



T.C

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KÜBRA ERDOĞAN

İSTANBUL, 2019



T.C

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KÜBRA ERDOĞAN

568215021

DANIŞMAN

Dr. Öğr. Üyesi Gediz Kocabaş

İSTANBUL, 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÖZEL HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi KÜBRA ERDOĞAN'nın ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 20.06.2019 tarih ve 2019-18/17 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 02.07.2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi GEDİZ KOCABAŞ	
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. İPEK SAĞLAM	
3.	Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi GÜLŞAH SİNEM AYDIN	

GENEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı: Kübra Erdoğan

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Bilim Dalı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Gediz Kocabaş

Tez Türü ve Tarihi: Yüksek Lisans – Haziran, 2019

Anahtar Kelimeler: Kusursuz Sorumluluk, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

ÖZET

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

İş ilişkilerinin büyümesi ve genişlemesi ile, üçüncü kişilerin işin görüldüğü sırada zarara uğraması söz konusu olmaya başlamış, bu zarardan adam çalıştıranların sorumlu tutulması noktasında hukuki düzenleme ihtiyacı duyulmuş ve adam çalıştıranın sorumluluğuna bir kusursuz sorumluluk türü olarak kanunlarda yer vermeye başlanmıştır. İlk olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi ile yeniden düzenlenmiş, bu düzenlemeler adam çalıştıranın sorumluluğunun şartları bakımından beraberinde bir kısım tartışmalar getirmiştir. Bir kusursuz sorumluluk türü olan adam çalıştıranın sorumluluğunun doğabilmesi için, kanunda aranan şartların bir arada bulunması gerekmekle birlikte, uygulama bakımından bu şartların somut olayda bulunup bulunmadığının tespiti ve değerlendirilmesinde eksik incelemelerin söz konusu olduğu tespit edilmiş ve çalışmada bu tespiti örnekleriyle birlikte yer verilerek sorunun çözümüne ışık tutulmaya çalışılmıştır.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname: Kübra Erdoğan

Field: Private Law

Programme: Private Law

Supervisor: Asts. Prof. Gediz Kocabaş

Degree Awarded and Date: Master – June, 2019

Keywords: Flawless Responsibility, The Responsibility of Employers

ABSTRACT

TERMS OF THE RESPONSIBILITY OF THE EMPLOYERS

With the growth and expansion of business relations, third parties started to suffer losses during the process of work, legal arrangements were needed to hold the employer liability for this damage and the liability of the employer as a strict liability has been included in the laws. Firstly, the regulation on the flawless liability of the employer in Article 55 of the Code of Obligations 818 was revised with the 66th article of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 and these arrangements brought some discussions in terms of the conditions of the employer liability. To occur for the employer liability, which is the strict liability the conditions required by law must be found together. In terms of implementation, it is determined that there are incomplete examining in the determination and evaluation of whether these conditions are present in the concrete event or not. And in this study, determination is given with examples and tried to shed light on the solution of the problem.

İçindekiler

KISALTMALAR.....	iii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Haksız Fiil Sorumluluğunda Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Yeri.....	4
A. Kusur Sorumluluğu	4
B. Kusursuz Sorumluluk	6
1. Sebebiyet ilkesi	8
2. Menfaat ilkesi	9
3. Tehlike yaratma ilkesi	9
4. Hakkaniyet ilkesi	9
5. Hakimiyet ilkesi.....	9
6. Hukuka aykırılık ilkesi	10
7. Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ilkesi	10
8. Anormallik ilkesi	10
9. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi	10
C. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Kusursuz Sorumluluk Olarak Kabul Edilmesinin Dayandığı Esaslar	11
1. Hakimiyet ilkesi.....	11
2. Menfaat ilkesi	12
3. Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ilkesi	13
4. Hakkaniyet ilkesi	13
5. Tehlike yaratma ilkesi	14
II. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun TBK'daki Yeri ve Düzenlenişi.....	15
A. Haksız Fiil Sorumluluğu	17
B. Kusursuz Sorumluluk	18
C. Özen Sorumluluğu	22
III. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun (TBK m. 66) Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi	23
A. TBK m. 66 ile TBK m. 116 arasındaki ilişki	23
B. TBK m. 66 ile TMK m. 50 arasındaki ilişki	25

İKİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. TBK m. 66 ile BK m. 55'e Genel Bakış	28
II. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Genel Şartları	30
A. Hukuka Aykırı Fiilin Olması	31
B. Üçüncü Kişinin Zarar Görmesi	34
C. Zarar ile Uygun İlliyet Bağının Olması	38
III. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Özel Şartları	49
A. Adam Çalıştıran ile Çalışan Arasında Bağımlılık İlişkisi Olması	50
B. Adam Çalıştıran ile Çalışan Arasında Özel Hukuk İlişkisi Olması	66
C. Zarar ile Çalışanın Gördüğü İş Arasında İşlevsel Bağın Bulunması	69
D. Adam Çalıştıranın Kurtuluş Kanıtı Getirememiş Olması	81
1. Sorumluluk Karinesi	81
2. Karinenin Kurtuluş Kanıtı ile Çürütülme Olanakları	84
a. Çalışanın seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olması	88
b. İşle ilgili talimat vermede gerekli özenin gösterilmiş olması	92
c. Denetlemede gerekli özenin gösterilmiş olması	94
d. Çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olması	96
SONUÇ	105
KAYNAKÇA	iv

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
K.	Karar
m.	madde
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Y.	Yıl
YHD	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğunda kural kusur sorumluluğu olmakla birlikte, değişen ve gelişen toplumsal yapıda ihtiyaçlara cevap verebilmek adına kanunlarda belirli kişilerin, kanun ile belirlenen şartlara bağlı olarak kusursuz olarak sorumlu tutulabilmesi için düzenlemeler yapılmaktadır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, ilk kez 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi ile düzenlenen bir kusursuz sorumluluk halidir. Kanunda adam çalıştırmanın sorumluluğuna bir kusursuz sorumluluk hali olarak yer verilmesinin temel amacı, sanayileşmenin ve makineleşmenin artması ile birlikte adam çalıştırıcı ve çalışan ilişkilerinin yoğunlaşması ve bununla birlikte üçüncü kişilerin zarar görme tehlikesinin artması olarak gösterilebilecektir. Zira, çalışanların adam çalıştırıcının işini gördüğü sırada üçüncü kişilere zarar vermesi ve adam çalıştırıcının kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması halinde, zarar gören çalışanı ancak haksız fiil hükümleri uyarınca kusuru oranında sorumlu tutabilecek, çalışanın adam çalıştırıcıya nazaran ekonomik durumu da nazara alındığında, zararını dahi karşılayamama riski ile karşı karşıya kalabilecektir.

İşte hakkaniyete de aykırı düşecek bu durumun önüne geçilebilmesi adına, çalışanın emeğinden kendi hakimiyet alanında ve kendi menfaatleri için yararlanan adam çalıştırıcının, çalışanın gördüğü iş ile bağlantılı olarak üçüncü kişiler nezdinde oluşan zarardan kusursuz olarak sorumlu olduğu öngörülmüş ve bu sorumluluğun şartlarının belirlenmesi amacıyla da BK'da özel düzenleme yapılmıştır.

Aynı doğrultuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da 66. madde düzenlemesi ile adam çalıştırıcının kusursuz sorumluluğu kabul edilmiş, BK döneminde uygulamada ortaya çıkan bazı duraksamaların önüne geçilebilmesi adına kanun metninde ve sistematüğinde bir kısım değışikliğı gidilmiştir. TBK düzenlemesiyle adam çalıştırıcının kusursuz sorumluluk hallerinden bir özen sorumluluğı olduğu açıkça kabul edilmiş, böylelikle doktrindeki adam çalıştırıcının sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğı olduğu yönündeki tartışmalara son verilmiştir. Adam çalıştırıcının sorumluluğı bir özen sorumluluğı olduğundan, adam çalıştırıcının çalışan üzerindeki objektif özen yükümlülüğünü ihlal ettiğı karinesine dayanmaktadır ve

dolayısıyla adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket ettiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi imkanı vardır.

Adam çalıştırmanın çalışanın davranışları nedeniyle kusursuz olarak sorumlu tutulabilmesi için kanunda öngörülen şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Çalışmamda bu şartlar bakımından öncelikle BK ve TBK arasındaki farklara ilişkin genel bir bakışa ve yapılan değişikliklerin uygulamada yaratacağı etkiye ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

Çalışmanın temel konusu bakımından adam çalıştırmanın sorumluluğu, genel ve özel şartlar olmak üzere iki başlık altında toplanarak; genel şartlar başlığı altında, adam çalıştırmanın sorumluluğunun her şeyden önce bir haksız fiil sorumluluğu olması nedeniyle haksız fiile ilişkin şartlar incelenecektir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu için aranan genel şartlar çalışanın hukuka aykırı bir fiilinin olması, bu fiil neticesinde üçüncü kişinin bir zarara uğraması ve çalışanın fiili ile zarar arasında illiyet bağının olmasıdır. Haksız fiile ilişkin failin kusurlu olması şartı, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından bir şart olmayacaktır. Zira, adam çalıştırmanın sorumluluğu bir kusursuz sorumluluktur ve bu sorumluluk, çalışanın ve adam çalıştırmanın kusurundan bağımsız olarak gündeme gelmektedir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin özel şartlar başlığı altında ise, adam çalıştırıcı ile çalışan arasında bağımlılık ilişkisi olması, bu bağımlılık ilişkisinin özel hukuk hükümlerine tabi olması, çalışanın fiili ile görmekte olduğu iş arasında işlevsel bağın bulunması ve adam çalıştırıcının kurtuluş kanıtı getirememiş olması değerlendirilecektir. Adam çalıştırıcının kurtuluş kanıtı getirememiş olmasına ilişkin olumsuz şart bölümünde ise, öncelikle kanunun öngördüğü sorumluluk karinesine, daha sonra adam çalıştırıcının sorumluluktan kurtulabilmek için ispat etmesi gereken kurtuluş kanıtlarına yer verilecektir. Bu bölümde son olarak, özellikle BK ile TBK arasındaki önemli değişikliklerden TBK m. 66/3 düzenlemesi, işletmede adam çalıştıranlara özel olarak ek bir kurtuluş kanıtı olarak ele alınacak, doktrinde adam çalıştırıcının organizasyon sorumluluğu olarak değerlendirilen bu hususa ilişkin tartışmalara da değinilecektir.

Adam çalıştırıcının sorumluluğunun şartlarına ilişkin çalışmamda, genel itibarıyla geçmişten günümüze Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına değinilecek, somut olaylar bakımından adam çalıştırıcının sorumluluğuna ilişkin şartların Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ele alınması ve karara bağlanması yöntemleri incelenecek, özellikle sorumluluğun doğması için şartların bir arada bulunması gerektiği göz önüne alındığında bu

hususta uygulamadaki eksik veya hatalı değerlendirmeler üzerinde durulacak ve bylelikle çalışma konuma ilişkin uygulamaya dair de bilgi aktarımı yapılması amaçlanacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Haksız Fiil Sorumluluğunda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Yeri

Genel olarak borcun kaynakları sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olmakla birlikte, kanunda düzenlenen özel borç kaynaklarına da rastlanılmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, TBK'nın Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri başlıklı ikinci ayırımında düzenlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğunda kural kusur sorumluluğu olup, kusursuz sorumluluk ise istisna olarak kabul edilmektedir¹. Birçok Yargıtay kararında da *“İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.”* ifadeleriyle kusur sorumluluğunun kural olduğu açıkça ortaya konulmuştur². Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ise, TBK'nın 66. maddesinde bir kusursuz sorumluluk hali olarak yer verilmiştir.

A. Kusur Sorumluluğu

İlk bakışta kusur, bir kişinin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen bir sonuç ve bununla ilişkili iradesi nedeniyle kınanması olarak tanımlanabilir³. Kusur bir hareket tarzı olup,

¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015, s.493; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, Genişletilmiş 21. Bası, s.412; Y4HD, 15.04.2013 T., 2012/7927 E., 2013/6969 K., *“Kişilerin sözleşme dışı sorumluluğunda kural olarak kusur sorumluluğu esastır. Ne var ki; yasa koyucu değişik sebeplerle kusursuz sorumluluk hallerini de kabul etmiştir. 818 Sayılı BK'nun “istihdam edenlerin mesuliyeti” başlığı altında düzenlenen 55. maddesi (6098 Sayılı TBK'nun 66. maddesi) uyarınca; istihdam edenlerin müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. İstihdam eden, müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarına zarar vermemelerini sağlamakla ve buna dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür.”*, www.kazanci.com, erişim tarihi: 13.05.2019.

² YHGK 13.06.2018 T., 2015/10-1100 E., 2018/1185 K., *“Olay tarihinde yürürlükte bulunan Türk Hukuk Sistemi uyarınca, özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.”*; Y21HD, 28.11.2017 T., 2016/15434 E., 2017/9843 K., *“Olay tarihinde yürürlükte bulunan Türk Hukuk Sistemi uyarınca, özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.”*; Y21HD, 06.06.2017 T., 2016/1135 E., 2017/4959 K., *“Özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.”*; Y21HD, 28.03.2017 T., 2016/6754 E., 2017/2486 K., *“Dairemizde benimsediği üzere, işverenin sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.”*, www.kazanci.com, erişim tarihi: 07.01.2019.

³ Tekinay, S. Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 492: *“Demek ki işlenen bir haksız fiil ile, failin hukuk düzenince kötü karşılanan bir iradi ve zihni hali arasında bağlantı kurulamıyorsa, kusur yoktur.”*; Kusur kavramı ile ilgili diğer tanımlamalar için bkz.

bir kişinin hukuka aykırı sonucu istemesi veya bu sonucu istemese dahi sonucu önlemek için yeterli dikkati göstermemesidir⁴. Bu nedenle kusur genel olarak kast ve ihmal olmak üzere iki başlık altında ele alınır⁵. Kusur sorumluluğu ise, hukuka aykırı sonuç yönelik iradesi veya bu sonucu engellemek için iradesini yeterince kullanmaması sonucu zarara sebep olan kişinin bu zararı gidermek zorunda olmasını ifade etmektedir.

Kusur ile hukuka aykırı fiil, zaman zaman birbiriyle karıştırılmakta ve birbirleri yerine kullanılmaktadır. Halbuki, hukuka aykırı fiil, bir fiilin hukuk düzenine aykırı olmasını, kusur ise hukuka aykırı fiile ilişkin iradesinin kınanmasını ifade etmektedir⁶. Bu nedenle kural olarak kusurlu fiil, aynı zamanda hukuka aykırı fiildir⁷, ancak her hukuka aykırı fiilde kişinin mutlaka kusurlu olduğundan bahsedilemeyecektir.

Roma Hukukunda kural, zarar görenin zarara katlanmasıdır. Ancak bazen zararın, başkasına yükletilmesini gerektirir haklı bir neden bulunabilir. İşte kusur kavramı, Roma Hukuku'ndaki, zarara, zarar görenin katlanacağına ilişkin "Casum sentit dominus" ilkesinin, hukuk sistemleri tarafından yumuşatılmasını ve zararın, zarar gören yerine kusurlu davranışıyla zarara veren kişiye yükletilmesini sağlamıştır⁸. Bu nedenle zarar, bir başkasının kusurlu bir fiili neticesinde meydana gelmişse, zarara zarar gören değil, kusuruyla başkasına zarar veren katlanacaktır.

TBK'nın 49/1. maddesine göre bir kimsenin sorumluluğunun doğmasının kurucu unsuru, o kişinin kusurlu olmasıdır⁹. Bu husus Kanun'da "*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" şeklinde belirtilmiştir. Kusursuz sorumlulukta ise kusur, sorumluluğun doğması için kurucu unsur değildir¹⁰, ancak tazminat miktarının belirlenmesinde, kurtuluş kanıtı getirilmesinde veya diğer sorumlu kişilere rücu hakkında dikkate alınır¹¹.

Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s.45; Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s.110; Eren, s.569; Kılıçoğlu, 2017, s.404.

⁴ Tandoğan, s.45, 46, 48; Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, C. II, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası, s. 56-57.

⁵ Kaneti, Selim, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s. 40: Yazar, kast ve ihmalin kusurun çeşitleri değil, kusurun varlığı için gerekli olan koşullardan olduğunu belirterek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde, kusur yerine kast veya ihmal deyimlerine yer verilmesinin doğru olmadığını ifade etmiştir.

⁶ Oğuzman, 2016, C. II, s.14.

⁷ Eren, s.569.

⁸ Eren, s.571; Kara Kılıçarslan, Seda, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Ankara, 2017, s.16.

⁹ Eren, s.571; Kılıçoğlu, 2017, s.412.

¹⁰ Eren, s. 571.

¹¹ Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2018, C. II, s. 258; Kılıçoğlu, 2017, s.418-419.

Bir kişinin kusurlu sayılabilmesi ve kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilmesi için, davranışının aynı şartlar altındaki örnek kişilerden beklenen davranışlara uygun olmaması¹² ve kişinin kusur ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Kusur ehliyetinin varlığı, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasına bağlıdır. Zira, kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığı durumlarda, kusurlu olduğundan ve sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün değildir¹³. Ancak ayırt etme gücüne sahip kişinin aynı zamanda örneğin ergin olması gerekmemektedir. Dolayısıyla kusurlu sorumluluk için fiil ehliyeti aranmaz¹⁴.

Buna rağmen, kusursuz sorumlulukta, kusur kurucu unsur olmadığından, kişiyi sorumlu tutabilmek için kusur ehliyetinin olması şart değildir. Bu nedenledir ki, kişi ister ayırt etmek gücüne ve dolayısıyla kusur ehliyetini haiz olsun, isterse olmasın, kanunda düzenlenen şartların varlığı halinde zarardan sorumludur¹⁵. Kusursuz sorumlulukta, kişinin sorumluluğundan bahsedebilmek için, kusur ehliyetinin var olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur.

B. Kusursuz Sorumluluk

Kusur Sorumluluğu başlığı altında da belirtildiği gibi, kural olarak bir zararı başkasına tazmin ettirmek için, zararın o kişinin kusurlu bir fiilinden doğmuş olması gerekmektedir. Eş deyişle zarar, birinin kusurlu bir fiili neticesinde meydana gelmemiş ise, o kişiye yükletilemez ve zarara mağdurun kendisinin katlanması gerekir¹⁶.

Kural bu olmakla birlikte, özellikle 18. yüzyıldan sonra sanayileşmenin ve makineleşmenin artması ve insanların yoğun olarak şehirlerde yaşamaya başlaması, günlük hayatı eskiden olduğundan daha tehlikeli bir hale getirmiştir. Bu tehlikeler karşısında, bir zarar ile ilgili olarak kusur sorumluluğunun şartlarını aramak ve bu şartların mevcut olmadığından bahisle mağdurun zararına katlanması gerektiği sonucuna ulaşmak, hakkaniyetten oldukça uzaklaşılmasına sebebiyet vermiştir¹⁷. Zira, özellikle teknolojinin ilerlemesiyle sektörde yoğunlukla kullanılan makinelerin, her türlü önlem alınmasına rağmen tek seferde geniş kitlelerin zarara uğramasına sebebiyet vermesi, bu durumda kusur tespiti yapılmasının

¹² Eren, s.572; Kusurun tespitindeki sübjektif ve objektif ölçülere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tandoğan, 53-54; Kişinin sübjektif özelliklerinin dikkate alınmaması yönündeki görüşlere ilişkin olarak bkz. Oğuzman, 2016, C. II, s. 60-61.

¹³ Tandoğan, s.55; Oğuzman, 2016, C. II, s. 61; Eren, s.572.

¹⁴ Eren, s.573.

¹⁵ Eren, s.498, 573.

¹⁶ Tandoğan, s. 89, Kılıçoğlu, 2017, s. 412.

¹⁷ Tandoğan, s.91-92; Çelik, Nazlı Hilal, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, İstanbul, 2017, s. 7; Kılıçoğlu, 2017, s.412; Eren, s. 495-496.

oldukça zor olması ve çalıştırılan kişilerin işverene göre ekonomik ve sosyal açıdan zayıf durumla olması, kusur sorumluluğunun ortaya çıkan bazı zararların karşılanmasında yetersiz kalmasına ve kusursuz sorumluluğun doğmasına önemli etkiye bulunmuştur¹⁸. Bu etkiler ve kusursuz sorumluluğun dayanağı olabilecek fikir ve esasların geliştirilmesiyle, kusursuz sorumluluğa kanunlarda yer verilmiş ve bir kişinin kusuru olmasa dahi belirli şartlar dahilinde zarardan sorumlu tutulmasının önü açılmıştır.

Sorumluluk hukukuna hakim olan kusur sorumluluğu ilkesi yanında ayrıca kusursuz sorumluluk temelinin oluşturulması ve buna ilişkin dayanakların ortaya atılması için geliştirilen sebepler oluşturmak amacıyla bazı ilkeler ortaya atılmış ve fikirler geliştirilmiştir. Bu ilkeler ışığında, kanunlarda kusursuz sorumluluk da tanınmış ve zararın doğumunda kusuru bulunmayan bazı kişilerin, belirli şartlar dahilinde zarardan sorumlu tutulmaları kabul edilmiştir. Türk hukukunda da kusursuz sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmekte, ancak haksız fiilin kusur dışında aranan diğer unsurlarının bulunması, zararın tazmini yükümlülüğünün yükletilmesi için yeterli sayılmaktadır¹⁹.

Nitekim Yargıtay²⁰ da, “*Kusursuz sorumluluk, endüstri devrimiyle birlikte ortaya çıkan teknik buluşların, makineleşmenin ve karmaşık sosyal ilişkilerin biçimlendirdiği toplum ve uygarlığın zorunlu kıldığı bir sorumluluk türüdür. Kusursuz sorumluluk, her şeyin makineleştiği, işbölümü ve ekonomik birimlerin geniş ölçüde organize olduğu gelişmiş sanayi toplumunun bir ürünüdür. Oysa kusur sorumluluğu, küçük ekonomik birimlerin hâkim olduğu makineleşmenin tam gelişmediği, toplum yapısının tarım ve küçük sanayiye dayandığı, bireyci ve liberal düşüncenin etkin bulunduğu toplumlarda görülen bir sorumluluk türüdür. Kusursuz sorumluluğunun kabulü, kusur sorumluluğunu öngören liberal hukuk devletinden, adalet ve hakkaniyet ilkesine dayanan sosyal hukuk devletine geçişin ve sosyal gelişmenin bir sonucudur. Ulaşım, enerji ve üretim araçlarında kullanılan büyük makinelerin, teknik araç ve gereçlerin, yeni kimyasal ve biyolojik buluşların karmaşık bir biçim verdiği modern toplumda, kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak görmek, birçok nedenlerle doyurucu olmaktan uzaktır. Gerçekten, her şeyden önce, bu kadar karmaşık teknik bir süreç ve sosyal ilişki ağı içinde*

¹⁸ YHGK, 12.02.2014 T., 2013/21-586 E., 2014/95 K., “...İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Sanayiinin gelişmesi ve yurt düzeyine yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu sebeple de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 08.01.2019.

¹⁹ Kılıçoğlu, s.222.

²⁰ Y3HD, 17.06.2014 T., 2014/4403 E., 2014/9751 K., www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

gerçekleşen zararlarda kusurun rolü, ya çok azalmış, ya da hiç kalmamıştır. Gerçekten, çalışanlar ve çevre için büyük tehlike arzeden makineler, enerji kaynakları, ulaşım araçları ve diğer şeyler arasında, zararlı sonucun sebebi olarak insan davranışının rol ve katkısını tespit etmek imkânı, fiilen ortadan kalkmıştır. Zira bu karmaşık mekanik şartlar, sosyal ilişkiler içinde kusurlu bir davranışın bulunup bulunmadığını, kimin kusurlu bir davranışta bulunduğunu belirlemek mümkün değildir. Kaldı ki, bu kadar tehlikeli araç ve gereçler içinde insan davranışının zararın sebebi olabilme ihtimali, diğer teknik ve mekanik sebeplerle kıyaslanamayacak derecede küçük ve önemsizdir. Zira günümüzde enerji kaynakları, ulaşım araçları ve üretimde kullanılan makineler, o derece hızlı, karmaşık ve büyük boyutlar kazanmıştır ki, artık, gerekli her türlü tedbir alınsa bile, zararın doğumunu önlemek çoğu zaman imkânsız hale gelmiştir. Çevre için tehlike arzeden bu kaynaklar karşısında, zarara uğramak adeta kaçınılmaz bir hal almıştır. Ancak, "tehlikeli" diye toplumun bu araç ve gereçlerden vazgeçmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, tehlikeli faaliyette bulunan kimseler, bunlardan yarar sağladıkları için, sebep oldukları zararı da gidermek zorundadırlar." şeklindeki gerekçelerle kusursuz sorumluluğun kabulünün hukuk devletleri bakımından kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir.

Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesine etkili olan ilke ve fikirleri, aşağıdaki başlıklar altında özetleyebiliriz;

1. Sebebiyet ilkesi

Kusursuz sorumluluğun dayanağı olarak geliştirilen ilk fikirlerden biri sebebiyet ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir kişi kusurlu olmasa dahi, kendi fiili neticesinde meydana gelen zarara gidermelidir²¹. Dolayısıyla, bir kişinin hukuka aykırı olarak zarara sebebiyet vermesi, sorumluluğunun doğması için yeterlidir, ayrıca kişinin kusurlu olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur²². Ancak sebebiyet ilkesi gereği, kusurun bulunmadığı veya ispat edilemediği hallerde, zararın tümüyle sebebiyet veren kişiye yükletilmesi söz konusu olabilecektir²³. Bu nedenle sebebiyet ilkesi, doktrinde tek başına kusursuz sorumluluğun dayanağı olarak görülmemiş ve farklı esaslar üzerinde durulması gerekmiştir²⁴.

²¹ Çelik, s.9.

²² Kara Kılıçarslan, s. 17.

²³ Tandoğan, s.93.

²⁴ Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981, s.4.

2. Menfaat ilkesi

Bu ilke doktrinde aynı zamanda “denkleştirici adalet” veya “telafi edici adalet” kavramlarıyla da ifade edilmektedir²⁵. Bu ilkeye göre, bir şeyden veya bir faaliyetten menfaat elde eden kişi, o şey veya faaliyetin sebep olduğu zararı tazmin etmelidir²⁶.

3. Tehlike yaratma ilkesi

Bu ilke ile, bir faaliyeti veya işletmesi nedeniyle bir tehlikeye neden olan ve bu tehlike neticesinde bir zararın doğma ihtimaline sebebiyet veren kişinin, bu zararı kusursuz sorumluluk gereği tazmin etmesi gerektiği savunulmuştur²⁷. Buna göre, zarara sebebiyet veren fiil, başkalarını tehdit eden ve zarar tehlikesi doğuran faaliyetlerde kaynaklanmakta ise, bu faaliyetlerde bulunan kişilerin kusurları olmasa dahi zarardan sorumlu tutulmaları gerekmektedir²⁸.

4. Hakkaniyet ilkesi

Bu ilke, bir kişinin zarara kusuru olmaksızın sebebiyet vermiş olmasına rağmen, hakkaniyet gereği bu zararı tazmin etmesi veya en azından zarar gören kişi ile paylaşması gerektiği durumlar açısından savunulmaktadır²⁹. Eş deyişle, bazı durumlarda kusursuz kişilerin de hakkaniyet gereği sorumluluğunun kabul edilmesi gerekli olabilmektedir³⁰. Özellikle, zarar görenin, zarara kusursuz olarak sebebiyet veren kişiye oranla ekonomik durumunun daha kötü olması³¹ veya ayırt etme gücüne sahip olmayanların bir zarara sebebiyet vermesi³² hallerinde, bu ilke ışığında kusursuz sorumluluk kurumu işletilebilmektedir.

5. Hakimiyet ilkesi

Bir kişinin kendi hakimiyet sahası içerisinde bulunan bir kimsenin veya bir şeyin, başka birine zarar vermesi halinde, bu zararlardan sorumlu olması ve tazmin etmesi gerektiğine

²⁵ Yılmaz, Süleyman, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, AUHFD, C. 59 S. 3, 2010, s. 551 – 578, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1527/16784.pdf>, erişim tarihi: 08.01.2019.

²⁶ Tekinay, s. 498.

²⁷ Tandoğan, s.93; Kara Kılıçarslan, s.18; Eren, s. 497; Yılmaz, s. 555.

²⁸ Kılıçoğlu, 2017, s. 414.

²⁹ Tandoğan, s.94; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 5; Kılıçoğlu, 2017, s. 414.

³⁰ Kara Kılıçarslan, s. 16; Tekinay, s. 498; Oğuzman’a göre, tüm kusursuz sorumluluk hallerinde hakkaniyet düşüncesi vardır., Oğuzman, 2016, C. II, s. 4.

³¹ Tandoğan, s.94; Eren, s. 497.

³² Çelik, s.11; Kılıçoğlu, 2017, s.414.

dayanır³³. Bu ilkeye oldukça benzeyen bir başka düşünce de hukuki saha düşüncesidir. Hukuki saha düşüncesinde de, bir kişi kendi hukuki sahası içerisinde meydana gelen olayların sebep olduğu zararları gidermelidir³⁴.

6. Hukuka aykırılık ilkesi

Bazı yazarlar, kusursuz sorumluluğun hukuka aykırı bir fiil neticesinde doğduğu fikri ile, kusursuz sorumlulukta tazminat ödenmesini haklı kılan dayanağın hukuka aykırılık olduğunu savunmuşlardır³⁵.

7. Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ilkesi

Bu ilkeye göre, bir kişiye bir şey ya da kişi hakkında özen yükümlülüğü yüklendiği hallerde, o kişinin bu yükümlülüğünü kusuru olmaksızın yerine getirmese dahi, bu nedenle doğan zararı gidermekle yükümlüdür³⁶. Eş deyişle, kişi, gereken dikkat ve özeni göstermediği için, kusuru bulunmasa dahi doğan zarardan sorumlu tutulmaktadır.

8. Anormallik ilkesi

Bu ilke, ortalama değerlere göre normal bir insan gibi hareket etmeyen kişinin, normal olmayan davranışları neticesinde başkasına verdiği zararı tazmin etmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır³⁷.

9. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi

Bu ilke, hukuken korunan bir kişi veya şeyin, yine hukuken korunan ancak üstün çıkar sahibi olan bir kişi tarafından hukuka aykırı olmayan bir fiil³⁸ ile zarara uğratılması halinde, zarar görenin zararına katlanması ancak zarara sebep olanın tazminat ödemesi şeklinde açıklanmaktadır³⁹. Başka bir deyişle; bir kişinin zararına sebebiyet veren davranışta, hukuka

³³ Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 5.

³⁴ Tandoğan, s.94; Çelik s.11; Yılmaz, s. 555.

³⁵ Tandoğan, s.94.

³⁶ Tandoğan, s.94; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 6; Tekinay, s. 498; Çelik, s.11; Kılıçoğlu, 2017, s. 413; Yılmaz, s. 555.

³⁷ Tandoğan, s.94.

³⁸ Oğuzman, 2016, C. II, s. 5: "Gerçekte bu hallerde haksız fiil sorumluluğundan değil, "hukuka aykırı olmayan bir fiilden sorumluluktan" söz edilmesi gerekir."

³⁹ Çelik, s.12.

aykırılığı önleyen bir sebep olmasına rağmen, zarara katlanmak zorunda olan kişiye yüklenen fedakarlığa karşılık, zarar verenin de zararı tazmin etmesi fedakarlığın denkleştirilmesidir⁴⁰.

II. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Kusursuz Sorumluluk Olarak Kabul Edilmesinin Dayandığı Esaslar

Kusursuz sorumluluğun kabulüne ilişkin fikir ve ilkeler ışığında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde, başkalarını istihdam eden kimsenin, *“maiyyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesul”* olduğu düzenlenmiş ve benzer şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde de adam çalıştırmanın *“çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü”* olduğuna yer verilmiştir.

Yukarıda kusursuz sorumluluğun açıklanmasında kullanılan ilkelere genel olarak değinmiş olmakla, çalışmamın bu bölümünde Türk hukuk sisteminde adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmesinde⁴¹ ve kanunlarda bu sorumluluğun düzenlenmesinde etkin olan esaslar incelenecektir. Kanaatimce adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmesi hakimiyet ilkesi, menfaat ilkesi, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ilkesi, hakkaniyet ilkesi ve tehlike yaratma ilkesi üzerinden açıklanabilecektir.

A. Hakimiyet İlkesi

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk sayılmasının temelinde yatan düşüncenin, adam çalıştırmanın kendi hakimiyet alanına dahil olan kişinin fiillerinden ya da kendi hukuki sahası içinde meydana gelen olaylardan sorumlu olması gerektiği fikrine dayandığı kabul edilmektedir⁴². Gerçekten de, adam çalıştırmanın, çalışanı üzerinde bir hakimiyete sahip olduğu, onu denetleme, gözetleme ve ona talimat verme hakkı ve yetkisi ile bir kontrol etme gücü⁴³ bulunduğu, ayrıca çalışanın, adam çalıştırın tarafından kendisine verilen işi, adam çalıştırının hukuki sahasında yaptığı sabittir⁴⁴. Zarar tehlikesini önleyebilecek imkanlara sahip

⁴⁰ Oğuzman, 2016, C. II, s. 4-5.

⁴¹ Adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluk değil, ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu olduğuna ilişkin tartışmalar da mevcut olup, bu hususa aşağıda sorumluluğun TBK'da düzenlenişi başlığında değinilmiştir.

⁴² Tandoğan, s.109; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 55; Kara Kılıçarslan, s.9; Oğuzman, 2016, C. II, s. 4.

⁴³ Kara Kılıçarslan, s. 9.

⁴⁴ Çelik, 29; Yılmaz, s.555.

olan kişi de çalışan değil, adam alıřtırandır⁴⁵. Bu nedenle hakimiyet ilkesi, adam alıştıranın kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesinde etkili olmuştur.

B. Menfaat İlkesi

Adam çalıştıran, kendi hakimiyeti altında ve hukuki sahasında, çalışan tarafından yapılan iş karşılığında bir menfaat elde etmektedir. Bu menfaat, ekonomik anlamda olabileceği gibi, adam alıştıranın tek başına yapamayacağı bir işi, çalışanlara blştrmesiyle yapabilir olması şeklinde de grlebilebilecektir⁴⁶. Bu nedenle menfaat ilkesi gereği, çalışanın yaptığı işin karşılığında menfaat elde eden adam alıştıranın, bu işin yapılması sırasında çalışanın sebep olduğu zararları tazmin etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷. Bir başka anlatımla, menfaat kimde ise, bu menfaatin elde edilmesi sırasında oluşacak zararlara da o kişi katlanmalıdır⁴⁸.

Bu ilke, Yargıtay kararlarında da “*nimet külfete göredir*” esasıyla adam alıştıranın kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesine gerekçe olarak gösterilmektedir. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 1957 tarihli bir kararında⁴⁹, “*Bu esası, (Nimet külfete göredir) şeklinde de anlatabilir; gerçekten, bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden faydalar sağlayan kimsenin, kullanılan adamın işini gördüğü sırada sebebiyet verdiği zararlardan da mesul tutulması yani elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakkaniyete uygundur*” şeklindeki ifadelerle, çalışanın yapmış olduğu işten menfaat elde eden adam alıştıranın, bu iş nedeniyle çalışanın sebep olduğu zararlardan kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmiřtir⁵⁰.

⁴⁵ Kara Kılıçarslan, s. 9: “...zararı gerçek anlamda önleyebilme gücü olan kişilere sorumluluk yklenmezse bu kişiler zararın telafisi için herhangi bir çaba sarf etmeyeceklerdir.”.

⁴⁶ Kara Kılıçarslan, s. 17: Yazara göre, menfaatin hangi kapsamda mütalaa edileceği, taraflar arasındaki dengenin sağlanması için önem arz etmektedir. Menfaat düşüncesini geniş anlamda anlamamak, dengeyi bir tarafın gelir elde ederken, diğer tarafı yoğun bir zarara uğratabacak tehlikelere maruz bırakmamak şeklinde kurmak gerekir.

⁴⁷ Tandoğan, s.109; Kılıçoğlu, 2017, s. 424; Eren, s. 619; Oğuzman, 2016, C. II, s. 142; ğz, Tufan, Adam alıştıranın Sorumluluğu Açısından “Emir – Talimat Altında alışma” ve “Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, 2013, s. 840; YHGK, 02.04.2014 T., 2013/4-1299 E., 2014/438 K., “818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)’nın “İstihdam edenlerin mes’uliyeti” başlığı altında düzenlenen 55.maddesinde, “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes’uldür” hükmü öngörülmüştür. Anılan maddede deyimini bulan, istihdam edenlerin, müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini başi şartlar altında üzerine alması esasına dayanır.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 15.05.2019.

⁴⁸ Kara Kılıçarslan, s. 17.

⁴⁹ YİBGK, 27.03.1957 T., 1957/1 E., 1957/3 K., www.kazanci.com; erişim tarihi: 08.01.2019.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. YGHK, 12.11.2003 T., 2003/21-673 E., 2003/641 K.: “Bu esas “nimet külfete göredir” şeklinde anlatılabilir. Bu nedenle bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden faydalar sağlayan kimsenin, kullanılan adamın işini gördüğü sırada neden olduğu zararlardan da sorumlu tutulması yani elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakkaniyete uygundur.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 08.01.2019.

C. Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ilkesi

Adam çalıştırmanın, kendi hakimiyeti altında ve hukuki sahasında çalıştırdığı kişilerin, işlerini gördüğü sırada başkalarına zarar vermemesi için talimat vermede, gözetim ve denetimde gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Adam çalıştırana yüklenen özen yükümlülüğü, adam çalıştırmanın subjektif herhangi bir özelliğine bağlı olmadığından, yalnızca zararın doğmasını engellemek için gerekli özenin gösterilip gösterilmediği önemli olduğundan, bir objektif özen yükümlülüğüdür⁵¹.

Adam çalıştırmanın çalışan üzerinde özen yükümlülüğü bulunduğundan, işbu özen yükümlülüğünü kusuru olmaksızın yerine getirmese dahi, bu nedenle doğan zararı gidermekle yükümlüdür⁵². Bu nedenlerle objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ilkesinin, adam çalıştırmanın sorumluluğunun dayanağını teşkil eden ilke ve esasların başında geldiği söylenebilecektir⁵³.

D. Hakkaniyet ilkesi

Bu ilke, genellikle çalışanların, adam çalıştırana göre özellikle ekonomik açıdan daha zor durumda olması, bu nedenle çalışanın, adam çalıştırmanın işini yaptığı sırada başkasına zarar vermesi durumunda, zarara tek başına katlanmasının beklenmesinin gerek çalışan gerekse de zarar gören üçüncü kişi bakımından hakkaniyete aykırı düşeceği gerekçesiyle adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesini desteklemektedir. Zira, menfaat ilkesinde açıklandığı gibi, adam çalıştırın çalışanın yaptığı iş nedeniyle menfaat elde eden ve ekonomik kişiliğini geliştiren⁵⁴ kişi konumundadır. Dolayısıyla çalışanın o işi yaparken üçüncü kişiye zarar vermesi ihtimalinde, işten menfaat sağlayan adam çalıştırının kusuru olmadığından bahisle sorumluluğuna gidilememesi, ekonomik olarak güçsüz durumda olan çalışanın zarara tek başına katlanmasına sebebiyet vereceği gibi, yüksek ihtimalle zarar görenin zararının tazmin edilememesi sonucunu doğuracaktır⁵⁵. Ayrıca zarar görenin, topluluk içerisinde kendisine zarar veren çalışanı tespit ederek ve kusurlu olduğunu ispat ederek ondan tazminat talebinde

⁵¹ Oğuzman, 2016, C.II, s. 141; Çelik, s. 35.

⁵² Oğuzman, 2016, C.II, s. 140; Tekinay, s. 498; Kılıçoğlu, 2017, s. 424: “Böyle bir sorumluluk öngörülmemiş olsaydı, işlerini gördürecekleri kişileri gelişigüzel bir şekilde seçen, onları denetlemeyen, işin görülmesinde onlara gerekli uyarıları yapmayan istihdam edenler, doğan zarardan sorumlu tutulamayacaklardı.”

⁵³ Tandoğan, s. 109; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 55.

⁵⁴ Kara Kılıçarslan, s. 9.

⁵⁵ Tandoğan, s. 109; Çelik, s. 31.; Eren, s. 619; Kara Kılıçarslan, s. 9.

bulunması oldukça zordur⁵⁶. Bu nedenlerle, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesinde, hakkaniyet ilkesi de önemli rol oynamaktadır.

E. Tehlike yaratma ilkesi

Tehlike yaratma ilkesinin, adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabulünde bir dayanak teşkil edip etmeyeceği genel itibarıyla tartışmalıdır. Tehlike yaratma ilkesi ışığında adam çalıştırmanın sorumlu olduğunu kabul eden yazarlar, adam çalıştırmanın çalışana iş yaptırmakla olmasa da çalışanın seçiminde, denetlenmesinde veya gözetiminde özensizliği nedeniyle toplumsal hayatta bir tehlike yarattığını ve bu tehlike neticesinde meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü olduğunu savunmaktadır.

1957 tarihli kararında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu⁵⁷, “19. ... yüz yılın ortalarına doğru tatbik sahasına giren yeni keşifler ve bu arada sanayi ve ziraatın gösterdiği olağanüstü gelişmeler ve iktisadi hayata hakim olan makineleşme hareketi, insanlar arasındaki münasebetleri eskisine göre çok sıklaştırdığı gibi tehlike ihtimallerini eskisine göre pek çok artırdığı cihetle kusura dayanan mesuliyet sistemi ile zararların karşılanmasına bir çok hallerde imkan kalmadığı görüldüğünden, kanunlara, sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım mesuliyet hükümleri konulmasına zaruret duyulmuştur ki, bunlara kusursuz mesuliyet hükümleri yahut tehlike esasına dayanan mesuliyet hükümleri denilmektedir. Nitekim, Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası... kusursuz mesuliyet hükümlerindendir. Borçlar Kanununun... 55. madde hükmünü kusur sebebine dayanılarak değil ve fakat içtimai tehlike dolayısıyla kabul edilmiş hükümlerden saymak, iktisadi ilerleme yolunda bulunan ve bu bakımdan gerek sanayi sahasına, gerekse makineleşmek üzere olan ziraat sahasında fertler için bir çok zarar tehlikesi ihtimalleri beliren memleketimiz bakımından da içtimai ihtiyaçlara tamamıyla uygun düşecektir ve böylece, kanunun lafzına dayanan tefsiri, onun ruhuna da uygun neticeler verecek demektir.” şeklindeki ifadelerle, adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilmesinin temel nedeninin, toplumsal hayattaki tehlike ihtimallerinin eskisine göre çokça artması olduğu belirtilmiştir⁵⁸. Ancak doktrinde pek çok yazar, adam çalıştırmanın tek başına başkaları için bir zarar tehlikesini doğurmadığını⁵⁹ ve

⁵⁶ Kara Kılıçarslan, s. 12.

⁵⁷ YİBGK, 27.03.1957 T., 1957/1 E., 1957/3 K., www.kazanci.com; erişim tarihi: 08.01.2019.

⁵⁸ YİBGK kararının, adam çalıştırmanın sorumluluğunu tehlike esasına dayanan bir sorumluluk olarak nitelemesinin isabetli olmadığı yönünde bkz. Oğuzman, 2016, C. II, s. 142.

⁵⁹ Antalya, C. II, s. 260; Çelik, s. 32; Eren, s. 619.

adam çalıştırmanın çalışanın yardımından faydalanmasının büyük bir tehlike veya zarar ihtimali yaratmadığını⁶⁰ savunmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte kanaatimce, burada tartışılan hususun adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olup olmadığı değil, adam çalıştırmanın sorumluluğunun tehlike esasına dayanıp dayanmadığı, yani sorumluluğun tehlike yaratma ilkesiyle açıklanıp açıklanmayacağı olduğu göz önüne alınmalıdır. Zira tehlike sorumluluğu, TBK'nın 71. maddesinde düzenlenmekle, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğması halinde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işletenin de sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Her adam çalıştırmanın işletmesinin tehlike arz eden bir işletme olması söz konusu olamayacağından, adam çalıştırmanın sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk türleri bakımından tehlike sorumluluğu olmadığı aşıkardır⁶¹. Nitekim TBK'da da adam çalıştırmanın sorumluluğu, aşağıda yer verileceği üzere, tehlike sorumluluğu değil, özen sorumluluğu olarak düzenlenmiştir.

Burada yalnızca, adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmesinde, tehlike yaratma ilkesinin dayanak olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılmalıdır. Kanaatimce, sanayinin gelişmesi, iş hacimlerinin genişlemesi, teknik bilgiye ihtiyaç duyulması sebepleriyle istihdamın artmasıyla, çalışanların fiilleriyle üçüncü kişilere zarar verme ihtimali de artmış olup⁶², bunun sonucunda, kusursuz dahi olsa adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabul edilmesi ihtiyacı duyulduğundan bahsedilebilecektir. Ancak, her adam çalıştırmanın toplumsal hayatta bir tehlike yarattığından da söz edilemeyeceğinden, adam çalıştırmanın sorumluluğu, tek başına tehlike yaratma ilkesiyle de açıklanamayacak veya sorumluluğun esasının tehlike yaratma ilkesi olduğundan da bahsedilemeyecektir. Her bir kusursuz sorumluluk türünü, tek bir ilke ile açıklamak mümkün olmamakla birlikte, yararlı da değildir. Bu nedenlerle, tehlike yaratma ilkesinin dar yorumlanması sonucunda adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından bir dayanak olmadığı⁶³ şeklindeki görüşlere katılmıyorum.

III. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun TBK'daki Yeri ve Düzenlenişi

TBK'da Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki temel ayrım üzerinden düzenlenmiştir. Kanunda kusursuz

⁶⁰ Tandoğan, s. 109; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 56; Oğuzman, 2016, C. II, s. 142; Antalya, C. II, s. 260; Ögüz, s. 840.

⁶¹ Eren, s. 619; Antalya, C. II, s. 260.

⁶² Eren, s. 619; Kara Kılıçarslan, s. 13.

⁶³ Çelik, s.34.

sorumluluk ise kendi içinde, hakkaniyet sorumluluğu (TBK m.65), özen sorumluluğu (TBK m. 66 – 70) ve tehlike sorumluluğu (TBK m. 71) olarak başlıklara ayrılmış⁶⁴ ve adam çalıştırmanın sorumluluğuna, özen sorumluluğuna dayalı bir kusursuz sorumluluk türü olarak TBK'nın 66. maddesinde yer verilmiştir.

Kanun sistematığının incelenmesinde, kusursuz sorumluluğa ilişkin genel bir tanımın yapılmadığı görülmektedir. Ancak yukarıda detaylıca yer verdiğimiz üzere, TBK'daki kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ışığında, kanunlarda sınırlı olarak düzenlenen kişilerin kusuru olmasa dahi belirli şartlar dahilinde zarardan sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır. Kusursuz sorumluluk, haksız fiile dayanan bir sorumluluk olmakla birlikte, burada hukuka aykırı fiil, zarar ve uygun illiyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterlidir, tazmin yükümlülüğü için kusur unsurunun varlığı aranmamaktadır.

TBK'nın 65. maddesinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu, ayırt etme gücü bulunmayanların kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, ayırt etme gücü bulunmayan kişiler, somut olayın özelliğine göre hakkaniyetin gerektirmesi halinde, bir başkasına verdikleri zarardan kusursuz olarak sorumlu olacaklardır. Sorumluluğun temelinde hakkaniyet ilkesi yattığından, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin özen yükümlülüğünden bahsedilemeyeceğinden ve kanunda tanımlanan tipik bir tehlike de söz konusu olmadığından, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kusursuz sorumluluğunun hakkaniyet sorumluluğu olarak düzenlenmesi yerindedir⁶⁵.

TBK'nın 66 – 70. maddelerinde düzenlenen özen sorumluluğunda⁶⁶ ise sırasıyla, adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu ve yapı malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bunların dışında örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 369. maddesinde düzenlenen ev başkanının sorumluluğu ve 730. maddesinde düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğu özen sorumluluğu olarak kabul edilmektedir⁶⁷. Gerçekten de tüm bu sorumluluk hallerinde, sorumlu tutulan kişiye, sorumluluğun kaynağı olan kişi veya şey üzerinde denetim veya gözetim yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu açıdan işbu sorumluluk türleri tek bir çatı altında

⁶⁴ TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce doktrinde bazı yazarların kusursuz sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak ikili ayrıma tuttuğuna dair bkz. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 587; Çelik, s. 13.

⁶⁵ Eren, s. 615.

⁶⁶ Özen sorumluluğu, doktrinde olağan sebep sorumluluğu olarak da adlandırılmaktadır: Eren, s. 617; Sağlam, İpek, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2012, s. 165.

