahibinin kusurlu biçimde organizasyon yükümlülüğünü ihlal etmesiyle sorumluluğu oluşur¹⁸³. Öte yandan BGB§ 831 açısından organizasyon sorumluluğunun varlığı, hükmün kapsamında sayılan özen yükümlülüklerini çalışana devretmesi halinde kabul edilir. Çünkü işletme sahibinin özen yükümlülüklerindeki esas tehlikeyi

¹⁷⁸ “ Belediye işçisinin, kaldırım yapım nedeniyle çimentonun kuruması için beş cm yükseklikteki ahşap engeller nedeniyle düşüp yaralanan davacı, belediyeye tazminat davası açmıştır. Kaza günü bu engeller zaten dört gündür durduğu düşünüldüğünde çimentonun çoktan kurumuş olması muhtemeldir. Davacı, belediyeye adam çalıştırmanın sorumluluğu sıfatıyla tazminat davası açmıştır. Mahkeme organizasyon eksikliğine BGB §823 ve § 831 vasıtasıyla hükmetmiştir”, RG Warn. 1914, Nr. 35 (s. 50), Matusche- Beckmann, **Das Organisations Verschulden**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001, s. 39; Gayler, s. 31.

¹⁷⁹ Sprau, § 831, N. 13.

¹⁸⁰ Nater, s. 83.

¹⁸¹ Matusche- Beckmann; s 83; Von Bar, s. 43; Brandes, s. 165.

¹⁸² Matusche- Beckmann, s. 93-94.

¹⁸³ Fuchs, s. 161.

uzaklaştırma yükümlülüğüdür ve bu yükümlülüklerin çalışana devrinde organizasyon yükümlülüğü oluşur.¹⁸⁴.

B. Sorumluluğun Şartları

Genel olarak bakıldığında sorumluluğun şartları OR. Art. 55 ve TBK. m. 66'yla benzerlik göstermektedir¹⁸⁵. Sorumluluk için, çalışan tarafından yapılan iş ve zarar arasında işlevsel bağlantı şartı mevcuttur. Zarar “işin icrası sırasında” verilmiş olmalıdır¹⁸⁶. Bu konuda açık bir nedensellik bağı gerekli değildir. Ancak yardımcı kişiye tevdi edilen iş ve zarar oluşumu arasında nitelikli bir iç bağlantı (işlevsel) gereklidir¹⁸⁷. Çalışan adam çalıştırmanın talimatlarının tersine davranırsa veya görevinin sınırlarını aşarsa, tevdi edilen iş ve çalışanın davranışı arasında bağlantı kopmaz. Çünkü aksi halde adam çalıştırın BGB § 831'de öngörülen sorumluluktan talimatlarından sapıldığı gerekçesiyle kolayca sıyrılırdı¹⁸⁸. Bu bağlamda çalışanın geçici de olsa organizasyon açısından işletmeye dahil edilmiş olması belirleyicidir¹⁸⁹. İlave olarak adam çalıştırın ve çalışan arasında hukuki ya da fiili bir bağımlılık ilişkisinin (subordinations) şart koşulmaktadır. Bundan dolayı, ilke olarak BGB 831'den, bağımsız işletmelerden dolayı adam çalıştırının sorumluluğu türetilemez. Ancak bazı kararlarda bağımlılık ilişkisi çok geniş yorumlanmıştır (örneğin avukatlar açısından). Bağımsız olarak faaliyet gösteren işletmeler dolayısıyla sorumluluk BGB § 823 vasıtasıyla ortaya çıkmaktadır¹⁹⁰. Bağımlılık ilişkisinin sınırını belirlemede zorluk yaşanırsa, bu konuda kimin gerçekte organizasyon açısından zarar rizikosuna

¹⁸⁴ Matusche- Beckmann, s. 87.

¹⁸⁵ Gayler, s. 31.

¹⁸⁶ Fikentscher, Nr. 1306; Nater, s. 83.

¹⁸⁷ Fikentscher, Nr. 1306; “ İş vesilesiyle zararın meydana gelmesi, adam çalıştırının sorumluluğunun kabulü için yeterli değildir. Örneğin, çatı ustasının boya malzemesini çalması ve mola verdiği sırada çocuklarla birlikte boyayla oynaması görevle bağlantılı sayılamaz”.

¹⁸⁸ Ulmer, s. Nr. 20.

¹⁸⁹ Waespi, 2005, s. 77-78; Matusche- Beckmann, s. 17-19.

¹⁹⁰ “1906 yılına ait ‘Graben Kararında’, doğal gaz borularının döşenmesi için yapılan kazı çalışmalarını yürüten davalı mühendislik şirketinin, geceleri aydınlatma işini devrettiği mühendisin işi gereği gibi yerine getirmemesinden dolayı davacının uğradığı zarar BGB § 823 uyarınca organizasyon eksikliği nedeniyle kabul edilmiştir. Karara konu olan olayda, iyi aydınlatmanın yapılmaması nedeniyle, ayağını inciten davacı, mühendislik firmasına dava açmış, davalı şirket ise mühendisi özenli bir biçimde seçtiğini, kontrol edip gözettiğini ileri sürmüştür. Ancak mahkeme BGB § 823'ün klasik uygulamasından organizasyon kusurunu çıkarmıştır”, RG, Gruchot 51 (1907), 997, Matusche- Beckmann, s. 37; Baumert, Çev. Yazman, s. 181.

hâkim olduğunun ve bu rizikodan sorumlu olduğunun belirlenmesinin yeterli olacağı ifade edilmektedir¹⁹¹.

Bunun dışında, adam çalıştırmanın BGB § 831'e göre sorumluluğu için adam çalıştırmanın kusuru aranmaktadır¹⁹². BGB § 831 düzenlemesinde adam çalıştırmanın kusurlu davranışı ve çalışanın zarara sebebiyet veren davranışının bir arada olduğu bir sorumluluk öngörülmüştür¹⁹³. Çalışanın zarar verici davranışı ise, hukuka aykırı olmalıdır. Ayrıca çalışanın kusurlu olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır¹⁹⁴. Çalışanın yerine getirdiği iş sırasında verdiği zararlarda kusuru varsa, bundan adam çalıştırmanın da sorumlu olacağı sonucunu doğrudan doğruya çıkaramayız. Bu durumda adam çalıştırın çalışanın seçiminde kusurlu olduğu karine olarak kabul edileceğinden, adam çalıştırın aksi durumun ispatını yaparak sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu husus BGB § 831'de ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu öngörülmüş olmasının bir sonucudur. BGB § 831'i BGB § 823'ten ayıran en temel fark da buradadır. Zira BGB § 831'e göre adam çalıştırın çalışanı seçerken, ona talimat verirken ve onu gözetlerken gereken özeni gösterdiğini ispat ettiğinde tazminat sorumlusu olmayacaktır¹⁹⁵. Bu tespit her iki hükmün ayırt edilmesi açısından önem taşır. BGB § 823'ten farklı olarak BGB § 831'de organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünün ihlalinin varlığı karine olarak kabul edilmiştir. Yani zarar gören bu ihlali ispatla yükümlü değildir¹⁹⁶. Ancak adam çalıştırının bu hususta kurtuluş kanıtı getirme imkanı vardır. Oysa BGB § 823'e göre zarar gören yükümlülük ihlalinin ispatlamak durumundadır. Bu konuda ilk görünüş ispatının kabulü yoluyla ispat kolaylığı sağlanmıştır¹⁹⁷. Böylece adam çalıştırının organizasyon sorumluluğu, iki hüküm açısından kısmen farklı ispat yükünü barındırmaktadır. Diğer taraftan BGB § 831'e göre gösterilmesi gereken özen, çalışanı seçme, ona talimat verme ve çalışanın donanım ile ekipmanlarını sağlama

¹⁹¹ Waespi, 2005, s. 78.

¹⁹² Fikentscher, Nr. 1307.

¹⁹³ Gayler, s. 29 vd.

¹⁹⁴ Waespi, s. 78; Ulmer, Nr. 26.

¹⁹⁵ Voss, s. 49-51; Fikentscher Nr. 1307; Aynı şekilde adam çalıştırın kusurlu çalışan, zarara kendisine verilen iş vesilesiyle sebebiyet vermişse de sorumlu olmayacaktır.

¹⁹⁶ Fikentscher, Nr. 1308; Waespi, 2005, s. 81; Voss, s. 49-54; Michalski, N. 329.

¹⁹⁷ Waespi (2005), s. 79-80; Matusche- Beckmann, s. 184.

hususlarına ilişkindir¹⁹⁸. BGB § 823'e göre organizasyon yükümlülüğü ise, adam çalıştırmanın, duruma göre işletme yöneticisinin yönetim sorumluluğuna (planlama, yönetim, kontrol vs.) ilişkindir¹⁹⁹.

Alman hukuk uygulaması, İsviçre uygulamasında olduğu gibi adam çalıştırmanın özen yükümlülüklerini ağırlaştırma eğilimi taşımaktadır. Mesela bir kararında adam çalıştırmanın yardımcı kişiyi sürekli denetleme yükümlülüğü olduğunu dile getirmiştir. Bununla birlikte BGB § 831'den türetilen organizasyon yükümlülüklerinin kapsamı hakkında bir açıklık olmadığı ifade etmek gerekir²⁰⁰. Ayrıca İsviçre hukuk sisteminden farklı olarak, Alman hukukunda adam çalıştırın özen yükümlülüklerini ihlal etmiş olsa bile, ara personeli, ustabaşını vs. eski mahkeme kararlarına göre en üst düzeyde yönetim kadrosunu, personeli seçmekle görevli kişileri doğru seçip denetlediğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilmektedir²⁰¹. Ancak bu kurtuluş kanıtının uygulama alanı, daha sonraları, adam çalıştırmanın, adam çalıştırmanın tehlikeyi önleme yükümlülüğünü geçerli bir şekilde üçüncü kişilere devredebileceği durumlarla sınırlandırılmıştır. Genel olarak, bu kurtuluş kanıtının kabulü özellikle büyük işletme sahiplerinin BGB § 831'e dayalı sorumluluktan kurtulmaları dolayısıyla, organizasyon kusuru sebebiyle BGB § 823'e göre sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmuştur²⁰².

Nihayet adam çalıştırın,BGB § 831 çerçevesinde çalışanın ilişkilerin gerektirdiği özeni gösterdiğini, bir başka ifade ile ilişkilerinin gerektirdiği şekilde doğru (verkehrsrichtig) davrandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Burada

¹⁹⁸“Kutscher Kararında”, açıkça kurtuluş kanıtına ilişkin özen yükümlülükleri ifade edilmiştir. Kararda otobüs firmasının çalıştırdığı şöförün verdiği zarar için, otobüs firmasının kurtuluş kanıtı getirip getiremeyeceği tartışılmış, işletmeye bağlı görevli memurun özenli seçiminin kurtuluş kanıtı için yeterli olduğu kabul edilmiştir. Karar da çıkış noktası dağıtılmış kurtuluş kanıtı (dezentralisierten Entlastungsbeweis) olsa da; organizasyon kusuru gayet ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Buna göre otobüs firması, şöförün düzene aykırı davranışını bilmediğinden yola çıkarak kurtuluş kanıtı getiremez. Mutlaka araç trafiğini kontrol edecek ölçüde çalışanı istihdam etmek ve alınacak önlemler konusunda çalışanları uygun biçimde bilgilendirmek söz konusu organize önlemler arasında sayılmıştır”, RGZ 78, 107, Matusche- Beckmann, s. 38.

¹⁹⁹ Waespi, (2005), s. 80.

²⁰⁰ Waespi, (2005), s. 78; Nater, s. 83; Oftinger/Stark, s. 270; H. Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, Beclische Kurz Kommentar, München, 2003, § 831, N. 15.

²⁰¹ Matusche- Beckmann, s. 38.

²⁰² Nater, s. 83; Waespi, 2005, s. 79; Oftinger/Stark, s. 270; H. Thomas, Bürgerliches Gesetzbuch, Beclische Kurz Kommentar, München, 2003, § 831, N. 15.

aslında, adam çalıştıran yükümlülükler aykırılığının zarar olasılığını artırmadığının yani zarar için illi olmadığının ispatı söz konusudur²⁰³.

V. Fransız Hukuku

A.Genel Olarak

Fransız hukukunda, adam çalıştıranın sorumluluğu Art. 1384/5'de kusursuz sorumluluk olarak öngörülmüştür. CC 1384. maddenin 5. fıkrasına göre, adam çalıştıran (Commettant), yardımcı kişilere (preposes) devredilen işin ifası sırasında verdikleri zararlardan sorumludur. Ne adam çalıştıran veya çalışanın kusuru ne de hukuka aykırılık sorumluluk şartı olarak maddede zikredilmiştir. Bu yönüyle Fransız hukukunda adam çalıştıranın sorumluluğunun, saf bir davranış dolayısıyla sorumluluk (eine reine Verhältnshaftung) olduğu görülür²⁰⁴. Maddede adam çalıştırana kurtuluş kanıtı vasıtasıyla sorumluluktan kurtulma imkanı da verilmemiştir²⁰⁵. Ancak Fransız içtihatlarında, sorumluluk için yardımcı kişinin (çalışanın) kusurunun arandığı, bu suretle sorumluluğun yapısının yumuşatıldığı görülmektedir²⁰⁶.

Fransız hukukunda 1805 yılında Medeni Kanun (CC) kabul edildiğinde adam çalıştıranların yardımcı kişilerin kusurundan dolayı kayıtsız şartsız sorumluluğu Fransız Müşterek hukukunda (droit comman de la France) hali hazırda mevcuttu²⁰⁷.

CC. Art. 1384/5'de düzenlenen sorumluluğun dayandığı esasa bakıldığında ise, diğer hukuk sistemlerinde de olduğu gibi, Fransız hukukunda da adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin yeknesak bir haklılık sebebi olmadığı görülmektedir²⁰⁸. Öncelikle çalışanın, adam çalıştıranın deyim yerindeyse “uzatılmış kolu” olduğundan hareketle bazı yazarlar sorumluluğu temsil düşüncesiyle açıklamaya çalışmışlardır. Fayda- riziko prensibi olarak açıklanacak olan diğer bir

²⁰³ Waespi, (2005), s. 79; Matusche- Beckmann, s. 78; Ayrıntılı bilgi için Voss, Bkz. 46-48.

²⁰⁴ Nater, s. 85.

²⁰⁵ Oftinger, s. 100; Gayler, s. 25.

²⁰⁶ Waespi, s. 84; Reisoğlu, s. 18-19.

²⁰⁷ Matusche- Beckmann, s. 303; Waespi, 2005, s. 84-85.

²⁰⁸ Matusche- Beckmann, s. 305.

düşünceye göre, adam çalıştırmanın işini bir başka kişi aracılığıyla gördürme imkanı, bu kişinin davranışı dolayısıyla karşılaşılabilecek risklere de katlanması zorunluluğunu doğurmaktadır. Bundan başka öğretide, bu sorumluluğun haklılık sebebi olarak ekonomik bakımdan adam çalıştırana göre daha zayıf olması sebebiyle zarar görenin korunmasının sağlanması gereği ve adam çalıştırmanın yardımcı kişinin kefil olduğu görüşü de ileri sürülmüştür²⁰⁹.

B. Sorumluluk Şartları

Adam çalıştırmanın çalışanın fiilden sorumlu olması için öncelikli şart, aralarında nitelikli bir ilişkinin yani bağımlılık ilişkisinin var olmasıdır. Adam çalıştırmanın talimatlarıyla çalışanın bağlı olması böyle bir ilişkiye işaret eder. Bu nitelikli ilişkinin hukuki veya fiili olması önemli değildir²¹⁰. Adam çalıştırmanın talimat yetkisini fiilen kullanılıp kullanmadığına dikkat edilmez; hukuken talimat verebilme yetkisine sahip olması yeterlidir²¹¹. Ayrıca Türk- İsviçre hukukunda olduğu gibi CC. Art. 1384/5'e göre bağımsız çalışanlar için sorumluluk gündeme gelmez, fakat bağımsızlık derecesi de önemlidir.

Sorumluluğun doğması için aranan bir diğer şart ise, Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, çalışanın davranışı ile adam çalıştırmanın faaliyeti arasında işlevsel bir bağ varlığıdır²¹². Ancak Fransız hukukunda uygulamada bu bağ oldukça geniş yorumlanmaktadır. Çalışanın kasdi, suç teşkil eden bir fiille zarara sebebiyet vermesi işlevsel bağ ortadan kaldırmamaktadır. Zarar gören talimatlara aykırılığı bilmediği sürece, İsviçre hukukunda olduğu gibi, çalışanın adam çalıştırmanın talimatlarına aykırı davranması halinde de bu işlevsel bağlantının mevcut olduğu kabul edilmektedir²¹³. 1988'den bu yana Assemblée plénière (Conseil d'Etat'nın en yüksek kurulu) uygulamasına göre şu üç durumda adam çalıştırın işlevsel bağlantının ortadan kalkması sebebiyle sorumluluktan kurtulmaktadır: Birincisi yardımcı kişinin görevi dışında davranmış olmasıdır. İş esnasında, iş yerinde ya da iş

²⁰⁹ Waespi, (2005), 84; Matusche- Beckmann, s. 305-306.

²¹⁰ Nater, s. 87.

²¹¹ Waespi, (2005), 85.

²¹² Nater, s. 88.

²¹³ Waespi, 2005, s. 87; karş. Matusche- Beckmann, s. 307 vd.

araç-gereçleriyle zarar verdiğinde görevi (fonksiyonu) esnasında davrandığı karine olarak kabul edilmektedir²¹⁴. Böylece çalışanın işin görülmesi sırasında vermiş olduğu zararlar sorumluluk kapsamı içerisinde değerlendirilir.²¹⁵ İkincisi yardımcı kişinin adam çalıştırmanın izni olmaksızın davranmış olmasıdır²¹⁶. Üçüncüsü ise, yardımcı kişinin talimatlardan doğan yükümlülüklere riayet etmeksizin kendi menfaatine davranmış olmasıdır²¹⁷.

Adam çalıştırmanın sorumluluğun şartları mevcut olduğunda, sadece yardımcı kişinin davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağının (mücbir sebep, üçüncü şahsın ya da zarar görenin kusuru sebebiyle) kesildiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir²¹⁸.

Zarar görenin şartları mevcut olduğunda çalışanın verdiği zararlardan dolayı adam çalıştırmanın yerine çalışana ya da her ikisine karşı dava açma ya da her ikisine karşı dava açma imkanı mevcuttur²¹⁹.

VI. Avusturya Hukuku

A. Genel Olarak

Çalışmamızla ilgili olan hükümler açısından ABGB. ikinci kısım ikinci bölümünde “tazminat ve genuugtuung” başlığı altında otuz madde bulunmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin temel düzenleme olan ABGB. Art. 1315 maddesi içerisinde çalışanın iki farklı biçimde sınıflandırıldığı görülmektedir. ABGB Art 1315 düzenlemesine göre, “Ehliyetsiz olan ya da tehlikeli olduğunu bildiği bir kişiyi, bir işin görülmesinde kullanan kişi, onların bu sebepten üçüncü kişiye vermiş

²¹⁴ Waespi, 2005, s. 86.

²¹⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. S. 65-67.

²¹⁶ Waespi, 2005, s. 85.

²¹⁷ Waespi, 2005, s. 86, uygulamaya ilişkin olarak ayr. Bkz. Matusche-Beckmann, s. 308-309.

²¹⁸ Waespi, 2005, s. 88.

²¹⁹ Şartları ve bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Waespi, s. 88-89.

oldukları zararlardan sorumlu olur.” ABGB. Art. 1315’de öngörülen sorumluluk kusursuz sorumluluk niteliğini taşımaktadır²²⁰.

B. Sorumluluk Şartları

ABGB Art. 1315 tarafından “Besorgung Gehilfe” şeklinde tanımlanan çalışanın ifa ettiği görev dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumluluğu, iki farklı ayırımla düzenlenmiştir²²¹: Çalışanın sürekli ehliyetsizliği (işte istenilen verimi gösterememesi, yeteneksizliği) nedeniyle adam çalıştırma sorumluluğu, çalışanın kişisel olarak tehlikeli olması tehlikeye açık olması halinde adam çalıştırmanın sorumluluğu²²².

1- ABGB. Art.1315’e Göre Sürekli Olarak Ehliyetsiz Çalışan İçin Sorumluluk

ABGB. Art. 1315’e göre, adam çalıştırma, çalışanın sürekli ehliyetsizliği sebebiyle sorumludur. Sürekli ehliyetsizlikten kasıt, çalışanın işe elverişsiz, yeteneksiz olması, çalışanın görevini arzu edildiği biçimde, istenildiği gibi yerine getirmemesidir. Bu başarısızlık için çalışanın objektif özene aykırı biçimde bir davranışı aranır. Örneğin eğitim eksikliğinden veya kabiliyet eksikliğinden ya da alışkanlıklar neticesinde ortaya çıkabilecek objektif başarısızlıklardır. Yürütülen faaliyete ilişkin ehliyetsizlik ile zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır. Zarar gören çalışanın ehliyetsizliğini ve ehliyetsizliğin zarara neden olduğunu ispatlamalıdır²²³.

2- ABGB. Art. 1315’e Göre Çalışanın Tehlikeye Eğilimi Nedeniyle Sorumluluk

Bu hüküm çalışanın kişisel yapısı üzerine sınıflandırılması üzerine kuruludur. Çalışanın tehlikeli olması, kişinin bedensel ve zihinsel yapısının

²²⁰ Matusche- Beckmann, s. 297; H. Koziol, **Grundfragen des Schadenersatzrecht**, Wien, 2010, s. 219.

²²¹ Nater, s. 92.

²²² Reisoğlu, s. 19-20.

²²³ Matusche- Beckmann, s. 296.

genellikle zarar rizikosunu oluşturmaya meyilli olmasıdır. Örneğin, ceza eğilimi, çalışanın kleptomani ve alkol bağımlısı olması gibi örnekler verilebilir. Adam çalıştırmanın çalışanların tehlikeliliğinden sorumlu olması için, kişilerin bu özelliklerini bilmesi, tehlikelilik ve meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Bu durumda çalışanın tehlikeliliğine ilişkin bilgiye vakıf olması halinde, adam çalıştırmanın çalışanın verdiği zarara mani olabileceği için sorumlu olacaktır²²⁴. Eğer adam çalıştırmanın bilgisi yoksa, ancak bilebilecek ise ve kendisinin zararın ortaya çıkmasında kusuru varsa genel hükümlere göre sorumluluğu gündeme gelecektir²²⁵.

3- Çalışanın Kusuru

Çalışanın kusuru adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından gerekli değildir. Çalışanın kusur ya da haksız fiil ehliyeti gerekli değildir. Ancak çalışanın kusurlu olması adam çalıştırmanın ile müteselsil sorumluluğunu meydana getirir. Çalışanın ağır kusurunun olduğu durumlarda ise adam çalıştırmanın nedensellik bağının kesilmesi sebebiyle sorumluluktan kurtulabilecektir²²⁶.

4- İşletme Sahibi Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir işletme söz konusu olduğunda, sorumluluk OGH'nin içtihatlarıyla çözümlenmektedir. Şöyle ki, işletme tehlikesi için bir sorumluluğun kabulünde çalışanın başarısızlığı ve tehlikeliliği üzerine kurulu ABGB Art. 1315 tek başına yeterli olamayacağı için, onun yanında içtihatlarla geliştirilmiş bir sorumluluğa daha gerek duyulmuştur. Burada işletme sahibinin çalışana işletmenin kapsamsal olarak büyüklüğü nedeniyle bizzat seçip, gözetleme ve talimat vermesi mümkün olmadığından, bu yetkileri ara pozisyonda çalışanlara devretmesi gündeme gelir. Sorumluluğu ancak bu ara çalışanları özensiz seçmesi, yeterli gözetleyememesi ve kötü talimat vermesi ve nihayet işletme içerisinde yapılan işin sorunsuz devamını sağlamak için uygun organizasyonu sağlayamaması

²²⁴ Nater, s. 93; Reisoğlu, s. 21.

²²⁵ Matusche- Beckmann, s. 297.

²²⁶ Matusche- Beckmann, s. 297.

halinde söz konusudur. Adam çalıştırmanın bu sorumluluğunda içtihat, sorumluluğun kusurdan bağımsız, oluşan zararın spesifik bir tehlikeden kaynaklandığı ve mutlaka çalışanın faaliyeti neticesiyle oluştuğunu belirtmektedir. Bu haliyle incelediğimiz diğer hukuk sistemlerine oranla, adam çalıştırana bağlı bir sorumluluktan ziyade kazuistik biçimde belirlenmiş bir tehlike sorumluluğu görünümünü oluşturmaktadır. Böylece sorumluluğa neden olan özel tehlike işletmenin şekline göre genel olarak sınıflandırılarak oluşturulmuştur²²⁷. OGH bu spesifik tehlikelere örnek olarak inşaat işletmesi, motorlu araç atölyesi, döşeme işletmesiyle ilgili, yüksek gerilim, mühimmat, baca gazı yayılımı gibi tehlikeleri sıralamıştır. Bu açıdan her ne kadar sorumluluk normları benzer uygulansa da tazminatın şartları, kapsamı ve zamanaşımı benzer sonuçların doğmasına izin vermez. İchtihatın aksine öğretide bir görüş ise, bunların dışında büyük işletmeler için tehlikeli işletmelerde işletme organizasyonuna bağlı olarak adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu görüş organizasyon sorumluluğunu tehlike sorumluluğundan dem vurarak açıklamak yerine, Türk – İsviçre ve diğer hukuk sistemleri gibi adam çalıştırmanın sorumluluğu üzerinden açıklamaya çalışmıştır. Çünkü büyük işletmelerde adam çalıştırnan bizatihi çalışanlara ilişkin seçme, gözetme ve talimat yükümlüklerini yerine getiremeyecektir ve bu yükümlülüğü başka kişiler aracılığıyla yerine getirse bile sorumluluktan kurtulamayacaktır²²⁸. Yani yine adam çalıştırmanın var olan yükümlülükleri neticesinde sorumluluğu devam edecektir, fakat tek fark ara çalışanların istihdam edilmesi nedeniyle organizasyonun doğru işlemesi de adam çalıştırana yüklenen bir yükümlülük olmasıdır. Fakat Ostheim’a ait bu görüş öğreti tarafından eleştirilmiş ve fazla bir taraftar bulmamıştır²²⁹.

C.Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı

Avusturya’da Adalet Bakanlığı bünyesinde hazırlanan Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı (Entwurf eines neuen Österreichischen Schadenersatzrechts) ile birlikte, gerek adam çalıştırmanın sorumluluğu değişikliğe uğramış gerekse

²²⁷ Matusche- Beckmann, s. 298,299.

²²⁸ Matusche- Beckmann, s. 299,300.

²²⁹ Matusche- Beckmann, s. 301; H. Koziol, **Österreichisches Haftpflichtrecht**, Band 2, Besonderer Teil, 2. Auflage, Wien, 1984, 364.

organizasyon sorumluluğu yasal bir düzenlemeye kavuşmuştur²³⁰. Adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen (ÖES) Art 1306 hükmü, şu şekildedir: “(1) Bir borç ilişkisi mevcut değilse, adam çalıştırıcı, zarar görenin çalışanın ehliyetsiz olduğunu ya da adam çalıştırıcının, çalışanı özensiz seçtiğini ya da yeterince denetlemediğini ispat etmesi halinde, yardımcı kişinin davranışı dolayısıyla sebep olunan zararlardan sorumlu olur. Adam çalıştırıcının, işletme sahibi (Art. 1304/1) olması durumunda ispat yükü işletme sahibindedir.

(2) Yüksek ya da yükseltilmiş tehlike kaynağının işleteni, çalışanların hatalı davranışlarından sorumludur.

(3) Bir faaliyetin bağımsız olarak yerine getirilmesini üstlenen, çalışan değildir. Adam çalıştırıcı, sadece onu özensiz seçmesi ya da yeterince denetlememesi halinde sorumlu olur.

(4) Zarar görenin adam çalıştırıcının özensiz seçtiği araçların elverişsiz olduğunu ya da yeterince denetlemediğini ispat etmesi halinde, adam çalıştırıcı, çalışandan sorumlu gibi kullandığı teknik araçların bozukluğundan dolayı da sorumlu olur. Adam çalıştırıcının, işletme sahibi (Art. 1304/1) olması durumunda, ispat yükü adam çalıştırıcı üzerindedir.

(5) Bundan başka, adam çalıştırıcı, faaliyet alanında kendi karar ve talimat verme yetkisi ile yönetici konumunda bulunan kişilerin hatalı davranışlarından dolayı sorumlu olur. Tüzel kişiler, her durumda tüzüğüne uygun organlarından dolayı sorumlu olur.

Görüldüğü gibi, adam çalıştırıcının sorumluluğu ABGB Art. 1315 ile bağlantılı biçimde, çalışanın ehliyetsiz olması durumunda kusursuz bir sorumluluktur. Sorumluluğun dayanağı, adam çalıştırıcının, görevin devredilmesine uygun olmayan yeteneksiz çalışana işi bırakması ve bu sebeple tehlike kaynağı ortaya çıkarmasıdır²³¹. Diğer taraftan ABGB Art 1315 hükmünden farklı olarak, adam çalıştırıcının, tehlikeliliğini bildiği çalışandan sorumluluğu tasarıda yer bulmamıştır.

²³⁰ G. Hopf, “Das Reformvorhaben”, Entwurf eines Neuen Österreichischen Schadenersatzrechts, Wien/Newyork, 2006, 20-21.

²³¹ Koziol, (2010), s. 222.

Sorumluluğun ispat yükü ise, adam çalıştırmanın işletme sahibi olması halinde ters çevrilmiştir²³²;

Tasarı'da organizasyon sorumluluğuna ilişkin düzenleme de, ÖES Art. 1304 hükmüdür. "İşletme sahibinin sorumluluğu" başlığı altında yer alan hükme göre: (1) Ekonomik veya mesleki amaçla bir işletme faaliyetini yürüten, işletmedeki bir eksiklik dolayısıyla, ürünlerin ve sunulan hizmetlerin sebep olduğu zararlardan sorumludur. İşletme sahibi zararın önlenmesi için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

(2) Eksiklik, bilim ve tekniğin ulaştığı seviye yanında işletmedeki davranış teamülleri gereğince, ürün ve hizmetlerden beklenen her türlü standarttan sapmayı ifade eder.

(3) İşleten, işletmenin malvarlığı koruması üzerine düzenlenmiş olması halinde, sadece saf malvarlığı zararları ve bundan başka eşyanın zarara uğraması dolayısıyla uğranılan kar kaybını tazmin etmekle yükümlüdür."

Tasarı Art.1304 uyarınca, işletme sahibi işletmedeki bir eksiklikten kaynaklanan, ürün ve hizmetlerin sebep olduğu zararlardan sorumludur. Dolayısıyla çalışanın tüm zarar veren davranışları hükmün kapsamında bir sorumluluğa sebep olmaz; Art. 1304'ün kapsamına girmeyen zararlardan Art.1306 uyarınca sorumluluk söz konusu olabilir.²³³. Ayrıca Art. 1304 hükmü, özen yükümlülüğü ihlaline ilişkin ispatı işletme sahibine yüklemiş, başka bir deyişle ispat yükünü ters çevirerek kusur sorumluluğuna nazaran daha katı bir sorumluluk öngörmüştür²³⁴

VI. Common Law

A. Genel Olarak

Common Law haksız fiil hukukunda, bir başka kişinin yaptıklarından sözleşme dışı sorumluluk alanında "vicarious liability" (temsili sorumluluk) ilkeleri geçerlidir. Common Law hukuk sistemi dendiğinde kara avrupalı hukuk sistemine

²³² Koziol, (2010), s. 223.

²³³ Ünlütepe, s. 70.

²³⁴ Koziol, s. 33-34.

nazaran çok daha geniş bir sorumluluk rejimi akla gelmelidir. Öncelikle sorumluluk kusura bağlı olmaksızın ve kurtuluş kanıtı imkanı olmaksızın oluşan bir sorumluluktur, bu açıdan Türk- İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. Ayrıca yine bu hukuk sistemlerinden farklı olarak, çalışanın üçüncü kişiye zarar veren davranışları için sözleşme dışı ve sözleşmeden kaynaklı sorumluluk arasında hiçbir fark yoktur²³⁵. Öte yandan, “vicarious liability”, içerisinde “master”ın servant için sorumluluğunu (şef-hizmetli), “principal”ın (yönetici- iş sahibi- işveren) acenta²³⁶ için sorumluluğunu ve işveren “employer” ın bağımsız girişimci “independent contractor”²³⁷ için sorumluluğunu barındırmaktadır. Ancak bu üç olay grubundan sadece, “master”ın “servant” için sorumluluğu genel bir sorumluluk prensibi olarak geçerlidir²³⁸. Diğer hallerde sadece özel durumlarda “vicarious liability”e istinaden başkasının davranışından dolayı sorumluluk söz konusu olur. Ayrıca, yalnızca adam çalıştırının çalışan için sorumluluğu değil, çalışanın sorumluluğu da “vicarious liability” içerisinde yer alır. Ancak sonuncusu pek uygulanmamaktadır²³⁹.

Çalışanın işi görülmesinde sırasındaki haksız fiilinden dolayı, adam çalıştırının sorumluluğu, onun seçme, gözetim ve talimat vermedeki bir kusurana bağlı olmayan geniş bir sorumluluktur²⁴⁰. Oluşabilecek tek istisna nedensellik bağının kesilmesidir. Bu ise, “Qui Facit Per Alium Facit Per se” ilkesinin bir sonucudur. 1690 yılında verilmiş olan bir kararla birlikte, daha çok 19. yy’da ifade bularak ortaya çıkan bu ilkenin temel mantığı her kim ki, benim için benim talimatım ve kontrolüm altında bir şey yapıyor, o halde sorumlu olmalıyım. 19. yy’dan önce adam çalıştırının sorumluluğu koşulsuz bir biçimde onun “talimat ve rızasına” dayanmaktaydı. Ancak 19. yy’la birlikte artık kontrol ve zararın önlenebilirliği fikri

²³⁵ Reisoğlu, s. 17.

²³⁶ “Acenta her ne kadar genellikle bağımsız temsilci durumunda bulunsun da, masterin kontrolü altında ona bağımlı olarak işi gördüğü hallerde servant vaziyetinde olabilir. Bu gibi haller için master acenta ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır, aksi durumda masterin sorumluluğu gündeme gelmez.”, s. Reisoğlu, s. 16.

²³⁷ Genel olarak adam çalıştırın bağımsız girişimci için sorumlu değildir ama bu durumun bazı istisnaları söz konusudur. Bkz. s. 64.

²³⁸ Nater, s. 89.

²³⁹ Reisoğlu, s. 16.

²⁴⁰ Nater, s. 90.

hakim olmuş, böylece hakimiyeti altında iş gördürdüğü kişiyi kontrol edebilen kişinin, zararı önleyebilecek durumda olması gerektiği düşüncesi genel kabul görmüştür. Bugünkü görüş, adam çalıştırmanın organizasyona dahil edilmesiyle birlikte işin bir parçası olan çalışanın davranışlarından kusurdan bağımsız bir şekilde sorumlu olmasıdır. Adam çalıştırmanın böyle kapsamlı bir biçimde sorumluluğunun kabulünde, adam çalıştırmanın (deep pocket) ekonomik gücünün daha yüksek olması da yatmaktadır²⁴¹.

B. Sorumluluğun Şartları

Kusurun dikkate alınmadığı bir sorumluluk türü olduğu için, kusur, sorumluluğun şartları arasında yer almaz. “Master” “servant”ın, görevi yerine getirmesi esnasında verdiği zararlardan kusuruna bakılmaksızın ve de kurtuluş kanıtı olmaksızın sorumludur. Çalışan kavramının Comman Law’daki ifadesiyle “servant”, bir başka kişinin(master)emir ve talimatları doğrultusunda, o kişi için çalışan kişidir. Burada da master ve servant arasında bir bağımlılık ilişkisi mevcuttur. “Servant” kendi inisiyatifi ile değil de, “master”ın emir ve talimatlarıyla hareket etmeli ve onun kontrolünde olmalıdır. Bağımlılığın daimi veya ivazlı olmasına da gerek yoktur. Yalnızca bir tek iş için böyle bir bağımlılık hali yeterlidir. İşte bu açılardan “servant” “independent contractor” (bağımsız girişimciden) farklıdır ve bu sebeple bağımsız çalışan için adam çalıştırın sorumlu olmayacaktır. Elbette bu kuralın istisnaları da mevcuttur. Örneğin adam çalıştırının, kamusal menfaatler nedeniyle veya iki taraf arasında yapılan sözleşme bir haksız fiilin işlenmesine yönelikse bağımsız çalışandan kaynaklanan zararları üstlenmesi zorunluluğu²⁴².

Sorumluluğun diğer bir şartı da, “Servant’ın” bu haksız fiili “course of the employment”, yani verilen işin görüldüğü sırada işlenmiş olmasıdır. Eğer zarar ile ona verilen iş arasında işlevsel bağlantı yoksa “master” sorumlu olmayacaktır²⁴³. Yani Türk- İsviçre Hukukunda olduğu gibi, sorumluluk sınırsız biçimde “servant”ın sebebiyet verdiği tüm zararları kapsamayacaktır. Bu konuda emsal teşkil edecek nitelikteki mahkeme kararlarına bakıldığında; örneğin iş yerinde metal hurdaların

²⁴¹ Petrin, s. 79 vd.

²⁴² Matusche- Beckmann, s. 315-316.

²⁴³ Nater, s. 91; Matusche- Beckmann, s. 316 vb.

temizlenmesi sırasında, çalışanlardan birinin, bir başka çalışana attığı bomba nedeniyle açılan davada, adam çalıştıran sorumlu bulunmamıştır. Çalışanın bu bombayı, bir başka iş arkadaşının provakasyonu neticesinde attığı ve zararın yapılan işle bir bağlantısı olmadığı sonucuna varılmıştır. Karşı bir örnekte mahkeme, çalışanın iş sırasında içtiği sigara nedeniyle yangın çıkarmasını işlevsel bağlantı için yeterli görmüştür. Sınır teşkil eden olaylar için “Queen’s Bench Division” tarafından 1985 yılında verilen bir karar önemlidir. Şöyle ki, bu kararda, işlevsel bağlantının varlığı, şakalaşmak ya da taşkınlık nedeniyle yapılan bir harekette bile, işle doğrudan bağlantısı olması halinde kabul edilmektedir. Ancak işten ayrılabilen, işten tamamen farklı olan zarar verici hareketlerde, adam çalıştıranın sorumluluğu kabul edilmemektedir²⁴⁴.

İKİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN TBK m. 66/f.1-2 ÇERÇEVESİNDE ÇALIŞANIN DAVRANIŞLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

§ 5.TBK m. 66/f. 1-2’nin UYGULAMA ALANI

Adam çalıştıranın sorumluluğu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun m. 66 hükmüyle yeniden düzenlenmiştir. Öyle ki bu yeni hükümle artık eBK. m. 55 hükmünde olduğu gibi, yalnızca adam çalıştıranın çalışanın zarar veren davranışından dolayı sorumluluğu düzenlenmemiş; TBK. m. 66’ya eklenen üçüncü fıkrayla ayrıca işletme sahibi adam çalıştıranların organizasyon sorumluluğu da getirilmiştir. İşte bu sebeple, çalışmada, adam çalıştıranın sorumluluğunun iki ayrı bölümde ele alması, konunun incelenmesi bakımından uygun bulunmuştur. TBK m.

²⁴⁴ Kararlar için bkz. Matusche-Beckmann, s. 317.

66'ya göre: “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran ödediği tazminat için zarar veren çalışana ancak onun bizzat onun sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”

Öğretide bir görüş TBK m. 66/f. 3 ile birlikte, adam çalıştıranın, çalışanın seçimine, gözetimine ve çalışana talimat verilmesine ilişkin özenin yanında dördüncü bir özen yükümlülüğünün düzenlendiği savunmaktadır²⁴⁵. Dolayısıyla adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmek için, hem klasik özen yükümlülüğünü, hem de organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda olduğu ileri sürülmektedir. Gerekçe olarak ise, kanun koyucunun TBK m. 66/f.1-2'deki düzenlemeden farklı bir kusursuz bir sorumluluğu aynı madde içinde değil, bunu doğrudan ayrı bir madde ve açık bir hüküm ilede düzenleyebileceği ifade edilmektedir.

Buna karşılık, öğretide diğer bir görüş TBK m. 66/f. 3'ün ayrı ve bağımsız bir sorumluluk hükmü olduğunu ileri sürmektedir. Bu bağlamda Antalya, TBK m. 66/f. 3'de öngörülen sorumluluğun adam çalıştıranın çalışanın davranışından genel sorumluluğu yanında özel bir sorumluluğu olduğunu belirtmektedir²⁴⁶. Organizasyona ilişkin sorumluluğun yasal biçimde düzenlemeye kavuşmasının

²⁴⁵ A. Altop, Değerlendirme Konuşması, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz' Armağan, İstanbul, 2012, s. 203-204; S. Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, A. a 2014, s. 187; Koç, N. “Genel Hükümler; Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçların İfası ve İfa Edilmemesinin Sonuçları, Zaman Aşımı, Teselsül, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, Ankara, TİSK, 2012, s. 72.

²⁴⁶ Antalya, s. 552

kavram kargaşasını ortadan kaldırmak, hukuki belirsizliği sonlandırmak bakımından isabetli olduğu belirtilmiştir²⁴⁷.

Kanımızca ise, TBK m. 66/f. 1-2 ve TBK m. 66/f.3 hükümleri emsal İsviçre Sorumluluk Hukukunda Yeksenaklaştırma ve Revizyona İlişkin Federal Ön Tasarısında kabul edildiği gibi, adam çalıştıranın sorumluluğunu farklı katılığa kurtuluş kanıtlarıyla düzenleyen uygulama alanı birbirinden farklı iki genel hükümdür²⁴⁸. Adam çalıştıranın işletmenin organizasyonu dolayısıyla sorumluluğu, adam çalıştıranın TBK m. 66/ f. 1-2 çerçevesinde çalışanın zarar veren davranışı dolayısıyla sorumluluğuna göre daha katı biçimde özen ölçüsünü öngörmektedir²⁴⁹. Zira TBK m. 66/f. 1 karmaşık nitelik arzetmeyen, işletme faaliyeti seviyesine gelmemiş daha basit düzeyde çalıştırma ilişkilerinde uygulama alanı bulurken, TBK m. 66/f. 3 adam çalıştıranın üretim, seyahat, taşıma, sağlık vb. alanlarda yürütülen birden çok kişinin iş bölümüyle gerçekleşen ekonomik ve mesleki faaliyetlerin söz konusu olduğu işletmelerde organizasyon etkinliğinden dolayı olağan sebep sorumluluğunu düzenlemektedir²⁵⁰. Bu açıdan her iki hükmün uygulama alanı birbirinden farklı olup, Ünlütepe'nin görüşünün aksine kanımızca her iki hüküm arasında bir yarışma söz konusu değildir²⁵¹. TBK m. 66/f. 3 düzenlemesi kapsamına giren faaliyetlere, tersane, veri tabanı veya otopark faaliyeti ile uğraşan şirketler, tarım işletmeleri, basın kuruluşları, profesyonel futbolcusuyla maç organize eden spor kulüpleri, araştırma laboratuvarları, hastane veya muayenehaneler vs. örnek olarak verilebilir. TBK m. 66/f.1'e göre adam çalıştıranın aynı şekilde olağan sebep sorumluluğunun söz konusu olacağı faaliyetler ise, TBK m. 66/f.3 dışında kalan, örneğin, kapıcı, şöför, sekreter gibi çalışanların söz konusu olduğu karmaşık nitelik taşımayan faaliyetlerdir²⁵². Günümüzün modern karmaşık iş yaşamına dayalı çalıştırma ilişkileri düşünüldüğünde TBK m. 66/f.1'in uygulama alanının oldukça sınırlı kalacağı açıktır.

²⁴⁷ Altay, s. 178 vd.

²⁴⁸ Widmer/Wessner, s. 125.

²⁴⁹ Widmer/Wessner, s. 125.

²⁵⁰ Widmer/Wessner, s. 123.

²⁵¹ Bkz. Ünlütepe s. 13.

²⁵² Widmer/Wessner, s. 123; İnan/Yücel, s. S. 415. Ayrıca Bkz. Ünlütepe s. 13

§ 6. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

I. Genel Şartlar

TBK m. 66/f.1-2 çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun şartları, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel şartlar ve haksız fiil sorumluluğundan ayrılan özel şartlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel şartlar haksız fiilin kusur dışındaki, hukuka aykırılık, nedensellik bağı ve zarar şartlarıdır²⁵³. Adam çalıştırmanın TBK m. 667f.1-2'ye göre sorumluluğunun birinci şartı, adam çalıştırmanın verdiği işi yerine getiren çalışanın, işi yerine getirdiği sırada üçüncü kişinin zarara uğramasıdır. Üçüncü kişinin uğradığı zarara, malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme ilişkin maddi zarar ve kişilik değerlerindeki iradesi dışında meydana gelen eksilmeye ilişkin manevi zarar dahildir²⁵⁴.

İkinci genel şart ise, meydana gelen zarar ile yardımcı kişinin davranışı ve adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünün ihlali arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Üçüncü kişinin zararı ile yardımcı kişinin davranışı ve adam çalıştırmanın özen yükümlülüğü arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa ya da nedensellik bağını kesen, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusuru varsa adam çalıştırıcı sorumlu olmayacaktır. Fakat nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmayan sebepler, adam çalıştırıcı sorumluluktan kurtarmayacak, sadece tazminat miktarının indirim sebebi olarak değerlendirilecektir²⁵⁵.

Son olarak ise, adam çalıştırıcının sorumluluğu için çalışanın davranışının hukuka aykırı olması, temel veya özel koruma normlarını ihlal etmesi gerekir. Mağdurun rızası, haklı savunma gibi bir hukuka uygunluk sebebi varsa çalışanın davranışı dolayısıyla sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Çalışanın davranışı ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağını ve hukuka aykırılığı ispat etmek zarar görene düşmektedir²⁵⁶.

²⁵³ A. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, 2015, s. 336; Eren, s. 621; Merz, s. 48.

²⁵⁴ “Çalışanın haksız rekabet fiilinden doğan zararları da şartları mevcutsa adam çalıştırıcının sorumluluğunu meydana getirir.”, bkz. Tandoğan, s. 113; Eren, s. 631.

²⁵⁵ Tandoğan, s. 117; Eren, s. 621-622; Gayler, s. 95; Oftinger, Bd II, I, s. 147.

²⁵⁶ OğuzmanÖz s. 574; Eren, s. 622.

Öte yandan, adam çalıştırmanın sorumluluğunun, özen sorumluluğu olarak değerlendirilmesi sebebiyle, kusur ve tipik tehlike sorumluluğun kurucu unsuru değildir. Buna rağmen adam çalıştırmanın kusuru, kurtuluş kanıtını yerine getirmesine engel olabileceği gibi ek kusur olarak değerlendirilip tazminattan indirim yapılmasına engel olabilmektedir²⁵⁷. Maddi ve manevi zararın tazmininde de, TBK m. 49 hükmünden farklı olarak kusur şart değildir²⁵⁸. Adam çalıştırmanın kusuru çalışanın kendisine verilen işin görülmesi vesilesiyle üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluk açısından önemlidir. Bu durumda adam çalıştırın TBK m. 66/f.1'e göre değil, TBK m.49 vd. hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Yardımcı kişinin kusuru ise, zarar görene üçüncü kişinin yardımcı kişiye karşı TBK m.49 vd. hükümlerine göre yönelteceği tazminat talebi açısından ve adam çalıştırmanın yardımcı kişiye rücuu bakımından önem taşımaktadır.

II. Özel Şartlar

A. Çalışanın Kendisine Verilen İş Yapması Sırasında Zarar Doğması

1-Genel Olarak

Adam çalıştırmanın sorumluluğu kendi davranışı sonucunda vermiş olduğu zararlardan sorumluluk olmayıp; aksine bir başka kişinin, sebep olduğu zararlardan, sorumluluktur²⁵⁹. Ama adam çalıştırmanın zarar verici davranışlarından sorumlu olacağı kişi, alelade bir üçüncü kişi değildir; kendisine bağımlı olarak çalışan bir kişidir. Çalışanın yaptığı iş adam çalıştırmanın menfaatine olduğuna göre, bu sırada oluşan zararlara külfeti de yine onun olacaktır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, Türk hukukunda çalışanın sebebiyet verdiği tüm zararlardan sınırsız bir sorumluluk da değildir. Adam çalıştırın çalışanın sadece kendisine verdiği işlerin yapılması sırasında verdiği zararlardan sorumludur. Bundan başka TBK m. 66/f.2'ye göre adam

²⁵⁷ Tandoğan, s. 108; Eren, s. 622; Kılıçoğlu, M. s. 385.

²⁵⁸ TBK m. 49, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

²⁵⁹ D. Koch, Ausservertragliche Dienstleistungshaftung in Der Schweiz, Helbing& Lichtenhahn, Basel Et al, 2001, s. 40; Honsell/Isenring/ Kessler, s. 148; Koller, s. 433.

çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkanı vardır. Aşağıda adam çalıştırmanın TBK m. 66/f. 1 ve 2'ye göre sorumluluğunun bu özel şartları; “Bağımlı çalışanın Kendisine Verilen İş Yapması Sırasında Zarar Doğması”, “Zararın İşin Görülmesi Sırasında Meydana Gelmiş Olması”, “Zararın Üçüncü Kişiye Verilmesi” ve “Adam Çalıştırmanın Kurtuluş Kanıtı Getirememesi” başlıkları altında ele alınacaktır²⁶⁰.

2- Çalışan Kavramı

TBK. m. 66 anlamında çalışan (Angestellte, arbeiter, commis, employ'és de bureau et ouvriers”, adam çalıştırmanın gözetimi altında ve onun talimatlarına bağlı olarak iş gören gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanır²⁶¹. Bu ise, çalışan kişinin çalıştırana tabi olması, yani onun gözetim ve talimatı altında olması, sahip olduğu uzmanlık bilgisi varsa, bu bilgiye yalnızca adam çalıştırmanın talimatlarıyla sınırlı olarak başvurusu demektir²⁶². Örneğin, müvekkil - avukat arasında, hasta- doktor, iş sahibi- mimar, adi şirket ortakları arasında taşınmaz maliki ve kiracı, taksi şöförü ve müşterisi arasında böyle bağımlılık ilişkisi mevcut değildir²⁶³. Nitekim sözü edilen bu kişiler, yapılması istenen işi kendi mesleki bilgi ve deneyimleriyle yaparlar, işin sahibinin talimatlarıyla sınırlı kalmak zorunda değildirler.

Öte yandan, tüzel kişinin organı ve çalışan kavramlarının karşılaştırılması da çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Tüzel kişinin organı, tüzel kişi iradesinin oluşmasını ve açıklanmasını sağlayan, tüzel kişi örgütü içerisinde yer alan kişi veya kişi topluluklarıdır²⁶⁴. Tüzel kişinin organları tüzel kişinin iradesini temsil etmesi ve organ sıfatını taşıyan kişinin görevini bağımsız olarak yerine getirmesi nedeniyle çalışan kavramından farklılıklar taşır. Tüzel kişinin adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumluluğu, işte bu organ sıfatını taşımayan kişilerin davranışları dolayısıyla ortaya çıkar. Bu açıdan önemli olan husus, kişinin organ olarak mı yoksa çalışan olarak mı mütalaa edileceğidir. Zira bu sıfatların ikisinin birden bir kişide toplanması mümkün

²⁶⁰ Oftinger, s. 142; Honsell, (2008), Art. 55, Nr. 4; Gayler, s. 41-43.

²⁶¹ Eren, s. 624; Gayler, s. 79; Gnos, s. 125.

²⁶² Müller, s. 362-363.

²⁶³ Oftinger, s. 144; Honsell/Vogt, s. 400; Furrer/Müller-Chen, s. 340; Müller, s. 363.

²⁶⁴ Dural/Öğüz s. 237; Keller, s. 119.

değildir ve bu sorunun çözülmesi hangi tür sorumluluğun uygulanacağını belirlenmesi açısından önemlidir²⁶⁵. Tüzel kişi organını oluşturan kişiler için özel hüküm bulunduğundan (TMK m. 50), kişinin organ sıfatıyla hareket etmesi durumunda, hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak çalışsa dahi organın bir üçüncü kişiye verdiği zararlardan tüzel kişinin TBK m. 66'ya dayalı sorumluluğu söz konusu olmaz²⁶⁶. Bununla birlikte, tüzel kişiliğin yapısı doğrultusunda, çalışan sayılıp, fakat organ sıfatı içerisinde değerlendirilmeyen personeller istihdam edilebilmektedir. (Örneğin bu kapsamda, bekçi²⁶⁷, usta başı²⁶⁸, gazete editörü^{269,270}).

3- Çalışanın Adam Çalıştıranla Bağımlı Bir Çalıştırma İlişkisinin Bulunması

a. Genel Olarak

Adam çalıştıran ve çalışan arasında nitelikli, sürekli veya geçici, ivazlı-ivazsız²⁷¹, doğrudan veya dolaylı bir ilişkinin varlığı şarttır²⁷². Bu ilişki öğretide

²⁶⁵ Eren, s. 625; Rey, N. 911; Antalya, s. 554; Dural/Öğüz, s. 239, dn. 141; Furrer/ Müller-Chen, s. 340, “Ustabaşı (BGE 68 II 287), inşaat ustası, gazete editörü (BGE 48 II 53) çalışan kişi olarak nitelenir. Sendika, kooperatif veya vakfın sekreteri, banka veya sigorta şirketinin müdür ve müdür yardımcısı, gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü organ olarak sayılmıştır. Bunun yanında büyük işletmeler için imzaya yetkili çalışanın, organ olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak küçük işletmelerde imzaya yetkili çalışanın doğrudan organ olduğu söylenebilir).

²⁶⁶ Oğuzman/Öz s. 595.

²⁶⁷ BGE 45 II 643/647.

²⁶⁸ BGE 81 II 223/227.

²⁶⁹ BGE 48 II 53/56.

²⁷⁰ Brehm, Art. 55, Nr. 14.

²⁷¹ Çalışanın ücret alması, kesinlikle bağımlılık ilişkisini gösterecek bir kanıt değildir. Bkz. Furrer/Müller-Chen, Art. 55, Nr. 12.

²⁷² Kılıçoğlu, s. 336; Müller, s. 362; Schnyder, Art. 55, N.7; Huguenin, s. 591; Rey, s. 208; Gayler, s. 81; Petrin, s. 68; İnan/Yücel, s. 415-516; Sağlam, s. 261; Öğüz, s. 838; Antalya, s. 555; Nater, s. 15; Y. 4. HD. 2006/12772, 2007, 14555, T. 20.11.2007; “Adam çalıştıranın sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda çalıştırılan, adam çalıştıranın buyruğu altında olmalı, onun gözetim ve denetiminde iş yapılmalıdır. Sorumluluğun nedeni de, bağımlılıktan kaynaklanan özen gösterme ödevine aykırılıktır. Eser sözleşmesinde ise, yüklenici kendi hesabına ve iş sahibinden bağımsız olarak sözleşmeye konu işi yapmayı üstlenmiştir. Bu nedenle, iş sırasında başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumludur. Bağımlılık ilişkisi bulunmadığı için de, iş sahibinin sorumlu tutulma olanağı yoktur.”; Y. 2004/12863; 2015/11451, T. 25.10.2005, “Davalı, sözleşme gereği yüklenicilerin davaya konu yerden malzeme alımları konusunda bir bilgisi olmadığını ve talimatı da bulunmadığını savunmuştur. Kural olarak, BK. m.55 gereğince adam çalıştıranın sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda çalıştırılan, adam çalıştıranın buyruğu altında olmalı,

bağımlılık ilişkisi olarak ifade edilmektedir²⁷³. Bu ilişkide taraflardan biri, bir başka kişinin hizmetinden kendi amaçları için yararlanan adam çalıştırır²⁷⁴; diğeri ise, onun amacına hizmet eden çalışandır²⁷⁵. Çalıştırma ilişkisinin hukuki niteliği önemli değildir; belirleyici olan bağımlılık ilişkisinin var olup olmadığıdır²⁷⁶. Bu noktada bu ilişkinin kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanan bir ilişki olması önem taşımaz²⁷⁷. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarının devletin egemenlik gücüne dayalı, kamu hukukundan kaynaklanan çalıştırma ilişkileri için, kamu hukuku hükümleri saklıdır. Kamu kurum ve kuruluşlarının tarafı olduğu özel hukuk ilişkilerinden dolayı TBK. m. 66 uygulama alanı bulacaktır. Bu çalıştırma ilişkisi genellikle bir sözleşme ilişkisi, çoğunlukla da hizmet sözleşmesi kapsamında gerçekleşmektedir²⁷⁸. Ama bu durum bağımlılık ilişkisinin diğer sözleşme türleriyle oluşması, hatta hiç sözleşmeye dayalı olmamasına engel değildir. Genellikle vekâlet sözleşmesi, acente, eser sözleşmesi, fiili ilişkiler (ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiyle yapılan hizmet sözleşmesi) ve aile hukukuna dayalı (babasına inşa ettiği binanın yapımında yardım eden çocuğun üçüncü kişilere verdiği zarar) çalışma ilişkileri de adam çalıştırır ve

onun gözetim ve denetiminde iş yapılmalıdır. Sorumluluğun nedeni de, bağımlılıktan kaynaklanan özen gösterme ödevine aykırılıktır. Eser sözleşmesinde ise, yüklenici, kendi hesabına ve iş sahibinden bağımsız olarak sözleşmeye konu işi yapmayı üstlenmiştir. Bu nedenle, iş sırasında başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumludur. Bağımlılık ilişkisi bulunmadığı için de, iş sahibinin sorumlu tutulma olanağı yoktur.”; Y. 4. HD, 2003/4731; 2003/ 9958; T. 15.09.2003, “BK.m.55 gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda çalıştırılan, adam çalıştırmanın buyruğu altında olmalı ; onun gözetim ve denetiminde iş yapılmalıdır. Ki, sorumluluğun nedeni de, bağımlılıktan kaynaklanan özen gösterme ödevine aykırılıktır. Eser sözleşmesinde ise, yüklenici, kendi hesabına ve iş sahibinden bağımsız olarak sözleşmeye konu işi yapmayı üstlenmiştir. Bu nedenle, iş sırasında başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumludur. Bağımlılık ilişkisi bulunmadığı için de, iş sahibinin sorumlu tutulma olanağı yoktur”. (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı)

²⁷³ “Sözünü ettiğimiz manada bir bağımlılık ilişkisinin, işçi ve inşaat firması (BGE 96 II 355), gazete yönetimi ve editör (BGE 48 II 53), banka ve memuru (BGE 61 II 184), sigorta şirketi ve acente (BGE 61 II 381), restoran ve garson arasında olduğu kabul edilir.”, Ayrıntılı bilgi için bkz. Furrer/Müller-Chen, s. 340; Honsell, Art. 55, Nr. 7; Rey, s. 208; Honsell/Isenring/Kessler, s. 150-151.

²⁷⁴ “ Çalıştırma ilişkisinin amacı adam çalıştırmanın amacına yönelmiş olmalıdır. Adam çalıştırmanın amacı ise geniş anlaşılmalıdır. Örneğin, çalıştırma faaliyetlerinin ev işlerine, mesleki faaliyete veya yalnızca eğlence amacına yönelik olması önem taşımaz.” Ayrıntılı bilgi için, bkz. Antalya, s. 555; Honsell, Art. 55, Nr. 7.

²⁷⁵ Schaefer, § 831, N. 80, amaca hizmet etmekten kasıt, adam çalıştırmanın talimatlarıyla bağlı olmasıdır. (RG LZ 1922, 69; BGHZ 80, 1,3; VersR 1960, 354; 1964, 46; 1966, 956).

²⁷⁶ Becker, S. 29; Honsell/Vogt, Art. 55, Nr. 7; Honsell, Art. 55, Nr. 7; Nater, s. 14-15.

²⁷⁷ Hausherr, 1997, s. 26.

²⁷⁸ Kılıçoğlu, s. 336; Honsell/Vogt, Art. 55, Nr. 8.

çalışan arasında bağımlılık ilişkisine imkân verir²⁷⁹. Genel kural olmamakla birlikte, taraflar arasındaki sözleşmenin türü İsviçre Federal Mahkeme Kararları ve öğreti çerçevesinde, bağımlılık ilişkisinin tespitinde önemli bir dayanak noktası olarak değerlendirilmektedir. Buna göre eser sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, komisyoncu, acente ve adi şirket sözleşmeleri prensip olarak adam çalıştıran ve çalışan arasında bağımlılık ilişkisinin mevcut olmadığına delalet eder Ancak bu tespit, her zaman aynı sonucu verecek nitelikte değildir. Bir ilişkide çalışanın ne kadar bağımsız hareket etme imkânı varsa, sorumluluğun bağımlılık ilişkisini şart koşan TBK. m. 66'ya dayanma ihtimali o derece düşüktür. Uygun olan, bu değerlendirmeyi ilişkinin bütününe bakarak yapmaktır²⁸⁰. Münferit bir olayda talimata uyulması, bağımlılık niteliğinin açısından tek başına belirleyici değildir²⁸¹.

Biraz önce vurgulandığı üzere, TBK. m. 66'nın uygulanması için adam çalıştıran ve çalışan arasındaki ilişkinin doğrudan olmasına gerek yoktur. Özellikle çok kademeli hiyerarşik yapıların bünyesinde bulunan bağımlılık ilişkilerinde kimin hiyerarşik olarak özen yükümlülüğünü yerine getirmediği önemli değildir²⁸². Adam çalıştıran daima hiyerarşik olarak en üsteki kişidir, tüm kademelerdeki çalışanları için gerekli özeni göstermemesinden dolayı sorumlu tutulacaktır²⁸³. Hatta adam çalıştıranın onayıyla çalışanlarının başkalarını istihdam etmeleri halinde bile, böyle bir ilişkinin ve bağımlı çalışmanın varlığı kabul edilir. Kuşkusuz bu durumda talimat

²⁷⁹ Eren, s. 625; Oftinger/Stark, II/1, s. 309; Gayler, s. 82; Honsell/Vogt, Art. 55, Nr. 8; Antalya, s. 555; Schaefer, § 831, N. 84, “Örneğin, özel hastane ve istihdam ettiği doktorlar, asistan doktorlar, hemşireler ve sağlık çalışanları arasında genel anlamıyla hastane sözleşmeleri akdedilir. Yapılan yanlış tedavi veya konulan yanlış tanı vesilesiyle, hastane pek tabii ki sorumlu olacaktır. Hastanenin doktorlardan beklediği, genel sağlık kontrolleri açısından yükümlülüğüne uygun davranması ve bu yönde de hastasını aydınlatmasıdır. Fakat söz konusu olan ağır komplikasyonlar doğurabilecek müdahaleler olduğunda, talimatlarla bağımlılık çok daha sıkıdır. Bu bağlamda doktor yükümlülüğüne aykırı davranmadığı sürece yanlış tanı ve tedavi nedeniyle sorumluluk gündeme gelmeyecektir. (NJW 1978, 584, 1681) Operasyon ve benzeri müdahalelerde (elektroşok), talimatlarla bağlılık, yalnızca aydınlatmakla sınırlı değildir. Ayrıca talimatla bağlılıkta doktorun tecrübesi de dikkate alınmalıdır. Örneğin doğum yaptıran asistan doktorun epizyotomi uygulaması şef doktorun talimatları uyarınca yapılmalıdır (BGH NJW 1978, 1681).

²⁸⁰ Petrin, s. 69- 70, “İşveren ve avukat, doktor, mimar arasındaki ilişki genelde TBK m. 66 kapsamında değerlendirilmez, ancak istisnalar mevcuttur. Evde çalışan hizmetli ve ticari temsilcinin durumu ise bir basamak daha şüphelidir. “; aynı yönde bkz. Keller, s. 174; Schwenzer, N. 23. 16; Becker, Art. 55, N. 1.

²⁸¹ Schwenzer, N. 23.16; H. Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich, 2000, § 13 N. 11; Petrin, s. 69.

²⁸² Oftinger, s. 139; Drees, § 831, N. 23.

²⁸³ Honsell/Vogt, s. 400; Petrin, s. 69; Honsell/Isering/Kessler, s. 151.

ilişkisi ilk istihdam edenle doğrudan kurulmaz. Adam çalıştıran doğrudan ne gözetim ne seçme ne de talimat yükümlülüklerini yerine getirebilir. Ancak sorumluluk mevzu bahis olduğunda adam çalıştıran, başkalarını çalıştıran çalışanı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır²⁸⁴²⁸⁵.

b. Bağımlılık İlişisine Dair Yeni Görüşler

aa. Genel Olarak

Yukarıda çalışan kavramının belirlenmesinde, bağımlılık ilişkisinin kilit rol oynadığını belirtmiştik. İşi yapan kişinin, işveren ile arasında bir bağımlılık ilişkisi varsa kabaca bir yaklaşımla bu kişi çalışan olarak kabul edilir. Bağımlılık ilişkisinin tespiti de, uygulama ve içtihatlar da, adam çalıştıranın talimat ve gözetim yetkisinin araştırılması ile yapılır²⁸⁶. Ne var ki, bu kavramın eski fiili ve hukuki kriterlere göre belirlenmesi ne yeterlidir ne de zorunludur. Modern çalışma hayatının teknolojik gelişmelere bağlı olarak göstermiş olduğu değişim hızı, güçlü bir ivme kazanmıştır ve bu değişimler neticesinde ise mecburen, bağımlılık unsurunun varlığının değerlendirilmesi, dolayısıyla da çalışan kavramının incelenmesi daha esnek bir şekle girmiştir²⁸⁷. Özellikle farklı organizasyon modellerinin varlığının kabulü ya da çalışma şekli anlayışındaki değişim (evde çalışma (Heim -Arbeit), tele çalışma (Tele-Arbeit)), klasik anlamdaki bağımlılık anlayışının değişimini zorunlu hale getirmiştir. Gerven/Lever/Larouche'un yapmış olduğu haklı değerlendirmede de, genel olarak

²⁸⁴ Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. S. 25-26.

²⁸⁵ Oğuzman/Öz, s. 595.