⁶⁷ Eren, s. 617.

toplanabilmekte ise de, bazı özen sorumluluklarında sorumlu kişinin kurtuluş kanıtı getirme imkanı bulunmamaktadır. Kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumlulukları, ağırlaştırılmış özen sorumluluğu olarak kabul edilmektedir. Örneğin; yapı malinin sorumluluğu ve taşınmaz malikinin sorumluluğunda, sorumlu kişinin gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahisle kurtuluş kanıtı getirmesi ve sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Buna karşılık diğer özen sorumluluğu hallerinde, sorumlu kişi kendisine yüklenen özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederse, zararın tazmini ile sorumlu olmaz⁶⁸.

TBK'nın 71. maddesinde düzenlenen tehlike sorumluluğunda ise, bir işletmeye özgü olarak, kanunda tanımlanan tipik bir tehlikenin gerçekleşmesi sonucunda sorumluluk doğmaktadır. Kanuna göre, bir işletmenin faaliyeti, önemli ölçüde tehlike arz ediyorsa, faaliyetten doğan zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Burada sorumluluğun doğması için, faaliyetin önemli ölçüde tehlike arz etmesi yeterlidir. Kanun, önemli ölçüde tehlike arz etme durumunu *“Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir.”* şeklinde tanımlamıştır. Tehlike sorumluluğunda, kanunen sorumlu kabul edilen işletme sahibi ve varsa işletenin, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmaları mümkün değildir. Zira burada sorumluluğun doğması için kanunda tanımlanan tipik tehlikenin varlığı yeterli sayılmıştır. Bu sorumlulukta yalnızca genel kurtuluş nedeni olan illiyet bağının kesilmesi sorumluluğu ortadan kaldırır⁶⁹.

A. Haksız Fiil Sorumluluğu

TBK'nın sistematigi nazara alındığında, genel olarak tüm kusursuz sorumlulukların ve çalışmamız özelinde adam çalıştırmanın sorumluluğunun öncelikle bir haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmiştir. Ancak doktrinde kusursuz sorumluluğun bir haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bir kısım görüş, kusursuz sorumluluk hallerinin haksız fiil olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmektedir⁷⁰. Bu görüşe göre, haksız fiil,

⁶⁸ Eren, s. 617: *“Bu bakımdan özen sorumluluklarını, “Kurtuluş kanıtı getirilebilen özen sorumlulukları”, “Kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumlulukları” şeklinde bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Kurtuluş kanıtı getirilemeyen özen sorumluluklarına “Ağırlaştırılmış özen sorumlulukları” da denilebilir.”*; Eren, s. 500: Kurtuluş kanıtı getirilebilen özen sorumlulukları ise *“olağan özen sorumluluğu”* olarak belirtilmiştir.

⁶⁹ Eren, s. 500; Oğuzman, 2016, C. II, s. 139.

⁷⁰ Kaneti, s.31: Yazara göre haksız fiilin içeriğinin hukuka aykırı ve kusurlu zarar verici eylemle sınırlamak gerekmektedir. Zira haksız fiil sorumluluğu, kişinin kendi davranışlarında ileri gelen sorumluluk olup, o kişinin

yalnızca kusura dayanan sorumluluk hallerinde kabul edilebilecektir⁷¹. Bir diğer görüş ise, kusursuz sorumluluk hallerinin haksız fiil olarak nitelendirme noktasında ikili bir ayırım benimsemiş ve hukuka aykırılık unsurunun bulunup bulunmadığına göre farklı değerlendirme yapmıştır. Buna göre, sorumluluk halinde hukuka aykırılık söz konusu ise, bu sorumlulukların haksız fiiller çerçevesinde yer aldıkları kabul edilebilir. Hukuka aykırılık bulunmamasına rağmen sorumluluğun öngörüldüğü hallerde ise, bir haksız fiil sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁷². Bu fikre göre, adam çalıştırmanın sorumluluğunda hukuka aykırı bir fiil bulunduğundan, haksız fiil sorumluluğu kabul edilebilecektir. Üçüncü görüş ise, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, kusursuz sorumluluk hallerinin haksız fiil olduğunu kabul etmiştir⁷³.⁷⁴

B. Kusursuz Sorumluluk

Kanunda adam çalıştırmanın sorumluluğuna, kusursuz sorumluluk başlığı altında yer verilmiş ve sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu düzenlenmiştir. Özellikle özen sorumluluklarının kusursuz sorumluluk olup olmadığı, evvelden beri tartışılmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun da bir özen sorumluluğu olması ve adam çalıştırana özen yükümlülüğü yüklenmiş olması karşısında, kusursuz sorumluluk olup olmadığı tartışılmıştır.

Bu tartışmanın en büyük nedeni, 818 sayılı BK döneminde adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemede TBK'nın aksine, sorumluluğun kusursuz sorumluluk ve bir

başka türlü davranma olanağı olmasına rağmen zarar verici eylemi işlemesi nedeniyle sorumlu olmasından bahsedilmektedir. Haksız fiil kavramını bu kapsamın dışına çıkarmak, halk içinde sorumluluğun hukuka aykırı ve kusurlu davranışın karşılığı bir yaptırım olarak görülmeyip, yalnızca zararı gidermek gibi maddi bir amaca hizmet ettiği düşüncesini uyandıracak ve sonuç olarak zarar verici davranışlardan bilinçli olarak kaçınmak konusunda ahlaksal bir ödevin bulunduğu düşüncesini ve sorumluluk duygusunu zayıflatacaktır.

⁷¹ Tandoğan, s. 9: Yazar tarafından, kusursuz sorumluluk hallerinde de haksız fiilin zarar, illiyet bağı ve bazı durumlarda hukuka aykırı fiil gibi şartları aranmakla birlikte, bir kısım kusursuz sorumluluk hallerinin fiile değil, vakıya bağlanmış olması karşısında "haksız fiil benzeri" olarak dahi kabul edilemeyeceğini, ancak objektif özen yükümlülüğünün söz konusu olduğu kusursuz sorumluluk hallerinde, yükümlülüğün yerine getirilmemesinin fiil olarak sayılabildiği hallerde, haksız fiil benzeri tanımının kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

⁷² Oğuzman, 2016, C. II, s. 137: Oğuzman, hukuka aykırılık bulunmayan sorumlulukların haksız fiil olarak kabul edilemeyeceğini belirtmesine rağmen, bu hallerde de kusur aranmadığından, kusursuz sorumluluk kapsamında irdelenmelerinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

⁷³ Çelik, s. 12; Kılıçoğlu, 2017, s. 412; Eren, s. 517: Kusur sorumluluğunu dar anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmiştir.

⁷⁴ Bazı Yargıtay kararlarında, kusursuz sorumluluk, haksız fiil sorumluluğundan ayrıştırılmakta ve haksız fiil sorumluluğu, yalnızca kusura dayanan sorumluluk için kullanılmaktadır: Y17HD, 17.10.2018 T., 2015/16289 E., 2018/9184 K. "Aracın işleteni(maliki), kusursuz sorumluluk ilkelerine göre, sürücü ise haksız fiil hükümlerine göre meydana gelen zarardan sorumludur.". Bazı Yargıtay kararlarında ise, kusura dayanan ve kusursuz sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir: Y11HD, 01.10.2018 T., 2016/11168 E., 2018/5816 K. "...davalı ...'ın davacıya yönelik haksız fiili kanıtlanamadığından davalı bankanın kusurlu veya kusursuz sorumluluğundan söz edilemeyeceği gerekçesi ile davalı banka aleyhine açılan davanın husumet yönünden reddine..."; www.kazanci.com, erişim tarihi: 10.01.2019.

özen sorumluluğu olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamasıdır. Burada adam çalıştırmanın sorumluluğunun “ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu” olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Zira, adam çalıştırmanın sorumluluğunda, diğer özen sorumluluklarında olduğu gibi, kişiye yüklenen gözetim ve denetim yükümlülüğünün ihlali, kınanan bir davranış olarak nitelendirilebileceğinden, bu sorumluluk türleri kusura dayanan sorumluluğa oldukça yakın görülmüştür⁷⁵. Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin tespiti için davranışlarının incelenmesi de, kusur incelemesi olarak nitelendirilmiştir⁷⁶. Ancak adam çalıştırmanın karine olarak özen yükümlülüğünü yerine getirmediği kabul edildiğinden ve kurtuluş kanıtının ispat yükü adam çalıştırıcı üzerinde olduğundan, kusur sorumluluğunda zarar gören üzerinde olan ispat yükünün ters çevrildiği kabul edilmiştir⁷⁷.

Ancak, adam çalıştırıcının sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin veya çalışanın kusurlu olması aranmadığından ve kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesiyle sorumluluk doğduğundan⁷⁸, adam çalıştırıcının sorumluluğu kusura dayanan bir sorumluluk değildir⁷⁹.

⁷⁵ Eren, s. 500; Antalya, C. II, s. 258.

⁷⁶ Kara Kılıçarslan, s. 22.

⁷⁷ Bayсал, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul, 2012, s. 246; Çelik, s. 36.

⁷⁸ Eren, s. 619: “Gerçekten, sorumluluğun doğması için, objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir.; Çelik, s. 41; Y10HD, 11.11.2010 T., 2010/7950 E., 2010/15424 K., “...istihdam edenin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, istihdam edenin veya istihdam edilenin kusurlu davranışının bulunması gibi bir koşul aranmamaktadır. YİBK 27.03.1957 tarih, 1/3 sayılı kararında, “Borçlar Kanunun 55. maddesi hükmünce adam kullananın tazminat ile mesul tutulabilmesi için kendisinin kusuru şart olmadığı gibi kullandığı adamın dahi kusurunun kanuni şartlardan bulunmadığı” belirtilmiş; YİBK 22.06.1966 tarih, 7/7 sayılı kararında ise, “İstihdam edenin Borçlar Kanununun 47 nci maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için ne kendisinin, ne de müstahdeminin kusurunun şart olmadığı, hakimnin sebebiyet (illiyet) münasebeti bulunmak kaydıyla özel hal ve şartları takdir ederek manevi tazminata hükmedebileceğine, varsa müstahdemnin veya istihdam edenin yahut her ikisinin kusurunun ve ölenin veya cismani zarara uğrayanın birlikte sebebiyet verme nispetinin yahut müterafik kusurunun özel hal ve şartlar içinde takdir edilmesi gerektiği” belirtilmiştir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.05.2019. Yargıtay, bu kuralla tezatlık oluşturacak şekilde, gözündeki görme yetersizliği nedeniyle özel bir hastanede ameliyat olan kişinin, ameliyatlar sonucu görme yetisini tamamiyle kaybettiği olay ile ilgili olarak ikame edilen tazminat davasında, bilirkişi raporlarına göre davalı doktorun kusurunun bulunmadığının tespit edildiği, çalışanın kusursuz olduğu durumda adam çalıştırıcının sorumluluğundan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle kararı bozmuştur: Y13HD, 08.02.2017 T., 2015/11520 E., 2017/1532 K., “Dosya kapsamı incelendiğinde, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi’nin 06.01.2010 tarihli raporunun, Hacettepe Üniversitesi’nin öğretim üyelerinden oluşan 3 kişilik bilirkişi heyetinin ve 10.05.2013 tarihli üç farklı üniversitenin öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyetinin davalılara kusur atfetmediği anlaşılmaktadır. Bu husus mahkemenin kabulünde olmakla birlikte, TMK 4. maddesi gerekçe gösterilerek, hak ve nesafet gereği davalılardan şirket aleyhine tazminata hükmedilmiş, doktor aleyhine davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, davalı şirketin sorumluluğu BK 55. maddesinde (yeni TBK 66. madde) düzenlenen istihdam edenin mesuliyetine dayanan kusursuz sorumluluk olduğundan, çalıştırdığı doktorun kusursuz kabul edildiği bir durumda, çalıştırıcı şirketin de kusurundan bahsedilemeyecektir. O halde, açıklanan nedenlerle, davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yanılıklı değerlendirmeye, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.05.2019.

⁷⁹ Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 53; Oğuzman, 2016, C. II, s. 141; Tekinay, s. 498; Antalya, C. II, s. 259; Altay, Sabah, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırıcının İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. m. 66/3), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 –

Burada adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirmesi, yani çalışanı seçme, gözetme ve çalışana talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi, kusursuzluğun ispatı olarak nitelendirilemeyecektir⁸⁰. Ne var ki, bazı durumlarda adam çalıştırmanın kusurlu bir davranışı da söz konusu olabilir⁸¹ veya adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi bazı durumlarda kusur teşkil edebilir⁸², ancak bu durum adam çalıştırmanın sorumluluğunu kusura dayanan bir sorumluluk haline getirmeyecektir. Zira, özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen adam çalıştırıcı, ayırt etme gücüne ve dolayısıyla kusur ehliyetine sahip olmasa, özen yükümlülüğünün ihlali kusur seviyesine ulaşmasa veya örneğin ani hastalık gibi herhangi bir sebeple gerekli tedbirleri alamamış olsa dahi, zarardan sorumlu olacaktır⁸³.

Yargıtay da, 818 sayılı BK döneminde adam çalıştırmanın sorumluluğunun ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu olduğuna dair fikirler reddetmiş ve kusursuz sorumluluk olduğuna kararlarında yer vermiştir. Bu kararlardan en önemlisi kuşkusuz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.03.1957 tarihli ve 1/3 sayılı kararıdır⁸⁴. Bu kararda “Burada adam kullananın halin gerektirdiği şekilde özenmiş olduğunu ispat ederek mesuliyetten kurtulmuş olmasını kanunun kabul etmiş bulunmasına dayanılarak, 55. maddenin, nihayet adam kullananın kusurunu ispat külfetini tersine çeviren bir hükümden ibaret olup kusura dayanan mesuliyet esasının aslında baki olduğu ve bu itibarla kullanılan adamın kusurunun da aranması gerektiği yollu bir itiraz hatıra gelebilir. Ancak, adam kullananın tedbirleri almış olduğunu ispat etmesi imkanı kusursuzluğunu ispat etme imkanı değildir. Nitekim, tedbir alınmış olmasının adam kullananın ani bir akıl hastalığına veya kazaya uğraması gibi sebeplerle imkansız bulunması halinde dahi adam kullanan mesuliyetten kurtulamayacaktır. Halbuki burada adam kullananın kusursuzluğunu ispat, onun mesuliyetten kurtulması için کافی görülse idi, ani akıl hastalığına veya ani bir kazaya uğrama durumları mücbir sebep mahiyetinde olduklarından tedbir alınmamasının neticesinden dolayı onun hiç bir şekilde mesul tutulmaması lazım gelirdi. Bu itibarla, hatıra gelen itiraz yersizdir. Esasen mesuliyetten kurtulma sebeplerinin kanuna konuluşu ile güdülen tek hedef, iş sahiplerini mesuliyetten kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirlere teşvik ederek içtimai tehlikeyi azaltma

4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2012, s. 165.

⁸⁰ Kara Kılıçarslan, s.21; YİBGK, 27.03.1957 T., 1957/1 E., 1957/3 K., www.kazanci.com; erişim tarihi: 10.01.2019.

⁸¹ Bu durumda munzam kusur söz konusu olacağından, adam çalıştırıcının kurtuluş kanıtı getirmemesi, tazminattan indirim yapılmaması veya adam çalıştırıcının çalışana rücu etmesinde olumsuz duruma düşmesi gibi sonuçlar doğabilir.

⁸² Antalya, C. II, s. 259; Kara Kılıçarslan, s.21; Çelik, s. 39.

⁸³ Eren, s. 619; Antalya, C. II, s. 258; Kara Kılıçarslan, s. 21; Çelik, s. 39.

⁸⁴ YİBGK, 27.03.1957 T., 1957/1 E., 1957/3 K., www.kazanci.com; erişim tarihi: 10.01.2019.

düşüncesidir; yoksa metne kusur unsurunu sokma düşüncesi değil.” şeklindeki ifadelerle, adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması aranmadığından kusursuz bir sorumluluk türüdür. Adam çalıştırın kusuru olmasa ve hatta adam çalıştırının kusurlu kabul edilmesi hukuken mümkün olmasa dahi, çalışanın iş gördüğü sırada başkalarına verdiği zarardan kural olarak sorumludur. Adam çalıştırının sorumluluktan kurtulması için, kusurlu olmadığını ispat etmesi gerekmez, objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmesi gerekmektedir.

TBK’da adam çalıştırının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk ayrımında ve özen sorumluluğu olarak düzenlenmiş olması karşısında, adam çalıştırının bir kusursuz sorumluluk olup olmadığına dair tartışmalar son bulmuştur⁸⁵.

⁸⁵ Sağlam, s. 166; Akartepe, Alpaslan, Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Erzincan Binalı Yıldırım ÜHFD, C. 16, S. 1-2, s. 160; Kara Kılıçarslan, s. 21, 22: *“İsviçre hukukunda bu konuda henüz bir yasalaşma söz konusu olmadığı için “de lega feranda” nitelikte tartışmalar devam etmektedir.”*; Çelik, s. 44; Gezder, Ümit, Adam Çalıştırının Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukuki Durumu, Tıp Hukuku Dergisi, Nisan 2016, Y. 5, S. 9, s. 61; Son dönem Yargıtay kararlarında da, TBK m. 66’da düzenlenen adam çalıştırının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu ifade edilmektedir, bkz: YHGK 14.03.2012 T., 2011/4-824 E., 2012/134 K.: *“Gerek doktrinde ve gerekse uygulamada benimsenen görüşe göre, Borçlar Kanunu madde 55’te düzenlenen iş gördürenlerin sorumluluğu, bir kusur karinesine dayanmamaktadır. İsviçre Hukuku gibi Türk Hukukunda da kabul edilen hal tarzına göre, burada ne istihdam edenin ve ne de müstahdemin kusuru aranmamaktadır. Sorumluluk her ikisinin kusurundan bağımsız olarak teessüs etmektedir. Bunun için istihdam edenin sorumluluğu, bir “Sebepl Sorumluluğu” olarak kabul edilmektedir.”*; YGHK, 30.05.2007 T., 2007/7-302 E., 2007/317 K., *“Borçlar Kanununun “İstihdam edenlerin mes’uliyeti” başlığı altında düzenlenen 55. maddesinde, “Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mes’uldür” hükmü öngörülmüştür. Yine, 27.3.1957 tarih ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına göre; Borçlar Kanununun 55. maddesi gereğince adam kullananın sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru kanuni şartlardan değildir. Bu noktada, Borçlar Kanununun 55. maddesinde düzenlenen “adam çalıştırının sorumluluğu” için, somut olayda “adam çalıştırma ilişkisi” ile “çalıştırılanın hizmetini yerine getirirken hukuka aykırı bir eylemle zarar vermesi” unsurlarının gerçekleşmesi zorunludur”*; YHGK, 01.11.2017 T., 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., *“Esasen istihdam edenin sorumluluğunun dayanağı, onun müstahdeme nezaret ve özen hususundaki objektif vazifesinin ihlali teşkil eder. Yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararından da anlaşılacağı gibi Borçlar Kanununun 55. maddesi gereğince adam kullananın sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru kanuni şartlardan değildir. Bu noktada, Borçlar Kanununun 55. maddesinde düzenlenen “adam çalıştırının sorumluluğu” için, somut olayda “adam çalıştırma ilişkisi” ile “çalıştırılanın hizmetini yerine getirirken hukuka aykırı bir eylemle zarar vermesi” unsurlarının gerçekleşmesi zorunludur.”*; Y3HD, 01.06.2017 T., 2016/20440 E., 2017/8939 K., *“Adam çalışanın sorumluluğunu düzenleyen TBK madde 66 düzenlemesinin lafzından da anlaşılacağı üzere çalışan kendisine verilen işin yürütülmesi sırasında, 3.kişilere verdiği zararlardan, istihdam eden kusursuz olarak sorumludur.”*, www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.01.2019.

C. Özen Sorumluluğu

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ayırımında bir özen sorumluluğu olarak kabul edilmiştir. Bu hususta da, çalışmamın ilgili bölümünde⁸⁶ yer verdiğim üzere, adam çalıştırmanın çalışanın seçiminde, denetlenmesinde veya gözetiminde özensizliği nedeniyle toplumsal hayatta bir tehlike yarattığı ve bu tehlike neticesinde meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu gerekçesiyle adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğuna dair görüşler nedeniyle tartışma mevcuttur. Hatta bu konuda YİBGK'nın 1957 tarih ve 1/3 sayılı kararında adam çalıştırmanın sorumluluğunun tehlike esasına dayalı bir sorumluluk olarak kabul edildiği gerekçesiyle karar eleştirilmiştir⁸⁷. Ancak, her adam çalıştırmanın işletmesinin tehlike arz eden bir işletme olması söz konusu olamayacağından, adam çalıştırmanın sorumluluğu tehlike sorumluluğu değildir. Zira tehlike sorumluluğunun temelinde, bir işletme veya faaliyetle ilgili özel ve tipik bir tehlikenin mevcut olması yatmaktadır, yoksa sorumluluğun doğması için ek olarak özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması aranmayacaktır⁸⁸. Adam çalıştırmanın kusursuz sorumlu kabul edilmesinin temelinde ise, adam çalıştırmanın çalışanı üzerindeki özen yükümlülüğü etkili olduğundan⁸⁹, adam çalıştırmanın sorumluluğunun hakkaniyet, özen ve tehlike sorumluluğu şeklindeki üçlü ayırmda özen sorumluluğu olduğu aşikardır. Nitekim TBK'da adam çalıştırmanın sorumluluğu, tehlike sorumluluğu değil, özen sorumluluğu olarak düzenlendiğinden, bu hususta da TBK ile birlikte herhangi bir tartışma kalmamıştır.

⁸⁶ Bkz. Bölüm I, s. 13-14.

⁸⁷ Bkz. Bölüm I, s. 13-14, Kanaatimce söz konusu kararda adam çalıştırmanın sorumluluğunun özen sorumluluğu değil, tehlike sorumluluğu olduğuna ilişkin bir kanaat mevcut değildir. Yalnızca tehlike yaratma esasının adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesinde etkili olduğu ifade edilmektedir. Adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesinde, toplamda yaratılan tehlikenin de nazara alınması, sorumluluğu tek başına tehlike sorumluluğu niteliğine getirmeyecektir.

⁸⁸ Eren, s. 617; Antalya, C. II, s. 258; Ögüz, bu hususun adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmemesinin pratik önemini teşkil ettiğini, adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir özen sorumluluğu olması nedeniyle objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine bağlı olduğunu, bunun sonucu olarak tehlike sorumluluğundaki gibi adam çalıştırmanın faaliyeti ile zarar arasında yalnızca illiyet bağının bulunmasının adam çalıştırmanın sorumluluğu için yeterli olmadığını belirtmiştir: bkz., s. 840.

⁸⁹ Oğuzman, 2016, C. II, s. 141; Ögüz, s. 840.

IV. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun (TBK m. 66) Benzer Kurumlardan Ayırt Edilmesi

A. TBK m. 66 ile TBK m. 116 arasındaki ilişki

“Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” başlıklı TBK m. 116’da, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması halinde, yardımcı kişinin işi yürüttüğü sırada diğer tarafa verdiği zarardan borçlunun sorumlu olduğu düzenlenmiştir. TBK m. 66’da da, çalışanın işin görüldüğü sırada başkalarına verdiği zarardan adam çalıştıranın sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu nedenle, genel olarak yardımcı kişinin işin görülmesi sırasında başkalarına vermiş olduğu zarardan sorumluluğa ilişkin olarak iki ayrı düzenleme bulunduğu söylenebilecektir⁹⁰. Ancak iki maddenin alanları ve uygulama koşulları arasında farklılıklar bulunmaktadır.

TBK m. 116 ile m. 66 arasındaki en önemli fark, m. 116’da yardımcı kişi kullanan borçlu ile zarar gören kişi arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olması, buna rağmen adam çalıştıran ile zarar gören arasında herhangi bir borç ilişkisinin bulunmamasıdır. Bu anlamda m. 116 sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk iken, adam çalıştıranın sorumluluğu sözleşme dışı sorumluluktur. Eş deyişle m. 116’da yardımcı kişinin fiili borca aykırılık oluştururken, m. 66’da çalışanın fiili borca değil, genel davranış kurallarına aykırılık yani haksız fiil oluşturmaktadır⁹¹. TBK m. 116’da borcun ifası sırasında doğan zarardan sorumluluk söz konusu iken, TBK m. 66’da işin görülmesi sırasında verilen zarardan sorumluluk söz konusudur⁹². Bu bakımdan TBK m. 116 ile m. 66’nın yarışması için, yardımcı kişinin veya çalışanın fiilinin hem borca aykırılık, hem de genel davranış kurallarına aykırılık oluşturması gerekmektedir⁹³. İki hükmün yarışması halinde, zarar gören somut olayın şartlarına göre dilediğine başvurabilecektir.

İki sorumluluk arasında, kusur bakımından da önemli bir fark vardır. Adam çalıştıranın sorumluluğu ne kendisinin ne de çalışanın kusuruna bağlıdır. Adam çalıştıranın veya çalışanın kusurunun olması önemli olmadığından, adam çalıştıran kusurun olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak TBK m. 116 kapsamında sorumluluğun doğması için,

⁹⁰ Eren, s. 619; Antalya, C. II, s. 256; Çelik, s. 51; Başkasının fiilinden sorumluluğun iki farklı hükümle düzenlenmesinin doğru olmadığı, İngiliz ve Fransız hukukunda başkasının fiilinden sorumluluğun tek bir başlık altında ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu olarak değerlendirildiği ve bu konudaki eğilimler için bkz. Özlük, Betül, Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Bir Boşluk: Bağımsız Yüklenicinin Fiilinden Sorumluluk, Legal Hukuk Dergisi, 2019, C. 17, S. 195, s. 1149 vd.

⁹¹ Oğuzman, 2016, C. II, s. 143; Eren, s. 619-620; Kara Kılıçarslan, s. 25, Çelik, s. 54.

⁹² Antalya, C. II, s. 257; Erbilin, İnci, Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, 2018, C. 92, S. 4, s. 170.

⁹³ Oğuzman, 2016, C. II, s. 143; Antalya, C. II, s. 256.

borçlunun yardımcı kişinin davranışında bulunması halinde kusurlu olması gerekir⁹⁴. Eş deyişle borçlu, borcu bizzat ifa etmiş olsaydı, kusurlu sayılmayacağını ispat ederse, sorumluluktan kurtulacaktır. Dolayısıyla burada, yardımcı kişiden borçluya yansıyan farazi bir kusur söz konusu olmaktadır⁹⁵. TBK m. 116 ile m. 66'nın yarıştığı hallerde, kusurun bir önemi olmaması bakımından zarar görenin adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurması daha avantajlı görülebilir.

Ancak yukarıda belirtildiği gibi, kendisinin veya çalışanın kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamayan adam çalıştırıcı için, kanunda kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmıştır. Adam çalıştırıcı, çalışanın seçimi, denetimi ve talimatlandırılmasında gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Ancak TBK m. 116'da borçlunun kurtuluş kanıtı getirerek borçtan kurtulma imkanı yoktur⁹⁶. Borçlu ancak, yardımcı kişinin fiilini kendisi yapmış olsaydı, kusurlu olmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu nedenle, adam çalıştırıcının objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması söz konusu olabileceği için, iki hükmün yarıştığı hallerde adam çalıştırıcının kurtuluş kanıtı imkanı değerlendirilerek seçim yapılması faydalı olacaktır.

İki hükmün ayrıştığı bir diğer nokta da, bağımlılık unsurudur. İleride inceleyeceğimiz üzere, TBK m. 66 kapsamında adam çalıştırıcının sorumlu olabilmesi için, çalışanın kendisine bağımlı olarak çalışması gerekmektedir. Ancak TBK m. 116'da, borçlu ile yardımcı kişi arasında bağımlılık ilişkisi olmasına gerek yoktur⁹⁷. Bu nedenle yardımcı kişi veya çalışanın fiilinin hem borca hem de genel davranış kurallarına aykırılık oluşturduğu hallerde iki hükmün yarışması için, bağımlılık unsurunun da bulunması gerekmektedir.

TBK m. 116 hükmünde, yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Zira m. 116'da, yardımcı kişi kullanan borçlu ile zarar gören arasında sözleşmesel bir ilişki mevcuttur. TBK m. 66'ya göre, adam çalıştırıcı ile zarar gören kişiyi sorumsuzluk anlaşması yapabilir yapamayacağı doktrinde tartışmalıdır⁹⁸. Bir görüşe göre, adam çalıştırıcının sorumluluğuna ilişkin TBK'nın 66. maddesinin emredici nitelikte olması ve adam çalıştırıcı ile zarar gören arasında sözleşmesel ilişki bulunmaması nedeniyle zararın ne zaman doğacağını belli

⁹⁴ Çelik, s. 56.

⁹⁵ Kara Kılıçarslan, s. 25; Eren, s. 620.

⁹⁶ Eren, s. 620; Oğuzman, 2016, C. II, s. 144; Antalya, C. II, s. 257; Çelik, s. 56; Kara Kılıçarslan, s. 25; Erbilin, s. 171.

⁹⁷ Eren, s. 620; Oğuzman, 2016, C. II, s. 145; Antalya, C. II, s. 257; Çelik, s. 60.

⁹⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Antalya, C. II, s. 257-258; Çelik, s. 57-59.

olmaması gerekçeleriyle, sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı kabul edilmektedir⁹⁹. Diğer görüş ise, haksız fiiller için sorumsuzluk anlaşması yapılmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle irade özgürlüğü çerçevesinde sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğini kabul etmektedir¹⁰⁰.

İki hüküm arasında zamanaşımı bakımında da fark bulunmaktadır. TBK m. 116 sözleşmesel bir sorumluluk olduğundan, yardımcı kişini fiilinden sorumluluk kural olarak TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımına tabidir. TBK m. 66 ise, haksız fiil çerçevesinde düzenlendiğinden, adam çalıştıranın sorumluluğu TBK m. 72'ye tabidir. Buna göre, adam çalıştıranın sorumluluğunda zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın, her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. İki hükmün yarıştığı hallerde, zamanaşımı süresinin daha uzun olması sebebiyle TBK m. 116'ya başvurmak daha avantajlı olabilir¹⁰¹.

B. TBK m. 66 ile TMK m. 50 arasındaki ilişki

TMK'nın 50. maddesinde, tüzel kişinin iradesini organları aracılığıyla açıklayacağı düzenlenmiş ve organların, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağı düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde, tüzel kişinin bu sorumluluğun adam çalıştıranın sorumluluğu olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceğini araştıracağız.

Tüzel kişinin organları, kanun veya tüzüğün kendilerine verdiği yetkiler ışığında, tüzel kişinin işlerini yerine getirmeye yetkili kişi ve kurullardır. Genel kurul, yönetim kurulu, denetçi, başkan veya yönetici tüzel kişinin organlarıdır¹⁰². Kanunun lafzından açıkça anlaşıldığı üzere, tüzel kişinin organlarının davranışları doğrudan tüzel kişinin davranışları sayılmakta ve organların davranışlarıyla başkalarına verdiği zarardan da tüzel kişinin sorumlu olduğu çıkarılmaktadır.

Organların davranışları doğrudan tüzel kişinin davranışı olduğundan, organların çalışan sayılması mümkün değildir. Organ ve çalışan sıfatı her zaman farklı kavramlardır, bu iki

⁹⁹ Eren, s. 621; Erbilin, s. 172; Akman, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması (Doktora Tezi), 1976, s. 111 vd: Akman, haksız fiil sahasında sorumsuzluk anlaşması yapılması bakımından malvarlığı ve şahısvarlığı hakları bakımından ayırım yapmış, şahısvarlığı haklarına ilişkin haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması ile ortadan kaldırılamayacağını, malvarlığı haklarına ilişkin haksız fiil sorumluluğunda ise, BK m. 99/1 hükmünün kıyasen uygulanacağı ve hafif ihmal sonucu verilen zararlarda sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olacağını savunmuştur.

¹⁰⁰ Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, 2011, s. 124 – 125; Detaylı bilgi için bkz. Çelik, s. 57-59, Eren s. 621.

¹⁰¹ Çelik, s. 62.

¹⁰² Eren, s. 624; Çelik, s. 62-63.

kavramın birleşmesi söz konusu olamaz¹⁰³. Dolayısıyla organların davranışlarıyla başkasına zarar vermesi halinde, adam çalıştıranın sorumluluğu gündeme gelmeyecektir¹⁰⁴. Organın davranışlarıyla başkalarına verdiği zarardan tüzel kişinin sorumluluğu, TBK m. 49 kapsamında haksız fiil sorumluluğudur ve tüzel kişi doğrudan doğruya kendi davranışı olarak sorumlu olur¹⁰⁵. Başkasının zararına sebebiyet veren davranışın, organlar tarafından çalıştırılan kişiden kaynaklanması durumunda, tüzel kişi TBK m. 66 kapsamında adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Bunun dışında TMK m. 50'ye göre organların davranışından tüzel kişinin sorumlu olabilmesi için, organın kusurlu olması gerekmektedir¹⁰⁶. Ancak adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması, hem kendisinin hem de çalışanın kusurundan bağımsızdır. Ayrıca adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkanı varken, tüzel kişinin organları bakımından böyle bir imkanı bulunmamaktadır¹⁰⁷.

Her iki sorumluluk bakımından benzer olan husus ise, sorumluluklar için fonksiyonel bağlantı bulunması gereğidir. Şöyle ki; adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedebilmek için çalışanın iş gördüğü sırada başkasına zarar vermesi gerekirken, tüzel kişinin sorumluluğunun doğması için de organların davranışlarının tüzel kişinin hak ehliyeti kapsamında yer alması ve tüzel kişiye ait bir işin yapılması sırasında başkasının zarar görmesi gerekmektedir¹⁰⁸.

Adam çalıştıranın tüzel kişi olduğu durumlarda, başkasına zarar veren kişi, adam çalıştıranın çalışanı değil organı ise ve davranış kusurlu ise, haksız fiil hükümleri uyarınca doğrudan adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir. Organ ve çalışan sıfatlarının aynı kişide birleşmesi halinde ise, zarar doğuran olay bakımından kişinin tüzel kişinin bir organı olarak mı hareket ettiği, yoksa bir çalışan olarak tüzel kişinin işini mi gördüğü değerlendirilecektir. Zarar doğuran olay bakımından kişinin tüzel kişinin organı sıfatıyla

¹⁰³ Eren, s. 624-625; Antalya, C. II, s. 263; Çelik, s. 67.

¹⁰⁴ Oğuzman, 2016, C. II, s. 147: *"Hizmet sözleşmesiyle dahi çalışsa tüzel kişinin organını oluşturan kişiler, özel sorumluluk hükmü bulunduğundan (TMK. m. 50) tüzel kişinin TBK. m. 66 kapsamında sorumlu olmasına yol açmazlar."*

¹⁰⁵ Organın fiili nedeniyle tüzel kişinin sorumluluğunun hakkaniyet ve adalet ilkesine dayanan bir kusursuz sorumluluk olduğu ve bu nedenle tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesi için organın kusurunun aranmayacağı yönünde bkz. Hatemi, Hüseyin, Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s. 134 vd.

¹⁰⁶ Eren, s. 625; Çelik, s. 67; Kara Kılıçarslan, s. 39; Aksi yönde bkz. Hatemi, s. 134 vd.

¹⁰⁷ Çelik, s. 68.

¹⁰⁸ Çelik, s. 68; Kara Kılıçarslan, s. 39.

hareket ettiğinin kabul edildiği hallerde, TBK m. 66'ya göre adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Antalya, C. II, s. 263.

İKİNCİ BÖLÜM

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. TBK m. 66 ile BK m. 55'e Genel Bakış

Adam çalıştırmanın, çalışanın işi gördüğü sırada üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan sorumlu olduğuna ilişkin ilk düzenleme, 818 sayılı BK'nın 55. maddesidir. 818 sayılı BK'da adam çalıştırmanın sorumluluğu, 6098 sayılı TBK'da olduğu gibi haksız fiilden doğan bir borç olarak düzenlenmiştir. Ancak BK'da, adam çalıştırmanın haksız fiil çatısı altında kusura dayanmayan bir sorumluluk türü olduğuna ilişkin ayırım yapılmamış, haksız fiile ilişkin genel hükümlerden hemen sonra kusursuz sorumluluk ayırımı olmaksızın adam çalıştırmanın sorumluluğuna yer verilmiştir.

818 sayılı BK'nın 55. maddesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu iki fıkra halinde düzenlenmiştir. *“Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şukadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.”* şeklindeki ilk fıkra, sorumluluğun şartları ve kurtuluş kanıtına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. *“İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.”* şeklindeki ikinci fıkra ise, adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

6098 sayılı TBK'da, BK'dan farklı olarak, haksız fiillerden doğan borç ilişkileri, kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olarak iki ayrı temel üzerine inşa edilmiştir. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin 66. madde, kusursuz sorumluluk ayırımında bir özen sorumluluğu olarak toplamda dört fıkra şeklinde düzenlenmiştir¹¹⁰. İlk fıkra *“Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.”* ifadeleriyle sorumluluğun genel çatısı belirlenmiş, *“Adam çalıştırın,*

¹¹⁰ TBK'nın kusursuz sorumluluk ayırımına yer vermesiyle adam çalıştırmanın sorumluluğunun niteliğine ilişkin tartışmaların nispeten sona erdiğine ilişkin olarak bkz. s.13-16.

çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.” şeklindeki ikinci fıkrayla ise adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirebilmesinin şartları düzenlenmiştir. Üçüncü fıkra ise, *“Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”* düzenlemesiyle bir işletme faaliyeti çerçevesinde adam çalıştıran için özel bir karine öngörülmüştür. Nihayet son fıkra da *“Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”* denilerek adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkına yer verilmiştir.

TBK m.66 düzenlemesine bakıldığında, adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirmesine ilişkin eski kanuna göre bir kısım değişiklikler göze çarpmaktadır. Her iki düzenlemede, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulması bakımından, zararı önlemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi aranmışsa da, TBK m.66’da gerekli özenin çalışanın seçiminde, çalışana talimat verilmesinde, gözetim ve denetimde bulunulmasında gösterilmesi gerektiği ayrıca belirtilmiştir. Ancak BK m.55 uygulamasında da, kanun ifadesinin seçmede, talimat vermede ve denetlemede özen şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir¹¹¹. Bu bakımdan iki kanun arasındaki ifade farklılığının önemli bir değişikliğe sebep olmayacağı anlaşılmaktadır.

BK m.55’te adam çalıştırmanın gerekli özeni gösterdiğinin ispatının yanında, *“yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse”* ifadeleriyle adam çalıştırana kurtuluş kanıtı bakımından ek bir imkan tanınarak, gerekli özeni göstermiş olsa bile zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederek de sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmişse de, TBK m.66’da bu düzenlemeye yer verilmemiştir.

TBK m.66’da *“yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse”* şeklinde düzenlemeye yer verilmemesine rağmen, adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermiş olsa bile zararın doğmasını engelleyemeyeceğini ispat etmesi, illiyet bağıını kesen bir sebep olarak kabul edileceğinden, adam çalıştırmanın genel kurallar gereği sorumluluktan kurtulması mümkün olabilecektir¹¹². Zaten BK’nın yürürlükte olduğu dönemde de, m.55’teki kurtuluş kanıtının ikinci şeklinin, mağdurun kendi kusuru,

¹¹¹ Çelik, s. 178; Oğuzman, 2016, C. II, s. 150; Tekinay, s. 508; Tandoğan, s. 119; Sağlam, s. 167; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2004, s. 233; Akartepe, s. 162.

¹¹² Tandoğan, s. 121; Tekinay; s. 510; Oğuzman, 2010, s. 597; Antalya, C. II, s. 253; Kılıçoğlu, 2017, s. 430.

mücbir sebep ve üçüncü şahsın kusuru gibi nedenlerin ortaya konulması ile illiyet bağının çürütülmesi olduğu, bu nedenle kurtuluş kanıtının ikinci şeklinin kanunda düzenlenmesine gerek olmadığı kabul edilmekteydi¹¹³. Dolayısıyla iki kanun arasında kurtuluş kanıtı düzenlemesi bakımından farklılık bulunduğu ifade edilebilecekse de, adam çalıştırmanın illiyet bağını kesen sebebi ispat ederek sorumluluktan kurtulması zaten mümkün olduğundan, m. 66 düzenlemenin uygulama açısından önemli bir farklılık yarattığından bahsedilemeyecektir¹¹⁴.

TBK m.66’da, eski kanuna göre bir diğer değişiklik de, işletmede adam çalıştıranlar için öngörülen karineye dair üçüncü fıkra düzenlemesidir. Bu fıkroda, bir işletmede adam çalıştıranların, işletmenin faaliyeti nedeniyle doğan bir zarar ile ilgili sorumluluktan kurtulmaları için, çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Eski kanunda yer almayan bu düzenleme nedeniyle, işletmede adam çalıştırarak, çalışanı seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemekte gerekli özeni gösterdiğini ispat etmiş olmasına rağmen, çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemez ise, sorumluluktan kurtulamayacaktır.

II. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Genel Şartları

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, kusura dayanmayan bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için öncelikle haksız fiilin kusur dışında şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Çalışanın veya adam çalıştırmanın kusurlu olması, daha önce de açıklandığı üzere, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından şart değildir. Adam

¹¹³ Tandoğan, s. 121; Tekinay, s. 510.

¹¹⁴ Oğuzman, 2016, C. II, s. 153: Kanunda yapılan bu değişikliğin adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile zarara arasında nedensellik bağı bulunduğuna dair karinenin kaldırılmasına neden olup olmadığını değerlendiren Oğuzman, söz konusu cümlelerin Kanun metnine alınmamasının bu karinenin kaldırılması anlamına gelmeyeceğini, TBK m. 66 düzenlemesinin adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile zarar arasında nedensellik bağı bulunduğunu ortaya koyduğunu, adam çalıştırmanın bu nedensellik bağını çürüterek sorumluluktan kurtulacağını kuşkusuz olduğunu, bu hususa ayrıca Kanunda yer verilmesinin gerekli olmadığını belirtmiştir.; Sağlam, s. 168; Yılmaz, s. 565; Nedensellik karinesine TBK m.66’da yer verilmemesine ilişkin tartışmalar için bkz. Kara Kılıçarslan, s. 115.

çalıştıran veya çalışanın zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusuru bulunmasa dahi, adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedilebilecektir^{115 116}.

Adam çalıştıran, çalışanın kusuru bulunmadığı hallerde sorumlu olacağı gibi, çalışanın ağır kusuru veya kastı olması halinde de zarardan sorumlu tutulabilir. Ancak çalışanın üçüncü kişiye ağır kusuruyla veya kastı olarak bir zarar vermesi halinde, genellikle adam çalıştıranın sorumluluğu için aranan özel şartlardan zararın iş ile ilgisi olması şartı gerçekleşmeyebilir, bu durumda adam çalıştıranın sorumluluğuna bu şartın yokluğu nedeniyle gidilemeyebilir. Veya çalışanın üçüncü kişiye kasten veya ağır kusuruyla zarar vermesi halinde, adam çalıştıranın çalışanı seçme ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi zorlaşacaktır¹¹⁷. Adam çalıştıranın veya çalışanın kusuru, adam çalıştıranın sorumluluğu için aranan bir şart olmamakla birlikte, özellikle adam çalıştıranın kusurlu olması, sorumluluktan kurtulmak için kurtuluş kanıtı getirilmesinde ve tazminat miktarının belirlenmesinde veya çalışanın kusurlu olması ise karşılıklı rücu ilişkilerinde etkili olur.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun genel şartları, hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağıdır.

A. Hukuka Aykırı Fiilin Olması

Bu şartın varlığı, öncelikle bir fiilin mevcut olması ve bu fiilin hukuka aykırılık unsurunu barındırması şeklinde iki unsura bağlıdır. Genel itibarıyla bir kişinin haksız fiil kapsamında sorumlu tutulabilmesi için öncelikle hukuka aykırı bir fiilin olması gerekmektedir.

¹¹⁵ Y21HD, 05.05.2014 T., 2014/3664 E., 2014/9709 K., “Davalı işveren TCDD’ye olayın oluşuna ve dolayısı ile İş Kanunu’nun 77. maddesine aykırı olacak şekilde kusur atfetmediği anlaşılmakla birlikte, hükme esas alınan ve davacılar vekili tarafından da açıkça kabul edilen kusur raporuna göre, davalı işveren kusursuz kabul edilse dahi, davalı işverenin, nezdinde çalıştırdığı ve kusur atfedilen işçiler yönünden 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 55. maddesi uyarınca istihdam eden olarak kusursuz sorumluluğu bulunduğu; Mahkemece yapılacak iş; hükme esas alınan kusur oranları dikkate alınarak, konusunda uzman bilirkişiye, hesap raporu tanzim ettirmek, sonucuna göre davacılar lehine maddi ve manevi tazminata hükmetmekten ibarettir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

¹¹⁶ Adam çalıştıranın zarar görene karşı sorumluluğu için çalışanın kusurlu olması gerekmez de, çalışanın zarar görene karşı sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Bu nedenle zarar gören çalışandan ancak TBK m. 49’a göre talepte bulunabilecektir ve çalışandan tazminat isteyen zarar gören kişinin, çalışanın kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir: bkz. Tekinay, s. 511.

¹¹⁷ Tandoğan, s. 116, 117.

Fiil, her şeyden önce bir insan davranışıdır¹¹⁸. Bu davranış, bir şey yapma şeklinde olumlu (aktif) bir davranış olabileceği gibi, bir şey yapmama (hareketsiz kalma)¹¹⁹ şeklinde olumsuz (pasif) bir davranış da olabilir¹²⁰.

Olumlu davranış, yani aktif bir hareket, insanın dış dünyada fark edilen bir eylem yapmasıdır. Bu durumlarda insan vücudu hareketli ve aktif olduğundan, fiilin varlığının tespiti olumsuz davranışa göre daha kolaydır. Örneğin, hırsızın bir kişinin evine girerek eşyalarını çalması veya eşyalara zarar vermesi, bir şey yapma şeklinde cereyan ettiğinden fiildir.

Olumlu davranış, fiil niteliğini haiz olacağı konusunda tartışma bulunmasa da, bir şey yapmama şeklindeki olumsuz davranışın fiil olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bir şey yapmama şeklinde pasif bir davranışın fiil olarak kabul edilebilmesi için, o kişinin bir şeyi yapma yönünde yükümlülüğünün bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bir şeyi yapma yükümlülüğü bulunan kişinin, o davranışta bulunmayarak hareketsiz kalması, sorumluluğunu gerektirecektir. Ancak bir kimsenin, bir davranışta bulunması için herhangi bir yükümlülüğünün bulunmaması halinde, davranışta bulunmaması ve pasif kalması sorumluluğunu gerektirmeyecektir.¹²¹ Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu'nun 82. maddesinde, kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücülerinin, kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürmeye zorunlu oldukları düzenlenmiştir. İşbu madde, kaza yerinden geçen veya kazaya karışan araç sürücülerine mevzuat gereği yüklenen "bir şeyi yapma" yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu maddeye aykırı davranarak bir şey yapmayan kişilerin davranışları fiildir. Aynı şekilde, kendisiyle ilgili bir sebepten ötürü başkasının zarara uğramaması için tedbir alması gerektiği halde, hiçbir şey yapmayan kişinin davranışı da fiildir.

¹¹⁸ Eren, s. 516; Tandoğan, s. 12; Kılıçoğlu, 2017, s. 362: Yazara göre, fiil bir insan davranışı olmakla birlikte, bu davranışının ortaya konulmasında bir araç kullanılabilir. Örneğin, gazete veya internet kullanılarak bir mesajın yayınlanması, bir başka kişinin veya bir hayvanın kullanılması gibi. Dolayısıyla fiil denilen insan davranışının ortaya konuluş şeklinin bir önemi bulunmamaktadır.

¹¹⁹ Olumlu davranışın, fiil niteliğini haiz olacağı konusunda tartışma bulunmasa da, bir şey yapmama şeklindeki olumsuz davranışın fiil olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Eren, s. 519.

¹²⁰ Tandoğan, s. 12; Oğuzman, 2016, C. II, s. 13: "(Olumsuz davranış). Bu tarz fiillerinin "ihmal suretiyle icra edildiği" söylenebilir. Ancak buradaki ihmal (omission: Unterlassung) ile kusurun bir türü olan ihmalin (culpa: Fahrlässigkeit) karıştırılmaması gerekir."; Kılıçoğlu, 2017, s. 362; Eren, s. 516: "Olumsuz davranışa doktrinde "ihmal" adı verilmektedir. Ancak, biz, bu kavramın, kusurun bir çeşidi olan ihmalle karışıklığa sebebiyet verebileceği düşüncesiyle kullanılmamasını, bunun yerine konuyu daha iyi ifade eden "olumsuz davranış" veya "yapmama" kavramlarının kullanılmasını öneriyoruz."

¹²¹ Eren, s. 612.