²⁸⁶ Y. 4. HD. E. 2006/12722, K. 2007/14555, T. 20.11.2007, "Adam çalıştıranın sorumluluğunda, temel unsur bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda çalıştırılan, adam çalıştıranın buyruğu altında olmalı, onun gözetim ve denetiminde iş yapılmalıdır. Sorumluluğun nedeni de, bağımlılıktan kaynaklanan özen gösterme ödevine aykırılıktır. Eser sözleşmesinde ise, yüklenici kendi hesabına ve iş sahibinden bağımsız olarak sözleşmeye konu işi yapmayı üstlenmiştir. Bu nedenle iş sırasında başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumludur. Bağımlılık ilişkisi bulunmadığı için de, iş sahibinin sorumlu tutulma olanağı yoktur. Bu yönde Yargıtay uygulaması yerleşiktir. Açıklanan nedenlerle, davalı iş sahibi zararlı sonuçtan sorumlu tutulamaz. Mahkemece davalı E.. Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.", (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

²⁸⁷ Gayler, s. 84; E. Gysler, **Haftung Für Fremde Culpa Nach Schweizerischem Obligationenrecht**, Louhauer Verlag, Zurich, 1892, s. 47; Schaefer, § 831, N. 91, "Örneğin avukatlık bürolarında çalışan avukatlara verilen vekalette böylesi bir bağımlılıktan söz edilemez. Mesleki tecrübesi nedeniyle daha kıdemli avukatların talimatları ve uyarıları ile karşılaşılması mümkündür. Ancak söz ettiğimiz durum oldukça esnek (RGZ 96, 177, 180).

modern çalışma ilişkilerinin geleneksel yapıdan ayrıldığı vurgulanmıştır²⁸⁸. Uzun süren iş modelleri yerine daha az stabil formlar, örneğin geçici işler veya klasik iş ilişkisi kurmayan sözleşmeler tercih edilmektedir²⁸⁹. Sonuçta net bir biçimde kabul edilmesi gereken bir gerçek, Gerven/Lever/Larouche'in belirttiği gibi çalışma ilişkilerinin geleneksel yapıdan ayrıldığıdır. Böylece bunun sonucu olarak bir taraftan adam çalıştırmanın gözetiminde ve onun talimatlarına sınırlı uyan biri, çalışan olarak değerlendirilmekteyken; diğer taraftan adam çalıştırmanın gözetiminde olan ve talimatlarına tam uyan biri çalışan olmayabilir²⁹⁰. Örneğin nitelikli bilgiye sahip bağımsız bir çalışan, bazı durumlarda adam çalıştırandan bağımsız hareket etmemektedir. Bu bağlamda Outsourcing, Just in Time, teslim (Lieferung) sözleşmeleri ve franchising sözleşmelerine dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır²⁹¹. Bu nedenle bugün bağımlılık ilişkisi, adam çalıştırmanın çalışanıyla ekonomik olarak bütünleşmesi ya da bir işletme sahibi ise hem organizasyon açısından hem de ekonomik olarak bütünleşmesidir²⁹². Gerçekten adam çalıştırmanın, çalışanın davranışlarından dolayı sorumluluğu yanında, üçüncü bölümde ayrı bir bölüm olarak yer verdiğimiz organizasyon sorumluluğunun varoluşu nedeniyle, bağımlılık ilişkisinin belirlenmesinde artık organize bütünlük de hesaba katılmalıdır²⁹³. Böylece hangi aktörlerin rizikoya organizasyon açısından hakim olduğuna dikkat edilmesi önerilmektedir²⁹⁴. Son zamanlardaki Alman Mahkeme Kararları, talimat verme yetkisi yanında, çalışanların organizasyona entegre olup olmadıklarını araştırmaktadır²⁹⁵. Böylece bağımsız çalışan kişi dahi organizasyon alanıyla yeterli olarak bütünleşmişse, entegre olmuşsa veya Larenz/Canaris'in²⁹⁶

²⁸⁸ W. Gerven/J. Lever/ P. Larouche, **National, Supranational and International Tort Law**, Oxford Et al, 2000, s. 531.

²⁸⁹ Gerven/Lever/ Larouche,s. 531; ayrıca bkz. Petrin, s. 77.

²⁹⁰ “Gerçekten de adam çalıştırın çalışanların bağımsız hareket kabiliyetini geniş veya dar alanlarla çerçeveleyebilir (Örn general müdürün yetkisi). Yeterli olan çalışanın eylemini zamanla sınırlamayıp; yapılacak faaliyetlerin kapsamıyla sınırlaması ya da eylemi zaman ve kapsam bakımından kısıtlanmasıdır”, Schaefer, § 831, N. 81, RG JW 1931, 463; BGH NJW 1956, 1715.

²⁹¹ Petrin, s. 76.

²⁹² Waespi, 2005, s. 295-296; Petrin, s. 76-78; İ. Aydın, İstihdam Edenin (Adam Çalıştırmanın) Sorumluluğu (BK. M. 55), **Kamu- İş İş hukuku ve İktisat Dergisi**, S. 2, 2003, s. 13.

²⁹³ Rey, N. 904; Koch, s. 41.

²⁹⁴ Petrin, s. 72.

²⁹⁵ BGB 831 N 60, Petrin, s. 78.

²⁹⁶ Larenz/Canaris, § 79 III 2a.

dediği gibi bu alana “bağlı görünüyorsa” çalışan olarak kabul edilmektedir²⁹⁷. Bu bütünlüşmeye işaret eden faktörler arasında ise, Comman Law’dan yola çıkarak;yardımcı kişiye verilen işin niteliği, çalıştırma ilişkisinin süresi, iş yerini kimin tespit ettiği, üretim araçlarını kimin sağladığı, ödeme şekli, işin adam çalıştırmanın faaliyetlerinin bir kısmını teşkil edip etmediği, yardımcı kişinin ona verilen işi reddedip reddedemeyeceği, yardımcı kişinin kendi çalışanlarının olup olmadığı, kayıp rizikosunun ve kazancın kime ait olduğu ve bunun yanında şimdiye kadar olduğu gibi, yardımcı kişinin talimatla bağlılığı ile adam çalıştırmanın sahip olduğu kontrol yetkisinin derecesi sayılabilir²⁹⁸. Amerika’da çalışanın geleneksel tanımı, kontrol ögesine (en azından fiilen mümkün olan) bağlıdır. Adam çalıştırmanın asıl iş sürecini ayrıntılı kontrol etme yetkisinin mevcut olması bağımlılık ilişkisinin varlığı için güçlü bir emare teşkil eder. Bugün Comman Law’da “control test” sayesinde, kimin adam çalıştırana bağlı bir çalışan “servant”, kimin ise bağımsız “independent contractor” olduğu ya da daha doğru ifadeyle (zira aşağıda görüleceği gibi bağımsız çalışan dahi adam çalıştırmanın çalışanı olarak değerlendirilebilir) kimin adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında ele alınacağı belirlenmektedir. Modern Anglo- Amerikan Hukuk sistemlerindeki kabule paralel olarak, İsviçre, Almanya, Fransa, Avusturya hukuklarında da bağımlılık kavramına ilişkin görüşler bu yönde ilerlemektedir²⁹⁹. Bağımlılık ilkesi kavramının açıklanmasına imkan sağlamak maksadıyla zaten temelde bu konuda henüz bir belirsizliğin hakim olduğu Alman, Fransız, Türk – İsviçre Hukuku açısından da bu görüşler yol gösterici olmalıdır.

bb. Bağımsız Çalışandan Dolayı Sorumlulukla İlgili Görüşler

Bağımlılık ilişkisi kavramına ilişkin bu değişim ve kavramın git gide daha geniş perspektifte değerlendirilmesi, sorumluluğun bağımsız çalışan (ya da çoğu zaman bağımsız işleyen) için de mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirir

²⁹⁷ Petrin, s. 78; Furrer/Müller-Chen, “ekonomik ve organize bağımlılığın daha çok önem taşıdığını belirtmiştir.”Art. 55, Nr. 12.

²⁹⁸ “Bu analize 1907’de Federal Mahkemenin verdiği bir kararında da rastlanmaktadır. Kararda olayın tamamına bakılarak değerlendirmenin yapılması gerektiğine işaret edilir.”, BGE 33 II 150, Petrin, s. 79.

²⁹⁹ Petrin, s. 79.

olmuştur. TBK. m. 116'dan farklı olarak TBK. m. 66 adam çalıştırmanın bağımsız çalışan için sorumluluğuna cevaz vermemektedir³⁰⁰.

Bu kural, bağımsız çalışanın esas itibariyle sorumluluk rizikosunu kendisinin taşımasından ve bu rizikoyu işletme maliyetinin bir unsuru olarak yaptığı işin ücretinin hesaplanmasında dikkate almak zorunda olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bağımsız çalışan, başka kişileri istihdam ederse, bizzat kendisi adam çalıştırarak, aksi halde kusura dayalı sorumluluk hükümlerine(TBK. m. 49 vd)göre kişisel olarak sorumlu olacaktır³⁰¹. Diğer hukuk sistemlerine baktığımızda da, benzer durumlarla karşılaşırız. Kural olarak ne BGB § 831, ne OR. Art. 55, ne de. CC. Art. 1384 bağımsız çalışanın davranışlarından dolayı sorumluluğu mümkün kılmaktadır. Avusturya hukukunda ise, birkaç olayda mahkemeler bağımlılık unsurunun aranmadığına ve bunun neticesinde ABGB Art. 1315'e göre bağımsız çalışanın neden olduğu zararlardan adam çalıştırmanın sorumlu olacağına karar vermişler;ancak bu görüş öğretide eleştirilere maruz kalmıştır³⁰².

Avrupa ülkelerinin birçoğunda ve Comman Law'da adam çalıştırmanın bağımsız yardımcı kişilerden sorumlu olmadığına ilişkin prensip, çeşitli vesilelerle kırılmalara uğramıştır. Yani adam çalıştırmanın bağımsız çalışan için sorumlu olmaması, onun asla sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği anlamını taşımaz. Şöyle ki, adam çalıştırarak işin görülmesini bağımsız çalışana devrederse ve bağımsız çalışana karşı tazminat davasının yurt dışında açılma zorunluluğu varsa veya bağımsız çalışan ödeme güclüğü içerisindeyse; adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabul edilmemesi sorunludur. Zira ilkinde zarar görenin bağımsız çalışana dava açması katlanılmaz masraflara bağlıdır veya hiç mümkün değildir. İkincisinde ise, zarar gören zararın tümüne veya en azından bir kısmına bizzat katlanma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Ayrıca adam çalıştırmanın, sorumluluktan kurtulmak adına bazı tehlikeli faaliyetleri bir başkasına devretmesi ihtimali de gözden uzak tutulmalıdır. İşte en azından bu gibi olaylarla sınırlı kalmak kaydıyla bağımsız çalışan için adam çalıştırmanın sorumluluğunu kabul etmek gereklidir³⁰³.

³⁰⁰ Keller, s. 119.

³⁰¹ Petrin, s. 81.

³⁰² Petrin, s. 71.

³⁰³ Petrin, s. 81.

4- Zararın İşin Görülmesi Sırasında Meydana Gelmesi (İşlevsel Bağlantı)

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabulü için zararın, çalışanın görmüş olduğu iş sırasında vermiş olması gerekmektedir³⁰⁴. Dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için çalışanın olumlu ya da olumsuz nitelikte hukuka aykırı fiilinin üçüncü kişiyi zarara uğratmış olması gerekli ise de yeterli değildir³⁰⁵. Bu bağlamda belirlenmesi gereken sorun çalışanın zarara sebebiyet veren hangi davranışlarının çalışma ilişkisi içerisinde değerlendirileceği, verilen zarar ve çalışanın davranışı arasında işlevsel bağlantının olup olmadığıdır³⁰⁶. İşlevsel bağlantı adam çalıştırmanın özen yükümlülüğü ihlali veya çalışanın davranışı ile üçüncü kişinin zararı arasındaki nedensellik bağından farklıdır. Meydana gelen zarar ile çalışanın davranışı arasında nedensellik bağı kurulabilse de, işlevsel bağlantı bulunmuyorsa adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olmaz³⁰⁷. Zira işlevsel bağlantı çalışma ilişkisi ve meydana gelen zarar arasındaki sıkı ilişkiyi aramaktadır³⁰⁸. Böylece

³⁰⁴ Oğuzman/Öz, s. 148; Nater, s. 13; Fikentscher, Nr. 1304; “adam çalıştırmanın vermiş olduğu işin, saf fiili, ekonomik veya hukuki bir yapıya sahip olmasının bir önemi yoktur. Yeter ki, adam çalıştırmanın talimatlarıyla bağlı ve onun organizasyon alanı içerisinde hareket ediyor olsun”; Rey, s. 211; Gnos, s. 125; Stark, s. 118; Von Tuhr/Peter, s. 446; Keller, s. 175; Funk, s. 96; Kaynar, s. 103; İnan/Yücel, s. 416.

³⁰⁵ Kılıoğlu, s. 339; Oftinger, s. 145; Nater, s. 14; Antalya, s. 556; Fikentscher, Nr. 1303; Koller, s. 433; Müller, s. 363; Von Tuhr/Peter, s. 446; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 506; Oğuzman/Öz, s. 148; Schwenzer, s. 161; M. Ünlütepe, Organizasyon Sorumluluğu, İstanbul, 2016, s. 363; İ. Schwenzer, Schweizerischen Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern, Oftinger, s. 145; Nater, s. 13; Fikentscher, Nr. 1304; “adam çalıştırmanın vermiş olduğu işin, saf fiili, ekonomik veya hukuki bir yapıya sahip olmasının bir önemi yoktur. Yeter ki, adam çalıştırmanın talimatlarıyla bağlı ve onun organizasyon alanı içerisinde hareket ediyor olsun”; Rey, s. 211; Gnos, s. 125. 2012, 161.

³⁰⁶ Nater, s. 13-14, 30-31. Honsell/Vogt, Nr. 12; Honsell/Isenring/Kessler, s. 152.

³⁰⁷ F.Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından İliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, 59. Ayrıca bkz. Ünlütepe s. 362.

³⁰⁸ Oftinger, s. 144, 145; Schnyder/ Vasella, s. 72; Honsell/Vogt, Nr. 13; Honsell, Art. 55, Nr. 8; Furrer/Müller-Chen, Nr.16-19, “İşlevsel bağlantı, mobbing ve cinsel taciz durumunda da kabul edilir. Ayrıca gazete genel yayın yönetmeninin agresif makalesinde (BGE 48 II 53 ff), garsonun restorandan kabaca müşteriyi çıkarmasında(ZR 1920 Nr 105), kabul edilir. Ama ev işlerinde çalışan bir kişinin duvarda asılı olan tabancayı merak nedeniyle kurcalaması ve bu sırada silahın ateş alması nedeniyle diğer bir çalışanın yaralanması durumunda işlevsel bağlantının olmadığı kabul edilir (BGE 112 II 145); Brehm, Art. 55, Nr. 22; “İşlevsel bağlantının gevşek olduğu kabul edilen durumlara şu olaylar örnek verilmiştir. Gayretli çalışanın talimatların dışına çıkması (BGE 43 II 181/187), yazarın oldukça agresif bir yazı kaleme alması (BGE 48 II 53/56f), garsonun kaba müşteriyi kendiliğinden restorandan çıkarması (ZR 1920 196/197 Nr. 105). Ama çiftlikte pazar günü çalışanların eğlenmek amacıyla yaptıkları maç sırasında, içlerinden birinin sakatlanması halinde (BGE 8.6.1961, Krattiger/Kaesler, n.p.), doğramacının adam çalıştırana danışmadan camı başkasına satması (Aargau, SJZ 23 (1926) 92 Nr. 19), seyisin acemiliği nedeniyle safsan atın sakatlanması (Basel-Stadt, BJM 1966 84/87) örneklerinde mahkeme işlevsel bağlantının olmadığına kanaat etmiştir.”; Rey, s. 211; Honsell/ Isenring/Kessler, s. 149.

çalışanın özel işleri nedeniyle kusurundan sorumluluğu ve adam çalıştırmanın çalışanın davranışından sorumluluğu ayırt edilebilecektir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde, işlevsel bağlantının geniş yorumlanması gerektiği düşüncesi hakimdir³⁰⁹. Ancak işlevsel bağlantının geniş yorumlanması eğilimine rağmen, bu bağın somut olaylar bakımından belirlenmesi kolay değildir. Bununla birlikte, adam çalıştırmanın sorumluluğun da işlevsel bağlantının tespitinde iki temel kriterden hareket edildiği görülmektedir³¹⁰.

İlki adam çalıştırmanın çalışanın kendisine verilen işi yerine getirdiği sırada verdiği zararlardan sorumlu olmasının kabul edilebilmesi için, çalışanın adam çalıştırmanın amaç ve hedefine³¹¹ uygun olarak hareket etmiş olmasıdır³¹². Bu kriter çerçevesinde temizlik firmasının işçisinin temizlik işini yaptığı sırada vazoyu kırması halinde işlevsel bağlantı kabul edilir, eğer vazoyu çalarsa işlevsel bağlantıdan söz edilemez³¹³.

Diğer kriterlere göre ise, çalışan zarara işin yapıldığı zaman ve yerde neden olduysa, işlevsel bağlantının varlığı kabul edilmektedir³¹⁴. TTK m. 66/f. 3 bakımından zamansal ve mekansal bağlantının kabul edildiği Widmer/Wessner Tasarısının gerekçesinde de anlaşılmaktadır. Adam çalıştırmanın işletme faaliyetinden sorumluluğu bakımından kanun koyucunun genele oranla daha ağır bir sorumluluk benimsemek istediği göze çarpmaktadır³¹⁵.

Çalışanın zarar veren davranışının, adam çalıştırmanın amaç ve hedefine uygun olarak hareket etmesi, işlevsel bağlantının en dar yorumu kabul

³⁰⁹ Nater, s. 16; Müller, s. Art. 55, N. 17.

³¹⁰ Tandoğan, 1981, s. 62; Tandoğan, 2010, s. 114; Antalya, s. 556.

³¹¹ Oftinger, s. 147; Honsell/Vogt, ART. 55, Nr. 13, “Adam çalıştırmanın sorumluluğunda, görevin ekonomik veya mesleki bir amacı olması önemli bir husus değildir. Ev içerisinde yapılan günlük işlerde bu kapsamda değerlendirilebilir.”

³¹² Dress, § 831, N. 26.

³¹³ Waespi, 2005, s. 302; “Benzer biçimde adam çalıştırmanın müşterisinin evinde çalıştırdığı boya ustasının saati çalması durumunda yine adam çalıştırmanın için böyle bir menfaat yoktur. Yine şöförünün fabrika alanı içerisinde keyfe keder kullandığı araç nedeniyle uğrattığı zararlar için sorumluluğu bu kriter kapsamında değerlendirilemez”, Honsell/Vogt, Nr. 12.; “Çalışan adam çalıştırmanın menfaatine hareket ediyorsa, işini yürütürken mola sırasında verilen zararlardan sorumlu olacaktır”, Furrer/Müller-Chen, Nr. 19.

³¹⁴ Oftinger, s. 145; Gnos, s. 126; Müller, s. 363; Honsell, Art. 55, Nr. 8; Gross, s. 313, “Bu görüş ise evinde telefon santral görevlisi olarak çalışan kişinin çıkardığı yangın için tartışmalıdır”.

³¹⁵ Altay, s. 178 vd.

edilebilirken; zamansal ve mekansal bağlantı kriteri daha geniştir. Bununla birlikte uygulamada bu kriterlerin, karşılaşılan somut olaylarda, zarar ve çalışanın davranışı arasında işlevsel bağlantıyı belirleyebilmek için yeterli olmadığı görülmektedir. Bu kriterlerin özellikle çalışanın adam çalıştırmanın talimatından sapması, kişisel motivasyonla hareket etmesi³¹⁶, kasıtlı fiiliyle zarara sebebiyet vermesi, görevi sebebiyle sahip olduğu otoriteyi kötüye kullanması³¹⁷, dinlenme sürelerinde zarara sebep olması nedeniyle işlevsel bağlantıyı belirlemek kolay değildir³¹⁸.

³¹⁶ Eğer çalışan sadece kişisel motivasyonla hareket ederse, iş zamanı ve mekanında olsa bile adam çalıştırın sorumluluktan kurtulur. Comman Law Uygulamasında “Motivasyon testi” diye adlandırılan bir inceleme ile işlevsel bağlantı ele alınmaktadır. Verilmiş olan yargı kararlarında, çalışanın iş motivasyonu ile hareket edip etmediği testi cömertçe uygulanmıştır. Örneğin, garsonun yemekle ilgili eleştiri yapan müşteriye saldırması, kamyon şoförünün başka bir sürücü ile kavga edip İngiliz anahtarı ile onu yaralaması, bir çalışanın müşterinin yemeğine tükürmesinde dahi işle ilgili motivasyonun varlığı kabul edilmiştir. Friendly’nin konuyla ilgi sunduğu formül de dikkate değerdir: Zarar verici eylem alışılmışın dışında ve çarpıcı değilse veya başka bir deyişle öngörülebilirse, verilen işin motivasyonu içinde değerlendirilir. Örneğin Kaliforniya yüksek mahkemesi kararlarında giderek motivasyon perspektifini geniş değerlendirmiştir. 1981 yılında bir öğrencinin cinsel tacizi nedeniyle okul yönetimini sorumlu tutmazken³¹⁶; daha sonraki yıllarda hastane çalışanlarının ultrason taramasını cinsel araç olarak kullanmasında hastane yönetimini sorumlu tutmuştur. Bkz. Petrin, s.

³¹⁷ Jaag, Nr. 83; Gross, s. 314.

³¹⁸ Ünütepe, s.369; Y.3.H.D.E.2012/23133 ,K.2013/3 T. : 14.01.2013 “Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin 12.10.2009 tarihinde davalı G... Tekstil San. Tic. Ltd. Şti.'ne arkadaşının borcunu ödemek için gittiğinde mağaza sorumlusu diğer davalı Y. S.'in sert tepkisiyle karşılaştığı hatta arkasından gelerek dışarıda yumruk attığı, burun kırığı olduğu, bu olay sebebiyle üzüntü yaşadığı ileri sürülerek 500,00 TL tedavi; 500,00 TL işgöremezlik ve 10.000,00 TL manevi tazminatın tahsili istenilmiş, maddi tazminat istemi ıslah edilerek 10.448,12 TL'ye yükseltilmiştir.Davalı, iddiaların haksız olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, olay yeri ve olayla ilgisinin bulunmaması sebebiyle davalı şirket yönünden davanın reddine; davalı Y. yönünden davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm, davacı ve davalı vekillerince temyiz edilmiştir. Dava, davalı şirkete ait işyerinde çalışan kişinin davacının kişilik haklarına saldırı sebebiyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. B.K.nun 55. maddesi hükmü gereğince adam çalıştırının sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zararlar çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Bu koşulların varlığı halinde çalıştırının kendisine yükletilmiş olan özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmede ve zararın bu yüzden meydana geldiği kabul edilmektedir. Bu sorumluluk karinesinin çürütülebilmesi için yasa koyucu adam çalıştırınlar için kurtuluş beyyinesi hakkını tanımıştır.Adam çalıştırın, çalışanın seçiminde, talimat vermede ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulur. Bir başka ifadeyle çalıştırının sorumlu tutulabilmesi için zarar verici eylemle çalıştırının görülen işi arasında fonksiyonel bağıllık bulunması yeterlidir.Somut olayda, mağaza sorumlusunun eylemi sebebiyle zarar oluşmuştur. Bu husus kesinleşen ceza mahkemesi kararı ile de sabittir. O halde mahkemece, davalı Yasin'in eylemi sebebiyle davalı şirketin B.K.nun 55. (T.B.K. 66.) maddesi hükmü gereğince sorumlu tutulması gerekirken bu davalı yönünden redde karar verilmesi doğru görülmemiştir.Ayrıca davalı, adam çalıştırın sıfatı ile de sorumludur. Bilindiği gibi adam çalıştırının sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa adam çalıştırına genel nitelikte objektif bir özen yükümlüğü, bir gözetim Ödevi yüklenmiştir. Adam çalıştırının sorumluluğu kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız olarak doğmaktadır. Sorumluluğun doğması için

Kanımızca TBK m. 66/f. 1 bağlamında işlevsel bağlantının kabul edilmesi için, zararı doğuran eylemin, adam çalıştırmanın amaç ve hedefine yönelik olarak, onun “menfaatine” olması gerekir.³¹⁹ Eylemin adam çalıştırmanın menfaatine olması için, genellikle görevle ilgili olması, görevin yapılmasına eşlik etmesi, onu kolaylaştırması, (buna sigara içmek de dahil edilmektedir) gerekir. Bununla birlikte işlevsel bağlantının giderek geniş yorumlanan uygulaması nedeniyle, adam çalıştırmanın çalışanlarından sorumluluğu bakımından, adam çalıştırmanın menfaatine olmayan davranışlarının, dahi bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir. Federal Mahkeme, adam çalıştırmanın menfaatine olması halinde, çalışanın talimattan küçük miktarda sapması, yanlışlıklar yapması, yetkisini aşması durumunda da işlevsel bağlantıyı ve sonuç olarak adam çalıştırmanın sorumluluğunu kabul etmektedir³²⁰. Bu konudaki çalışanın küçük miktarda sapmalarını, Oftinger/Stark adam çalıştırmanın “kıdem egosu” olarak değerlendirip, bazı durumlarda kendi inisiyatifi ile hareket

objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir. Adam çalıştırın, görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş olmasını arayacaktır (Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Prof. Fikret Eren, Cilt; 2-4 bası, sh.160). (HGK. 15.6.1994 gün ve 11-178 K.). Davalının bu en basit tedbirlere başvurmaması objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir. Davalı, adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icapetmesigerekecektir. Bu itibarla yukarda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu sebeplerle yerinde olduğundan kabulüyle hükmün H.U.M.K.nun 428. maddesi gereğince Bozulmasına ve peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde temyiz edene iadesine, 14.01.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”; Y. 11. HD, E. 2012/ 5597, K. 2013/6983, T. 05.04.2013, “Davalı bankanın kendi elemanının gerçekleştirdiği zimmet suçundan dolayı kusursuz olarak sorumlu olduğu, manevi tazminat koşullarının oluşmadığı davanın kısmen kabulü hükmün onanmasına karar verilmiştir; Y. 19 HD. HD. E. 2003/ 10647, K. 2004/7469, T. 21.06. 2004, “Mağaza çalışanlarının müşterilerin pos cihazından kartlarını geçirdikten sonra kopyalaması halinde çalışanı istihdan eden şirket pos cihazını kontrol ve güvenliği altında çalıştırdığından sorumlu tutulmuştur”. (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı)

³¹⁹ Brehm, Art. 55, Nr. 21; “ Ev işlerinde çalışan yardımcının gereksiz bir biçimde taşıdığı silahı duvara asması ve bir başka kişinin merak ederek silahla oynaması nedeniyle silahı ateş almasında çalıştırının kişinin menfaatine bir durumdan bahsetmek güçtür (BGE 112 II 138/145).

³²⁰ Honsell/Vogt, Art. 55, Nr. 12, “Mahkeme fabrika alanında kullanılan aracın talimatlara aykırı kullanılması halinde işlevsel bağlantının daha az olduğunu kabul etmiştir (BGE 50 II 471 ff; Fikenscher, Nr. 1306; Brehm, Art. 55, Nr. 25; Drees, § 831, N. 27, “Şöförün, araç sahibinin talimatlarına aykırı kullanarak araçtaki kişilerin yaralanmasına sebep olmasında işlevsel bağlantı reddedilmiştir”, BGHZ 49, 19, (23), BGH NJW 71, 31 Warn Rsp 28, 74. Vgl RG LZ 30, 590.

Bern ZBJV 1953 39/43; Aargau, SJZ 23 (1926) 92 Nr. 19; Tessin, Rep. 1955 415/421; Genf, Semjud, 1950, 1950 198/203; BGE 95 II 93/106, “Çalışanın adam çalıştırının talimatları doğrultusunda hareket etmediği açıkça saptığı görülmektedir. Fakat yapılan iş temelde adam çalıştırının görevi amacıyla yapıldığından dolayı adam çalıştırının sorumlu tutulması gerekir. Bkz. Brehm, Art. 55, Nr. 25.

etmesini makul görmektedir³²¹. Bununla birlikte çalışanın üçüncü kişiye kasıtlı olarak vermiş olduğu zararlar bakımından, adam çalıştırmanın sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, bu durumlarda çalışanın zarar verici davranışının uygun denetimle önlenebileceği ve bu sebeple adam çalıştırmanın sorumluluğunu kabul etmek gerektiğini savunmaktadır. Bu kapsamda suç teşkil eden hareketin baştan itibaren işlevsel bağlantıdan yoksun olduğunu belirtmek, adam çalıştırmanın sorumluluğunu hafifleten bir etki gösterir³²². Diğer bir görüşe göre ise, bu durum adam çalıştırmanın menfaatine olmadığından adam çalıştırana sorumlu tutmak mümkün değildir, bu zararlar sebebiyle sadece çalışan sorumlu tutulacaktır³²³. Kanaatimizce de çalışanın kasıtlı olarak vermiş olduğu zararlar iş vesilesiyle verilmiş zararlar olup, çalışanın iş esnasında vermiş olduğu zararlar bu kadar geniş yorumlanmamalıdır. Bununla birlikte her türlü gözetim özenini göstermiş olsa dahi, kleptomani olan bir tesisatçının iş esnasında üçüncü bir kişinin evindeki değerli eşyaları çalması halinde, adam çalıştırmanın bu kişiyi bu hastalığını bile bile işe alması, çalışanı seçmede bakımından özenli olmadığına işaret eder³²⁴. Dolayısıyla böyle bir durumda adam çalıştırana sorumlu olmalıdır.

Adam çalıştırmanın işletme faaliyeti nedeniyle sorumluluğunda ise, işlevsel bağlantının tespitinde üçüncü kişiye verilen zararlar işletme faaliyeti arasında zamansal ve mekansal bağlantısının aranması bizi daha geniş bir sorumluluğa götürmektedir. Bu bağlamda işletme sahibi, çalışanın kasti zararlarından, görev dolayısıyla otoritesini kullanmasından da sorumlu kabul edilebilmelidir. Bu çerçevede özel güvenliğin iş yerinde sahip olduğu konumu nedeniyle çalışanı taciz

³²¹ Oftinger/Stark, § 20, N. 96.

³²² Buna karşılık adam çalıştırana da çalışanın daha önce kasıtlı biçimde üçüncü kişiye zarar vermediğini belirterek sorumluluktan kurtulabilir. Bkz. Brehm, Art. 55 Nr. 27. Ayrıca bkz. Ünlütepe, s. 370; Waespi, (2005), s. 303; Schnyder/Vasella, s. 72; Honsell/Vogt, Art. 55, Nr. 12, “Boya ustasının çalıştığı apartman dairesindeki saati çalması işlevsel bağlantının olduğu kanaatindedir. Ev işlerinde çalışan bayanın silahı ateşlemesi halinde oluşacak zarar için işlevsel bağlantının daha az olduğu kabul edilmiştir (BGE 112 II 145); Brehm, Art. 55, Nr. 27; Donatsch/Blocher, s. 58.

³²³ Schnyder, Art. 55, N. 12; Antalya, s. 556-557; Y. 4. HD. E. 6742, K. 5299, T. 17.12. 1953, “Çalışanın kendisine görev ve talimat verilmemiş olmasına rağmen, işletmenin garajında bulunan aracı kendiliğinden alarak, diğer işçileri ve işletmeye ait eşyayı taşımak suretiyle kullandığı sırada sebep olduğu zararlardan, adam çalıştırana sorumlu tutulmamıştır.” hizmetçinin misafiri tokatlaması halinde işlevsel bağlantıyı kabul ederken (Zürich 1920 196, 197); trende çalışanın yolunun bagajındaki değerli eşyayı çalması (Bern SJZ 1911 227, 230.); muhasebecinin yanlış makbuz düzenleyerek haksız zenginleşmesinde kabul etmez (BGE 40 II (1914) 144, 151).

³²⁴ Petrin, s. 112, Brehm, OR. 55, N. 28.

etmesi veya mobbing uygulaması belirtilebilir³²⁵. Türk Hukukunda Yargı Kararları Yargıtay Kararları da, işlevsel bağlantıyı aynı şekilde geniş tutmaktadır. Örneğin otel güvenlik görevlisinin, otelde kalan müşteriye tecavüz etmesine ilişkin davada otel sahibini sorumlu tutmuş³²⁶, dolmuş şöförünün, diğer yolcuların son duraktan önce inmesinin ardından, kadın yolcuyu kaçırmaya çalışmasında şöförün çalıştırıcı sorumlu kabul edilmiştir³²⁷.

5- Zararın Üçüncü Kişiye Verilmesi

a.Genel Olarak

Çalışanın kendisine verilen işi yerine getirdiği sırada, zarar verebileceği kişiler adam çalıştırıcı, zarar veren çalışanın çalışma arkadaşı ve işletme dışından üçüncü kişiler olarak sayılabilir. Adam çalıştırıcının sorumluluğu kapsamında verilen zararlar ise, yalnızca üçüncü kişilere verilen zararlardır. Ancak işletme sahibi adam çalıştırıcının diğer çalışanlarını da bu gruba dâhil etmek gerekir. Adam çalıştırıcı bakımından, her çalışan, işçi, müstahdem diğeri karşısında üçüncü şahıs olarak değerlendirilir³²⁸.

Bunun dışında yani adam çalıştırıcının haksız fiil sorumluluğu dışında, sözleşme hükümleri çerçevesinde de sorumluluğu söz konusudur. Bu bağlamda, adam çalıştırıcının sorumluluğu ile yarışabilecek TBK. m. 417³²⁹ hükmü zikredilmelidir. Bu hükümde işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle işçinin

³²⁵ BGE 40 II (1914) 144, 151.

³²⁶ Y. 4. HD. E. 2000/2062, K. 2000/4389, T. 04.05.2000

³²⁷ Y. 4. HD. E. 15408, K. 10168, T. 27. 12 1973, T. Uygur, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. II, Ankara, 2010, s. 2744.

³²⁸ İmre, s. 157.

³²⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun N. 6098, T. 11.01.2011, madde 417: “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.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde her işçi diğer işçinin veya işverenin müdahalelerine karşı korunmakta olup işverene karşı dava açabilir. TBK. m. 417'ye dayalı işverenin özen yükümlülüğü, detaylı bir koruma yükümlülüğünü içerir. İşverenin, işçinin kişilik hakkını koruma borcu, hizmet sözleşmesinden doğan yan edim yükümlülüğüdür³³⁰.

Dolayısıyla bu gibi durumlarda işverenin TBK m. 66/f.3 uyarınca organizasyon sorumluluğu kapsamında mı, yoksa TBK m. 417 kapsamında mı sorumlu olacağı belirlenmelidir³³¹.

b.Özen Yükümlülüğünün Sınırına İlişkin TBK. m. 66 ve m. 417 Arasındaki İlişki

TBK m. 417 çerçevesinde, işveren, işçinin kişilik değerlerine hukuka aykırı müdahaleden bizzat kaçınmak zorunda olduğu gibi, işçiyi, işyeri amirlerinin, birlikte çalıştığı işçilerin ve kendi yakınlarının haksız müdahalelerine karşı da korumak zorundadır³³². Bu bağlamda ortaya çıkan bir sorun adam çalıştıran özen yükümlülüğünü TBK. m. 66 çerçevesinde yerine getirdiğinde, bu yükümlülüğün aynı zamanda TBK m. 417 hükmünün öngördüğü işçiyi gözetme ve kişiliğini koruma borcu ile çelişip çelişmeyeceği, başka deyişle işverenin bu durumda, TBK m. 417 kapsamında işçiyi gözetme ve kişiliğini koruma borcunu ihlal edip etmeyeceğidir³³³.

³³⁰ Kılıçoğlu, s. 338, “Çalışanın iş kazası nedeniyle uğramış olduğu zarar, iş ilişkisi çalıştıran ile akdedilmiş olan bir sözleşmeye dayandığında, sorumluluk, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tayin edilecektir.”; F. Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015, s. 555; T. Kostkiewicz, OR, Art. 328, N. 2.

³³¹ M. Rehbindler, **Berner Kommentar zu den Artikeln 319- 330a OR**, Bern, 1985, Art. 328, N. 25. Ayrıca bkz. Waespi, 2005, s. 40. Ünlütepe, s. 422. Sorunun pratikteki önemi gerek haksız fiil gerekse sözleşme hukuku içerisinde temel yapısı itibarıyla ortak olan özen yükümlülüğünün, son zamanlarda ayırım yapılmaksızın incelenmek istenmesidir. Şöyle ki, borçlar hukukunda birçok kurumun, sözleşme ve sözleşme dışı ayırımıyla ele alınmasının artık tartışılır olması, özen yükümlülüğünün de bir çatı altında toplanmasını gündeme getirmiştir. Dolayısıyla TBK. m. 66 ve 417 arasındaki ilişki üzerine yapılan açıklamalar bu yönüyle değerlendirilmelidir.

³³² Eren, Borçlar Özel, s. 555.

³³³ Waespi, 2005, s. 43.

Adam çalıştırmanın çalışanı gözetim borcunun, işverenin işçinin kişiliğini koruma ve onun kişiliğine saygı gösterme borcu karşısında mümkün olup olmayacağı tartışılmalıdır. Çalışanın gözetlenmesi örneğin, küçük görünür kameralar, keylogger programı gibi birçok teknikle mümkündür. Ancak bu gözetimin sınırını belirlemek önem taşır. Bu sınır alanı gri bir bölgedir. Sözleşme sorumluluğu açısından bu gözetim, işçinin genel olarak kişisel değerlerinin ihlali açısından katlanılabilir olmalı ve yine işçilerin sağlık, vücut bütünlüğü hatta yaşam gibi daha da önemli diğer kişisel değerlerinin korunması için gerekli olmalıdır. Öğreti ve içtihatlarda işyerinin özellikle üretimin takibi açısından izlenmesi uygun bulunmaktadır (Video kamera ile). Ama izlemenin sürekli bir hal alması uygun değildir. Yani teknik izleme kontrolü halinde uygundur ve bu bağlamda elde edilen veriler belirli şartlar altında anonimleştirilmektedir. Tıpkı bilgi verilmek kaydıyla, işyerinde telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması durumunda olduğu gibi, bu türden izlemeler hukuka uygun kabul edilir. Nihayet adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamındaki gözetim de, sadece hizmet sözleşmesini ihlal etmeyecek oranda olduğu müddetçe makuldür. Bu çerçevede teknik imkanların kullanılması suretiyle gözetleme, işçiye karşı yeterli koruma önlemleri alınması kaydıyla, yani çok daha değerli bir kişisel değer korunmasıyla mümkündür³³⁴.

B. Adam Çalıştırmanın Kurtuluş Kanıtı Getirememesi

1. Genel Olarak

Bugün hâkim görüş, gerek öğreti gerekse yargı kararları gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğunu istisnai mahiyette olan kurtuluş kanıtı ile hafifletilmiş objektif özene dayanan olağan sebep sorumluluğu olarak nitelendirmektedir³³⁵.

İsviçre içtihatlarında hakim olan görüşe göre, kanunun adam çalıştırana verdiği kurtuluş kanıtı imkanı, kusursuzluğun ispatı değildir. Oftinger'in dediği gibi,

³³⁴ Waespi, 2005, s. 44-45.

³³⁵ İmre, s. 148; Honsell/Vogt, Art. 55, Nr. 14; Fikentscher, Nr. 1307; Koch, s. 41; Honsell/Isenring/Kessler, s. 150; Gnos, s. 126. Y. 3. HD. E. 2013/ 17802/ K. 2014/2898, T. 26.02.2014, “Somut olayda, davalının çalışanın seçiminde, talimat vermede ve denetlemede gerekli özeni göstermediği, gereken tedbirleri almadığı açıktır. O halde, davalı E. Ö. BK'nun 55 inci maddesi doğrultusunda bir kurtuluş kanıtı ve delili getirmemiş olup, çalışanın diğer davalı A. A.'nın eyleminden sorumludur.”

bu konuda “Un schuld- kusursuzluk” ile “Unsorgfalt- objektif özensizlik” arasında bir ayırım yapmak lazımdır³³⁶. Burada tetkik edilen, adam çalıştırmanın, kendisine yüklenen yükümlülükleri, dikkatli ve özenli olarak yerine getirip getirmediğidir. Kendisine kusur yüklenip yüklenemeyeceği ise, tetkik konusu değildir. Federal Mahkeme de dikkate değer bir kararında, “Adam çalıştırmanın bir kusur veya ihmali ika ettiklerini aramaya gerek yoktur. Kanunun onların uhdesine verdiği kurtuluş kanıtı (Entlastungsbeweis veya Befreiungsbeweis)³³⁷ onlar tarafından getirilecek bir kusursuzluk kanıtı olmayıp, böyle bir halde zaruri olan, zararı önlemek için gereken tüm tedbirlerin alınmış olmasıdır” denilmektedir³³⁸. Ancak objektif özen ödevine dayalı sebep sorumluluğu kusur sorumluluğu ile iç içedir. Sorumlu kişiye isnat edilen özensizlik, çoğunlukla kusur da sayılabilir. Özellikle ihmalin objektifleştirilmesi, objektif özene dayalı sorumluluğun kusur sorumluluğuna çok yaklaşmasına neden olmuştur. Hatta buna paralel olarak öğretide bazı yazarlar sorumluluğu ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu olarak ele almışlardır. Çalışmamızın birinci bölümünde sorumluluğun dayanağına ilişkin açıklamalara yer verildiği için burada yinelemeyeceğiz. Fakat objektif özen sorumluluğu, objektif kusura ne kadar yakınlaşırsa yakınlaşırsın, bir kusur sorumluluğu olarak nitelemek mümkün değildir. Zira adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne aykırılığı, kusur derecesine ulaşmamış olmasa, ayırt etme gücüne sahip bulunmasa, beklenmedik hal yüzünden objektif özen yükümünü yerine getirmese bile sorumluluğa neden olur. Hatta kendi kusuru olmasa da çalışanın özen yükümlülüğü ihlali dolayısı ile sorumlu olacaktır³³⁹.

İşte adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirdiğine dair kurtuluş kanıtını ispatla yükümlüdür³⁴⁰. Karine olarak, zarar gören kişi, sorumluluk doğuran olgunun varlığını ispat ederse, adam çalıştırmanın özensiz olarak hareket etmiştir. Zira sorumluluğa ilişkin olguların varlığı halinde, zararın adam çalıştırmanın objektif özen

³³⁶ Oftinger, s. 114.

³³⁷ Entlastungsbeweis nedensellik bağımlı kesen üst bir kavramken, Befreiungsbeweis alt kavramdır.

³³⁸ BGE 39 II 536, İmre, s. 149; Jaun, s. 381.

³³⁹ Oftinger, s. 148,149; Antalya, s. 545.

³⁴⁰ Brehm, Art. 55, Nr. 36a; Rey, s. 212-213.

yükümlülüğünün ihlalden kaynaklandığı yönünde aksi ispat edilebilir adi bir karine mevcuttur³⁴¹.

2. Objektif Özen Yükümlülüğü Kavramı

a. Genel Olarak

Kusur kavramının belirlenmesinde temel olarak iki teoriye başvurulmaktadır. Sübjektif kusur teorisi olarak adlandırılan ilk teori, failin psikolojik ve fikri şartlarına göre bir değerlendirmeyi uygun bulmaktadır. Bir davranışın faile kusur olarak yükletilebilmesi, onun kişisel şartları eğitimi, fiziki ve düşünsel beceri ve yeteneklerini inceleyerek, bu unsurlardan soyutlanmaksızın ortaya konulur. Böylece sübjektif teoriye göre kusur, faildeki bir irade eksikliği olarak ifade edilebilir³⁴². Ardından ise, 19. yy'dan itibaren, sübjektif kusur teorisine cevap olarak gelişen objektif kusur teorisi ortaya çıkmıştır³⁴³. Çünkü tamamıyla spiritüalist bir kavram olarak kusur kavramını ele alan sübjektif teori, hakimden kusurlu davranışın tayini için irade okuyuculuğu yapmasını beklemektedir. Oysaki, bir kişinin gerçek niyetini tespit etmek neredeyse mümkün olamayacak bir durumdur. Böylece objektif teori önemli bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır³⁴⁴. Ana hatlarıyla Pandekt Hukuku'nun devamı niteliğinde olan bu teori, sosyal ahlak ideali olan "bonus pater familias"dan objektif biçimde farazi bir davranış modeline dönüşmüştür. Dolayısıyla bir davranışın kusurlu olup olmadığı, farazi bir tipin, somut davranışla karşılaştırılmasıyla belirlenecektir. Failin eğitim düzeyine, mesleki, yaş ve cinsiyet grubuna uygun dürüst ortalama bir insan tipinin karşılaştırılması neticesinde belirlenir. Failin davranışı bu ortalama kişinin davranışına uymayıp, ondan sapıyorsa söz konusu kişiyi kusurlu olarak addetmek gerekmektedir³⁴⁵.

Bu itibarla, adam çalıştırmanın sorumluluğuna baktığımızda, bu sorumluluğun objektif özene dayanan olağan sebep sorumluluğu olduğu söylenmelidir. 6098 Sayılı

³⁴¹ Eren, s. 627; Keller/Gabi, s. 162; Tandoğan, (1981), s. 65; Oftinger, s. 150; Antalya, s. 558.

³⁴² Eren, s. 570; Nomer, s. 25.

³⁴³ T. Kadner-Graziano, **Haftung (en) ohne verschulden- die yransnationale perspektive, Responsibilities objektives**, Schultess Verlag 2003, s. 83.

³⁴⁴ Nomer, s. 26- 28.

³⁴⁵ Jaun, s.197; Eren, s. 570- 571.

Kanun’la beraber, adam çalıştırmanın sorumluluğu “özen sorumluluğu” başlığı altında ele alınarak düzenlenmiştir. Yani kusura dayanmayan bir sorumluluk söz konusudur. Kanaatimizce bu değişiklik, sorumluluğun esasına dair tartışmalara son vermek açısından yerinde olmuştur. Öte yandan özen yükümlülüğü, olağan sebep sorumluluğunun açıklanması ve hatta oluşumu için çok büyük öneme sahiptir. Zaten kusur sorumluluğunda dahi, kusurun alt türleri olan kast ve ihmal kavramları arasında, ihmalle gerçekleştirilen haksız fiillere daha sık rastlanır³⁴⁶. İhmalin varlığını tespit etmekte, yine özen kavramı ile mümkündür. İhmalin objektif biçimiyle değerlendirilmesi durumunda ise, özen yükümlülüğünün önemi çok daha aşikardır. Zira haksız fiilde tazminatın bağlantı noktası özen yükümlülüğü kavramıdır³⁴⁷. Gerçekten genel bir tanımlamayla objektif ihmal, hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için yeter derecede iradesini kullanmamak, hal ve şartların gerektiği dikkat ve özeni göstermemektir³⁴⁸. Burada fail davranışının hukuka aykırılığının bilincinde olmayıp, işlem hayatının gerekli kıldığı biçimde özenli davranmadığı için sorumlu olmaktadır³⁴⁹. Yani bu özeni göstermiş olsaydı, hukuka aykırılığı anlayabilecek ve engelleyebilecekti³⁵⁰. Özellikle burada var olan özen yükümlülüğü ihlalleri, hukuka aykırılık kavramı ile birlikte anılmaktadır. Her iki kavramın kesişme noktası, yazılı olmayan davranış kurallarına aykırılık hallerinde görülür. Hukuka aykırılıktan bahsetmek için mutlaka yazılı hukuk kurallarına aykırılık gerekli değildir. Yazılı olmayan davranış kuralları içerisinde, içtihatlarca geliştirilen özen kurallarına (Sorgfaltregeln) aykırılık da önem taşır. Özen yükümlülükleri haksız fiil hukukunun yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. Ancak öğretide ileri sürülen bir başka görüş uyarınca, yalnızca mutlak bir hakkın ihlali hukuka aykırılığın göstergesidir, özen yükümlülüğü ihlalleri kusurun tespitinde

³⁴⁶ E. Deutsch, Çev. Ertaş, Sorumluluk Hukukunun Temel Kavramları, **DEÜHFD**, 1983, s. 251; S. Sarıyar, Özel Hukukta Kusurun ve Ağırılığının Belirlenmesi, İstanbul, 2008, (<http://www.hubyar.eu/SiteFiles/makaleler/kusurun%20tanimi%20ve%20oznelligi.pdf>), s. 6; F. Werro, Bemerkungen zu VE 49 und VE 49a, **ZSR**, 122 (2003) II, s. 345.

³⁴⁷ Werro, s. 345.

³⁴⁸ Tiryaki, s. 270; Sarıyar, s. 6; Deutsch, Çev. Ertaş, BGH. LM. § 823 Nr. 1, “Davalı kanalizasyon tertibatı olmayan bir evin sahibidir. Kaldırımların altından caddeye sızan sıcak kanalizasyon sularının akıntı olmaması nedeniyle kar ve buzların altında meydana gelen boşluğun davalıyı yaralaması, BGH uyarınca çevre sakinlerin ihmali olarak görülmemiştir. Zira onların böyle bir özen yükümlülükleri yoktur”.

³⁴⁹ Atamer, s. 97; Jaun, s. 198.

³⁵⁰ Atamer, s. 20.

dikkate alınmalıdır³⁵¹. Diğer yandan özen yükümlülüğü kavramı, sözleşme hukukunda koruma yükümlerinin ihlalinde de dikkate alınır. Koruma yükümleri dürüstlük kuralına dayanan, kişilerin kişi ve malvarlığı değerlerinden oluşan bütünlük menfaatini koruyan, edim yükümlerinden bağımsız yükümlerdir. Sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen kişilerin, birbirlerine zarar vermemek için göstermesi gerekli her türlü özeni ifade eder. Alman hukukunda “özen gösterme yükümü” (Sorgfaltpflichten) olarak anılır. Her iki sorumluluk şeklinde haksız fiil olsun, sözleşme olsun özen yükümlülükleri arasında fark bulunmaz. Zaten koruma yükümleri için bir sözleşmenin kurulmuş olmasına da gerek yoktur, sosyal temas yeterlidir. Haksız fiil hukukundaki özen yükümleri gibi, sözleşmeden bağımsız olarak tehlike kaynağı için sorumluluk olarak algılanmaktadır. Bu durum da iki sorumluluk türü için paralellik sağlar³⁵².

Karşılaştırmalı hukuk açısından da özen yükümlülüğü kavramının ele alınışına değinmek gerekir ise, özen yükümlülüğü kavramı Anglo- Amerikan Hukukunda çok daha büyük önemi haizdir. Öyle ki, İngiliz Hukukunda ihmalle işlenen haksız fiiller özen yükümlülüğü üzerine kurulmuştur³⁵³. Benzer biçimde Avrupa Medeni Kanunu çalışmaları kapsamında hazırlanan DFCR ihmali tanımlarken, özen kavramına dayanmıştır: “Bir kimse, (a) zarara katlanacak kişinin bu zarardan korunmasını amaçlayan bir kanun hükmünün gerektirdiği özen ölçüsünü sağlamayan veya (b) aksi halde olayın şartlarından makul dikkate sahip bir kişiden

³⁵¹ Tiryaki, s. 269; P. Hay, US- Amerikanisches Recht, C. H. Beck Manz, Wien, 2008, s. 128- 129.

³⁵² Tiryaki, s. 274; H. Landolt, Sturzproblematik aus Juristischer Sicht, **Pflegerecht-Pflegewissenschaft**, 2013, s. 25-26.

³⁵³ M. Bussani/ F. Werro, **European Private Law**, A. Handbook, Staempfli Publishers, Berne, 2009, s. 308; “İngiliz Hukukuna göre ihmale dayanan haksız fiilin şartları, özen yükümü (duty of care-reasonable care) ve ihlali, nedensellik bağı ve zarardır. Özen yükümlülüğü ihmalle gerçekleşen zararların tazminini sınırlamak için kullanılır. Böylece bir kimsenin bir başkasına karşı sorumluluğunun doğabilmesi için, zarar verdiği kişiye karşı kendisine yüklenen bir özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması gerekir. Özen yükümlülüğünün tespitinde, “neighbour test” adı verilen kurallar geliştirilmiştir. Yapılan test sonucunda birçok ihmal çeşidi hukuk düzenine girdi;örneğin elektrik sağlayıcısı bir işletmenin, elektrik direğinin çevresindeki çocukların güvenliğini sağlaması ya da okul yöneticilerinin servis şoförü gözetimindeki çocukların tehlikeye atılmamasını sağlama, servisin kilitli olması gereken kapısının kontrol edilmesi yükümlülüğü vardır. İki aşamalı testle öncelikle taraflar arasındaki ilişki tespit edilmekte ve bir tarafın diğer tarafa zarar verme riski makul bir biçimde öngörülüyorsa, taraflar arasında özen gösterme yükümü olduğu kabul edilmektedir. İkinci aşamada ise, olumsuz olarak ele alınabilecek bir politikanın ve sorumluluğu sınırlandıran bir durumun olup olmadığı incelenir. Dolayısıyla özen yükümlülüğü öngörülebilirlik, yakınlık ve böyle bir yükümlülüğün makul olup olmadığı kapsamında incelenir.”, S. Ö. Merhacı, **Comman Law Haksız Filler Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Filler**, ABD, Y.2012, s. 184 vd..

beklenmeyecek bir özen derecesini karşılamayan bir eylemle zarar verdiği hallerde, hukuken ilgili zarara ihmalle sebep olur”. Buna karşılık Avrupa’da milli düzenlemeler farklılık arz eder. Fransız Hukukunda özen yükümlülüğünün işlevi yoktur, ihmali tespit dikkatli davranmama veya “iyi aile babası” olmamasına bağlanmıştır. Yukarıda değinildiği üzere ise Türk- İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinde ise, özen yükümlülüğü doğrudan olmayan zararların tazmini ve ihmalden doğan sorumluluğu genişletmek amacıyla kullanılır. Dolayısıyla hukuka aykırılık bağı ve kusur kavramı kapsamında değerlendirilen bir özen yükümlülüğü ihlali söz konusudur³⁵⁴. İhmal tanımına yer verilen BGB § 276’da kavramın gelişimi iki karakteristik özelliğe sahiptir. Bunlardan ilki objektif biçimde tasarlanmış farazi bir kişinin, model alınarak, davranışı sorgulanan kişiyle karşılaştırılmasıyla kavramın içeriğinin belirlenmesidir³⁵⁵. Yani tasarlanan makul kişinin davranışı, bir nevi özen yükümlülüğünün içeriğini oluşturmaktadır. Diğer özellik ise, iki ögeli bir kavramın geliştirilmiş olmasıdır. İç özenin ve dış özenin ayırt edilmiş olmasıdır. Dışsal özen önlenebilirliği, içsel özen ise öngörülebilirliği tarif etmektedir. Ancak Türk ve İsviçre Hukukları açısından bu ayırım pek taraftar bulmamaktadır³⁵⁶. Bu ayırım dışında ise temelde, Alman Hukukundan ayrılan bir durum yoktur.

Kavram olarak tanımlanır ise, özen yükümlülüğü öngörülebilir ve önlenebilir bir hak ihlalinin kaçınmak için, söz konusu kişinin kendisinden objektif olarak beklenebilecek olan tüm tedbirleri alması ve gerekli dikkati göstermesi yükümlülüğüdür³⁵⁷. Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün niteliği objektiftir. Burada adam çalıştırmanın durumun özelliklerine uygun göstermesi gerekli özen, onun mesleki bilgi ve becerisi, kişisel durumu dikkate alınarak değerlendirilmez. Aksine makul ve dikkatli bir adam tipi olan Roma Hukukundaki “iyi bir aile babası”nın (bonus paterfamilias) soyut tasavvuru dikkate alınır³⁵⁸. Failin fiili bu makul ve

³⁵⁴ Merhacı, s. 202; Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca özen yükümlülüğü daha ziyade kusurla bağlantılı olarak ele alınmalıdır.Bkz., Kırca, s. 179.

³⁵⁵ Nater, s. 28.

³⁵⁶ Bu ayırım İsviçre Hukuku’nda yalnızca Oftinger/Stark tarafından kabul edilmektedir. Bkz. Jaun, s.199.

³⁵⁷ Tiryaki, s. 271; Sarıyar, s. 6-7; Deutsch, Çev. Ertas, s. 251.

³⁵⁸ Werro, s. 347; Jaun, s. 197; Honsell, Art. 55, Nr. 11.

dikkatli tasavvur edilen standart farazi kişinin³⁵⁹ aynı halde yapacağı davranışa kıyasla uygun değilse özen yükümlülüğü ihlal edilmiştir. Böylece özenin değerlendirilmesi için, failin sübjektif maksadını bulmak için objektif ölçütler tatbik edilir³⁶⁰. Dolayısıyla adam çalıştırmanın ayırt etme gücünden yoksun olması veya başkaca sübjektif mazur görülecek ya da beklenmedik hal niteliğindeki durumlar sorumluluğun değerlendirilmesinde göz önüne alınmaz³⁶¹.

Özenin ölçüsü objektif olmakla beraber, adam çalıştırmanın göstereceği özenin tespiti, soyut durum ve şartlara göre değil, somut durum ve şartlar gereği gösterilmesi gereken özen ölçüsüyle yapılmalıdır³⁶². Kişinin özen ölçüsü, tehlikenin bertaraf etmesini bertaraf edecek kadar bir özen demek değildir; özenin derecesi, işin önemi ve tehlikeliliğine bağlı olarak değişecektir³⁶³. Kural olarak tekniğin ilerlemesine paralel özen derecesi yeterli kabul edilir. Alışılmış seviyedeki özen bu sebeple yeterli iken, her zaman bu prensibin kabulü mümkün değildir. Zira somut olayın tehlikeliliği, daha yoğun bir özen derecesini aramaktadır³⁶⁴. Bu hususta adam çalıştırmanın gerekli olan tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Ancak alınan tedbirin ekonomik açıdan makul olması, yani oluşacak zarar karşısında adam çalıştırmanın kendisinden beklenmeyecek şekilde nispetsiz masraflara sebep olmaması

³⁵⁹ “Hakikatte böyle farazi bir kişi yoktur. Bu zamana, mekana, hakime göre değişiklik gösterir. Hakim failin kişisel nitelik ve eksikliklerine göre, özensizliğin bulunup bulunmadığını takdir edecek, bunu hayat tecrübeleri, kişisel bilgi ve yapısına göre gerçekleştirecektir.”, ayrıntılı bilgi için Bkz. İmre, s. 34; Jaun, s. 197-199.

³⁶⁰ İmre, s. 28; Sarıyar, s. 7; Jaun, s. 197; Honsell, Art. 55, Nr. 11.

³⁶¹ Antalya, s. 558; İmre, s. 32.

³⁶²“ Hatta bazı hallerde, özel ve teknik bilgi gerekli ise çalışanların da eğitiminden adam çalıştırmanın sorumludur.”, Bkz. Furrer/Müller-Chen, s. 344; Jaun, s. 200; Brehm, Art. 55, Nr. 46; Nater, s. 19; Müller, s. 365.

³⁶³ Örneğin, lehim lambasının kullanımı basit bir iştir ve özel talimat gerekmez, (BGE 49 II 89). Vinç işletmesi tehlikeli bir işleme olduğundan, özel talimatlar gerekir, (BGE 77 II 308). Adam çalıştırmanın kar yağdığında, kar küreme ya da tuzlama gibi talimatlar vermesi yeterli bulunur, (PKG 1975, Nr. 5). Adam çalıştırmanın vinç tesisatçısına birlikte çalıştığı firmanın işçilerin davranışlarına dikkat etmesi talimatı vermesi gerekli bulunmuştur, BGE 96 II 27), Furrer/Müller-Chen, s. 344; Sarıyar, s. 8; Deutsch, Çev. Ertaş, s. 251, BGHZ. 8, 138: “Yeterli derecede koruma tedbiri alınmayan ameliyat iğnesiyle çalışan bir diş hekiminin elinden kayan iğne hasta tarafından yutulması üzerine, mahkemece diş doktorlarının büyük çoğunluğunun bu tarz çalıştığı tespit edilmiş olmasına rağmen, diş hekimi tazminata mahkûm edilmiştir. BGH’ye göre mutad olan özen değil, gerekli olan ölçüde özen gösterilmelidir. Bu gerekli özenin icabı olarak ağız boşluğu içinde küçük ameliyat araçlarıyla çalışan doktorun, gerekli koruma tedbirlerini almamış olması kendisi için kusur teşkil eder”.

³⁶⁴ BGE, 47 II 425/428; BGE 131 III 115/117; Brehm, Art. 55, Nr. 46.

önemlidir³⁶⁵. Dolayısıyla objektif özenin belirlenmesinin net bir kurala bağlanamaması ve zaten gerçekte bunun imkansız olması sebebiyle, bu bölümde öncelikle objektif özen kavramı ve bu kavramdan ayırt edilmesi gereken kavramları inceleyip, sonrasında ise öğretide objektif özen ölçüsünü belirlemek adına öğretideki görüşleri ele alacağız. Nihayet son olarak da yaptığımız tüm açıklamaların bir özeti biçiminde, özen ölçütü için ele alınması gereken unsurları kendi kanaatimiz doğrultusunda değerlendirmesini yaparak bu bölümü sonlandıracağız.

b. Objektif Özen Yükümlülüğünün Ana Hatlarının Çizilmesi

Objektif özen yükümlülüğü kavramıyla yukarıda yapılan açıklamalara uygun olarak, kavramın ana hatlarını şu biçimde belirlemek mümkündür. Yapmış olduğumuz bu değerlendirmelerin amacı, kavrama ilişkin önemli unsurları bir başlık altında toplayıp, kavrama ait ana hatların belirlenmesidir.

Öncelikle, zarar veren davranışın karşılaştırıldığı farazi tip, failin kişiselliğinden müstesna objektif öğelerle çevrelenmiş biçimde tasarlanmaktadır³⁶⁶. Fakat burada meslek, cinsiyet, yaş ve hayat seviyesi dikkate alınarak bu farazi kişi oluşturulmakta, objektiflik kişinin dahil olduğu toplumsal statüye uygun olarak incelenmektedir³⁶⁷. Buraya kadar söylemiş olduklarımızı, zaten daha öncede muhtelif defalar ifade etmiş bulunuyoruz. Önemle vurgulanması gereken bu ölçünün mutlaka vasati bir yapıda olması, ortalama bir özen yükümlülüğünün bekleniyor olmasıdır. Başka bir deyişle hiç kimseden özen yükümlülüğü kapsamında, olağanüstü bir dikkat, en üst seviyede ihtimam beklenmemekte, gerçekte de böylesi bir beklenti mantıklı gözükmemektedir. Bu sebeple şöförlük mesleğini icra eden bir kişinin genel şöförlük bilgi ve tecrübesinin altında gösterdiği özen eksiktir. Ayrıca burada şöförün hasta olması, ailesel problemlerinin olması gibi subjektif durumlar göz önünde bulundurulmayacaktır³⁶⁸. Failin subjektif özellikleriyle ilgili olarak objektif teori içerisinde dikkate değer kabul edilen tek husus, ayırt etme gücüne sahip olup olmamasıdır. Aksi halde, sorumluluğun ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişiye

³⁶⁵ Antalya, s. 560; İmre, s. 35.

³⁶⁶ Oftinger, s. 159; Gnos, s. 126.

³⁶⁷ Nater, s. 23; Nomer, s. 32.

³⁶⁸ Nomer, s. 32; Landolt, s. 26.

yükletilmesi kusur sorumluluğu söz konusu olduğunda mümkün değildir. Ancak söz konusu olan sebep sorumluluğu olduğunda ise, objektif teori içerisinde kusurun subjektif yönüne hiç bakılmayacaktır³⁶⁹. Dolayısıyla özen yükümlülüğü kavramı içerisinde, objektiflik daha yoğundur. Bu sebeplerle de, daha yoğun bir sorumluluktan bahsedildiği kabul edilmektedir.

Öte yandan özen yükümlülüğünün tespitinde, yararlandığımız gerçekte var olmayan farazi kişinin nitelikleri, zamana, mekana, olayın özelliklerine (tehlikelilik) ve hükmü verecek hakime göre değişmektedir³⁷⁰. Dolayısıyla her durumda, değişmez, standart bir özen yükümlülüğünden ziyade, somut durumun özelliklerine göre değerlendirilen daima dinamik, değişken, belirli olay ve kişi grupları içerisinde eş değer, ancak hiçbir zaman tek tip olmayan bir özen yükümlülüğünden bahsetmekteyiz³⁷¹. Çünkü ayırt etme gücüne sahip olmamak ve mükemmel biçimde dikkat ve özen durumu arasında, sayısız derecede farklılık teşkil eden özenlilik halleri mevcuttur ve her olay ve kişiye göre değişiklik gösterecektir³⁷². Bu noktada Türk - İsviçre Hukuku açısından önem arz eden husus ise, zararın önceden öngörülebilir olmasıdır. Zararın öngörülebilirliği ile davranışın hukuka aykırı olduğunu bilmeyen, fakat kendi meslek yaş, cinsiyet grubunda bir kişinin göstermesi gereken makul derecede dikkati göstermiş olsaydı, hukuka aykırılığı fark edip, bu zararı önleyebilecek nitelikte bir yükümlülüğünden bahsedilmektedir³⁷³.

c.Objektif Özen ve Hukuka Aykırılığın Ayırt Edilmesi

aa)Genel Olarak

Özen yükümlülüğü ve hukuka aykırılık kavramlarının a priori³⁷⁴ olarak aynı düzlemde yer aldığı söylenemez. Özen yükümlülüğü kusurun objektif tarafında yer alır ve davranış kusuru (Verhaltensmangel) olarak belirtilebilir. Diğer taraftan ise,

³⁶⁹ Eren, s. 572.

³⁷⁰ Eren, s. 628; Tandoğan, (1881), s. 66.

³⁷¹ Nomer, s. 34.

³⁷² Nater, s. 24-27.

³⁷³ Nomer, s. 33; Atamer, s. 31; Landolt, s. 26.

³⁷⁴ Deneyden ve tecrübeden bağımsız olarak, başından ve peşinen doğru olan, doğru kabul edilen önerme yahut bilgi.

hukuka aykırılık hukuk normunun ihlal edilip edilmediğini inceler. Bu bağlamda özen yükümlülüğüne aykırı davranış, doğrudan geleneksel manada hukuka aykırılık olarak nitelenemez³⁷⁵.