Haksız fiil hükümlerince bir kişinin zarardan sorumlu tutulabilmesi için, fiilin hukuka aykırı olması şarttır¹²². Hukuka aykırı fiil, genel itibarıyla bir fiilin hukuk kurallarına aykırılığını ifade etmektedir. Ancak, hukuka aykırılık kavramından ne anlaşılması gerektiği, doktrinde tartışmalı bir konudur.

Hukuka aykırılık unsurunu açıklamak üzere, temel itibarıyla iki teori savunulmuştur. Bunlardan ilki subjektif teoridir. Bu teoriye göre, bir fiil ancak, o kişinin üçüncüye kişiye karşı böyle bir fiili işlemeye hakkı olmaması yani ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaması halinde hukuka aykırı kabul edilebilecektir. Dolayısıyla bir kişi kendi hak ve yetki alanında olduğu sürece, fiili başkasına zarar vermiş dahi olsa, sorumlu kabul edilmeyecektir. Bir başka anlatımla, burada hukuka aykırılık, kendisini “haksızlık” olarak göstermektedir.¹²³

Türk hukukunda genel olarak kabul gören hukuka aykırılık teorisi objektif teoridir¹²⁴. Objektif teoriye göre, bir fiilin hukuka aykırı olması için, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini koruyan objektif bir hukuk normuna aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir¹²⁵. Bu teori, fiilin işleyen kişinin hak ve yetki alanında kalıp kalmadığıyla değil, o fiilin başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden genel bir davranış kuralını ihlal edip etmediğiyle ilgilenmektedir¹²⁶.

Bu teori ışığında hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlıklarına zarar vermeyi yasaklayan veya bu haklarını doğrudan veya dolaylı olarak koruma amacı taşıyan, yazılı veya yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlali olarak tanımlanabilir¹²⁷. Bir kişi hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verdiği taktirde, zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak mağdurun rızası, kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, ıztırar, hakkını korumak için kuvvet kullanma, üstün kamu ve özel yararın bulunması gibi hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde, artık fiilin hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla failin zarardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

¹²² 818 sayılı BK'da, haksız fiilin şartlarından hukuka aykırılığı karşılamak üzere “haksız bir surette” ibaresine yer verilmiştir. TBK m. 49'da ise daha isabetli olarak “hukuka aykırı bir fiille” kavramı kullanılmıştır.

¹²³ Eren, s. 584; Kurtulan, Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, MÜHFHAD, 2017, C. 3, S. 1, s. 469.

¹²⁴ İki teorinin de aynı fikri savunduğuna ilişkin tartışmalar için bkz. Eren, s. 585; Oğuzman, 2016, C. II, s. 14; Son yıllarda bu iki teorinin yanı sıra “üçüncü hukuka aykırılık” teorisinin ileri sürüldüğüne ilişkin görüşler için bkz. Kurtulan, s. 477 vd.

¹²⁵ Eren, s. 585; Oğuzman, 2016, C. II, s. 14; Tandoğan, s. 17; Kurtulan, s. 470.

¹²⁶ Kaneti, s. 39.

¹²⁷ Kaneti, s. 40: “Ancak yargıç, yazılı olmayan hukuka başvururken, güvenlik ve kararlılık ilkelerini sarsmamak için, halkın adalet duygusuna göre bağlayıcı sayılan, örf ve adet niteliğini kazanmış ve kökleşmiş içtihat tarafından doğrulanmış davranış kurallarını benimseyecek ve uygulayacaktır.”.

Çalışmamız bağlamında adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabul edilebilmesi için, öncelikle çalışanın olumlu veya olumsuz bir hukuka aykırı fiilinin bulunması gerekmektedir¹²⁸. Örneğin, çalışanın işi gördüğü sırada müşterinin ayağına malzeme düşürmesi veya tedbir alması gerekirken bir şey yapmayarak bir kişinin zarar görmesine neden olması olaylarında, çalışanın başkasının kişilik haklarını ihlal eden hukuka aykırı bir fiili söz konusu olduğundan, hukuka uygunluk sebebi olmaması ve diğer şartların da varlığı halinde adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilebilecektir.

B. Üçüncü Kişinin Zarar Görmesi

Zarar, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Bu tanım doktrinde genel itibarıyla dar anlamda zarar olarak adlandırılmakta ve maddi zararın karşılığı olarak gösterilmektedir. Manevi zarar ise, kişinin kişilik haklarına yönelik iradesi dışındaki haksız bir saldırı nedeniyle duyduğu acı, ıstırap ve elem olarak tanımlanmaktadır. Maddi zararın yanında manevi zararın da kapsam dahiline alınması, geniş anlamda zarar olarak nitelendirilmektedir.¹²⁹ Tanımdan da anlaşıldığı üzere, kişinin kendi iradesi sonucunda malvarlığında veya şahıs varlığında meydana gelen eksilmeler zarar değildir. Zararın tazmin yükümlülüğü doğurması için, mutlaka kişinin iradesi dışında meydana gelmesi gerekmektedir.

Genel haksız fiil sorumluluğunda, tazmin yükümlülüğünün doğması, bir zararın varlığına bağlıdır. Haksız fiilin tazmin borcu doğurmasının sebebi, fiilin o kişinin malvarlığı ve şahıs varlığında meydana getirdiği eksilmeyi gidermek ve zarar gören unsurları olabildiğince fiilden önceki haline getirmek noktasındaki tazmin yükümlülüğüdür¹³⁰. Dolayısıyla, bir haksız fiilden bahsedebilmek için her halükarda ortada bir zarar olması gerekmektedir. Çalışmamız özelinde adam çalıştırmanın tazmin yükümlülüğünün doğması için de, bir kişinin zarara uğraması gerekmektedir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından kişinin uğradığı zarar maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir¹³¹. Bu konuda BK'nın 49. maddesinin 3444 sayılı Kanun ile 04.05.1988 tarihinde değişmeden önceki hali bakımından tartışma mevcuttur. Zira,

¹²⁸ Antalya, C. II, s. 267; Çelik, hukuka aykırılık unsurunun hem çalışan hem de adam çalıştırıcı bakımından mevcut olması gerektiğini, adam çalıştırıcının hukuka aykırı fiilinin, özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi şeklindeki olumsuz davranışı olduğu, bu hususta Kanun metninde karine öngörüldüğünden, adam çalıştırıcının hukuka aykırı fiilinin ispat edilmesine gerek bulunmadığını savunmaktadır, bkz. Çelik, s. 96.

¹²⁹ Tandoğan, s. 63; Eren, s. 521, 531; Kılıçoğlu, 2017, s. 386; Oğuzman, 2016, C. II, s. 38; Çelik, s. 109.

¹³⁰ Kılıçoğlu, 2017, s. 387.

¹³¹ Eren, s. 621; Oğuzman, 2016, C. II, s. 40; Tandoğan, s. 113; Erbilien, s. 172.

söz konusu değişiklikten önce BK'nın 49. maddesi kapsamında manevi tazminat için ağır kusur aranmaktaydı. Bu nedenle kusursuz sorumluluk hallerinde tazmin yükümlülüğünün kapsamında manevi zararların girip girmediği tartışılmıştır^{132 133}. Ancak BK m. 49'da 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile ağır kusur şartı kaldırıldığından, kusursuz sorumluluk hallerinde manevi tazminat talep edilmesine ilişkin tartışmalar da sona ermiştir. Halihazırda da, TBK'da BK m. 49'un karşılığı 58. madde kapsamında, kusursuz sorumluluk halleri bakımından tartışma bulunmamaktadır.

Adam çalıştırmanın sorumlu olacağı maddi zararın türü bakımından da herhangi bir ayrım söz konusu değildir. Üçüncü kişinin malvarlığında çalışanın fiili kapsamında bir eksilme olması sorumluluk için yeterlidir. Bu eksilme, malvarlığının aktifinde fiili bir azalma veya pasifinde fiili bir çoğalma (fiili zarar) şeklinde meydana gelebileceği gibi, üçüncü kişinin elde edebileceği bir kazançtan mahrum kalması veya pasifinin azalmasına engel olunması (kar mahrumiyeti) şeklinde de gerçekleşebilir. Yine, çalışanın fiili neticesinde üçüncü kişinin doğrudan uğradığı zararların yanında, dolaylı zararların ve hatta yansıma yoluyla doğan zararların da adam çalıştırardan tarafından tazmini talep edilebilir.

Ancak adam çalıştırmanın TBK m. 66 kapsamında sorumluluğuna gidilebilmesi için, zarar gören kişinin üçüncü kişi olması, yani adam çalıştırardan ile herhangi bir borç ilişkisinin bulunmaması gerekmektedir¹³⁴. Dolayısıyla, TBK m. 66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğundan söz edebilmek için, haksız fiilin genel şartlarından olan bir zararın meydana gelmesi yeterli olmayıp, zarar gören kişinin adam çalıştırardan ile aralarında borç ilişkisi olmayan bir üçüncü kişi olması gerekmektedir¹³⁵. Bu husus, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu ile TBK m. 116'da düzenlenen ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğunun ayrıştırılmasına da yaramaktadır¹³⁶. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğu, TBK m. 116'dan farklı olarak sözleşme dışı sorumluluktur. Adam çalıştırardan ile çalışan arasında bir borç ilişkisi mevcutsa ve çalışan, üçüncü kişinin işini gördüğü sırada zarara sebebiyet vermişse, diğer şartların da varlığı halinde,

¹³² Çelik, s. 107; Tandoğan s. 338.

¹³³ Tandoğan s. 358; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 12.04.1961 T., 59-5582 E., 3648 K. sayılı ilamında, BK m. 49'da manevi tazminat için ağır kusur şartı arandığından, çalışanın fiilinden dolayı zarar gören kişinin, adam çalıştırardan manevi zararının tazminini talep edemeyeceği belirtilmiştir. Tandoğan, kararı isabetli bulmayarak eleştirmiş, Yargıtay'ın bu konudaki diğer kararlarıyla çelişki yarattığını ifade etmiş ve adam çalıştırmanın manevi zararlardan da kusursuz olarak sorumlu olduğunu savunmuştur.

¹³⁴ Kılıçoğlu, 2017, s. 426; Kara Kılıçarslan, s. 81. Ayrıca detaylı bilgi için bkz Bölüm I, s. 22-23.

¹³⁵ Bazı Yargıtay kararlarında, çalışanın iş kazası sonucu hayatını kaybetmesi nedeniyle yakınları tarafından destekten yoksun kalma tazminatı talebiyle ikame edilen davalara ilişkin olarak, destekten yoksun kalanların üçüncü kişi olarak kabul edildiğine dair açıklamalar için bkz. Bölüm II, s. 42 vd.

¹³⁶ Kılıçoğlu, 2017, s. 427.

TBK m. 116 kapsamında sorumluluktan söz edilecektir. Örneğin, adam çalıştıranın üçüncü kişiyle yapmış olduğu mal teslimi ilişkin sözleşme gereğince, çalışanın malları taşıdığı sırada üçüncü kişinin evine ya da işyerine zarar vermesi durumunda adam çalıştıran TBK m. 116 gereği, aynı örnekte çalışanın malları taşıdığı sırada oradan geçmekte olan başka bir kişiye zarar vermesi halinde TBK m. 66 gereği kusursuz sorumluluğuna gidilecektir.

Nitekim Yargıtay da, BK m. 55 (TBK m. 66) hükmünün çalışanın fiilinden 3. kişilerin zarar görmüş olması durumunda uygulandığını, çalışanın işin yürütülmesi sonucunda gerek kendi kusuru gerekse kusursuzluğu sonucunda doğrudan kendisinin zarar görmesi halinde, adam çalıştıranın çalışana karşı kusuru var ise sorumlu olacağını kabul etmiştir¹³⁷.

Çalışanın, işi gördüğü sırada adam çalıştıranın bir başka çalışanına zarar vermesi durumunda, TBK m. 66'nın uygulanacağı kabul edilmektedir¹³⁸. Zira burada, adam çalıştıran ile zarar gören arasında bir ilişki mevcut ise de, görülen iş ile bağlantılı bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, çalışanın adam çalıştıranın bir başka işçisine zarar vermesi durumunda, üçüncü kişinin zarar görmesi sonucu doğduğundan, TBK m. 66 gereği sorumluluktan bahsedilecektir¹³⁹. Adam çalıştıranın işini gördüğü sırada çalışanın bir zarara uğraması halinde ise, çalışanın üçüncü kişi olmaması nedeniyle adam çalıştıran ancak çalışan ile aralarındaki ilişki çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir¹⁴⁰.

¹³⁷ Y11HD, 18.05.2005 T., 2004/7145 E., 2005/5332 K., "Dava, davalı yanın işlettiği uçakta 2. pilot olarak görev yapan muris Celal'in, uçağın düşmesi nedeniyle ölümü sonucunda davacıların yoksun kaldıkları destek ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı şirketin BK.nun 55. maddesi gereğince istihdam eden sıfatıyla zarardan kusursuz sorumlu olduğu gerekçesiyle kısmen kabul kararı verilmiştir. BK.nun 55. maddesine göre, istihdam eden, maiyetinde çalıştırdığı kimselerin hizmetleri ifa ettiği sırada yaptıkları zarardan kusursuz sorumludur. Ancak, zararın vukuu bulmaması için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini yada, gösterse bile zararın oluşmasına engel olamayacağını kanıtlaması durumunda sorumlu tutulamaz. Diğer bir deyiş ile kusursuz sorumluluk hallerinde dahi kurtuluş beyyinesi ileri sürülmesi mümkündür. Maddenin 2. fıkrası gereğince de adam çalıştıran tazmin ettiği zarar tutarı için zararı ika eden kişiye rücu hakkı bulunmaktadır. Somut olayda yasanın uygulanmasının ne şekilde olacağının irdelenmesi gerekmektedir. Zira, yasada benimsenen hususlar, istihdam edilen kişinin eyleminden 3. kişilerin zarar görmüş olması durumunda uygulama açısından bir sorun olmaz. Ancak, işin yürütülmesi sonucunda istihdam edilen gerek kendi kusuru gerekse kusursuzluğu sonucunda doğrudan kendisi zarar gördüğü takdirde yasa uygulamasında ne şekilde hareket edileceği tartışılmalıdır. Çalışan kişinin kendisinin kusurlu olması durumunda, istihdam eden, ancak kendisinde kusurlu ise bu kusur oranı dikkate alınarak zarar gören adamına karşı sorumlu olacaktır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

¹³⁸ Oğuzman, 2016, s. 148; Antalya, C. II, s. 269; Çelik, s. 158; Erbilin, s. 173.

¹³⁹ Kara Kılıçarslan, s. 81: "Adam çalıştıran bakımından, her çalışan, işçi, müstahdem diğeri karşısında üçüncü şahıs olarak değerlendirilir."

¹⁴⁰ Kılıçoğlu, s. 232. Adam çalıştıran ile çalışan arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu durumlarda, işverenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm mevcut olmadığından adam çalıştıranın çalışana karşı TBK m. 112 çerçevesinde sorumlu olacağına ilişkin bkz. Kılıçoğlu, 2017, s. 427; Çalışanın iş gördüğü sırada vefat etmesi halinde yakınları tarafından açılan davalarda üçüncü kişi şartına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bölüm II, s. 42 vd.

Nitekim Yargıtay, iş kazası geçirerek vefat eden çalışanın yakınlarının açtığı maddi ve manevi tazminat davasında, vefat eden çalışanın iş kazası geçirilmesinde, adam çalıştırmanın başka bir işçisinin kusurlu bulunduğu, bu nedenle işverenin adam çalıştırıcı sıfatıyla BK m. 55 gereği kusursuz sorumlu olduğu gözetilmeden husumet yönünden davanın reddine karar verilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁴¹.

Benzer şekilde ilaç dağıtım işi yapan çalışanın, benzin giderleri adam çalıştırıcı tarafından karşılanmak üzere kendi aracıyla çalışanların taşımalarını yapan şoförün idaresindeki araçta geçirdiği kaza ile ilgili ikame ettiği tazminat davasında Yargıtay, şoför ile adam çalıştırıcı arasında hukuki ilişki bulunmaması, söz konusu kişinin şirketin işçisi olmaması ve olayda %100 kusurlu olması nedeniyle adam çalıştırıcının sorumluluğuna gidilemeyeceğine ilişkin Yerel Mahkeme kararını, şoförün adam çalıştırıcının çalışanı sayılması ve bu halde olaya BK m. 55'in uygulanması gerektiği gerekçeleriyle bozmuştur¹⁴².

¹⁴¹ Y21HD, 27.09.2010 T., 2009/8698 E., 2010/9099 K., "Mahkemenin kabulüne göre; Türk Hava Yolları'nın personeli olan Şakir'in kusurlu olduğu kabul edilerek tazminattan sorumlu tutulmuştur. Bu durumda, Türk Hava Yollarının BK 55. maddesi uyarınca Şakir'in istihdam edeni sıfatıyla Şakir'in kusuru nedeniyle kusursuz sorumlu olduğu halde hakkındaki davanın husumet yokluğundan reddi isabetsiz olmuştur. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin özellikle inandırıcı güç ve nitelikte olmayan 77. maddenin öngördüğü koşulları içermeyen kusur raporu hükme dayanak yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması da usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."; aynı yönde bkz. Y9HD, 09.03.1992 T., 1991/14797 E., 1992/2748 K., "Oluşan maddi olaylara göre ilgili kanun hükmünü tesbit edip uygulamak hakimnin görevidir. Meydana gelen iş kazasında davacı ve işverenin diğer bir işçisi kusurlu bulunmuş olduğuna göre, işveren istihdam ettiği işçinin kusurundan sorumludur. Bu nedenle gerçekleşecek maddi ve manevi tazminatlara karar verilmek gerekirken yazılı şekilde davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.05.2019; Y4HD, 11.11.2003 T., 2003/2378 E., 2003/13169 K., "Davacılar, hostes olan desteklerinin, davalı şirketin çalıştırdığı kişilerin (pilotların) özensizliği ve davalının bunların seçiminde yeterince tedbirli davranmaması sonucu ölümü nedeniyle uğradıkları zararın tazminini istemektedirler. Davalının çalıştırdığı kişilerin eylemi TCK'nın 455. maddesi gereği dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle ölüme sebebiyet vermedir. Buna bağlı olarak davalı Kurum da BK'nın 55. maddesine göre sorumludur. Başka bir deyimle, davalı kurum çalışanları, haksız eylem faili olarak, davalı idare ise haksız eylemin failini çalıştırıcı olarak farklı hukuki sebeplerden sorumlu olup, aralarında eksik teselsül bulunmaktadır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 04.06.2019.

¹⁴² Y9HD, 10.11.1992 T., 1992/4375 E., 1992/12400 K., "Davacı davalı şirketlerin, civar il ve kazalara ilaç dağıtımında çalıştığını, E.L. ismindeki kişinin de aynı şekilde davalıların işçisi olduğunu, ilaç dağıtımında E.'nin şahsına ait aracın kullanıldığını, benzin parasının davalı şirketlerce fatura karşılığı ödendiğini, olay günü E.'nin sürücülüğünü yaptığı sözü edilen araçla ilaç dağıtımından dönerken meydana gelen bir trafik kazasında E.'nin öldüğünü, kendisinin de yaralandığını iddia ederek maddi ve manevi zararlarının davalılardan müştereken tahsilini istemiştir. Mahkemece E.L. ile davalı şirketler arasında herhangi bir hukuki ilişkinin bulunmadığı, adı geçen şirketin işçisi olmadığı, yaptırılan kusur incelemesinde de E.'nin % 100 kusurlu olduğunun saptandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise de, dosyadaki bilgi, belge ve şahit sözlerinden E.'nin davalı şirketlerin veya bunlardan birinin işçisi olduğu, ilaç dağıtımında çalıştığı izlenimi hasıl olmaktadır. Aracın benzin parasının da bu şirketlerden biri veya birlikte ödendiği ve işverenlikçe davacının ve E.'nin, E.'ye ait araçla birlikte seyahat etmelerinin programlandığı da ileri sürülmektedir. Şayet E. şirketin veya şirketlerin işçisi ise ve E.'ye ait aracın benzin parası işverenlikçe ödenmekte ve birlikte ilaç dağıtımını işini yapmaları, aynı araçla seyahat etmeleri önerilmiş veya kararlaştırılmış ise, işverenin olayda kusurlu görülen işçiyi istihdam eden sıfatıyla davacıya karşı sorumlu olması gerekir (BK, m.55). O halde, bu yönler üzerinde yeterince durulup gerekli araştırma ve inceleme yapılarak olayın ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ortaya çıkarılıp konulması gerekir. Noksan inceleme ve değerlendirme ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu tespit yapıldıktan sonra da, davacının

Zarar gören kişinin kusurunun bulunması halinde, TBK m. 52/1 gereği tazminattan indirim yapılabilecektir. Ancak zarar görenin kusurunun değerlendirilebilmesi için, öncelikle adam çalıştırmanın sorumluluğu için aranan diğer şartların somut olayda mevcut olması ve adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı da getirememiş olması gerekmektedir. Bu durumda zarar görenin kusuru, tazminat miktarının belirlenmesinde hakim tarafından dikkate alınacaktır¹⁴³.

C. Zarar ile Uygun İlliyet Bağının Olması

İlliyet bağı, sorumluluğun ve tazmin yükümlülüğünün asli şartıdır¹⁴⁴. Bir kişinin zarar nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, zarar ile zarara sebep olan fiil arasında sebep – sonuç ilişkisinin, yani illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Failin, ancak kendi fiilinin sonucu olan zararlardan sorumluluğu söz konusu olabilir; zarar failin fiilinden değil, başka sebeplerden kaynaklanıyorsa, failin zararın tazmini ile yükümlü olduğundan bahsedilemeyecektir¹⁴⁵.

İlliyet bağı hususunda şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorisi olmak üzere iki adet teori mevcuttur. Uygun illiyet bağı teorisine göre, zararın fiile uygun olması, onun uygun sonucu olarak görülmesi gerekmektedir. Eş deyişle, olayların olağan akışı ve hayat tecrübelerine göre, fiilin zararın oluşmasında uygun bir sebep olabileceği kabul ediliyorsa, zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunduğu ve dolayısıyla failin sorumluluğunun doğacağı kabul edilecektir. Şart teorisine göre ise, bir zararın doğumu için zorunlu bulunan tüm fiiller, zarar ile sebep – sonuç bağı içindedir. Şart teorisi, zararın doğmasına neden olan çok uzak sebeplerin dahi, illiyet bağı oluşturacağını, sonucu meydana getiren şartların birbirine eşit olduğunu savunmaktadır. Ancak öğreti ve Yargıtay kararlarında genel kabul gören görüş, zararın doğumuna sebep olan tüm fiillerin değil, yalnızca deneyimler ve hayatın olağan akışına göre en

sigorta kurumuna başvurarak olayın bir iş kazası olduğunu tespit ettirmesi ve iş kazası sigortasından gelir bağlanması icabeder. Zira böyle bir tespit, olayın bir iş kazası sayılması bakımından davaya ışık tutabileceği gibi, sigorta gelirlerinin maddi tazminattan mahsup edilmesi yönünden de önemlidir. O halde karar bu nedenlerden dolayı bozulmalıdır.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019; Benzer şekilde, Yargıtay, başka bir çalışanın fiili nedeniyle zarar gören çalışana karşı adam çalıştırmanın BK m. 55 gereği sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir, bkz. Y9HD, 09.03.1992 T., 1991/14797 E., 1992/2748 K., “Meydana gelen iş kazasında davacı ve işverenin diğer bir işçisi kusurlu bulunmuş olduğuna göre, işveren istihdam ettiği işçinin kusurundan sorumludur. Bu nedenle gerçekleşecek maddi ve manevi tazminatlara karar verilmek gerekirken yazılı şekilde davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

¹⁴³ Baysal, s. 246.

¹⁴⁴ Eren, s. 536; Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHFD, S. 361, 1975, s. 1.

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, 2017, s. 397.

uygun olan fiilin sorumlu tutulması, yani fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerektiği yönündedir.¹⁴⁶

İllyet bağı hususunda genel kabul gören görüş uygun illiyet bağı teorisi olmakla birlikte, Alman Hukukçuları tarafından bu teorinin, sorumluluğun sınırlandırılması için yetersiz kaldığı, uygun illiyet bağında fiil ve zarar arasındaki mantıki olasılık yargılarına ve istatistik verilerine dayanıldığı, ancak bu verilerin normun koruma amacını gözetmediği, dolayısıyla fiil ile zarar arasındaki sebep – sonuç ilişkisinin saptanmasında mantık kurallarıyla yetinmenin mümkün olmayacağı gerekçesiyle “hukuka aykırılık bağı¹⁴⁷” teorisi ortaya atılmıştır¹⁴⁸. Hukuka aykırılık bağı teorisinin ortaya atılması, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının tayin edilmesi için, zararın ortaya çıkması bakımında mantık kurallarının yanında, ahlaki değer yargılarını da göz önüne alması gerektiği, bu anlamda fiilin, zararın meydana gelmesini kolaylaştırma eğiliminde olup olmadığı ile ihlal edilen kural veya sözleşmenin amacı çerçevesinde birçok değerlendirmenin yapılmasının gerektiği, bu değerlendirmelerin yapılmaması halinde uygun illiyet bağı teorisinin şart teorisine yaklaşacağı gerekçelerine dayandırılmıştır.