Ancak her ne kadar hukuka aykırılık objektif, özen yükümlülüğü ise nispeten sübjektif tarafta olsa da, bir taraftan hukuka aykırılığa saf objektif kriterlerle karar vermek, diğer taraftan ise özen yükümlülüğüne saf sübjektif kriterlerle karar vermek mümkün değildir³⁷⁶. Zira hukuk uygulaması ve öğreti görüşleri göstermiştir ki, özen yükümlülüğü ve hukuka aykırılık arasında açıkça bir ayırım yapmak çok da kolay değildir, aralarında bir karışma eğilimi vardır³⁷⁷. Bu problem özellikle TBK. m. 49 anlamında kusurun objektifleştirilmesi düşüncesinin var olmasından beri güncelliğini korumakta; ayrıca birazdan değinilecek olan hukuka aykırılığı açıklamaya yönelik yaklaşımların giderek her iki kavramın arasındaki sınırı belirsizleştirmesi de bir sebep olarak gösterilmektedir³⁷⁸. Gerçekten de özen yükümlülüğü, bir önceki bölümde de açıkladığımız üzere, bir toplumda bireylerin birlikte yaşamaları için gerekli olan asgari düzeydeki makul şartlara uygun davranma yükümlülüğü olarak ifade edilebilir. Bu yükümlülük kanaatimizce hem kusur sorumluluğu hem de olağan sebep sorumluluğu içerisinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda makul kişi somut olayın şartları altında, zarar meydana gelebileceğini öngörebiliyor ve somut olayda zarar veren kişiye göre daha özenli davranıyorsa zarara sebebiyet veren özen yükümlülüğünü ihlal etmiş, yani objektif olarak kusurlu davranmıştır. Ama temelde TBK. m. 66'daki özen yükümlülüğü TBK m. 49'daki kusurun incelenmesindeki özenden doğasına göre ayrılmaz, aksine daha çok katılığına göre ayrılır. Gerek kusurun sorumluluğunda gerek özen sorumluluğunda araştırma kriterleri özen derecesinin zorluğu ile ilgilidir. Çünkü kusur sorumluluğunda “ortalama davranış” ile karşılaştırıldığı zaman hareketin daha özenli olması isteği açıktır. İşte bu minvalde farazi karşılaştırılan davranış, hem TBK m. 49'a göre kusur sorumluluğunda, hem de TBK. m. 66'ya göre özen alanında özde statik ve saf psikolojik bir kavram değil, aksine normatif ve değerlendirici bir

³⁷⁵ Waespi, s. 323.

³⁷⁶ Werro, s. 346; Fellmann, s. 886.

³⁷⁷ Werro, s.346; Jaun, s. 391; Rey, s. 157.

³⁷⁸ Waespi, s. 323; Werro, s. 346; Oftinger, s. 257.

kavramdır³⁷⁹. Nihayet temelde özen yükümlülüğünün ne derece objektifleştirileceği kararı, önünde sonunda mahkemeye bırakılacaktır³⁸⁰. Bu sebeple hala esnektir³⁸¹.

Öbür taraftan az önce de ifade ettiğimiz gibi, hukuka aykırılık daha objektif bir niteliği haizdir. Yukarıda görüldüğü üzere özen/kusur ne kadar objektif olursa olsun yine de davranışın değerlendirilmesinde fail ön plandadır. Oysa hukuka aykırılık tamamen objektif ve normatif esaslara göre değerlendirilir³⁸². Şöyleki, hukuka aykırılık Türk- İsviçre Hukukunda iki teori üzerinden açıklama bulmuştur. Hakim görüş olarak kabul edilen objektif terori³⁸³, hukuka aykırılığı hukuk düzeninin yazılı veya yazılı olmayan emir ve yasaklarını ihlal eden davranışlar olarak ifade etmiştir. Objektif terorinin hakim teori olarak kabul edilmesi bir yana, İsviçre Hukukunda tarihi gelişimine tezat bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Gerçekten de İsviçre Borçlar Kanununun yapım süresince yürütülen tartışmalarda ve 1881 Tarihli Borçlar Kanununda açıkça tasarının temel kaynağı olarak Fransız MK Art 1382 belirtilmiştir. Hukuka aykırılığın varlığı, zarar verenin, zarara uğrayan kişinin hukuki menfaatlerine, hukuki olarak bir yetki olmaksızın müdahalede bulunmasıyla belirlenmiş; yani sübjektif teori tercih edilmiştir³⁸⁴. Hatta OR Art. 41'in Fransızca metninde "sans Droit" (hakkı olmaksızın) ifadesinin kullanıldığı göz ardı edilmemelidir³⁸⁵. Dolayısıyla Fransız Hukukunun etkisinin görüldüğü, diğer deyişle sübjektif teoriye ilişkin esintilerin var olduğu bir mantıkla tasarlanmış kanun hükmüne rağmen, Alman Hukukunun etkisiyle objektif teori yönünde gelişim kaydetmiştir. Hal böyle olunca da kusur ve hukuk aykırılık kavramları arasındaki sınır gitgide belirsizleşmiştir. Çünkü temelde kusur kavramının haksız fiil hukukunun merkezinde oturtulması istenirken, kusur kavramı giderek silikleşmiş ve hukuka aykırılık kavramı içinde adeta kaybolmuştur. Bu sebeple çalışmamızda

³⁷⁹ Waespi, 2005, s. 324.

³⁸⁰ Waespi, 2005, s. 324; Jaun, s. 200.

³⁸¹ Waespi, 324.

³⁸² Jaag, Nr. 99.

³⁸³ Schwenzer, N. 50.04; Werro, s. 358; Wüdmer/Wessner, s. 95; P. Çağlayan- Aksoy, Hukuka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 2016, İstanbul, s. 157; Fellmann, s. 885; R. G. Briner, Haftung Der Internet- Provider für Dritter, Zeitschrift Für Immaterialgüter, Informations und Wettbewerbsrecht, 2006, s. 388.

³⁸⁴ Schwenzer, s. 50. 04; Brehm, Art. 41, N. 33; Rey, s. 67; Çağlayan- Aksoy, s. 217.

³⁸⁵ Winiger, s. 268; Çağlayan- Aksoy, s. 158.

hukuka aykırılığı tanımlayan teoriler üzerinden yapılan mevcut tanımlar bakımından hukuka aykırılık ve özen yükümlülüğü ayrımı yapılacak ve bu kapsamda yaşanan sorunlar ele alınacaktır. Ayrıca son dönemlerde hukuka aykırılığa ilişkin yeni fikirler ve hukuki düzenlemelerde ele alınacaktır.

bb) Hukuk Uygulamasında Özen Yükümlülüğü ve Hukuka Aykırılığın Ayrımına İlişkin Sorunlar

aaa. Mutlak Hakların İhlali ve Özen Yükümlülüğü İhlali Arasındaki Kademeli Fark

Hukuka aykırılığı objektif teori üzerinden açıklamaya çalışan görüşler, mutlak haklar açısından herhangi bir sorun yaşamaz. Çünkü hukuka aykırılık mutlak hakların ihlali açısından, hukuk düzenine ve kurallarına aykırı olmasıdır. Dolayısıyla hukuka aykırılık kavramı, objektif teoriye göre mutlak hakları kapsayan bir niteliğe sahiptir, herhangi hukuki boşluk söz konusu değildir. Bununla birlikte mutlak haklar bağlamında, hukuka aykırılık kavramının anlamı açısından yapılan tartışma, sonucun mu yoksa davranışın mı hukuka aykırılığının kabul edileceği merkezlidir³⁸⁶. Sonucun hukuka aykırılığının kabul edilmesi ise bazı sakıncalar doğurabileceği ve sorumluluğu çok genişleteceği, sınırlanamayacağı kaygısıyla eleştirilmektedir. Zira sonucun hukuka aykırılığı görüşünden yola çıkanlar için fark etmeksizin hukuka aykırılık vardır. Oysaki hukuk düzeninin amacı davranışların biçimini düzenlemektir, yoksa çıkan sonucu yasaklama amacıyla hareket etmez³⁸⁷. Hukuk düzeni yalnızca hukuki değerlere karşı yapılan kasıtlı ihlalleri yasaklayabilir ya da hukuki değerlerin ihlal edilmesini engellemek için gerekli olan özenin gösterilmesini öngörebilir. Bu sebeple hukuki bağlamda korunmaya değer görülen menfaatler, yazılı ya da yazılı olmayan davranış kuralları neticesinde korunmakta ve bu menfaatlere yönelik ihlaller yasaklanmakta ve belirlenen davranış kuralları ile özen yükümlülüğünün ölçüsü düzenlenmektedir. Ama burada arzulanan durum, oluşabilecek sonuçtan ziyade, davranışları düzenlemektir.

³⁸⁶ Jaag, Nr. 101.

³⁸⁷ Antalya, s. 432; Jaun, s. 394; Sobotisch, s. 65.

Öbür taraftan mutlak haklar bakımından, hukuka aykırılık ve özen yükümlülüğü kavramları arasındaki ayırımı gelirsek, Türk- İsviçre hukukunda hakim görüş davranışın hukuka aykırılığından yola çıkmaktadır (Verhaltenunrecht)³⁸⁸. Dolayısıyla mutlak haklar bakımından hukuka aykırılık, temel koruma normlarına aykırılığı, yani yasaklayıcı hükümleri ve ihmal yoluyla oluşabilecek ihlaller açısından da gereken özeni ifade eder³⁸⁹. Her iki kavramın kaynaşması bu noktada meydana gelmektedir. Özellikle de haksız fiil açısından hukuki değerlerin ihmal suretiyle ihlal edilmesi, yani gerekli özenin gösterilmemesi çok daha sık karşılaşılabilen bir ihlal durumu olduğu için, bazı yazarlar tarafından özensiz davranış hukuka aykırılık olarak nitelenmektedir. Schmidt; hukuka aykırılık= objektif özen yükümüne aykırılık= ihmal+ isnad edilebilirlik biçiminde oluşturduğu denklemde bunu açıkça ortaya koymuştur³⁹⁰. Ancak bu yaklaşım çokça eleştirilmiş olup, devam eden bölümlerde ayrıntılı inceleneceği için ihtirazi kayıt koymakla yetiniyoruz.

Kanaatimizce hukuka aykırılığı belirleyebilmek adına kullanılan davranış kurallarının içerisinde hukuki bağlamda öngörülen davranış biçimlerini oluşturan özen yükümlülüğünü doğrudan doğruya hukuka aykırılık olarak belirlemek bizi doğru sonuca götürmez. Hukuka aykırılık korunan menfaatlere ilişkin davranış normlarına yapılan ihlal sonucunu ifade eder. Bununla birlikte özen yükümlülüğü kavramı, kusur öğesine daha yakın bir değerlendirme kriterini içerir. “Verhaltenunrecht” davranışın hukuka aykırılığı, daha esnek bir biçimde görülür. Bu kabul ediş davranış standartlarına atıf yapan ECTIL e de uyar³⁹¹. Bruggemeier’de benzer şekilde davranış ve sonuca aykırılık arasında farkı davranış ve koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmekle yetinir³⁹². Böylece hukuka aykırılık her

³⁸⁸ Jaun, s. 392; Gayler, s. 49; Koch, s. 32; Gross, s. 317.

³⁸⁹ V. Sobotisch, **Staatshaftung aus Kontrolltaetigkeit im baurecht**, Schultess Verlag, Zürich, 2000, s. 104; Jaag, Nr. 102; Briner, s. 388.

³⁹⁰ J. Esser/ E. Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil., Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg, 1991, s. 369; Atamer, s. 22; A. K. Schnyder/D. Vasella, Haftpflicht und Privatversicherungsrecht-Entwicklung, Bern, 2007, s. 64.

³⁹¹ Graziano, s. 21.

³⁹² Waespi, 2005, s. 329; Werro, s. 359; Bruggemeier, s. 50.

şartta faili ön planda tutan kusura oranla, bir hukuki norma aykırı olup olduğunu değerlendirmeyi hedefleyen daha net bir kavramdır³⁹³.

bbb. Hukukça Korunan Diğer Menfaatlerin İhlalinde Özensizlik ve Hukuka Aykırılığın karıştırılması: Koruma Normları ve Tehlike İlkesi

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız haliyle hukuka aykırılık ve özensizlik arasındaki karışıklık, sorunun çözümü en basit halidir. Asıl girift ve problemlili olan karışıklık tehlike ilkesi kavramına ilişkin tartışmalar kapsamında ortaya çıkar³⁹⁴. Şöyle ki, mutlak hak ihlali niteliği taşımayan saf malvarlığı değerlerinin ihlali için kurucu unsur özel davranış kurallarının varlığı ve bunların koruma kapsamında değerlendirilen bir ihlal olmasıdır³⁹⁵. Koruma normları bize özenli davranışın kapsamını, yani genel özen yükümlülüğünün içeriğini sunar³⁹⁶. Ancak bu normlar genellikle karşımıza bir yazılı hukuk kuralı şeklinde çıksa da, bu zorunlu bir hal değildir³⁹⁷. Bu konuda da başı koruma normları çekmekte ve bazı tartışmalar neticesinde tehlike ilkesinin de yazılı olmayan bir koruma normu olduğu, genel davranış yükümüne aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir³⁹⁸. Bu prensibe göre her kim ki tehlike durumunu ortaya çıkarır veya bu durumun devam etmesine sebep olur, işte bu tehlike durumu nedeniyle ortaya çıkacak üçüncü kişi zararlarını engellemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür³⁹⁹. Bu önlemleri almada ihmali olursa, ortaya çıkacak zararlardan sorumludur⁴⁰⁰. Bu durumda yapmama fiili bir olumsuz fiil, bir kaçınma hali olarak hukuka aykırılığı gerçekleştirir⁴⁰¹. Örneğin bir kimse

³⁹³ Eren, s. 554.

³⁹⁴ Voss, s. 46-47; Briner, s. 390.

³⁹⁵ Gayler, s. 51; Sobotisch, s. 104, 105; Fellmann, s. 885; Widmer, (1994), s. 399; W. Van Boom/H. Koziol/C. A. Witting, **Pure Economic Loss**, Tort and Insurance Law, Vol.9, Springer Verlag, Wien, 2004, s. 2-5.

³⁹⁶ Antalya, s. 433; Sobotisch, s. 104, 105; Rey, s. 160; Merz, s. 24; Jaag, Nr. 105.

³⁹⁷ Antalya, s. 428.

³⁹⁸ Atamer, s. 32, “Tehlike ilkesi daha çok hareketsiz kalınarak gerçekleştirilen fiillerin kapsamında kalır.”; Sobotisch, s. 104; Rey, s. 160.

³⁹⁹ Gayler, s. 51.

⁴⁰⁰ Kırca, s. 46; Voss, s. 59-61; Sobotisch, s. 107; Rey, s. 172.

⁴⁰¹ Voss, s.59-61.

evinin önündeki kar birikintisini tuzlamakla, su kuyusu açan kimse bu kuyunun üzerini kapamakla veya yanına işaret koymakla, zehirli veya patlayıcı maddeleri kullananlar maddelerin üzerine özel işaret ve yazılar koymakla yükümlüdür⁴⁰². İsviçre öğretisinde bir görüş ve bazı Federal Mahkeme kararları, bu ilkenin ihlali halinde hukuka aykırılığın doğrudan meydana geldiğini, yani tehlike ilkesinin hukuka aykırılık çerçevesinde değerlendirilmesinin uygun olacağını savunmuştur⁴⁰³. Bu açıdan İsviçre’de objektif özen yükümüne aykırılığı hukuka aykırılık olarak kabul eden görüşle paralellik taşımaktadır⁴⁰⁴. Bu görüşün savunucusu Werro, özel bir koruma normu olmaksızın saf malvarlığı zararlarının bu yükümlülüklerle aykırılık nedeniyle tazmin edilebileceğini savunmuştur⁴⁰⁵. Öğretinin bir kısmınca gerçekten tehlikeyi oluşturan kişinin bilinçli olması istenir ve subjektif öngörülebilirlik unsuru dikkate alınır⁴⁰⁶. Ancak bizce de doğru olan diğer görüş gereğince tehlike ilkesi kusur kavramı kapsamında incelenmelidir⁴⁰⁷. Hatta bazı yazarlar tehlike ilkesini sadece kusurla veya hukuka aykırılıkla sınırlamaz, genel hukuk prensibi olarak görürler. Oftinger bu açıdan hukuk düzeninin esası olduğunu eklemiştir⁴⁰⁸. Tehlike ilkesinin sebep sorumluluğu alanında özenin incelenmesi açısından da dikkate alınacağı savunulmuştur. Fakat bu görüşü Widmer eleştirmiş, olağan sebep sorumluluğunu bu yolla daha ağırlaştırma imkanı olmadığını, tehlike ilkesinin yalnızca kusur sorumluluğu üzerinde genişlemesi gerektiğini savunmuştur. Widmer’e göre tehlike ilkesinin kusur sorumluluğunu aşan şekilde genişletilmesinin

⁴⁰² Antalya, s. 435.

⁴⁰³ Kırca, s. 47; Jaun, s. 404.

⁴⁰⁴ Sobotisch, s. 105.

⁴⁰⁵ Werro, s. 367; Kırca, s. 49, 50; BGE 110 II 456 kararda bu cihetle açıklanmıştır. Ürün hatası vardır. OR 55 temelinde ürüne bağlı tehlikeleri engellemeyi ihmal ettiği için üreticiyi sorumlu tutmuştur. Bunu yaparken de, ne ihmal ne de öngörülebilirlik bir rol oynamıştır. Böylelikle özensizlik ögesi de önemli olmamıştır. Burada tehlike ilkesi dolaylı olarak hukuka aykırılığın dayanağına hizmet ettiğine işaret edilir”; Koch, s. 33.

⁴⁰⁶ Waespi, 2005, s. 326.

⁴⁰⁷ BGE 4C 119/2000 Federal mahkeme bu kararda tehlike ilkesinin kusurla ilgili olduğunu kabul etmiştir.

⁴⁰⁸ Oftinger, s. 88; Nater, s. 33, 54.

sebebi, yüksek tehlikeli faaliyetlerin tümünün, sebep sorumluluğuna dayalı özel hükümlerin kapsamına girmemesidir⁴⁰⁹.

ccc. Hukuka Aykırılık Kavramına İlişkin Gelişmeler ve Özen Yükümlülüğü Arasındaki Sınırın Belirlenmesi

Yukarıda açıkladığımız üzere hukuka aykırılık kavramı son tahlilde ne objektif teori ne de sübjektif teori kriterleriyle sorunsuz bir biçimde çözümlenebilir. Aynı yönde haksız fiile ilişkin öğeler olan kusur ve hukuka aykırılık kavramlarının sınırları da giderek belirsizleşmiştir. Çünkü her ne kadar hukuka aykırılığın objektif bir yapıyı haiz olduğu kabul edilse de, kusur kavramının da giderek objektifleşmeye başlaması karşısında objektiflik kriteri anlamını yitirmeye başlamıştır. Bu sebeple öğretide bazı yazarlar tarafından mevcut sorunların çözümü adına, hukuka aykırılık kavramı yeniden tanımlanmaya çalışılmış, hukuka aykırılık kavramının merkezine davranış yükümlülüklerine aykırılık, yani Werro'nun düşünceleri uyarınca özen yükümlülüğüne aykırılık yerleştirilmiştir⁴¹⁰. Böylece mutlak haklar veya mutlak haklar dışında yer alan saf malvarlığı zararları herhangi bir koruma normuna aykırı olmaksızın, özen yükümlülüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle tazmin edilebilecektir. Bu haliyle hukuka aykırılık kavramının içeriği, davranışın ya da sonucun aykırılığı görüşlerine ihtiyaç kalmaksızın genişletilmiş olur ve oluşabilecek birçok zararın tazmin edilebilmesi imkanı doğar. Ne var ki, çalışmamız açısından sorun giderek derinleşmiştir. Özen yükümlülüğü kavramı öğretide kabul edildiği üzere hukuka aykırılığın bizzat kendisi halini almıştır. Bu noktada bizim görüşümüz özen yükümlülüğün kusur kavramı içerisinde değerlendirilmesinin doğru olduğu, çünkü özen yükümlülüğünün ihlalinin sonuç kriteri değil, değerlendirme kriteri kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Ayrıca Werro'nun görüşleri de dikkatle incelendiğinde, hukuka aykırılığı doğrudan özen yükümlülüğüne aykırılık olarak değil, onu bir tür bağlantı kriteri olarak ele aldığı görülmektedir. Werro'ya göre haksız fiil sorumluluğunun var olması için, ilk olarak objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışın olup olmadığı incelenmelidir. Yani makul özen ölçөгüne sahip

⁴⁰⁹ P. Widmer, **Gefahren Des Gefahrensatzes**, Zur Problematik einer Allgemeinen Gefährdungshaftung im Italienischen und Schweizerischen Recht, ZBJV 106, 1970, s. 302; Waespi, 2005, s. 327.

⁴¹⁰ Werro, s. 343; Çağlayan- Aksoy, s. 227-236..

farazi kişinin davranışı baz alınarak değerlendirilmelidir. Eğer somut aykırılık tespit edilebilirse, o takdirde ikinci aşama olan sübjektif kusur, yani zararın faile isnat edilip edilemeyeceği, zararı önleyebilecek fiziki ve iradi yetiye sahip olup olmadığı incelenecektir. Sorumluluk her iki aşamayı geçtikten sonra, hukuka aykırılık incelemesinin yapılacağı ve failin tazminata hükmedilebilmesi için “hukuka uygun” davranıp davranmadığı, hukuka aykırılığı bertaraf edecek sebeplerin olup olmadığı incelenecektir. Aslında Werro’ya göre özen yükümlülüğü, haklı olarak hukuka aykırılık için değil, kusur için bir ölçü kabul edilmelidir. Bu bağlamda diyebiliriz ki, haksız fiil sorumluluğu İsviçre Borçlar Kanununun kaleme alınması aşamasında hedeflendiği gibi, hukuka aykırılık temeli değil, kusur temeli üzerine inşa edilmiştir. Başka bir deyişle başlangıçta sübjektif hukuka aykırılık görüşü Werro’nun yaklaşımıyla benimsenmiş olup, yeni bir hukuka aykırılık tanımından bahsetmek de mümkün değildir. Konumuz açısından sorunun açıklanmasına gelirse de, bu haliyle hukuka aykırılık ve kusur arasındaki ayırım belirginleşmiş; özen yükümlülüğü de kusur ögesiyle ilintili olduğu için hukuka aykırılıktan net bir biçimde ayrılabilmiştir⁴¹¹.

Benzer biçimde OR 2020 Art 46 hükmüyle hukuka aykırılık kavramı, genel davranış yükümlülüğüne aykırılığa bağlı kılınmıştır. Ne var ki, genel davranış yükümlülüğü kavramından anlaşılması gerekenlerle ilgili tartışmalar devam etmektedir. Fakat genel davranış yükümlülüğünün, hukuka aykırılık kavramından doğan sakıncaları göz öünde bulundurduğumuzda da daha çok kusura yakın bir kavram olarak öngörülüşü de gerçektir. Zira haksız fiil hukukundaki hakimiyetine rağmen, yaşanan sorunların çözümlenememesi karşısında aksi bir fikrin kabulü, çözüm sunmaktan uzaktır.

ddd. Müspet Sözleşme İhlalinde Özensizliğin (Tehlike İlkesi ile Bağlantılı) Hukuka Aykırılığın ve Sözleşmeye Aykırılığın Karışması

Rey tehlike ilkesini, “ Dürüstlük kuralından türemiş ve örnek olarak genel davranış yükümlülükleri veya sözleşmesel yan yükümlülüklerin kabulünde ifade

⁴¹¹ Werro, s. 343 vd; Çağlayan- Aksoy, s. 227-336.

edilen hukuki ilkeler” olarak tanımlar. Dolayısıyla bu görüşten de yola çıkarak tehlike ilkesinin sözleşme hukuku içerisinde de uygulanabilir olacağı görülmektedir. İsviçre Revizyonunda da müspet sözleşme ihlalinin haksız fiil içerisinde değerlendirilmesi gerektiği fikri hâkimdir (VE. Art. 42). Federal mahkeme de vermiş olduğu 2000 yılındaki bir kararında sözleşmesel yan yükümlülüklerin daha ziyade haksız fiilden türediğini kabul eder. Bu kararda kayak yapanların çarpışması ile ilgili olarak çok farklı hukuk normları uygulama alanı bulmuştur (OR. Art. 41-58-97). Böylece tehlike ilkesi, genel özen yükümlülüğü resmi güvenlik tanımları ve genel koruma yükümlülükleri ışığında değerlendirilmiştir⁴¹². Gerçekten de, özen yükümlülüğünü yalnızca haksız fiile özgü bir kavram olarak ele almak, çok dar bir yorum olacaktır. Nitekim özen yükümlülüğü sözleşme hukukunda koruma yükümlülükleri içerisinde mütalaa edilen yükümlülüklerdir ve gerek sözleşme sorumluluğu gerekse sözleşme dışı sorumluluğu ayırt etmede kullanılacak önemli bir öğedir. Ancak hukuka aykırılıkla ilgili ayrışma için iki sorumluluk kaynağı arasındaki en önemli fark, sözleşme sorumluluğunda hukuka aykırılık şartı sözleşmenin ihlali dolayısıyla söz konusu olmasıdır. Böylece TBK m. 97’ye göre sorumluluk bağlamında sözleşmeye aykırılık ve kusur kümülatif olarak zorunludur. Böyle durumlarda özen ihlali sadece ihmal ögesi olarak görülmez. Ayrıca sözleşmeye aykırılığın şartı olarak aranır⁴¹³.

Diğer taraftan son dönemlerde tartışılan önemli bir konu, mevcut sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk ayırımının ortadan kaldırılmasıdır. Bu tartışmanın ortaya çıkmasında en büyük sebep, az önce ifade ettiğimiz her iki sorumluluk tipinde ortak var olan özen yükümlülüğüne aykırılık halinde farklı koşullarda sorumluluk rejimlerinin kurulması nedeniyle oluşan tutarsızlıktır. Zira özen yükümlülüğü hem sözleşme hukukunda hem de sözleşme dışı sorumlulukta temel yapısı itibarıyla ortak bir ölçüde değerlendirilen bir yükümlülüktür. Böylece yapıca ortak bir sebepten meydana gelen zararın, sözleşme içerisinde mi yoksa sözleşme dışında mı geliştiğinin tespit edilerek sorumluluğun kuruluyor olması yeknesak bir sorumluluğa engeldir. Bu sebeple, Sorumluluk Hukuku Revizyonu’nun 2. maddesi Jaeggi’nin önerisi doğrultusunda sorumluluk sözleşme ve sözleşme dışı ayırımı yapılmaksızın

⁴¹² Waespi, 2005, s. 328; ayrıntılı bilgi için bkz. L. Heckendorn, **Die Haftung Freier Berufe zwischen vertrag und delikt**, Staemfli Verlag, Bern, 2006.s. 487 vd.

⁴¹³ Waespi, 2005, s. 327.

düzenlenmiştir. Düzenleme şu şekildedir; Burada yürürlükteki ayırımın aksine, sözleşmenin borçlusu; eğer bir eylem yükümlülüğü ihlal ediliyorsa ve bu ihlal bir zarar meydana getiriyorsa, bu durumda OR. Art. 41 uyarınca sorumlu olacaktır⁴¹⁴. Fakat ihlali eylem yükümlülüğü olmayıp sonuç yükümlülüğü ise, o takdirde sorumluluk yine OR. Art. 97 hükmüyle kurulacaktır. Sözleşmenin borçlusunun eylem ya da sonuç yükümlülüğü mü taahhüt ettiği sözleşme tipine göre belirlenecektir. Örneğin eser sözleşmesinde taahhüt edilen sonuçtur. Ama vekalet sözleşmesi bir eylem taahhüdüdür. Bu kapsamda doktorun kural olarak eylem taahhüt ettiği düşünülürse; hastaya asla iyileşeceği taahhüdünde bulunmaz. Doktor sadece hastanın tedavisini özenli bir biçimde yerine getirmeyi borçlanır⁴¹⁵. Tasarıda yeknesak sorumluluk yalnızca eylem taahhüdü halinde tanınmıştır. Bu sebeple düzenlemenin dar bir çerçeveyi kapsadığı görülmektedir.

3. Objektif Özen Derecesinin Belirlenmesi

a. Giriş ve Ekonomik Bakış Açısı

aa. Giriş

Önceki bölümde özen yükümlülüğü kavramının temel olarak belirlenmesi hedeflenmiş olup, şimdi ise söz konusu kavramın ölçüsünün ne olacağına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. TBK. m. 66'nın ifadesine göre, adam çalıştıranın özen derecesi “gerekli” özeni göstermek şeklinde nitelenmiştir. Gerekli özenin tespitinde, yukarıda sözünü ettiğimiz objektif özen kavramına ilişkin prensipler, sonuç itibarıyla bize normatif bir ölçüt vermekten uzaktır. Haksız fiil hukuku kişilerden özenli davranışı beklemekte ve bu davranışa aykırılık halinde sorumlu tutmakta; fakat özenli davranışın değerlendirilmesinin nasıl yapılması gerektiğini belirtmemektedir. Böyle bir belirlemenin temel faydası, aslında haksız fiil hukukunda telafi etme maksadının yanında önleme maksadının da ağır basması ve önleyicilik özelliğinin güçlenmesidir. Zira “özen ölçüsüne” dair yol gösterici tanımların olmaması halinde, toplum içerisindeki kişilerden bekleyeceğimiz özenli davranış tamamen tesadüflere

⁴¹⁴ Werro, s. 377.

⁴¹⁵ Werro, s. 379.

kalmaktadır. Oysaki her türlü zararın önleyici tedbir olarak önlenmesi mümkündür⁴¹⁶.

Haksız fiil hukukunda hakim olan anlayışa göre, hakim zarar gerçekleşikten sonra, somut olayın özellikleri dikkate alınarak; kişinin gereken özeni gösterip göstermediği ex post takdir edilir. Fakat hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağı hakkında, ex ante belirleme mevcut değildir. Yani “makul ve ortalama insanın göstereceği özen” ya da kişiden beklenen özen, ex ante şekilde betimlenir. Çünkü gereken özen, henüz zararın gerçekleşmesinden önce, zarar verici davranış ortaya çıkmasın diye gösterilmesi zorunlu orandaki özendir. Daha farklı deyişle önleyici nitelikteki tedbirlerdir. Bu nedenle bu belirleme ex ante yapılmalı ve kişinin kendisi tarafından yapılmalıdır. Dolayısıyla, hukukun aradığı standart özenin belirsizliği nedeniyle, kişinin göstereceği özen yalnızca tesadüflere bağlıdır⁴¹⁷. Bu noktada temel sorun, özen yükümlülüğüne dair, hukuk uygulamasında normatif ölçütün belirsiz olması ve üstüne üstlük bir ölçütün var olmamasıdır. İşte bu açıdan haksız fiil hukukunun ekonomik açıdan analizi, aranan normatif ölçüte ulaşmayı sağlamaktadır. Ekonomik analiz, sorumluluk hukuku kurumunu, ilgili kişilerin menfaat durumu ile bağlantılı olarak nesnel biçimde değerlendirmeyi hedefler. Sorumluluk durumlarında öncelikle, ekonomik dezavantajlar zarar veren ve zarar gören ve diğer ilgililer arasında paylaştırılır⁴¹⁸. Başka bir deyişle haksız fiil hukuku kurallarının amacı sorumluluk sistemi vasıtasıyla dışsal maliyetlerin içselleştirilmesi ya da sosyal maliyetlerin asgariye indirilmesine hizmet etmektedir⁴¹⁹. Zaten bir süreden beri özel hukuk hükümleri ve içtihatça ekonomik bakış açısı “hakkaniyet değerlendirmesi” (Interessenerwagung) ve ekonomik makullük atfı kapsamında ele alınmaktadır⁴²⁰. Ancak kaba hatlarıyla ilk ortaya çıkışının 1960 yılında Amerika Birleşik Devletleri’nde olduğu görülmektedir. Buna göre hukuk normlarının kapsamlı biçimde ikincil mahiyette ekonomik olarak da değerlendirilmesi talep edilir. Bu

⁴¹⁶ Sanlı, 2007, s. 196; K.C. Sanlı, **Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik Bir Bakış**, Perşembe Konferansları,s. 5-6 (<http://www.rekabet.gov.tr>).

⁴¹⁷ Sanlı, (Rekabet), s. 7.

⁴¹⁸ Waespi, 2005, s. 125.

⁴¹⁹ K. C. Sanlı, İhmalinBelirlenmesinde Bir Ölçüt Hand Formülü, **MÜHAD**, Uğur Alacakaptan’a Armağan, 2014-4, s. 105.

⁴²⁰ Ruf, s. 226.

değerlendirme, hukuk kurallarının kişilerin seçim ve davranışları üzerindeki etkilerinin ve bu etkinin topluma nasıl yansıdığının incelenmesi şeklinde gerçekleşir⁴²¹. Dolayısıyla özen yükümlülüğüne ilişkin ölçüt, işte kişilerin hukuk kuralları karşısındaki tepkisine, gerçekleştireceği harekete ilişkin karar alma sürecindeki etkisine göre değişir⁴²². Örneğin kişinin gerçekleştireceği haksız fiilin zamanaşımı süresinin artması, tazminata ilişkin değerlendirmelerin daha yüksek oranlardan yapılması, kişinin vereceği zararı oluşturacak davranışa talebini azaltır. Özde sorumluluğun ekonomik analizi, şu soruyu sorar: Hangi sorumluluk şekli ekonomik olarak etkilidir, dış maliyeti en iyi biçimde içselleştirir. Yani en az maliyet ve en yüksek fayda oluşturur. Yapılan analiz farklı düzlemler üzerine oturtulmaktadır. Toplum ile ilişkilendirilmiş biçimde hangi sorumluluk sisteminin tüm haklar için ekonomik olarak optimal paylaşıma sebep olduğu incelenir. Bu yaklaşım neticesinde bireysel menfaat maksimisasyonu prensibi ortaya çıkmaktadır. Böylece toplum tüm bireylerin faydalarının toplamından esenlik sağlamaktadır (Kendi faydam genelın faydası). Çıkış noktası, kişinin fayda maksimisasyonunu, ekonomik ve rasyonel olarak farklı alternatiflerin incelenmesi neticesinde sağlanmasıdır⁴²³. Yani ekonomik analiz “davranış teorileri”, “denge prensibi” ve “ekonomik etkinlik” prensiplerinin uygulanmasıyla gerçekleştirilecektir⁴²⁴. Böylece öz bir ifadeyle ekonomik analiz, kontrollü olan kişi davranışları, kıt kaynakla bireyin optimal şekilde faydayı yakalaması çabasıdır. İşte bu ifade ile sorumluluk hukukunun

⁴²¹ “Ekonomik analizin pozitif ve normatif analiz olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Pozitif analiz, hukuki durum ve ilişkileri ekonomik analiz vasıtasıyla açıklamayı hedeflemektedir. Bu teori hukuk normları ve doktrinin ekonomik bir bakışla açıklanabileceğini, çünkü nihai amacın toplumsal servetin maksimizasyonu olduğuna vurgu yapmaktadır. Ekonomik analizin yapılması iki yöntemle sağlanacaktır. Birincisi, hukuk kuralının kişi davranışları üzerindeki etkisinin ve sonuçlarının analiz edilmesi şeklinde gerçekleştirilir. Böylece öngörü sağlanmaya çalışılır. Örneğin taşınmaz kirasına ilişkin yasanın ev fiyatları üzerinde yaptığı etki buradaki analiz sonucu belirlenebilir. Diğeri ise mevcut hukuk kurallarının ekonomik analiz yoluyla yorumlanması metodudur. Bu yöntemle hukuk kurallarının gelişmesi sağlanır. Normatif analiz ise, hukuk kurallarının ekonomik açıdan değerlendirmesinin yapılmasıdır. Normatif analizde ekonomik açıdan hukuk kuralının nasıl olması gerektiği irdelenir. Farklı bir söylemle ifade edilirse, hukuk kuralının ne kadar sosyal refahı yükselteceği ölçüt olarak kullanılıp hukuk kuralları analiz edilir.”, ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı, 2007, s. 20-25; Widmer, (1994), s. 391; W. Fellmann, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, *SJZ*, 91/ 1995, s. 45; Stolz, s. 114-115.

⁴²² Sanlı, 2007, s. 13-14.

⁴²³ Waespi, 2005, s. 127.

⁴²⁴ Taupitz, s. 122-125; Sanlı, 2005, s. 25.

önleyici fonksiyonuna ulaşabiliriz. Çünkü zararın önlenmesi bir biçimde zarar maliyetini de artırmaktadır⁴²⁵.

Konuyla ilgili olarak yaptığımız bu kısa açıklamadan sonra önemle vurgulamalıyız ki, ekonomik analiz Us- Amerika hukukuna oranla Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde daha az önem arz eder ve hatta reddedilir. Bu açıdan sorumluluk hukukunun ekonomik şekilde analiz edilmesine dair bir duyarlılık kazanılsa da hatta ekonomik analizin işaret kuralları irdelense dahi, hukuk uygulaması için pratik ve elverişli kriterler pek az şekilde sağladığını eklemeliyiz⁴²⁶. Gerçekten de sosyal bilimlere ait bir alana dair verilerin matematiksel bir formülasyonla elde edilebilmesi düşüncesi gerçekçi bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Zira hayatın olağan akışı ve kişi davranışları matematik formülleri gibi genel geçer bir öngörüye dayanmayacaktır. Sonuçta böyle bir değerlendirme için, geniş sosyo-ekonomik, politik, psikolojik incelemeler bir arada yürütülmelidir. Onun için kanaatimizce de hukukun ekonomik analizini yalnızca menfaat karşılaştırması nispetinde dikkate alıp, tamamen hukuk bilimi içerisinde uygulamak, hatta entegre etmek doğru sonuçlar vermeyecektir. Bu görüşümüzden yola çıkarak ekonomik analize dair fazlaca açıklamalara yer vermeyi düşünmüyoruz. Fakat yöneltilen eleştirileri biraz olsun anlayabilmek ve menfaat karşılaştırması, özenin ekonomik makullüğü gibi kavramları inceleyebilmek açısından Learned Hand formülü olarak anılan, ekonomik analizi gerçekleştiren formüle çalışmamızın sistematığıne uygun olarak genel bir şekilde yer verilecektir. Bu kapsamda da yeri gelmişken yöneltilen eleştirilere göz atılacaktır.

bb) Özen Kavramının Ekonomik Açıdan Açıklanması: Hand Formülü

1947 yılında verilen bir kararda, ABD’de formülle aynı taşıyan yargıç Learned Hand tarafından geliştirilmiştir⁴²⁷. Verilen kararın özelliği, henüz haksız fiilin ekonomik analizinin kabul edilmediği bir zamanda verilmiş olması ve

⁴²⁵ Waespi, 2005, s. 127.

⁴²⁶ Waespi, 2005, s. 125.

⁴²⁷ Hay, s. 130.

ekonomik analize temel teşkil etmesidir⁴²⁸. Maliyet ve fayda testi yapan hakim bu yöntemi, hukukun ekonomik analizinin bazı temsilcileri, özellikle Posner, bu formülü daha sonra sorumluluk hukukunun temel problemi yapmıştır⁴²⁹. Amerikan Court Of Appeals'ın verdiği karara göre formül, üç ayrı değişken üzerine kurulu bir denklemdir. Buna göre denklemin zarar ile olasılık değerinin çarpımı ile elde edile "risk değeri", diğer tarafında ise, bu riski azaltmaya yönelik özenli davranış maliyeti yer alır⁴³⁰. Denklemin her iki tarafında ters bir ilişki, orantı söz konusudur. Yani özen gösteriş arttığı takdirde, zarar riski azalır ya da özen gösterme maliyeti azaldığında zarar riski artar. Dolayısıyla formülü basit biçimde ifade edersek;

Zarar gerçekleşme olasılığı × Zarar > Özen Maliyetleri (ÖM) = kişi kusurlu

Zarar gerçekleşme olasılığı × Zarar < Özen Maliyetleri (ÖM) = kişi kusursuzdur.

Burada dikkat edilmesi gereken salt kişinin özen göstermiş olup olmaması değil, kişinin zararı önleyebilme imkânı varken, bunu yapmamış, ihmal etmiş olmasıdır. Yani formül zararın "önlemeye değer" olup olmadığını belirler ve böylece bize açık bir ölçüt sunmuş olur. Ex ante yapılan bir değerlendirme sonucunda, sosyal maliyetleri en aza indirecek tablo dikkate alınacaktır. Sosyal maliyetlerin asgari düzeyde olması ise, zararın gerçekleşmesi durumunda oluşacak zarar maliyetinin, özen maliyeti karşısında daha düşük veya gerçekleşecek zararın maliyetinin alınacak tedbirler karşısında daha önemsiz olması halidir. Özetle kişinin eğer gerekli ise, fayda sağlayacaksa, zarar önlenabilir ise özenli davranmaması bir ihlaldir. Bu

⁴²⁸ Bu karar ihmali ekonomik prensiplere uygun olarak incelemektedir. Olayda New York Limanında rıhtıma bağlı olan Connors Denizcilik şirketine ait bir mavnanın (Anna C.) römorku (Caroll) serbest kalmış ve tankere çarpıp yükü ile birlikte batmıştır. Federal devlet Carroll taşımacılık şirketine karşı dava açmıştır. Davalı mavnada denizci olmadığını, eğer olsaydı mavnanın ve yükün kurtulabileceğini belirtmiştir. Yargıç Hand denizci bulundurmamanın bir ihmal sayılıp sayılmadığını incelemek için somut olayın özelliklerine bakılmasını gerektiğini belirtmiştir. İnceleme geminin halatlarının koparak serbest kalma olasılığı, bunun yol açtığı zarar ve bu zararı ortadan kaldırmak için alınacak tedbirler olmak üzere üç değişken üzerine kuruludur. Daha sonra hakim somut olayda mavnada tüm gün boyunca denizci bulundurmanın maliyetli olacağını, ancak kış günlerinde mesai saatlerinin kısa sürdüğü için denizci bulundurulabileceğini kabul etmiştir. Bu açıdan kusurun var olduğuna kanaat etmiştir. Bkz. Ş. Ardiyok, Türk Hukukunda Yeni Yaklaşım: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, s. 36. (<http://www.actecon.com/assets/upload/services/ardiyokhukukekonomi-pdf09032015085007.pdf>).

⁴²⁹ Bussani/ Werro, s. 310; Waespi, 2005, s.134.

⁴³⁰ D. Owen/J.E. Montgomery/M. J. Davis, **Products Liability And Safety**, New York, 2004, s. 59.

itibarla, hand formülü bir nevi maliyetler karşısında fayda ve zarar dengelemesi üzerine kuruludur⁴³¹.

Peki, bu unsurlar içinde hangi maliyetler yer bulmaktadır. Bu maliyetleri belirlemek de gereklidir. Çünkü Hand formülünün uygulamasında zararın tl cinsinden hesabı, tüm kalemlerin eksiksiz toplanmasıyla sağlanır. İşte bu unsurlardan ilki “Beklenen zarar maliyeti”dir. Beklenen zarar maliyeti, zarar ile olasılık değerinin çarpımı sonucunda elde edilir. Örneğin karlı bir havada araba kullanılması durumunda zararın olma olasılığı (%15) ise ve oluşacak zarar maliyeti 1000 tl ise, beklenen zarar maliyeti 150 tl’dir. Dolayısıyla tehlikeli eylemlerde olasılık değeri ve akabinde beklenen zarar maliyeti artacaktır⁴³².

Denklemin öbür tarafında ise, “özen maliyetleri” yer alır. Burada oluşacak maliyet gerçekleşme ihtimali olan zararı bertaraf etmek için veya azaltmak için gereken tedbirin alınması için yapılacak harcamalardır. Adeta tahterevallli gibi, her iki taraftaki değişim birbirini etkilemektedir. Burada özene dair niteliksel ve niceliksel özen olmak üzere iki türü görmekteyiz. Alınacak somut önlemler, daha doğru deyişle aktif önlemler niteliksel özeni belirler. Dolayısıyla zincir takma, kar lastiği kullanma bu kapsamda mütalaa edilir. Niceliksel özen ise pasif bir önlemi ifade eder. Yani zarar verici eylemi yapmama veya daha az yapma gibi pasif durumları ifade eder. Niteliksel özenin maliyetini belirlemek kolaydır. Neticede piyasa değeri bize maliyeti gösterir. Burada başvurulacak birden fazla önlem var olduğundan, maliyeti en düşük olanı seçmek sosyal maliyeti en aza indirecektir. Ancak niceliksel özeni belirlemek o kadar kolay olmaz⁴³³. Nihayetinde olası şekilde sağlanacak faydanın eksikliği bu maliyeti ifade edebilir. Örneğin zarar verme potansiyeli yüksek doktorların uyguladıkları tıbbi müdahaleler üzerinden açıklayacak olursak; doktorlar yaptıkları müdahalelerin malpraktisle sonuçlanmaması için, tıp bilimin gelişimine uygun en yeni tedavi yöntemlerini kullanmalı ve en yüksek özeni göstererek hareket etmelidir. Bu kapsamda söz edilebilecek niteliksel özene ilişkin önlemler; kullanılacak ilaç, tıbbi malzemeler, yetkin personel seçimi ve tedavi esnası

⁴³¹Sanlı,2007, s. 204.

⁴³² Sanlı, 2007, s. 210.

⁴³³ A. Skyes, The Bundaries of Vicarious Liability, An Economic Analysis of The Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines, **Harward Law Review**, 1988,s. 570.

ve sonrasında uygun hijyenik ortamın sağlanması olarak sayılabilir. Elbette hasta tedavinin daha ucuz bir yolla tamamlanmasını isteyecektir. Ancak doktor haksız fiil ve sözleşme prensipleri arasında dengeyi kurarak, en doğru yöntemi tercih etmelidir. Uygulanacak tedavinin hastanın sağlık durumunu riske atmayacak ekonomik açıdan en uygun yöntemle yapılıyor olması gerekir⁴³⁴. Diğer taraftan zarar verici davranıştan kaçınma yoluyla niceliksel özenin gösterilmesi ise, uygulanacak tıbbi müdahalenin başarı şansının çok düşük olması sebebiyle, hiç bu müdahalenin yapılmaması halinde görülecektir. Bir başka örnek, Birmingham Water Works kararıdır. Bu karara göre, evleri zarar gören davacılar tesisat firmasına su gider borularının yeterince derine gömülmemesi nedeniyle soğuk ve darbeler nedeniyle patlamasıyla evlerini su bastığını iddia ederek dava açmışlardır. Mahkeme, tesisatçının evlerin zarara uğramasında ihmali var mı sorusunu, zararın oluşması halinde oluşan zarar maliyeti ile boruların daha derine gömülmesiyle oluşan maliyeti karşılaştırarak yanıtlamaktadır⁴³⁵. Yine Adams v. Bullock Kararında, mahkeme kararını ekonomik analize dayandırarak vermiştir. Şöyle ki, köprü üzerinde korkuluklardan sarkan 12 yaşında bir çocuğun, tramvay geçtiği sırada tramvayın kablolarının değmesi ve oluşan elektrik akımına kapılması nedeniyle tramvay işletmesi dava edilmiştir. Ancak firma yalıtımın imkânsız olacak nitelikte zor olması, ayrıca kabloların tramvay üstü yerine yer altından geçirilerek yerleştirilmesinin maliyetinin çok yüksek olması karşısında, köprü üzerinde bu şekilde bir kazanın meydana gelme olasılığının az olması nedeniyle özen yükümlülüğüne aykırı davranmadığını ileri sürmüştür. Mahkemede bu savunmayı haklı bularak tramvay işletmesini tazminata hükmetmemiştir⁴³⁶. Burada vurgulanması gereken bu değerlendirmenin, yapılan tartımın neticesi her olayda, olayın özelliklerine, yapısına, tehlikeliliğine göre değişiklik gösterecektir. Bu açıdan bakıldığında zaten hand formülü haricinde de tüm bu değişkenleri değerlendirmek mecburiyetindeydik. Fakat kanaatimizce farklı olan matematiksel ifade bulan bu formülle somut bir veri elde etmiş olmamız ve bu değerlendirmenin ex ante yapılıyor olmasıdır.

⁴³⁴ R. A. Posner, **Economic Analysis Of Law**, Fifth Edition, A Division of Aspen Publishers, 1998, s. 185.

⁴³⁵ Posner, s. 182.

⁴³⁶ Posner, s. 182.

cc) Ekonomik Analize ve Hand Formülüne İlişkin Eleştiriler

Sonuç olarak bu yaklaşım, ekonomik olarak mantıksız güvenlik önlemlerinin alınmasının kimseden beklenemeyeceğinden ve kazayı önlemek için çok yüksek önlemlerin alınmasının feragatinin kusur sayılmayacağından başka bir anlama gelmez. Dolayısıyla ilk eleştiri de bu sonuçtan çıkacaktır. Çünkü kişilere göre nispeten makul olmayan önlemleri almama alınacak önlemlerin niteliğinin kötüleşmesine neden olacaktır. Dolayısıyla ekonomik makulluk kriteri özensiz davranışlar endişesi taşımaktadırlar⁴³⁷. Diğer önemli bir eleştiri ise, ekonomik analizin sektörel bir rasyonellikte kalacağı, yani kısıtlı bir alanda uygulanacağı yönündedir⁴³⁸. Sadece ekonomik yapısı olan değerlendirme araçlarını kullanmak fayda ve maliyet araştırmasını çözmeye yetmez. Ekonomi dışı değerlendirmeler çok önemlidir, çünkü kendi içindeki çelişkileri açıklamak başka türde mümkün değildir. Örneğin tazminat yükümlülüğünün kaldırılmasıyla, işlem maliyetinin azaltılması aynı zamanda birincil zarar maliyetlerinin yükselmesine neden olur. Çünkü potansiyel zarar veren için sorumluluk tehdidinin eksikliği, özenli davranış için teşvik oluşturmaz. Böylece iki değişkenin kontrolü için multi disipliner bir incelemeye ihtiyaç vardır. Bu durum ise, doğal olarak analizin teorik ve yapay modeller üzerine inşa edilen değerlendirmenin, gerçekte kişilerin davranış modellerini çoğunlukla yansıtmaması sonucunu verir. Zira karar mekanizmasının rasyonelliği sınırlıdır (bounded- rationality), ondan bu kapsamda bir değerlendirme yapmasını beklemek gerçeği yansıtmaz. Bu minvalde Taupitz⁴³⁹, sektörel ve toplumsal perspektifler arasındaki farklara işaret eder. Brüggemeier⁴⁴⁰, de, söz edilen formülün bireysel dikkatsizliklerin büyük çoğunluğuna uymadığını vurgulamıştır. Gerçek kişiler, yaşamlarında, iş çevrelerindeki günlük riskleri küçümseme ve

⁴³⁷ Waespi, 2005, s. 135.

⁴³⁸ Bu eleştiri karşısında Stigler'in sözleri de dikkate değerdir. Stigler'e göre, "Toplumda bazı insanlar malvarlıksal zenginlikleriyle ilgilenmeyi tercih etmezler. Bu kişilerin ekonomik açıdan doğru, rasyonel kararlar aldığını düşünmek zordur. Bu durum özellikle yeni ve hiç karşılaşılmamış durumlar halinde doğru kabul edilir. Ancak toplumun genelini bu kişiler değil, malvarlığı sahibi olmak isteyen ve bunun için rasyonel düşünebilen kişiler oluşturmaktadır.", G.J. Stigler, Law or Economics, **Journal Of Law & Economics**, Vol. 35, 1992, s. 457-458.

⁴³⁹ J. Taupitz, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht, Eine Zwischen Bilanz, **AcP**, 1996, s. 163.

⁴⁴⁰ G. Brüggemeier, **Prinzipien Des Haftungsrecht**, Baden-Baden, 1999, s. 68.

umursamama eğilimindedir ve sıklıkla ekonomik optimasyon hoşnutluk ilişkisiyle karıştırılabilir niteliktedir⁴⁴¹.

Öte yandan yapılan bir başka eleştiri de, her türlü değer maddi karşılığının var olduğu düşüncesine dayanmasıdır. Oysaki bazı değer ve prensipleri karşılaştırma mümkün değildir. Bu sebeple günlük hayatta uygulama kabiliyeti olmayan bir model olduğu ve ayrıca ekonomi biliminin sosyal bilimler içerisinde kesin sonuçlar vermesinin mümkün olmadığı ileri sürülür⁴⁴². Ekonomik analiz kapsamında anılan tüm değerler, para birimi üzerinden ifade edilmektedir. Böylece net bir biçimde değerlerin mukayese edilmesi hedeflenir. Ancak biraz evvel de belirttiğimiz gibi, pratikte söz konusu her değer net bir biçimde parasal karşılığının belirlenmesi imkansızdır. Örneğin ülke sınırını aşan uluslararası kazalar (ekolojik)⁴⁴³ veya daha ziyade manevi bir değere sahip şeylerde oluşan zararların parasal şekilde ifade edilmesi güçtür⁴⁴⁴. Savaş bu düşünceleri şu şekilde ifade etmektedir: “Bireyin tek başına toplumdan soyutlanmış biçimde rasyonel bir kişi olarak nitelenmesi ve tek boyutlu fayda maksimizasyoncusu olarak düşünülmesi iyi bir hukukçuya özgü bir hareket olarak nitelendirilemez. Oysaki, insanlar birbirleriyle ayrılmaz bir bağlılık içerisindedir ve bu bağlılık asla tek boyutlu bir fayda fonksiyonu ile açıklanabilecek güce sahip değildir”⁴⁴⁵. Buna karşılık yapılan eleştirilere Posner, “İktisat teorisi, varsayımlarında ampirik dünyanın karmaşık yapısını eksiksiz bir şekilde ortaya koymaya çalışan bir teori değil, olsa olsa bir tanımlamadır” diyerek cevap vermiştir. Becker’de insan davranışlarının belirlenmesinde iktisat bilimi her ne kadar bireysel tercihlere dayanıyor olsa da, bu durum iktisat biliminin tamamen bireysel boyutta konuyu ele aldığı anlamına da gelmediğini vurgulamıştır⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Waespi, 2005, s. 135-136; Sanlı, 2007, s. 82.

⁴⁴² K. Grechenig, / Gelter, M. “The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism”, University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2007-25, 2007, s. 5”, naklen: Ardiyok, s. 21.

⁴⁴³ Waespi, 2005, s. 145.

⁴⁴⁴ Sanlı, 2007, s. 83.

⁴⁴⁵ V. Savaş, Hukuk ve İktisat, **YÜHFD**, C. 1, S. 2, s. 6.

⁴⁴⁶ G. Becker, Nobel Lecture, The Economic Way of Looking at Behavior, **Journal of Political Economy**. 1993, Vol. 101, N. 3, s. 385, naklen: Ardiyok, s. 22.

b.Özen Yükümlülüğünün Tespitinde Rol Oynayan Kurallar

Özen yükümlülüğünün belirlenmesi için somut biçimde bize fayda sağlayan özen eksikliği halinde ortaya çıkacak riski düzenleyen kuralların gözden uzak tutulmaması gerekir. Çeşitli şekillerde kurallar karşımıza çıkabilir. Örneğin idari makamlar tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemler ya da meslek örgütlerinin yayınladığı davranış kuralları ve hizmet standartları bu kapsamdadır. Her ne kadar özen ölçüsü açısından kesin nitelik göstermese de, kurallar riskler ve bu risklerin önleyici tedbirleri hususunda önemli bilgi kaynaklarıdır. Bu tespitte yalnızca referans gösterilebilir⁴⁴⁷. Aşağıda bu kurallardan sadece bazılarını ele alacağız.

aa) Kalite Yönetim Sistemleri ve Endüstri Standartları

Son zamanlarda endüstri ürünleri için yeterlilik ölçüsü olarak kalite yönetim sistemleri öncelikli bir rol oynar ve aynı zamanda bu sistemlerin hizmet sektörü açısından da büyüyen bir rolü vardır. Bu tarz sistemler normatiftir. Böylece çalışmamızda bilhassa değindiğimiz gibi, hem edimin kalitesiyle ilgili hem de oluşacak risklerin engellenmesini sağlayan ölçütleriyle özen yükümlülüğüne bir miktar normatiflik sağlamaktadır. İlgili kurallar özel sektör tarafından kurulan organizasyonlar tarafından belirlenir. Bu anlamda ISO 9000 kalite sistemlerine ilişkin birçok bölümü içeren standart serisi en başarılı olan sistemdir. Çünkü birçok ülkede uygulanıp, geçerliliğe sahiptir. Söz konusu kalite sistemi sertifika almak için girişimcilerin hangi şartları sağlaması gerektiğini belirler. Sertifika başvurusundan sonra, bu şartların sağlanıp sağlanmadığı incelenir. Bu çerçevede talimatlara uygun davranılıp davranılmadığı ve sistemin işleyip işlemediğine ilişkin incelemeler yapılır. Bu incelemeler ürün kalitesinin test edilmesine ilişkin değildir. Başarılı bir sonuç çıkarsa, girişimciye sertifika verilir. Bu normlar dediğimiz gibi özen açısından bir ölçüttür. Peki adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından böyle bir sertifika, kurtuluş kanıtına ilişkin yeterlilik anlamına gelir mi? Öğreti sertifikasyonun hem sorumluluk artırıcı, hem de azaltıcı bir etkisi olduğunu ileri sürer. Moser'e göre sertifikanın adam çalıştırın için sorumluluk güçlendirici etkisi, sertifika eğer dışarıdan toplum

⁴⁴⁷ Sanlı, 2007, s. 236.

açısından bakıldığında, organizasyona ilişkin özenin varlığıyla ilgili yüksek bir güven veriyorsa mevcuttur⁴⁴⁸. Böylece sertifika nedeniyle var olan yüksek güven duygusu, sorumluluk açısından kurtuluş kanıtının başarısını zorlaştıran bir etkiye sahip olacaktır. Ancak genel kabule göre ise, sertifikanın TBK. m. 66 bağlamında otomatik kurtuluş etkisi reddedilir. Çünkü özen şartları ISO- Normlarına göre yeterli olsa da, hukuki biçimde objektif özen yükümlülüğünü karşılamaz. ISO 9000 dizisinin organizasyon normları sürekli olarak yargısal kriterlere dayanmaz, sadece genel direktiflerin taslağı hazırlanır. Resmi olmayan özel karaktere sahiptir. Sertifikasyon işi, işletmenin kalitesini değil, aksine sadece norm dizisi kataloğuna göre verilen standartlara uyduğunu gösterir⁴⁴⁹.

bb) Resmi Hükümler ve Talimatlar

Genel olarak TBK. m. 66 anlamında uyulması gereken yeterli özenin, resmi hükümler ışığında belirli durumlarda somutlaşacağı açıktır. En azından bu tarz hükümlerin ihlali özen yükümlülüğünü oluşturabileceğinden dolayı, bu hükümler zarar önleyici niteliğe sahiptirler. Zaten oluşabilecek zararlara karşı önlem alınması için yasa koyucunun hukuki araçlarından biri haksız fiil sorumluluğu ise, diğeri de resmi hükümler ve talimatlardır. Bu kurallarla yasa koyucu riski azaltan özenli davranışı kurallar içerisinde tarif etmek suretiyle, kişileri özenli davranışı sevk etmeyi amaçlamaktadır. Öte yandan unutulmaması gereken bir noktaya vurgu yapılması gereklidir, şöyle ki yasa koyucunun bu çeşitte kurallar koyabilmesi için hem söz konusu riski hem de onu önleyecek önlemleri bilmesi gereklidir, Başka bir ifadeyle ancak toplum bu risklere aşına olduğunda konulabilecek kurallardır. Aynı kabul ediş resmi onay ve izinler içinde geçerlidir⁴⁵⁰.

Yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde özetle resmi hüküm ve talimatları, bir tür özenli davranış kodifikasyonu olarak tanımlayabiliriz. Bu nedenle, hakim in zararlar karşısında bunları bir bilgi kaynağı olarak görmesi doğaldır. Resmi

⁴⁴⁸ M. Moser, Die Haftung Für Dienstleistungen im Lichte eines qualifizierten Qualitätsmanagementsystems, *AJP*, 1997, s. 189.

⁴⁴⁹ Waespi, 2005, s. 30-31.

⁴⁵⁰ Sanlı, 2007, s. 238; D. Bachmann, Compliance Rechtliche Grundlagen und Risiken, Ein Thema Auch Für Unternehmen Ausserhalb Der Finanzindustrie, *ST*, 1-2/07, s. 94.

hükümlerin, onay ve izinlerin otomatik etkisi yoktur, aksine TBK. m. 66'ya ilişkin yüksek işaret fonksiyonuna sahiptir. Böylece hem özenli davranışın tespiti daha kolay olur, hem de yapılan tespitte bilgi maliyeti en asgari seviyede olur. Hatta zarar veren davranışlar kural olarak kusurlu davranış olarak sayılabilir. Ama bu kuralları bağlayıcı olarak kabul etmemek gerekir. Çoğunlukla somut risk hukuk kurallarında ifade edilen özenli davranış modeliyle bertaraf edilemez, sonuçta farklılıklar mevcut olması nedeniyle mahkemelerin somut durumun gerektirdiği etkin özeni belirlemesi şarttır⁴⁵¹.

c. Özen Derecesini Belirlemek İçin Temel Kriterler: Objektif Öngörülebilirlik, Tehlike İlkesi ve Ekonomik Makullük

Gerek ekonomik analiz, gerekse özen yükümlülüğü ölçüsünün tespiti için faydalı olan yukarıda ifade ettiğimiz kurallar, özen yükümlülüğünü belirlemede tek başlarına kesin bir sonuç verecek nitelikte değildirler. Bu başlıklar altındaki açıklamalar şimdi yapacağımız açıklamalar için alt yapı oluşturacak nitelikte olup, özen ölçüsünün belirlenmesi için, birbirinden farklı özelliklerinin dikkate değer olması sebebiyle, her birine ait kısmi faydalardan bahsedilebilecektir. Çalışmamızda bu sebeplerle özen ölçüsünün belirlenmesinde, yukarıda sayılan değerlendirme kriterlerinin faydalı olacak yanlarını topyekün içerisinde barındırabilen aşağıdaki öğeler kullanılacaktır.

aa) Objektif Öngörülebilirlik

aaa) Genel Olarak

Aslında öngörülebilirlik kusur sorumluluğuna özgü bir kriterdir. Mamafih olağan sebep sorumluluğu bile tam olarak öngörülebilirlikten bağımsız değildir. Haksız fiil sorumluluğu içerisinde kabul edile gelen, üç tür sorumluluğunun (kusur, olağan sebep ve tehlike sorumluluğu) uçtaki iki kutbunda öngörülebilirlik (kusur

⁴⁵¹ Sanlı, 2007, s. 238-239, “Örneğin bir kararda davalı kombina müdürü var olan yönetmelik hükümlerine rağmen, işkemenin uygun saklama koşullarında bekletilmemesi nedeniyle bozulmasında kusurlu bulunmuştur”.

sorumluluğu) ve tehlike (tehlike sorumluluğu) hesaplama kriterleri bulunur⁴⁵². Buna rağmen her iki sorumluluk kategorisi, hiçbir şekilde birbirine karşı kesin sınırlar barındırmaz. Her bir sorumlulukta, sorumluluğun ağırlığına göre özen ölçüsü değişkenlik gösterir. Olağan sebep sorumluluğunda da özen ölçüsü, sorumluluk derecesi olarak her ikisinin arasında olması sebebiyle; her iki kriterin karışımıyla belirlenir. Hatta olağan sebep sorumluluğu içerisinde mütalaa edilebilecek, tüm sorumluluklarda bile aynı oranda olamaz⁴⁵³. Dolayısıyla sebep sorumluluğu söz konusu ise, sorumluluk şartlarının analizinde otomatik olarak öngörülebilirlik kriterinden vazgeçilmez⁴⁵⁴. Nitekim Federal Mahkemenin vermiş olduğu birçok kararda da objektif biçimde öngörülürlik önemli kabul edilir. Örneğin bir kayak kazasında, işletmenin sorumluluğu, somut durumda zararın öngörülebilir olup olmamasına göre incelenmiştir⁴⁵⁵. Başka bir karara göre, çember koşusu sırasında koşucunun bariyere çarpıp izleyicileri yaralamasında, böyle bir kazanın öngörülebilir olmasından dolayı organizatörün sorumluluğuna hükmedilmiştir⁴⁵⁶.

Daha önceki bölümde de ifade ettiğimiz gibi objektif öngörülebilirlik, yapılan eylemin, aynı yaş, cinsiyet, bilgi birikimine, meslek ve fiziksel koşullara sahip makul ve mantıklı farazi bir kişi tarafından da zarar doğuracağının

⁴⁵² Eberl-Borges, s. 517 vd.

⁴⁵³ Nater, s. 24; Waespi, 2005, s. 102.

⁴⁵⁴ Yargıtay'ın öngörülebilirliğe vurgu yaptığı çokça karar bulunmaktadır. Y. 4. HD. E.10380, K. 13359, T. 20.11.1980, "Söz konusu olayda, davalı müteahhit, taşınmazın altında bulunan telefon kablolarına zarar vermiştir. İlk derece mahkemesi davalının kazıya başlamadan önce taşınmazın etrafından herhangi tesisin geçip geçmediğini öğrenmek için elektrik, su idaresi vs. gibi kurumlarda araştırma yapması gerektiğini yapmadığı için kusurlu olduğuna karar vermiştir. Yargıtay ise burada kusuru araştırırken öngörülebilirliğe vurgu yapmıştır. Buna göre zararlı sonucu objektif olarak önceden tahmin, görüş ve tahmin kurallarını aşmıştır. Zira karara göre: Kusurun tartışılabilmesi için somut olayda özeni beklenilir olması gereklidir. Olayın sorumlusu olduğu iddia edilen kişiden özen beklenmeyen hallerde kusurdan söz edilmez. Özenin yokluğu ise sonucun önceden tahmini gerekli ve mümkün iken, tahmin edilmemiş olmasıyla ortaya çıkar. Zira önceden tahmin edilmeyecek sonucu tahmin etmesi kimseden beklenemez"; Y. 4. HD. E. 5417, K. 7216, T. 02.10.1984, (KARAHASAN, s. 421-422), "Kişiyi iradesi ile önleyemeyeceği sonuçtan sorumlu tutmak olanağı yoktur... Olayımızda kusurun belirlenmesi için öncelikle önlenebilirlik üzerinde durulması gerekir. ..süpermarket şeklinde malların açık sergilenerek satıldığı yerlerde bütün önlemler alınsa dahi belirli bir açığın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği incelenmelidir Çünkü bu tip mağazalarda türlü nedenlere dayalı kaçınılmaz varlığı söylenebilir. ..bu nedenle davalının şefliğini yaptığı mağazada işletmenin normal işleyişinin yarattığı kaçınılmaz bir riskin veya daha başka bir anlatımla hal ve durumun gerektirdiği bütün özenin gösterilmesi durumunda önlenebilir bir durumun olup olmadığı ve bunun kapsamı tespit edilmelidir".