Hukuka aykırılık bağının tespitinde, uygun illiyet bağının tespitine nazaran daha sınırlı bir bakış açısı söz konusudur. Bu teoriye göre, zararın tazmini yükümlülüğü, ancak failin ihlal ettiği normun korumak istediği kişiler için söz konusu olabilecektir. Zarar gören kişi, failin ihlal ettiği normun korumak istediği kişi değilse, failden tazminat istemesi mümkün olmayacaktır.

Hukuka aykırılık bağı teorisinin, uygun illiyet bağı teorisinin yetersiz kaldığı durumları ortadan kaldırmak amacıyla ileri sürüldüğü ve hukuka aykırılık bağının incelenmesi için, failin bir normu ihlal etmesi gerektiği göz önüne alındığında, doktrinde genel görüş, her iki teorinin birlikte uygulanmasına yöneliktir¹⁴⁹.

Adam çalıştırmanın sorumluluğundan söz edebilmek için de, öncelikle çalışanın fiili ile üçüncü kişi nezdinde doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması şarttır. Doktrinde, çalıştırmanın fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı aranması bakımından herhangi bir tartışma

¹⁴⁶ Tandoğan, s. 71-77; Eren, s. 538 – 541; Oğuzman, 2016, C. II, s. 45 - 47; Kılıçoğlu, 2017, s. 398; Çelik, s. 124 – 126; Eren, Uygun İllyet Bağı, s. 19; Abik, Yıldız, Normun Koruma Amacı Teorisi, AUHFD, S. 59; 2010; s. 358.

¹⁴⁷ Abik, s. 356: “Alman, İsviçre ve Türk hukuk çevrelerinde normun koruma amacı” ve “hukuka aykırılık bağı” kavramları sıkça birbirinin yerine kullanılmaktaysa da, “normun koruma amacı” kavramına üstünlük tanınması daha doğru olacaktır.”.

¹⁴⁸ Eren, s. 213; Abik, s. 358 – 359.

¹⁴⁹ Uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağı teorisi ile ilgili görüşler için bkz. Abik, s. 364 – 368; Çelik, s. 134 – 139.

bulunmamaktadır¹⁵⁰. Ancak bazı yazarlar, çalıştırının fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının olmasının yanında, adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında da illiyet bağının bulunması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵¹. Tandoğan, kanunun adam çalıştırının objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu karine olarak kabul ettiğini savunmuştur¹⁵².

Buradan hareketle, TBK m. 66 düzenlemesi gereği, adam çalıştırının özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı olduğu karinedir. Dolayısıyla adam çalıştırının sorumluluğu bakımından üçüncü kişi tarafından ispat edilmesi gereken illiyet bağı, çalıştırının fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır¹⁵³, yoksa adam çalıştırının özen yükümlülüğü ile zarar arasında da uygun illiyet bağının bulunduğunu ispat etmesi gerekmecektir. Özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edemeyen adam çalıştırın, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığını, yani karinenin aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁵⁴.

Tam da bu noktada BK m. 55 metni ile TBK m. 66 metni arasındaki ilgili değişikliğe değinmek gerekmektedir. 818 sayılı BK'nın 55. maddesinde, adam çalıştırının “*dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını*” ispat etmesi halinde zarardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. BK'daki düzenleme nedeniyle, kurtuluş kanıtının iki çeşidinin olduğu, bunlardan ilkinin adam çalıştırının gerekli özeni gösterdiğinin ispatı (eylem karinesi), ikinci çeşidinin ise, adam çalıştırının gerekli bütün dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğinin ispatı (nedensellik karinesi) olduğu kabul edilmekteydi¹⁵⁵.

TBK m. 66 düzenlemesinde adam çalıştırın bakımından böyle bir imkan tanınmamış olmakla birlikte, eski kanun döneminde söz konusu şart, kurtuluş kanıtı bakımından ek bir imkan değil, illiyet bağının kesildiğinin ispatı olarak kabul edilmekteydi¹⁵⁶. İlliyet bağının

¹⁵⁰ Tandoğan, s. 117; Oğuzman, 2016, C. II, s. 146; Eren, s. 621.

¹⁵¹ Eren, s. 621; Sağlam, s. 167; Kara Kılıçarslan, s. 67; Çelik, s. 129.

¹⁵² Tandoğan, s. 117.

¹⁵³ Tandoğan, s. 117; Sağlam, s. 168; Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C. I, s. 391; Çelik, s. 132.

¹⁵⁴ Oğuzman, 2016, C. II, s. 153, Antalya, C. II, s. 275.

¹⁵⁵ Tandoğan, s. 121; Sağlam, s. 168; Kara Kılıçarslan, s. 115.

¹⁵⁶ Bkz. Bölüm II, s. 28-29; Sağlam, s. 168; Bu konudaki tartışmalar için bkz Sağlam, s. 168; Antalya, C. II, s. 269-270. Antalya, adam çalıştırının özen yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin ispatı özel kurtuluş kanıtı, nedensellik bağının kesildiğine ilişkin ispatı ise genel kurtuluş kanıtı olarak incelemiştir, bkz. Antalya, C. II, s. 271 vd. Kanaatimce nedensellik bağının kesilmesi, adam çalıştırının sorumluluğu için aranan genel şartlardan biri olan fiil ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmasına ilişkin şartın eksik olması sonucunu doğurmaktadır. Nedensellik bağının kesildiğinin ispatı, adam çalıştırının sorumluluğunu engellemekle birlikte, bu husus adam çalıştırın bakımından bir kurtuluş kanıtı olarak değerlendirilemeyecektir.

mevcut olmaması zaten her türlü sorumluluğu engelleyen bir durum olduğundan, yeni kanun hükmünde bu hususa yer verilmesine gerek bulunmadığı, bu düzenlemenin yeni metne alınmamasının, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile zarar arasında nedensellik bağı bulunduğuna dair karinenin kaldırıldığı anlamı da taşımadığı kabul edilmiştir¹⁵⁷.

Bu çerçevede kanaatimce de, adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında karine olarak uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Üçüncü kişinin, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından çalıştırmanın fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmesi yeterlidir. Buna karşı adam çalıştırın, objektif özen yükümlülüğünün ihlali veya çalışanın fiili ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁵⁸. İlliyet bağının kesildiğinin ispatı, başlı başına sorumluluğa engel olacağından, adam çalıştırmanın illiyet bağının kesildiğini ispat etmesiyle sorumluluktan kurtulacağına kanun hükmünde ayrıca bir düzenleme yapılmasına da gerek bulunmamaktadır¹⁵⁹.

Zararın mücbir sebepten kaynaklanması, zarar görenin veya üçünü kişinin olayda ağır kusuru veya kastının bulunması, zararın önceden öngörülemez nitelikte olması gibi hususlar illiyet bağını keseceğinden, tazmin yükümlülüğü doğmayacaktır. Çalışmamız özelinde, zararın çalışanın kendisi dışında gelişen, öngörmesi veya önlem alması mümkün olmayan bir olay neticesinde doğması, çalışanın veya zarar görenin ağır kusuru¹⁶⁰ veya kastının

¹⁵⁷ Oğuzman, C. II, s. 153; Antalya, BK m. 55/1'ye yer verilen ilgili karinenin, söz konusu savunmanın ispat yükünün zarar görende olmaması nedeniyle gereksiz değil, yanlış olduğunu savunmuştur, bkz. Antalya, C. II, s. 275; Akartepe, TBK m. 66'ya alınmayan cümlelerin çalışanın davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının yokluğunu değil, adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermemesi ile zarar arasındaki illiyet bağının olmadığını ifade ettiği, bu haliyle adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için genel değil de özel bir ispat şartı öngören ve söz konusu sorumluluğu ilişkin ikinci bir kurtuluş kanıtı imkanı getiren bu hükmün TBK m. 66'ya alınmamasının tereddüte yol açabileceğini belirtmiştir: bkz. Akartepe, s. 163.

¹⁵⁸ Antalya, C. II, s. 270.

¹⁵⁹ Sağlam, zarar görenin veya üçüncü kişinin ayırt etme gücü gücüne sahip olmaması yüzünden kusurlu sayılamayacağı durumlarda ve mücbir sebep yoğunluğuna erişmeyen ama aradaki nedenselliği kesebilecek beklenmedik durumlarda bu ikinci kurtuluş kanıtının önemi olabileceğini, bu istisnai durumlarda zarar görenin zararını, adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini, objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile uğradığı zarar arasında nedenselliğin bulunduğunu ispat etmesi gerekeceğini, bu durumda ispat yükünün adam çalıştırmanın omuzlarından kalkarak zarar görenin omuzlarına yükleneceğini, dolayısıyla ikinci kurtuluş kanıtının TBK m. 66 metnine dahil edilmemesinin eksiklik olduğunu, zarar görenin BK m. 55'deki durumuna nazaran daha ağır bir ispat yüküne maruz bırakıldığını savunmuştur, bkz. Sağlam, s. 16; Özen yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirilmesinin, nedensellik bağının kesilmesi gibi genel kurtuluş kanıtını da beraberinde getirdiğine ilişkin düşünce için bkz. Antalya, C. II, s. 274.

¹⁶⁰ Y3HD, 03.07.2018 T., 2018/3521 E., 2018/7474 K., "Borçlar Kanununun 55.maddesi hükmü gereğince adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zarar ile çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Sorumluluk Hukukunun önemli öğelerinden biri de zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunmasıdır. İlliyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi sorumlu tutulmayacaktır. Teoride ve uygulamada; mücbir sebep, zarar görenin tam kusuru ve üçüncü kişinin ağır

bulunması¹⁶¹ gibi illiyet bağının kesildiği durumlarda, adam çalıştırmanın sorumluluğundan da söz edilemeyecektir.

Çalışanın doğru ve yerinde davranmasına rağmen zararın yine de doğması, adam çalıştırmanın somut durum ve şartların gerektirdiği tüm özen yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen zararın doğması veya adam çalıştırmanın tüm özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı da zararın meydana gelmesini engelleyemeyecek olması gibi nedenler ise, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğü ile zarar arasındaki illiyet bağıni kesecek olup, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne uygun davranış sergilememiş olsa dahi, bu hususların adam çalıştırmanın tarafından ispatı halinde nedensellik bağı mevcut olmayacağından adam çalıştırmanın sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır¹⁶².

Sonuç olarak adam çalıştırmanın, gerek çalışanın fiili ile zarar arasında, gerekse de özen yükümlülüğü ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Adam çalıştırmanın gösterdiği sebeplerin illiyet bağıni kesmesi için, illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olmaları gerekmektedir. İlliyet bağıni kesecek yoğunlukta olmayan sebepler, tazminat miktarının tayininde indirim sebebi olarak nazara alınabilecektir¹⁶³.

Yargıtay, davalı kurumda askeri personel olarak çalışan davacının, görevi sebebiyle araç kullandığı sırada kaza geçirerek vefat etmesi nedeniyle mirasçıları tarafından destekten yoksun

kusuru ile illiyet bağı kesilir ve kusursuz sorumlu olan kişi sorumluluktan kurtulur.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

¹⁶¹ Çalışanın kastının bulunmasının aynı zamanda çalışanın fiili ile zarar arasındaki işlevsel bağı ortadan kaldıracığına ilişkin bkz. Bölüm II, s. 74 vd.

¹⁶² Sağlam, s. 168; Antalya, C. II, s. 269, 275.

¹⁶³ Eren, s. 622; Eren, Uygun İlliyet Bağı, s. 200; Yargıtay, zarar görenin kusurunun illiyet bağıni kesecek derece olmadığı durumlarda, kusurun tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir bkz. Y3HD, 17.06.2014 T., 2014/4403 E., 2014/9751 K., "Sorumlu kişi veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip değildir. Zira bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi, sorumlu kişi veya işletme, her türlü özeni gösterse, gözetim ve denetim ödevini yerine getirir, gerekli bütün tedbirleri alsa bile, gene çoğu zararın meydana gelmesini önlemek mümkün değildir. Bu sebeple sorumluluğunun bağlandığı olgu ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır... Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; yangının, davalı şirkete ait olup, enerji nakil hattındaki tellerin sarkması ve rüzgarın etkisiyle ark oluşturması neticesinde meydana geldiği; sonuçta davalı şirketin faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağıni bulunduğuna, ancak zararın belirlenmesi için davalı yanında davacının yangının nitelik ve niceliği itibarıyla almakta bulunduğu tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yangının büyümemesi için sorumluluk halinin değerlendirilmesi gerekir. Ne var ki, zararın kapsamını tayinde davacı idarenin kusurunun olup olmadığının da araştırılıp, tartışılması gerekmektedir. Davalının durumu kusursuz sorumlulukta zararın artmasına sebebiyet verirse kusur oranının belirlenmesinde indirim sebebinin oranını belirlemek hakserlik ve denkserlik kuralının bir sonucu olarak ortaya çıkacaktır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

kalma tazminatı talebiyle ikame edilen davada, davacıların desteğinin kazada %70 oranında kusurlu olması nedeniyle ağır kusurlu olduğu, davalı kurumun kazanın meydana gelmesinde herhangi bir hizmet kusuru bulunmadığı, desteğin ağır kusuru nedeniyle davalı kurumun sorumluluğu yönünden illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle davanın reddine karar veren Yerel Mahkeme kararını bozmuştur¹⁶⁴. Bozmaya ilişkin Yargıtay kararında, destekten yoksun kalma tazminatına konu zarara ilişkin hakkın desteğe ait olmadığı, bu nedenle destekten yoksun kalma tazminatında hak sahiplerinin üçüncü kişi konumunda olduğu, olaya uygulanması gereken hükümlerden birinin BK m. 55 olduğu, adam çalıştıranın sorumluluğu için çalışanın veya adam çalıştıranın kusurunun aranmadığı, çalışanın kusurunun, somut olay bakımından üçüncü kişi konumunda olan davacıların destekten yoksun kalma tazminatı taleplerine etkisi olmayacağı, Yerel Mahkemece çalışanın ağır kusuru nedeniyle illiyet bağının kesildiği değerlendirilmiş ise de, kazaya karışan diğer araç sürücüsünün de kusuru olduğundan illiyet bağının kesildiği sonucuna varılamayacağı belirtilmiştir¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Aynı yönde bir Yargıtay kararında da, iş kazası sonucu hayatını kaybeden çalışanın murisleri tarafından açılan davada, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının işçinin tam kusuru ile kesilmiş olması nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilemeyeceğine karar vermiştir, bkz. Y21HD, 06.11.2001 T., 2001/7132 E., 2001/7449 K., “Dava, iş kazası sonucu ölüm nedeniyle hak sahiplerinin manevi tazminat istemine ilişkindir. Olay günü, dava dışı Tuncay Ö. yönetimindeki 35 PK 5.. plaka sayılı otobüs ile Aydın'dan Söke'ye dönmekte olan ve hasta taşıyan davalı Belediyeye ait davacılar murisi C sınıfı sürücü belgeli Erol Kundak yönetimindeki 09 SK 8.. plaka sayılı ambulans aracının çarpışması sonucu davacılar murisinin öldüğü kazada 3. şahsın kusursuz, davacılar murisinin 8/8 oranında kusurlu olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık olayın oluşunda %100 oranında sigortalının kusurlu bulunması durumunda istihdam eden sıfatı ile davalı Belediyenin sigortalının uğradığı zarar nedeniyle tazminattan sorumlu tutulup, tutulmayacağı noktasında toplanmaktadır. Gerçekten, 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere istihdam edenin sorumluluğu için kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk “özen ve gözetim ödevinin” objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan “kusura” dayanmayan bir sorumluluktur. Zararın hizmet sırasında çalıştırılanın eylemi sonucunda meydana gelmesi yeterlidir. Başka bir anlatımla kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterli olmayıp, eylemle zarar arasındaki uygun neden-sonuç bağının işçinin ya da üçüncü kişinin tam kusuru ile kesilmemiş olması da zorunludur. Somut olayda, zararlandırıcı olayda %100 oranında davacılar murisi olan Erol K'nin kusurlu olduğu açık-seçiktir. Hal böyle olunca, zararlandırıcı olay sigortalının tamamen kusurlu davranışı sonucu oluştuğuna göre, nedensellik bağının kesildiği, giderek yukarıda sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararına dayanılarak istihdam eden davalı idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği ortadadır.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

¹⁶⁵ Y17HD, 16.10.2014 T., 2013/9747 E., 2014/13604 K., “Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar; sürücü desteğin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte vefat eden (sürücü) üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarardır. Böyle bir zararın vefat edenin (sürücünün) kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisi olmadığı gibi, doğrudan vefat edenin (sürücünün) zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. Sürücünün ölümü zararı doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmuştur. Buradaki zarar, mirasçıların salt bu sıfatla devraldıkları murislerinin uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir. Destekten yoksun kalma tazminatına dayanak teşkil eden hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olsa idi doğrudan vefat eden (sürücü) üzerinde doğup ondan mirasçılarına intikal edeceğinden, bu yöndeki savunmalar ölenin desteğinden yoksun kalanlara karşı ileri sürülebilecekti. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere, destekten yoksun kalma tazminatına konu davacıların zararı, desteklerinin ölümü sebebiyle destekten yoksun kalan sıfatıyla doğrudan kendileri üzerinde doğan zarardır. Bu zarardan doğan hak desteğe ait olmadığına göre, onun kusurunun bu hakka etkili olması da düşünülemez.

Aynı olayda bozma sonucu Yerel Mahkemenin kararında direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, desteğin ölümü sebebiyle meydana gelen zararın yansıma yoluyla destek görenleri etkilediği, bu nedenle desteğin kusurlu davranışlarının da aynı şekilde destek görenlere yansıtacağı, yansıma yoluyla zarar görmüş olan destek tazminatı isteyenlerin, kendisine destek sağlayan kişinin sahip olduğu haktan fazlasına sahip olmalarının mümkün olmadığı gerekçeleriyle direnme kararını onamıştır¹⁶⁶. Bozma ilamındaki çalışanın kusurunun adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından illiyet bağıni kesebilmesi için, kusurun illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olması gerektiğine ve bu açılardan yeterli inceleme yapılmadan hüküm

Yukarıda yapılan açıklamalar değerlendirildiğinde adam çalıştırarak üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bulunan davalı kurumun sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru kanuni şartlardan olmadığı, bunun yanında destekten yoksunluk zararının doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde olduğu ve bu zarardan doğan hak desteğe ait olmadığına göre, onun kusurunun da bu anlamda hakka etkisinin olmayacağı, ayrıca mahkemece davacılar desteğinin meydana gelen olayda ağır kusurlu olduğu ve illiyet bağıni kesildiği değerlendirilmiş ise de sözkonusu kazada kazaya karışan diğer araç sürücüsünün de kusurunun bulunduğu gözönüne alındığında ağır kusur ve illiyet bağıni kesildiği sonucuna varılamayacağı dikkate alınarak yukarıda söz edilen bu hukuki durumların değerlendirilmesiyle varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve değerlendirmeye karar verilmesi bozma nedeni olarak kabul edilmesini gerektirmiştir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.05.2019.

¹⁶⁶ YHGK, 01.11.2017 T., 2017/17-1315 E., 2017/1239 K., “Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar murisin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte muris üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarardır. Böyle bir zararın murisin kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisi olmadığı gibi doğrudan murisin zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. Murisin ölümü zararı doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmuştur. Buradaki zarar, mirasçıların salt bu sıfatla devraldıkları murislerinin uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir. Talep edilen destek zararı, ölenin değil üçüncü kişilerin üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yolu ile meydana gelen zarardır. Bu hâlde üzerinde durulması gereken en önemli husus, araç şoförünün (desteğin) kazanın meydana gelmesinde tam veya kısmi kusurlu olmasının, üçüncü kişi durumunda bulunan desteğinden yoksun kalanlara karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğidir... Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ışığında bir motorlu aracın işletilmesinin bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde araç işleteninin bu zarardan sorumlu olacağı düzenlendiğine göre, ilke olarak sürücünün (desteğin) ölümünden işletenin sorumlu olduğu, dolayısıyla davacıların işletenden talepte bulunma haklarının bulunduğu kabul edilmelidir. Yansıma yoluyla zarar görmüş olan destek tazminatı isteyenlerin, kendisine destek sağlayan kişinin sahip olduğu haktan fazlasına sahip olmaları mümkün değildir. Nitekim BK'nun 44/l. maddesi, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz ilkesine dayanmaktadır. Zararın artmasına veya doğmasına sebep olan kişi sonuçlarına da kendisi katlanmalıdır. Diğer bir deyişle, nasıl ki desteğin ölümü sebebiyle meydana gelen zararın yansıma yoluyla destek görenleri etkilediği kabul ediliyorsa, desteğin kusurlu davranışlarının da aynı şekilde destek görenlere yansıtacağının kabul edilmesi gerekir. Zira zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya hatta zararın meydana gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının sonuçlarına katlanmalı ve bu davranışının zararın meydana gelmesinde oynadığı role, etkisine ve derecesine göre zararı kısmen veya tamamen üzerine almalıdır. Çünkü kendi kusuruyla sebebiyet verdiği ya da artmasına neden olduğu zararın ödettilmesini istemek Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır. O halde somut olayda objektif iyi niyet kurallarına (TMK m.2) göre davacıların murisinin %70 kusuruyla meydana gelen kaza sonucu ölümü nedeni ile davacıların talep ettikleri destekten yoksunluk tazminatından işletenin sorumlu olmadığı kabul edilmelidir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında destekten yoksun kalma tazminatının yansıma zararı olması sebebiyle desteğin kusurunun davacılara karşı ileri sürülemeyeceği ve bozma kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Tüm bu sebeplerle yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmektedir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

tesis edilmesinin hatalı olacağına ilişkin değerlendirmelere katılmakla birlikte, olaya TBK m. 66 kapsamında adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasına katılmak mümkün değildir. Zira her ne kadar bozma ilamında, TBK m. 66 kapsamında değerlendirme yapılarak destek görenlerin üçüncü kişi konumunda olması nedeniyle çalışanın ve adam çalıştırmanın kusurundan bağımsız olarak adam çalıştırandan tazminat talep edilebilecekleri ve çalışanın kusurunun adam çalıştırıcı bakımından illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmadığı kabul edilmiş ise de, kanaatimizce söz konusu olayda TBK m. 66'nın uygulanması için zorunlu olan çalışanın işini gördüğü sırada işi sebebiyle üçüncü kişiyi zarara uğratması kurgusu yoktur ve destek görenlerin üçüncü kişi olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle somut olaya TBK m. 66 hükümlerinin değil, iş kazası nedeniyle işverenin sorumluluğunu öngören hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Zira işveren, işçisine karşı kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca sorumlu olmadığı gibi, işçiden destek görenlere karşı da kusursuz sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İşverenin kusursuz sorumlu olduğu kişi, çalışanın davranışı nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişidir¹⁶⁷.