⁴⁵⁵ BGE 130 II 193.

⁴⁵⁶ BGE 32 II 300.

öngörülebilir olup olmamasıdır⁴⁵⁷⁴⁵⁸. Bu kişi, Roma Hukukunda “iyi bir aile babası” (bonus pater familias”, Common Law açısından ise “makul insan” (reasonable man) olarak ifade edilir. Lakin bu mukayese edilen kişinin de tamamen zarar veren kişinin özelliklerinden bağımsız olduğu düşünülemez. Bu durum öğreti tarafından “kusurun subjektif yönü” olarak adlandırılır⁴⁵⁹. Kişisel özellikleri göz ardı etmeksizin (görme engelli bir insanının öngörülebilirliği), somut durumun özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır⁴⁶⁰. Organizasyona ilişkin özen için öngörülebilirliği farklı kılan ise, faaliyetlerin daha karmaşık ve tehlikeli olmasıdır⁴⁶¹. Bu noktada son olarak ifade ettiğimiz farazi kişinin tespiti dahi farklılık arz eder. Mutlaka karşılaştırılan şahsın, zarar verenin mensup olduğu sosyal grup içerisinde, aynı mesleki uzmanlığa, aynı yaş ve tecrübelere sahip bir kişi olması gerekir. Yani bu kişi uzman bir kişi olmalıdır. Alelade bir makul insandan burada söz edemeyiz⁴⁶². Zira öngörülebilirlik kriteri genel hayat tecrübeleri içerisinde, işletme faaliyeti hem tehlikeli bir faaliyet olduğu için kolay ulaşılabilir iken, hem de karmaşık bir yapıyı haiz bir işletmenin eylemi olacağından zararın doğumunun fark edilmesinin güç olması, kriterin zor olan yanındır⁴⁶³. Bu konuya dair geniş açıklamalara organizasyon sorumluluğu başlığı altında yer vereceğiz.

⁴⁵⁷ Atamer, s.31; Haley v. London Electricity Board davasında, “elektrik şebekesinin tamiri için açılan kuyunun önüne ikaz levhaları koymuş olmalarına rağmen görme engelli bir kişinin kuyuya düşmesini öngörülebilir olarak görmektedir”, (1964) 3 All ER 185, Merhacı, s, 18; “Bourhill v Young kararında, hamile bayan Bourhill gördüğü trafik kazası sonucunda, şoka girip ölü doğması ve kazayı yapan John Young’un sorumlu olup olmayacağı tartışılmıştır. Mahkeme, Young’ın sorumluluğunu öngörülebilirlik ölçütüne bağlı olarak ele almış, Young böylesi bir durumu öngörmesinin mümkün olmaması sebebiyle sorumlu olmayacağına hükmetmiştir”, R. Kidner, Casebook On Torts, Oxford, 2010, s. 19- 22;Jaun, s. 198.

⁴⁵⁸ “Trenin arızalanması sebebiyle, tren yolu işletmesi yolcuları konaklamaları için otele yerleştirmiştir. Fakat otelde çıkan yangın nedeniyle yolcuların yaralanmasında öngörülebilirlik söz konusu değildir. Çünkü tren yolu işletmesi ancak trenin periyodik bakımlarını yapmakla yükümlüdür. Buna karşılık oluşan arıza sonucunda yolcuların mağduriyetlerini hafifletmek için otele yerleştirmesi ve bu otelde yangın çıkması nedeniyle yolcuların zarara uğraması öngörülebilir değildir.”, Posner, s. 201.

⁴⁵⁹ Jaun, s. 200; Eren, s. 533; Sanlı, 2007, s.196.

⁴⁶⁰Ekonomik bakış açısıyla makul kişinin açıklanmasına Posner oldukça enteresan örnekler vermiştir. Temel mantık makul kişinin zararı hangi maliyetle önleyebileceğidir. Yani yaptığı farazi karşılaştırma ekonomik değerler üzerine kurulmaktadır. Bkz. Posner, s. 183, “ toplam maliyeti 100 euro olan bir kazayı, eğer makul kişi olarak kabul edilen şahıs tarafından 120 euroya önlenebilecekse artık kazaya sebebiyet veren kişiyi kusurlu saymak mümkün değildir.

⁴⁶¹Nater, s. 24; Waespi, 2005, 331-335.

⁴⁶² Antalya, s. 558.

⁴⁶³ Nater, s. 26-27; Landolt, s. 26.

bbb) Objektif Öngörülebilirliğin Ex Ante ve Ex Post Perspektifle İncelenmesi ve Nedensellik Bağı

Olağan sebep sorumluluğunda sorumluluktan kurtulmak kural olarak nedensellik bağının kesilmesi ile mümkündür. Nedensellik bağını kesen olaylar beklenmedik, öngörülmedik, olağanüstü olaylardır⁴⁶⁴. Nedensellik bağı, olayların normal akışına, hayat tecrübelerine uygun biçimde somut olayda gerçekleşen sonucun gerçekleşme olasılığını objektif olarak artıran zorunlu şart ve sonuç arasındaki bağı ifade eder⁴⁶⁵. Nedensellik bağına dair uygun olasılığın incelenmesi ex post biçimde (olayın gerçekleşmesinden sonra) yapılır⁴⁶⁶. Özene ilişkin inceleme, zarar oluşumunun incelenmesinde ise, Federal Mahkeme OR. Art. 55'in analizinde adam çalıştırmanın özen yükümlülüğü ihlalinin bilgili ve farazi gözlemci perspektifinden ex post olarak değerlendirileceğini kaydetmiştir⁴⁶⁷. Bu görüş hem kurtuluş kanıtının hemen hemen hiç yerine getirilememesine hem de öğretinin bir kısmının itirazına neden olmuştur. Bu görüş, öngörülebilirliğin ex ante olarak kusurun değerlendirilmesi ile ilgili olduğunu vurgulamakta, yani zarar veren olaydan önce bakışla değerlendirmeyi kabul etmektedir. Bunun ötesinde bir öngörülebilirlik, özensizlik ve yeterli nedensellik bağı arasındaki sınırın silik olması sonucunu doğurur⁴⁶⁸.

İşte bu nedenle oluşabilecek sorunlara çözüm bulmak adına öğretiler ileri sürülmüş farklı görüşler bulunmaktadır. Fakat bu görüşlerden yalnızca üçü var olan ihtiyacı karşılamaya yetecek niteliktedir. Bu görüşler olasılığın ve öngörünün önceden veya sonradan yapılmasına göre ve de objektif ve sübjektif olarak yapacak kişiye göre değişiklik gösterir. İlk olarak von Kries tarafından ileri sürülen, ceza hukuku alanında savunulan sübjektif olarak önceden tahmin görüşü (ex ante) ile dikkate alınacak şartlar failin fiilin işlenmesi anda bildiği ve bilebileceği şartlar

⁴⁶⁴ Waespi, 2005, s. 333.

⁴⁶⁵ Antalya, s. 521.

⁴⁶⁶ Nater, s. 24.

⁴⁶⁷ BGE 110 II 456 ff, Hausheer, s. 440.

⁴⁶⁸ Waespi, 2005, s. 334; BGE 126 III 118, BGE 121 III 363'deki kararlarda mahkeme nedensellik bağının kesildiğine dair bir inceleme yapmamıştır. Bu öngörülebilirliğe ilişkin yeterlilik ve özensizlik ayırımı zorluğunu gösterir. Sonuç olarak yeterli nedensellik bağının kesildiği sonucunu elde etmemiştir. Aksine davalının işlem güvenliği yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul etmiştir.

dikkate alınır⁴⁶⁹. Rümelin ise objektif sonradan tahmin (ex post) görüşünü savunmuştur⁴⁷⁰. Ancak objektif öngörülebilirliğin ve adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğunda ileri sürülen toplu özensizlik görüşünde eleştirilen bu yaklaşıma karşılık olarak, Traeger objektif önceden tahmin görüşünü savunmuştur⁴⁷¹. Böylece objektif öngörülebilirliğin, ex ante subjektif öngörülebilirlik(kusur sorumluluğu) görüşü ile ex post objektif öngörülebilirlik görüşü (uygun nedensellik bağı) arasına yerleştirilmesi amaçlanır ve hiçbir şekilde yanlış da değildir⁴⁷². Bu yaklaşım özellikle adam çalıştıranın genel ve özel sorumluluğu ve sorumluluğu ortadan kaldıran kurtuluş kanıtının yerine getirilebilme gücüne yönelik eleştirilerde fayda sağlayacak niteliktedir.

bb) Tehlikede Bulunma

Özen derecesinin belirlenmesinde diğer merkezi kriter eylemin tehlikeliliğidir. Bir eylem ne derece tehlikeli ise, o kadar adam çalıştıran özenli davranmalıdır. Öyle ki, zararın tahmin edilebilirliğine yapılan atıf, somut eylemin tehlikeliliğine göre ölçülür. Dolayısıyla, buradan çıkacak sonuç “farazi karşılaştırılan kişinin” ya da “farazi organizasyonun” (toplu özensizlik olduğunda) eylem ne kadar tehlikeli ise, o kadar uzman olması gerektirir. Bir eylem ne kadar tehlikeli ise, o kadar yoğun biçimde adam çalıştıranın özen yükümlülüğü değerlendirilir. Çünkü tehlikelilik durumu öngörülebilirliği zorlaştıracak onunla diyalektik bir durum ortaya çıkaracaktır⁴⁷³. Zaten daha öncede belirttiğimiz gibi, özen yükümlülüğünün belirlenmesindeki zorluk, farazi karşılaştırılan davranışın belirlenmesidir. Böylece farazi karşılaştırılan kişi (toplu özensizlik söz konusu olduğunda “karşılaştırılan organizasyon), eylem ne kadar tehlikeli ise, o kadar uzman olmalıdır. Bu ele alınan uzman kişinin öngörülebilirlik ölçüsü bir tarafa konmalıdır. Ancak burada istenen uzmanlığı, yapılan iş konusunda ihtisas sahibi olan kişi olarak anlamamak gerekir. Her hal ve karda işi yapan herkesin bilim ve tekniğin ulaştığı en üst sınırdaki bilgi

⁴⁶⁹ Atamer, s. 52.

⁴⁷⁰ M. Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Civilrecht, *AcP* 90, 1900, s. 171, 189; Atamer, s. 53.

⁴⁷¹ Atamer, s. 52.

⁴⁷² Waespi, 2005, s. 335.

⁴⁷³ Nater, s. 26-27; Waespi, 2005, s. 337; Jaun, s. 455.

sahibi olması, en azından uzmanlık sahibi kişi gibi hareket etmesi yeterlidir. Hatta tehlikelilik hali, gerekli bilimsel tahkikatın yapılmaması ve bunun sonucunda güvenlik önlemlerinin alınmaması nedeniyle de artış gösterebilir. Bu durum yine yapılan işin tehlikeye açıklığı ile ilgili bir durumdur⁴⁷⁴. Tehlikeye açık olmakla (adam çalıştırmanın bir işletmesinin olduğu durumlar için) işletmenin büyüklüğü arasında bir bağlantı yoktur. Bu açıdan düşük bütçeli küçük bir işletmenin yüksek tehlikeye gebe kimya araştırması yapmasında, bu işletmeden beklenen özen ölçüsü, oluşacak zarar tehlikesinin ağırlığı ve sıklığı nedeniyle dünya çapında bilimin en üst seviyesine göre istenir. Oysa bir müzisyenin ürettiği trompetin deri alerjisi tehlikesine neden olup olmadığını test etmesi ve bunu öngörmesi beklenmez⁴⁷⁵. İşletmelerle ilgili tehlikelilik durumuna ilişkin açıklamalarda konuya ilişkin çokça örnek verildiğinde, söz konusu durum daha net bir biçimde görülebilecektir.

Öte yandan tehlikelilik kavramından bahsetmişken, tehlike sorumluluğundaki tehlike kavramı ve objektif özen sorumluluklarındaki tehlikelilik kavramlarına değinmek gerekir. Biraz evvel de ifade ettiğimiz gibi tehlikeye açıklık, özen yükümlülüğünün ölçüsü için incelenmesi zorunlu bir husustur. Yani bahsetmiş olduğumuz mevcut bir tehlikeden ziyade, oluşması muhtemel bir zarar tehlikesi ve bu tehlikenin yüksekliğidir. Burada yapılması gereken ayırım somut ve soyut tehlikeliliktir. Yani belirli bir hakkın, tehlike kaynağınca zarara uğraması veya hiç tehlikeye uğrayıp uğramadığına bakmaksızın zarar verme potansiyelinin var olması durumudur. Kusur sorumluluğu ve bir sebep sorumluluğu olan adam çalıştırmanın sorumluluğunda aranan tehlikelilik halleri arasında karıştırılacak bir durum yoktur. Ayırım zaten açıktır. Ancak tehlike sorumluluğundaki tehlike kavramı ile yapılan işin tehlikeliliği arasında karışma eğilimi mevcuttur. Adam çalıştırmanın çalışanına devrettiği iş mutlaka tehlike potansiyeline sahip olmak zorunda değildir (çiçek dükkanı); ancak tam tersine her zaman zarar tehlikesini de barındırabilir (su eğlence merkezi). Özetle adam çalıştırmanın sorumluluğu için peşinen somut ya da soyut tehlikenin inceleneceği söylenemez. Örneğin, kayak işletmesi nispeten tehlikelere açıktır ve tecrübesiz bir kişiye işin verilmesi özen yükümlülüğünü zedeler. Somut durumda çalışanların, hangi pist aşamasında hangi önleme alacağını bilmesi beklenir.

⁴⁷⁴ Gross, s. 314; Waespi, s. 338- 340.

⁴⁷⁵ Waespi, 2005, s. 338-340.

Dolayısıyla Federal Mahkemenin verdiği bir kararda, kayakçıların pist üzerine düşen bir buz kütlesi nedeniyle yaralanması halinde adam çalıştırının sorumluluğuna hükmetmemesi, zira bu zararın öngörülelemeyeceğini belirtmesi yerindedir⁴⁷⁶. Ancak bu temelden yola çıkarak, adam çalıştırının sorumluluğunu, spesifik tehlikelere has bir sorumlulukmuşçasına değerlendirmek yanıltıcı olur. Çünkü tipik işletme riskleri, genel, soyut, belirli ve statiktir. Böyle tehlike rizikolarını sorumluluğa bağlarsak klasik anlamda bir tehlike sorumluluğu söz konusu olur. Ama bu asla adam çalıştırının sorumluluğu değildir. Aslında çeşitli örneklerin incelenmesiyle görülecektir ki, adam çalıştırının sorumluluğu için somut risklerin yanında soyut riskler de önemli rol oynar. Fakat bu durum özen yükümlülüğünün ağırlığı ile ilgili bir tartışmadır. Bu sebeple objektif özen yükümlülüğüne dayalı adam çalıştırının sorumluluğu için şöyle bir ayırım yapılmalıdır. İlk adımda, adam çalıştırının devretmiş olduğu eylem alanının getirebileceği olası tehlike potansiyelleri belirlenir. Bu yargı daha ziyade soyut tehlikeyi oluşturur. Böylece demir yolu işletmesine ilişkin soyut, statik tehlikeler, gösterilmesi gereken özen bakımından karşılaştırma konusu farazi makul kişi figürünün belirlenmesinde yararlı olabilir.⁴⁷⁷ İkinci adımda ise, farazi karşılaştırılan kişinin becerileri temelinde, söz konusu çalışanın somut tehlikeyi hangi durumlarda fark edip önleyeceği belirlenir. Yani bir çeşit genel tehlikeden alınması gereğine işaret eder. Somut durum için gerekli en yüksek orandaki güvenlik önlemlerini belirler. Böylece statik veriler, varsayıma dayalı genel eylem rizikosunu belirlerler. Bu noktada adam çalıştırana düşen ise, bu oranda bir özen ölçüsü ile zararı bertaraf etmektir⁴⁷⁸. Tabi burada ele alınacak olan somut tehlike ve tehlike sorumluluğundaki soyut tehlike kavramları arasındaki en temel farkın, tehlikenin bertaraf edilip edilmemesi noktasında ortaya çıktığını önemle vurgulamamız gerekir. Başka bir ifadeyle tehlike sorumluluğunda, olağan sebep sorumluluğunun aksine önlenmesi mümkün olmayan bir tehlikelilik hali söz konusudur⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Waespi, 2005, s. 345; Jaun, s. 457.

⁴⁷⁷ Waespi, 2005, s. 347.

⁴⁷⁸ Waespi, 2005, s. 347.

⁴⁷⁹ Yücel, s. 120.

cc. Ekonomik Makullük (Önlenebilirlik)

Gerekli özen yükümlülüğünün değerlendirilmesinde, yukarıda saydığımız durumlara göre değişiklik gösterecek olan ekonomik analizden elde edilen ekonomik makullük ölçütü merkezi role sahiptir⁴⁸⁰. Ekonomik makullük incelemesi ile öngörülebilirlik ve tehlike ilkesi gibi birbirini ters oranda etkileyen, birbirine zıt kavramları bir araya getirip bir düzleme oturtmak, değerlendirme kriterlerine ekleme yapmak mümkündür. Zira özen yükümlülüğü ihlalinin zarara neden olacağının öngörülebilir olması, ancak önlenebilir ise bir anlam ifade eder. Veleve ki, söz konusu zarar tehlikesine hükmetmek mümkün değilse, o zaman organizasyona ilişkin özensizlikten yani olağan sebep sorumluluğundan değil, tehlike sorumluluğundan bahsediliyor olur. Zarar riskinin önlenebilir olması ise, zarar verene kusurun veya özensizliğin atfedilmesine sebebiyet verir. Önlenebilirlik ise, az öncede söylediğimiz gibi, Hand formülü temelli olarak incelenir. Ancak elbette bu kriter tek başına ele alınmaz, aksine değerlendirme kriterlerine ekleme imkanı verir ve bir nevi özen yükümlülüğü ihlalinin sağlanması bu yolla yapılır. Dolayısıyla özen yükümlülüğünün incelenmesinde kilit işleve sahiptir. Learned Hand Formülü, önleme önlemlerinin tahmini zarara göre daha pahalı olmama sonucunu sağlamaktadır. Kısaca Hand Formülü, en alt düzeyde önleyici tedbir almanın maliyeti ile alınan tedbirin sağladığının faydanın mukayese edilmesiyle zararın önlenebilir olup olmadığını belirler⁴⁸¹. Böylece bu formül, özenli davranış ve daha geniş perspektifiyle kusur kavramlarına ilişkin teorik ve analitik bir çerçeve sunmakta ve hukukumuz açısından belirsiz olan gösterilmesi gereken özenin değerlendirmesine somut ölçütlere bağlamaktadır⁴⁸². Söz konusu riskin doğuracağı zararın maliyeti, zararı engellemek için alınacak tedbirlerin maliyetini çok aşyorsa; bu durumda sarf edilen çaba beyhude bir çabadır. Ortada önlenilebilecek bir zarar olmadığı için de zarar verene özensizlik izafe edilemez. Özen eksikliğinin zarara neden olacağının öngörülebilir olması, ancak önlenebilir yani “önlemeye değer” ise bir anlam ifade eder⁴⁸³. Matematiksel ifadeyle şu şekilde;

⁴⁸⁰ Oftinger, s. 164; Nater, s. 22; Schnyder/Vasella, s. 67-68.

⁴⁸¹ Sanlı, 2007, s. 225.

⁴⁸² Sanlı, 2007, s. 229

⁴⁸³ Sanlı, 2007, s. 209.

Öngörülebilirlik / Tehlikede Bulunma × Önleme maliyeti > Zarar maliyeti =
Önlenabilir

ifade edebiliriz.

Genel hatlarıyla ekonomik makullüğü iki düzlemde anlamak gerekir. Bunlardan ilki olan önleme yatırımının makullüğü, davalı tarafından ilk düzlemde ilişki ölçülülüğü anlamında anlaşılır. Tehlike ne kadar yüksekse, alınacak önlemler o kadar pahalı olabilir. Şimdi tabii ki, eylemin tehlikeliliği karşısında kapsamlı önlemler alınması, ekonomik olarak sıkıntıyı düşündürür. Böylece her davranışın ölçülülüğü yanında, ikincil önemli husus davalının ekonomik imkanına dair makullüktedir. İkincil düzlem olan rekabetten kaçınma ise problemlidir. Tüm uluslar arası işletmelerin rekabetten kaçınması beklenemez. Ama ekstrem olaylar açısında rekabetten kaçınma kabul edilir⁴⁸⁴.

4. Özene İlişkin Kurtuluş Kanıtlarının Konusu

Eski 818 Sayılı BK. m. 55 gereğince “İstihdam eden müstahdemin yaptığı hizmetten dolayı ortaya çıkan zararın meydana gelmemesi için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özendeki bulunduğu halde yine de zararın oluşmamasının engellenmediğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur” denmiştir. Bu hükmün ifadesince, iki tip karene kabul edilmiş bulunmaktadır. Öğretinin ifadesine göre biri, “eylem karinesi”, diğeri ise “nedensellik karinesidir”. Böylece sorumluluktan kurtulmak için iki karinenin de çürütülmesi gereklidir⁴⁸⁵. Hem çalışanın fiili ile meydana gelen zarar arasında; hem de adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirmesi ile zarar arasında bir nedenselliğin olmadığı ispatlanmalıdır⁴⁸⁶. Fakat yeni düzenleme ile 6098 Sayılı TBK. m. 66’da yapılan değişiklik ile yalnızca eylem karinesi ile yetinilmiş; “yahut bu dikkat ve itina bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mes’ul olmaz” hükmü ile ifade bulan nedensellik karinesi düzenlenmemiştir. Yeni düzenleme şu şekildedir: “ Adam çalıştırarak, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde

⁴⁸⁴ Waespi, 2005, s. 356-357.

⁴⁸⁵ Oftinger, s. 150-151; Brehm, Art. 55, Nr. 37.

⁴⁸⁶ Brehm, Art. 55, Nr. 37.

bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz”. Öğretide yapılan bu değişiklik tartışılmalıdır. Bu değişikliğin doğru olduğunu savunan yazarlarca, bu hükmün gereksiz olduğu, zaten nedensellik bağıını kesen genel sebeplerin varlığı halinde sorumluluğun gündeme gelmeyeceği ileri sürülmektedir. Bu konuda Tandoğan da ikinci kurtuluş kanıtının çoğunlukla birinci kurtuluş kanıtına dönüştüğünü belirtmiştir⁴⁸⁷. Diğer taraftan nedensellik karinesinin çıkartılmasına itiraz eden yazarlar, hükmün çok önemli bir faydası olmasa bile varlığının hukuk sistematiği açısından bozuk, yanlış bir fazlalık olmadığı görüşünü savunmaktadırlar⁴⁸⁸. Bu görüşlere göre aslına bakılırsa, nedensellik karinesinin pratik faydası, zarar görenin veya üçüncü kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğu veya mücbir sebep yoğunluğuna erişmeyen fakat aradaki nedenselliği kesebilecek beklenmedik durumlarda ortaya çıkmaktadır⁴⁸⁹. Zira bu gibi hallerde ispat yükü zarar görenin aleyhine dönecektir⁴⁹⁰.

Bu hükümle birlikte gelen bir diğer değişiklikte, daha önce öğretice genel kabul gören gösterilecek özene ilişkin kurtuluş kanıtına dair olguların yasal bir düzenlemeye kavuşmuş olmasıdır. Genel kanaat uyarınca ve bizim de katıldığımız görüşe göre, de bu düzenleme yerinde olmuştur. Daha önceden yargı kararları ve yorum suretiyle kabul edilen bu kapsam şimdi yasa tarafından açıkça belirlenmiştir⁴⁹¹. Ancak bize göre, bu özen yükümlülüğünü somutlaştırmak için tek başına yeterli olamaz. Bunun için net ve kesin formüllerle özen yükümlülüğünün

⁴⁸⁷ Tandoğan, 1981, s. 71.

⁴⁸⁸ Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1261. Ayrıca Kılıçoğlu TBK m. 66 hükmünün bu düzenlemesinin TMK m. 369’un yaklaşımına ters düştüğünü ifade etmiştir. “TMK m. 369 “ev başkanının kusursuz sorumluluğunu düzenlemiştir. Bu maddeden önceki eski 320. maddede bu tür sorumluluklarda “ev başkanının gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bile zararın kaçınılmaz olduğunu” kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma olanağına yer verilmemişti. Öğretide bu eksikliğe rağmen bu ikinci durumun nedensellik bağıını kesen bir sebep olarak ileri sürülebileceği ve bu durumda da sorumluluğun nedensellik unsurunun eksikliği nedeniyle söz konusu olmayacağı kabul edilmekteydi. Ancak buna rağmen TMK’nu yapan yasa koyucu eski 320. Maddenin yerini alan alan 369. Maddede bunu bir eksiklik olarak görmüş ve maddeye “...veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat” etmesi halini eklemiştir.”

⁴⁸⁹ Sağlam, s. 171.

⁴⁹⁰ Sağlam, s. 172.

⁴⁹¹ Sağlam, s. 169.

derecesi irdelenmelidir. O halde eylemsel özene ilişkin kurtuluş kanıtına üç husus dâhildir⁴⁹².

a. Çalışanın Seçiminde Özen (Cura in eligendo)

Öncelikle temel kural olarak, özen yükümlülüğüne ilişkin tüm bu hususların işin niteliğine uygun olarak yerine getirilmesi olduğunu vurgulamamız gerekir⁴⁹³. Hal böyle olunca, adam çalıştıranın işi ne kadar zahmetli ve/veya tehlikeli ise, görevi yerine getiren kişiyi o kadar özenli ve titiz seçmesi gerekliliği kendiliğinden anlaşılır⁴⁹⁴. Adam çalıştıran çalışanın devredeceği işe uygun mesleki bilgi, yetenek ve tecrübeye sahip, gerek fiziki gerekse psikolojik açıdan uygun biçimde seçmelidir⁴⁹⁵. Bu özelliklerin varlığını tespit ve çalışanın seçimi için ise, çalışanın sertifika, ehliyet ve diplomaları, daha önce yapmış olduğu işlerdeki referansları ve çalışma süresi, adli sicil belgesi gibi somut veriler esas alınmaktadır⁴⁹⁷. Ayrıca adam çalıştıran yapacağı bilimsel sınavlar, psikolojik uygunluk testleri ile birlikte, emsaller

⁴⁹² Hausheer, 1997, s. 25-26.

⁴⁹³ Schaefer, § 831, N. 137- 140, “Çok büyük bir tehlike yaratma olasılığı olmayan, basit işler diye addedebileceğimiz ev işlerinde, çalışanın ev sahibinin talimatlarından ayrılmamış olması yeterlidir (OLG Stuttgart OLG 9, 42). İnsan hayatı için tehlike taşıyan işlerde ise, özen kavramı daha incelikte irdelenir. Mesela şöför olarak kişinin istihdamı halinde (RGZ 142, 356, 362; BGH VersR 1961, 330, 332; 1967, 63, 64). Bir üst yoğunluktaki özen ölçeği ise, daha tehlikeli araçlar için geçerli olacaktır. Mesela tren (BGH VersR 1955, 186), omnibüs (BGH VRS 13, 8), lokomotif , metro (RG JW 1920, 492)

⁴⁹⁴ Eren, s. 628; Honsell/Isenring/Kessler, s. 154; Müller, s. 365; Gnos, s. 126; Rey, s. 213; Fellmann/Müller/Werro, s. 183; Fikentscher, Nr. 1307; Brehm, Art. 55, Nr. 57, 58, 60: “Basit bir işin yapımı için sıradan bir işçinin seçilmesi mümkündür (BGE 68 II 278/292) ya da spesifik bir konuyla ilgili ise, bu konuda eğitimi veya tecrübesi olan birinin seçilmesi gerekir. Örneğin nitelikli bir gazete editörü, gazetenin düzeltme işini yürütebilir (BGE 48 II 53/56f). Deneyimli bir ustaya şömine yapım işinin verilmesi ve adam çalıştıranın gözetim yükümlülüğünü daha az sıklıkta yerine getirmesi de yine özen yükümlülüğüne uygundur. Çünkü tecrübeli bir kişiyi işin yapımı devredilmiştir (BGE 77 II 243/248).”

⁴⁹⁵ Diğer taraftan işin küçük yaşta bir çalışana, hiçbir eğitimi ve deneyimi olmayan birisine verilmesi de seçimde özen gösterilmediğinin emaresi olarak görülebilir. Bkz. Brehm, Art. 55, Nr. 63, 64.

⁴⁹⁶ Nater, s. 28; Fikentscher, Nr. 1307; Y. HGK. E. 1994/ 11- 178, 1994/398, T. 15.06.1994. “Davalı banka adam çalıştıran sıfatı ile sorumludur. Bilindiği gibi adam çalıştıranın sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklemiştir. Sorumluluğun doğması için objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında, uygun nedensellik bağının bulunması yeterli kabul edilmiştir. Adam çalıştıran görülecek işe uygun fikri, mesleki bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmekle yükümlüdür. Seçeceği yardımcı kişinin göreceği iş için vasıflı, yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği, özümsemiş ve izlemiş olması arayacaktır. Bu sebeple bankanın çalıştırdığı kişi gözüyle imzaları karşılaştırdı savunmasını mahkeme uygun bulmamıştır.” (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

⁴⁹⁷ Kılıçoğlu, s. 340; Schaefer, § 831, N. 141, (RG Recht 1908 Nr 3606; 1913 Nr 940; LZ 1923, 229).

arasından bir seçim yapacaktır⁴⁹⁸. Örneğin Federal mahkeme bir kararında, fritözün termostatındaki bir aksaklığın yangına sebep olduğu olayda, adam çalıştırının çalışanı dijital monitörü konusunda yeterince bilgilendirmemesinden dolayı kusurlu bulmuştur⁴⁹⁹.

Adam çalıştırana yüklenen bu özen yükümlülüğünün, işe alım esnasında var olan vasıfları gösteren, referans ve sertifikalarla, yerine getirilmiş olmaz; bu özelliklerin çalışanda çalışma süresi boyunca var olduğunun denetlenmesi ile sürekli bir biçimde incelenmesi gerekir⁵⁰⁰. Bilhassa sürekli çalışanlar arasında işbölümü yaparken ya da yeni bir görev verirken ayrıca bir değerlendirme yapmak gereklidir⁵⁰¹.

Öte yandan daha önce ifade ettiğimiz gibi, çalışanın seçiminde özen denildiğinde bu konuda İsviçre ve Alman öğretisine önemli itirazlar söz konusudur. Bu itirazlar çalışanın seçiminin çoğunlukla çalışanın karakterinin ve kişiliğinin araştırılması, sonucunu doğurması sebebiyledir. Zira, bu durumda işçinin kişilik değeri olarak özel (yaşam) alanı ve adam çalıştırının kontrol yükümlülüğü arasındabirçatışma gündeme gelmektedir⁵⁰².

b. Talimat Vermede Özen (Cura in instruendo)

Adam çalıştırın, çalışana işin üçüncü kişiyi zarara uğratmasını engelleyecek nitelikte ve gerekli oranda talimatları vermelidir⁵⁰³. Çalışan talimatlar aracılığı ile görevini yerine getirmelidir. Yapılan iş ve bu işte kullanılan araçlar ne kadar karmaşık ve tehlikeliyse, çalışana yapılan talimat da o derece sıklıkta olacaktır (BGE 96 II 32). Hatta burada mesleki eğitimler de önemlidir. Özellikle az kişinin istihdam edildiği ya da tecrübesiz ve küçük yaştaki çalışanların olduğu durumlarda talimat vermek büyük önem taşır⁵⁰⁴. Ancak bazı hallerde, örneğin yapılan işte özel uzmanlık

⁴⁹⁸ Oftinger, s. 161; Furrer/Müller-Chen, s. 343; Honsell/Vogt, Nr. 15.

⁴⁹⁹ BGE 90 II 86.

⁵⁰⁰ Schaefer, § 831, N. 143, (RGZ 70, 379; JW 1921, 526).

⁵⁰¹ Furrer/Müller-Chen, s. 343; Tandoğan, s. 119; Antalya, s. 559; Aydın, s. 19; Gnos, s. 127.

⁵⁰² Waespi, 2005, s. 259.

⁵⁰³ Eren, s. 628; Oftinger, s. 161; Rey, s. 214; Müller, s. 365; Fellmann/Müller/Werro, s. 183.

⁵⁰⁴ Schaefer, § 831, N141, (RGZ 94, 423; BGH VersR 1957, 463; 1967, 54).

bilgisine sahip bir çalışan varsa, adam çalıştırana yeniden bir talimat verme yükü yüklemek haksızlık olacaktır⁵⁰⁵. Bazı durumlarda da bazı tehlikeler çok açıkça görülür ya da verilecek talimatlar zaten herkesçe bilinebilirdir. Bu gibi hallerde yine talimat yükümlülüğünden söz edemeyiz⁵⁰⁶. Örneğin şoföre trafik kuralları konusunda bilgi ve talimat vermek lüzumsuzdur⁵⁰⁷. Temel esas burada somut olay nezdinde gerekli olmayan bilginin verilmemesi (örneğin, uzun süredir çalışan ve oldukça güvenilir bir çalışana günlük bir iş için rutin bir bilginin verilmesine gerek yoktur), gerekli olan bilginin ise çalışılan alanın tehlike oranına, verilen mesleki eğitimlere ya da kullanılan aracın karmaşıklığına bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğidir⁵⁰⁸.

c. Denetlemede ve Gözetimde Özen (Cura in Custodiendo)

Özenli bir seçim yapılması ve talimat verilmesi, kurtuluş kanıtının başarılı şekilde yerine getirilmesine yetmeyecektir. Çalışanların denetlenmesi ve gözetimine ilişkin özen, adam çalıştırmanın talimat yükümlülüğünün bir sonucu şeklinde karşımıza çıkar⁵⁰⁹. Bir anlamda talimat yükümlülüğünün özenli biçimde yerine getirilmesi, dağıtılan işin denetimi ve çalışanlarının gözetimine bağlıdır⁵¹⁰. Buna işletmenin ve onun organizasyonunun özelliklerinin denetlenmesi de dahildir. Nitekim sorumluluğun yapısı gereği, işletme sahibi bir adam çalıştırmanın organizasyon yükümlülüğü yanında, bu üç tip özen yükümlülüğünü de yerine getirmesi mecburiyetini ayrıca zikretmeye gerek yoktur⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Brehm, Art. 55, Nr. 66; “On yaşından beri makineyi kullanan bir kişiye (BGE in Semjud. 1914 305/307 f), iyi ve tecrübeli bir şoföre (BGE 47 II 333/334), bisiklet kullanımı için bir yetişkine (BGE 47 II 522/528), tecrübeli bir anestezi uzmanına (Waadt, SJZ 973 379 Nr. 167) ayrıca talimat vermeye gerek yoktur.”.

⁵⁰⁶ Honsell/Vogt, Nr. 19.

⁵⁰⁷ Aydın, s. 19.

⁵⁰⁸ Örneğin, lehim lambasının kullanımı basit bir iştir ve özel talimat gerekmez, (BGE 49 II 89). Vinç işletmesi tehlikeli bir işleme olduğundan, özel talimatlar gerekir, (BGE 77 II 308). Adam çalıştırmanın kar yağdığında, kar küreme ya da tuzlama gibi talimatlar vermesi yeterli bulunur, (PKG 1975, Nr. 5). Adam çalıştırmanın vinç tesisatçısına birlikte çalıştığı firmanın işçilerin davranışlarına dikkat etmesi talimatı vermesi gerekli bulunmuştur, BGE 96 II 27), Furrer/Müller-Chen, s. 344; Nater, s. 29.

⁵⁰⁹ Oftinger, s. 161; Rey, s. 214; Gnos, s. 127.

⁵¹⁰ Nater, s. 29; Fellmann/Müller/Werro, s. 183.

⁵¹¹ Honsell/Vogt, Nr. 20; Furrer/Müller-Chen, s. 343.

Doğal olarak, çalışanların denetlenmesinde gösterilecek özenin somut ölçüsü, bir kez daha her olayın şartlarının tespiti sonucunda belirlenecektir. Yetişmiş, tecrübeli, uzmanlık bilgisine sahip bir çalışanın denetlenmesi, olağan işler bakımından elzem değilken⁵¹², bu kişinin yapacağı alışılmışın dışındaki veya tehlike potansiyeli yüksek görevlerde denetim zaruridir⁵¹³. Bu denetim en azından iş süresince rastgele yapılabilir veya uzmanlık bilgisine sahip kişi yine aynı şekilde uzman olan bir kişi tarafından denetlenebilir. İşe yeni başlamış veya özensiz, işleri savsaklayan bir kişinin daha yoğun ve sürekli denetleneceği ise malumdur⁵¹⁴. Yine işletme sahibi bir adam çalıştırmanın, işletmenin karmaşık yapısı, büyüklüğü dikkate alındığında ve hatta işletme dışında çalışanları da olacağı varsayıldığında daha özenli bir denetimin yapılmasına sebep olur⁵¹⁵. Fakat adam çalıştıran bu denetimi kolaylaştırmak adına bir takım yasaklar (dikkatin dağılmasını engellemek için sigara içme ve telefonla konuşma yasağı) ve bunların ihlali halinde müeyyideler koyması mümkün olabilir⁵¹⁶. Bazı uzun soluklu durumlarda ise, kesintisiz biçimde gözetim ve denetleme yükümlülüğünün icra edilmesi mümkün olmayabilir, böylesi bir beklentinin kişiye yüklenmesi gereksiz ve zorlayıcı olabilir. Örneğin doktorun ameliyat hemşiresini sürekli denetlemesi.⁵¹⁷

6098 S.TBK. öncesi yargı kararlarında, sözünü ettiğimiz özen yükümlülükleri hariç, başka konularda da dikkatli olunması gerektiği, aksi halde kurtuluş kanıtının yerine getirilmiş sayılmayacağı ifade edilmektedir⁵¹⁸. İşletmelerin üçüncü kişileri zarara uğratmayacak şekilde düzenlenmesi, organize edilmesi,

⁵¹² Brehm, Art. 55, Nr. 70; BGE 72 II 255, 262, “sürekli denetlenmesi gerekme de ara sıra denetim zorunludur”, Furrer/Müller-Chen, s. 343.

⁵¹³ Brehm, Art. 55, Nr. 72.

⁵¹⁴ Honsell/Vogt, Nr. 20; Furrer/Müller-Chen, s. 343.

⁵¹⁵ BGE 72 II 255, “Peynir imalathanesinde kullanılan Dresch makinesi, köylülere ücret karşılığında verilmiştir. Makinenin kapağı külle kaplanmış olması nedeniyle, motorun çalışması sırasında kapak tam kapanmamış. Bu nedenle makine ile ilgilenen bir çalışanın kemiğine isabet etmiş ve yaralanmış. Makinist eğitim almış olmasına rağmen, peynirci ara sıra onu denetlemediği için sorumlu tutulmuş”; BGE 96 II 355, “güvenlik düzenlemelerindeki demiryolu hattının ana çizgilerinin kontrol edilmemesinden sorumlu olunmuş; BGE, Jdt 1934 I 300, “Yol şantiyesinde silindirin tehlikeleri hakkında çalışanlara bilgi verilmiştir. Adam çalıştırana bu nedenle çalışanlarını yoğun şekilde denetlemekten sorumlu tutmamıştır”, Furrer/Müller-Chen, s. 345.

⁵¹⁶ Tandoğan, s. 120.

⁵¹⁷ Schaefer, § 831, N. 162.

⁵¹⁸ Y. 19. HD. E. 1993/8957, K. 1993/9031, T. 28.12.1993, Uygur, C. III, s. 2755-2756.

Çalışanlara uygun malzeme ve alet verilmesi, tehlikeli işlerde zararı en aza indirgeyecek tedbirler alınması ve çalışanların çalışma saatlerinin aşırı yorgunluğa neden olmayacak şekilde düzenlenmesi bu kapsamda sayılabilir. Ancak bu sayılanlar, artık yeni düzenleme ile adam çalıştırının organizasyon sorumluluğu içerisinde yer alacağı için, itihatındaki çekinceler kanunlar nezdinde dikkate değer haldedir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN TBK m. 66/f.3 ÇERÇEVESİNDE İŞLETMENİN ORGANİZASYONU DOLAYISIYLA SORUMLULUĞU

Çalışmamızın bu bölümünde adam çalıştıranın işletme faaliyetleri nedeniyle sorumluluğu ele alınacaktır. Adam çalıştıranın bu sorumluluk türü 6098 Sayılı TBK. m. 66/f. 3 gereğince “*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*” şeklindeki ifadesiyle kendisine yasal zemin bulmuş ve yasanın bu düzenlemesi önemli bir değişikliğe sebep olmuştur. Zira eBK. m. 55’deki düzenleme böyle bir ifadeyi barındırmamakta, kanunun yapıldığı zamanın koşulları çerçevesinde de böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamaktaydı. Ancak sanayileşmenin artması, bilim ve tekniğin gelişmesi, çalışma hayatındaki değişiklikler, bu hükmün işlevini önemli ölçüde yitirmesine yol açtı. Çünkü artık bireysel olarak ihtiyaçlara cevap verebilecek basit anlamda organize olmuş esnaf ve zanaatkâr işletmelerinin yerini, kentleşmenin sonucu olarak daha fazla talebe cevap verebilen karmaşık yapıyı haiz, iş bölümü üzerine kurulmuş büyük işletmeler almıştır⁵¹⁹. Bu durum ise, bir yandan kişilerin borçlandıkları edimlerin yerine getirilmesinde üçüncü kişilerin kullanılmasını zorunlu kılmakta -ki bu durumda çalışanın fiilinden ortaya çıkacak zararların giderilmesi için hâlihazırda TBK m. 66/f.1’e göre adam çalıştıranın sorumluluğu yeterlidir-, diğer yandan ise yardımcı çalıştıran kişilerin sorumluluğunun az önce sözünü ettiğimiz nedenlerle günümüz koşullarına uyarlanmasını, geleneksel manasıyla haksız fiil sorumluluğunun değişimini gerektirmektedir⁵²⁰. Başka bir ifadeyle küçük işletmelerin hâkim olduğu dönemin koşulları göz önünde bulundurularak kaleme alınmış olan eski hüküm, üç klasik özen yükümlülüğü ve bu yükümlülüklerin adam çalıştırınca yerine getirildiğinin ispatı ile adam çalıştıranın sorumluluktan kurtarılması nedeniyle yetersiz kalmaktadır. Sonuç itibarıyla birçok

⁵¹⁹ Nater, s. 36-37; Jaeggi, s. 754 ff.

⁵²⁰ Bruggemeier, 1991, s. 34.

kişinin çalışmakta olduğu, tabiiyet ilişkisinin son derece çetrefilli olduğu işletmelerde adam çalıştıranın çalışanın seçiminde özen (cura in eligendo), çalışana talimat vermede özen (cura in custodiendo) ve çalışanı denetlemede özen (cura in custodiendo) gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulması, zarar gören üçüncü kişilerin işletme faaliyeti sebebiyle gördükleri zararlarının tazmin edilememesine sebep olacaktır. Adam çalıştıranın ayrıca işletmeyi gerektiği gibi organize ettiğini ispat etmesi, yani organizasyonda özen gösterdiğini ispatlaması (cura in organisando) sorumluluğun amacının daha başarılı şekilde gerçekleşmesini sağlayacaktır⁵²¹.

Buna karşılık yasal düzenlemede kısa süre önce yapılan değişikliğe rağmen, adam çalıştıranın işletmeyi organize etme sorumluluğunun İsviçre öğreti⁵²² ve içtihatları⁵²³ tarafından kabulü daha eskiye dayanmaktadır. İchtihat ve öğreti uzun yıllardır adam çalıştıranın organizasyonda özenini tartışmış, hatta bu tartışmalar sorumluluğa dayanak oluşturmuştur⁵²⁴. Öğretiden ilk olarak Jaeggi'nin 1967 yılında İsviçre Hukukçular Gününde, organizasyon sorumluluğuna duyulan ihtiyacı ifade etmesiyle kavram gündeme girmiştir. Jaeggi teknolojik gelişmelere bağlı olarak tehlike sorumluluğu ve organizasyon sorumluluğunun kabulünün gerekli olduğunu vurgulamıştır. Jaeggi, organizasyon sorumluluğunu, tehlike potansiyeli bulunmayan

⁵²¹ Gilliard klasik manada özen yükümlülükleriyle, adam çalıştıranın işletme içerisinde zararı yeterince önleme imkanı olmadığını vurgulamıştır. Bkz. s. 296.

⁵²² Nater, s. 3- 4; Bussani/ Werro, s. 313; H. Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1- 183, Bern, 1941, s. Art. 55, N. 12; Schwenzer, s. 129; Tandoğan, (Mesuliyet), s. 121; Jaun, s. 383; Rey, s. 215; Gnos, s. 127-128; Gross, s. 313 ff; Widmer, (1994), s. 386; J. Hagmann/M. Zimmermann, Revision und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechtes, **TREX** 2001, s. 145.

⁵²³ MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 383, 111 N.E. 1050, (1916), Amerika'da, Donoghue v Stevenson, (1932) AC 580, (1932) All ER 1, (1932) SLT 317, İngitere ve İskoçya'da, Hühnerpest, BGH, 26.11.1968, BGHZ 51, 91; NJW 1969, 269, Almanya'da, naklen: Bussani/Werro, s. 314, Dn. 103-104-105; BGE 125 IV 9, H. Hausheer/ M. Jaun, Die Privatrechtliche Rechtsprechung Des Bundesgerichts im Jahre 1999, **ZBJV** 136/2000, s. 579-581.

⁵²⁴ BGE 31 II 701, "Federal Mahkeme yoğun bir biçimde klor kullanılması sebebiyle balık çiftliğindeki balıkların ölmesinde işletmeyi organizasyon eksikliği vesilesiyle sorumlu bulmuştur. Karara göre işletme klorlama işini takip edecek, hangi ölçülerde klorlamanın yapılması gerektiğini iyi bilen bir çalışanı istihdam etmemiştir ve sorumludur."; BGE 34 II 270/1, "İnşaat firmasının yol yapımı sırasında iyi aydınlatma yapmaması ve zarara sebep olması organizasyon eksikliği olarak kabul edilmiştir."; BGE 58 II 29, "Yorgun bir sürücünün kaldırımıdaki iki çocuğa çarpıp öldürmesi, işletmenin organizasyon kusuru kabul edilmiştir. Zira çalışma saatlerinin ayarlanması organizasyon yükümlülüğünün en temel kalemidir.", Nater, s. 32-33; S. Fuhrer, 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft Für Haftpflicht und Versicherungsrecht, **Schweizerische Gesellschaft Für Haftpflicht und Versicherungsrecht**, 2010, s. 3-4; Koller, 434; S. Weber, Revision Des Haftpflichtrechtes, **HAVE**, 2002, s. 221.

ürünler açısından, insan ve makine faktörünün tehlike oluşturmaları nedeniyle kabul etmektedir. Çünkü büyük ölçekteki bir işletmenin kapsamlı biçimde organizasyonu çalışanlar arasında iş bölümünün varlığı, kişisel kusurun kaybolmasına neden olacaktır ve işletme sahipleri, işletme faaliyeti dolayısıyla üçüncü kişilerin uğrayacakları zararları engelleyebilmek içindaha özenli davranmalıdırlar⁵²⁵. Yine yargı kararları da işletme faaliyetleri sebebiyle daha katı bir sorumluluğa olan ihtiyacı vurgulamıştır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin ilki 1964 tarihinde verilen birçok kararında, adam çalıştırana işin ve işletmenin uygun organizasyonunu yapması, uygun araç gereçleri sağlaması, çalışma saatlerini herhangi bir tehlikeye mahal vermeyecek şekilde düzenlemesi mecburiyeti yüklenmiştir. Örnek olarak 1964 tarihli “Fritöz Olayı’nda” (Fritözen Fall) fritözün yanlış imalatı nedeniyle, fritözü satılan alan restaurantta çıkan yangın sebebiyle, üreticinin OR Art. 55 dolayısıyla adam çalıştırana sorumluluğu kapsamında tazminat ödemekle yükümlü olup olmadığı incelenmiştir. Ancak Federal mahkeme, üreticinin fritözün imalatını yapan çalışanın seçiminde, gözetiminde, çalışana verilen talimatlarda ve işin organizasyonunda yeterince özenli davrandığı gerekçesiyle sorumlu tutulamayacağı kararını vermiş ve davayı reddetmiştir⁵²⁶. Yine 1984 tarihli “Menfez çerçevesi” (Schachtrahmenfall) kararı konuya ilişkin önemli örneklerdendir. Olayda menfez çerçevesinin bir kepçe yardımıyla menfeze yerleştirilmesi sırasında taşıma halkasının kopması nedeniyle çalışan işçiler yaralanmış ve Federal mahkeme ise, adam çalıştırana işletmenin yalnızca amaca uygun organizasyonunun yapıldığının ispatı halinde sorumluluktan kurtulabileceğini karara bağlamıştır⁵²⁷. Bir başka kararda ise, dış hekimin sandalyesindeki hata, ithalat eden firmanın ithalat faaliyetini düzgün takip etmesi, dolayısıyla iyi organize etmesine bağlanmıştır⁵²⁸. Ancak bu kararlar incelendiğinde görülecektir ki, organizasyon sorumluluğu büyük bir genel kabul neticesinde

⁵²⁵ Jaeggi, s. 755. Ayrıca bkz. B. Öztan, İmalatçının Sorumluluğu, Ankara, 1982, s. 240 vd.

⁵²⁶ Kararın özeti için bkz. § 5. Sorumluluğun Karşılaştırmalı Hukuktaki düzenleniş biçimi I. İsviçre Hukuku A. Genel Olarak, dpn. 155; Gnos, s. 128; Karara karşı olan yazarlar Bkz. Jaeggi, s. 757; Fellmann, s. 303; Orta ve küçük ölçekteki işletmeler için sağlıklı bir uygulama olmayacağı yönünde görüşler için bkz. Nater, s. 26.

⁵²⁷ Kararın özeti için bkz. § 5.I. A.dpn. 156; Gnos, s. 128- 129; “BGHZ JZ 1978, 475: “Kararda, otomobilin tamiri sırasında yanlış yedek parça montajı nedeniyle, teker aksamında oluşan hasar sebebiyle otomobil sahibi tamir atölyesine dava açmıştır. Mahkeme adam çalıştırana organizasyonu uygun biçimde oluşturmadığı gerekçesiyle tazminata mahkum etmiştir.”, Matusche-Beckmann, s. 65.

⁵²⁸ Karar için bkz. Gnos, s. 129.

doğmamıştır. Hatta Federal Mahkemenin farklı kararlarında farklı sonuçlar ve uygulamalar ortaya çıkmıştır⁵²⁹. Federal Mahkemenin 1964 tarihli “Fritösen Kararı”, “menfez çerçevesi” olayından farklı olarak, üreticinin sorumluluğuna yol açmamış, organizasyona ilişkin özen burada yeterli kabul edilmiştir. Bu durum hem OR. Art. 55 hükmünde klasik özen yükümlülüğünün esnek yorumlanmasıyla hem de öğretinin organizasyon sorumluluğunun yapısına verdiği anlamla yakından ilgilidir⁵³⁰. İsviçre’deki bu gelişmelere paralel olarak, Türk hukukunda da adam çalıştırmanın sorumluluğunun, işletmeler açısından klasik özen yükümlülükleriyle bertaraf edilebilmesi zarar gören üçüncü kişinin zararının telafi edilememesine neden olur. Bu bağlamda çalışanların görev sınırlarının gerektiği biçimde tespit edilmesi, işin niteliğine göre yeterli sayıda çalışanın kullanılıyor olması⁵³¹, çalışanlara yürüttükleri işe uygun malzeme ve aletin verilmesi⁵³², tehlikeli işlerde üçüncü kişilerin zarara uğramaması için gerekli koruyucu tedbirleri almış olması, yardımcı şahısların çalışma saatlerini fazla yorgunluğa neden olmayacak biçimde ayarlanması⁵³³ öğreti tarafından organizasyona ilişkin özen yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 1978 yılında verdiği bir kararda adam çalıştırmanın özen ödevinin dört esasta değerlendirilmesi gerektiğini ve dördüncü özen yükümlülüğü olarak da işin organizasyonunun esaslı ve doğru bir şekilde kurulması olduğunu belirtmiştir⁵³⁴. Bu karara göre; davalıyı işin organizasyonunu uygun biçimde yapmaması sebebiyle, işçilerin vinç ile kaldırdığı prefabrik demir asklardan birisinin, taşıma halkasının kopması sonucu olay yerinden geçen ve elektrik işlerinin kontrolü ile görevli olan davacı yüksek mühendisin, yaralanmasına neden olması gerekçesiyle tazminata mahkûm etmiştir. Yine Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1943 tarihli bir kararında⁵³⁵, belediyeye ait bir kamyonu, kamyonun kısa mesafede

⁵²⁹ Fellmann, s. 878; Widmer, (1994), s. 408.

⁵³⁰ Waespi, 2005, s. 17, H. Hausherr, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1995 und 1996, ZBJV 1997, s. 440; Widmer, (1994), s. 408; “Ayrıca VE Art49 ve 49a hükümlerinin önemi göz ardı edilmemelidir”, Stolz, s. 118.

⁵³¹ Tandoğan, (2010), s. 120.

⁵³² Y. 4. HD. 31.03.1947, E. 912/K. 1309, İmre, s. 147.

⁵³³ Y. 4. HD. 23.02.1942, E. 161/ K. 556, İmre, s. 152.

⁵³⁴ Y. 4. HD. E. 1977/11751, K. 1978/10809, T. 10.02.1978, bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 509 dn. 4/a.

⁵³⁵ Ankara, 3. Asliye Hukuk Mah. 44/95 S. T. 25/03/1943, İzmir Barosu Dergisi, S. 41, 1946, s. 56.

durmasını sağlayacak hidrolik frenlerin konmamış olması nedeniyle, belediyeyi sorumlu tutması da adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında organizasyona ilişkin özenin değerlendirildiği görülmektedir.

Konuyla ilgili yapılan bu kısa açıklamadan sonra bu bölümde takip edeceğimiz istikameti belirlemek konunun kapsamının anlaşılması için fayda sağlayacaktır. Öncelikle adam çalıştırmanın işletme çalışanlarının organizasyonu dolayısıyla sorumluluğu için farklı ifadeler kullanılmaktadır. Kanun “çalışma düzeni” ifadesini kullanmıştır. Buna rağmen öğretide, organizasyon kusuru⁵³⁶, organizasyon eksikliği, organizasyon sorumluluğu, adam çalıştırmanın işletme faaliyetinden sorumluluğu terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir. Ancak biz sorumluluğu daha iyi ve özlü ifade ettiği gerekçesiyle, İsviçre içtihat ve öğretide de hâkim olan “organizasyon sorumluluğu” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Dolayısı ile bu bölümde öncelikle organizasyon kavramı, daha sonra ise organizasyon sorumluluğu kavramı, organizasyon sorumluluğu kavramının yapısı ve sınıflandırılması ele alınacaktır. Akabinde ise adam çalıştırmanın işletme faaliyetleri dolayısıyla organizasyon sorumluluğunun, özel sorumluluk şartlarına yer verilecektir.

§ 7. ORGANİZASYON SORUMLULUĞU

I. Kavram

A. Organizasyon ve Organizasyon Yükümlülüğü Kavramı

1. Organizasyon Kavramı

Latince kökeni itibariyle “organum” teriminden kaynaklanan, Fransızca “organe- organiser”den türeyen organizasyon kavramı, organize etme yani düzenleme fiilinin soyut isim haline karşılık gelmektedir. Daha açıklayıcı bir tanım yapmak gerekir ise, organizasyon, insanların amaçladıkları hedeflere ulaşmak için bir

⁵³⁶ Daha ziyade Alman Hukuku tarafından, organizasyon kusuru (Organisationsverschulden) kavramının yoğun bir biçimde kullanıldığı görülmektedir. Kavramın kusur olarak kullanılmasına, sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olarak kabul edilmesi sebep olarak gösterilebilir.

arada iş görme ve verimli bir şekilde çalışmalarını sağlayacak bir yapı oluşturmalarıdır⁵³⁷. Bu açıdan bakıldığında çağdaş yaşamın bir nevi “örgütsel yaşam” haline gelmiş olması farklı şekillerdeki organizasyon yapıları ile her yerde karşılaşmamıza imkân sağlayacaktır. Örneğin sivil toplum kuruluşları (non-government organizations), mekanik ve teknik üretim birimleri, işletmeler⁵³⁸ bize farklı şekillerdeki organizasyonları ifade etmektedirler⁵³⁹.

Buna karşılık çalışmamızın konusunu oluşturacak anlamda organizasyon bu geniş yelpazenin tamamını kapsamaz. Bizim çalışmamızda organizasyon yalnızca eylemsel ve kurumsal olmak üzere iki anlamda kullanılacaktır. Organizasyon kavramının bir etkinliği tanımlayan anlamı, özenli ve sistematik bir hazırlığı, yapım ve tasarımı ve bu çerçevede sorunsuz planlı bir sürecin sağlanmasını içerir. Başka bir deyişle, işletmesel eylem için düzeni geliştiren biçimlendirici bir süreci tarif eder. Bu süreçte öncelikle bir işletmede hangi işin yapılacağı, işletme için işbölümü esasına dayalı olarak kaç kişinin çalışması gerektiği ve işletme içindeki hiyerarşi belirlenir.

⁵³⁷ Waespi, (2005), s. 6, “Her şeyden önce, organizasyon öğretisinin neyi organizasyon olarak kabul ettiğine dikkat etmek gerekir. Başlangıç noktası olarak güncel ticari işletme tanımından yararlanmak daha faydalı olacaktır. Buna göre organizasyon bir sistemdir: a) Belirli sistem özellikleri hâkimdir. Organizasyon benzerler arasında olan, elamanları düzenlenmiş bir sistemdir. Bu yüzden aralarında düzen ve hiyerarşi hakimdir. Yani bu bir sistemden bahsedebilmek için dış ilişkiler kadar iç ilişkilerin de yoğun olması gerekir. Bu sistemdeki sınıra elamanların birbirleri ile ilişki yoğunluğuna göre yön verilmektedir. b) Sosyal alana sahiptir. Organizasyon üyeleri arasında düzenli bir etkileşim vardır. Bu etkileşim organizasyonda kurumsallaşmış davranış beklentileri tarafından etkilenir. Dolayısı ile planlanmış davranış biçiminden sistem üyelerinin davranışları sapması tehlike arz eder. c) Ortak bir amaç ve hedefin var olması gerekir. Organizasyonlar üyelerinin var olan ortak amaç ve hedeflerini gerçekleştirmek için kurulmuş sistemlerdir. Üyeler bu ortak amacı gerçekleştirmek adına hareket ederler, hareketlerinde keyfiyet olmaz. d) Geçici süreklilik var olmalıdır. Böylece organizasyonlarda “doğal gelişmiş- yarı doğal” davranış beklentileri düzenlenmez (aile gibi), aksine organizasyon tasarım süreci belirli amacı başarmış meşru kişilerce yapılandırılmıştır. e) iş bölümü yoluyla görevler ve karar mekanizmaları karakterize edilir.” ; E. Eren, **Yönetim ve Organizasyon, Çağdaş ve Küresel Yaklaşımlar**, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 217.

⁵³⁸ Koçel’e göre, önemi artan organizasyonların başında işletmeler gelmektedir. İşletmeler yakın bir gelecekte ülkelerin siyasi sınırları yerine geçecek. Yani dünya haritasına bakıldığında siyasi sınırlarla gösterilen ülkeler yerine işletmelerin etki alanı içindeki ülkeler görülecektir. Böylece şebeke organizasyonları ülkelerin siyasi sınırlarının yerine geçecek kadar toplumdaki önemini artıracak. Ayrıntılı bilgi için bkz. T. Koçel, **İşletme Yöneticiliği**, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 71.

⁵³⁹ Morgan “Images Of Organization” adlı eserinde, oldukça farklı organizasyon çeşitleri saymaktadır. Öyle ki Morgan’a göre organizasyon “bir insanın doğmadan önce (annesinin gebelik döneminde sağlık kurumları ile ilişkisi gibi), doğduktan sonra tüm yaşamı boyunca ve hatta öldükten sonra bile (cenaze işleri, mezarlıkta yer bulma, mezar nakli gibi) insan yaşamının her aşamasında etkili olan, vazgeçilemez bir toplumsal (sosyal, ekonomik, yasal, teknolojik, kültürel, vs) yapı olarak da ele alınır”. Bkz. G. Morgan : Images of Organization, Sage Publications, 2006, s. 3-8, naklen: Koçel, s. 71.

Burada hangi iş için kaç kişinin kullanılacağı ve kimin hangi iş alanında yetkili olduğu, kimin yönetim kararını alabileceği sorusuna cevap bulunur. Daha sonra ise, bu süreci insan kullanımının yanında makine ve teknik araç kullanımının en verimli şekilde düzenlenmesi takip eder. Yani hangi aracın hangi iş için tercih edileceği, bu araçları kimin kullanacağı vs. belirlenir. Yalnız belirtmeliyiz ki, organizasyon süreci bu aşamalardan ibaret değildir. Bütün bir organizasyonun planlı bir şekilde yürütülmesi hedeflenmektedir. Bu nedenle de farklı ürün ve hizmet çeşitliliği nedeniyle işletme faaliyetlerinin ihtiyacı doğrultusunda organizasyon süreci detaylandırılabilir. Gerçekten bu anlamıyla organizasyon kavramı, işletme yönetimi biliminin başlı başına bir konusunu oluşturur ve oldukça kapsamlı açıklamaları gerektirir⁵⁴⁰. Bu denli kapsamlı açıklama ise çalışmamız açısından gerekli olmadığı için incelememizin dışında tutulacaktır⁵⁴¹. Bununla birlikte diğer anlamıyla organizasyon “işletme” terimi anlamıyla kullanılan, bir amaç doğrultusunda faaliyet gösteren, kendine özgü özellikleri ve kaynakları olan, toplumu oluşturan kurumlar içinde yer alan bir birimi “sosyal canlıyı”, ifade eder. Burada organizasyon olarak işletme (Unternehmung) kavramına yakın olarak tanımlanır⁵⁴². Dolayısı ile yukarıda sözünü ettiğimiz sürecin bir sonucu anlamına gelir. Bu anlamda makine kimya endüstrisi, ticari işletmeler ya da hayvan severler derneği gibi kuruluşlar bir “organizasyon”dur⁵⁴³. Ancak bu anlamda kullanılagelen organizasyon kavramı, daha sonradan açıklanacağı üzere, öğretide adam çalıştırmanın bu özel sorumluluk türü için

⁵⁴⁰ Matusche- Beckmann, s. 7-10.

⁵⁴¹ “Zira en uygun yöntemi uygulayarak, işbölümünü en organize şekilde tamamlayarak işletmelerde verimliliği artıracak, maliyetleri düşürecek çeşitli organizasyon teorileri ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki, yönetim ve organizasyon alanında genel kabul gören ve organizasyon teorileri alanında sistematik biçimde ilk olarak ortaya atılmış yaklaşım olan “klasik yönetim” modelidir. Bu teorinin en önemli savunucuları ise, Freiderick Taylor, Henri Fayol, Max Weber’dir. Temel amaç yukarıda da söylediğimiz gibi en iyi organizasyon yapısını oluşturup verimliliği artırmaktır. Klasik teorinin genel olarak insan unsurunu ikinci plana atarak, en iyi organizasyon yapısını oluşturmayı hedeflemiştir. Bu görüşü savunanlara göre, insan unsuru dışındaki unsurlarla (maddi unsurlar, iş, görev) bu yapı oluşturulup, insan unsuruna özgü sorunların olmayacağı varsayılmıştır. Klasik yönetim anlayışındaki insan unsurunun önemsenmeyeşine dair eleştiriler sonucunda “neo-klasik teori” ortaya çıkmıştır. Bu yeni akımın en önemli özelliği, insan unsurunu inceleme konusu yapmasıdır. Böylece klasik yönetim anlayışında eksik olan insan unsurunu tamamlayarak, bir nevi klasik öğretinin tamamlayıcısı olmuştur. Son olarak ise, modern teori ortaya atılmıştır. Buna göre mekanik yapının karşısında organik bir organizasyon yapısı benimsenmiştir. Organizasyonlar açık bir sistem şeklinde ele alınmış ve her yere uygun tek tip bir organizasyon yapısının kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır.”, ayrıntılı bilgi için Bkz. Koçel, s. 203 vd.; E. Eren, s. 23 vd..

⁵⁴² Matusche- Beckmann, s. 7-8.

⁵⁴³ Koçel, s. 71.

kullanılan terimlerden olan “organizasyon kusuru” tabirinin kullanımı halinde bir takım eleştirilere maruz kalmıştır. Bu anlamda organizasyonda bir tüzel kişilikten bahsedildiği için, organizasyon kusurunun yalnızca bu tüzel kişiliğe has bir kusur olduğu ve bundan dolayı tüzel kişiliğin sorumlu olacağı kanısını benimsemiş bazı görüş ve içtihatlar vardır⁵⁴⁴. Bu yazarlara göre gerçek kişinin organizasyon sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu görüşe karşı olan yazarlar ise, yerinde olarak organizasyon kusurunun hem gerçek hem de tüzel kişinin kendi hukuk alanı içerisinde uyguladığı uygun olmayan organizasyon şekli nedeniyle sorumluluğunu ifade ettiğini ve her ikisinin de sorumlu olabileceğini vurgulamışlardır. Kısacası organizasyonun yani işletmenin sorumluluğu değil, aksine organizasyon eksikliği için gerçek veya tüzel kişi adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusudur ve tartışma kanaatimizce de yersizdir⁵⁴⁵.

Nihayet her iki anlamdaki organizasyon kavramının, çalışmamız için önemine de birkaç cümle ile değinmekte fayda görüyoruz. İlk anlamıyla işletme yönetiminin konusunu oluşturan organizasyon kavramı yapım ve sürece ilişkin modelleri konu alması nedeniyle, organizasyon sorumluluğu kavramına ait bir ölçü oluşturmaktadır. Şöyle ki, ortaya atılan ve birkaç yüzyıldır bu bilim dalı için çözüm sunmuş olan fikir akımları, organizasyon sorumluluğunun hukuki incelenmesi için de yol gösterici niteliktedir. Zira bir objektif özen sorumluluğu olan organizasyon sorumluluğunda özenin derecesini belirlemek için interdisipliner yaklaşımla konunun incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu inceleme başka bir bilime ait açıklamalara yer verecek ve çalışmamızın asıl hedefini ihmal ettirecek şekilde olmayacaktır. Dolayısı ile bu anlamdaki organizasyon kavramı, bize özen kavramına ilişkin açıklamalar sırasında yol gösterecek kapsamda olacaktır.

Diğer anlamıyla, bir işletmeyi bir kurumu ifade eden organizasyon kavramı ise, bize sorumluluğun etki alanını, ortaya çıktığı yeri hatta ve hatta sorumluluğun özel şartını verir. İchtihatlar şimdiye kadar organizasyon sorumluluğu kavramını işletme ile ilişkilendirmiştir. Hakikaten öğretilde sorumluluğa ilişkin zikredilen tabirler arasında adam çalıştırmanın işletme faaliyeti nedeniyle sorumluluğu olması bu

⁵⁴⁴ G. Hassold, Die Organisationsverschulden, **JuS**, 1982, s.583; VersR 1963, 1208; Matusche-Beckmann, s. 3.

⁵⁴⁵ Aynı yönde bkz. H.Westermann, Haftung für fremdes Handeln, **JuS** 1961, s. 333.

düşüncemizi desteklemektedir. Bu çalışmada sorumluluğa bakış “işletme” anlamına gelen organizasyon kavramı altında somutlaşacaktır. Tabi şunu da eklemekte fayda var ki, işletme kavramı burada oldukça geniş anlamda kullanılmıştır. Birçok kanunda kendisine yer bulmuş olan kavramın yanı sıra kanun tarafından düzenlenmemiş olan işletmeler de burada değerlendirilmektedir. Yani özetle organizasyon sorumluluğuna ilişkin açıklamalarımızda, organizasyon kavramı bir yandan sorumluluğun ölçüsünü diğer yandan ise sorumluluğun mecrasını verecek şekilde anlaşılmalıdır.

2. Organizasyon Yükümlülüğü Kavramı

Yukarıda organizasyon kavramıyla ilgili yaptığımız açıklamalardan sonra, bahsetmiş olduğumuz örgütlenme işi anlamındaki organizasyonun hangi şartlar altında gerekli olduğu sorusunun yanıtlanması, sorumluluğun ne zaman ortaya çıkacağını belirlemek açısından zorunludur. Gerçekten organizasyon sorumluluğu varsayımı, organizasyon talebinin gerekliliğini yani organizasyon yükümlülüğünün varlığını şart koşar. Ancak organizasyon yükümlülüğünün var olması, organizasyon sorumluluğunun olduğu anlamına gelmez. Sorumluluk, organizasyon yükümlülüğünün, şartların gerektirdiği uygunlukta yerine getirilmemesiyle meydana gelecektir. Bu açıdan bakıldığında organizasyon yükümlülüğünün var olup olmadığı ve var olduğunda bunun kapsamının ne olacağın belirlenmesi önemlidir.

Organizasyon yükümlülüğü, kısaca belirlemek gerekirse işletmelerin kurumsal yapı ve işleyişleri ile ilgili olarak işletme sahiplerine planlı bir şekilde oluşturulan bir dizi yükümlülüğün yüklenmesidir. Yani işletme sahibinin organize etme, düzenleme kapsamında ele alınan görevlerden oluşan yükümlülüklerinden oluşmaktadır. Alman hukukunda ise Türk- İsviçre hukukundan farklı olarak de lege lata bir düzenlemesi bulunmayan organizasyon yükümlülüğü, genel davranış yükümlülükleri (Verkehrspflichten- verkehrssicherungspflichten)⁵⁴⁶ çerçevesinde

⁵⁴⁶ “Tüm farklı genel davranış yükümleri haksız fiil sorumluluğunun belirli şartları altında güvenlik için sosyal- etik sağlamlaştırılmış özen şartıdır. BGH de sosyal ilişkilere dair sosyal yükümlülükler olduğunu vurgulamıştır. Belli başlı genel davranış yükümleri şunlardır:

- Sosyal ilişki başlangıcı: Arazi, arsa veya binada bir tehlike eğilimi varsa, buna sahip olan kişi onun üçüncü kişileri zarara uğratmaması için sorumludur.
- Tehlikeli eşyalar üzerinde hakimiyet: Eşyalara ilişkin olarak sosyal ilişkinin başlanması sırasında ortaya çıkan yükümlülükler yanında, bazı eşyalara hakimiyet dolayısıyla da genel davranış

açıklanmaya çalışılmıştır⁵⁴⁷⁵⁴⁸. Ne var ki gerek Türk- İsviçre hukukunda gerekse Alman hukukunda bu yükümlülüğün kapsamı, tıpkı organizasyon kavramı gibi yeterince açık değildir. Bu nedenle yükümlülüğün kapsamına ilişkin genel bir fikir oluşturmak amacıyla organizasyon yükümlülüğünü ikili bir ayırım yaparak incelemek isabetli olacaktır.

a. Bağımsız Organizasyon Yükümlülüğü

Kural olarak özel hukuk hükümleri, açıkça düzenlenmiş bir organizasyon yükümlülüğü öngörmemektedir. Başka bir ifadeyle organizasyon yükümlüsünün, hukuki işlerini organize edip etmeyeceğini ve nasıl edeceğini kendisine bırakır⁵⁴⁹.

yükümleri vardır. Bu yükümlülükler hem tehlike kaynağı eşyanın yönetimini hem de yetkisiz kullanımdan kaçınmayı içerir.

- Belirli kişilerin gözetlenmesi: Sadece tehlikeli eşyaya ilişkin değil, aynı zamanda tehlikeli iş ve eşyanın emanet edildiği kişilerin gözetlenmesi yükümlülüğü de vardır.
- Yapılan işin organize edilmesi: İşin icrası sırasında kişiler arasında sözleşme ilişkisi olmasa bile karşılıklı özen yükümlülükleri doğar. Bu özen yükümlülükleri tehlikeyi önlemeyi ve tehlikeden korunmayı kapsar.
- Tehlikeli eşyanın dolaşımı: Bir eşyanın üretilmesine ilişkin önlemler yeterli olmayıp; eşyanın satışı, üretim esnasında oluşan artığın ortadan kaldırılması sırasında da özenli davranış gereklidir. Özetle ne bir diğeri için tehlike kaynağı oluşturacaksa, istenen genel davranış yükümleri o tehlike kaynağını bertaraf etmek için gerekli olan önlemleri kapsamaktadır.”, bkz. T. Brandes, Die Haftung Für Organisationspflichtverletzung, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main et al, 1993, s. 164-165.

⁵⁴⁷ “Bir tehlikenin önlenmesine ilişkin yüküm bir yasa veya sözleşmeye dayalı olmalıdır. Ancak bu düşünce zamanla ihtiyacı karşılayamamış olup, içtihadi bir gelişmeye dayanarak bazı davranış yükümleri pozitif hukuka kazandırılmıştır. Bu ihtiyacın temelinde günümüzde gittikçe karmaşıklaşan üretim yöntemleri karşısında bireyin korunması düşüncesi yatmaktadır. Ancak bu yolla oluşan rizikonun bir bölümü rizikoyu yaratan kişiye aktarılmaktadır. İşte bu davranış yükümlerinin de en önemlileri tehlikeyi önleme yükümleridir. Tehlikeyi önleme yükümleri çıkış noktası olarak, hukuki değerlere karşı hareketsiz kalınarak, yani belirli bir davranış gerçekleştirilmesinin gerçekleşen zararları haksız fiil sorumluluğu içerisinde alabilmek için geliştirilmiştir. Böylece yazılı normların bulunmadığı hallerde bile, somut durumun özelliklerine göre davranış kuralları ihdas edilebilir. Kavram olarak tanımlarsak, (Verkehrssicherungspflichten) tehlikeyi önleme yükümü, Alman Hukukunda bir kişinin üçüncü kişilere karşı tehlikeli bir durum yarattığında gerekli önlemleri alma yükümlülüğü olarak başlangıçta kaçınma durumları için kullanılmıştır. Ancak zamanla yapma fiilleri için de kabul görmüş olup, genel ifade biçimiyle “verkehrspflichten” -genel davranış yükümü-biçiminde ifade edilmektedir. Sıklıkla tehlikeyi önleme yükümü ve genel davranış yükümü sinonim kullanılsa da, tehlikeyi önleme yükümü üstün tutulan, özel olay gruplarını ihtiva etmektedir. Bu terim İsviçre - Türk Hukukunda ise (Gefahrensatz) tehlike ilkesi kavramı olarak kullanılır.”, bkz. Atamer, s. 17; Kırca, s. 47; Michalski, N. 335.

⁵⁴⁸ Bruggemeier, (1997), s. 51-54.

⁵⁴⁹ Matusche- Beckmann, s. 10 vd.

Nitekim yükümlüden beklenen, belirli bir sonucu ortaya koymaktır. Fakat bunu yaparken nasıl bir yol tercih ettiği kendisine kalmıştır. Dolayısıyla organizasyon yükümlülüğü, sorumluya bir hüküm vasıtasıyla yüklenmediyse, organizasyon eksikleri, organizasyonu kurmayan kişiden çıkıp, başka bir kişi üzerinde etkisi olursa, onu zarara uğratırsa, hukuken ancak o zaman dolaylı yoldan önem kazanır. Aksi takdirde üçüncü kişilere etkide bulunmadıkça, organizasyon eksikliğine göz yumulur⁵⁵⁰.

Bu bağlamda organizasyon yükümlülükleri, yükümlü işletme sahibine sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde yüklenebilir. Sözleşme ilişkisi içerisinde, eğer organizasyon yükümlülüğü, sözleşmenin esaslı noktaları olarak sözleşme taraflarınca kararlaştırılmamışsa; borçluya bir yan yükümlülük, yani asli edimin ifasına yardım eden, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun şekilde gerçekleşmesine hizmet etmek amacıyla yüklenmiş olabilir⁵⁵¹. Bunun dışında borçluya, ifa ile dolaylı ilgili olan, asıl fonksiyonları, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinde ifa fiili veya ifa dolayısıyla oluşabilecek zararlardan korumak amacıyla da organizasyon yükümlülüğü yüklenmiş olabilir⁵⁵². Bunlar, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet ederler. Ancak bilhassa hukuk normlarının organizasyon yükümlülüğünü emrettiği borç ilişkilerindekinden farklı olarak, burada organizasyon talebinin yerine getirilmemiş olması tazminat sorumluluğunu doğurmayacaktır. Zira yan yükümlülük olarak değerlendirilen organizasyon yükümlülüğü, bağımsız bir varlığa sahip olmadığı için, bağımsız bir ifa davasının konusu olmazlar. Borçlu organizasyon yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle, tazminat davası ile muhatap olmaktadır⁵⁵³.

Haksız fiil sorumluluğu açısından da, organizasyon yükümlülüğü yazılı veya yazılı olmayan davranış aracılığıyla belirlenebilir. Bu bağlamda tehlike ilkesi, organizasyona ilişkin özenin kapsamını tespit etmek için önemli bir kavramdır. Nitekim organizasyon ihtiyacı her işletmenin kendi koşulları çerçevesinde somut

⁵⁵⁰ Matusche- Beckmann, s. 11-12.

⁵⁵¹ Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 45. A, München, 1986, § 242, N. 4B; Eren, s. 38.

⁵⁵² Esser/Schmidt, s. 86.

⁵⁵³ Eren, s. 35-37; Antalya, s. 13.

olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Böylece sorumluluğun var olması için organizasyon özeninin ölçüsü işletmeyle bağlantılı olarak ele alınmalıdır.

b. Hukuk Kurallarının Emrettiği Organizasyon Yükümlülüğü

Genel kuralın aksine bazı hukuk kuralları ise özellikle borçluya organizasyon ödevini yüklemektedir. Örneğin, Hasta Hakları Yönetmeliği⁵⁵⁴, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik, Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği, Genel Havacılık Yönetmeliği hükümleri sayılabilir. Bu hükümler organizasyon talebini taahhüt eder. Edim borçlusu yalnızca neticeden sorumlu değil, ayrıca edim ifası sırasında oluşabilecek yaşam ve sağlık için tehlike oluşturan vaziyetlere de engel olmak maksadıyla yapılacak gerekli düzenlemelerden, organizasyon faaliyetinden de sorumludur. Hukuk kuralları bu tehlikelerden korumak için yapılacak organizasyonun şekil ve usulünü özel hükümlerle düzenlemiştir. Önemli olan kanun koyucunun bu tarz organizasyon yükümlülüklerinin eksikliğine doğrudan hukuki sonuç bağlanmış olmasıdır. Ayrıca organizasyon yükümlülüğünün kapsamı, mevcut hükümlerce bizzat açıklandığı için ne ölçüde bir organizasyon borcunun yerine getirileceği bellidir ve yeniden bir değerlendirme yapmaya gerek olmaksızın sorumluluğun kapsamı belirlenmiştir⁵⁵⁵.

B. Organizasyon Sorumluluğu Kavramı

Organizasyon sorumluluğu, genel bir ifadeyle açıklanırsa ister kanunun açıkça hükmettiği, isterse kanundan bağımsız bir organizasyon yükümlülüğü bulunan organizasyon sorumlusunun, kendi organizasyonu çevresi içerisinde oluşan ihlallerden malvarlıksal sorumluluğu olarak ifade edilebilir. Tanımı genel bir şekilde

⁵⁵⁴ 01.08.1998 T. 23420 S. HHY, m. “Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadır.”

⁵⁵⁵ Matusche-Beckmann, s. 10-12.

yapıyoruz, çünkü organizasyon sorumluluğu ve ona ilişkin kavramlar henüz hukuk kurumu olarak yeterli açıklıkta bir düzenlemeye kavuşamamıştır⁵⁵⁶.

Yeterli açıklığın olmaması sorunu ilk olarak sorumluluk için kullanılan kavramla ilgilidir. Biz çalışmamızda daha öncede değindiğimiz gibi, organizasyon sorumluluğu tabirini kullanıyor olsak da, öğretinin birçok farklı terim kullanıyor olduğu görülmektedir. Çok yaygın olarak karşılaştığımız organizasyon kusuru, organizasyon eksikliği ve organizasyon yükümlülüğünün ihlali ifadelerinin genellikle Alman öğretisi tarafından kullanıldığı görülmektedir. Alman öğretisinde, özellikle dar anlamda organizasyon sorumluluğun çıkış noktası olarak kabul edilen adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir çeşit ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu olarak değerlendirilmesi, kanaatimizce organizasyon kusuru kavramının kullanımın daha yaygın olmasının temel nedenidir. Türk- İsviçre hukuk öğretisi bu konuda bir kusursuz sorumluluk öngördüklerinden, kusur ifadesinin kullanımı halinde kavram karmaşası doğuracak niteliktedir. Öte yandan sözünü ettiğimiz ifadeler, sorumluluğu ifade etmek açısından yetersiz kalmaktadır. Daha ziyade sorumluluğun nedenini bize vermekte olduğu için çalışmamızda bu terimleri kullanmıyoruz. Bunların haricinde öğreti ve yargı kararları tarafından “işletme faaliyetinden sorumluluk”, “işletme organizasyonundan sorumluluk” ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir. Adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğunu düzenleyen, TBK. M. 66/f. 3’de “çalışma düzeni” ifadesi yer bulmuştur. Bize göre ise daha öncede ifade ettiğimiz gibi hem özlü anlatımı hem de sorumluluk kurumunu ifade etmedeki başarısı nedeniyle “organizasyon sorumluluğu” teriminin kullanımını tercih ediyoruz.

Diğer sorun ise organizasyon sorumluluğunun kapsamına ilişkindir. Büyüklüğüne bakılmaksızın bir işletmenin veya yürüttükleri faaliyet için yardımcı kişi çalıştırın kişilerin yapmış oldukları tüm organizasyon ihtiyacı duyulan faaliyetlerinde organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkması kabul edilebilir. Fakat sorumluluğun, tüm işletme türlerini ve hatta yardımcı kişi çalıştıranları, hiçbir sınırlayıcı şart olmayacak biçimde içine alan bir sorumluluk olarak anlaşılması da doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zaten uzun yıllardır yapılan tartışmalara rağmen, karşılaştırmalı hukuk göz önünde bulundurulduğunda normatif bir düzenlemeye

⁵⁵⁶ Matusche- Beckmann, s. 6; Jaun, s. 383.

sahip olmayan bir sorumluluktur. Türk hukuku da çok yakın bir süre önce Widmer/Wessner Tasarısı'ndan etkilenecek adam çalıştırmanın sorumluluğuna yeni bir fıkra eklemek suretiyle organizasyon sorumluluğunu hukuki zemine taşımıştır. Widmer/Wessner Tasarısı ise henüz kanunlaştırılmamıştır. Bu bağlamda öğreti ve içtihatın modern hayatın gereği olarak ortaya çıkan bu sorumluluk türü için aşağı yukarı amaca hizmet edecek nitelikte verdikleri anlamlar, sorumluluğun anlaşılması ve çalışmamız için bilhassa gereklidir. Bu açıdan sorumluluğun ortaya çıkışı ve öğreti görüşlerini ve böylece gelişimini incelemekte fayda görüyoruz. Öncelikle TBK'nın İsviçre'deki tartışmalar doğrultusunda hazırlandığını dikkate alarak buradaki gelişmeleri incelemek daha uygun olacaktır. Organizasyon sorumluluğunun ilk kez gündeme gelmesi, ürün sorumluluğu ile ilgili Federal Mahkeme Kararları neticesindedir⁵⁵⁷. Ancak öğreti tarafından ilk olarak ifade edilmesi, Jaeggi'nin 1967 yılında İsviçreli Hukukçular Günü'nde yapmış olduğu karşı oy konuşmasına denk gelir. Jaeggi, sanayi ve teknolojinin gelişimi karşısında organizasyon sorumluluğunun kaçınılmaz olduğuna dikkat çeker. Bu bakımdan işletmenin organizasyon bütünlüğü ve (kişiye bağlı olmaksızın), kolektif ve objektif özen yükümlülüğünün ihlali esas alınır ve zararı meydana getiren üyelerinden olağan sebep sorumluluğu olarak değerlendirilir. İşletme sahibi, özen yükümlülüğüne aykırı davranmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Jaeggi'ye göre organizasyon sorumluluğu devletin sorumluluğunda olduğu gibi, kolektif ve objektif özensizliğin tezahürü sonucu ortaya çıkan bir sorumluluktur⁵⁵⁸. Bu düşüncelerden sonra sorumlulukla ilgili farklı görüşler ortaya çıkmış ve sorumluluğun temel yapısı bu minvalde şekillenmiştir⁵⁵⁹. Jaeggi'nin görüşlerinden esinlenen Widmer'e göre, organizasyon sorumluluğu çalışanın davranışlarından dolayı adam çalıştırmanın sebep sorumluluğudur⁵⁶⁰. Benzer bir anlayışla organizasyon sorumluluğunun Widmer/Wessner Tasarısı'nda kabul edildiği

⁵⁵⁷ Bu konuda yapılan açıklamalar için bkz. § Üçüncü Bölüm Adam Çalıştırmanın İşletme Çalışanları Dolayısıyla Organizasyon Sorumluluğu.

⁵⁵⁸ “Jaeggi organizasyon sorumluluğunu lanse ederken, sorumluluğu “kamu hukuksal” ya da “devletin sorumluluğu bağlamında bir model olarak tasarlamıştır. Ancak tasarının (VE Art. 3 ve 4) maddeleri, özel hukuk ve kamu hukuku alanda yumuşak bir geçişi öngördüğü de unutulmamalıdır”, P. Widmer, (Haftpflichtrecht). 12-13; Gross, s. 313.

⁵⁵⁹ Jaeggi, s. 754 ff.

⁵⁶⁰ P. Widmer, Produkte Haftung in Der Schweiz, Produktehaftung Schweiz- Europa- USA, P. Borer/ E. Kramer/P. Willibald/ I. Schwander/ P. Widmer, (Hrsg), Bern 1986, s. 30 f.. Ayrıca bkz. Waespi, 2005, s. 4-5.

görülür (OR- VE. 49a)⁵⁶¹. Başka bir görüş ise adam çalıştırmanın sorumluluğu dışında, sorumluluğun başka bir boyut içerdiğini savunur⁵⁶². Şöyle ki, iki boyutlu olan organizasyon sorumluluğunun bir boyutu şirketler hukukunu ilgilendirir. Yani işletmenin dış ilişkileriyle ilgilenilir. Diğerinde ise organizasyon birimlerinin üyeleri, organizasyon içi sorunlarla uğraşırlar. Ayrıca organizasyon sorumluluğu, yalnızca özel hukuk içerisinde değil, ceza hukuku ve idare hukuku içerisinde de uygulama alanı bulur⁵⁶³. Ancak tüm bu görüşlerin ortak noktası ya da başka deyişle en geniş anlayışla organizasyon sorumluluğu üyelerinin zarar verici davranışları nedeniyle sorumluluğudur. Bu bağlamda tüzel kişilerin organlarından, adam çalıştırmanın çalışanından, borçlunun ifa yardımcısından, devletin memurlarından sorumluluğundan bahsedilir. Ama belirtmeliyiz ki, organizasyon sorumluluğu kavramı, saf tipik fonksiyonunun ötesinde açıkça sınırlanmış hukuki bir anlama sahip değildir⁵⁶⁴.

Alman Hukukunda ise, organizasyon sorumluluğu açısından dayanak kabul edilebilecek iki hükümden bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen, BGB § 831 hükmüdür⁵⁶⁵. Bu hükme göre, adam çalıştırmanın öğreti tarafından kabul edilen klasik özen yükümlülüklerinin, yardımcı kişiye devredilmesi nedeniyle, adam çalıştırana genel davranış kuralları gereği organizasyon yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak söz konusu hüküm var olmasa da, BGB § 823 vasıtasıyla organizasyon sorumluluğunun kabulü sağlanabilecektir⁵⁶⁶. Organizasyon sorumluluğu, bu hükmünde genel davranış kuralları içerisinde önemli bir yeri olan tehlikeyi önleme yükümlülüğünden türetilerek geliştirilmiştir⁵⁶⁷. Öte yandan Alman Mahkeme kararları da, organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkışı ve geliştirilmesi açısından ciddi önemli bir yere sahiptir⁵⁶⁸.

⁵⁶¹ Jaun, s. 383.

⁵⁶² Bruggemeier, 1991, s. 34; Ayrıca bkz. Waespi, 2005, s. 5.

⁵⁶³ Jaag, s. 3; Gross, s. 219 ff.

⁵⁶⁴ Waespi, 2005, s. 5.

⁵⁶⁵ Bruggemeier, 1991, s. 34.

⁵⁶⁶ Fikentscher, Nr. 1308.

⁵⁶⁷ Fikentscher, Nr. 1308.

⁵⁶⁸ Bkz. “Graben Kararı”, RG Gruchot 51 (1907), 997; RGZ 78, 107; RGZ 87, 1; BGHZ 11, 151; BGHZ JZ 1978, 475; BGH NJW 1961, 455, Matusche- Beckmann, s. 37.

Hukukumuz açısından organizasyon sorumluluğuna baktığımızda, az önce belirttiğimiz gibi “de lega lata” bir sorumluluktur. Ancak Borçlar Kanunu’nda kabul edilmeden önce öğretide konuya ilişkin çok yoğun tartışmalar yaşanmamıştır. Bu konudaki tartışmalara daha ziyade mahkeme kararlarında rastlamaktayız⁵⁶⁹. TBK. m. 66’nın yürürlüğe girmesinden sonra ise, tartışmalar çok fazla sorumluluğun kapsamına ilişkin olmamıştır. Yalnızca adam çalıştırmanın sorumluluğu içerisinde değerlendirilmiş, sorumluluğun gündeme geleceği diğer durumlar göz önünde bulundurulmamıştır. Bunun nedeni ise aslında, sorumluluğun daha çok yürürlüğe girmesiyle gündeme gelmesidir. Ancak organizasyon sorumluluğunun bu geniş kapsamını dikkate alan bazı yazarlarca 6098 sayılı TBK’yla getirilen düzenlemenin genel bir sorumluluk olduğu vurgulanmaktadır. Bu görüşü savunanlar, organizasyon sorumluluğunun mevcut kanundaki yerini eleştirmekte ve başlı başına bir hükümle düzenlemesi gerektiğini kabul etmektedirler⁵⁷⁰. Buna mukabil, bazı yazarlar da düzenlemenin yeni ve genel bir sorumluluk getirmediğini, düzenlemeye göre yalnızca adam çalıştırmanın işletmede çalışanın faaliyetlerinden sorumlu olacağını, işletmedeki tüm faaliyetlerden sorumlu olmayacağını, böylece burada klasik özen ödevlerinin yanında ona ek daha ağır bir sorumluluğun varsayıldığını savunmaktadırlar⁵⁷¹. Kanaatimizce sorumluluğun kapsamı dikkate alındığında, daha önce ikinci bölümde de belirttiğimiz gibi, başlı başına genel bir sorumluluk olduğunu ve ek bir özen yükümlülüğü olmadığını kabul etmek yanlış olmayacaktır. Bu görüşümüze gösterilecek en güzel kanıt, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Ön Tasarıdır. Zira Tasarı’da hüküm adam çalıştırmanın sorumluluğunun genel başlığı altında düzenlenmiş olsa da, adam çalıştırmanın

⁵⁶⁹ Y. 4. HD, E. 1977/11751, K. 1978/10809, T. 10.02.1978, **YKD**, C. 5, S. 1, 1979, Uygur, bkz. 2749-2754; HGK, E. 2013/4-1299; K. 2014/438, T. 2.4.2014; Y. 19 HD, E. 1993/8957, K. 1993/9031, T. 28.12.1993, Uygur, C. III, s. 2755-2756.

⁵⁷⁰ A. Türkmen, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)**, İÜHFD, C. 70, S. 2, 2012, s. 261- 262; Antalya, s. 562.

⁵⁷¹ U. Yeniocak, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011 s. 86, “Yazara göre, diğer fıkralardaki hükümler, madde başlığı, maddenin gerekçesi ve maddenin amacı birlikte değerlendirildiğinde, adam çalıştırmanın, çalışanın başkasına verdiği zararın sorumluluğundan kurtulabilmesi için işyerindeki çalışma düzeninde zararın doğumunu engellemek için gerekli önlemlerin alındığını a ispat yükü altında olduğunu anlaşıldığını, fıkra hükmünün “bir işletmede adam çalıştırmanın” ifadesiyle başladığını ve dolayısıyla hükümle genel bir işletme sorumluluğu ilkesi getirilmediğini savunmaktadır”; “Hatemi/Gökyayla’ya göre de bu hüküm kurtuluş kanıtı getirilebilmesi için aranan ve seçimlik olmayan yeni bir kanuni şarttır”, H. Hatemi /E. Gökyayla, s. 145.

sorumluluğunun düzenlendiği 49. madde ile değil 49/a maddesiyle düzenlenmiştir. TBK. m. 66/f.3 hükmü de her ne kadar aynı madde içinde düzenlenmiş olsa da fonksiyon ve amaç açısından aynı niteliktedir. Dolayısı ile hüküm içerisinde düzenlenen organizasyon sorumluluğu, adam çalıştırmanın çalışanların davranışlarından dolayı özen sorumluluğuna ilişkin sorumluluğunun yanında sorumluluğun özel bir şeklini içermektedir⁵⁷². Çünkü organizasyon sorumluluğu genel mantığı itibariyle, hâkimiyeti altındaki bir şey veya bir faaliyetin yararlarını elde eden kimsenin, o şey ve faaliyetin zararlarına da katlanacağı düşüncesine dayanmakta olup,⁵⁷³ ve sorumluluk iş bölümünün tabiatı ile ilgilidir⁵⁷⁴. Hal böyle olunca daha önce de belirttiğimiz gibi karmaşık nitelikteki iş bölümü ve çalıştırma ilişkisinin yoğun olduğu ve edimlerin yerine getirilmesi için başkaca kişilerden yardım sağlanan hallerin hepsi organizasyon sorumluluğu içinde yer alır ve adam çalıştırmanın sorumluluğu içerisinde de organizasyon sorumluluğun özel bir görünümünün var olması gayet doğaldır. İşte bu nedenle genel bir sorumluluktan bahsediyor olsak da, kusursuz sorumluluk halleri gibi ayrıca bir hüküm altında düzenlenmesi açıkçası gerekli değildir. Yalnızca de lege feranda açısından Widmer/Wessner Tasarısı'ndaki gibi ayrı bir madde başlığının olması kâfidir.

II. ORGANİZASYON SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

En geniş anlamıyla organizasyon sorumluluğu, organizasyon alanı içerisinde üyelerin (Mitglieder/Hilfsperson) verdiği zararlardan organizasyon sahibinin (Traeger/Geschaefherr) malvarlıksal bir sorumluluğudur. Sorumluluğun kökeni ve uygulama alanı ise şüphesiz haksız fiil içerisinde yer alır⁵⁷⁵. Zira uygulama ve öğretinin genel kabulüyle adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında tartışılan bir organizasyon sorumluluğu geliştirilmiştir. Ama zamanla organizasyon sorumluluğu haksız fiil yanında artan bir öneme sahip olmuştur. Böylece bu hukuk kurumu daha geniş bir alanda uygulama alanına sahip olmuştur⁵⁷⁶. Ancak -sorumluluğun niteliği

⁵⁷² Jaeggi de organizasyon sorumluluğunu, adam çalıştırmanın sorumluluğu yerine geçecek bir sorumluluk olarak değil, onu tamamlayan bir sorumluluk olarak görmüştür.

⁵⁷³ Altay, s. 176.

⁵⁷⁴ Matusche -Beckmann, s. 13.

⁵⁷⁵ Waespi, 2005, s. 8; Bruggemeier, 1991, s. 34 f; Matusche- Beckmann, s. 13.

⁵⁷⁶ Antalya, s. 562; Türkmen, s. 261-262.

ile yapılan geniş tartışmalara çalışmamızın içerisinde başka bir bölümde değinmek kaydıyla- İsviçre ve hukukumuzda en azından normatif düzenlemeler açısından organizasyon sorumluluğu denildiğinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel bir şekli olarak kabul edileceği için, çalışmamız açısından konu haksız fiil sorumluluğu içerisinde sınırlandırılacaktır. Hatta Waespi’de “öğreti ve yargı kararları adam çalıştırmanın sorumluluğunda organizasyon sorumluluğunun ek bir bilgi kaynağı olarak özel bir öneme sahip olduğunu” belirterek benzer bir düşüncüyü dile getirmiştir⁵⁷⁷. Bu açıdan kanundaki yeri itibarıyla TBK. m. 66/f.3 esasen adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir maddedir. Bu düzenlemeye göre adam çalıştırıcı, çalışanlarının kendilerine verilen işi gördükleri sırada, üçüncü kişilere verdikleri zarar nedeniyle klasik özen yükümlülüklerine aykırı hareket ettiği karinesine ek olarak, bir işletme çerçevesinde faaliyette bulunulduğunda, bu faaliyet dolayısıyla doğan zararlarda, bu zararın işletmenin uygun şekilde organize edilmemesinden kaynaklandığı karinesinin aksini ispat edemediğinde, kusuru olmaksızın sorumlu olacaktır. Adam çalıştırıcı ancak işletmenin zararın doğmasını önlemeye elverişli şekilde uygun organize edildiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Yani kusursuz sorumluluğu kabul edilmiş adam çalıştırıcı kanun kurtuluş kanıtı getirebilme imkânı tanımıştır⁵⁷⁸. Bu anlamda organizasyon sorumluluğu, objektif özen yükümlülüğüne bağlı kurtuluş kanıtı getirilebilen bir olağan sebep sorumluluğudur. Olağan sebep sorumluluğu hallerinde, kusur veya özel (tipik) tehlike sorumluluğun bir unsuru değildir. İşte bu açıdan organizasyon sorumluluğu, TBK. m. 71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğundan da farklılık arz eder. Çünkü tehlike sorumluluğunda sorumluluğun kaynağı, bünyesinde önemli ölçüde tehlikeli barındıran bir işletmenin faaliyeti nedeniyle tipik tehlikenin gerçekleşmesidir⁵⁷⁹. Oysa organizasyon sorumluluğunda,

⁵⁷⁷ Waespi, 2005, s. 15.

⁵⁷⁸ Altay, s. 183; Türkmen, s. 260-261.

⁵⁷⁹ C. Zellweger- Gutknecht, **Die Gewaehr, Risikoverantwortlichkeit, Als Anspruchsgrund Zwischen Verschuldens- Haftung und Gefahrtragung**, Staempfli Verlag, Bern, 2007, N. 278; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ö.Yücel,

sorumluluğun dayanağı organizasyona ilişkin özenin ihlal edilip, üçüncü kişilerin zarara uğratılmalarıdır⁵⁸⁰.

Adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğuna ilişkin kaynak İsviçre hukukundaki görüşlere baktığımızda, ilk olarak Jaeggi'nin açıklamaları incelenmelidir. Jaeggi organizasyon sorumluluğunun kabulü için, “tehlike sorumluluğunda işletme tehlikesinin tezahürü gibi, organizasyon sorumluluğunda objektif özensizliğin sorumluluk için yeterli olduğunu savunmuştur”⁵⁸¹. Tehlike sorumluluğu olarak organizasyon sorumluluğunun tasarlanmasıyla ilgili öğretide en güçlü savunu, Wıdmer'e aittir⁵⁸². “Responsabilitie pour lef ait de l'organisation” organizasyon tehlikesi nedeniyle sorumluluk görüşünün temelinde, bir ekonomik ve mesleki faaliyetin çalışan vasıtasıyla yapılması durumunda zarar tehdidinin arttığı gerçeği yatmaktadır. Aslında bu denli dar bir çerçeveye konuya yaklaştığımızda da, işletme sahibinin böyle bir tehlike nedeniyle sorumlu tutulması makul görülmektedir. Fakat bu yaklaşım oldukça yanıltıcıdır. Zira işbölümü yapılarak yürütülen faaliyetlerdeki riskler somut ve belirlenebilirken; organizasyon tehlikesi nedeniyle sorumlulukta teknik ve fiziki riskleri içeren soyut tehlikeler sorumluluğun bağlantı noktasını oluşturur. Yani işbölümün var olduğu yapılarda, “risque specifique de l'organisation” geçerli değildir. Bu risk tamamen spesifik olmayıp, sadece bir kişinin bir ekonomik faaliyetin yürütülmesi amacı ile bir veya birden fazla yardımcı kişiyi çalıştırmamasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, sorumluluk için tipik bir organizasyon tehlikesinin gerçekleşip de zarara sebep olması önemli değildir. Sorumluluk yalnızca, zarar ve faaliyet arasındaki zamansal ve mekansal bağlantının olup olmamasına bağlıdır. Oysaki, organizasyon tehlikesi nedeni ile sorumluluğun (Organisationsgefahr) özel bir tehlike sorumluluğu (Gefährdungshaftung) olması düşünüldüğünden ve nedensellik bağının kesilmesi için gerekli şartlara ilişkin yüksek beklentilerin olması sebebi ile kurtuluş kanıtının ileri sürülmesi veya sorumluluğun hafifletilmesi mümkün değildir. Çünkü soyut tehlike ile karşılaşılması somut tehlikeye oranla çok daha siktir. Dolayısıyla nedensellik bağını kesen haller (zarar

⁵⁸⁰ Türkmen, s. 261; bkz. işletmeler kendiliğinden tehlikeli olarak değerlendirilebilir mi ya da tehlike sorumluluğu uygulama alanı bulur mu hakkında, Waespi, 2005, s. 1.

⁵⁸¹ Jaeggi, s. 755.

⁵⁸² Wıdmer, (1986), s. 81.

görenin kendi kusuru, üçüncü kişilerin kusuru ve mücbir sebep) fazla gelişmemiş kalmaktadır⁵⁸³. Bu sebeple de, zorunlu olan sorumluluk sınırlandırılmasını sağlayamaz. Böylece organizasyon sorumluluğu sınırsız bir sebep sorumluluğuna(Verursachunghaftung)dönüşmüş olur. VE 49 a da işte bu sebeplerle, böylesi bir sorumluluğu tasvip etmemiştir⁵⁸⁴. Yine Gilliard da organizasyon sahibinin objektif olarak sınırlanan özen yükümlülüğüne işaret etmekte, fakat bu özensizliğin kime ait olacağı konusunda bir açıklama yapmayarak belirsizliğe neden olmaktadır⁵⁸⁵. Jaun'da temelde Gilliard'ın açıklamalarını kabul etse de, çalışanın davranışı ve organizasyon sahibinin davranışının eşit oranda sorumluluğa dahil edilmesini önermektedir⁵⁸⁶. Weber-Haeusermann ise kusurla bağlantılı biçimde yine objektif özensizliğe yönelir. Bu yazarlar üç aşamalı bir sorumluluk modeli önermektedirler⁵⁸⁷.

Sorumluluğun niteliği ile ilgili bir başka önemli husus ise, adam çalıştırının özel sorumluluğu, geneline nispeten daha ağır bir sorumluluk rejimidir. Şöyle ki her ikisi de nitelik olarak olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edilse de, TBK. m.66/f.1-2'den farklı olarak zarar ve yapılan faaliyet arasında mekansal ve zamansal bağlantı aranmaktadır. Zamansal ve mekansal bağlantı ise, her ne kadar işlevsel bağlantı için güçlü bir emare olup, doğrudan işlevsel bağlantının varlığının tespiti için yeterli olmasa da, oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Dolayısıyla çalışanların faaliyetiyle bağlantılı olarak, neredeyse tüm teknik arıza sonucu doğan zararlar bu kapsamda mütalaa edilir⁵⁸⁸.

Alman hukukunda ise, Türk- İsviçre Hukukundan farklı olarak genel olarak adam çalıştırının sorumluluğu ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğudur.

⁵⁸³ Yücel, s. 120; S.C. Yoon, Die Gefaehrdungshaftung für Moderne Techniken- zugleich Eine Stellungnahme Zum Neuen Schadenersatzrecht, Frankfurt, 2002, s. 71.

⁵⁸⁴ Widmer/Wessner, s. 123.

⁵⁸⁵ Gilliard, s. 297 ff.

⁵⁸⁶ Jaun, s. 593 ff.

⁵⁸⁷ E. Weber- Haeusermann, **Haftung für Hilfspersonen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Neuen Verantwortungsformen im Deutschen und Schweizerischen Recht**, Zürich, 1984, s. 122, naklen, Waespi, s.

⁵⁸⁸ Altay, s. 185, Türkmen, s. 261, Widmer/Wessner, s. 130.

Yani adam çalıştıran kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir. Aynı şekilde organizasyon sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilecektir⁵⁸⁹.

III. ORGANİZASYON SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA ALANI

Organizasyon sorumluluğu gerek kişi, gerekse konu yönünden oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ancak ilk olarak belirtmeliyiz ki, organizasyon sorumluluğu, kural olarak kendisiyle sözleşme ilişkisi bulunmayan bütün üçüncü kişi zararlarını kapsamaktadır. Bununla birlikte aksi de mümkündür, çünkü işletme içerisinde adam çalıştıranı bağlı olarak çalışan diğer kişilerin zararı da bu minvalde değerlendirilir⁵⁹⁰. Organizasyon üyesi olarak ifade edilen (Mitglieder, Hilfsperson), verdikleri zararlardan sorumlu olunan bu kişiler, adam çalıştıranla hiyerarşik biçimde çalışma ilişkisi bulunan çalışanlardır⁵⁹¹. Zira organizasyondan söz edebilmek için geniş anlamıyla birden çok çalışanın entegre olduğu, sözleşme dışı veya sözleşmesel hiyerarşik ilişkilere ihtiyaç vardır⁵⁹². Sorumlu kişi yönünden uygulama alanına baktığımızda, organizasyon sahibi (Organisationstraeger), bu çalışmada adam çalıştıran olarak belirlenmiştir⁵⁹³. Organize eden organizasyon ile özdeş değildir. O sorumluluğun süjesidir. Bazen bireysel bir kişi olabilirken (özel hastane işleticisi olan gerçek kişinin durumu), bazen ise birden çok kişi söz konusu olabilir. Örneğin adi şirket ortakları veya topluluk tüzel kişiliğe sahipse bu durumda ise tüzel kişi bir adam çalıştıran olur⁵⁹⁴.

Konu yönünden organizasyon sorumluluğu değerlendirildiğinde ise, işletme faaliyetinden kaynaklanan tüm zararlar hükmün konusu içindedir. Yalnızca çalışanların vermiş olduğu zararlar değil, işletmeyle ilgili tüm zararlar organizasyon sorumluluğuna dahildir. Daha evvel ifade edildiği gibi, işletme faaliyeti ile mekânsal ve zamansal ilgisi olan tüm zararlar için organizasyon sorumluluğuna gidilir. Ancak organizasyon sahibine atfedilecek her eylem ve sonuç sadece işletmenin-

⁵⁸⁹ Türkmen, s. 263.

⁵⁹⁰ Türkmen, s. 263.

⁵⁹¹ Bruggemeier, (1991) s. 34.

⁵⁹² Bruggemeier, (1991) s. 34; Drees, § 831, N. 25.

⁵⁹³ Bruggemeier, (1991), s. 34 f.

⁵⁹⁴ Waespi, 2005, s. 8; Türkmen, s. 264.

organizasyonun (Organisationsbereich) sınırları içerisindedir⁵⁹⁵. Bu çerçevede işletmenin özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesi yeterlidir. Bunun yanında kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine göre işlettikleri işletmelerin faaliyetlerinden doğan zararlara da bu hükümler uygulanır⁵⁹⁶. Çalışmamızın devamında sorumluluğun önemli bir unsuru olan işletme faaliyeti ve işletme kavramları ayrıntılı olarak ele alınacağı için şimdilik bu açıklamaları genişletme gereği duymuyoruz⁵⁹⁷.

IV. ORGANİZASYON SORUMLULUĞUNUN SINIFLANDIRILMASI

Organizasyon süreci ilk olarak akla beşeri ilişkileri, yani çalışanların arasındaki altlık- üstlük ilişkisini, çalışanlar arasındaki görev dağılımını, iş bölümünün ne şekilde düzenleneceğini getirir. Bu haliyle organizasyon sosyal bir organizasyondur. Öncelikle insanın var olduğu bir yapıdır. Fakat değişen üretim koşulları neticesinde, doğal olarak organizasyonlar içerisinde kişilerin görevi yerine getirmek için teknik tesislerde çalışması bu teknik araçlar aracılığıyla gerçekleşen hizmetlerden söz edilmeye başlanacaktır (sosyo- teknik organizasyonlar)⁵⁹⁸. İşte organizasyon sürecine teknik unsurların dahil olmasıyla birlikte, zararın öngörülebildiği ve yeterli özenin gösterilmesiyle önlenemediği işletme faaliyetleri değil, tipik tehlike riskinin de meydana geldiği işletme faaliyetlerinden bahsetmek mümkün olacaktır. Çünkü teknik faaliyetleri nedeniyle, işletmeler bizzat kendileri tehlikelilik arz edebilirler. Örneğin radyoaktif maddelerin kullanıldığı işletmeler tipik tehlikelidir. Bununla birlikte yine organizasyon eksikliği nedeniyle tehlikenin gündeme gelmesi söz konusudur. Burada çalışmamız açısından organizasyon sorumluluğu ise, bir işletmede organizasyon faaliyeti çerçevesindeki kişiler ve durumlar neticesinde oluşan üçüncü kişilerin zararlarından dolayı sorumluluktur. Bu sorumluluk dar anlamda organizasyon sorumluluğudur. Aşağıda sorumluluk hukuku

⁵⁹⁵ Waespi, 2005, s. 9.

⁵⁹⁶ Jaag, s. 3.

⁵⁹⁷ Türkmen, s. 263- 264.

⁵⁹⁸ Waespi, 2005, s. 286, “OR. Art.55 gibi, VE 49 a da sosyo- teknik organizasyon modellerine dayanır. Çünkü kavram en az iki kişi birlikte çalıştığında kullanışlıdır. Bunun yanında da en azından uygun durumda yardımcı kişi ve sorumluluk objesi arasında ast- üst ilişkisi var olmalıdır.”; Widmer/Wessner, s. 130.

sistemindeki organizasyon sorumluluğu türlerine genel bakış açısı sağlaması açısından, kısaca dar ve geniş anlamda organizasyon sorumluluğu türlerine eğinilecektir. Bu nedenle organizasyon sorumluluğunu dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmamız, çalışmamızın alanının tayini için önemlidir.

A. Dar Anlamda Organizasyon Sorumluluğu

Dar anlamda organizasyon sorumluluğu, organizasyon sahibinin, organizasyon faaliyeti çerçevesindeki kişiler ve durumlar neticesinde oluşan üçüncü kişi zararlarından tazminat sorumluluğudur. Diğer bir ifadeyle dar anlamda organizasyon sorumluluğu zarar veren kişi veya durumun organizasyon alanına ait olması ve organizasyon sahibinin bu kişi veya olayın yol açtığı zarar için malvarlığı ile sorumlu olması halinde söz konusu olur. Bu anlamıyla sorumluluk, aslında organizasyon sahibinin yardımcılarında ya da başka deyişle organizasyon üyelerinden sorumluluğudur. Sorumluluk için, organizasyon faaliyeti ile zarar arasında işlevsel bir bağve organizasyon sahibi ile zarar veren organizasyon üyesi faaliyeti arasında özel işlevsel bağ şarttır⁵⁹⁹. İşlevsel bağın tespitinde zamansal ve mekânsal olması önemli bir kriterdir⁶⁰⁰. Temel olarak, zarar veren eylem türü veya zarar veren faaliyetin türü, tipik teknik işletme risklerinin tezahürü bu noktada bir rol oynamaz⁶⁰¹. Dar anlamdaorganizasyon sorumluluğu genel kabul gören ikili bir ayırımı tabidir.

1. Organizasyon Sahibinin Davranışına Bağlı Olan Sorumluluk Hali

Dar anlamda organizasyon sorumluluğu kavramı anlaşılabilmesi için bu kavramın kategorilere ayırmak faydalıdır. Bu hem İsviçre hukukunda hem de birçok yerel hukuk düzeninde bu şekildedir. Öncelikle ele almamız gereken sorumluluk şekli, sorumluluğun organizasyon sahibinin davranışına bağlı olduğu durumlardır. Sorumluluğun ortaya çıkışı organizasyon sahibinin kusuruna veya özensizliğine bağlıdır. Bu açıdan bakıldığında TBK. m. 66/ f. 1-2 ile m. 66/f.3'ün kabul ettiği

⁵⁹⁹ Wicke, s. 24 f.

⁶⁰⁰ Jaun, s. 387.

⁶⁰¹ Waespi, (2005), s. 11.

sorumluluk bu kapsamda mütalaa edilir. Bu hükümlerle temelde sorumluluk adam çalıştırmanın objektif özensizliğine dayandırılmıştır. Aynı şekilde mehzaz kanun OR. Art. 55 ve VE-OR. Art. 49a da örnek olarak verilebilir. Öte yandan Alman Hukuku açısından da BGB § 831, sorumluluğun adam çalıştırmanın kusuruna dayandırılması farkıyla, benzer bir düzenleme içermektedir⁶⁰².

2. Organizasyon Sahibinin Davranışına Bağlı Olmayan Sorumluluk Hali

Kavram olarak yukarıda sözünü ettiğimiz kategoriye karşı getirilen sorumluluk çeşidi ise, organizasyon üyesinin kusurunun önemli olduğu sorumluluk durumlarıdır. Burada organizasyon sahibine herhangi bir kusur ve özensizlik isnat edilmeden, dolayısıyla hiçbir kurtuluş kanıtı imkânı verilmeden sorumluluk yüklenmektedir. Bu türe örnek ise, MK. m. 55 gereğince tüzel kişilerin organlarından sorumluluğu, Fransız Hukuku'nda "commentant- preposes" sorumluluğu (CC. Art. 1384/5) ya da Common Law'da "Vicarious liability" verilebilir⁶⁰³.

Bunun yanında bazı sorumluluk türleri, dar anlamda organizasyon sorumluluğunda bu iki grup içerisinde kendine hemen yer bulamaz. Buna devletin sorumluluğu örnek verebilir⁶⁰⁴.

B. Geniş Anlamda Organizasyon Sorumluluğu

Bir organizasyon sorumluluğuna dahil edilecek zararlar, eğer spesifik olarak tehlikeli, özel riskler içeren faaliyet ve durumlarla bağlantılı olarak ortaya çıkarsa, geniş anlamda organizasyon sorumluluğundan bahsediyoruz. Örneğin TBK m. 69 çerçevesinde yapı malikinin sorumluluğu ya da TBK m. 71 çerçevesinde genel tehlike sorumluluğu bu anlamda bir organizasyon sorumluluğunun kapsamında dahildir. Ancak bu anlamda bir organizasyon sorumluluğu bizim konumuzun dışında kalmaktadır⁶⁰⁵.

⁶⁰²Fikentscher, Nr. 1308.

⁶⁰³Waespi, 2005,s. 12.

⁶⁰⁴Waespi, 2005, s. 12.

⁶⁰⁵Waespi, 2005, s. 11.

§8.SORUMLULUĞUN ÖZEL ŞARTLARI

Bu bölümde, dar anlamda organizasyon sorumluluğunun kapsamına giren ve TBK m. 66/f. 3’de düzenlenmiş olan adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğunun şartlarını ele alacağız.

I. Çalışanın İşletmedeki Faaliyetinden Zarar Doğması

A. Genel Olarak

Çalışmamızın konusunu teşkil eden adam çalıştırmanın sorumluluğu içerisinde yer alan adam çalıştırmanın organizasyondan dolayı sorumluluğu; yapısı gereği şüphesiz, hem hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağı gibi sebep sorumluluğuna ilişkin haksız fiilin unsurlarını, hem de TBK . m. 66/f.3’de öngörülmüş olan sorumluluğun özel şartlarını içerecektir.

B. Bir İşletmenin (Organizasyonun) Varlığı

Genel anlamda, adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilebilmesi için adam çalıştırmanın varlığı yeterli iken, organizasyon sorumluluğu, bir işletmenin varlığını, başka bir ifadeyle işletmenin organizasyonu gerektirmektedir⁶⁰⁶. Organizasyon kelime anlamıyla öncelikle bir eylemi bir süreci ifade etse de, diğer bir anlamı da bu sürecin sonucu olan sosyal canlı, yani kurumdur⁶⁰⁷. Bu açıdan da bakıldığında organizasyon sorumluluğu kavramı ifadesinin, diğer ifade şekillerine oranla daha fazla tercih edilmemesinin mantıklı olduğunu evvelce de belirtmiştik.

TBK. m. 66/3 adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğunu, “bir işletmede adam çalıştırın” ifadesiyle belirtmiştir. VE. Art. 49/a ise madde başlığı üzerinde “işletme” ifadesini kullanırken, madde hükmü içerisinde yalnızca “mesleki veya ekonomik amaçlarla faaliyette bulunma ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Ancak her iki maddede de tanımlamaya gidilmemiştir⁶⁰⁸. Ancak kanaatimizce işletme

⁶⁰⁶ Türkmen, s. 267.

⁶⁰⁷ Matusche- Beckmann, s. 7-8.

⁶⁰⁸ Türkmen s. 267; Altay, s. 184.

kavramının ve aynı zamanda ekonomik ve mesleki odaklı faaliyet ifadesinin sınırları, tanımın karmaşıklığı ve zarar gören için daha iyi koruma sağlayacağından geniş tutulmalıdır⁶⁰⁹. Dolayısıyla işletmenin sürekli veya süreksiz oluşu, kendisi veya bir başkası için hizmet üretiyor olması, sahibinin birden fazla kişi olması, ticari olması veya ticari olmaması, kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişisi olup olmaması önem arz etmeyecektir⁶¹⁰. Gerçekten de işletmenin, 6102 sayılı TTK'nın 11. maddesindeki unsurları taşıyan bir ticari işletme olması zorunlu değildir. Yine işletmenin ticaret siciline kayıtlı bir işletme olması da gerekmez. Sözünü ettiğimiz işletmeler, gerçek kişi veya tüzel kişi (dernekler, vakıflar ve sendikalar bu gruba girecektir) olabileceği gibi, şirket ya da özel hukuk alanına giren bir faaliyetinden dolayı kamu tüzel kişisi de olması mümkündür⁶¹¹. Aynı şekilde işletmenin ticaret siciline kaydı da gerekli değildir. Bunun yanı sıra hükmün kapsamı sadece ekonomik mesleki amaçla faaliyette bulunmayı zorunlu tutmaz. Bu çifte kriter gerektiğinde kümülatif veya alternatif olarak uygulanabilir. Bu cihetle restoran işleten, öğrencilere oda kiralayan vakıf tarafından ideal amacını gerçekleştirmek adına zaman zaman toplantıların organize edilmesinde işletme faaliyeti görülür (Örneğin, kermesler, piyango veya bir takım temsiller, festivaller.) TBK. m. 66/f.3'ün uygulama alanına ayrıca sigorta şirketleri, seyahat şirketleri⁶¹², tersane, veri tabanı veya otopark faaliyeti ile uğraşan şirketler, tarım işletmeleri, basın kuruluşları, profesyonel futbolcusuyla maç organize eden spor kulüpleri, araştırma laboratuvarları, hastane veya muayenehaneler de girmektedir⁶¹³. Kısaca temelde hükmün kapsamı çalışan ile adam çalıştıran arasında bağımlılık ilişkisinin var olduğu mesleki ve ekonomik faaliyetleri şart koşmaktadır⁶¹⁴. Öğretide bazı yazarlar bu açıdan kanunda işletme terimi yerine, girişim kelimesinin (Unternehmen) kullanılmasını faydalı

⁶⁰⁹ Aynı görüşte, Altay, s. 184; Türkmen, s. 268.

⁶¹⁰ Saraç, s. 31.

⁶¹¹ Altay, Bu konuda açıklık olmamasına rağmen geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır, s. 184.

⁶¹² Wiede, **Reiserecht, Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen**, Zurich, 2014, s. 457-462.

⁶¹³ Widmer/Wessner, s. 130.

⁶¹⁴ Widmer/Wessner, s. 130, Bu nedenle hüküm ilke olarak, bir işletmeyi tek başına işleten kişinin verdiği zararlarda uygulanmayacaktır. Ancak hükmün geniş yorumlanması savunlar yazarlar da vardır. Bkz. Türkmen, s. 268. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce organizasyon sorumluluğunun “de lege lata” düzenlenen hali, maddenin yeri açısından bakıldığında yorumun mantıklı olmadığı aşikardır.

bulmuşlardır⁶¹⁵. Kanaatimizce organizasyon terimi bu görevi hem sorumluluğu hem de kapsamını ifade etmek açısından daha başarılı yerine getirecektir.

İşletme kavramını sözünü ettiğimiz gibi geniş algıyla tanımlamaya çalışırsak, işletme, “Mesleki ve ekonomik bir faaliyeti yerine getirmek amacıyla çalışanların ve teknik araç -gereç gibi üretim faktörlerinin bir örgütsel yapı ya da daha doğru ifadesiyle organizasyon içerisinde bir araya geldikleri iş yerleridir.” diyebiliriz. Tanıma bakıldığında işletmenin üç unsuru ihtiva eden bir yapı olduğu göze çarpacaktır. Yani fiziksel mekânı ifade eden işyeri, işgücünü meydana getiren çalışanlar ile çalışanların kullandıkları araç gereçler ve son olarak da iş yeri çalışan faaliyetlerini bütünleştiren, organize eden örgütsel yapıdır. Bu sözünü ettiğimiz unsurlardan işyeri ve beşeri faktör olan çalışanlar işletme kavramında tek başlarına yeterli değildir. İş yerinin büyüklüğü küçüklüğü ya da çalışanlarının sayısı ve aralarındaki hiyerarşinin karmaşıklığı dikkate alınmaksızın bir işletmeden bahsetmemiz mümkündür. Ancak fiziki ve beşeri yapıyı bir araya getiren örgütsel yapı, ayırt edici unsurdur. Çünkü tabiiyet ilişkisini ortaya çıkaracak unsur örgütsel yapı içerisinde⁶¹⁶.

Son olarak ise, adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, işletmenin tipik tehlike arz eden bir işletme olmasına gerek yoktur. Zira burada mevzu bahis olan sorumluluk türü tehlike sorumluluğu değil, aksine objektif özen sorumluluğudur. Bu şekildeki soyut ve tipik tehlike arz eden işletmeler için sorumluluk TBK. m. 71 uyarınca gündeme gelecektir⁶¹⁷.

C. Çalışan ve İşletme (Organizasyon) Arasında Bağımlılık İlişkisi

TBK. m. 66/f.1’de olduğu gibi, organizasyon sahibi adam çalıştıran ve çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi TBK. m. 66/f.3’de de sorumluluğun meydana gelmesi için aranan bir şarttır. İşletme sahibi ve sorumluluğu üstlenilen her çalışan arasında nitelikli özel bir ilişki söz konusu olmalıdır. Bundan dolayı, adam çalıştıranın sorumluluğuna uygun bir işletmenin (organizasyonun) mevcudiyeti için, işletme

⁶¹⁵ Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1267, çünkü daha çok ticari işletme kavramını akla getirmektedir.

⁶¹⁶ Saraç, s. 31, Tutar, s. 39.

⁶¹⁷ Altay, s. 187; Eberl- Borges, s. 516 vd.

faaliyetinin bağımlılık ilişkisine uygun olup olmadığı sorusu sorulmalıdır. Bu ise, çalışanın adam çalıştırmanın talimatlarını alabileceği ve adam çalıştırmanın bu talimatların kontrolünü yapabileceği, yani gerekli organizasyonu sağlayacak yakınlıkta bir çalışma ilişkisini ifade etmektedir⁶¹⁸.

Ne var ki, bir önceki bölümde de ifade ettiğimiz gibi, bugün itibariyle klasik anlamda işletme faaliyeti veya çalışma ilişkileri için kabul gören astlık- üstlük anlayışı etkisini yitirmiştir. Öyle görülmektedir ki, bazı işletme çeşitlerinde, bağımlılık ilişkisi oldukça esnek nitelikte tasarlanmıştır. Klasik işletme kavramının dışında, Outsourcing, (Lieferung) teslim, Just in Time sözleşmeleri kapsamındaki organizasyon şekillerinde, bağımlılık ilişkisini belirlemek oldukça güç olacağından, bağımlılık ilişkisi olabildiğince esnek değerlendirilmelidir. Ayrıca işletmeler için faaliyetlerinin süresel devamlılığının zorunlu bir öge olarak kabulü tartışılmaktadır. Dolayısıyla kısa süreli veya bir kereliğine yürütülen faaliyetler için de sorumluluk adına tartışmalar ortaya çıkacaktır⁶¹⁹. Hatta bağımsız işletme için de adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabulü tartışılmaktadır. Bu kapsamda günümüzde ne derece yavru şirketin, ana şirketin çalışanı olarak kabul edileceği değerlendirilmeye değerdir⁶²⁰.

Bu bağlamda adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu açısından da bağımlılık unsurunun sorumluluğun bir şartı olarak korunduğunu söylemek gerekirse de sorumluluğun hiç duraksamaksızın reddedilişi, o kadar da net bir görünüme sahip değildir. Bu konudaki farklı görüşler incelenmeye değerdir⁶²¹. Zaten bağımlılık ilişkisinin içeriği hakkında somut bir öngörü mevcut olmadığından; farklı hiyerarşik yapılarda farklı biçimlerde bağımlılık ilişkilerinden söz edilebilir. Yani organizasyon sahibinin oldukça geniş çevrelenmiş talimat imkânının olduğu yapılar olabilir. Bu noktada, Waespi'nin de ifade ettiği gibi, organizasyon sorumluluğunun mevcut organizasyon yapılarıyla sınırlı düşünülmemesi zarar görenin menfaatine olur. Bundan dolayı, bağımlılık ilişkisi, adam çalıştırmanın çalışanlarıyla ekonomik

⁶¹⁸ Fikentscher § 107, N. 1305; D. Medicus, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, Bd. II, 7. Aufl. München, 1995, § 144, N. 851; Waespi, (2005), s. 295.

⁶¹⁹ Waespi, (2005), s. 295.

⁶²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Altmeppen, **Die Haftung Des Managers im Konzern**, München, 1998, s. 108; Waespi, (2005), s. 20 f..

⁶²¹ Bkz. 57-60.

bütünleşmesi ya da işletme sahibi ise hem geçici veya devam eden organize, hem de ekonomik bütünleşmesi olarak anlaşılabilir⁶²². Hangi aktörlerin organize rizikoya hakim olduğuna dikkat edilmesi önerilmektedir⁶²³. Benzer şekilde Alman Mahkeme Kararları da, talimat verme yetkisi yanında, söz konusu kişilerin adam çalıştırmanın organizasyon alanını düzenleyip düzenlemediğini araştırmaktadır⁶²⁴. Böylece bu yaklaşımla doğrudan adam çalıştırmanın bağımsız işletme için sorumluluğunu kabul etmek mümkün olmasa da, eğer bağımsız işletme dahi organizasyon alanıyla yeterli olarak bütünleşmişse, organizasyon alanına entegre olmuşsa, bu durumda onu çalışan olarak görüp adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamına almak mümkün sayılacaktır⁶²⁵. Fakat daha önceki bölümde ifade ettiğimiz aksaklıkların yaşanmaması adına, bağımlılık kavramının geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gereklidir. Bağımlılık ilişkisi ne kadar geniş değerlendirilirse; o kadar çok kişinin verdikleri zararlar adam çalıştırmanın sorumluluğu potasına atılacaktır.

D.Zararın İşletme Faaliyet Nedeniyle Doğmuş Olması

Organizasyon sorumluluğunun bir diğer koşulu da, işletme faaliyeti dolayısıyla üçüncü kişinin zarara uğramasıdır. Zararın yalnızca yapılan faaliyetle mekânsal ve zamansal ilişkisi olması gereklidir. Bunun yanında TBK. m. 66/f.1'den farklı olarak, TBK. m. 66/f.3'de yapılan işin doğrudan doğruya çalışanın göreviyle ilgili olması da aranmaktadır⁶²⁶. Dolayısıyla inşaat şantiyesinde, boya yapan işçinin, diğer bir çalışanın cüzdanını çalmasında, yine sigara yasağına rağmen izmariti yere atarak yangına sebebiyet vermesi halinde mekânsal ve zamansal bağ, sonuç olarak da organizasyon sorumluluğu vardır diyebiliriz. Yine çatı ustasının işçilerinin dikkatsizlik sonucu üçüncü kişilerin üzerine tuğla düşürmesi örneği verilebilir. Ancak çalışma saatleri dışında işçinin izinsiz inşaat malzemelerini kullanması ve zarara sebebiyet vermesi halinde mekansal ve zamansal ilişki yoktur. Bu bakımdan

⁶²² Waespi, 2005, s. 295-296; Petrin, s. 76-78; Aydın, s. 13.

⁶²³ V. Caemmerer, s. 254. Ayrıca bkz. Petrin, s. 72.

⁶²⁴ BGB 831 N. 60, Petrin, s. 72.

⁶²⁵ Staudinger/Eberl/Borges, § 831 N.60. Ayrıca bkz. Petrin, s. 72.

⁶²⁶ Widmer/Wessner, s. 130; Altay, s. 185; Türkmen, 269. Aksi görüş, Antalya, s. 563. Yazar, çalışanın kendisine verilen iş ile söz konusu işletmenin faaliyetinden meydana gelen zarar arasında işlevsel bir bağ olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak zararın işin yapılması sırasında oluşmasına gerek yoktur.

organizasyon sorumluluğu, adam çalıştıranın çalışanın fiilinden sorumluluğundan daha katı olduğu söylenebilir⁶²⁷.

Ayrıca zarara işletmede çalışan bir kişi yol açabileceği gibi, işletme faaliyetinde kullanılan araç gereçteki teknik bir hata veya malzeme sebebiyet vermiş olabilir. Bu anlamda organizasyon sorumluluğunun karakteri kişiden sorumluluk ve dolayısıyla eşyadan sorumluluk halini de içerebilir⁶²⁸. Bu açıdan zarar, işletme organizasyonu ile ilgili bir olgu sonucu meydana gelmelidir. Bizatihi işletme sahibi veya işletenin tek başına kendi davranışlarıyla meydana gelen, organizasyonla ilgisi olmayan zararlarda bu bağdan söz edemeyiz⁶²⁹. Hükümün uygulama alanı, genişledikçe normun amacı kapsamı dışına çıkılacaktır⁶³⁰.

E.Zarar Gören Üçüncü Kişinin Zararı İspatı

Sorumluluğun bir haksız fiil sorumluluğu olması sebebiyle, işletmenin organizasyonu sonucu doğan zararı, zarara uğrayan üçüncü kişinin ispat etmesi sorumluluğun bir diğer önemli şartıdır. Bunun yanı sıra zarar görenin organizasyon bozukluğunu, işletme içerisinde bizzat kim tarafından zarara uğratıldığını veya teknik araç gerecin hatasını ispatlama zorunluluğu yoktur. Çünkü karine olarak adam çalıştıran objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Aksi ispat edilebilen bu karine “adam çalıştıran...ispat etmedikçe” ifadesinden anlaşılır. Sonuçta yasa adam çalıştırana sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş imkânı sağlamıştır. Ancak

⁶²⁷ Wıdmer/Wessner, s. 131; Tandoğan, ise farklı olarak yardımcı kişinin çalıştığı yerden bir şey çalması durumunda, s. 62, dn. 42.

⁶²⁸ Karşı görüş için bkz. Antalya, s. 564; Altay, s. 185; Wıdmer/Wessner, “Organizasyon bozukluğu, işletmenin organizasyonu ile bağlantılı şekilde bir teçhizatındaki teknik bir bozukluktan da kaynaklanabilir. Teçhizatın üretildiği veya üretimde kullanıldığı haller buna örnek teşkil etmektedir. Bu son halde sorumluluk spesifik bir tehlike yaratmasa bile, kullanılan eşyadan sorumluluk karakterini taşımaktadır. Bu yorumla, hükmün kapsamı elverişli olarak genişler. Böylece işletmede çalışanların davranışlarından kaynaklanmayan zararlar için de uygulama imkanı bulur.”, s. 186; Türkmen, s. 270. E. Büyüksağış, Tehlike Esasına Dayalı Genel Sorumluluk Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, **DEUHF**, C.8, S. 1, 2006, s. 1-19. s. 8 dn. 20, TBKT’nın 65. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan “işletme sorumluluğu”, işletme bünyesinde faaliyette bulunan kimsenin (işletenin) -diğer şartların da gerçekleşmesi hâlinde- sadece çalışanlarının neden olduğu zararlardan değil, işletmenin faaliyetleri sonucu neden olunan tüm zararlardan sorumlu tutulmasını gerektirir. Bkz. Erdem Büyüksağış, «La responsabilité de l’entreprise» régie par l’art. 65 al. 3 du projet du Code des obligations turc: une disposition différente de celles prévues par les principes du droit européen de la responsabilité civile ?, **GSÜHFD** 2005 I.