Benzer bir olayda Yargıtay, iş kazası sonucunda vefat eden işçinin yakınlarının ikame ettiği manevi tazminat talepli davada, yine BK m. 55 doğrultusunda değerlendirme yapmış, zarar görenin %100 kusurlu olduğunu ve bu nedenle fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı kesileceğinden işverenin sorumluluğunun olmadığını kabul etmiştir¹⁶⁸. Söz konusu kararda BK

¹⁶⁷ Y11HD, 18.05.2005 T., 2004/7145 E., 2005/5332 K., "BK.nun 55. maddesine göre, istihdam eden, maiyetinde çalıştırdığı kimselerin hizmetleri ifa ettiği sırada yaptıkları zarardan kusursuz sorumludur. Ancak, zararın vukuu bulunmaması için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özeni gösterdiğini yada, gösterse bile zararın oluşmasına engel olamayacağını kanıtlaması durumunda sorumlu tutulamaz. Diğer bir deyiş ile kusursuz sorumluluk hallerinde dahi kurtuluş beyyinesi ileri sürülmesi mümkündür. Maddenin 2. fıkrası gereğince de adam çalıştırıcı tazmin ettiği zarar tutarı için zararı ika eden kişiye rücu hakkı bulunmaktadır. Somut olayda yasanın uygulanmasının ne şekilde olacağının irdelenmesi gerekmektedir. Zira, yasada benimsenen hususlar, istihdam edilen kişinin eyleminden 3. kişilerin zarar görmüş olması durumunda uygulama açısından bir sorun olmaz. Ancak, işin yürütülmesi sonucunda istihdam edilen gerek kendi kusuru gerekse kusursuzluğu sonucunda doğrudan kendisi zarar gördüğü takdirde yasa uygulamasında ne şekilde hareket edileceği tartışılmalıdır. Çalışan kişinin kendisinin kusurlu olması durumunda, istihdam eden, ancak kendisinde kusurlu ise bu kusur oranı dikkate alınarak zarar gören adamına karşı sorumlu olacaktır. Daha açık deyişle, müstahdemin kusuru oranında tazminat yükümlülüğünden kurtulacaktır. Müstahdemin ölümü üzerine onun mirasçılarının tazminat talepleri, doğrudan zarar olarak değil, dolaylı zararları sözkonusu olacağından, müstahdemin kusurları sözkonusu ise mirasçılar açısından da müstahdemin kusurunun değerlendirilmesi gerekmektedir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

¹⁶⁸ Y21HD, 09.03.2009 T., 2008/12304 E., 2009/3393 K., "Uyuşmazlık, bütün kusurun zarara uğrayanda olması durumunda hak sahipleri yararına manevi tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Bu yönü ile davanın yasal dayanağı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi ile 26.06.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıdır. Anılan kararda, istihdam edenin Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için ne kendisinin ne de çalışanın kusurunun şart olmadığı belirtilmiştir. Ancak eylemle zarar arasındaki illiyet bağına kesilmemiş olması koşuldur. Çalıştırıcının sorumluluğu için çalıştırıcı ile çalıştırılan arasında çalıştırma ve bağımlılık ilişkisinin bulunması, zararın hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşması, eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağına bulunması gerekir. Başka bir anlatımla kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterli olmayıp eylemle zarar arasındaki uygun nedensellik bağına mücbir sebep veya işçinin ya da 3. kişinin ağır kusuru ile

m. 55 çerçevesinde inceleme hususunda atıf yapılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 22.06.1966 tarihli 7/7 sayılı kararında ise, çalışanın fiili ile işin yapılması sırasında bedence zarara uğrayan kişinin veya ölenin ailesinin, adam çalıştırandan manevi tazminat isteyebilip isteyemeyeceği, isteyebilmesi halinde çalışanın kusurunun aranıp aranmayacağı tartışılmış, adam çalıştırmanın manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için kendisinin veya çalışanın kusurunun şart olmadığına, hakimın zarar ile çalışanın fiili arasında illiyet bağı olması kaydıyla özel hal ve şartları takdir ederek manevi tazminata hükmedebileceğine, varsa çalışanın veya adam çalıştırmanın yahut her ikisinin kusurunun ve ölenin veya cismani zarar uğrayanın birlikte sebebiyet verme nispetinin yahut müterafik kusurunun özel hal ve şartlar içinde takdir edilmesi gerektiğine kanaat getirilmiştir¹⁶⁹. Ancak söz konusu kararda, çalışanın fiili neticesinde zarar görenin veya ölüm halinde o kişinin yakınlarının adam çalıştırandan manevi tazminat talep edip edemeyeceklerini değerlendirilmiş olup, bizzat çalışanın yakınlarının kusursuz sorumluluk gereğince adam çalıştırandan manevi tazminat talep edebileceğine ilişkin herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Gerçekten de çalışanın fiili neticesinde zarar gören kişi veya o kişinin ölümü halinde yakınlarının, çalışanın veya adam çalıştırmanın kusuruna bakmaksızın adam çalıştırandan manevi tazminat talep edebileceğine tereddüt bulunmamaktadır¹⁷⁰. Ancak bizzat çalışanın yakınlarının, üçüncü kişi olmamaları nedeniyle adam çalıştırandan BK m. 55 veya TBK m. 66 gereğince tazminat talep edebileceği kabul edilemeyecektir.

kesilmemiş olması zorunludur. Somut olayda işçinin %100 kusurlu olduğu dolayısıyla illiyet bağının kesilmesi nedeniyle tam kusurlu bulunan işçinin kusurlu davranışının sonuçlarından işverenin sorumlu tutulamayacağı, öte yandan dosyadaki bilgi ve belgelerden satış elemanı olarak araç satışında çalıştığı açıkça anlaşılan işçinin, işin gereği araç teslimi ve teslim alınması işi ile de görevli olduğunun açık olması karşısında tanık beyanlarına dayanılarak görevi bulunmadığı aracın teslimini yerine getirirken kazanın meydana geldiğinin kabulü ile yukarıda açıklanan ilkeler bertaraf edilerek çalıştırmanın sorumluluğuna gidilemeyeceği de ortadadır.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.05.2019.

¹⁶⁹ YİBGK, 22.06.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K., “İstihdam edilenin eylemi ile işin yapılması sırasında bedence zarara uğrayan kişinin veya ölenin ailesinin, istihdam edenden manevi tazminat isteyebilip isteyemeyeceği, isteyebilmesi halinde müstahdemin kusurunun aranıp aranmayacağı, müstahdemin kusuru aranacaksa, B.K.nun 47. maddesindeki hususi haller değiminin ağır kusur anlamında uygulanıp uygulanmayacağı, kusurun ağırlığı sözünün kapsamı, hafif kusur halinde sorumlu tutulup tutulmayacağı konularında daire kararları arasında içtihat ihtilafı bulunduğundan bahisle ihtilafın içtihadı birleştirme yolu ile gidilmesi 4. Hukuk Dairesi Başkanlığınca 1. Başkanlığa gönderilen 24.4.1966 tarih ve 131 sayılı yazı ile istenilmesi üzerine, keyfiyet hukuk kısmı içtihadı birleştirme Genel Kurulunda incelenip görüşüldü... İstihdam edenin Borçlar Kanununun 47 inci maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulabilmesi için ne kendisinin, ne de müstahdemin kusurunun şart olmadığına, hakimın sebebiyet (illiyet) münasebeti bulunmak kaydıyla özel hal ve şartları takdir ederek manevi tazminata hükmedebileceğine, varsa müstahdemin veya istihdam edenin yahut her ikisinin kusurunun ve ölenin veya cismani zarar uğrayanın birlikte sebebiyet verme nispetinin yahut müterafik kusurunun özel ha ve şartlar içinde takdir edilmesi gerektiğine, ilk toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından ikinci toplantıda mevcudun yarısını geçen çoğunlukla ve 26/6/1966 tarihinde karar verildi.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

¹⁷⁰ Bkz. Bölüm I, s. 33.

Yine Yargıtay, iş kazası sonucu hayatını kaybeden işçinin yakınları tarafından ikame edilen tazminat davasında, kazanın karşı tarafı olan üçüncü kişinin 8/8 kusurlu olduğunun değerlendirildiğini, bu açıdan adam çalıştıran bakımından illiyet bağının kesilip kesilmediğinin, adam çalıştıranın işçi bakımından alması gereken önlemleri alıp almadığının ve bu hususlara işçi tarafından uyulup uyulmadığının belirlenerek hüküm tesis edilmesi gerektiği gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur¹⁷¹. Dolayısıyla Yargıtay, yukarıda da belirtildiği gibi hatalı

¹⁷¹ Y21HD, 17.04.2003 T., 2003/3574 E., 2003/3517 K., "Dava, iş kazası sonucu ölen işçinin hak sahiplerinin maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Olay günü davalı işverene ait 43 HN 323 plaka sayılı kamyon sürücüsü olan işçi Celalettin oluşan trafik iş kazasında hayatını kaybetmiştir. Olayla ilgili Asliye Ceza Mahkemesinde alınan 22.10.1998 günlü Adli Tıp Trafik İhtisas dairesince verilen kusur raporunda dava dışı 3.kişi Hüsnüye Taşçı'ya 8/8 kusur verilmiştir. Mahkemece bu dava da, BK'nun 55 ve 2918 sayılı Yasa gereğince işveren davalının kusursuz sorumluluğu ile sonuca gidilmiş ise de, bu sonuç usul ve yasaya uygun değildir. Gerçekten 27.3.1957 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere, BK'nun 55.maddesi uyarınca istihdam edenin sorumluluğu için kendisini veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Burada ki sorumluluk "özen ve gözetim ödevinin" objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan kusura dayanmayan bir sorumluluktur. Ne var ki istihdam edenin sorumluluğu için, istihdam edenle istihdam olunan arasında çalıştırma ve bağımlılık ilişkisinin bulunması, zararın hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşması, eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Başka bir anlatımla kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterli olmayıp, eylemle zarar arasında ki uygun neden-sonuç bağının işçinin ya da 3.kişinin tam kusuru ile kesilmemiş olması zorunludur. Oysa, hükme esas alınan kusur raporunda zararlandırıcı olayda % 100 oranında 3.kişinin kusurlu olduğu ve bu nedenle mahkemenin bu kabul ile sonuca gitmesinin yerinde olmadığı gibi, davanın özelliği nedeniyle yöntemine uygun kusur raporu alınmadan eksik inceleme ve değerlendirme ile sonuca gidildiği görülmektedir. Mahkemece yapılacak iş; işçi sağlığı ve iş güvenliği uzmanı ve trafik konularında da uzman bilirkişilerden, olayın oluşu ve tüm dosya kapsamı değerlendirilerek, İş Kanunun 73.maddesinin öngördüğü koşullar gözönünde tutularak ve özellikle işyerinin niteliği, kazanın oluşunu ve işverene ait aracın tüm teknik özellikleri dikkate alınarak, işyerinde uygulanması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğünün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kazanın oluşumun da kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanmasına ilişkin rapor alınarak, olayda işveren yönünden "illiyet bağı" oluşuyorsa verilen rapor dosyada ki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir."; Aynı yönde bkz. Y21HD, 29.11.1996 T., 1996/5418 E., 1996/6635 K., "Dava, iş kazası sonucu ölen işçinin hak sahiplerinin maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Olay günü davalı maliklerin hissedar bulunduğu apartman kapıcısı bulunan Servet'in, bahçede yürürken komşu inşaatçı tuğla düşmesi sonucu öldüğü, olayda inşaat yüklenicisinin % 60 oranında kusurlu bulunduğu, % 40 oranında kaçınılmazlığın söz konusu olduğu, uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık bu durumda davalıların istihdam eden sıfatı ile sorumlu olup olmayacakları noktasında toplanmaktadır. Gerçekten, 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere, BK'nun 55. maddesi uyarınca istihdam edenin sorumluluğu için kendisini veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk "özen ve gözetim ödevinin" objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan kusura dayanmayan bir sorumluluktur. Ne varki, istihdam edenin sorumluluğu için, istihdam edenle istihdam olunan arasında çalıştırma ve bağımlılık ilişkisinin bulunması, zararın hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşması, eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Somut olayda, zararın üçüncü kişinin kusurlu davranışı ve kaçınılmazlık sonucu oluştuğu, nedensellik bağının kesilmesi nedeniyle giderek yukarıda sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararına dayanılarak istihdam eden durumundaki davalıların sorumluluklarına gidilemeyeceği açıktır. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle anılan İçtihadı Birleştirme Kararına yanlış anlam verilerek maddi ve manevi tazminat istemlerinin reddi yerine, yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."; Y21HD, 16.05.1995 T., 1995/1331 E., 1995/2288 K., "Dava, iş kazası sonucu sürekli işgöremezliğe maruz kalan işçinin uğramış olduğu maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Olay günü, davalı İsmail yönetimindeki 14 792 plaka sayılı kamyon ile davalı İdareye ait sürücü Nail yönetimindeki 41.... 366 plaka sayılı minübüsün çarpışması sonucu, davacının % 46 oranında meslekte kazanma gücünü yitirdiği kamyon şoförü davalı İsmail'in 8/8 oranında kusurlu olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, olayın oluşunda % 100 oranında

olarak işverenin işçisinin yakınlarına karşı BK m. 55 gereğince sorumlu olduğunu kabul etmiş ve kazaya karışan üçüncü kişinin tam kusurlu olması halinde işveren bakımından illiyet bağının kesilip kesilmediğinin araştırılmasını istemiştir.

Zarar görenin ağır kusuruna ilişkin olarak, davacının kimliği tespit edilemeyen kişilerin talebi üzerine davalı bankada açılan hesaba iştirâ bedeli havale ettiği, ancak daha sonra dolandırıldığı ve davalı bankada açılan hesabın sahte kimlik belgesi ile açıldığını anladığı şeklindeki olay ile ilgili olarak, davalı banka görevlisinin hesap açarken gerekli özeni göstermediği iddiasıyla banka aleyhine açılmış olan tazminat davasının Yerel Mahkemece davalı bankanın kusuru olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi ile ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, davacının dikkat ve özeni göstermeden iştirâ bedelini davalı bankaya havale yapmakla ağır kusurlu olduğunu, ancak davalı bankanın hesabın açılışı sırasında üzerine düşen dikkat ve özeni gösterip göstermediği konusunda da bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği, bu incelemenin sonucunda alınacak rapora göre, davacının ağır kusurlu olduğu da göz önüne alınarak hüküm tesis edilmesi gerektiği gerekçeleriyle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur¹⁷².

üçüncü kişinin kusurlu bulunması durumunda istihdam eden sıfatı ile davalı idarenin tazminattan sorumlu tutulup, tutulmayacağı noktasında toplanmaktadır. Gerçekten, 27.3.1957 gün, 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere istihdam edenin sorumluluğu için kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk "özen ve gözetim ödevinin" objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan "kusura" dayanmayan bir sorumluluktur. Zararın hizmet sırasında çalıştırılanın eylemi sonucunda meydana gelmesi yeterlidir. Başka bir anlatımla, kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterli olmayıp, eylemle zarar arasındaki uygun neden sonuç bağının işçinin ya da üçüncü kişinin tam kusuru ile kesinleşmemiş olması da zorunludur. Somut olayda, zararlandırıcı olayda %100 oranında üçüncü kişi durumunda olan davalı İsmail'in kusurlu olduğu açık-seçiktir. Hal böyle olunca, zararlandırıcı olay üçüncü kişinin tamamen kusurlu davranışı sonucu oluştuğuna göre nedensellik bağının kesildiği, giderek yukarıda sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararına dayanılarak istihdam eden davalı idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceği ortadadır. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle, anılan İçtihadı Birleştirme Kararına yanlış anlam verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 04.06.2019.

¹⁷² YHGK, 27.06.2012 T., 2012/7-293 E., 2012/418 K., "Somut olaya gelince; davacı sigortacının elindeki kayıtlarda gerçek sigortalısına ait adres, telefon numarası ve imza örnekleri bulunmakta olup, davacıya ödeme için başvuran kişinin adres ve telefon numaralarının davacının elindeki kayıtlara uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca davacıya müracaatta bulunan kişinin imzalarının davacının elinde bulunan kayıtlardaki imzaya uygunluk sağlamadağı davacı tarafından fark edilip müracaatta bulunan kişiye 14.05.2008 tarihli yazı ile bildirilmesine ve başvuran kişinin ikinci müracaattaki imzalarının da kayıttaki imzalara uygun olmadığına anlaşılmamasına rağmen, davacı sigortacı bu uyumsuzluk üzerinde durmamış ve kendi nezdinde bulunan telefon numarasından gerçek sigortalısına ulaşmamıştır. Bütün bunlara rağmen davacı sigortacının kendisine düşen dikkat ve özeni göstermeden iştirâ bedelini davalı bankaya havale yapmakla ağır kusurlu olduğunu kabul etmek gerekir. Öte yandan, davacı ile davalı banka arasında havale ilişkisi olmevcut olup, davalı bankanın hesabın açılışı sırasında gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılamamaktadır. Her ne kadar özel daire bozmasında davalının kusurlu olduğu belirtilmiş ise de davalının kusurlu olduğunun tespit edilebilmesi için davalının hesap açılması sırasında gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği konusunda bilirkişi incelemesi yapılması gerekmektedir. Şu durumda, mahkemece yapılacak iş; davalı bankanın hesabın açılışı sırasında üzerine düşen dikkat ve özeni gösterip göstermediği konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılarak, davacının ağır kusurlu olduğu da gözönünde bulundurulmak suretiyle varılacak sonuç çerçevesinde bir hüküm kurulması olmalıdır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 16.05.2019.

Kanaatimce Yargıtay'ın burada, hesap açılış işlemlerini yapan banka görevlisinin gerekli dikkati göstermemiş olması nedeniyle davacının zararının doğduğu iddia edildiğinden, davalı bankanın TBK m.66 gereği kusursuz olarak sorumlu olup olmadığını çözümlemesi gerekmekte olup, adam çalıştıranın sorumluluğu için zarar ile çalışanın fiili arasında illiyet bağı bulunması şart olduğundan, aynı kararda davacının yani zarar görenin ağır kusurlu olduğunu da kabul ettikten sonra ağır kusurun illiyet bağını kesip kesmediğini değerlendirerek bir sonuca varması gerekir iken, kusursuz sorumlu bankanın kusurunun bulunup bulunmadığının bilirkşi marifetiyle tespiti için dosyayı Yerel Mahkemesine göndermesi hatalıdır.

Yargıtay bir kararında da, banka nezdinde çalışan kişinin işlemleri nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden ve bu nedenle kusursuz sorumluluk gereği banka aleyhine dava ikame eden üçüncü kişinin, çalışan ile eşi arasında ticari ilişki bulunması nedeniyle çalışanın davranışlarını bilen veya bilmesi gereken konumunda olduğu, bu nedenle ikame ettiği davanın TMK m. 2 ile bağdaşmadığı gerekçesiyle bankanın sorumluluğunun olmadığına karar vermiştir¹⁷³. Kanaatimizce burada Yargıtay tarafından tartışılması gereken zarar görenin davranışı nedeniyle adam çalıştıran bakımından illiyet bağına kesilip kesilmediği olup, dürüstlük kuralına aykırı talep nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğunun şartlarına değinmeden hüküm verilmesi isabetli olmamıştır.

III. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Özel Şartları

Adam çalıştıranın sorumluluğunda, hukuka aykırı fiil, zarar ve uygun illiyet bağı gibi haksız fiile ilişkin genel şartların yanında, TBK m. 66'da düzenlenen bir takım özel şartlar da aranmaktadır. Buna göre, adam çalıştıranın çalışanın fiili nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, adam çalıştıran ile çalışan arasında özel hukuk kurallarına tabi bağımlılık ilişkisi olması, zararın çalışanın işi gördüğü sırada meydana gelmesi ve işle ilgili

¹⁷³ Y11HD, 06.04.2010 T., 2010/116 E., 2010/3837 K., "Davacı adına açılan TL ve DEM hesaplarına başka hesaplardan virman yapılarak paralar yatırıldığı, bu virmanların hiçbir talimata dayanmadığı, işlemleri yapan kişinin davalının çalışanı olan Ö.Ö. olduğu, davacının eşinin bu işlemleri yapan personelin örtülü olarak ortak bulunduğu şirketlerde ortaklığının bulunduğu, davacı hesaplarının gerçek durumu yansıtmadığı, para teslimatının olmadığı, personelin mevcut hesaplardan paralar virman ederek gerçeğe aykırı şekilde, kendisi, kardeşi ve dolaylı ortaklığının bulunduğu firmalar, firma ortakları ve ortak yakınları adına fiktif hesaplar açtığı, nakit çekmeler veya ilgisi olduğu kişilere havale gerçekleştirdiği, kural olarak davalının BK'nun 55, 100 ve TTK'nun 449. maddesi uyarınca çalışanlarının eylemlerinden sorumlu olduğu, ancak bu sorumluluğun doğması için bankaya güven duygusu ile para yatırılmasının gerektiği, davalının personeli ile davacının eşinin ticari ilişkileri, hesap hareketleri ve tüm dosya kapsamından anlaşılacağı üzere davacının iyi niyetli üçüncü kişi bulunmadığı, hesapların fiktif açıldığı, işlemleri bilen veya bilmesi gereken konumunun olduğu, her ne kadar hesap cüzdanı var ise de dayanağı fiili para yatırma olgusunun bulunmadığı, davacının davalının TMK'nun 2. maddesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle davanın reddi isabetlidir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 17.05.2019.

olarak verilmesi, olumsuz şart olarak da adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirememiş olması gerekmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde, adam çalıştırmanın sorumluluğu için aranan özel şartlar, Yargıtay kararları ışığında incelenecektir.

A. Adam Çalıştıran ile Çalışan Arasında Bağımlılık İlişkisi Olması

Çalışmamıza konu kusursuz sorumluluk halinin doğabilmesi için her şeyden önce bir adam çalıştırmanın ve çalışanın olması gerekmektedir¹⁷⁴. Bu nedenle adam çalıştıran ve çalışan kavramları, kusursuz sorumluluğun varlığının tayininde oldukça önem arz etmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde, adam çalıştıran kavramı yerine istihdam eden kavramı kullanılmış olsa da, bu anlamda iki madde arasında terimsel farklılık dışında kavramsal herhangi bir ayrıklık bulunmamaktadır. Adam çalıştıran kavramı, zaman zaman İş Kanunu'nun da düzenlenen işveren kavramı ile bağdaştırılmakla birlikte, işveren kavramından daha geniştir¹⁷⁵.

İş Kanunu m. 2'ye göre, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denilmektedir. Dolayısıyla İş Kanunu anlamında işveren sıfatının doğması için, her şeyden önce bir iş sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. Buna rağmen, adam çalıştıran ile çalışan arasında, iş hukuku anlamında sözleşmesel bir ilişkinin varlığı zorunlu olmadığından, adam çalıştıran kavramı işveren kavramından daha geniştir¹⁷⁶.

Adam çalıştıran, kendisine bağımlı durumda olan bir kişinin hizmetinden, kendi maksatları için faydalanan, çalışan ise adam çalıştırmanın amacına hizmet eden kişidir¹⁷⁷. Yargıtay adam çalıştırana *“işlerini gördürmek amacıyla bağımlılık ilişkisi içinde, üçüncü bir kişinin hizmetine başvuran, onun hizmetinden yararlanan, onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kimse”* şeklinde tanımlamıştır¹⁷⁸. Çalışan ise, bir kişinin işini, onun emri, denetimi,

¹⁷⁴ Y3HD, 11.02.1975 T., 1975/493 E., 1975/835 K., *“Kazayı yapan şoförün davalı fakülte tarafından istihdam edilip edilmediğinin araştırılması ve şayet davalı fakülte tarafından istihdam edildiği anlaşıldığı takdirde işin esasının incelenip sonucu dairesinde bir karar tesisi gerekirken yazılı şekilde otobüsün trafikte fakülte adına kayıtlı bulunmadığından bahsiyle red kararı ittihazi isabetsiz temyiz itirazı yerindedir.”*, www.kazanci.com; erişim tarihi: 29.05.2019.

¹⁷⁵ Eren, s. 623.

¹⁷⁶ Y3HD, 13.11.208 T., 2018/6438 E., 2018/11393 K. *“Diğer taraftan, adam çalıştıran... İşveren kavramından daha geniş kapsamlıdır.”*, www.kazanci.com; erişim tarihi: 12.05.2019.

¹⁷⁷ Tandoğan, s. 109; Antalya, C. II, s. 254; Altay, s. 183; Kara Kılıçarslan, s. 71.

¹⁷⁸ Yargıtay 3. HD 23.05.2018 T., 2016/18526 E., 2018/5676 K. *“Adam çalıştıran' deyimi, mesleki veya diğer herhangi bir işin ifasında, başkalarını çalıştıran kimseyi tanımlamaktadır. Diğer bir anlatımla; işlerini gördürmek*

talimatı ve gözetimi altında yapan kişidir¹⁷⁹. Bu tanımlar ışığında, TBK m. 66 anlamında çalıştırma ilişkisinin kabul edilebilmesi için, çalışanın adam çalıştırmanın amaçlarına yönelik olarak hizmette bulunması gerekmektedir. Bu amacın mesleki bir faaliyete veya salt eğlenmeye yönelik olması da herhangi bir önem taşımamaktadır, önemli olan çalışanın adam çalıştırmanın amaçlarına yönelmiş olmasıdır¹⁸⁰.