⁶²⁹ Wıdmer/ Wessner, s. 131.

⁶³⁰ Wıdmer/Wessner, s. 131.

zarar görenin tamamen yabancı olduğu, organizasyonunun modern ve karmaşık yapıda olduğu bir işletmenin işleyişindeki eksikliği ispat etmesi oldukça güçtür. Zarar görenin böyle bir sorunu yüklenmesi beklenemez. Zaten işletmelerde yürütülen faaliyetler ve bu bağlamda işbölümü ilişkileri saydam değildir. Kusur, iş bölümünün hâkim olduğu bu tür yapılarda, buharlaşmaya meyilli olduğu için bireysel kusuru ispat edilmesi zarar gören üçüncü kişi için kolay değildir. Waespi'nin dediği gibi, "Haksız fiile ait genel kurallar, iş bölümü söz konusu olduğunda adeta kayalıklara çarpar"⁶³¹. Organizasyon içerisindeki gerçek koşullara hakim olması organizasyon sahibi için zarar gören üçüncü kişiye oranla daha fazla mümkündür. Aynı zamanda çoğunlukla adam çalıştırmanın yanında çalıştırdığı kişilerin verdiği zararlar için zarar görenin çalışana gitmesi, dava açması, ispat sorunu da düşünüldüğünde onun için oldukça masraflı (deep pocket) olacaktır⁶³².

İspat sorununa bir başka açıdan baktığımızda, bir diğer sorunla karşılaşılır. Organizasyona ilişkin özen yükümlülüğü ve adam çalıştırmanın adam seçmede, talimat vermede ve denetlemede yüklendiği diğer özen yükümlülükleri birbiriyle yakından ilgilidir. Şöyle ki, zarara uğrayan üçüncü kişinin, zarara işletmede çalışanın fiilinin mi yoksa işletme organizasyonundaki bir eksikliğin mi sebep olduğunu tespit etmesi oldukça zordur. Zaten bu özen ödevleri çoğunlukla iç içe geçmiş, aynı olayda bir arada bulunan ve sorumlulukların yarışması söz konusu olan yükümlülüklerdir⁶³³.

II. Adam Çalıştırmanın Kurtuluş Kanıtı Getirememesi: Organizasyonda Özen

İşletme sahibi, üçüncü kişileri zarara uğratacak rizikoları en asgariye indirecek şekilde, işletmeyi organize etmekle yükümlüdür⁶³⁴. İşletmenin faaliyeti

⁶³¹ Waespi, 2005, s.1.

⁶³² Gayler, s. 66 ff; Maag, s. 91; Altay, s. 187; A. Bieder, Die Haftung für Fremde Unerlaubte Handlungen Nach Dem Schweizerischen Obligationenrechte, **ZSR**, N.5,1886, s. 373.

⁶³³ Türkmen, s. 271.

⁶³⁴ Organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabul edildiği kararlar: Boya ustasının çalışanını tecrübesine güvenerek ve uygun biçimde organizasyonu sağlayarak istihdam ettiği için çıkan yangından sorumlu tutulmamıştır (BGE 80 II 247, 251). İyi eğitilmiş ve talimat verilmiş bir çalışanın fritözün termostatını yanlış imal etmesinde adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmiş (BGE 110 II 456 ff). Narkoz hemşiresinin hatası dolayısıyla hastane sorumlu tutulmamıştır (SJZ 1973, 379), Organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünün kabul edilmediği kararlar: Patlayıcı fabrikasında kimyagerin patlamaya neden

nedeniyle üçüncü kişiye yönelik doğan herhangi bir zararda adam çalıştırının organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediği karinesi söz konusu olur⁶³⁵. Yalnız bu karine, ifade ettiğimiz gibi adam çalıştırının sorumluluğunun hukuki yapısına uygun olarak, aksi ispat edilebilen adi bir karinedir⁶³⁶. Gerçi organizasyon sorumluluğu için sorumluluk şekline dair farklı düşünceler⁶³⁷ mevcut olsa da, tartışmalar ne “tipik organizasyon rizikosu” üzerine bir yapılanmayı ne de bir kusur sorumluluğu şeklini kabul eder. Organizasyon sorumluluğu tehlike ve kusur sorumluluğu arasında orta katılığa bir sorumluluk şeklidir, yani olağan sebep sorumluluğu olarak değerlendirildiğinden özen kavramı ve bunun sonucunda özensizlik kavramının önemi oldukça yüksektir. Zaten kusur ve sebep sorumluluğu arasında geçişte en rafine kriter özen ve özensizlik olarak belirtilebilir⁶³⁸.

Daha önce adam çalıştırının sorumluluğunda üç tür klasik özen yükümlülüğü dikkate alınmıştır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu özen yükümlülükleri çoğu kez zarar gören üçüncü kişiyi korumaya yetecek nitelikte olmamış, çünkü zamanla gelişen teknoloji ve üretim teknikleri kanun düzenlemesini yetersiz kılmıştır. Zira işletme faaliyetinin yürütülmesi kendisine devredilen çalışan, üçüncü kişiye zarar vermesi halinde işletme sahibinin çalışanın seçiminde, talimatlandırılmasında, gözetim ve denetiminde özen gösterdiğini ispat etmesi onu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Onun ayrıca organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünü de yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶³⁹. Hal böyle olunca adam çalıştırının eyleme ilişkin bu özen yükümlülüklerini yerine getirirse dahi, organizasyona ilişkin özeni de sağlaması zorunlu hale gelmiştir⁶⁴⁰. Ancak

olması (ZBJV 1908 185 f), Buz hokeyinde pakın izleyicileri yaralaması (RVJ 1980, 209), turistin trende kapıyı açması (BGE 96 II 355, 360), Honsell/Isenberg/ Kessler, s. 155; Brehm, Art. 55, Nr. 52; Honsell, Art. 55, Nr. 12; Jaag, Nr. 79.

⁶³⁵ Kılıçoğlu, s. 341; Hausheer, (1997), s. 26; Honsell/Isenring/Kessler, s. 153; Mohler, s. 1411.

⁶³⁶ Widmer/Wessner, s. 129.

⁶³⁷ Bkz. s. 161-175.

⁶³⁸ Bruggemeier, (1999), s. 150, yazara göre önermiş olduğu organizasyon sorumluluğu modeli olan “işletme tehlikesi sorumluluğunda” kusur ve sebep sorumluluğu arasında esnekliği sağlayan melez bir karakteri olduğunu vurgulamıştır.

⁶³⁹ Sağlam, s. 168; Türkmen, s. 274; Ünlütepe, s. 453.

⁶⁴⁰ Antalya, s. ; BGHZ, 11, 151:“ Olayda bir arazi üzerine, çelik konstrüsyondan kolonlar üzerine kurulan çinko kaplama çatısı olan sürekli olmayan bir at biniş alanı inşa edilmiştir. Sayısı beşten

kanaatimizce işletme sahibinin hem TBK m. 66/ f. 2'deki klasik özen yükümlülüklerini hem de işletmenin organizasyonunu sağlama yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenmez. Zira TBK m. 66 hükmü içerisinde iki ayrı fıkra birbirinden bağımsız sorumlulukları düzenler. Bu bağlamda TBK m. 66/ f.1 hükmü icra ettiği faaliyeti çalışana devreden adam çalıştırmanın, işletme faaliyeti seviyesine gelmemiş sorumluluğunu düzenler ve sorumluluktan sıyrılabilmesi için çalışanı seçme, denetleme ve ona talimat vermede özenli olduğunu ispatlaması gereklidir. Oysa faaliyet hacmiyle adam çalıştırma ilişkisini aşan, daha kapsamlı ve işbölümünün var olduğu işletmeler için, bu yükümlülükler ek olarak organizasyon ödevinin yerine getirildiği işletme sahibince ispat edilmelidir. Zira işletme sahibi organizasyon yükümlülüğünü yerine getirerek, yükümlülüğün kapsamı içerisinde zaten var olan çalışanın seçiminde, talimatlandırılmasında, gözetim ve denetiminde özeni de yerine getirmiş olacaktır⁶⁴¹. Bununla birlikte öğretide organizasyona ilişkin özen (cura in organisando) daha önceleri adam çalıştırmanın denetim ve gözetim yükümlülüğü içerisinde değerlendirilmiştir⁶⁴². Ne var ki, organizasyon yükümlülüğü, sorumluluğu olan kişiden denetim ve gözetim yükümlülüğüne göre daha kapsamlı bir biçimde özen göstermeyi talep eder. Zira işletme faaliyeti çalışanlar yanında araç, malzeme ile makinelerden (taşınır ve taşınmaz maddi unsurlardan) oluşan bir bütündür. Organizasyon yükümlülüğü de işletme faaliyetine katılan tüm unsurlara ilişkin olacağı için denetim ve gözetim yükümlülüğüne oranla çok daha kapsamlıdır⁶⁴³. Aynı yönde, “Matusche- Beckmann, “özenli bir denetim ve gözetimin yapılabilmesi için işletmenin ihtiyacına uygun planlı bir düzenleme; bir organizasyon ihtiyacı olduğu

sekize kadar, işçi çalıştırılmaktadır. Alanın kurulmasından sonra, çatının çökmüş ve davacı zarar görmüştür. Önceden mahkeme bu çökmenin, inşaat işletmesinin malzemedan çalması nedeniyle olduğu konusunda netti. Fakat aynı zamanda uygun biçimde çalışanlar gözetlenmediği ve gözetlenmenin iyi organize edilmediği gerekçesiyle, inşaat işletmesi sorumlu tutulmuştur. Gözetim işini iki aşamalı yapmakta olup, bir taraftan genel bir gözetim işini yapmakta, diğer taraftan ise, işe ve mekana göre ayrı ayrı gözetim yapmaktadır. Ama bunun için uygun bir gözetim işini yürütecek bir çalışan seçilmemiş olup; çok sayıda çalışanı ayrı ayrı gözetme işini yürütmeye çalışmaktadırlar. Oysaki, uygun eğitilmiş bir sorumlu kişi ile kademeli bir gözetim sistemi gerektiği vurgulanmaktadır”, BGHZ 17, 214: “Şeker fabrikasından ineklere yem olması için gönderilen pancar posası, kurşundan dönüştürülmüş vagonlar aracılığıyla taşınmış ve bu ise hayvanların telef olmasına neden olmuştur. Burada mahkeme tehlike içeren taşıma işine uygun, organizasyona ilişkin özenin gösterilmediğinde dolayı davalıyı mahkum etmiştir”, Matusche- Beckmann, s. 53-54; Jaun, s. 383.

⁶⁴¹ Ünlütepe, s. 454.

⁶⁴² Tandoğan, (2010), s. 119.

⁶⁴³ Widmer/ Wessner, s. 131; Ünlütepe, s. 394.

söylenebileceğinden, bu kavramlar arasında bir bağlantının olduğunu, dolayısıyla özenli bir organizasyon için daima denetim ve gözetim ödevinin gerekli olduğunu belirtmekte; ancak denetim ve gözetim yükümlülüğü kavramlarının organizasyon kavramlarıyla bir tutulmaması gerektiğini , organizasyon nitelik olarak daha geniş olduğunu belirtmiştir⁶⁴⁴.

A. Organizasyona İlişkin Özen Yükümlülüğü Kavramı

1. Genel Olarak

TBK. m. 66 f. 1 ve 2 ile birlikte, adam çalıştıran yüklenen özen yükümlülüklerinin içeriği çalışanın seçiminde, gözetiminde ve çalışana talimat vermede özen biçimi de kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Ayrıca yapılan değişikliklerle işletme sahibi adam çalıştıranın işletmeyi organize etmedeki özen yükümlülüğü kabul edilmiştir⁶⁴⁵. İşletme faaliyetleri nedeniyle adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğu, yani “ekonomik” ve “mesleksi” faaliyetler nedeniyle sorumluluk açısından önemli olan organizasyona ilişkin özen kavramı, doğası gereği daha kapsamlı bir dikkat ve özeni hak etmektedir⁶⁴⁶. Widmer/Wessner Tasarısına ait gerekçede de görüldüğü gibi, adam çalıştıranın sorumluluğunun, “ekonomik ve mesleki” ve “özel ev işleri” olmak üzere ikiye ayrılması bu açıdan dikkate

⁶⁴⁴ Matusche- Beckmann, s. 90-91. Aynı yönde, bkz. Ünlütepe, s. 454.

⁶⁴⁵ RG JW 1923, 1026: “Kara yolunda seyahat eden araç sahibi, kanalizasyon tesisatının kusurlu döşenmesi sebebiyle, çöken yol sebebiyle maddi zarara uğramıştır. Zararı nedeniyle belediyeye karşı, gerekli organize önlemlerin alınmaması hasebiyle dava açılmıştır. Mahkeme ise, belediye işçisinin gerekli önlemleri alıp almadığı konusunda yeterince kontrol etmediği, işçinin tembel ve ihmalkar davranışlarına göz yumması nedeniyle organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir”, RG JW 1938, 3162 :“ Davacı buz parçasına basıp kayması nedeniyle, belediyenin tuzlama görevini yerine getirmede organizasyona ilişkin özen eksikliği gerekçesiyle dava açmış. Olayda görevli olan 6 işçinin, birbirlerinin yeterince tuz döküp dökmediğini hiç kontrol etmediklerini ve bu iş için istihdam edilmiş işçinin nasıl olsa tuzlanmış deyip hiç kontrol etmediği görülmüştür. Mahkeme belediyenin bu sebeplerle, yeterince organizasyon için özen göstermediğini kabul etmiştir”, BGHZ 4, 1: “Büyük bir çiftlikte, yetkili kişi, çiftlikte kullanılan taşıtlar için, benzin sağlama görevini bir işçiye devrediyor. 16 yaşındaki bu kişi de, yarım kan cins ata binerek davacıyı zarara uğrattıyor. Burada çiftlik yönetiminin tazminata karşı ileri sürdüğü gerekçe, atın kuzu gibi uysal olduğu ve binicinin uygun şekilde ata binmiş olmasıdır. Fakat mahkeme, kurtuluş kanıtını kabul etmemiş, çünkü işçinin küçük oluşu, atın safkan olmayışı sebebiyle tehlike yaratan bir olayda yeterince organize önlemin alınmadığı kabul edilmiştir”, Matusche- Beckmann, s. 50-51; Fellmann, s. 887.

⁶⁴⁶ Brehm, Art. 55, Nr. 52; Hausherr, 1997, s. 26.

değerdir⁶⁴⁷. Sonuçta ekonomik anlamda fayda sağlayacak olan, en az iki kişinin birlikte çalıştığı, iş bölümünün olduğu bir iş, tehlikeye daha açıktır ve daha fazla özeni gerektirir⁶⁴⁸. Böylece daha katı bir sorumluluk meydana getirir⁶⁴⁹. Organizasyona ilişkin özen, adam çalıştıranın işletmenin organizasyonunu üçüncü kişileri zarar uğratmayacak şekilde yapılandırmasıdır⁶⁵⁰. Benzer biçimde Gerwig'e göre, organizasyon sahibinin düzenli bir donatım ve oluşabilecek sorunları çözmek adına uygun tedbirlere başvurmasını ifade etmektedir⁶⁵¹. Dolayısıyla organizasyon yükümlülüğünün hareket noktasını, yürütülen faaliyet bakımından, üçüncü kişilerin zarara uğramasını engelleyecek ya da en aza indirilmesini sağlayacak düzenin kurulması oluşturur⁶⁵². Bu da farklı işletmeler açısından, işletmenin zarar tehlikesine açıklığı ya da başkalarının zarara uğramaması için kişisel ve maddi unsurların uyumunun sağlanması ihtiyacı sebebiyle birbirinden farklı kapsamda özen yükümlülüğünün aranıyor olmasına sebep olur⁶⁵³. Bununla birlikte asgari biçimde organizasyon yükümlülüğünün temel gereklerini incelediğimizde, devamlı denetimin ve gerekli genel talimatların yapılması, talimatların uygunluluğunun kontrolü ve tehlikeli alanlar için gereken önlemlerin alınması tüm işletme faaliyetleri için gereklidir⁶⁵⁴. Bu çerçevede adam çalıştıranın organizasyon yükümlülüğü olarak, işletme için kanunlar ve yönetmelikler doğrultusunda gerekli izinleri almak, işletmeyi bu hükümlere uygun olarak yönetmek, en iyi organizasyonu sağlamak için personelin yetki sınırlarının saptandığı, işin önemine göre yeterli işçinin istihdam edildiği ve yöneticilerin olmadığı zaman yerine geçecek temsilcinin belirlendiği, büyük organizasyonlarda üç klasik özen yükümlülüğünü yerine getirmek için ara kadroları oluşturarak⁶⁵⁵ en rasyonel işbölümünü sağlamak, çalışanları arasındaki bilgi

⁶⁴⁷ Widmer/Wessner, s. 131.

⁶⁴⁸ Honsell, Art. 55, Nr. 12.

⁶⁴⁹ Schnyder, Art. 55, N. 16; Brehm, Art. 55, N. 46.

⁶⁵⁰ Brehm, Art. 55, Nr. 52, 78; Türkmen, 276.

⁶⁵¹ Gerwig, s. 43.

⁶⁵² Matusche- Beckmann, s. 113. Ayrıca bkz. Ünlütepe, s. 406.

⁶⁵³ Adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin olarak aynı yönde, bkz. C. Huguenin, Obligationen, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich/Basel/Genf, 2014, s. 593.

⁶⁵⁴ Rey, s. 215; Nater, s. 36.

⁶⁵⁵ (Dezantrelisierte Entlastungsbeweis) Dağıtılmış kurtuluş kanıtının varlığı sebebiyle bu organizasyona ilişkin özen ödevi Alman Hukuku açısından çok daha önemlidir. Bkz. BGHZ 32,53,

akışını sürdürmek, işyerinde işin amacına uygun araç gereci bulundurmak ve bunların bakım ve onarımını kontrol etmek, işçilerin çalışma saatlerini düzenlemek sayılabilir⁶⁵⁶. Bu bağlamda organizasyon yükümlülüklerini, tür ve içerik açısından dört grup halinde özetlemek mümkündür

aa. İş Bölümü

İşletme sahibinin, TBK m. 66/f.2 uyarınca adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin özen yükümlülüklerini, daha kapsamlı bir faaliyet yürütmesi gerekçesiyle evleviyetle yerine getirmelidir⁶⁵⁷. Ancak göz ardı edilmemesi gereken husus, organizasyon sorumluluğu bakımından, bu yükümlüklerin yerine getirildiğinin belirlenmesi, ayrıca yükümlüklerin yerine getirilmesinin ne şekilde organize edildiği, yani bütünsel olarak işletme bünyesinde genel yapılanmanın sağlanması, genel seçim, talimat ile gözetim ve denetleme, koordinasyon düzenlemelerinin sağlanması ile mümkündür. Dolayısıyla organizasyon yükümlülüğü kavramı, sadece sonucu değil; aynı zamanda yükümlülüğün yerine getirilme sürecini de ifade eder⁶⁵⁸. Bu çerçevede kapsamlı bir organizasyon yükümlülüğü, yürütülen faaliyete uygun sayıda çalışanın kullanımı ve çalışanların gereken biçimde çalışma alanlarına dağılımının sağlanmasıyla mümkündür⁶⁵⁹. İşletme sahibi, zararın yardımcı kişiyle bağlantılı olarak ortaya çıkması halinde, sadece çalışanın seçimi konusunda özen göstermiş olduğunu ispat ederek sorumluluktan sıyrılmaz⁶⁶⁰. Bu bakımdan işletmenin iş yüküne rağmen, sayıca az çalışanın faaliyeti üstlenmesi özenin ihlalini oluşturur⁶⁶¹.

Matusche-Beckmann, s. 61. Fakat kanaatimizce İsviçre Hukukunda da ara kadroları oluşturmak ve onların gözetimini yaparak yeterli bir organizasyonu sağlamak adam çalıştıranın sorumluluğu için önemli bir husustur. Tek fark adam çalıştıranın ara kadroları oluşturduğunu belirterek sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmaması, ayrıca zararı engellemek için yeterince özen gösterdiğini ispat etmesi gereklidir.

⁶⁵⁶ Brehm, Art.55, Nr. 78; Ç. Özel/D. Leblebeci, Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 2, 2007, s. 189.

⁶⁵⁷ Widmer/Wessner, s. 132; Altay, s. 183.

⁶⁵⁸ Ünlütepe, s. 479.

⁶⁵⁹ Rey, s. 215; Brehm, Art. 55, Nr. 53.

⁶⁶⁰ Brehm, Art. 55, N. 48.

⁶⁶¹ Antalya, s. 564; Becker, Art. 55, Nr. 12; Nater, s. 54; Çıttan, s. 508; Fikentscher, Nr. 1308; Brandes, s. 111- 112; Y. 4. HD T. 10.021978, E. 1977/11751, K. 1978/10809, YKD, S. 1, Ocak 1979, s. 39 vd.

Zaten yürütülen işe uygun çalışanın özenli bir biçimde seçilmesi, Alman deyiimiyle “kırmızı bir iplik gibi” seçilmesi organizasyon yükümlülüğünün tüm alanına nüfuz etmiş bir ödevdir⁶⁶².

İşletme sahibi, çalışanlarını seçerken yapılacak faaliyetin niteliğine uygun kişileri tercih etmelidir⁶⁶³. Yürütülen faaliyet bakımından, çalışanda bulunması gereken özelliklerin neler olması gerektiği belirlenir. İşin ağırlığı, tehlikeli olması gibi özelliklerin varlığında, çalışanın seçimi de bu özellikler dikkate alınarak yapılacaktır⁶⁶⁴. Dolayısıyla çalışan hakkında bilgi edinerek, çalışanların eğitimlerine, tecrübelerine, niteliklerine uygun birimlere atama yapmalıdır⁶⁶⁵. Farklı bir deyişle yürütülen işe ilişkin olarak işbölümünün yapılmasında da çalışanın seçiminde özen geçerlidir⁶⁶⁶. Yapılacak atamalarda öncelikli kararı verecek olan kişi işletme sahibi olsa da, gerektiğinde çalışanların arzularını dikkate alarak iş dağılımını yapması işte başarı ve performansı etkileyecek niteliktedir. Ayrıca yürütülen faaliyette birden fazla adam çalıştıran birlikte hareket ediyorlarsa, kapsamlı bir iş paylaşımının yapılması gereklidir⁶⁶⁷.

İşbölümü, amaca uygun biçimde, yerine getirilecek olan işlerin ayrılarak, çalışanlara, uzmanlık alanları doğrultusunda yüklenmesini ifade eder. Her çalışan işin tamamından değil, bir bölümden sorumludur⁶⁶⁸. İşletme sahibi işbölümünü dikey ve yatay olmak üzere iki türde oluşturabilir. Dikey iş bölümü yani ast-üst ilişkisinin var olduğu alanlarda gözetim ve talimat yükümlülükleri ön plana çıkar. Bu bağlamda yürütülecek görevin, işin niteliğine uygun olarak uzman kişiye devri mümkündür. Eğer yürütülen iş tek bir çalışanın çabasıyla yerine getirilemiyorsa, başka yardımcı kişilere ihtiyaç varsa uzmanlık bilgisine sahip kişinin bu kişileri denetliyor olması ve onlara talimatlar veriyor olması adam çalıştıranın düzenlemek zorunda olduğu iş

⁶⁶² Brandes, s. 111.

⁶⁶³ Antalya, s. 559; Öztan, s. 163; F. Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş-Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara, 1974, s. 71; K. Fişek, Yönetim, Ankara, 1975, s. 230.

⁶⁶⁴ K. Reisoğlu, s. 34; Schnyder, s. Art. 55, N. 18.

⁶⁶⁵ Fişek, s. 230; Gerwig, s. 78.

⁶⁶⁶ Tandoğan, (2010), s. 118; Antalya, s 559.

⁶⁶⁷ Nater, s. 38.

⁶⁶⁸ H. Can, Organizasyon ve Yönetim, Ankara, 2012, s. 114.

paylaşımıdır. Örneğin hastanede uzman doktor hastanın teşhis ve tedavisini yaparken, asistan doktor veya hemşire uzman doktorun gözetiminde yardımcı tıbbi müdahalelerde bulunabilir. Ancak tıbbi müdahale hastanın yaşamını tehlikeye atacak nitelikte zorluklar taşıyorsa, uzman doktor bizzat kendisi ilgilenmelidir⁶⁶⁹. İşletme sahibinin verilen talimatlar ve yapılan işin gözetiminde dikkat edecekleri husus, üçüncü kişilerin zarara uğramasının engellenmesidir. Bu kapsamda üçüncü kişinin herhangi bir biçimde zarara uğramasını engellemek amacıyla, yürütülen faaliyetin ve çalışanların niteliğine bağlı olarak gözetim yükümlülüğünün sıklığını belirleyecektir. İşletme sahibi, çalışanları sürekli veya belirli aralıklarla gözetim altında tutabileceği gibi, fırsat buldukça da denetleyebilir. Çalışana verilmesi gerekli talimatlar ise, genel talimatlar veya özel talimatlar olmak üzere iki biçimde ele alınabilir. Genel talimatlar, işletmenin tamamını ilgilendiren çalışma düzeni kurallarıyken, özel talimatlar sadece çalışanlardan bazılarına verilecektir. Her iki türdeki talimat kuralları, işletme yapısının şeffaflığı müsaade ettiği ölçüde birleştirilebilir⁶⁷⁰.

İşletme sahibinin dikey iş bölümü kapsamında dikkate alması gereken bir diğer husus, çalışanların eğitilmesi ve mesleki olarak geliştirilmesinin sağlanmasıdır. Bu kapsamda çalışanların eğitilmesi için çeşitli seminerler düzenlenebilir, işletme sahibi çalışanların kurslara veya workshoplara katılımını sağlayabilir. Öte yandan çalışma saatlerinin ayarlanması da bu kapsam içerisinde ifade edilmelidir. Bu çerçevede saatler çalışanların en verimli ve yoğun çalışma şartları dolayısıyla zarar rizikosunu oluşturmayacak biçimde çalışabilmelerini sağlamalıdır⁶⁷¹. Örneğin, yeterli aydınlatma olmaksızın⁶⁷² ya da gündüz yapılması gerekli bir işin karanlıkta

⁶⁶⁹ Brandes, s. 113..

⁶⁷⁰ Brandes, s. 113.

⁶⁷¹ Gerwig, s. 78 ff.

⁶⁷² İnan/Yücel, s. 420; Y. 4. HD. 20.09.2007, E. 10952, K. 10579, "...Davalı Ahmet'e ait diğer davalı Uğur'un kullandığı balya makinesinin çalışması sırasında çıkan yangın sonucu bir bölüm orman yanmış ve dava konusu zarar olmuştur. Olayda davalı sürücü Uğur kusurlu sorumluluk, diğer davalı Ahmet ise kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumludur. Sürücü Uğur, çalışmasını sürdürürken arazinin konumunu, mevsim koşullarına göre çalışma saatlerini gözeterek önlem alması ve işin özelliğini de göz önüne alarak çalışma yöntem ve programını ayarlaması gerekirdi. Diğer davalı Ahmet ise adam çalıştıran olarak sürücüyü seçme, talimat verme ve denetleme konusunda özensizliği bulunmadığını kanıtlamadığına göre kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu tutulmalıdır...", H.T. Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Ankara, 2010, s. 314-315.

yapılması⁶⁷³ ya da insan yoğunluğunun bulunduğu saatlerde yıkım işinin yapılıyor olması zarar rizikosunu arttırır⁶⁷⁴.

Yatay iş bölümlerinde ise, yani eşit kademede çalışanlar arasındaki iş bölümü de işletme sahibinin organizasyon yükümlülüğünün kapsamı içerisindedir. Bu şekildeki işbölümüne, üretici ve distribütör, hastanedeki hekimler arasındaki ilişkilerde rastlayabiliriz. Genelde yatay işbölümüyle çalışanlar, birbirlerine güven duygusuyla hareket ederler, aralarında talimat veya gözetim ilişkisine pek rastlanmaz. Herkes kendi payına düşeni kusursuzca yerine getirmelidir. Üretici distribütörü özenli bir biçimde seçip, temin edilen parçaları denetlemelidir. Ancak bu denetim distribütörün yükümlülüğü olan kalite kontrolü derecesinde bir denetime de yaklaşamaz. Hekimler arasındaki ilişkilerde, bazı farklılıklara rağmen, genelde üretici- distribütör ilişkisine benzemektedir. Hekimler arasında, iş arkadaşlarının yeterliliğine, koyduğu teşhise ve yapılan tedaviye güven söz konusudur. Ancak şüphe halinde gözetim yükümlülüğü var olabilir ya da ihtiyaç varsa işbirliğinin teşhis ve tedavide de uygulanması düşünülebilir. Fakat yaptığımız çıkarım, hekimlerin her birinin uzmanlığını tamamlamış hekimler arasında olduğu varsayımı ile uygun düşer. Eğer asistan hekimler veya akademik yapının olduğu üniversite hastanelerinde iş ilişkisinde dikey iş bölümü söz konusudur⁶⁷⁵.

bb) Uygun Araç Gerecin Kullanılması ve Hazır Bulundurulması

Organizasyon yükümlülükleri için kişisel donanımın yanında, nesnel donanımında önemli bir işlevi vardır. Söz konusu endüstriyel işletmeler olduğunda ise, çalışanların bireysel faaliyetlerinde olduğu gibi, araç ve gereçlerin tüm üretim süreci içinde programlanması beklenir⁶⁷⁶. Gerwig tarafından yapılan tespite göre,

⁶⁷³ Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin olarak aynı yönde bkz. İmre, s. 147.

⁶⁷⁴ Ünlütepe, s. 466.

⁶⁷⁵ Brandes, s. 113.

⁶⁷⁶ Matusche- Beckmann, s. 120; Nater, s. 38; BGE 58 II 29, 35, Honsell/Isenring/Kessler, s. 154. Ayrıca bazı görüşler, iş için gerekli bulunan araç, gereç, alet, makine ve malzemeleri çalışana sağlamak ve bu hususta talimat verilmesini talimat vermede özen kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Müller, Art. 55, Nr. 21; Widmer/Wessner, s. 493. Buna rağmen Yargıtay'da söz konusu yükümlülüğü organizasyon yükümlülüğü içinde değerlendirmiştir. Y. 4 HD. T. 10.02.1978, E. 1977/11751, K. 1978, 10809, YKD, S. 1, Ocak 1979, s. 39 vd. "...istihdam edenin, işin yürütülmesini sağlayan çalışma aletlerininve kullandığı malzemenin işe yarar olması

“meslekten olmayan kişiler tarafından fabrikalar veya sanayi işletmeleri monoton, tamamen makinelerden oluşan sosyal çevrenin olmadığı gayri beşeri yapılar olarak görülmektedir. Fakat bu çıkarımın doğru olduğunu kabul etsek bile, teknik bilgiyi gerektiren makinelerin oluşturduğu karmaşık bir yapıya sahip endüstri işletmelerinin kusursuz işlemesi, yine kişisel bir organizasyonu gerektirmektedir⁶⁷⁷. Gerçekten de teknolojik gelişmelere bağlı olarak işletmeler içerisinde makine ve teknik araç gerecin mevcudiyeti artsa da, çalışma düzenini sağlayabilmek için insana her zaman ihtiyaç vardır. Özellikle işletmelerin kişi ve maddi unsurları arasındaki uyumun sağlanması, organizasyon yükümlülüğünün ürünüdür⁶⁷⁸.

Ayrıca maddi araçların hazır bulundurulmasına ilişkin organizasyon yükümlülüğü ile bu araçların kullanılmasına ilişkin organizasyon yükümlülüğü arasında bir ayırım yapılmalıdır. Üretici uygun nitelikte ve gerekli olan araç gereci ve materyalleri hazır bulundurmalıdır⁶⁷⁹. Hastane sahibi gerekli tıbbi malzeme ve teçhizatı sağlamalı ve kullanıma uygun bir biçimde muhafaza edilmelidir. Belediye yol açma ve tuzlama araçlarını, hava koşullarını dikkate alarak uygun sayıda ve zamanda kullanmalıdır. Kullanılacak araç gerecin, kullanım iznine sahip, süreli malzemelerde son kullanma tarihini geçmemiş olmasına dikkat edilmelidir. Özenli bir biçimde seçilmeli, kontrolleri periyodik olarak yapılmalı ve kullanım dışı zamanlarda bakım altına alınmalıdır. Tehlike yaratan araç gereçler kullanılmamalı, eğer başka bir alternatif yoksa, sağlanacak faydanın önemi karşısında, tehlike daha hafif nitelikte kalıyorsa, en tehlikesiz olan seçenek tercih edilmelidir⁶⁸⁰.

lazımdır. Eğer, çalıştırdığı adamlara tevdi ve teslim ettiği araç ve gereçler ile işte kullandığı malzemeler bozuk ve hatalı ise, organizasyon bakımından kusurlu davranmış olur...”.

⁶⁷⁷ Gerwig s. 79.

⁶⁷⁸ Otomatik üretim yapan bir fırın bu durum için güzel bir örnek oluşturabilir. Mekanik bir sürecin işliyor olması, daha ziyade elektronik biçimde yönetilen iş akışının varlığı, çalışanların görevinin yalnızca birkaç şalterin indirilip kaldırılması anlamına gelmemektedir. Çünkü en basit haliyle bile çalışanların çalışma saatlerinin ayarlanması, vardiya düzenleri, üretim bandının işleyişinin hızının ayarlanması için beşeri iş gücüne ihtiyaç duyulur. Bkz. Diedrichsen, s. 52.

⁶⁷⁹ Brehm, Art. 55, Nr. 53; Nater, s. 38.

⁶⁸⁰ Brandes, s. 114.

cc) Diğer Kuruluş ve Tesislerin Yönetimi

Bazı işletmeler, faaliyetlerini sürdürebilmek için, birden fazla şube, tesis, üretim alanı, depoya ihtiyaç duymaktadır. İşletmeler şube sayısını artırarak satış potansiyelini artırmakta veya satış ve üretim alanlarının ayrıca oluşturulmasına gerek duymakta ya da gerek malzemelerin gerekse üretim araç gereçlerinin saklanması için büyük depolara ihtiyaç duymaktadır. Bu bağlamda da işletme sahibinin yalnızca yönetim merkezini değil, diğer kuruluş ve tesislerin de yönetimini üstlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu yapılar arasında koordinasyonu sağlaması gerekmektedir⁶⁸¹.

dd) İletişim ve Bilgi Akışının Sağlanması

Sorunsuz bir organizasyonun sağlanması için, hem işletme birimleri içerisinde hem de dışında iletişimin sağlanması en önemli koşullardan biridir. Zira iç içe geçen görev alanlarında, kuvvetli bir iletişim ve bilgilendirme sistemi sağlanmalıdır. İşletme bölümlerinin uyumlu şekilde çalışması bakımından koordinasyonun kurulması, bu yolla mümkündür⁶⁸². Örneğin bankanın, müşterilerinin banka hesap cüzdanını çaldırdığını ve ilgili işlemlerin yapılması gerektiğini personeline duyurması, seyahat acentesinin çalışanı ve merkez arasındaki irtibatı sağlaması ya da üreticinin yeni gelişen üretim tekniklerini çalışanlarına iletmesi, onları eğitmesi bu kapsamdadır⁶⁸³. Çalışanların arasındaki iletişimin sağlanması veya çalışanlara gerekli çalışma düzeniyle ilgili bilgilerin verilmesi ve onlardan da bilgi alınması, talimat ve gözetim yükümlülüğünün kusursuzca işlemesi için önemli bir adımdır.

Ayrıca yalnızca işletme içerisindeki kişilerin değil, üçüncü kişilerin de tehlikeden uzaklaştırılması için birtakım uyarı yükümlülüklerinin yerine getirilmesi de zorunludur. Mesela uyarı levhası (gen teknik laboratuvarlarında), trafik araçlarında hatalı sürüşle ilgili haber verilmesi için işletenin telefon numarasının yazılması,

⁶⁸¹ Brandes, s. 114.

⁶⁸² E. Eren, S. 321.

⁶⁸³ Brandes, s. 114.

üreticinin eşyaya ilgili bilgilendirici broşürler hazırlaması ya da etiketler yapıştırması banka memurunun yetki sınırlarının belirtilmesi gibi örnekler sıralanabilir⁶⁸⁴.

2. Bireysel ve Kolektif Özensizlik Kavramları

Öğretide, işletme faaliyetlerinin yürütülmesi esnasında meydana gelen üçüncü kişinin uğradığı zararlar için, organizasyon sorumluluğunun kusurun işletme çevresinde bireyselleştirilmesinin mümkün olmaması sebebiyle toplu özensizlik kavramının zikredildiği görülmektedir. Bu düşünceye göre adam çalıştırının işletmenin organizasyonundan sorumluluğu için veya genel anlamıyla organizasyon sorumluluğunun her çeşidinin arka planında kolektif özensizlik kavramı hakimdir. İlk olarak Jaeggi, organizasyon sorumluluğuna işaret ettiğinde, sorumluluğu işletme içerisinde, bireysel kusur aranmaksızın, kolektif ve objektif özensizliğe bağlı olarak açıklamıştır⁶⁸⁵. Gerçekten de kapsamlı özellikle iş bölümünün uygulandığı büyük ölçekteki işletmeler düşünüldüğünde, kimin zarara bireysel olarak sebebiyet verdiğini belirlemek kolay olmayacaktır. Bireysel kusur, işletme organizasyonunun kapsamı oranında, kaybolmaya müsaittir. Bununla birlikte, kolektif özensizliği özensiz bireysel eylemlerin toplamı olarak değerlendirerek kavramı açıklamak mümkün değildir⁶⁸⁶. Organizasyon öğretisi ve hata psikolojisinden, kolektif özensizlik için bireysel eylemlerin daha çok nicel değil nitel yapıda olduğu çıkarılır. Bireysel eylemlerin zarara katkısının toplanması kabul edilmez; aksine bireysel özensizliğin iç içe geçmesi (üst aşama, birey üstü organizasyon amacının elde edilmesi, eylem beklentilerinin formülasyonu, grup dinamiği etkisi, sinerji vs) söz konusudur⁶⁸⁷. Elbette bu durum işletmelerde organizasyon sorumluluğu açısından bireysel özensizliğin kaybolduğu anlamına gelmez⁶⁸⁸. Bireysel davranışlar, sorumluluk için zarara neden olma konusunda diğer özensiz davranışlarla yarışmaya devam ederler. Organizasyon sorumluluğunu kolektif özensizlik bağlamında açıklamaya çalışan bir diğer önemli görüş ise Waespi'ye aittir. Waespi, organizasyon

⁶⁸⁴ Brandes, s. 114-115.

⁶⁸⁵ Jaeggi, s. 755; Ayrıca bkz Ünlütepe, . s. 38.

⁶⁸⁶ Nater, s. 114.

⁶⁸⁷ Waespi, 2005, s. 313.

⁶⁸⁸ H.J. Laski, The Basis of Vicarious Liability, Yale Law Journal, 1916, s. 122f.

sorumluluğu adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız, genel bir sorumluluk olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda organizasyon sorumluluğunun, organizasyona ilişkin özen yükümlülüğünü gerektiren, işbölümün hakim olduğu tüm yapılarda meydana gelen sorumlulukları kapsadığını belirtmektedir. Bu çerçevede OR Art. 55 ve 101, ZGB Art. 50 maddesinde tayin edilen sorumluluklar bakımından da organizasyon sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Dolayısıyla çok sayıda sorumluluk şeklinin, çeşitli parçalara ayrılmış birden fazla düzenlemenin önerilmesi, çeşitli hükümlerin sorumluluk sebeplerinin dağıtılması ve pek çok sınırlama probleminin oluşmasına neden olur⁶⁸⁹. Bu sebeple Waespi, organizasyon sorumluluğu kapsamında değerlendirilen ve çeşitli farklı hükümler ile düzenleme altına alınmış hükümlerin kolektif özensizlik ögesi altında tek ve genel bir hüküm altında toplanmasını önermektedir. Bu çerçevede, Waespiye göre belirli bir faaliyet göz önünde bulundurulmaksızın, bütün faaliyetleri kapsayan ve kollektif özen yükümlülüğüne dayalı genel organizasyon sorumluluk düzenlenmelidir⁶⁹⁰⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ Waespi, 313. Öte yandan, organizasyon yükümlülüğü sözleşme sorumluluğu çerçevesinde de meydana gelebilir. Örneğin Bu konuda Federal Mahkemenin vermiş olduğu “Skiunfall” kararı kayda değerdir. Karara göre öncelikle sözleşme hukuku ile ilgili olsa bile, haksız fiil sorumluluğu için de önem teşkil eder. Çünkü Federal Mahkeme düzenli olarak sözleşmesel yan yükümlülüklerin ihlalinin haksız fiil özen yükümlülüğü ile eşitliğini tartışmıştır. Bu karara göre “Statzerhorn olayı” kayak yapan bir kişinin kayak pistinin dar geçitlerinin yanına yapılan binalara çarpması nedeniyle gördüğü zararda sorumlu olarak Sessellift AG’yi kabul etmektedir. Bu karara varırken de herhangi bir norm zikredilmemiştir. Sorumluluk temeli tehlikelilikten türeyen genel Verkehrsicherung yükümlülüğüdür. Pistin düzleşmesinin kötü organize edilip edilmediği, yetkili olmayan çalışanların kullanılıp kullanılmadığı veya organın kusurunun zararı ortaya çıkarıp çıkarmadığı araştırılmamıştır. Sadece aranılan hangi organizasyon üyesinin davranışlarının şirkete atfedildiği ve yapılan tüm davranışların objektif biçimde genel davranış kuralını ihlal edip etmediğidir, Waespi, 2005, s. 316-317.

Ayrıca bkz. Ünlütepe, s. 48.

⁶⁹⁰ Waespi’nin önermiş olduğu norm şu şekildedir: 1) Bir faaliyetin yürütülmesini bir başkasına bırakan kişi, faaliyetin yerine getirilmesi ile bağlantılı olarak hukuka aykırı şekilde sebep olunan zararlardan sorumludur. 2) Davalı, zararın önlenmesi için meydana gelen durumun gösterdiği şartların ve zarar veren faaliyetin öngörülebilir tehlikesinin gerektirdiği biçimde her türlü özeni gösterdiğini ispat etmesi halinde sorumlu değildir.” Görüldüğü üzere OR. Art 55 ve VE-OR Art 49a’dan farklı olarak “bir başkasına” ifadesini tercih ederek, organ ve yardımcı kişi ayrımını değerlendirmeksizin tüzel kişinin organlarının fiilinden sorumluluğunu da organizasyon sorumluluğu içinde düzenlenmesini önermektedir. Ayrıca söz konusu hüküm somut tehlike kavramını da açıkça ifade etmiştir. Bkz. Waespi, (2005), s. 48. Schaefer, BGB § 831, N. 136, ancak adam çalıştırmanın sunmuş olduğu kurtuluş kanıtı bireyselleştirilmiş bir çalışana yönelik olabileceği gibi, konuyla ilgili olan tüm çalışanları kapsayıcı nitelikte de olabilir. RGZ 70, 379; 87, 1, 14; JW 1914, 759; BGH VersR 1955, 746, 747; 1958, 107; 1967, 1199; NJW 1968, 249, 1973, 1603.

⁶⁹¹ O. Waespi, Organisationshaftung- Mit Ungleichen Ellen Gemessen Weryngswidersprüche Bei Der Geschäftsherrenhaftung Gemaess Art. 55 OR im Vergleich Mit Der Haftung Aus Positiver Vertragsverletzung, Der Staatshaftung und Der Werkeigentümerhaftung, HAVE 2004, s. 271 ff.

Kolektif özensizlik kavramının mevcut hukuk sisteminde “de lege lata” olarak net bir biçimde uygulanışı devletin sorumluluğu kapsamında şekillenir. Jaeggi de organizasyon sorumluluğunun objektif ve kolektif özensizlik öğeleriyle değerlendirirken, devletin sorumluluğundan kıyasla bu yaklaşımı benimsemiştir⁶⁹². Bu konuda örnek teşkil edecek nitelikte çokça karara rastlanmaktadır. Bilhassa sağlık hukuku kapsamında hastanenin organizasyon sorumluluğu ile ilgili verilen kararların birinde, Federal Mahkeme hastanın kaçması ve intihar etmesi nedeniyle sorumluluk değerlendirmesini toplu özensizlik biçiminde yapmış ve sorumluluğu tek bir hastane çalışanının davranışına bağlı olarak incelememiştir. Çünkü intihar vakasının nedeni olarak hastane binasının yapı eksikliği gösterilmiştir⁶⁹³. Benzer bir başka kararda ise, hastanın kalıcı malullüğü ile sonuçlanan bir ameliyatta, sorumluluk bireysel kusurlu davranış sorgulanmaksızın hastane ve dolayısıyla eyalete yüklenmiştir⁶⁹⁴.

Dolayısıyla “De lege Feranda” olarak kolektif özensizlik kavramı organizasyon sorumluluğunun uygulanacağı normları zikretmeksizin, doğrudan

Ayrıca bkz. organizasyona bağlı özenin adam çalıştırının sorumluluğu dışında arandığı diğer alanlar için, H. Hausherr/J. Jaun, Die Privatliche Rechtsprechung Des Bundesgerichts im Jahre 1997, **ZBJV**, 1998, 134, s. 549 vd; D. R. Gfeller, **Die Privatbestechung- Art. 4a UWG Konzeption und Kontext**, Basel, 2010, s. 345; T. Koller, Das Von Roll Urteil und Die Organisationshaftung Rezeption einer Genuin Zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht, **SJZ** 92/ 1996, s. 409; K. Kohlik/ M. Ruffner, Financial Planning, Rectliche Einbindung und Haftungsrisiken, **AJP**, 2007, 869 ff; P. Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bern, 2010, UWG Art. 26, Nr. 26; B. Schmidlin, BK Berner Kommentar, Maengel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Allgemeine Bestimmungen, Bern, 2013, s. 208; F. Schöbi, Die Haftung Der Eltern Für Das Verhalten Ihrer Kinder BGE 128 IV 49 ff, **Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis**, 2002, s. 189; T. Jaag/J. Haenni, Die Schweizerische Bundesverfassung, BV 146, St Gallen, 2014, s. 2575.; C. Herrmann “Das französische Staatshaftungsrecht zwischen Tradition und Moderne”, Nomos, Paris, 2009, s. 187; askeri organizasyon yükümlülüğü için bkz. Merz, s. 52-53; Jaag, s. 16 ff.; Gross, s. 313- 314; Honsell/ Isenring/Kessler, s. 164; P. Sutter, Staatshaftung Für Polizeiliches Handeln, **Aktuelle Fragen Des Staatshaftungsrechts**, B. Rütsche/W. Fellmann, (Hgbr), Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, 2014, s. 23 ff; Mohler, s. 1408; Adam çalıştırının özel hukuk bağlamında tazminat sorumluluğu dışında, her zaman cezai sorumluluğu da gündeme gelecektir. Bu durum Türk hukuku ve diğer hukuk sistemleri açısından genel hükümler aracılığıyla ulaşılabilir bir sonuçtur. Sorumluluk için yapılacak olan araştırma, zararın kusurlu davranış ya da cürümle mi ortaya çıktığının belirlenmesi olacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Donatsch/Blocher, s. 52 vd.; B. Stöckli, Die Organisation von Banken aus Privat, Aufsichts, Straf und Standesrechtlicher Perspektive, **SSBR- Schweizer Schriften zum Bankrecht Band-** Nr. 86, 2008, s. 161 ff, “aynı şekilde StGB Art. 102 hükmü cezai sorumluluğu kapsar”; M. J. Hilf, Das Neue Unternehmensstrafrecht in Liechtenstein im Spiegel seiner Nachbarrechtsordnungen, **ZStrR** 129/2011, s. 365-370; Koller, (1996), s. 411; Bachmann, s. 96.

⁶⁹¹ Waespi, 2005, s. 73.

⁶⁹² Jaeggi, s. 757.

⁶⁹³ BGE 112 Ib 329.

⁶⁹⁴ BGE 115 Ib 175.

organizasyon sahibinin sorumluluğunun kabul edilmesi ve yapısal bağlantının kurulmasını hedefler. Öğreti yukarıda tarif edilen olay gruplarının, ki bunlar en azından sonuç itibarıyla toplu özensizliğe imkan verecektir, heterojen biçimde ele alınmasını istemiştir⁶⁹⁵.

B. Özen Ölçüsünün Belirlenmesi

1) Genel Olarak

Organizasyon sorumluluğunun temel problemi şüphesiz özen ölçüsünün belirlenmesidir. Zaten özen yükümlülüğü her biçimiyle belirlenmesi güç bir kavramdır. Özen yükümlülüğü, Türk- İsviçre hukukunda farklı sorumluluklar bakımından rol oynar, ancak öncelikle kusur- olağan sebep sorumluluğu açısından önemli bir işleve sahiptir⁶⁹⁶. Bunun için genel hatlarıyla bir davranışın hangi hallerde özen yükümlülüğüne aykırı olduğunun tespiti çok önemlidir⁶⁹⁷. Bununla birlikte kişinin göstermesi gereken özenin ölçüsünün ne olacağı ya da ne derecedeki bir özen zararı önlemeye yeteceğine ilişkin a priori değerlendirme yapmak güçtür. İşletme sahibinin göstermesi gereken objektif nitelikteki özen yükümlülüğünün belirlenmesi, somut durumun gösterdiği şartlara gerçekleşir⁶⁹⁸. Bu bağlamda, işin önemi, kapsamı, niteliği, işletmenin büyüklüğü, yapısı ve işletme faaliyetinin tehlikeye açıklığı, özen yükümlülüğünün ölçüsünün belirlemede etkilidir⁶⁹⁹. Dolayısı ile işletme sahibinin, sorumluluktan kurtulabilmesinde, zararın ortaya çıkmasını engellemek için aklın ve bilimin gerekli kıldığı tüm tedbirlerin en üst seviyede alındığını ispatlaması aranmaktadır⁷⁰⁰.

⁶⁹⁵ Waespi, 2005, s. 319; Jaun, s. 384-385.

⁶⁹⁶ Tandoğan, (2010), s. 50 vd; İmre, s. 28 vd.

⁶⁹⁷ Oftinger/Stark, Bd. II, § 19, N. 78; Federal Mahkeme kararları uyarınca, kazı çalışmasında imar planının incelenmemiş olması (BGE 102 II 85/86), inşaat yapımında uyarı işaretlerinin konulmaması (Bern, ZBJV 1922 223/227), hizmetçinin ineği sokağa salması (Genf. Semjud. 1939 568/571) organizasyon eksikliği olarak kabul görmüştür. Bkz. Brehm, Art. 55, Nr.80.

⁶⁹⁸ Adam çalıştırmanın sorumluluğu ile aynı yönde, Nater, s. 23; Huguenin, s. 593; Brehm, Art. 55, Nr. 46; Ünlütepe, s. 434.

⁶⁹⁹ Antalya, s. 558; Müller, Art. 55, Nr. 18; Çıttan, s. 508.

⁷⁰⁰ Widmer/Wessner, s. 132; Altay, s. 183; Sağlam, s. 164-168.

İşletme sahibinin göstermesi gereken özenin ölçüsünü de belirleme noktasında, adam çalıştırmanın sorumluluğunda ele aldığımız prensipler burada da geçerlidir. Buna karşılık organizasyon özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi suretiyle kurtuluş kanıtı getirilebilmesi, klasik özen yükümlülüklerine göre ağır gerekliliklerin sağlanmasıyla mümkündür⁷⁰¹. Bu nedenle karşılaştırılacak olan farazi davranış modeli, hâkim tarafından somut olayın özellikleri ışığında hakim tarafından ex ante olarak değerlendirilmelidir⁷⁰².

2) Organizasyona İlişkin Özen Yükümlülüğünün Diğer Hallerden Ayrılan Özellikleri

İşletme faaliyetinin genel anlamıyla iş bölümünün uygulandığı, çok basamaklı bir yapıya sahip, karmaşık teknik araç gereçlerin kullanıldığı ve dolayısıyla insan ve makine etkileşiminin yoğun olduğu bir faaliyet olması, onu işletme yapısı dışında uygulanan sorumluluk türlerinden ayırmalıdır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından da genel sorumluluğa nazaran daha karmaşık ve tehlikeye açık bir yapı olması, özen derecesinin ölçüsünün belirlenmesi açısından yaratacağı farklılıklara dikkat edilmelidir. İşletmesel faaliyetlerdeki, zarar rizikosunun öngöründen uzak ve bu nedenle de tehlikeye daha açık olduğu belirlemek mümkündür⁷⁰³. Bu konuda yapılan organizasyon teorileri araştırmaları analizinden, organize eylemler çerçevesinde, her organizasyon üyesinin eylemin sonuçlarını öngörü gücünün sınırlanma eğiliminde olduğu çıkmaktadır⁷⁰⁴.

Öncelikli olarak işbölümü prensibinden yola çıkarsak, organizasyon rizikosunu en açık şekilde etkileyeceğine şüphe yoktur. Birçok çalışanın yardımıyla

⁷⁰¹ Ünlütepe, s. 432.

⁷⁰² Portmann, s. 70; Widmer/Wessner, s. 124; Nater, s. 24.

⁷⁰³ Organizasyon öğretisindeki güçlü biçimde gelişmeler de göz ardı edilmemelidir. Hata ve oluşacak zararı azaltmak için birçok organize araç söz konusudur. Saf teknik metodlarla (elektrik güvenliği) alınacak önlemler veya iş sürecinde yapılacak kontrollerin fazlalaştırılması (çok basamaklı koruma sistemi, üretimde son kontrol) veya görev sırasında çalışanların davranışlarının denetlenmesi (şekerlemelere karşı gözetim) bunlara dâhildir. Yani her halükarda çok kapsamlı ve hiyerarşik bir biçime sahip organizasyonun formal yapısı bireysel hatayı engelleyecek pozitif bir etkiye sahiptir. Ama yine de bu yapıdaki bireysel hata eğilimi, organizasyon iktidar gücü ve alt yapısı ile bağlantılı olarak artırıcı etkisi çoğunluktadır. Bkz. Waespi, 2005, s. 200; Matusche- Beckmann, s. 440.

⁷⁰⁴ Waespi, 2005, s. 222.

yapılacak olan işin, uygun sayı ve becerilere sahip çalışanların göreve uygun bölümler halinde çalışmasıyla yürütülmesi, bu kişilerin denetlenmesini daha zor ve karmaşık kılar⁷⁰⁵. Organizasyonlar ne kadar büyükse, o kadar işbölümü ve eşgüdümlü olarak iletişim, motivasyon sorunları ve bu sorunları önleme maliyetleri artar⁷⁰⁶. Hiyerarşik zincir uzadıkça, iletişim süreci uzayacak ve bu uzama neticesinde hem karar verme ve verilen kararlara uygun biçimde harekete geçme süreci yavaşlayacak, hem de bilgi tahribasyonu ile karşılaşma olasılığı artacaktır⁷⁰⁷. En azından bir kişinin veya bir yöneticinin hatası, grup bilincine aykırı davranışı, zarar rizikosunu ortaya çıkaracaktır. Organizasyon üyesi asla görevdeki kişisel eylem katkısını ve kusurunun organizasyon eksikliğinde ne kadar bir paya sahip olduğunu doğru biçimde tahmin edemez. Bu ise, yürütülen faaliyet ve üretim sürecinin bütünlüğünü bozar. Böylece organizasyonun tüm üyeleri, bir bütünün parçası olarak bilinçli olmaksızın sürecin tamamında yanlış davranarak, zararın meydana gelme tehlikesine katkı sağlarlar⁷⁰⁸. Örneğin hastanenin giriş çıkışlarını kontrol eden görevlinin, kapıları açık bırakması ve bu boşluktan yararlanarak intihar eden hastanın durumunda, bir çalışanın yaptığı kusurlu davranış bütün halde hastaneyi ilgilendirir⁷⁰⁹. Ayrıca yine organizasyon üyesinin bir bütünün parçası olması ve bireysel olarak kusurunun kime ait olduğunun ispat edilememesine neden olacaktır. Kusurun buharlaşması ihtimali ise, bireysel kusuru payını yükselten bir faktör olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla hiyerarşik yapıda işbölümüyle organizasyon

⁷⁰⁵ “Bu denetlemelere imkan veren, sahibine komuta gücü veren yetki, organizasyonlar içerisinde üç tiptedir. Birincisi üretim, pazarlama ve finans konularında karar ve emir verme gücüne sahip yetkidir (Line authority). Komuta yetkisi olarak da ifade edilebilir. İkinci tür yetki personellerin (örn. İnsan kaynakları, muhasebe) sahip olduğu tavsiye, denetim ve hizmet yetkisi veren kurmay yetkisidir (staff authority). Tavsiye denildiğinde, kalite kontrol yöneticinin üretim bölümü yöneticisinde üretim süreci ile ilgili verdiği önerilerden, denetim denildiğinde, personelin örgüt planlamasının yapılıp değerlendirilmesi, hizmette ise, insan kaynakları bölümünün tüm personeli eğitmesi akla gelir. Üçüncüsü ise, işlevsel yetkidir (functional authority). Belirli zaman dilimleri için bazı kişilere kendi bölümleri dışındakilere emir verme hakkı verilmesi bu yetki içerisinde anlaşılır. Örneğin finans uzmanı kendi bölümü dışında finansla ilgili yapılan tüm işleri denetleme yetkisine sahiptir”, ayrıntılı bilgi için Bkz. G. Torlak, **Organizasyon Teorileri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 18.

⁷⁰⁶ “Organizasyonlar büyüdükçe yönetici sayısı bilerek azalacaktır. Yani organizasyon büyüklüğü ve yönetici sayısı aynı oranda artmaz. Bu nedenle birçok firmayı yapıları bir piramidi andırır”, Torlak, s. 19.

⁷⁰⁷ Torlak s. 20.

⁷⁰⁸ Waespi, 2005, s. 223.

⁷⁰⁹ Waespi, 2005, s. 238.

içerisinde hareket eden üyeler ve onları yönetip, çalıştıranların arasındaki ilişki güvenlik kültürü açıklamaları bağlamında okunmalı ve bu kapsamda değerlendirilmelidir. Organizasyon içerisinde farklı kademelerdeki yöneticiler ve nihayetinde organizasyon sahibinin karar alma yetkisi sebebiyle, çalışanlar inisiyatif alma lüzumu hissetmezler. Bu durum ise çalışanların motivasyon sorununu doğuracaktır⁷¹⁰. Yine bu durumda rutin olayların dışındaki durumlar için üst mercilerin talimatlarının beklenmesi, zararın artmasına ya da engellenememesine neden olacaktır. Dolayısıyla iş bölümü halinde çalışmanın gereği olarak hiyerarşik yapının mevcudiyeti bir taraftan organizasyonun idare ve yönetimi için mecburiyet iken, diğer taraftan sürekli gelişip değişen olaylara uygun talimat verilmesi imkanı olmadığından iktidar boşluğu doğacaktır⁷¹¹.

Öte yandan, üretimin seri halde teknik araç gereçler, makineler aracılığı ile gerçekleştirilmesi, işletme faaliyetinin ekonomik açıdan yüksek maliyetlerle yürütülmesine yol açar. Makine ve insan arasındaki bu zorunlu etkileşim, kendine özgü olarak bir organizasyon rizikosunu ortaya çıkaracaktır. Bu rizikolar teknik sistemlerin çalışanlar aracılığı ile kullanılması, araçların otomasyonu sırasında gerçekleşir. Çalışanların görevleri çok karışık niteliktedir. Örneğin uzun süreli devam eden gözetleme sistemleri, çalışanlar için yorgunluk, stres nedenleriyle hataya açıktır. Bazı riskler de, teknik ve özellikle bilgisayarla yönetilen işletme sistemlerde operatörlerin kendi kararlarını aldıkları durumlarda görülür⁷¹².

Kendi içerisinde farklı biçimde organizasyon yapıları da sorumluluk hukuku ve özen ölçüsü açısından önemlidir. Farklı biçimde organizasyon modelleri, bürokratik, hiyerarşik yapıya sahip olan merkezi organizasyonlar ile çalışma gruplarına dağılmış ademi merkezi organizasyonlar güvenlik kültürü açısından farklı riziko faktörlerine sahiptir⁷¹³. Aslında TBK m. 66'nın yorumunun ve yapısının bürokratik- modele dayandırılmaya uygun olduğu vurgulanmalıdır. Adam çalıştıran ve çalışan arasında bağımlılık ilişkisi için ast- üst ilişkisi önemlidir, ki bu ilişkiler, adam çalıştıranın hukuki veya fiili bağlamda çalışana talimat vermesi imkanıyla

⁷¹⁰ Torlak, s. 20.

⁷¹¹ Waespi, 2005, s. 223.

⁷¹² Waespi, 2005, s. 229.

⁷¹³ Waespi, 2005, s. 179.

karakterize olur. Bununla birlikte, çalışmamız bakımından günümüzdeki gelişmeler, yalnızca sorumluluk hukuku ile sınırlı kalmaz, organizasyon modelleri de çeşitli değişiklikler gösterir. Zira sorumluluk hukukundaki gelişmeler bu durumun bir sonucudur. Yeni yapılar da bürokratik sorunları engellemeye yönelik olarak, ademi merkezileşme eğilimindedir⁷¹⁴. Bu sayede gerektiğinde önemli kararları alıp uygulamak bakımından daha esnek ve kolay işleyen bir yönetim zinciri hedeflenir. Ancak ademi merkezi organizasyon modelleri de rizikoya yatkınlık açısından bazı sıkıntılara gebedir. Zira bu yapılardaki spontan davranışlar (improvisation) adam çalıştırana objektif özensizlik olarak isnat edilebilir⁷¹⁵.

Yukarıda kısaca özetlemeye çalıştığımız çerçevede, işletme faaliyetlerine bağlı özen ölçüsü, adam çalıştırana ve çalışan arasındaki çoğunlukla doğrudan kurulan çalışma ilişkisine göre daha kapsamlı ve ağırdır. Böylece çizilen bu genel tablo çerçevesinde işletmesel faaliyetlerin kendine has özellikleri nedeniyle özen derecesinin belirlenmesi kendine özgü bir incelemeyi gerektirir. Organizasyon faaliyetleri insanların sınırlı kabiliyetleri, uzmanlık bilgisini gerektiren makinelerin kullanılıyor olması ve işbölümüne ihtiyaç duyulması sebebiyle üçüncü kişilere zarar verme potansiyeli bakımından asla şeffaf olamayacaktır. Bu durum ise, doğrudan doğruya hem çalışanın hem de adam çalıştırana objektif şekilde öngörülü olmasını sınırlandıracaktır. Özellikle adam çalıştırana ya da diğer yönetici kadrolarındaki kişiler açısından çalışanın verebileceği zararlarda öngörülebilirliği çok önemlidir. Bu bağlamda öngörülebilirliği çalışanların davranışına ilişkin öngörülebilirlik ve kolektif zarar sürecinin öngörülebilirliği olarak ayırabiliriz. İlk ifade edilen durum için çalışanın uzmanlığı, ne kadar iyi motive edilip, eğitildiği ve yaptıkları işin kontrolü önemlidir. Zarar sürecine ilişkin öngörülebilirliği ise, eyleme bağlı somut tehlikelere bağlı olarak değerlendirmeliyiz⁷¹⁶⁷¹⁷. Somut tehlike ve ona

⁷¹⁴ Torlak, 2005, s. 24.

⁷¹⁵ Waespi, 2005, s. 182.

⁷¹⁶ BGE 4C.119/2000, kararda liman işletmesinde duşları kullananların, 60-65 grad sıcaklık nedeniyle vücutlarından yanıklar için işletme sorumlu tutulmamıştır. İşletmeden kullanıcıların o sıcaklık altında duş almaya devam edecekleri öngörüsü beklenmemiştir. Ancak 1.85-2.15 metrelik atlama kulesinden havuza atlaması ve omuriliğini zedelemesi nedeniyle işletmenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Tehlikeli bir eylem olduğu için daha yüksek bir öngörü talep edilmiştir(BGE 123 III 306).

⁷¹⁷ BGE 115 Ib 175, BGE 120 II 248, bu iki kararda ise, tehlike karmaşıklık nedeniyle öngörünün kısıtlanacağına ilişkin kararlar mevcuttur. İlk karara göre karmaşık bir kalp ameliyatı sırasında

ilişkin alınan önlemler zararın gerçekleşme ihtimali üzerinde bir öngörü sağlayacaktır. İşte burada işletme faaliyetlerinin daha tehlikeye açık oldukları düşüncesi gündeme gelecektir⁷¹⁸. Fakat doğrudan tehlikelilik durumunu kabul etmek, daima doğru değildir. Bu bağlamda işletmenin tehlikeli olma kavramına da kanaatimizce açıklık getirilmelidir. Organizasyonlar başlı başına tehlikeliler midir?⁷¹⁹ Yapılan faaliyete bakılmaksızın; biz organizasyonun tehlikeli olduğunu başından itibaren kabulmu etmeliyiz? Bu hususlar işletme faaliyetine ilişkin tehlikelilik noktasında açıklanmalıdır. Başlangıçta hayatın olağan akışı içerisinde birden fazla kişinin çalıştığı ve makine ve teknik araç gerecin kullanıldığı iş yerlerinin faaliyetlerinin daha tehlikeye açık olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte başlı başına faaliyetlerin türü ya da paralel bir ayırım olan işletmenin büyüklük ölçeğinin tehlikelilik için tek başına önemli bir kriter olmadığını da söylemeliyiz⁷²⁰. Örneğin bir süper market zinciri, yıllık 10 milyar tl yi aşan cirosu ile 1000 çalışanı ile gözetlemeye uygun ve kolay organize edilebilirdir. Çünkü süpermarket işletmesinin eylemi fazla karmaşık veya tekrarlayan şekilde değildir. Tam tersi bir holdingde, nispeten daha az kişi çalışmasına rağmen; katılım yapısı daha karmaşık ve dışarıdan bir kişi açısından daha anlaşılmazdır. Hatta silah koleksiyoneri olan küçük bir işletme çok daha fazla tehlikeli olabilir⁷²¹. Ancak hakim görüş, büyük işletmelerin küçüklere oranla kaçınılmaz bir biçimde doğrudan tehlikeli olduğunu benimsemektedir. Eğer bu görüş, büyük organizasyonların daha çok pazar payı olması nedeniyle, özensiz organize edildiğinde ve suç kastı taşıyorlarsa haklı görülmelidir. Fakat organizasyon öğretisi açısından, güvenlik sistemlerinin etkinliğinin belirlenmesi için, organizasyonların büyüklüğüne oranla karmaşıklığı

hatalı kanülasyon nedeniyle beyinde oksijen kaybı nedeniyle hastanın ölümünde hastane ve doktorlar öngörülemeyeceği için sorumlu tutulmamıştır. Diğer kararda ise, kortizon verilen hastanın enfeksiyonu objektif özensizlik nedeniyle doktorun sorumluluğuna neden olmuştur. Başka benzer konulu iki kararda ise, birinde intihar ihtimali olmayan bir hastanın intiharı nedeniyle psikiyatri kliniği sorumlu tutulmamışken (BGE 120 Ib 411), diğer kararda bu ihtimalin olması ve gözlemcinin olmaması nedeniyle sorumluluk kabul edilmiştir (BGE 112Ib 322).

⁷¹⁸ Waespi, 2005, s. 224.

⁷¹⁹ Bu konuda organizasyon rizikosuyla ilgili yapılan açıklamalara bakılması faydalı olacaktır. Bkz. s. 157.

⁷²⁰ Farklı görüşler, Von Caemmerer, s. 295; J. Rasmussen, Learning from Experience, How, Some Research Issues in Industrial Risk Management, B. Wilpert/ T. Qvale (Hrsg), **Reliability and Safety in Hazardous Work Systems**, Hove 1993, 43, naklen: Waespi, 2005, s. 289.

⁷²¹ Waespi, 2005, s. 289.

daha fazla önem arz eder. Organizasyon ne kadar karmaşık, interaktif ve şeffaf değilse, o kadar önleyici tedbir almak zordur ve daha fazla organizasyon eksikliği oluşur⁷²².

Tehlikelilik durumunun, üçüncü kişiye ilişkin zararın öngörülebilirliğine etkisine gelirse: işletme faaliyetleri somut tehlikeye açıktırlar. Zira işletme faaliyeti nedeniyle, zarar gören üçüncü kişinin bir hakkının, hukuksal değerinin tehlikeye atılması durumu öne çıkmaktadır. Bununla birlikte işletme faaliyetleri bakımından eylemin üçüncü kişinin hakkını tehlikeye düşürüp düşürmediğine bakılmaksızın, tehlike kaynağının genel ve tipik zarar verme potansiyeli söz konusu değildir⁷²³. Bu sebeple işletme faaliyetleri bakımından tehlikelilik önlenebilir, bir tehlikeliliktir. İşletme faaliyeti bakımından tehlikeyi, tipik tehlikeden ayıran da budur. Aynı yönde Deutsch, kusur sorumluluğunun da tehlikeye dayandığını, ancak kusur sorumluluğunun tehlike sorumluluğundan farklı olarak soyut tehlikeye değil, somut tehlikeye, hukuksal değer ihlali olgusuna dayandığını belirtmiştir⁷²⁴. Bu durum olağan sebep sorumluluğu bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla işletme sahibinin sorumluluğu bakımından tehlike kavramı, gösterilecek özenin ölçüsü bakımından iki önemli sonuca ulaştırır. Bunlardan birincisi işletme faaliyetinin tehlike potansiyeli var olduğu için, organizasyona ilişkin özen ölçüsü, TBK m. 66/f. 1'e göre daha ağırdır. Bu kapsamda işletme sahibi çalışanların seçimi, denetim ve gözetimi ve verilen talimatlarda özenli davranması gerektiği gibi, oluşabilecek zararı önlemek adına bilim ve tekniğin gelişimine uygun tüm önlemleri, araç gereci sağlamak zorundadır. Diğer sonuç ise, işletme faaliyetlerinin zarar verme potansiyellerinin yüksek olması sebebiyle zarar riskinin öngörülebilir olmasıdır. Bu da işletme sahibi tarafından zarar riskine bağlı olarak baştan gerekli önlemleri almayı gerektirdiği, zararı öngörebilmek için fazla bir çaba, maliyetli bir araştırma yapmasına gerek olmadığı için ucuz olduğu söylenebilir⁷²⁵.

⁷²² Waespi, 2005, s. 289.

⁷²³ M. Krause, "Schmerzensgeld und Gefaerdungshaftung im Österreichischen, Deutschen und Schweizerischen Recht, Dissertation, Universität Graz, 1994, s. 9, naklen, Yücel, 120.

⁷²⁴ E. Deutsch, "Methode und Konzept der Gefaerdungshaftung", VersR, Heft 1, 1971, s. 1.

⁷²⁵ Luhmann, s. 175.

Son olarak organizasyona ilişkin özen derecesini belirlemede, anahtar rol oynayacak olan ekonomik makullük üzerinde durmak gereklidir. Birden çok çalışanın var olduğu bir yapı olması, işletme faaliyetlerinin kural olarak yanında tek kişi çalıştıran bir adam çalıştırana kıyasla daha fazla işin ve üretimin yapılması ve daha fazla maliyeti gerektirir. Ekonomik anlamda işin konusu daha fazla üretim ve buna bağlı olarak daha fazla maliyet ve kazanç oluşturmaktadır. Bu kapsamda alınacak önlemlerin, işletme faaliyetinin neden olacağı zararın maliyetini aşmaması, zararın önlemeye degecek olması bakımından ekonomik makulluk önemli bir ölçüttür⁷²⁶.

⁷²⁶ Waespi, s. 2005, Sanlı, s. 209.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Bu bölümde adam çalıştırmanın ikinci ve üçüncü bölümlerde belirtmiş olduğumuz şartların meydana gelmesi ile söz konusu olacak sorumluluğunun hüküm ve sonuçlarından söz edilecektir. Bu çerçevede, aşağıda ilk önce tazminatın sınırını belirleyecek olan zararın tespiti ve buna bağlı olarak tazminat yükümlülüğünün tespiti ele alınacaktır. Akabinde ise, tazminat yükümlülüğü ile bağlı hususlar olan, ispat yükü, zamanaşımı ve rucü hakkında açıklamalar yapılacaktır.

§ 10. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Zararın Belirlenmesi

Sorumluluk hukukunun öncelikli amacı, kişilerin başka kişilerin hukuki varlıklarına yönelik zarar verici davranışlarını, öngörülen tazminat hükümleri aracılığıyla caydırarak önlemektir. Veleve ki kişi bir başkasını zarara uğrattı, bu takdirde de sorumluluk hukukunun amacı oluşan zararın tazminat hükümlerinin uygulanmasıyla telafi edilmesini sağlamaktır. Böylece bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında bir eksilme meydana gelmişse ya da kişilik değerlerinde iradesi dışında bir eksilme meydana gelmişse, zarar veren olayın ardından meydana gelen bu eksilmelerin yerine nitelik ya da nicelik yönünden denk bir değeri koymakla yükümlüdür. Mümkün olduğu takdirde eksilen değer yerine aynı nitelikte bir değer konulur, aksi halde ise ona yakın bir değere tekabül eden para karşılığı ödenerek zararın telafisi sağlanır⁷²⁷. Ancak belirlenecek olan değer, mağdurun uğramış olduğu zarar miktarını aşmayacaktır. Bu sebeple tazminat yükümlülüğünün tespitindeki ilk aşama, zarar miktarının belirlenmesi temelinde oluşur⁷²⁸.

⁷²⁷ Eren, s. 724; Nomer, s. 33.

⁷²⁸ Eren, s. 724; Oftinger/Stark I, s. 97-98; Brehm, Art. 43, N. 25; Tekinay/Burcuoğlu/Akman/Altıp, s. 583.

Adam çalıştıran, bir işin yapımı için görevlendirdiği çalışanın, o işin icrası esnasında verdiği tüm zararlardan sorumludur⁷²⁹. Ancak belirtmemiz gerekir ki, tazminata konu olacak zararlar, sınırsız bir biçimde belirlenmeyecektir. Tazmin edilecek zararlar kural olarak hukuka aykırı fiil ve olaylar sonucu meydana gelmiş olan zararlardır⁷³⁰. Ayrıca sorumluluğun söz konusu olduğu zararların çerçevesi, uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı teorileri yardımıyla da, ikinci kez sınırlamayla karşılaşır⁷³¹. Bu zararlar, kişinin kişilik varlığındaki eksilmeden kaynaklanan manevi zararlar olabileceği gibi, malvarlığındaki eksilmeyi ifade eden maddi zararlar da olabilecektir⁷³². Fiili zarar, yoksun kalınan kar, ölüm, bedensel zararlar, eşyaya ilişkin zararlar maddi zararlar kapsamında değerlendirilirken; kişilik varlığına yönelik zararlar da manevi zarar kapsamında ele alınır⁷³³. Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararlar, kazanç kaybı, çalışma gücünün eksilmesinden doğan zararlar, destek kaybından doğan zararlar, ölüm halinde oluşan zararların hepsi maddi ve manevi tazminat yükümlülüğü ile telafi edilmeye çalışılır⁷³⁴.

II. Tazminatın Belirlenmesi

Adam çalıştıranın sorumluluğunun gündeme gelmesi halinde, sorumlu adam çalıştırana hem maddi, hem de manevi tazminat ödeme yükümlülüğü yüklenmiştir. Çalışanın üçüncü kişilere vermiş olduğu zarar, eğer o kişinin kişisel değerlerine zarar vermişse, adam çalıştıran için manevi tazminata hükmedilir. Manevi tazminatın kapsamı, TBK. m. 56 ve m. 58 hükümleri aracılığıyla belirlenecektir. TBK. m. 56, yaşama ve vücut bütünlüğü gibi fiziki kişisel değerleri; TBK. m. 58 ise, bunlar dışındaki daha ziyade ruhsal açıdan oluşacak zararlara yönelik manevi tazminatı düzenlemektedirler. Kanun manevi tazminatın hesaplanmasında, hakime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Ancak ne yazık ki, manevi tazminatın miktarı genellikle

⁷²⁹ Kılıçoğlu, s. 421; Oftinger, s. 142; Honsell, Art. 55, Nr. 5.

⁷³⁰ Kılıçoğlu, s. 431.

⁷³¹ Nomer, s. 6.

⁷³² Senocak, s. 223.

⁷³³ H. Lange/G. Schiemann, **Schadenersatz, Handbuch Des Schuldrechts**, Tübingen, 2003, s. 50-55.

⁷³⁴ Oftinger, s. 143.

Ülkemizde sembolik düzeylerde kalmaktadır. Avrupa lkeleri ve özellikle Amerika ile kıyaslandığında, çok düşük miktarlara hükmedildiği söylenmelidir. TBK. m. 56 hükmü uyarınca “Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.” Eski haliyle, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alan hüküm, şimdi daha objektif bir sonuç doğuracak niteliktedir⁷³⁵. Öte yandan adam alıtıranın sorumluluğu açısından önemli bir husus, manevi tazminatta kusurun aranmamasıdır. Bir sebep sorumluluğu olan adam alıtıranın sorumluluğunda tazminata hükmedilebilmesi için gerekli olan şart, adam alıtıranın sorumluluğunun ve manevi tazminata ilişkin tüm olguların gerçekleşmiş olmasıdır. Eğer buna rağmen ayrıca kusurdan bahsedilebiliyorsa, munzam kusur olarak daha yüksek manevi tazminata hükmedilmesi dnlebilir⁷³⁶. Kusurun zel ağırlığı da, TBK m. 58 uyarınca artık aranmamaktadır. Manevi tazminatın hesaplanmasında, TBK. m. 51 ve m. 52 kapsamındaki indirim sebepleri kıyas yoluyla uygulanacaktır⁷³⁷.

Adam alıtıranın ödeyeceği maddi tazminatın kapsamı BK. m. 51 ve 52 hükümleri çerçevesinde belirlenir. TBK. m. 51 hükmü, doğrudan hâkime tazminatı belirlerken ne şekilde bir değerlendirme yapması gerektiği konusunda yn vericidir. Bu hükme göre hakim, tazminatın kapsamını durumun gereği ve kusurun ağırlığını dikkate alarak belirlemelidir⁷³⁸. TBK. m. 52 hükmü ise, tazminatın belirlenmesinde önemli rolü olan indirim sebeplerini düzenlemektedir. Dolayısıyla tazminata ilişkin TBK hükümleri, genel belirleyici olan kriter ve tazminat yükümlülüğünden indirim sağlayan ya da tamamen kaldırılmasını sağlayan sebepler olmak üzere iki bölümde ele alınmıştır. Fakat kanunun iki madde halinde ele aldığı ve üç ayrı ayrımla incelenebilecek olan tazminatın belirlenme kriterlerini aslında tek bir madde halinde ve durumun gereği çerçevesinde açıklamak mmkndr⁷³⁹. Çünkü sorumlu kişi ilk

⁷³⁵ Eren, s. 796.

⁷³⁶ Antalya, s. 498.

⁷³⁷ Eren, s. 797.

⁷³⁸ Kılıçoğlu, s. 433.

⁷³⁹ “Aslında bu biçimdeki düzenlemenin nedeni tarihi sebeplere dayanmaktadır. Mehaz İsviçre Kanununa kaynak teşkil eden 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Art. 51, tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi esasına dayanmaktadır. Bu sebeple kanun ifadesinde “hal ve mevkiin icabı” yanı sıra “kusurun ağırlığı” ibaresinin kullanılması tercih edilmiştir”, Nomer, s. 66-67.

etapta, zararın tamamından “tam tazmin” ilkesi gereğince sorumlu olacaktır. Daha sonra somut durumun özelliklerini değerlendirerek ya zarar gören lehine zarar miktarı oranında sorumluluğa hükmedip, zarara sorumlu kişinin katlanmasını uygun bulur; ya da zarar veren lehine karar vererek indirimin sebeplerini göz önünde bulundurur⁷⁴⁰.

A. Temel Kriter: Durumun Gereği

Kanun tazminatın belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Hiç şüphesiz hakim takdir yetkisini kullanırken hakkaniyete uygun olarak belirleyecek, durumun gereğinden hareket ederek kararını verecektir. Hakim durumun durumun gereği davacı ve davalının ortaya koyduğu kanıtlar ve iddialar doğrultusunda hayatın olağan akışına uygun biçimde meydana gelebilecek zararların takdirini yapacaktır. Böylece tarafların ekonomik durumu, zarar görenin bünyevi istidatı, beklenmeyen haller, zarar veren olaya tarafların birlikte sebep olması, zarar görenin rızası veya hatır için gibi durumlar tazminatın takdirinde dikkate alınacak önemli hususlardır⁷⁴¹.

Ayrıca TBK. m. 51 hükmü, tazminatın takdirinde kusurun derecesine de vurgu yapmıştır. Şöyle ki, genel olarak üçüncü kişinin kusuru, zarar verenin kusurunun ağırlığı, yardımcı kişinin kusuru gibi kusur durumları her ne kadar tazminatın takdirinde indirim sebebi olarak görülme de; en azından durumun gereği kapsamında dikkate alınmalıdır. Mevzu bahis kusursuz sorumluluk olduğunda ise, kusura ilişkin değerlendirmelerin önemi çok daha farklı biçimdedir. Gerçekten de çalışmamızın konusunun adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusur şartı olmayan bir sorumluluk olmaması normal durumdan sapan bir incelemeyi gerektirir⁷⁴².

1. Kusurun Ağırlığı

Olağan sebep sorumluluğu hali olan adam çalıştırmanın sorumluluğunda kusurun sorumluluğun doğumu için bir öneminin olmaması ya da başka bir deyişle

⁷⁴⁰ Eren, s. 763; Nomer, s. 67.

⁷⁴¹ Kılıçoğlu, s. 435; Antalya, s. 717.

⁷⁴² Antalya, s. 717.

kusuru olmasa bile adam çalıştıran sorumlu olacağından, eğer bir de kusurun var olması durumunda sorumluluğun evleviyetle kabulü anlamına gelecektir⁷⁴³. Aynı şekilde kusurun ağır veya hafif olmasının da bu kapsamda bir önemi yoktur. Özellikle olağan sebep sorumluluklarında, kusura bu noktada dikkat etmek, sorumluluğu asıl üstlenmesi gereken kişilere, hakkaniyetli bir biçimde paylaştırılmasını sağlayacaktır. Kusur ve kusurun ağırlığı adam çalıştıranın sorumluluğunda dikkate alınmalıdır. Şöyle ki,

- Adam çalıştıranın hafif kusuru bile olsa, indirim sebeplerinden yararlanamamasına veya etkisini azaltmasına neden olur.

- Bir diğer etkisi de, iç ilişkide rücu ilişkisini etkileyecektir⁷⁴⁴.

2. Özen Yükümlülüğü İhlalinin Ağırlığı

Kusurun ağırlığının sorumluluk halinde indirim sebebi teşkil etmesi, kusursuz sorumluluğun kabul edildiği sorumluluk sistemlerinde ve bilhassa özen yükümlülüğüne aykırılığa dayanan sorumluluklarda bir indirim sebebi olur mu sorusunu gündeme getirecektir. Bu soruya olumlu yanıt veren görüşler olduğunu söyleyebiliriz⁷⁴⁵. Fakat özen yükümlülüğünün ölçüsüne dair açıklamalarda da vurguladığımız gibi, önemli olan somut durumun gerektirdiği makul özenin gösterilmiş olmasıdır. Dolayısıyla uygun nitelikte özenin ne olduğuna ilişkin inceleme yapılırken, yapılan işin tehlikeliliği ve zorluğu ile alınacak önlemin ekonomik değeri incelenerek ortalama bir kişinin göstermesi gereken ölçüsü

⁷⁴³ Tandoğan, 1981, s. 54; İmre, s. 199; Tandoğan, 2010, s. 108. Y. 13. HD. E. 2002/ 12276, K. 2003/1077, T. 04.02. 2003, “Davacı kusursuz olup davalı da istihdam eden sıfatıyla sorumlu olduğundan bilirkişi raporunda saptanan maddi tazminat miktarının tamamına hükmedilmesi gerekir.”; Y. 10. HD. E. 2002/ 12276, K. 2002/6401, T. 17.09.2002, “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görevlerini yaparken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kadıyla ancak idare aleyhine açılabilceği gözetilmelidir. Gerçekleşen zarar tavanım belirlemede esas alınan ücret oranına davacı tarafın itirazı gözetilerek, sigortalının kayıtlara yansıyan ve asgari ücretin üzerinde gerçekleşen bir kazancının bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Ayrıca, davalı Kurumun sorumluluğunun kusursuz sorumluluk nedenine dayalı olduğu ve sorumluluk sınırlarının, çalıştırdığı kişinin kusur oranı değil BK. 55. madde koşullarıyla olayın özellikleri ve hakkaniyet ilkeleri doğrultusunda belirlenmesi gereği üzerinde durulmalıdır.

Aynı nedene dayalı olarak davalılar hakkında reddine karar verilen tazminat miktarı için, tek vekalet ücretine hükmedilmelidir.”

⁷⁴⁴ Nomer, s. 77; İnan/Yücel, s. 415; Gönensay, s. 143-144; Aydoğdu, s. 26, Ünlütepe, s. 528.

⁷⁴⁵ Nomer.s. 79.

belirlenir. Alması gerekli olan önlemi almaması kişiyi doğrudan zararın tamamından sorumlu olmasına ve sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtını ileri sürememesine neden olacaktır. Kusurun ağırlık derecesi gibi bir değerlendirme, özen yükümlülüğü için pek mümkün değildir, özen yükümlülüğü ya ihlal edilmiştir ya da edilmemiştir.

B. Tazminattan İndirim Sebepleri

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, tazminatın belirlenmesi iki temel ilkenin uygulanmasıyla gündeme gelir. Bunlardan ilki, belirlenecek tazminatın üst sınırının zarar görenin maddi ve kişisel değerlerinde oluşan zarar miktarıyla sınırlı olacağı, ikincisi ise, sorumlu kişinin sorumluluğunun ilk etapta zarar miktarının tamamından, daha sonrasında ise indirim sebepleri var ise bu miktardan daha az olacağıdır. Yani sorumlu kişi için temelde zararın tamamından sorumluluk var olsa bile, sorumlu kişi lehine etki edecek hususların varlığı halinde zararın bir kısmından sorumluluk söz konusu olacaktır⁷⁴⁶. Tazminattan indirim sebeplerinin uygulanmasında da hakime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hakim somut durumun özelliklerini dikkate alarak, hakkaniyet gerektirdiğinde tazminattan indirim yetkisini uygular. Böylece zararın tamamen tazmini ilkesinden zarar veren lehine ayrılmış olur⁷⁴⁷.

Öte yandan bazı indirim sebeplerinin yoğunluk derecesi nedeniyle, hâkim tazminata hükmetmekten kaçınabilir. Bu gibi haller, söz konusu sebeplerin yoğunluğunun nedensellik bağıni kesecek nitelikte olması ve haksız fiile ait şartların oluşmaması nedeniyle ortaya çıkacaktır⁷⁴⁸.

Tazminattan indirim sebeplerinin neler olduğu hususuna gelirsek; bunlar TBK m. 51 ve 52’de düzenlenen haller olarak belirtilebilir. Tazminattan indirim sebepleri zarar verenin hafif kusuru, zarar verenin yoksulluğa düşecek olması, zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru, zarar görenin yarar elde etmesi, tarafların ekonomik durumu, üçüncü kişinin kusuru, zayıf nedensellik bağı, yeterli tedbir almış olmak şeklinde sayılabilir. Fakat bu sebepler sınırlayıcı niteliği sahip olmayıp,

⁷⁴⁶ Nomer, s. 67; Brehm, Art. 55, Bk. 37-43, İnan/Yücel, s. 415.

⁷⁴⁷ Kılıçolu, s. 433; Antalya, s. 719.

⁷⁴⁸ Nomer, s. 69.

hakimin tazminatı takdir ettiği sırada taraflar arasındaki dengeyi kuracak tüm önemli özellikleri değerlendirerek kararını vermesi gerekir⁷⁴⁹.

1. Adam Çalıştıranın Kusuru

Türk - İsviçre Hukuklarında, başkasının fiilinden sorumluluğa ait tüm hükümlerde olduğu gibi adam çalıştıranın sorumluluğu için de kusur sorumluluğu kabul etmek için gerekli olan bir şart değildir. Adam çalıştıran, çalışanın davranışı sebebiyle zarar gören üçüncü kişilerin zararını kusuru olmasa bile telafi edecektir. Bu durumda ne adam çalıştıranın kusuru ne de çalışanın kusuru önemsenir. Adam çalıştıran, kendisine yüklenen objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmeksizin, çalışanını seçecek, davranışlarını denetleyecek ve bu davranışlara ilişkin talimat verecektir. Özen yükümlülüğünün ihlalini çoğunlukla kusurlu bir fiile sebebiyet vermiş olsa da bu kural değişmeyecek; adam çalıştıran yeri geldiğinde ayırt etme gücü olmasa, yani kusuru olmasa bile özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu olacaktır⁷⁵⁰.

Hal böyle iken, adam çalıştıranın sorumluluğunda kusurun önemi, kurtuluş kanıtının ileri sürülüp, başarılı olup olmamasında ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, adam çalıştıran, çalışanın seçiminde, gözetiminde ve çalışana talimat verilmesinde, gerektiği ölçüde özenli davrandığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecekken; kusurunun olması zaten gereken özeni göstermediğinin açık bir kanıtını teşkil eder⁷⁵¹. Yani başka bir deyişle, adam çalıştıranın munzam kusurlu halinde, kusurlulukta yoğunluk bakımından objektif özene göre daha fazla ihtimam

⁷⁴⁹ Antalya, s. 720.

⁷⁵⁰ Y. 13. H. D. E. 2005/3645, K. 2005/ 11796 T. 08.07.2005, “Somut olayda, hükme esas alınan adli tıp genel kurulu raporunda, davalı doğum v kadın hastalıkları uzmanı Dr. A’nın, davacının annesi olan S’nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlanmadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden, doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık vekalet akdinden kaynaklandığına, davalıların her türlü özeni gösterme borcu olup en hafif kusurundan bile sorumlu olduğuna göre zararını tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken maddi zarar hesabında kusur oranına göre, indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁷⁵¹ Nater, s. 30.

eksikliğinin var olması haydi haydi kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmasını engeller⁷⁵².

2. Çalışanın Kusurlu Olması

Çalışanın kusurlu olarak üçüncü kişilere zarar vermesi hali, adam çalıştıranın sorumluluğunun hafifletilmesi, belirlenecek olan tazminatın miktarının indirilmesi söz konusu değildir. Zira nasıl ki çalışanın fiili adam çalıştıranına izafe ediliyor, aynı şekilde kusuru da adam çalıştıranına izafe edilmelidir. Böylece çalışanın kusuru adam çalıştıranın munzam kusuruymuşçasına muamele görür⁷⁵³. Aynı şekilde çalışanın hafif kusurlu olması da adam çalıştıran için tazminattan indirim sebebi değildir. Çünkü kusuru olmasa dahi sorumluluğun varlığı kabul edildiğine göre, evleviyetle hafif kusur halinde sorumlu olacağı söylenebilir⁷⁵⁴. Özet olarak, çalışanın kusurluluğunun adam çalıştıranın sorumluluğundaki etkisi adam çalıştıranın iç ilişkide çalışana rücuu halinde görülür. Adam çalıştıran çalışanın kusuru hasebiyle kolaylıkla zarar görene ödediği tazminatı, çalışana rücu edebilir⁷⁵⁵.

3. Zarar Görenin Kusurlu Olması

Haksız fiile bağlı sorumluluklarda tazminatın belirlenmesi, öncelikle TBK. m. 51 uyarınca zarar verenin kusurunun ağırlığına bağlı olarak belirlenir; daha sonra ise sorumluluğu meydana getirebilecek başkaca sebeplerin varlığı halinde sorumluluktan uygun bir miktar indirimle gidilecektir. Bu noktada özellikle zarar gören kişinin kusuru sıkça karşılaşılan bir indirim sebebidir⁷⁵⁶. Zaten sorumluluğu meydana getiren kişilerin birden fazla olması halinde, nasıl ki sorumluluğa her biri payları oranında katlanıyorlar; zarar görenin kusurluluğu benzer bir durum meydana

⁷⁵² Nomer, s. 79.

⁷⁵³ Nomer, s. 78; “Adam çalıştıranın sorumluluğunun olmadığı durumlar ise; çalışanın kusurunun bulunduğu ve adam çalıştıranın özen eksikliğinin var olmadığı ispat ettiği hallerle sınırlıdır.”, Bkz Brehm, Art. 55, Nr. 39.

⁷⁵⁴ Nomer, s. 78.

⁷⁵⁵ Brehm, Art. 55, Nr. 39.

⁷⁵⁶ Tandoğan, 2010, s. 319; İmre, s. 202; İ. Doğanay, “Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davalarında Hakim Müterafık Kusurlu İlgili Takdir Hakkını, Medeni Kanunun 4. Maddesi Hükmüne Göre Mi, Yoksa Borçlar Kanununun 44. Maddesi Hükmüne Göre Mi Kullanacak?”, BATİDER, C. 12, S. 4, Aralık, 1984, s. 110.

getirir. Zararın meydana gelmesinde zarar görenin de katkısı olduğunda, buna sadece zarar verenin katlanmasını beklemek hukukun amacı olan adaleti sağlamaya yetmeyecektir. Öte yandan zarar görenin sorumluluğa olan dahli, nedensellik bağıını kesecek kadar yoğunsa, zarar veren veya sorumlu kişi için zaten bir sorumluluk durumundan bahsetmek mümkün değildir⁷⁵⁷.

Öte yandan bir kusursuz sorumluluk hali olan, adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından ise, sorumluluğun zarar verenin kusuruna göre belirlenmesi mevzu bahis değildir⁷⁵⁸. Zira zararı veren çalışan iken, sorumlu kişi adam çalıştırandır. Ayrıca sorumluluk ne adam çalıştırmanın kusuru, ne de çalışanın kusuru dikkate alınarak kurulur. Dolayısıyla tazminatın belirlenmesi açısından kusur sorumluluğunda olduğu gibi benzer bir öneme sahip değildir. Bu husustaki açıklamalarımıza zaten yukarıda yer verdik. Adam çalıştırmanın sorumluluğu için kusurun rolü munzam kusur etkisi yapmasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla zarar görenin kusuru da kusur sorumluluğuyla benzer biçimde bir etki oluşturmayacaktır⁷⁵⁹. Hiç şüphesiz zarar

⁷⁵⁷ Nomer, s. 90. Y. HGK, E. 2013/4-335, K. 2013/664, T. 06-12-2013, “Davalının kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde illiyet bağının tamamen kesilmediği anlaşılmaktadır. Olayda belgelerdeki eksiklikleri davacının görebileceği gözetilerek zarar belirlenmeli ve belirlenecek zarardan müterafik kusur da değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, davanın tümünden reddi doğru bulunmamış ve kararın bozulması gerekmiştir. Belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alındığında; mahkemece tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlara göre bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”

⁷⁵⁸ “Hakimin adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin incelemesinde, çalışanın kusuru sebebiyle adam çalıştırmanın sorumluluktan sıyrılması çok mümkün değildir. Çalışanın davranışı kusur seviyesine ulaşmasa bile (acemiliği sebebiyle zarara sebep olmuşsa), sorumlu olacak olan adam çalıştırın, ayrıca çalışanın kusurunun varlığını ispat ederek de sorumluluktan sıyrılabilme lüksüne sahip değildir.”, Bkz. Brehm, Art. 55, Nr. 40.

⁷⁵⁹ Tandoğan, 2010, s. 315; Tiftik, maddi tazminat, s. 90; Ünlütepe, s. 527; Y. HGK, E. 2004/ 4-207, K. 2004- 226, T. 14.04. 2004, “Zararın tamamen giderilmesini amaçlayan “tam tazmin ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenle somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılması hakkaniyete daha uygun düşer. Bu düşünceden hareketle, BK m. 43 ve 44 maddelerinde, bazı olgular, tazminattan indirim yapma, gereğinde tamamen reddetme yetkisi tanınmıştır”. Y. 4. HD, E. 2015/ 499, K. 2016/1865, T. 16.02. 2016, “Davacı ... vekili Avukat .. tarafından, davalı ... aleyhine 01/02/2012 gününde verilen dilekçe ile rücuen tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 24/09/2014 günlü kararın Yargıtay□da duruşmalı olarak incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 16/02/2016 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı asil ... ile karşı taraftan davacı vekili Avukat ..geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki

görenin kusurluluğu kusursuz sorumluluklar açısından da dikkate değer bir özelliktir. Zira sorumluluk hukukunun temel mantığı kusura dayalı bir sorumluluk sistemi kurduğu için, aksi durumun kabulü hatalı olurdu. Özellikle cevaplanması gereken konu, zarar görenin kusurunun bir kusursuz sorumluluk hali olan adam çalıştırmanın sorumluluğunda tazminatın belirlenmesi bağlamında neyle karşılaştırılacağıdır. Çünkü adam çalıştırmanın sorumluluğunda kusur aranılan bir şart değildir. Ancak kural olarak kusursuz sorumluluk halleri açısından karşılaştırılabilecek bir kusurun

kağıtlarincelenerekgereği düşünüldü. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir. Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince; Dava, doktor hatasından kaynaklanan hizmet kusuru nedeniyle rücu tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, dava dışı ..sezeryanla doğum yaptığı sırada bebeğinin öldüğünü, .. ve eşi tarafından İdare Mahkemesi'nde ...aleyhine açılan maddi ve manevi tazminat davası sonucu idare mahkemesi tarafından davalı doktorun 4/8 oranında kusurlu bulunması nedeniyle hükmedilen tazminatı icra vasıtasıyla ödediğini belirterek, bu ödemeye sebebiyet veren davalıdan rücu tahsili isteminde bulunmuştur.Davalı, bebeğin ölümünde hiç bir kusurunun bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğinisavunmuştur.Mahkemece, dava dışı .. ve .. 'in müşterek bebeğinin doğum esnasında ölümünde .. 18/06/2004 ve .. 07-09/04/2008 tarihli raporlarına göre davalının 4/8 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği ve davalının bu kusuru nedeniyle ödenmiş olan tazminattan sorumlu olacağı gerekçesiyle istemin kabulüne karar verilmiştir. Mahkemece, ..raporları hükme esas alınmış ise de, bu raporların hiç birinde kadın doğum uzmanının yer almadığı anlaşılmaktadır. İçerisinde kadın doğum uzmanının yer almadığı kusur durumunu belirleyen rapora göre hüküm kurulması doğru olmamıştır. Bu nedenle eldeki bu davada,.. ili dışındaki bir ..iki kadın doğum uzmanı öğretim üyesi profesör ile bir yeni doğan uzmanı olan profesörden oluşturulacak uzman bilirkişi heyetinden; dosya kapsamı, tarafların iddia ve savunmaları, tıbbi belgeler ile olayın meydana geldiği tarihteki hastane koşulları da gözetilerek davalının sezeryanla doğan ve kısa bir süre sonra ölen bebeğin ölümünden sorumlu olup olmadığına ilişkin kusur raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir. 2009/1137 Esas, 2011/774 Karar sayılı kararında, davacılar lehine hem bebeğin ölümü hem de annenin rahminin alınması nedeniyle manevi tazminat takdir edilmiştir. Oysa bilirkişi raporunda sezeryan sonrası meydana gelen atoni kanamasının beklenir bir komplikasyon olduğu, annenin rahminin alınması işleminin hayat kurtarmaya yönelik olduğu ve bu işlemde davalının kusurunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, annenin rahminin alınmasında davalının kusurunun bulunmadığı gözetilmeden idare mahkemesinde hüküm altına alınan manevi tazminatın bu davada aynen kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır. Karar bu nedenlebozulmalıdır.Mahkemece, olayın oluşu ve dosya kapsamındaki diğer olgular gözetilerek davalıya rücu edilecek tazminat miktarı belirlenirken .. 52 (BK'nın 44.) maddesi uyarınca hakkaniyet indirimi yapıp yapılmaması hususunun değerlendirilmemiş olması da bozmayı gerektirmiştir. Temyiz olunan kararın yukarıda (2/a, b ve c) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı yararına bozulmasına , davalının öteki itirazlarının ise (1) sayılı bentte açıklanan nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 16.02.2016 gününde oybirliği ile, karar verildi.”, (Sünerji İçtihat ve Mevzuat.

bulunmasa da, çoğunlukla somut olaylar incelendiğinde, sorumluların ayrıca kusurlarının da var olduğu görülmektedir. Dolayısıyla öğretide, zarar görenin kusuru incelenirken kusursuz sorumluluk hallerinde ikili bir ayırım yapılarak konunun değerlendirilmesinin yapılması gerektiği vurgulanmıştır⁷⁶⁰.

İlk olarak sorumlu kişinin kusurunun mevcut olmadığının varsayıldığı hali inceleyelim. Eğer sorumlu kişinin kusurundan söz edemiyorsak, o zaman yukarıda bahsedilen sorunla karşılaşmaktayız. O zaman karşılaştırma neye göre yapılacaktır. Öğretide karşılaştırmamızın, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi, başkasının davranışı nedeniyle sorumluluk halleri için, “sorumluluğa yol açan olayın zararı doğurmaya elverişliliği” ve bizzat verdiği zarardan sorumluluğun meydana geldiği haller için ise, “zarar görenin kusurlu davranışının zararı doğurmaya elverişliliği” arasında yapılması gerektiği savunulmuştur. Böyle durumlar için zarar görenin daha ziyade ağır kusuru, adam çalıştıran için sorumluluktan indirim sebebi kabul edilir. Hafif kusuru sorumluluğa tabiatıyla daha az etki edecektir. Kanun koyucu kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat borçlusunu ağır bir sorumlulukla bağlı tutmak istediği için, zarar görenin hafif kusurunun çok etki etmeyeceği söylenebilir⁷⁶¹.

İkincisi ise, adam çalıştıranın kusurunun bulunduğu hallerdir. Böyle durumlar için adam çalıştıranın kusuru munzam kusur kapsamında değerlendirilecektir. Şüphesiz ki, kusuru olmaksızın sorumluluğun kabul edildiği sebep sorumluluklarında, sorumluya izafe edilecek bir kusurun varlığı, onun açısından tazminat miktarını ağırlaştırıcı bir etkiye sahip olacaktır. Adam çalıştıran kusuru olmaksızın sorumlu olacakken; kusurunun varlığı halinde sorumlu olması evleviyetle kabul edilir. Kusurun tazminatın belirlenmesindeki etkisine dair görüşler ise, iki teoride yoğunlaşmaktadır. Zarar görenin kusurunun, sorumlu kişiye oranla az veya eşit olduğu hallerde, zarar görenin kusurunu etkisizleştireceğini savunan “kompanse-nötralizasyon teorisi”, birçok yönden aksaklıklar barındırdığı için, eleştirilmektedir. Özellikle zarar görenin kusuruna rağmen, bu kusura sonuç bağlanması teorisinin en kırılgan noktası olarak kabul edilir⁷⁶².

⁷⁶⁰ B. Baysal, Zarar Görenin Kusuru, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 247.

⁷⁶¹ Baysal, s. 248.

⁷⁶² Baysal, s. 250.

Zarar gören ve zarar verenin kusurlarının karşılaştırılması için “nötralize teorisinin” var olan eksiklikleri sebebiyle öğretide “pasta teorisi” ileri sürülmüştür. Buna göre, hakim tazminatın belirlenmesinde nedensellik bağı içerisindeki tüm kusurları ve somut durumun tüm özellikleri dikkate alır, kusur oranı mukabilinde mevcut zarar adeta bir pastaymışçasına bölüştürülür ve sorumluları dağıtılır⁷⁶³. Tazminatın belirlenmesi açısından, var olan tüm kusurları dikkate alarak değerlendirmeyi yapabilmesi sebebiyle pasta teorisi günümüzde öncelik kazanmıştır.

Öte yandan zarar görene kusur olarak izafe edilebilecek hallerin neler olduğuna değinirsek ilk olarak, zarar görenin rızasından söz edebiliriz. TBK. m. 52’de zarar görenin rızası indirim sebeplerinden ayrıca sayılmıştır. Aslında hukuka aykırılığa engel olmayan rıza, zarar görenin kusurlu sayılmasına yol açan hallerden biridir. Dolayısı ile, bu madde de, rızanın ayrıca zikredilmiş olması, rızanın her zaman hukuka aykırılığı engellemeyeceğini ve hukuka aykırılığı engellemeyen rızanın indirim sebebi teşkil edeceğini vurgulamaktadır⁷⁶⁴.

Zarar görenin tehlikeye atılması da bir diğer kusurlu harekettir. Bir kimsenin tehlikeden kaçınması mümkün iken, bunu yapmayı tehlikeye açık harekette bulunması halinde, zarar verene tüm kusuru yüklemek haksızlık olacaktır. Örneğin adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında, çalıştırdığı şoförün sarhoş olması ve yoldan geçen bir kimsenin onun sarhoşluğunu fark ederek aracına binmesi durumunda zarar görenin kusuru vardır ve hatır için yapılan bir taşımada tüm zararı adam çalıştırana yüklemek hakkaniyete uymayacaktır⁷⁶⁵.

Bir diğer hal ise, zarar görenin zararın doğumuna veya artmasına engel olacak tedbiri almamış olması olarak gösterilir. MK. m. 2 hükmü gereğince, zarar görenin zararın doğumuna ya da artmasına engel olacak tedbirleri almamış olması tazminattan indirim sebebi teşkil eder. Öğretide bu mevzuda, hukukun zarar görene böyle bir yükümlülük yüklediği tartışılabilir. Örneğin adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri böyle bir yükümlülük yüklediği tartışılabilir. Örneğin adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri böyle bir yükümlülük yüklediği tartışılabilir. Örneğin adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri böyle bir yükümlülük yüklediği tartışılabilir.

⁷⁶³ Nomer, s. 94; Baysal, s. 250.

⁷⁶⁴ Kılıçoğlu, s. 434; Nomer, s. 105.

⁷⁶⁵ Nomer, s. 107.

kapsamında, zarar görenin zararın doğumuna engel olacak veya artmasını önleyecek tedbirleri almaması durumunun meydana geldiği hallere çok sık rastlanır. Mesela çalışanın üçüncü bir kişiye vermiş olduğu vücut bütünlüğüne yönelik zararda, zarar görenin tıbbi müdahaleye müsaade edip zararın bertaraf edilmesini sağlaması ya da daha büyük zararların meydana gelmesine mani olması gerekmektedir. Eğer tıbbi müdahaleye müsaade etmezse ya da yapması lazım gelen tedavi sonrası bakımları yapmazsa, ilaçlarını düzenli kullanmazsa, oluşan bedensel zararın daha fazla artmasına sebep olacaktır. Böylece zarar görene yükletilebilecek bir sebepten ötürü, adam çalıştırmanın tüm zararı üstlenmesi beklenemez⁷⁶⁶.

4. Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişi, zarara sebep olan veya kusursuz sorumluluk kapsamında zarar veren davranışlarından sorumlu olunan kişiler dışındakileri ifade etmektedir. Dolayısıyla adam çalıştırmanın çalışanlarını üçüncü kişi olarak nitelememiz doğru olmaz. Kural olarak üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusurunun aksine, zarar verenin tazminat sorumluluğunun miktarının belirlenmesinde etkili bir öge değildir. Üçüncü kişinin kusuru nedensellik bağına olan etkisi dolayısıyla, tazminatın belirlenmesinde önemli bir role sahiptir. Şöyle ki, üçüncü kişilerin kusurlu hareketlerinin, zararın meydana gelmesinde uygun nedensellik bağı bulunuyorsa; zarardan sorumlu olacakları müteselsil sorumluluk uyarınca (TBK. m. 61) belirlenmesi gündeme gelir.

Tazminatın sorumlularını belirleme dışında, üçüncü kişinin kusurunun başka önemli işlevleri de vardır. Her ne kadar bir indirim sebebi olmasa da, üçüncü kişinin kusuru tazminat yükümlülüğüne etkiye bulunabilmektedir. Tazminatta etkili olması özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğunun başka kişinin zarar verici davranışından sorumluluğu olması sebebiyle dikkate değerdir. Bu bağlamda ilk olarak, adam çalıştırmanın sorumluluğunun oluşumunu engelleyecek miktarda üçüncü kişinin kusurunun bulunduğu durumlar akla gelir. Artık adam çalıştırın, üçüncü kişinin kusurunun nedensellik bağına kesmesi nedeniyle sorumlu olmayacaktır⁷⁶⁷. Örneğin

⁷⁶⁶ Nomer, s. 112.

⁷⁶⁷ Nomer, s. 116.

hastanede tedavisi sürdürülen bir hastaya doktorun yanlışlıkla alerjisi olduğu bir ilacı vermesi nedeniyle hastanın ölmeyip; hastane çıkışı bir aracın çarpması sonucu ölmesi halinde üçüncü kişinin kusuru nedensellik bağına kesecek oranda ağırdır. Ancak belirtmeliyiz ki, Baysal'ın da ifade ettiği gibi, burada üçüncü kişinin kusurunun ayrıca tazminat sorumluluğu için incelenmesinden ziyade, sorun uygun nedensellik bağına ilişkindir⁷⁶⁸.

Yine üçüncü kişinin kusurunun bir diğer önemli etkisi ise, üçüncü kişinin kusurunun sorumlu kişiye izafe edilmesi veya sorumlu kişinin kusurunu hafifletmesidir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından, çalışanın her ne kadar zarar veren davranışlarının, adam çalıştırana izafe edileceği kabul edilse bile, çalışanüçüncü kişi sayılmaz. Dolayısıyla burada adam çalıştırmanın davranışlarından sorumlu olmayacağı, bağımsız kişilerden söz edilmektedir. Bu gibi hallerde eğer kusurlu davranış ile zarar arasında nedensellik bağı kurulabiliyorsa, müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Ancak sorun, böyle bir nedensellik bağı kurulamadığında tazminatın nasıl belirleneceği yönündedir. Bu durumda öğretide, üçüncü kişinin kusuru TBK. m. 52 kapsamında bir indirim sebebi olarak değil; daha ziyade TBK. m. 51 kapsamında tazminatı belirleyici bir faktör olarak görülmektedir⁷⁶⁹. Sonuçta burada tazminatın zarar verene biraz daha hafif yükletilmesinin sebebi, üçüncü kişinin kusurlu olması değil, zarar verenin kusurunun hafif olmasıdır⁷⁷⁰.

Diğer önemli bir husus ise, üçüncü kişinin kusursuz davranışlarıyla zarara sebep olduğu düşünüldüğünde bu durumun sorumluluğa etkisinin ne olacağıdır? Üçüncü kişinin ayırt etme gücü yoksa, sorumluluk kime yükletilmelidir? Hakim görüşe göre burada zararın beklenmeyen bir hal sebebiyle meydana geldiği kabul edilmektedir ve sorumluluk taraflar arasında paylaştırılmalıdır. Ayrıca üçüncü kişi açısından hakkaniyet sorumluluğu gündeme gelecek olursa, yine de bir indirim sebebi söz konusu olmaz. Tazminat ödeyen kişi açısından rücu imkanı doğar⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ Baysal, s. 62.

⁷⁶⁹ Baysal, s. 65; Antalya s 735.

⁷⁷⁰ Baysal, s. 65.

⁷⁷¹ Nomer, s. 148.

5. Beklenmeyen Hal

Bazı durumlarda da, zarar verenin zarara sebebiyet vermesi, ona isnat olunamayan ve genel davranış kurallarından doğan bir ödevin ihlaline kaçınılmaz surette sebep olan beklenmeyen haller neticesinden gerçekleşmektedir. Böylece sorumluluğu söz konusu olan kişinin bilgisi ve isteği dışında, zararın meydana gelip, artmasında rol oynayan olaylardan her biri beklenmedik hallerdir (TBK. m. 65). Tazminatın belirlenmesi açısından, indirim sebebi teşkil eder. Yeter ki, nedensellik bağıını kesecek kadar güçlü olmasın⁷⁷².

Beklenmedik hal olarak kabul edilebilecek durumları, objektif ve nispi biçimde kaçınılmaz olarak değerlendirilebilir⁷⁷³. Bu kapsamda, herhangi bir kimsenin şahsından kaynaklanmayan mücbir sebep seviyesine ulaşmamış doğa olayları, siyasi olaylar, hayvanların içgüdüsel hareketleri veya zarar görenin bedensel yatkınlığı sayılabilir⁷⁷⁴. Beklenmedik olayın tespitinde dikkate alınacak nokta, öncelikle olayın ne zarar görene ne de sorumlu kişiye izafe edilmeyecek olması, sonrasın da ise beklenmedik olay ve zarar arasında uygun nedensellik bağıının bulunmasıdır. Ancak nedensellik bağıını kesecek kadar da güçlü olmaması, zarar verenin sorumluluğunun mevcudiyeti için doğal olarak şarttır⁷⁷⁵.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından da beklenmedik halin varlığı, diğer sebep sorumlulukları gibi farklı özelliğe sahiptir. Temel olarak sebep sorumluluklarının mantığı ve beklenmedik hal kavramının örtüşmeyeceği görülmektedir. Zira bilhassa tehlike sorumluluklarında, beklenmedik durumlar halinde de sorumluluğun varlığı kabul edilir. Örneğin motorlu araç işletenin ve işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, araçta meydana gelen beklenmedik arızalar, lastiğin patlaması, sürücünün bayılmasını sorumluluğu ortadan kaldırması söz konusu olmaz. Benzer biçimde, yağın yağmur nedeniyle bina da oluşan tahribat sebebiyle, yoldan geçen kişilerin zarar görmesi halinde, bina malikinin sorumluluğu devam etmektedir. Sorumluluk ancak mücbir seviyesine gelen öngörememe

⁷⁷² Nomer, s. 129; Özdemir, s. 112.

⁷⁷³ Antalya, s. 733; Özdemir, s. 112.

⁷⁷⁴ Özdemir, s. 112.

⁷⁷⁵ Nomer, s. 141.

durumları için geçerli olacaktır⁷⁷⁶. Objektif özen sorumluluğu olan adam çalıştırının sorumluluğu açısından ise, sorumluluğun öğretide bir çeşit ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğuna benzetilmesinden de yola çıktığımız da, ki biz bu görüşe katılmıyoruz, ancak yine de tehlike sorumluluğuna oranla öngörünün daha yüksek olduğu bir sorumluluk türü olması sebebiyle, beklenmedik hal indirim sebebi olarak bu sorumluluk türünde önemli bir yere sahiptir⁷⁷⁷. Buna rağmen genelde oluşan beklenmedik hal durumları genelde, bedensel yatkınlıktan ötürü meydana gelmektedir⁷⁷⁸.

Tazminatın tayini açısından da, beklenmedik hal durumunda yapılacak indirim, zarara sebebiyet verme oranına göre değil; beklenmedik olayın kusur üzerindeki etkisine göre belirlenir⁷⁷⁹. Ancak Yargıtay'ın son kararları uyarınca, zarara sebebiyet verme oranı tazminatın tayininde rol oynamaktadır.

§ 11. ADAM ÇALIŞTIRANIN RÜCU TALEBİ VE MÜTESELSİL SORUMLULUK ESASI

Bu bölümde, çalışanın sebep olduğu zararlardan, kusuru nedeniyle (TBK m. 49), adam çalıştırının ise kusursuz biçimde (TBK m. 66) sorumlu olması nedeniyle zarar görene karşı müteselsil sorumluluğu (dış ilişki) ve adam çalıştırının kendisine veya bir başkasına ait bir borcu ifa ederek, alacaklıya yaptığı ödemenin tamamını veya bir kısmını çalışandan istemesine ilişkin rücu hakkı kavramı (iç ilişki)incelenecektir.

⁷⁷⁶ Nomer, s. 143.

⁷⁷⁷ Nomer, s. 143.

⁷⁷⁸ E. Aydın- Özdemir, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, Adalet Yayınevi, 2013, s. 114.

⁷⁷⁹ Nomer, s.140; Özdemir, s. 114.

I. Müteselsil Sorumluluk Esası

A. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Açısından Müteselsil Sorumluluk Durumları

Bir zarardan, birden fazla kişinin zarar görene karşı birlikte sorumlu olması ve sorumlu kişiler arasındaki rücu ilişkisi, TBK m. 61 ve 62 hükümlerince düzenlenmiştir⁷⁸⁰. Ayrıca TBK m. 66/f. 4 hükmünde de rücu ilişkisine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Adam çalıştıranın sorumluluğu bağlamında müteselsil sorumluluğun gündeme gelmesi iki türde gerçekleşir. Bunlardan ilki birden fazla adam çalıştıranın yürüttüğü faaliyeti çalışana gördürmesi sırasında meydana gelen üçüncü kişinin uğradığı zararlarda karşımıza çıkar⁷⁸¹. Diğeri ise adam çalıştıranın çalıştırdığı yardımcı kişinin sebep olduğu zarardan kusuru nedeniyle TBK m. 49 hükmü uyarınca, adam çalıştıranın ise TBK m. 66 gereği kusursuz olarak sorumlu olmalarında görülür. Bu bağlamda adam çalıştıranın ve çalışanın sorumluluk sebepleri farklı hukuki sebeplere dayanmaktadır. eBK m. 51/f. 1 gereği, zarar görene karşı farklı sebeplerden sorumlu oldukları için eksik teselsül hükümleri uygulanmaktaydı. Ancak TBK m. 61 eksik teselsül ve tam teselsül ayırımı kaldırılmıştır⁷⁸². Dolayısı her iki durumda da bu kişiler, müşterek kusurun olup olmadığına bakılmaksızın, gerek aynı hukuki sebepten ötürü sorumlu olmaları,

⁷⁸⁰ Antalya, s. 565-566; Çıttan, s. 511; Altop, s. 511, dn. 4c.

⁷⁸¹ Antalya, s. 772. Yine böyle bir sorumluluğun, sigorta şirketi ve adam çalıştıran arasında gündeme gelmesi de söz konusudur. HGK. E. 2006/ 10- 696, K. 2006/ 704, T. 08.11.2006: “Davaya konu somut olay; davalı... A.Ş.’de arıza tesis ve nakil işçisi olarak çalışan Fuat’ın telefon hatlarındaki arızayı gidermek için sekiz metrelik ağaç direğe merdivenle çıktıktan sonra dengesini kaybederek düşmesi sonucu meydana gelmiştir. Mahkemece sigortalı tarafından açılan tazminat davasında tespit edilen ve hükme esas alınan 05.07.2004 günlü kusur raporunda; sigorta olayının, işin tehlike riskinden ileri gelen bir iş kazası olduğu, köylerde sepetli araba ve kaldırma kafes kullanma imkanı olmadığı, merdivenin kaymasından ve kırılmasından kaynaklanan bir kaza olmadığı, işverene ya da sigortalıya yüklenebilecek bir kusur olmadığı belirtilmiştir. HGK ise, maddi tazminat davasında adam çalıştıranın sorumluluğu uyarınca, olağan sebep sorumluluğuna dayalı olarak zararın giderimine karar verilip, abonenin telefon arızasını gidermek üzere 7-8 metre boyunda demir merdiven kullanıldığı ve merdiven birbirine geçme iki üniteden oluşmaktadır ve diğer işçi tarafından tutularak, kayması önlenmeye çalışılmaktadır. Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alındığında HGK’nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bun nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”

⁷⁸² Kılıçoğlu, s. 760.

gerekse de aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları halinde müteselsil olarak sorumlu olurlar⁷⁸³.

İlk olarak birden fazla adam çalıştırmanın müteselsil sorumluluğunda, sorumluluk ya birden fazla adam çalıştırana bağlı olarak ya da çalışanın başka bir adam çalıştırana kiralanması halinde görülür⁷⁸⁴. Fakat adam çalıştırmanın sorumluluğu kusursuz sorumluluk olduğu için, onların birlikte kusurlu olmaları değil, zarara sebep olmaları aranacaktır. Ayrıca özellikle çalışanın başka bir adam çalıştırana kiralanması açısından, sorumluluğun kurulmasında hangi adam çalıştırmanın çalışmanı kontrol ettiği, ona talimat verdiğinin incelenmesi zarara sebep olma bakımından önemlidir.

B. TBK. m. 62 Hükümünün Uygulanması

TBK m. 61 uyarınca, adam çalıştırın ve çalışan arasında dış ilişkide müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır. Buna göre, borçluların her biri, zararın tamamından sorumlu olur ve zarar gören, uğramış olduğu zararın hepsini veya bir kısmını, sorumluların bir tanesinden veya hepsinden talep edebilir. Sorumlulardan birisinin yapacağı ödeme, diğer sorumluları da ödeme tutarınca borçtan kurtarır. Ödeme yapan borçlu alacaklıya halef olur(TBK m. 168). Halefiyet esası, TBK m. 62/f.2’de de belirtilmiştir⁷⁸⁵.

TBK m. 62 ise, zarar görenin zararını tazmin eden müteselsil sorumlu ve diğer sorumlular arasında iç ilişkiyi ya da diğer ifadesiyle rücu ilişkisini düzenlenmiştir. Böylece tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen sorumlu, bu fazla ödeme için diğer müteselsil borçlulara başvurabilecektir⁷⁸⁶. Ne kapsamda rücu edeceği konusunda ise, TBK. m. 62 hükmü dikkate alınır ve bütün durum ve koşullar, borçlulara yükletilebilecek kusur oranları ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutularak rücunun kapsamı belirlenir. TBK. m. 62

⁷⁸³ Antalya, s. 778; Oğuzman/Öz, C. II, s. 284-287; Bu konuda geniş bilgi için bkz. N. Dalcı-Özdoğan, Mütelsil Sorumluluk, 2015, Ankara, s.127 vd.

⁷⁸⁴ Honsell/Vogt, Art. 55, Nr. 11; Rey, s. 219.

⁷⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Kılıçoğlu, Özel ve Sosyal Sigortalarda Kanuni Halefiyet ve Rücu, AUHFD, C. 31, S. 1-4 Y. 1974, s. 395 vd.

⁷⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 763; A. H. Yağcıoğlu, Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara, 2014, s. 273-274.

hükümünün eski kanundaki karşılığı olan TBK. m. 50⁷⁸⁷ ve 51⁷⁸⁸ ise, rücu ilişkisini iki boyutla ele almaktaydı. Buna göre, ortak kusurlarıyla birlikte zarara sebebiyet verenlerin müteselsil sorumluluğu bakımından, zararı tazmin eden kişinin diğerlerine rücu hakkı kusur oranına bağlanmıştı⁷⁸⁹. TBK m. 51 hükmü ise, değişik hukuksal sebepler nedeniyle birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğunda rücu ilişkisini düzenlemişti. Değişik hukuksal sebepler nedeniyle birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğunda, rücu ilişkisi bir sıraya bağlanmıştı. Bu bağlamda rücu sırası kanunen sorumlu tutulan kişi, sözleşme nedeniyle sorumlu tutulan kişi, ve haksız fiil sorumlusu olarak belirlenmişti. Ayrıca zararı kanunen sorumlu kişi tazmin ettiğinde, sözleşmeden ve haksız fiilden sorumlu tutulanlara, zararı sözleşme nedeniyle sorumlu kişi tazmin ettiğinde ise, haksız fiil sorumlusuna rücu edebilmekteydi. Haksız fiil sorumlusu zararı tazmin ettiğinde ise, diğerlerine rücu hakkı bulunmamaktaydı. Bununla birlikte biraz önce de belirttiğimiz gibi, TBK m. 62 hükmüyle eBK m. 50 ve 51 hükümleri kaldırılmış, bu çerçevede müteselsil borçlulardan zararı tazmin eden kişinin rücu etmesi halinde, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu dikkate alınacağı belirtilmiştir⁷⁹⁰.

II. Rücu Talebi

A. Genel Olarak

Zarar gören eğer çalışan ayırt etme gücüne sahipse ve üçüncü kişinin zarar görmesi çalışana yükletilebilen bir sebepten ötürü ileri geliyorsa TBK. m. 49 gereğince doğrudan çalışana başvurabilecektir. Diğer taraftan sorumluluk şartları hem çalışanın kendi kusurundan sorumluluğuna hem de adam çalıştıranın

⁷⁸⁷ TBK m. 50, “Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ıka ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve feran methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bir rücuun şumulunun derecesine tayin eder. Yataklık eden kimse, vakı olan kardan hisse almakdıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz.”

⁷⁸⁸ TBK m. 51 “Müteaddit kimseler muhtelif sebepler (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vuukuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.”

⁷⁸⁹ Kılıçoğlu, s. 470.

⁷⁹⁰ Kılıçoğlu, s. 471; Antalya, s. 789.

sorumluluğuna başvurmaya imkan veriyorsa; o takdirde müteselsil sorumluluktan bahsederiz ve zarar gören açısından taleplerin yarışması (Anspruchskonkurrenz) gündeme gelmektedir. Şayet zarar gören, adam çalıştırana karşı tazminat talebinde bulunursa, bu seferde adam çalıştırının rücu hakkı gündeme gelecektir⁷⁹¹.

Gerçekten adam çalıştırının sorumluluğu, çalışanın zarar veren davranışı sebebiyle objektif özen yükümlülüğüne dayanan kusursuz bir sorumluluktur. Kurtuluş kanıtı imkanını kullanması başarısızlıkla sonuçlandığında, adam çalıştırın kusursuz bir sorumluluk rejimi ile karşı karşıyadır. Ancak sorumluluğun kusursuz bir sorumluluk olması, kusur ögesinin önemsiz olduğu anlamına da gelmemektedir. Şöyle ki, önceki kısımda bahsettiğimiz üzere, tazminatın belirlenmesi sırasında kusur ögesi hakime takdir yetkisini kullanması için güçlü bir done verir. Örneğin adam çalıştırının oluşan zararda kusurunun varlığı, belirlenecek tazminatta indirim yapılmasını güçleştirip imkânsız hale getirirken; zarar görenin kusuru varsa adam çalıştırının zarar oranında tazminatın sorumlusu olması beklenmeyecektir. Aynı şekilde, zarar veren davranışta bulunan çalışanın kusuru bulunduğu ya da başka ifadeyle bizzat sorumlu olması muhtemel ise de, adam çalıştırının çalışana rücu imkanı vardır⁷⁹². TBK. m. 66/4 hükmü gereğince “Adam çalıştırın, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir”. Dolayısıyla adam çalıştırın için her ne kadar kusura dayanmayan ağırlaştırılmış bir sorumluluk öngörülmüş olsa bile, kanun çerçevesinde adam çalıştırının sorumluluğu dağıtıp hafifletme imkanı da tanınmıştır.

⁷⁹¹ Honsell, Art. 55, Nr. 13; Petrin, s. 131; Baumert, Çev. Yazman, s. 183-184; Rey, s. 219; E. Kuntalp/N. Barlas Et al, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s.45; Y.4.H.D. E.1976/692 K.1976/11046 T. 17.12.1976 Davacı doktor olan davalının yaptığı yanlış tedavi sonucu yüzünde sabit eser ve yara bırakıldığından tazminat istemiştir. Hekim mesleki bilgisinin gerektirdiği bütün gerekleri yerine getirdiğini ispat zorunluluğundadır. Esasen doktor kendi uzmanlığı dışında başka bir uzmanlık alanında çalışmıştır. Olayda açık ve belirli bir kişisel kusur vardır. Danıştay'ın hükmettiği tazminat miktarı çok uygundur. Her bakımdan uygun olan manevi tazminattaki rücu kararı onanmalıdır.”; Y. 10. HD. E. 2015/15354; K.2016/2079, T. 16.02.2016, “Mahkemece, davalı işverene ait işyerinde fenni nezaretçi olarak çalıştığı anlaşılan A.Ö.'in kazanın oluşumundaki kasıt veya kusurunun tespiti amacıyla; iş kazasının oluşumuna ilişkin maddi olguların eksiksiz biçimde saptanması, sorumluluğu gerektiren her koşulun, kendi özelliği çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi, işveren ve diğer ilgililerle birlikte kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi gerektiğinden hükmün bozulması gerekmiştir.”

⁷⁹² Honsell, Art. 55, Nr. 13.

B. Adam Çalıştıranın Rücu Talebine İlişkin TBK. m. 66/4 Hükümünün Hukuki Niteliği

Rücu düzenine ilişkin TBK. m. 62f.2 hükmünün varlığına rağmen, özel olarak adam çalıştıranın sorumluluğunun içerisinde (TBK m.66/f.4) rücu talebinin düzenlenmesi, rücu talebine ilişkin ilişkin kuralın hukuki niteliğine ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Öğretide özel rücu kuralının TBK m. 62/f.2 hükmünde yer verilen rücu kuralı karşısında gereksiz bir tekrar olduğu görüşü bazı yazarlarca savunulmuştur. Bu görüş uyarınca, eğer böyle bir özel rücu kuralı olmasaydı dahi, genel hüküm niteliğindeki TBK. m. 62 hükmünün uygulanmasıyla sorun çözülecektir⁷⁹³. Bu görüşü savunanlara göre, madde hükmü hatırlatıcı bir işleve sahiptir. Ancak Antalya'ya göre, TBK. m. 66/4 hükmü, açıklayıcı bir niteliğe sahiptir. Hakim iç ilişkide bu özel hükmü uygulamak zorundadır. Genel hükmü tamamlayıcı nitelikteki bu düzenleme, genel hükümle birlikte yorumlanıp, birlikte değerlendirilerek uygulanması gerekir⁷⁹⁴.

D. Rücu Talebinin Kapsamı

Adam çalıştıranın çalışana rücu etmesi halinde, kapsamı hakime verilen takdir yetkisi ile belirlenir. Hakim takdir yetkisini her şeyden önce hakkaniyet ve eşitlik esaslarına⁷⁹⁵ dayanarak kullanacaktır. Rücu oranları da bu esaslar doğrultusunda belirlenecektir⁷⁹⁶. Ayrıca hakim dikkate alması gerektiği, başkaca sınırlama konuları da mevcuttur. Hakim takdir yetkisini kullanırken kanunun bu sınırlarını göz ardı etmemelidir. Buna göre, rücu talebi, öncelikle adam çalıştıranın ödediği tazminat oranıyla sınırlı olarak kullanılır. Tazminat oranına hükmün kesinleşmesine kadar olan faiz ve yargılama giderleri de dahildir⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Tandoğan, (2010), s. 122; Tandoğan, (1981), s. 72; Brehm, Art. 55, N. 108.

⁷⁹⁴ Antalya, s. 565. Aynı yönde, Schnyder, Art. 55, Nr. 24; Ünlütepe, s. 539-540.

⁷⁹⁵ Y. 4. HD. 15.5.1997, E. 1548, K. 5303. "...her ne kadar kusur kapsam belirlemede etkin ise de, hakkaniyet de, onunla birlikte değerlendirilmesi gereken unsurlardandır...", A. Ö. Yenice, **Teminat Sözleşmesinde Rücu İlişkileri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 29.

⁷⁹⁶ Yenice, s. 29.

⁷⁹⁷ Antalya, s. 566; Rey, s. 219

Bununla beraber TBK. m. 66/4 hükmünün açıkça düzenlemiş olduğu gibi, çalışanın kusuru oranında ya da bizzat sorumlu olabileceği oranda rücu edilebileceği kabul edilir. Böylece çalışanın kusurunun ya da ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerde çalışana rücu etme imkanı yoktur. 818 Sayılı BK m. 55/2’de böyle bir ifade yer almasa da, öğreti adam çalıştırmanın çalışana rücu etmesini yine aynı sınırla kabul etmekteydi. Zira bu hüküm, adam çalıştırmanın her zaman çalışana rücu edebileceği şeklinde intiba uyandırır da, böyle bir genel kabul sorumluluğun yapısına uygun düşmeyecektir⁷⁹⁸. Öte yandan rücu halinde, adam çalıştırana yükletilebilecek munzam kusurun üstlendiği rol de önemlidir. Adam çalıştırmanın kusurlu olması, rücunun kapsamının çalışan lehine belirlenmesine neden olur⁷⁹⁹.

Adam çalıştırmanın çalışana rücu etmesi, yalnızca kanuni bir düzenleme sonucunda değil, ayrıca aralarındaki sözleşme ilişkisi gereğince de gerçekleşebilir. Bu durumda, adam çalıştırıcı ve çalışanın iradeleri doğrultusunda bir rücu ilişkisinden söz edilir. Sözleşme içerisinde belirlenmiş olan rücuya ilişkin esaslar, kanun hükümleriyle çatışmadığı sürece uygulanabilir. Böyle sözleşmenin varlığı halinde, esas alınacak kanun hükümleri sözleşme sorumluluğu içerisindeki rücu düzenlemeleridir. Bu bağlamda, örneğin genel hüküm olan TBK. m. 112 ve diğer özel sözleşme hükümlerine (TBK. m. 400, 506 vb.) göre rücu edilebilir. Adam çalıştırıcının sözleşme hükümlerine rücu etmesi halinde ispat yükü, çalışana ait olacağından, adam çalıştırıcı lehine olur⁸⁰⁰.

§ 13. ZAMANAŞIMI VE İSPAT YÜKÜ

I. Zamanaşımı

A. Genel Olarak

Adam çalıştırıcının sorumlu olduğu maddi ve manevi tazminat yükümlülüğü, TBK. m. 72 hükmü uyarınca öngörülen zamanaşımı süreleriyle bağlıdır. Borçlar

⁷⁹⁸ Oğuzman/Öz, s. 601.

⁷⁹⁹ Antalya, s. 566.

⁸⁰⁰ Antalya s. 566; Eren, s. 630.

kanununda düzenlenen zamanaşımı süreleri sözleşme dışı ve sözleşme sorumluluğu olarak ayrılarak iki farklı hükümle düzenlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğu içerisinde yer alan adam çalıştırmanın sorumluluğu da, Zamanaşımı açısından TBK. m. 146'ya değil, TBK. m. 72'ye tabidir. Aynı şekilde, adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel bir türü olan TBK. m. 66/3'teki adam çalıştırmanın işletme organizasyonundan sorumluluğu da TBK. m. 72 hükmüne tabidir. Söz konusu hükme göre, üç türlü zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bunlar iki yıllık kısa, on yıllık uzun ve olağanüstü nitelikteki ceza dava zamanaşımı türleridir. Adam çalıştırmanın çalışana rücu istemine ilişkin zamanaşımı süresi ise, TBK. m. 73'de ayrıca düzenlenmiştir⁸⁰¹.

B. İki Yıllık (Nispi) Zamanaşımı Süresi

Adam çalıştırmanın, çalışanın işi yerine getirdiği sırada verdikleri zararlar için maddi ve manevi tazminat talebi, zarar görenin zararı ve adam çalıştırmanı öğrenmesinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. İki yıllık zamanaşımı süresi, eski BK. m. 60'da öngörülen bir yıllık zamanaşımının yetersizliğinin dikkate alınmasıyla iki yıla çıkarılmış; böylece bazı özel kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri ile de bütünlük sağlanmıştır. Görüldüğü üzere, zarar görenin adam çalıştırana iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde tazminat yükümlülüğü için başvurabilmesi, iki şarta bağlı kılınmıştır⁸⁰². Bunlardan ilki, zarar görenin zararı öğrenmesidir. Önemli olan zarar verici fiil veya olaydan ziyade, zararın öğrenilmesidir. Zararın öğrenilmiş sayılabilmesi için, zarar görenin zararın niteliğinin ve kapsamının, adam çalıştırandan talep etmeye imkân verecek şekilde öğrenilmiş olması gerekir. Ancak zararın kapsam ve özelliklerinin belirlenebilir olması yeterlidir, ayrıca tüm detaylarının öğrenilmesine gerek yoktur⁸⁰³. Diğer önemli bir husus, zararın tam anlamıyla öğrenilmesinden bahsedebilmemiz için, zarar verici fiil ve olayın sona ermiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle, sona ermemiş fiiller için zararın kapsamının öğrenilmesi söz konusu değildir. Bu durum özellikle sürekli, kesintisiz biçimde devam eden zararlar için sorun oluşturur. Böylesi durum için kural, zarar verici davranışın sona ermesini beklemektir. Ancak devam eden zararın gelecekteki

⁸⁰¹ Eren, s. 830; Rey, s. 376-371.

⁸⁰² Ç. A. Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, 2004, İstanbul, s. 145.

⁸⁰³ Antalya, s. 754.

sonuçlarına ilişkin kapsamın belirlenmesi mümkün olmuyorsa, zamanaşımı süresi zararın belirlenebilir olmasıyla başlayacaktır. Özellikle ağır bedensel zararlara ilişkin maddi ve manevi tazminatın kapsamının belirlenmesinde, zararın sonucunun devam etmesi sebebiyle önceden belirlenebilme kriterinin kullanılması faydalıdır⁸⁰⁴. Bununla birlikte, zarar ister ani, isterse sürekli bir fiille meydana gelsin, yine de “zararın tekliği ilkesi” gereğince bir bütün olarak tek bir zarar olarak ele alınır. Bu ilke her zararı ayrı bir zarar kalemi olarak değerlendirmedeği gibi, zararların toplam bir zarar olarak değerlendirilmesi anlamına da gelmez. Söz konusu olan sadece uygun nedensellik bağı içerisinde meydana gelen zararlardan en son gerçekleşen zararın gerçekleşip, öğrenilmesinden sonra zamanaşımı süresinin işleyecek olmasıdır⁸⁰⁵.

Zamanaşımının işlemeye başlaması için diğer bir şart ise, adam çalıştırının kim olduğunun öğrenilmiş olmasıdır. Adam çalıştırının kişilik ve kimliği hakkında kesin bir bilgi gereklidir, şüphe yeterli değildir. Zarar görenin sorumluluğu gerektiren hukuki olgulardan hareketle sorumlu kişiyi öğrenilmiş olması gerekir. Yani konumuz açısından, adam çalıştırının ilişkisinin öğrenilmesi şarttır⁸⁰⁶.

C. On Yıllık (Mutlak) Zamanaşımı Süresi

Adam çalıştırının sorumluluğu iki yıllık zamanaşımı süresine alternatif olarak, bir de zarar verici fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıllık zaman aşımı öngörülmüştür. Bu zamanaşımı süresi mutlaktır, zira zararın gerçekleşme anı gibi objektif bir olguya bağlıdır. Aksi halde kişilerin öğrenebilmeleri gibi değişiklik gösterecek sübjektif bir duruma bağlı değildir. Ayrıca on yıllık süre mutlaktır, on yıllık sürenin geçmesi halinde, zarar yeni öğrenilmiş olsa bile, zarar görenin dava açma hakkı ortadan kalkar. İki yıllık zamanaşımı süresinin sınırı da yine on yıllık süredir. Bu sürenin devam eden nitelikteki zarar verici fiillerde, yukarıdaki yapılan açıklamalara kıyasla sona eriş tarihinden itibaren başlayacağı kabul edilmelidir⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Eren, s. 838; Antalya, s. 755.

⁸⁰⁵ Antalya, s. 756.

⁸⁰⁶ Eren, s. 832; Antalya, s. 756.

⁸⁰⁷ Eren, s. 833; Rey, s. 373-375; Çelik, s. 159.

D. Ceza Dava Zamanaşımı (Olağanüstü) Süresi

Zarar verici davranışın ceza kanunları açısından suç teşkil etmesi ve bu suçun da zamanaşımının yukarıdaki iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinden daha uzun olması halinde, artık ceza kanunlarında öngörülen sürelerin uygulanacağı TBK m. 72/1'e göre belirtilmiştir. Fakat konumuz açısından ceza zamanaşımının özellik gösterdiği durum, adam çalıştırmanın sorumluluğunun çalışanın fiili dolayısıyla sorumluluğu meydana getirmesidir. Dolayısıyla TBK. m. 66'ya göre adam çalıştırmanın sorumluluğunda, çalışanın davranışına bağlı olmadığı için adam çalıştırmanın özen ödevine bağlanan bir sorumluluk olduğu için, çalışan için açılan bir ceza davasında zamanaşımı bu süreye göre uygulanmaz. Ancak adam çalıştırmanın davranışı suç teşkil eden bir fiil niteliğini taşıyorsa, ceza zamanaşımının uygulanabileceği söylenebilir⁸⁰⁸.

⁸⁰⁸ Eren, s. 836; Rey, s. 378-381; Graziopina, s. 19; HGK, E. 2001/4-472, K. 2001/547, T. 27.06.2001, (...Davacı, davalının özensiz davranışı nedeniyle zarar gördüğünü belirterek tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı kurum süresinde zamanaşımı savunmasında bulunmuş ise de mahkemece bu savunma gözetilmeyerek işin esası hakkında hüküm kurulmuş, karar davalı tarafından temyiz edilmiş, dairemizce de oyçokluğuyla onanmıştır. Davalının karar düzeltme istemi üzerine **yeniden yapılan incelemede:** Zarar verici eylemin davalı kurumun çalıştırdığı kişilerin çalıştıkları sırada gerekli güvenlik önlemlerini almaması ve özensiz davranışları nedeniyle meydana gelmiştir. Davalının çalıştırdığı kişiler TCK'nun 459/II. maddesi gereğince cezalandırılmışlardır. Buna bağlı olarak davalı kurumda BK. madde 55'e göre sorumludur. Öte yandan BK. madde 55 dışında TCK. madde 465'e göre, bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde çalışanlar tarafından çalıştıkları sırada işlenen ve TCK'nun 455 ve 459. maddelerinde yazılı eylemlerden dolayı hükmedilecek tazminattan haksız eylemi yapan kişi veya çalıştıranda şirket gibi sorumlu olacaktır. Buradaki sorun; Kurum aleyhine açılacak tazminat davasının hangi süreye tabi olacağıdır. Çalışanlar için açılan ceza davasının bitiminden sonra 5 yıldan kalan süre için dava açılıp açılmayacağıdır. Görüldüğü gibi, TCK. madde 465 çalıştırıcı için kurala bir istisna getirmiştir. Buna göre çalışan (istihdam edilen kişi) TCK. M. 455 ve 459'a giren bir eylem ile zarara neden olduğunda, zarar gören ceza davasında yargılanan kişinin yargılaması devam ettiği sürece o davaya müdahale edip, malca sorumlu olan kişi veya kurumdan tazminat talep edebilecektir. Veya yine anılan "ceza yargılaması devam ettiği sürece" hukuk mahkemesinde tazminat davası açılabilir. Burada çalıştırıcı BK. m. 60/I'deki 1 yıllık süreye tabi olunmaz (Bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 7 İstanbul 1993, s. 726). Zarar verici olay 31.7.1996 günü meydana gelmiştir. Eldeki dava 29.4.1999'da açılmış çalışanlar için yargılamanın 26.11.1998'de bitmesi karşısında açılan tazminat davasının zamanaşımı nedeniyle reddi gerekir ise de, karar onanmış olduğundan davalı Kurumun karar düzeltme istemi HUMK'nun 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama kararı kaldırılmalı ve karar gösterilen nedenlerle bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozulma dosya yerine geri çevrilmeyle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki karardirenmiştir. Temyiz Eden: Davalı vekili Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Karar: Dava, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu yaralanmadan doğan zararın, daha önce açılan davada saklı tutulan bölümü ile ilgilidir. Davalı idare, öteki itirazlarının yanında zamanaşımı savunmasında da bulunmuştur. Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi ile düzenlenen ceza zamanaşımının adam çalıştırıcı yönünden uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bulunmaktadır. Yerel mahkemece, davalı T. Genel Müdürlüğü'nün istihdam eden sıfatı ile Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki gönderme sebebi ile T.C.K.'nün 102. maddesinde belirtilen 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Her ne kadar 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin 109/2. maddesinde: Davanın ceza gerektiren bir fiilden doğması ve Ceza Kanununun bu fiil bakımından daha uzun bir zamanaşımı süresini öngörmesi halinde, bu sürenin adam kullananlar için istenen maddi tazminat talepleri yönünden de geçerli olduğu öngörülmüş ise de, bu kural somut olayla örtüşmemekte ve uygulama

E. Rücu Talebinin Bağlı Olduğu Zamanaşımı

Adam çalıştıranın, çalışanın zarar veren davranışı nedeniyle yüklendiği tazminatı ödedikten sonra, ödediği tazminat için çalışana rücu etme imkanı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Fakat bu imkan hiç şüphesiz sınırsız değildir, zamanaşımına tabidir. Rücu talebine dair zamanaşımı süreleri açıkça TBK. m. 73 ile belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, adam çalıştıran tazminatın tamamını ödeyip, sorumlu olan çalışanı öğrenmesi tarihinden başlayarak iki yıl ve her halükarda tazminatın

olanağı

bulunmamaktadır.

Hukuk sistemimize göre zarara kim veya kimler sebep olmuşsa zararın gideriminden de onlar sorumludur. Birden fazla kişinin zarardan sorumlu olması halinde; bunun sonuçlarını ikiye ayırmak mümkündür.

Birinci halde: Birden fazla kişiler, müşterek kusurları ile zarara sebep olmuşlardır. Bu durumda zarara sebep olmuş olanlar arasında tam teselsül bulunduğundan sözedilir (BK. 50) Aralarında tam teselsül olanlar da suçu işleyenle bu suça iştirak etmiş olanlar arasında fark gözetilmeksizin zarar görene karşı müteselsilen sorumlu durumdadırlar. İkinci halde ise; birden fazla kişilerin, müşterek kusurları ile sebep olmadıkları, ancak: zarardan çeşitli hukuki sebeplerle sorumlu tutuldukları durumda eksik teselsül (BK. 51) söz konusudur. Tam teselsül ile eksik teselsülün sonuçları farklıdır. Nitekim, aralarında tam teselsül bulunanlardan bir hakkında zamanaşımının kesilmesi, diğeri hakkında da zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurduğu halde, eksik teselsül durumunda bu kesilme diğerini etkilememektedir.

(BK.

134)

Somut olayda, davalı idare çalışanı, haksız fiili işleyen olarak sorumlu olduğu halde, idare, haksız fiil işleyen çalıştıran olarak sorumlu bulunmaktadır. Bu nedenle sorumluluk sebepleri farklı olduğundan aralarında tam teselsül değil, eksik teselsül bulunmaktadır. Burada uygulanacak esas zamanaşımının Borçlar Kanunu'nun 60/1. maddesinde düzenlenen bir yıllık zamanaşımı süresi olduğunda tereddüt yoktur. Aynı maddenin 2. fıkrasındaki uzamış (ceza) zamanaşımının burada uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusuna gelince; gerek uygulamada ve gerekse bilimsel görüşlerde duraksama bulunmadan kabul edilen yön, ceza zamanaşımının ancak suç işlemiş olan veya onun fiiline bir şekilde katılmış olanlara karşı uygulanacağı, adam çalıştıran ve malca sorumlu olanlara uygulanmayacağı hususudur. (Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 1961, sh. 363; Kemal Reisoğlu-İstihdam Edenlerin Mesuliyeti) Ancak; Türk Ceza Kanunu'nun 465. maddesi ile bu kurala bir istisna getirilmiş bulunmaktadır. Bu madde düzenlenmesine göre; Bir kimsenin veya bir şirketin hizmetinde bulunanlar tarafından vazife ve hizmet sırasında işlenen 455 ya da 459. maddelerde yazılı cürümlerden dolayı hükmedilecek tazminattan o kimse veya şirket malen mesuldür. Bu hükme göre, istihdam edilen kişilerin anılan maddede belirlenen suçlardan birini işlemeleri halinde, bu kişilerin fiilinden zarar görenler, onlar hakkında açılan davaya müdahale yoluyla katılarak malca sorumlu olan şirket-idareden kişisel hak talep etmeleri veya ceza davası devam ederken ayrı bir hukuk davası açarak zararlarını malen sorumlu olan bu idareden talep etmeleri gerekir. Haksız fiili işleyenler aleyhine kullanılabilecek bu dava hakkı, TCK. 465. maddesinin verdiği imkanla malen sorumlu olanlar hakkında kullanılabilecektir. TCK. 465. maddesinin verdiği bu imkan sonucu ceza davasının devam ettiği sürece Borçlar Kanunu'nun 60/1. maddesindeki bir yıllık sürenin dolduğundan söz edilemeyecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ceza davasının varlığı nedeniyle uzamış olan zamanaşımının (uzamış) zamanaşımı süresi kadar olmayıp, haksız fiil sorumlusu hakkındaki ceza davasının süresi ile sınırlı olduğudur. Hukuk Genel Kurulu'nun 11.5.1977 gün, 1976/4-3068 Esas, 1977/468 Karar sayılı kararında: "Zamanaşımının malca sorumlu olan şirket hakkında kesilmesi sözkonusu olmadığına, ayrıca istihdam edilen hakkında devam eden ceza davasına, TCK.'nun 465. maddesi hükmünce müdahale ile malca sorumlu olan şirketten kişisel hak istenmediğine ve malen sorumlu olanlar hakkında uzamış zamanaşımının uygulanmayacağına göre, şirket hakkındaki tazminat davası zamanaşımına uğramıştır." denilmektedir. Özel dairenin kararları da 1999 yılına kadar benzer görüşleri sürdürmüş iken son zamanlarda değişik düşüncelerin de sergilendiği gözlenmektedir. Yukarıda yazılanların ışığında eldeki davaya gelince: Zarar doğuran olay 31.7.1996 tarihinde gerçekleşmiş, olaya sebebiyet veren kişi hakkındaki ceza davası TCK.'nun 459. maddesi uyarınca cezalandırılması ile sonuçlanıp, karar 30.12.1998 tarihinde kesinleşmiş, eldeki davada 29.4.1999 günü açılmıştır. Olayın üstünden bir yıl geçmiş olup, uzamış (ceza) zamanaşımının uygulanmasının mümkün bulunmamasına TCK.'nun 465. maddesindeki malen sorumlu olanların sorumluluğu için haksız fiili işlemiş olanların haklarında devam eden bir ceza davası da bulunmamasına göre, davanın zamanaşımına uğradığının kabul edilmesi gerekir. O halde tarafların iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara bozma kararında gösterilen ve yukarıda açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle karar bozulmalıdır. Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 27.6.2001 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

tamamının ödenmesinden itibaren on yıl geçmesiyle zamanaşımı süresi başlayacaktır⁸⁰⁹.

Burada istisnai nitelikteki önemli olan bir diğer husus ise, adam çalıştıran kişinin, rücu edeceği kişiye dürüstlük kuralına uygun bir biçimde bildirim yapması zorunluluğudur. Bu bildirim TBK. m. 73/2'ye göre uygun bir biçimde yapılmazsa; zamanaşımının bu tarihten sonra başlayacağı hükme bağlanmıştır⁸¹⁰.

II. İSPAT YÜKÜ

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi, zarar verenin tazminat sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, kural olarak zarar görenin sorumluluğun unsurlarının mevcudiyetini kanıtlaması gerekir⁸¹¹. Haksız fiil hukukundaki, ispat yüküne ilişkin bu kural öncelikle MK. m. 6 “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” hükmü gereğince, daha sonra ise TBK. m. 50 “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır” hükmüyle belirtilmiştir. MK. m. 6’daki temel prensip, iddiada bulunanın bu iddiayı ispat etmesi gerektiğini ve TBK. m. 50’de ise, haksız fiil hukukunda ise zarara uğrayanın zarar iddiasını ispatlaması gerektiğini kabul eder⁸¹².

Ancak söz konusu sorumluluk, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi bir sebep sorumluluğu ise, o takdirde, ispat yükü artık tazminat borçlusuna geçmiştir. Yani sebep sorumluluklarında, yukarıda belirtmiş olduğumuz kurala istisna getirilmiştir. Zira karine adam çalıştıranın sorumlu olduğu yönündedir. Zarar gören, zararı ve sorumluluğu doğuran olay ve zarar arasındaki nedensellik bağına ispat ettiği sürece, adam çalıştıran sorumludur. Sorumluluktan kurtulabilmesi için adam çalıştıranın yapabileceği, özenli davrandığına ilişkin kurtuluş kanıtını kullanmaktır⁸¹³. Dolayısıyla genel kuraldan farklı olarak, adam çalıştıran sorumlu olmaması gerektiğini ispat etmektedir. Bu durumun temel sebebi, adam çalıştıranın yürütmüş

⁸⁰⁹ Eren, s. 838.

⁸¹⁰ Eren, s. 838.

⁸¹¹ Nater, s. 34.

⁸¹² Demircioğlu, s. 279.

⁸¹³ Nater, s. 34.

olduğu işin teknik bilgi ve tecrübeyi gerektirmesi, ayrıca bu sürecin karmaşık olması, zarar görene oranla adam çalıştırmanın bu sürecin ayrıntılarını ve olası sonuçlarını, meydana gelebilecek zararlara vakıf olmasıdır. Adam çalıştırmanın şüphesiz biçimde çalışma alanına veya organizasyon alanına hâkim olması, ispat külfetini kolayca yerine getirmesini sağlayacaktır.

Ancak adam çalıştırmanın sorumluluğunun ve diğer tüm sebep sorumluluklarının, zarar görenin zararını daha kolay bertaraf etme amacı veya zarar verene daha ağır bir sorumluluk yüklüyor olması, pratikte zarar olgusu ve zarar ve zarar veren davranış arasındaki nedensellik bağının ispat edilmesi ile işlevsel hale gelecektir. Dolayısıyla ispat konusunda yaşanan zorluklar, sebep sorumluluğunun yeterli biçimde uygulanmasına engel olacaktır. Özellikle maddi tazminatın belirlenmesi kapsamında, TBK. m. 50/f.2 hükmünde de ifade edildiği gibi, zararın ispatı, eksiksiz biçimde ortaya konulması her zaman kolay olmayacaktır. Bu vesilelerle, zarar görene ispat kolaylığı sağlamak adına, çeşitli çareler aranmaktadır. Öncelikle doktrin ve içtihatlarca ispat yüküne ilişkin bir takım ölçütler geliştirilmiştir. Şöyle ki, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana, ileri sürdüğü bir vakıadan lehine haklar çıkarana ve ispat yükünü daha kolay başarabilene düşer⁸¹⁴. Sonuncusu bilhassa adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından anlamlıdır. Bu ölçütlerle birlikte uygun nedensellik bağının ve zararın ispatı için ispat kolaylığı olarak, emare ispatı ve ilk görünüş ispatı görüşlerine yer verilmiştir⁸¹⁵. Böylece hakim, ispatta tecrübe kurallarından yararlanarak somut vakıa hakkında sonuç çıkaracaktır⁸¹⁶. Bu kapsamda, emare ispatı, hukuki sorumluluk oluşturacak koşul vakaya, yabancı komşu vakıaların ispatlanması suretiyle hayatın olağan akışı içerisinde değerlendirilerek, hukuki sonuç açısından önem taşıyan vakıaların ispatlanmasıdır⁸¹⁷. Örneğin, evinde yangın çıkan bir kimsenin, yangından bir süre önce evini yüksek miktarda sigorta ettirmesi ve o dönemde maddi durumunun da kötü olması evin bizzat kendisi tarafından yakıldığına ilişkin bir

⁸¹⁴ S. Taşpınar, Fiil Karinelerinin İspat Yükü Dağılımındaki Rolü, **AÜHFED**, C. 45, S. 14, 1996, s. 551.

⁸¹⁵ Antalya, s. 536.

⁸¹⁶ H. Pekcanıtez/M. Atalay/O. Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2015, s. 458.

⁸¹⁷ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 459.

emare verir⁸¹⁸. İlk görünüş ispatı ise, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte nitelikli bir emare ispatına dayanmaktadır. Şöyle ki, emare ispatına ek olarak, ilk görünüş ispatında olayların akışı ilk bakışta belirli bir kanaat uyanmasına imkan sağlamalıdır. İlk görünüş ispatı, temelde tecrübe kurallarına dayandırılan tipik hayat olayının unsurlarının, somut olay açısından ispat sonucuna ulaşması gerektiği kabulüne dayanır. Mesela iğneden sonra felç olan bir hastanın, iğne sebebiyle felç olduğu ya da ağaca çarpan şoförün kusurlu olduğu ilk görünüş ispatı ile kabul edilir⁸¹⁹. İlk görünüş ispatının, sorumluluk hukuku açısından da önemi azımsanamayacak boyuttadır. Hatta Widmer/Wessner tarafında hazırlanan tasarının 56d maddesi, “Zarar ve nedensellik davacı tarafından kanıtlanmak zorundadır. Eğer bu kanıt kesinlik taşıyan biçimde getirilemezse ya da bu kanıtı üretme olanağına sahip kişiden haklı nedenle bunu yerine getirmesi istenemezse mahkeme salt ikna edici olasılıkta yetinebilir; ayrıca tazminatın tutarı da olasılığın derecesine göre belirlenir.” ifadesini içermektedir⁸²⁰. Fakat Türk Borçlar Kanunu’na maddenin ikinci fıkrası alınmamış olup, ayrıca ilk görüş kanıtının genellikle tam ispatı arayan HMK. m. 198 uyarınca usul hukuku açısından da yasal düzenlemeye sahip olmadığı belirtilebilir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda ise, ilk görünüş ispatının TBK m. 69’dan (yapı malikinin sorumluluğu)farklı olarak, ciddi bir rolü yoktur⁸²¹.

Öte yandan da ispat güçlüğüne ilişkin bir başka çözüm de, nedensellik karinesinden hareketle ispat yükünün ters çevrilmesi yoluyla sağlanmaktadır. Özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğunda görüldüğü gibi, ispat yükünün ters çevrilmesi de, zarar görene sağlanmış olan bir kolaylıktır. Ancak bu durum yalnızca sebep sorumlulukları için geçerliyken, tehlike sorumluluğundaki kabulü sorumluluğu hafifletmesi nedeniyle mümkün değildir.

⁸¹⁸ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 461.

⁸¹⁹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 461.

⁸²⁰ Yücel, s. 222.

⁸²¹ Nater, s. 34.

SONUÇ

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m. 66 hükmüyle yeniden düzenlenmiştir. Öyle ki bu yeni hükümle artık eBK m. 55 hükmünde olduğu gibi, yalnızca adam çalıştırmanın çalışanın zarar veren davranışından dolayı sorumluluğu düzenlenmemiş; TBK m. 66'ya eklenen üçüncü fıkrayla ayrıca işletme sahibi adam çalıştıranların organizasyon sorumluluğu da getirilmiştir. Kanımızca TBK m. 66/f. 1-2 ve TBK m. 66/3 hükümleri emsal İsviçre Sorumluluk Hukukunda Yeksenaklaştırma ve Revizyona İlişkin Federal Ön Tasarısında kabul edildiği gibi, adam çalıştırmanın sorumluluğunu farklı katılıklıta kurtuluş kanıtlarıyla düzenleyen uygulama alanı birbirinden farklı iki genel hükümdür. Zira TBK m. 66/f. 1 karmaşık nitelik arzetmeyen, basit çalıştırma ilişkilerinde uygulama alanı bulurken, TBK m. 66/f.3 adam çalıştırmanın birden çok kişinin çok kişinin iş bölümüyle gerçekleşen ekonomik ve mesleki faaliyetlerin söz konusu olduğu işletmelerde organizasyon etkinliğinden dolayı olağan sebep sorumluluğunu düzenlemektedir. Her iki hüküm arasında yarışmadan bahsedemeyiz. Bu sebeple ayrı bölümlerde sorumluluklar incelenmiş, sorumluluk şartlarına ilişkin ayırımlar ayrı ayrı ele alınmıştır.

TBK m. 66/f. 1 hükmünün genel şartları, haksız fiilin kusur dışındaki, hukuka aykırılık, nedensellik bağı ve zarar şartlarıdır. Bununla birlikte özel şartları ise, çalışanın adam çalıştırana bağımlı bir çalıştırma ilişkisi bulunması, zararın işin görülmesi sırasında meydana gelmesi, zararın üçüncü kişiye verilmesi ve adam çalıştırmanın çalışanı seçmede, denetlemede ve çalışana talimat vermede yeterli özeni gösterdiği konusunda kurtuluş kanıtını getirememesidir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsedebilmek için, çalışanla bağımlı bir çalıştırma ilişkisi olmalıdır. Bu ilişki sürekli, geçici, ivazlı veya ivazsız, doğrudan veya dolaylı bir ilişki olabilir. Çalıştırma ilişkisinin hukuki niteliği önemli değildir. Bu noktada bu ilişkinin kamu hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanmış olması önem arz etmez. Bununla birlikte modern çalışma hayatını teknolojik gelişmeler bağlı olarak göstermiş olduğu hız güçlü bir ivme kazanmış, bu değişimler neticesinde ise mecburen, bağımlılık unsurunun varlığının değerlendirilmesi, dolayısıyla da çalışan kavramının incelenmesi daha esnek bir şekle girmiştir. Özellikle farklı

organizasyon modellerinin varlığı ve çalışma şekli anlayışındaki değişim (evde çalışma, tele çalışma), bağımlılık anlayışının daha esnek yorumlanmasına neden olmuştur.

Öte yandan adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabulü için, çalışanın iş sırasında üçüncü kişiye zarar vermesi şartı aranır. İşlevsel bağlantının geniş yorumlanması gerektiği düşüncesi hakimdir. Bu bağlamda çalışmamızda işlevsel bağlantıyı değerlendirmek amacıyla iki kritere yer verilmiştir. Bunlardan birincisi işlevsel bağlantıyı değerlendirmek bakımından işin adam çalıştırmanın menfaatine olmasıyken, ikincisi ise zamansal ve mekansal bağlantının var olmasıdır. Üçüncü kişinin uğradığı zararın adam çalıştırmanın menfaatine yapılan bir iş sırasında olup olmadığının değerlendirilmesi sorumluluğun çok dar yorumlanmasına sebep olacaktır. Bununla birlikte zamansal ve mekansal bağlantının aranması ise işlevsel bağlantının geniş yorumlanmasını sağlayacaktır. Ancak uygulama bakımından somut durumlar bakımından kriterlerin yeterli açıklığa sahip olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte adam çalıştırmanın işletmenin organizasyonu nedeniyle sorumluluğunda ise zamansal ve mekansal bağ kriteri uygulanmaktadır. Öğretide bazı görüşler bu bağlantının varlığının ayrıca işlevsel bağlantıyı gerektirmeyeceğini ifade etmektedir. Ancak kanımızca zamansal ve mekansal bağlantı işlevsel bağlantının değerlendirilmesi açısından bir ölçüttür. Dolayısıyla verilen zarar işletme faaliyeti ile ilgili olmadığı ya da adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü gerektirmediği önemlidir.

TBK m. 66/f. 1 bakımından adam çalıştırarak çalışanın vermiş olduğu zararlar bakımından yeterli özeni göstermediği karine olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla adam çalıştırarak çalışanı seçmede, denetlemede ve ona talimat vermede özen gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulacaktır. Buna karşılık TBK m. 66/f. 3 gereği işletme sahibi adam çalıştırarak organizasyonda özeni göstermesi gerekmektedir. Kanaatimizce hangi kurtuluş kanıtının uygulanacağını sınırını her iki hükmün uygulama alanı belirlemektedir. Öte yandan çalışmamızda özen yükümlülüğü kavramı ayrıca incelenmiştir. Objektif özen yükümlülüğünün hukuk uygulamasında giderek hukuka aykırılıkla yakınlaştığı, ancak kusur kavramının içerisinde değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte objektif özen

yükümlülüğünün objektif biçimde değerlendiriliyor olması, adam çalıştırmanın davranışının failin eğitim düzeyine, mesleki, yaş ve cinsiyet grubuna uygun bir insan tipinin karşılaştırılmasıyla belirlenmesini gerektirmektedir. Öğretide özen yükümlülüğü ve kusur kavramlarının hukuk normunca belirlenmemesinin faydalı olduğu bu sayede zamanın ihtiyaçlarına uyum sağlayabildiği savunulsa da, yükümlülüğün genel hatlarını belirleyen çerçeve bir normun varlığı da sözünü ettiğimiz geniş değerlendirme kabiliyetine engel olmayacaktır. Bu bağlamda tezimizde öngörülebilirlik ve hand formülü çerçevesinde geliştirilmiş ekonomik makulluk kavramları üzerinde durulmuştur. Öngörülebilirlik bakımından somut tehlike de incelenmiştir. Bu kriterlerle adam çalıştırmanın iş sırasında verdiği zarar bakımından göstermesi gereken özen ile işletmenin organizasyonu nedeniyle gösterilmesi gereken özenin ölçüsünü ayırmak açısından da önemli arz eder. Zira işletme faaliyetleri iş bölümünün hakim olduğu dolayısıyla organizasyon rizikosuna sahip olduğu için öngörülebilirlik bakımın somut tehlikenin varlığı ağır bir özen ölçüsü gerektirir. Bu bağlamda adam çalıştırarak adam çalıştıran iş ne kadar zahmetli ve tehlikeli ise, görevi yerine getiren kişiyi o kadar özenli ve titiz seçmesi gerekliliği kendiliğinden anlaşılır. Ayrıca yapılan iş ve bu işte kullanılan araçlar ne kadar karmaşık ve tehlikeliyse, çalışan daha sık ve kapsamlı talimatlar verilmelidir. Adam çalıştırmanın denetleme yükümlülüğü bakımından da yetişmiş, tecrübeli ve uzmanlık bilgisine sahip bir çalışanın denetlenmesi olağan işler bakımından elzem değilken, bu kişinin yapacağı alışılmışın dışındaki veya tehlike potansiyeli yüksek görevlerde denetim zaruridir.

Başlangıçta da ifade ettiğimiz gibi, TBK m. 66/f. 3 hükmüyle adam çalıştırmanın işletmenin organizasyonu dolayısıyla sorumluluğu, kabul edilmiştir. Öğretide bazı görüşler adam çalıştırmanın organizasyon özenin yalnızca bir karine olduğunu ve kabul etmiştir. Kanun koyucunun eğer genel bir hukuk normu getirmek isteseydi, bunun ayrıca bir madde halinde düzenlenmesi gerektiğini vurgulamışlardır. Ancak kanaatimizce organizasyon sorumluluğu genel bir sorumluluktur ve uygulama alanı da adam çalıştırmanın sorumluluğunun birçok hukuk normunda, hatta yalnızca özel hukukta var olmayan kamu hukukunda mevcuttur. Bu bağlamda öğretide organizasyon sorumluluğun genel bir hukuk normu çerçevesinde düzenlenmesi gerektiği fikri gelişmiştir. TBK m. 66'nın kaynak aldığı Widmer ve

Wessner tasarısı eleştirilmektedir. Nitekim 2007 yılında kaleme alınan ve 2012 yılında tamamlanan OR2020 Tasarısı değişik iki farklı hükümle düzenleme yoluna gitmiştir. Sorumluluğun üst başlığında ise adam çalıştırmanın sorumluluğu yerine organizasyon sorumluluğu kavramını kullanmıştır. Kanaatimizce genel bir sorumluluk normu olarak kabul etsek de, adam çalıştırmanın sorumluluğu ile birlikte düzenlenmesi uygulamada ihtiyaca cevap verebilecektir. Zaten öğreti ve yargı kararları bakımından adam çalıştırmanın sorumluluğunda organizasyonun sorumluluğunun ek bir kaynağıdır ve özel bir öneme sahiptir. Dolayısıyla ayrı bir düzenleme olmasına gerek olmaksızın, sorumluluğun OR 2020 Tasarısında olduğu üzere organizasyon sorumluluğu başlığıyla düzenlemek ifade edilen sorunlar bakımından çözüm sağlayacaktır. Zira çalışmamızda ele aldığımız sorumluluğun uygulama alanına ilişkin kısımda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 66/f.1 de adam çalıştırma kavramı daha basit çalışma ilişkilerini ifade ederken, TBK m. 66/f. 3 karmaşık çalışma ilişkilerini ifade eder. Organizasyon yükümlülüğü de, yine hem klasik özen yükümlülüklerini hem de organizasyon yükümlülüğünü içene alan bir kavram olarak daha kapsamlıdır.

KAYNAKÇA

İLİTERATÜR

- Akdeniz, U. **Taşıma İşleri Komisyonculuğu Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Akçura- Karaman, T. Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi Ve Tehlike Kuralı, **Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004/1, s. 553 vd.
- N. Akdağ-Güney, Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008.
- Aksoy, S. **Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı**, İstanbul, 2015.
- Altay, S. **TBK’unda Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti Dolayısıyla Sorumluluğu**, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul, 2012, s. 171 vd.
- Altmeppen, H. **Die Haftung Des Managers im Konzern**, München, 1998.
- A. Altop, Değerlendirme Konuşması, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’ Armağan, İstanbul, 2012, s. 203-204.
- Antalya, G. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- Atamer, Y. **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1996.
- Atalay, Ö. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, **ABD**, S. 1, 1979, s. 13 vd.
- Aydın- Özdemir, E. **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, Adalet Yayınevi, 2013.
- Aydınlı, İ. İstihdam Edenin (Adam Çalıştıranın) Sorumluluğu (BK. M. 55), **Kamu- İş İş hukuku ve İktisat Dergisi**, S. 2, 2003, s. 1 vd..
- Aydoğdu, M. **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, 2009.

- Bachmann, D. **Compliance Rechtliche Grundlagen und Risiken, Ein Thema Auch Für Unternehmen Ausserhalb Der Finanzindustrie**, ST, 1-2/07, s.93 ff.
- Von Bar, C. **The Common Law of Torts**, C.H. Beck, München, 1998.
- Battal, A. Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi, **AKÜHFD**, 2012, S. 2, s. 31.
- Baumert, G. Çev. İ. Yazman, İşçi ve Müstahdemlerin İşletme İçindeki ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluk Bakımından Durumları, **AÜHFD**, C. 34, S. 1, 1977, s. 175-194.
- Baums, T. Haftung Für Verrichtungsgehilfen nach Deutschem und Schweizerischem Recht, **Festschrift Für Lukes**, 1989, s. 623 ff.
- Baysal, B. **Zarar Görenin Kusuru**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Bazerman, M. H. **Judgment in Managerial Decision Making**, 3 A., New York, 1994.
- Becker, G. Nobel Lecture, The Economic Way of Looking at Behavior, **Journal of Political Economy**, 1993, Vol. 101, N. 3.
- Becker, H. **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1- 183**, Bern, 1941.
- Ş. Berki, İstihdam Mesuliyeti, **SBDF**, S. 3, 1956, s. 59 vd.
- A. Bieder, Die Haftung für Fremde Unerlaubte Handlungen Nach Dem Schweizerischen Obligationenrechte, **ZSR**, N.5, 1886, s. 327 ff.
- Biller, F. C. **Die Eigenhaftung Des Verrichtungsgehilfen**, Herbert Utz Verlag, München, 2006.
- Bosshard, E. **Neuere Tendenzen in Der Lehre Zum Begriff Der Widerrechtlichkeit Nach Art 41 OR**, Zürich, 1988.
- Brandes, T. **Die Haftung Für Organisationspflichtverletzung**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main et al, 1993.

- Brehm, R. **Obligationenrecht Band. VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Artikel 41-61 OR**, 3. Auflage, Staempfli Verlag AG, Bern, 2006.
- Briner, R. G. Haftung Der Internet- Provider für Dritter, **Zeitschrift Für Immaterialgüter, Informations und Wettbewerbsrecht**, 2006 s. 383 ff.
- Bruggemeier, G. **Organisationshaftung, Deliktsrechtliche Aspekte Innerorganisatorischer Funktionsdifferenzierung**, (Hrsg. W. Grunsky/ M. Lieb/ D. Medicus), **AcP**, 191. Band, Heft 1-2, 1991, s. 33 ff. (1991)
- Brüggemeier, G. **Prinzipien Des Haftungsrecht**, Baden-Baden, 1999.(1999)
- Brüggemeier, Das Gesetz Über Das Haftungsrecht Der Volksrepublik China, **HAVE**, 2010, s. 207 ff. (2010).
- Brüggemeier, G. Gefaehrdungshaftung, Unternehmenhaftung, Verschuldenhaftung, **HAVE**, 2013, s. 87 ff. (2013).
- Bussani M. / Werro, F. **European Private Law**, A. Handbook, Staempfli Publishers, Berne, 2009.
- Van Boom W./Koziol H. /Witting, C. A. **Pure Economic Loss**, Tort and Insurance Law, Vol.9, Springer Verlag, Wien, 2004.
- Böckli, P. **Schweizer Aktienrecht**, 2. A., Zurich, 1996, N. 1981.
- Büyüksağış, E. Tehlike Esasına Dayalı Genel Sorumluluk Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, **DEUHFD**, C.8, S. 1, 2006, s. 1 vd.
- P. Çağlayan- Aksoy, **Hukuka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, İstanbul, 2016.
- E. Çamoğlu, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, 2007, s. 182.
- Çekin, M. **S.6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesince Tehlike Sorumluluğu**, Oniki levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- S. Çıttan, İstihdam Edenin Mesuliyeti, **ABD**. 1966, S.3, s. 507 vd.

- Demircioğlu, H. R. **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Demir, M. **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Deutsch, E. **Allgemeines Haftungsrecht**, Köln, 1996.
- Deutsch, E. Çev. Ertaş, Sorumluluk Hukukunun Temel Kavramları, **DEÜHFD**, 1983, s. 245 vd..
- Dural M. /T. Öğüz, **Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi**, İstanbul, 2014.
- Durkheim, E. **Toplumsal İşbölümü**, Çev: Ö.Ozankaya, Cem Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Eren, E. **Yönetim ve Organizasyon, Çağdaş ve Küresel Yaklaşımlar**, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- F. Eren, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş-Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1974.(1974)
- F.Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından İliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975. (1975)
- Eren, F. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınevi, 14. Bası, Ankara, 2015.
- Erbaşlar, G. **Örgütsel Davranış**, Ankara, 2015.
- Erdil, E. **CMR Konvansiyon Şerhi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- N. Erişgin, Türk Borçlar Kanunu m. 71; Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013.
- Esser J. / Schmidt, E. **Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil.**, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg, 1991.
- Fellmann, W. Neuere Entwicklung Im Haftpflichtrecht, **AJP**, 1995, s. 878 ff.(1995)

- Fellmann, W. Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, **SJZ**, 91/ 1995, s. 41 ff.(1995)
- Fellmann, W./Müller, C. /Werro, F. **Schweizer Obligationenrecht 2020**, EntwurfFür Einen Neuen Allgemeinen Teil, Zurich Et all, 2013, s. 182 ff.
- Fikenscher, W. **Schuldrecht**, Achte Auflage, Berlin, 1992.
- K. Fişek, **Yönetim**, Ankara, 1975.
- Francis G. J./ G. Milbourn, **Human Behavior In The Work Enviroment**, A Managerial Perspective, Santa Monica Et Al, 1980.
- Fuhrer, S. 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft Für Haftpflicht und Versicherungsrecht, **Schweizerische Gesellschaft Für Haftpflicht und Versicherungsrecht**, 2010.
- Furrer A./Müller-Chen, M. **Obligationenrecht- Allgemeiner Teil**,Schultess Verlag, 2008.
- Gayler, E. **Die Ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen**, Zurich, 1944.
- Gerven W. /Lever J./ Larouche, P. **National, Supranational and International Tort Law**, Oxford Et al, 2000.
- Gfeller, D. R. **Die Privatbestechung- Art. 4a UWG Konzeption und Kontext**, Basel, 2010.
- Gilliard, F. **Vers l'unification du droit de la responsabilité**, Referat am Schweizerischen Juristentag 1967, ZSR 1967 II, s. 193 ff.
- Gordon, J. **Organizational Behaviour**, Second Edition, Boston Et al, 1986.
- Gönensay, S. **Borçlar Hukuku**, C.1, İstanbul 1948.
- Gönenç, Fulya İlçin, Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi, MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, 2008, s. 18vd.
- Grechenig,K. / Gelter, M. **The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism**, University of St. Gallen Law School La and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2007-25, 2007.

- J. Gross, 2. **Droit Administratif General, Amtliche Verrichtung und Haftpflichtrechtliche Zurechnung im Schweizerischen Verantwortlichkeitsrecht**, Bern, 2005.
- Gnos, U.P. **Anspruchskonkurrenz Schweizerischen Produkthaftpflichtrecht**, Zurich, 1997.
- Guhl, T./ Merz, H/ Koller, A. Das Schweizerische Obligationenrecht, 8 Auf., Zurich, 1991.
- Guhl T. / Koller, A. **Das Schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auf., Zürich, 2000.
- Götz/Staehelin, C. Teamarbeit und Geteilte Verantwortung In Spital Arztpraxis und Belegarztverhaeltnis **HAVE**, 2007, s. 226 ff.
- Greaves, R. EC Transport Law, London Et all, 2000.
- Gysler, E. **Haftung Für Fremde Culpa Nach Schweizerischem Obligationenrecht**, Louhbauer Verlag, Zurich, 1892.
- Haentjens, M. **Harmonisations of Securities Law**, Custody and Transfer of Securities in European Private Law, Kluwer Law International, Alphen aan den rijn, 2007.
- Hagmann, J. / Zimmermann, M. Revision und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechtes, **TREX** 2001, s. 144 ff.
- Hansen, M. **Şirket İçi İşbirliği Ne Zaman Kötüdür**, Etkin İşbirliği, Harvard Business Review, 2012, s. 11 vd.
- Hassold, G. **Die Organisationsverschulden**, **JuS**, 1982, s. 583 ff.
- Haeusermann, C. M. Bauliche Massnahmen an Miteigentum zwischen Subjektivität und Objektivierung, **SJZ**, 112/ 2016, s. 141 ff.
- Hausherr, H. Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgericht in Den Jahren 1995 und 1996, **ZBJV** 1997, s. 438 ff.
- Hausherr, H. Neuerungen bei den Haftungsgründen, **SVZ** 1997. (1997)
- Hausherr H. / Jaun, M. Die Privatliche Rechtsprechung Des Bundesgerichts im Jahre 1997, **ZBJV**, 134/1998, s. 549 ff. (1998).

- Hausheer, H./ Jaun, M. Die Privatrechtliche Rechtsprechung Des Bundesgerichts im Jahre 1999, **ZBJV** 136/2000, s. 564. (2000)
- Havutçu, A. **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk, Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.
- P. Hay, **US- Amerikanisches Recht**, C. H. Beck Manz, Wien, 2008.
- Heckendorn, L. **Die Haftung Freier Berufe zwischen vertrag und delikt**, Staemfli Verlag, Bern, 2006.
- Herrmann C. **Das französische Staatshaftungsrecht zwischen Tradition und Moderne**, Nomos, Paris, 2009.
- Hilf, M. J. Das Neue Unternehmensstrafrecht in Liechtenstein im Spiegel seiner Nachbarrechtsordnungen, **ZStrR** 129/2011, s. 258 ff.
- Hofer, M./ Schmid- Geene, S. Die Haftung Privatisierter Spitaeler, Ein Überblick, **HAVE**, 2002, s. 196 ff.
- Hofsetter, K. Neues Deliktsrecht für Unternehmen: Die Organisations- und Gefaerdungshaftung im Vorschlag OR 2020, **SZW** 2015, s. 322 ff.
- Honsell H. /P. Vogt, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, Art. 1- 529 OR 3. Auflage, Helbing& Lichtenhahn Verlag, Basel (et al), 2003.
- Honsell, H. Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zurich, 2000.(2000).
- Honsell H. (Hrsg) **Kurz Kommentar Obligationen recht Art. 1- 529**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zurich 2008.(2008)
- Honsell, H. Kristische Bemerkungen zum OR 2020, **SJZ** 109/2013, s. 457 ff.(2013)
- Honsell, H. Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zurich, 2000.
- Honsell, H. / Isenring, B./ Kessler, M. A. **Schweizersches Haftpflichtrecht**, 5. Auflage, 2013.
- İmre, Z. **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, 1949.

Jaag, T. **Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht**, Band I, Organisationsrecht, Teil 3, Staats und Beamtenhaftung, 2. Auflage, Helbing& Lichtenhahn, Basel Et al, 2006.

Jaag, T. /Haenni, J. **Die Schweizerische Bundesverfassung**, BV. 146, St Gallen, 2014.

Jaun, M. Haftpflichtrecht, Zur Gegenwartigen und Künftigen “ratio legis” Der Geschaeftherrenhaftung, **Privatrecht Im Spannungsfeld Zwischen Gesellschaftlichem Wandel Und Ethischer Verantwortung**, Festschrift Für Heinz Hausherr Zum 65. Geburtstag Beitrage Zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und Allgemeienen Privatrecht, Bern, 2002, s.581 ff. (2002)

Jaun, M. **Haftung Für Sorgfaltspflichtverletzung**, Bern, 2007.(2007)

Kadner-Graziano, T. **Haftung (en) ohne verschulden- die yransnationale perspektive, Responsibilities objectives**, Schultess Verlag 2003.

Keller, A. **Haftpflicht im Privatrecht**, Staempfli& Cie AG, Bern, 1971.

Kılıçoğlu, A. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

A. Kılıçoğlu, Özel ve Sosyal Sigortalarda Kanuni Halefiyet ve Rücu, AUHFD, C. 31, S. 1-4 Y. 1974.

Kılıçoğlu, M. **Sorumluluk Hukuku**, C.I Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Kıran, S. **Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması**, Ankara, 2015.

Kırca, Ç. **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004.

İ. Kırca,/F. H. Şehirali Çelik/Ç. Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara, 2013

Kidner, R. **Casebook On Torts**, Oxford, 2010.

C. Koçhisarlıoğlu, Objektif Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi, MÜHF-HAD, S. 2, 1984, s. 177 vd.

Koller, I. **Trasportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschaef**t, München, 2007.

Kuhn, M. W. Entwicklungen im Versicherungs und Haftpflichtrecht, **SJZ** 93/1997, s. 134 ff.(1997)

Kuhn, M. W. Entwicklungen Im Privatversicherungs und Haftpflichtrecht, **SJZ** 97/2001, s. 154.(2001)

M. W. Kuhn/T. Poledna, **Arztrecht in Der Praxis**, Zurich, 2007.

Kuntalp, E./Barlas, N. Et all, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.

Koç, N. “Genel Hükümler; Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borçların İfası ve İfa Edilmemesinin Sonuçları, Zaman Aşımı, Teselsül, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri, 20-21 Eylül 2011, Ankara, TİSK, 2012.

Koch, D. **Ausservertragliche Dienstleistungshaftung In Der Schweiz**, Helbing& Lichtenbahn, Basel Et al, 2001.

Koçel, T. **İşletmeYöneticiliği**, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

Koçhisarlıoğlu C. /Erişgin, Ö. Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Haksız Fiiller, **Rona Serozan'a Armağan**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1261 vd.

Koller, T. Das Von Roll Urteil und Die Organisationshaftung Rezeption einer Genuin Zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht, **SJZ** 92/ 1996, s. 409 ff. (1996)

Koller, T. Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht, **AJP**, 1997, s. 428 ff. (1997)

- Kohlik, K./ Ruffner, M. Financial Planning, Rectliche Einbindung und Haftungsrisiken, **AJP**, 2007, 869 ff.
- Kötz, H. **Deliktsrecht**, Band. 8, Frankfurt Am Main, 1983.
- Kostkiewicz, J. K. **Schuldbetreibungs Und Konkursrecht**, Zürich, 2014.
- Koziol, H. **Össterreichisches Haftpflichtrecht**, Band 2, Besonderer Teil, 2. Auflage, Wien, 1984.
- Landolt, H. / Herzog- Zwitter, I. Sorgfaltspflicht der Ärzte, **HAVE**, 2016, s. 106.
- Laski, H. J. The Basis of Vicarious Liability, **Yale Law Journal**, 1916, s. 122f.
- Lange/Schiemann, G. **Schadenersatz, Handbuch Des Schuldrechts**, Tübingen, 2003.
- Maag, H. **Zivilrechtliche Haftung für Schaedliches Verhalten Dritter**, Zürich, 1924.
- Marx K./Engels, F. **Alman İdeolojisi (Feuerbach)**, Sol Yayınları, Ankara, 2008.
- Marschall Von Bieberstein, W. **Die Produkthaftpflicht in der neuren Rechtsprechung der Usa**, Alfred Metzner Gmbh, Frankfurt am main 1975.
- Mannsdorfer, T. M. Haftung Für Perinatale Schaedigung Im Medizinischen Bereich, **HAVE**, 2003, s. 101 ff.
- Matusche- Beckmann, A. **Das Organisations Verschulden**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2001.
- D. Medicus, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, Bd. II, 7. Aufl. München, 1995, § 144, N. 851.
- Merhacı, S. Ö. **Comman Law Haksız Filler Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Filler**, ABD, Y.2012, s. 179 vd..
- Michalski, H. **GmbHG § 43**, 2. Auflage, 2010.
- Mohler, M. Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, **AJP** 2014, s. 1408 ff.
- Moser, M. Die Haftung Für Dienstleistungen im Lichte eines qualifizierten Qualitaetsmanagementsystems, **AJP**, 1997, s. 181 ff.

- Murad, F. **Das Französische Zivilrecht**, Band 1, Alfred Mtzner Verlag, Berlin, 1971.
- Müller, B. **Obligationenrecht, Allgeime Bestimmungen**, 2012.
- Müller-Chen, M. **Schweizer Obligationenrecht 2020**, Entwurf Für einen Neuen Allgeimen Teil, Zurich, 2013, s. 354 ff.
- Nart, S. **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu, Hakkaniyet Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Nater, H. **Die Haftpflicht Des Geschäftsherrn Gemass OR 55 Angesichts Der Wirtschaftlich Technischen Entwicklung**, Verlag Herbert Lang& Cie AG, Bern- Frankfurt, 1971.
- Nomer, H. **Haksız Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996.
- Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul, 2012.
- Oğuzman/Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, İstanbul, 2016.
- Oertel, C. **Objektive Haftung İn Europa**, Tübingen, 2010.
- Oftinger, K. **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Band II, Besonderer Teil, Erste Haeft, Zurich, 1960.
- Ostwald, W. **Die Erfüllungsdiener**, Berlin, 1920.
- Owen, D. / Montgomery, J. E. /Davis, M. J. **Products Liability And Safety**, New York, 2004.
- Özel Ç. / Leblebeci, D. Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C. 10, S. 2, 2007, s. 177 vd.
- Özta, B. **İmalatçının Sorumluluğu**, Ankara, 1982.
- Pally, U. **Arzhaftung mit Den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe ZStP**, Zürcher Studien Zum Privatrecht Band/Nr. 200, Zurich, 2007.
- Pekcanitez H. /M. Atalay/O. Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2015.

- Petrin, M. **Fortentwicklung der Geschaeftherrshaftung in der Schweiz**, Schultess Verlag, St Gallen, 2004.
- Portmann, W. **Organ Und Hilfsperson im Haftpflichtrecht**, Bern, 1958.
- Posner, R. A. **Economic Analysis Of Law**, Fifth Edition, A Division of Aspen Publishers, 1998.
- Rasmussen, J. Learning from Experience, How, Some Research Issues in Industrial Risk Management, B. Wilpert/ T. Qvale (Hrsg), **Reliability and Safety in Hazardous Work Systems**, Hove, 1993, s. 43ff.
- Rehbinder, M. **Berner Kommentar zu den Artikeln 319- 330a OR**, Bern, 1985.
- S. Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, A. a 2014.
- Reisoğlu, K. Alman, İsviçre ve Türk Hukukuna Göre İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, **AD**, 1947, S.3, 1956, s. 1181 vd.
- Reisoğlu, K. **İstihdam Edenin Mesuliyeti**, Ankara, 1958.
- Riemann, H. **Der Personale Geltungsbereich Der Haftung Für Verrichtungsgehilfen Und Der Haftungsbeschränkung Schadensgeneigter**, Köln, 1977.
- Robbins S. / T. Judge, **Organizational Behavior**, Boston, Et. Al, 2011.
- V. Roberto, **Haftpflichtrecht**, Bern, 2013.
- Rothlisberger, T. **Zivilrechtliche produktbeobachtungs warn und rüchrupflichten der hersteller**, schultess Zurich Et Al. 2003.
- Ruf, J. Vernehmlassungsantwort Des Schweizerischen Versicherungsverbandes Expertenentwurf Für Ein Bundesgesetz Über Die Revision Und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts, **HAVE**, 2002, s. 226 ff.
- Rümelin, M. **Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Civilrecht**, AcP 90, 1900, s. 171 vd.
- Sağlam, İ. TBK’nda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2012, s. 161.

- Saraç, S. **Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Sanlı, K. C. **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007.
- Sanlı, K. C. İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt Hand Formülü, **MÜHAD**, Uğur Alacakaptan'a Armağan, 2014-4, s. 99 vd.
- Savaş, V. Hukuk ve İktisat, **YÜHFD**, C. 1, S. 2,
- Schaer, R. Die Praxis des EVG Zur Obligatorischen Unfall- und Krakenversicherung in Den Jahren 2001- 2005, **ZBJV** 142/ 2006, s.679 ff.
- Schaefer, K. **Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, J. Schweitzer Verlag, 12. Auflage, Berlin, 1986.
- Schlüchter, F. Haftung aus Anwaltlicher Tätigkeit unter Einbezug Praktischer Fragen Der Haftpflichtverletzung, **AJP**, 1997, s. 1359 ff.
- Schmidlin, B. BK Berner Kommentar, Maengel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht**, Allgemeine Bestimmungen, Bern, 2013.(2013)
- Schmidlin, B. Das Schweizer Obligationenrecht 2020, **SJZ** 111/2015. (2015)
- F. Schöbi, Die Haftung Der Eltern Für Das Verhalten Ihrer Kinder BGE 128 IV 49 ff, **Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis**, 2002, s. 186 ff.
- Schöpfli, M. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band. I, München, 2014.
- Scnyder, A.K./Vasella, D. **Haftpflicht und Privatversicherungsrecht, Entwicklung**, Bern, 2007.
- Schwenzer, I. **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Bern, 2000.
- İ. Schwenzer, **Schweizerischen Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern. 2012.
- Şenocak, Z. **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara, 1985.

- Skyes, A. The Bundaries of Vicarious Liability, An Economic Analysis of The Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines, **Harward Law Review**, 1988,s. 563 ff.
- Sobotisch, V. **Staatshaftung aus Kontrolltaetigkeit im baurecht**, Schultess Verlag, Zürich, 2000.
- Spiro, K. **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern, 1984.
- Spitz, P. **Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, Bern, 2010.
- Staudinger J. /Belling/Eberl-Borges, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 13. Auflage, Berlin, 1993.
- Stein, P. Revision Haftpflichtrecht, Voerntwurf und Bericht Der Studienkommision im Vergleich, nebstBemerkungen und Versuchs eines Alternativvorschlages, **SVZ**, 1996, s. 289 ff.
- Stigler, G. J. Law or Economics, **Journal Of Law & Economics**, Vol. 35, 1992.
- Stolz, P. Tendenzen Im Schweizerischen Wirtschaftsrecht- KMU Und Volkswirtschaftliche Effienz, **SJZ** 97/2001, s. 113.
- Stöckli, B. Die Organisation von Banken aus Privat, Aufsichts, Straf und Standesrechtlicher Perspektive, **SSBR- Schweizer Schriften zum Bankrecht Band-** Nr. 86, 2008, s. 161 ff.
- Sutter, P. Staatshaftung Für Polizeiliches Handeln, **Aktuelle Fragen Des Staatshaftungsrechts**, B. Rütsche/W. Fellmann, (Hgbr), Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, 2014, s. 23 ff.
- Tahiroğlu, B. Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi, **MÜHF-HAD**, C.14, S.4, 2008, s. 162 vd.
- Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981.(1981)
- Tandoğan, H. **Türk Mesuliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.(2010)
- Taşpınar, S. Fiil Karinelerinin İspat Yüğü Dağılımındaki Rolü, **AÜHFED**, C. 45, S. 14, 1996, s. 533, vd..

- Taupitz, J. *Ökonomische Analyse und Haftungsrecht, Eine Zwischen Bilanz*, **AcP**, 1996.
- Teichmann, A. *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Die Kommentierung für Praxis und Ausbildung*, 11. Auf., München, 2004.
- Tercier, P. **Les Contrats spéciaux**, 3. Auflage, Zurich/Basel/Bern, 2003.
- Thomas, H. **Bürgerliches Gesetzbuch, Beckliche Kurz Kommentare**, München, 2003.
- Tiftik, M. **Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Tiryaki, B. *Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması*, **EÜHFD**, S. 12, 2008, s. 267 vd..
- Türkmen, A. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)**, **İÜHFD**, C. 70, S. 2, 2012, s. 257 vd.
- Torlak, G. **Organizasyon Teorileri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Ulmer, P. **Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, § 705- 853**, 4. Auflage, C. H. Beck München, 2004.
- Ulusan, İ. *Özellikle Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul, 1990.
- Ulusan, İ. **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Ünlütepe, M. **Organizasyon Sorumluluğu**, İstanbul, 2016.
- Waespi, O. *Organisationshaftung- Mit Ungleichen Ellen Gemessen Weryngswidersprüche Bei Der Geschaeftherrshaftung Gemaess Art. 55 OR im Vergleich Mit Der Haftung Aus Positiver Vertragsverletzung, Der Staatshaftung und Der Werkeigentümerhaftung*, **HAVE** 2004, s. 271 ff.
- Waespi, O. **Organisationshaftung, Risiko und Unsorgfalt bei Der Geschäftsherrenhaftung**, Bern, 2005. (2005)

- Wagner, G. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** , Verlag C. H. Beck München, 2004.
- S. Weber, Revision Des Haftpflichtrechts, **HAVE**, 2002, s. 221 ff. (2002)
- Werro, F. Bemerkungen zu VE 49 und VE 49a, **ZSR**, 122 (2003) II, s. 237 ff.
- Westermann, H. Haftung für fremdes Handeln, **JuS** 1961, s. 333 ff.
- Wiede, A. **Reiserecht, Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen**, Zurich, 2014
- S. Weber, OR 2020- Das Neue Deliktsrecht, Doch Noch Eine Revision Des Haftpflichtrechts- Erste Eindrücke Zu Den Vorschlägen Im Entwurf OR 2020, **HAVE**, 2013, s. 357 ff. (2013)
- Widmer P. / P. Wessner, **Revision und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht**, Bern, 2000.
- Widmer P. , Die Vereinheitlichung des Schweizerischen Haftungsrechts, Brennpunkte eines Projekts, **ZBJV** S. 130, 1994, s. 385 ff.
- Widmer P., **Gefahren Des Gefahrensatzes**, Zur Problematik einer Allgemeinen Gefährdungshaftung im Italienischen und Schweizerischen Recht, **ZBJV** 106, 1970, s. 289 ff.
- P. Widmer, Produkte Haftung in Der Schweiz, Produkthaftung Schweiz- Europa- USA, P. Borer/ E. Kramer/P. Willibald/ I. Schwander/ P. Widmer, (Hrsg), Bern 1986, s. 30 f..(1986)
- P. Widmer, **Produkte Haftung Konzept und Umsetzung**, Produktsicherheit und Produkthaftung, Neue Herausforderungen Für Schweizerische Unternehmen, 31 März 2011, Bern, 2011, s. 101 ff.
- Wilhelm J., Rechtsform Und Haftung Bei Der Juristischen Person, Carl Heymanns Verlag, Köln Et al, 1981.
- Von Gierke O., **Die Genossenschaftstheorie und Deutsche Rechtsprechung**, Berlin, 1887, Hildesheim, 1963.

Varoğlu D./ Ü.Sığı, **Örgütsel Davranışın Karanlık Yüzü: İşyerinde Üretkenlik Karşıtı Davranışlar**, Örgütsel Davranış, Ed. Ünsal Sığı/ Gürbüz, Sait, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Voss, L. **Die verkehrspflichten**, Duncker&Humblot verlag,Berlin, 2007,

Yahyagil,Y. M. Birey ve Organizasyon Uyumu ve Çalışanların İş Tutumlarına Etkisi, **MÜSBED**, 2005, C. 6, S. 24,s. 137 vd.

Yates, J. E. **Gerilim Altındaki Yönetici**, 1989.

Yenice, A. Ö. **Teminat Sözleşmesinde Rücu İlişkileri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Yeşilova, E. Taşıyıcının CMR hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcılarının Eylemlerinden Sorumluluğu, Ankara, 2004.

S.C. Yoon, Die Gefaehrdungshaftung für Moderne Techniken- zugleich Eine Stellungnahme Zum Neuen Schadenersatzrecht, Frankfurt, 2002.

Yücel, Ö. **Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, 2014.

Zellweger- Gutknecht, C. **Die Gewaehr, Risikoverantwortlichkeit, Als Anspruchsgrund Zwischen Verschuldens- Haftung und Gefahrtragung**, Staempfli Verlag, Bern, 2007.

Zirlick, B. **Freizeichnung von Der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und ausschluss im ausservertraglichen Bereich**, Staempfli Verlag, Bern, 2003.

K. Zweigert, **Einführung in Die Rechtsvergleichung auf Dem Gebiete Des Privatrechts**, Tübingen, 1971.

II. İnternet Sayfaları

Ardıyok, Ş. **Türk Hukukunda Yeni Yaklaşım: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, s. 36. (<http://www.actecon.com/assets/upload/services/ardiyokhukukekonomi-pdf09032015085007.pdf>).

Sarıyar, S. Özel Hukukta Kusurun ve Ağırlığının Belirlenmesi, İstanbul, 2008, (<http://www.hubyar.eu/SiteFiles/makaleler/kusurun%20tanımı%20ve%20oznelligi.pdf>),s. 6.

Sanlı, K. Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna
Ekonomik Bir Bakış, Perşembe Konferansları,s. 5-6
(<http://www.rekabet.gov.tr>).



ÖZET

Çalışmamızın konusu adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, üretim yöntemlerinin ve tekniğin gelişimi, iş bölümüne duyulan ihtiyaç sebepleriyle sürekli bir gelişim göstermiş ve göstermeye de yapısı gereği devam edecek bir kavramdır. Çalışmamızda ilk olarak klasik manasıyla adam çalıştırmanın sorumluluğu incelenmiş olup, buna ilişkin hukuki niteliği, şartları, yöneltilen eleştiriler ve çözüm önerileri bu bölümde ele alınmıştır. Adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğuna ise bir başka bölümde yer verilmiştir. Organizasyon sorumluluğunun genel manası, sorumluluk şartları, hukuki niteliği ve de de lege ferenda çözüm yolları incelenerek, hukuki anlamda var olan belirsizliğe çare bulunmak hedeflenmiştir.

ABSTRACT

Our dissertation's subject is liability of the employer. The notion of liability the employer has improved continuously for the reason of the need of job sharing and development of the method and technique of the products. The types, the legal qualification, the conditions of the liability of employer are examined under the first part our dissertation. After examining these subject, the Notion of the liability of organization which is the one of the type of the liability of the employer are analyzed under second part of our dissertation. In this part, the definition, the conditions, the legal qualification of this liability are studied and the elimination of uncertainty aspects of this concept by examining the de lege ferenda solution's methods are targeted.