Adam çalıştırıcı gerçek veya tüzel bir kişi, hatta kamu tüzel kişisi olabilir¹⁸¹. Yine bir kişinin hizmetinden faydalanma, genellikle bir hizmet sözleşmesi kapsamında olabileceği gibi, aile hukuku ilişkisi çerçevesinde dahi olabilecektir¹⁸². Dolayısıyla çalışan tarafından görülen işin mutlaka bir ticari işletmeyle ilgili olması gerekmemektedir. Ayrıca yararlanmanın bir ivaz karşılığı olması da zaruri değildir, çalışanın adam çalıştırıcının işini ona bağlı olarak hatır için dahi olsa yapması halinde, adam çalıştırıcının TBK m. 66 kapsamında sorumluluğundan bahsedilebilecektir¹⁸³.

amacıyla bağımlılık ilişkisi içinde, üçüncü bir kişinin hizmetine başvuran, onun hizmetinden yararlanan, onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kimseye 'adam çalıştırıcı' denir. Bir şahsın diğerinin çalışanı olarak kabul edilebilmesi için o şahsın çalıştırana tabi olması, onun emri altında çalışması gerekmektedir. Yani çalışanın işini yaparken adam çalıştırana tabi olması, onun gözetiminde işin yapılması ve onun talimatlarına bağlı olması gerekmektedir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 07.03.2019; Y3HD, 13.11.208 T., 2018/6438 E., 2018/11393 K. “Diğer taraftan, adam çalıştırıcı, işlerinin görülmesi için üçüncü bir kişinin hizmetine başvuran, onun hizmetinden yararlanan, onun üzerinde denetim ve gözetim yetkisi olan kişidir..”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 12.05.2019.

¹⁷⁹ Antalya, C. II, s. 263.

¹⁸⁰ Antalya, C. II, s. 265.

¹⁸¹ Eren, s. 623; Oğuzman, 2016, C. II; s. 142; Antalya, C. II, s. 254; Altay, s. 183.

¹⁸² Tandoğan, s. 111; Eren, s. 623; Antalya, C. II, s. 264; Y4HD, 12.11.1984 T., 1984/7360 E., 1984/8310 K., “Başkasının hizmetinden yararlanma, yani adam çalıştırma ilişkisi çoğu kez sözleşmeye (örneğin hizmet) dayanır. Ne var ki adam çalıştırıcının sorumluluğu için arada bir sözleşme ilişkisinin varlığının aranması mutlak değildir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019; Ancak Yargıtay bazı kararlarında, adam çalıştırıcı ile çalışan arasında iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği şeklinde hatalı değerlendirmeler yapmaktadır: “Somut olayda mahkemece; davalı ...'in zararlandırıcı eylemi sebebiyle diğer davalı ...'nin adam çalıştırıcı sıfatı ile sorumlu olduğu kabul edilmiş ise de; yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda davalılar arasında bir iş sözleşmesi olup olmadığı, davalı ...'in işini yaparken diğer davalı ...'ye tabi olup olmadığı, onun gözetiminde işini yapıp yapmadığı ve onun talimatlarına bağlı olup olmadığı araştırılmamıştır.”, Y3HD, 23.05.2018 T., 2016/18526 E., 2018/5676 K., www.kazanci.com; erişim tarihi: 07.03.2018.

¹⁸³ Tekinay, s. 503; Tandoğan, s. 113; Antalya, C. II, s. 265, 266: “Hatır ve dostluk ilişkilerinden doğan işgörmelerde de genellikle bağımlılık unsuru zayıftır.”; Kılıçoğlu, 2017, s. 425; Y4HD, 12.11.1984 T., 1984/7360 E., 1984/8310 K., “Örneğin bir ücret karşılığı yapılan hizmet sözleşmelerinde bağımlılık kavramının özdeki unsurları açık ve belirgin olarak ortadadır. Fakat ücretsiz ve çok kısa süreli ilişkilerde bu bağımlılığı kanıtlamak zorlaşabilir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019; Y11HD, 10.02.2004 T., 2003/6462 E., 2004/1070 K., “Mahkemece, davalı Şah İsmail'in binada yardım için ücretsiz çalıştığı sırada düşürdüğü tuğla nedeniyle oluşan zarardan sorumlu olduğu, bina sahibi davalı Sevim hesabına ücretsiz iş yapıldığı için istihdam eden sıfatı bulunmayan davalı İhsan'ın zarardan sorumluluğu bulunduğu gerekçesiyle, davalı Şah İsmail hakkındaki dava kabul edilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. 1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin davalı İhsan'a yönelik red kararına karşı temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Ancak, zararın davalı Sevim'e ait binada yapılan temizlik sırasında düşen tuğla nedeniyle oluştuğu sabittir. O halde davalı Sevim, bina maliki olarak BK.nun 58 nci maddesi gereğince zarardan sorumlu olduğu gibi, binada çalışan diğer davalı Şah İsmail'in düşürdüğü tuğla

Geçerli herhangi bir ilişki veya sözleşme olmadan, başka bir kişinin insan gücünden yararlanılması dahi, adam çalıştıran sıfatının doğmasına neden olabilecektir¹⁸⁴. Örneğin, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki sözleşmesel ilişki, çalışanın ehliyetsizliği nedeniyle geçersiz olsa dahi, çalışanın adam çalıştıran yararına bağımlı olarak iş görmesi unsuru mevcut ise, adam çalıştıranın sorumluluğu gündeme gelecektir. Burada önemli olan, adam çalıştıran ile çalışan arasında ilişkinin niteliği, bir sözleşmeye dayanıp dayanmadığı veya dayanıyorsa geçerli olup olmadığı değil, adam çalıştıran ile çalışan arasında bir bağımlılık ilişkisinin mevcut olmasıdır.

Bir kişinin adam çalıştıran sıfatını kazanmasının en önemli unsuru, iş yapan kişinin o işi kendisine bağımlı olarak yapması, onun gözetimi, denetimi ve talimatı altında işi yapmasıdır¹⁸⁵. Çünkü adam çalıştıranın, çalışanın üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan kusursuz olarak sorumlu tutulmasının temel nedeni, onu seçmede, gözetlemede, denetlemede ve ona talimat vermede dikkatsiz ve özensiz davranmasıdır. Bağımlılık unsuru için aranan bu gözetim, denetim ve talimat yetkisinin, doğrudan adam çalıştıran tarafından kullanılması da gerekmez, zira adam çalıştıranın her bir çalışan üzerinde bu yetkisini kullanması beklenemeyecektir. Gözetim, denetim ve talimat yetkisinin dolaylı yoldan kullanılması halinde de, en üstte bulunan adam çalıştıranın sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁸⁶. Ancak bağımlılık ilişkisi, bir ast – üst

nedeniyle zarar oluştuğundan davalı Sevim, BK.nun 55 nci maddesi gereğince de karardan sorumludur.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 24.05.2019.

¹⁸⁴ Tandoğan, s. 111; Eren, s. 623; Antalya, C. II, s. 265; Çelik s. 17; Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C. I, s. 387; Tekinay, s. 503: “Yeter ki çalışanla çalıştıran arasında fiili bir bağ bulunsun ve bu fiili bağ gereğince taraflardan biri diğerine emir ve talimat vermek durumunda olsun!”. Bu kuralın aksine Yargıtay, bazı kararlarında bağımlılık unsurunu, adam çalıştıran ve çalışan arasında sözleşmesel ilişki olup olmadığının araştırılması şeklinde ifade etmektedir: Y3HD, 23.05.2018 T., 2016/18526 E., 2018/5676 K., “O halde mahkemece yapılacak iş; davalılar arasında, davalı ...'nin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olmasını gerektirecek bir sözleşme ya da sözleşme benzeri bir ilişki olup olmadığı, usulüne uygun şekilde araştırıldıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 07.03.2019; Y4HD, 12.11.1984 T., 1984/7360 E., 1984/8310 K., “Yardımcı bir insan gücünden eylemli olarak yararlanmakla Borçlar Kanununun 55. maddesi anlamında adam çalıştıran ilişkisini ve sorumluluğunu yaratır. Örneğin bir kimsenin bir araç sahibinin arabasını yardım olsun diye ittirmesi, bir çocuğun yardım amacıyla bir çiftçinin ürününü toplaması, Borçlar Kanununun 55. md. anlamında adam çalıştıran ilişkisini ortaya çıkaracaktır.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019.

¹⁸⁵ Tandoğan, s. 112; Kılıçoğlu, 2017, s. 425; Çelik, s. 160: “Ancak gözetim, talimat verme ve denetleme unsurlarının ilişkinin özünde ve bağımlılığı yaratacak derecede olması gerekir. Aksi halde sadece bu unsurların varlığı bağımlılık unsurunu ispat etmez.”. Günümüzde geleneksel çalışma ilişkilerinden ayrılarak evde çalışma ve tele çalışma gibi modern çalışma ilişkilerinin yaygınlaşması nedeniyle, adam çalıştıran ile çalışan arasında gözetim, denetim ve talimat verme ve bağımlılık ilişkisinin tespitine ilişkin yeni görüşler için bkz. Kara Kılıçarslan, s. 72 – 76; Y4HD, 12.11.1984 T., 1984/7360 E., 1984/8310 K., “Kuşkusuz, adam çalıştırma ilişkisinin şeklen var olması yeterli değildir. Bunun yanında bağımlılığın buyruk, denetim ve gözetim şeklinde özde de bulunması zorunludur.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019.

¹⁸⁶ Eren, s. 623, Tandoğan, s. 113; Antalya, C. II, s. 266; Kılıçoğlu, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2002, C.I Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 387.

ilişkisi gerektirdiğinden, eşit konumda olan kişilerin (*örneğin adi ortaklıktaki ortakların*) birbirlerinin çalışanı olması söz konusu olmayacaktır¹⁸⁷.

Bağımlılık unsurunun tespitinde önemli bir faktör olan gözetim, denetim ve talimat verme yetkisi bakımından, adam çalıştırmanın çalışana nazaran daha fazla teknik veya mesleki bilgiye sahip olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur¹⁸⁸. Adam çalıştırmanın çalışandan daha az teknik veya mesleki bilgiye sahip olması ve hatta görülen iş bakımından bir teknik bilgisinin bulunmaması, çalışanın o işi adam çalıştırana bağlı olarak ve onun yararına yaptığı gerçeğini değiştirmeyecektir¹⁸⁹.

Bağımlılık ilişkisinin devamlı olması, adam çalıştırın sıfatının kazanılması bakımından zorunlu değildir, bir defaya mahsus veya geçici bağımlılık ilişkilerinde de TBK m. 66 anlamında sorumluluk doğacaktır¹⁹⁰. Bu bakımdan, adam çalıştırmanın çalışanını bir üçüncü kişiye geçici olarak vermesi veya kiralaması halinde genel görüş, sorumluluğun çalışan üzerinde fiilen gözetim ve denetim yetkisini kullanan ikinci çalıştırana geçtiği yönündedir¹⁹¹. Adam çalıştırmanın onayı ile çalışanın da başkalarını istihdam etmesi veya asıl işveren – alt işveren ilişkisi gibi bir ilişkinin bulunması halinde istihdam edilenin vermiş olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin genel görüş ise, adam çalıştırın ile çalışanın (somut olayda alt adam çalıştırın) müteselsilen sorumlu olduğu yönündedir¹⁹². Adam çalıştıranların sayısının birden fazla olması halinde de, hepsini ilgilendiren bir işin görülmesi sırasında zararın meydana gelmesi şartıyla, adam çalıştıranların müteselsilen sorumlu olacakları kabul edilmektedir¹⁹³.

Bağımlılık unsuru olmaksızın, TBK m. 66 çerçevesinde sorumluluktan söz edilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, bir eser sözleşmesi çerçevesinde kendi adına iş yapan müteahhit veya terzi ve vekalet sözleşmesi kapsamında hizmette bulunan avukat, kendisine iş

¹⁸⁷ Antalya, C. II, s. 266.

¹⁸⁸ Tandoğan, s. 111; Çelik, s. 160.

¹⁸⁹ Adam çalıştırının çalışana talimat verebilecek durumda olmasının bağımlılık unsurunun tespitinde bir emare teşkil edebileceğine ilişkin bkz. Tandoğan, s. 111; Çelik, s. 160.

¹⁹⁰ Tekinay, s. 503; Antalya, C. II, s. 265; Kara Kılıçarslan, s. 70; Çelik, s. 162; Y3HD, 13.11.208 T., 2018/6438 E., 2018/11393 K., “Gördürülecek işin geçici veya sürekli olması mümkündür.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 12.05.2019.

¹⁹¹ Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C. I, s. 387; İlk çalıştırının sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığı ve sorumluluğun bölüştürülmesine ilişkin görüşler için bkz. Eren, s. 623.

¹⁹² Oğuzman, 2016, C. II, s. 147; Antalya, C. II, s. 255, 261; Kanaatimce müteselsil sorumluluğun doğması için, çalışanın istihdam ettiği kişi ile çalışan arasındaki ilişki bakımından da bağımlılık unsurunun ve yararına iş yapma kuralının bulunması gerekmektedir.

¹⁹³ Antalya, C. II, s. 255: “Burada zarar meydana geldiği sırada görülmekte olan işin, birlikte çalıştıranların tamamına ait olması gerekir.”; Erbilin, s. 175.

veren kişilere karşı bağımlı olarak çalışmaları söz konusu değilse çalışan sayılamayacaktır¹⁹⁴. Yine tüzel kişilerin organları, tüzel kişiye bağımlı olarak çalışan kişiler değil, tüzel kişinin iradesini yansıtan ve temsil eden kişiler olduğundan, organların üçüncü kişilere zarar vermesi halinde tüzel kişinin TBK m. 66 çerçevesinde sorumlu olması söz konusu olmayacaktır. Bu hususta şartları varsa TMK m. 50 gereği sorumluluk doğacaktır¹⁹⁵.

Yargıtay, davalı araç malikinin diğer davalı oto tamircisine motosikletini tamir amacıyla bırakması ve tamircinin test sürüşünde kazaya sebebiyet vermesi nedeniyle ikame edilen tazminat davasında, tamirci ile araç maliki arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olması ve tamircinin araç malikinin istihdam ettiği bir şahıs olmaması nedeniyle, isabetli olarak araç malikinin BK m.55 kapsamında sorumluluğunun söz konusu olamayacağına kanaat getirmiş ve aksi yöndeki Yerel Mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Tandoğan, s. 112; Oğuzman, 2016, C. II, s. 147; Antalya, C. II, s. 264: “...ancak istisnaen vekilin veya yüklenicinin gözetimi altında ve talimatları doğrultusunda işgörmesi halinde, vekalet verenin veya iş sahibinin, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olabileceği şeklindedir.”; Kara Kılıçarslan, s. 72: “Ancak bu tespit, her zaman aynı sonucu verecek nitelikte değildir. Bir ilişkide çalışanın ne kadar bağımsız hareket etme imkanı varsa, sorumluluğun bağımlılık ilişkisini şart koşan TMK m. 66’ya dayanma ihtimali o derece düşüktür. Uygun olan, bu değerlendirmeyi ilişkinin bütününe bakarak yapmaktır. Münferit bir olayda talimata uyulması, bağımlılık niteliğinin açısından tek başına belirleyici değildir.”. Bu husustaki tartışmalar için ayrıca bkz. Çelik, s. 165 – 167; Bir işin görülmesi için bağımsız yüklenici çalıştırılması halinde adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı, bu nedenle bağımsız yüklenicinin neden olduğu zarardan sadece kendisinin sorumlu olduğu, ancak bağımsız yükleniciyi faaliyet alanına dahil eden kişinin adam çalıştıran olduğu, bağımsız da olsa bu kişiyi faaliyet alanına dahil ederek üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimalini artırdığı, bu nedenle üçüncü kişinin uğrayacağı zarara ilişkin riske yine adam çalıştıranın katlanması gerektiği yönündeki inceleme için bkz. Özlük, s. 1153 vd; Y4HD, 12.11.1984 T., 1984/7360 E., 1984/8310 K., “Vekalet, istisna sözleşmeleri gibi bağımlılığı tamamen ortadan kaldıran bir durum olmadıkça başka bir anlatımla bağın yalnız şeklen var olduğu açık ve seçik anlaşıldıkça ilişkide bir bağımlılığın varlığı kabul edilmelidir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019.

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I, s. 24 vd; Antalya, C. II, s. 263; Kılıçoğlu, 2017, s. 425: “Tüzel kişiye ait işin görülmesi sırasında zarara yol açan kişi organ değil, tüzel kişinin istihdam ettiği çalışanları olabilir. Bu durumda, doğan zarar nedeniyle tüzel kişinin sorumluluğu TBK m. 66 hükmüne dayanacaktır.”.

¹⁹⁶ Y4HD, 04.12.2008 T., 2008/4898 E., 2008/15031 K., “Olay sırasında araç sürücüsü olan davalı İsa Nazlıgül ceza dosyasındaki ifadesinde; tamirci olduğunu, müşteriye ait otonun tamir işi bitince çıktığı kontrol sürüşünde kaza yaptığını bildirmiştir. Motorsikletin maliki olan davalı Metin Ergül cevap dilekçesinde; motorsikleti tamire bıraktığını kazadan haberi olmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur. Araç maliki, kural olarak zarardan sorumlu ise de, işletenin araç ile zilyetliğinin kesilmemesi ve aracın onun emri ile kullanılması durumunda sorumlu olacağının kabulü gerekir. Sürücü olarak kamu davasında cezalandırılan tamirci davalının yukarıda belirtilen açık beyanı gözetildiğinde, aracını tamirhaneye bırakmış olan Metin Ergül’ün araç ile ilişkisinin kesildiği, bu nedenle zilyet ve işleten olarak kabulüne olanak bulunmadığı açıktır. Şu durum karşısında, onun sorumluluğuna karar verilemez. Öte yandan aracın tamir için bırakılmasının bir istisna sözleşmesi oluşturması, tamircinin müteahhit durumunda olup, araç malikinin istihdam ettiği veya yardımcı şahsı olmaması karşısında tamircinin eyleminden dolayı Metin Ergül’ün BK.nun 55. ve 100. maddeleri gereğince de sorumluluğu olanaklı değildir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.05.2019; Aynı yönde bkz. Y4HD, 16.12.2002 T., 2002/9648 E., 2002/14129 K., “Dava, trafik kazası nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece dava kabul edilmiş olup, kararı davalılardan Ö. Ç. temyiz etmiştir. Ceza dosyası içeriğinden olay sırasında araç sürücüsü olan davalı M. Y.’in alınan ifadelerinde; tamirci olduğunu, müşteriye ait otonun tamir işi bitince kontrol için sürdüğü sırada kaza yaptığını bildirdiği anlaşılmaktadır. Araç maliki olan davalı Ö. Ç., 22.11.2000 tarihli oturumda davanın reddini savunmuştur. Araç maliki, kural olarak zarardan sorumlu ise de, onun işleten olarak sorumlu olabilmesi için araç ile zilyetliğinin kesilmemesi ve aracın onun emri ile kullanma olanağı içinde bulunması gerekir. Sürücü olarak kamu davasında

Yine Yargıtay, Çiftlik Hayvanları Sigortaları Poliçesi bulunan davacının, hayvanda döl tutmama ve gebe kalamama rahatsızlığı meydana gelmesi nedeniyle kesim yapılması sonucu hasar talebinin kabul edilmediği iddiasıyla ikame ettiği davada, sigorta eksperleri ile sigorta şirketi arasında TBK m. 66 anlamında bağımlılık ilişkisi bulunmadığı, sigorta eksperlerinin sigorta şirketlerinin personeli olmadığı ve serbest meslek erbabı olarak çalıştıkları gerekçesiyle, Yerel Mahkemece sigorta şirketi bakımından adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde davanın kabul edilmesine ilişkin kararı bozmuştur¹⁹⁷.

İş sahibi davalı tarafından yapılan hafriyat çalışması sırasında davacının taşınmazına zarar verilmesi nedeniyle ikame edilen davada da Yargıtay, adam çalıştırmanın sorumluluğu için temel unsurun bağımlılık ilişkisi olduğu, çalışanın adam çalıştırmanın buyruğu, denetimi ve gözetimi altında iş yapması gerektiği, eser sözleşmesinde yüklenicinin iş sahibinden bağımsız

cezalandırılan tamirci davalının yukarıda belirtilen açık beyanı gözetildiğinde, aracını tamirhaneye bırakmış olan Ö. Ç.'ın araç ile ilişkisinin kesildiği, bu nedenle zilyet ve işleten olarak kabulüne olanak bulunmadığı açıktır. Şu durum karşısında onun sorumluluğuna karar verilemez. Öte yandan aracın tamir için bırakılmasının bir istisna sözleşmesi oluşturması, tamircinin müteahhit durumunda olup, araç malikinin istihdam ettiği veya yardımcı şahsı olmaması karşısında tamircinin eyleminden dolayı Ö. Ç.'ın BK.nun 55. ve 100. maddeleri gereğince de sorumluluğu olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle davalı Ö. Ç. hakkındaki davanın reddedilmesi gerekirken mahkemece, adı geçen sorumluluğuna karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”; YHGK, 02.07.1982 T., 1979/11-1735 E., 1982/769 K., “Davacı, işletmeciliğini yaptığı benzin istasyonunda vukubulan trafik olayında, davalı A.İ.Ş.'ye ait olup diğer davalı A.K.'nun yönetimindeki kamyonetin benzin pompasına çarpıp pompanın devrilmesine ve çıkan yangın sonucu benzin pompası ile aydınlatma diskinin harap olmasına sebebiyet verdiğini ileri sürmüş ve bu olay nedeniyle meydana gelen zararının davalılara ödetilmesini istemiştir. Hasara sebebiyet verdiği iddia olunan kamyonetin olaydan önce sahibi A.İ.Ş. tarafından tamir için diğer davalı A.K.'nun tamirhanesine bırakıldığı ve tamircinin, sahibinden habersiz olarak söz konusu kamyoneti seyahat amacıyla kullanmakta iken zararlandırıcı olayın meydana geldiği konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı vekili son oturumda, “... olayda esas itibarıyla sürücünün kusuru bulunmadığını kabul ediyoruz. Ancak davalılar kusursuz mesuliyet hükümlerine göre sorumludurlar...” demek suretiyle davasını kusursuz sorumluluğa dayandığını açıklamıştır. Gerçekleşen şu maddi olgular karşısında araç sahibi ile istisna sözleşmesi uyarınca tamirhanesine tamir edilmek üzere bırakılan aracı, araç sahibine haber vermeden kendi özel seyahatinde kullanan davalı arasında (adam kullanma), (tabiiyet) ilişkisi olmadığı açıktır. Bu durumda zararlandırıcı eylemi yapan tamircinin bu eyleminden doğan zarardan araç sahibi sorumlu tutulamaz. Öte yandan, araç kullananın sorumluluğu için de BK.nun 41. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi gerekir. Davacı vekili yukarıda da değinildiği gibi araç kullananın kusuru olmadığını kabul ettiğine göre olay nedeniyle meydana gelen zarardan sürücünün de sorumluluğu cihetine gidilemez. Bu nedenlerle davanın reddine ilişkin kararda direnilmesi sonucu itibarıyla doğru olduğundan direnme kararı onanmalıdır.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019.

¹⁹⁷ Y11HD, 23.11.2015 T., 2015/5154 E., 2015/12396 K., “Dava, Devlet Destekli Hayvan Sigorta Poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde davanın kabulüne karar verilmişse de, Sigorta Eksperleri Yönetmeliği'nin 21 vd. maddeleri uyarınca, eksperler sigorta şirketlerinin personeli olmayıp konu ile ilgili yasal mevzuat çerçevesinde gerekli eğitimlerden geçerek eksperlik yapmaya hak kazanmış ve ruhsat almış kişilerden oluşurlar. Yaptıkları işin mahiyeti gereği de serbest meslek erbabıdır. Bu itibarla görevlendirilen eksperin sigorta şirketi ile arasında 6098 Sayılı TBK'nın 66. ve 116. maddeleri anlamında adam çalıştırma ve yardımcı kişi ilişkisi bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece, aktedilen sigorta poliçesi ile poliçe genel ve özel şartlarının değerlendirilerek hasarın teminat altında bulunup bulunmadığının tespiti ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 12.05.2019. Kararda sigorta eksperinin sigorta şirketinin yardımcı kişisi olduğu ve bu nedenle sigorta şirketinin TBK m. 116 gereği sorumlu olması gerektiği yönünde karşı oy mevcuttur.

olarak kendi adına iş yaptığı, bağımlılık ilişkisi bulunmadığından iş sahibinin zarardan sorumlu tutulma olanağı olmadığını belirtmiştir¹⁹⁸.

Kombi cihazından çıkan zehirli gazlar nedeniyle zarar gördükleri iddiasıyla, kombi cihazının ayarını yapan yetkili servise ve kombi üreticisine karşı açılan davada Yargıtay, yetkili servis ile kombi üreticisi arasında sözleşmesel ilişki mevcut ise de, yetkili servisin kendi nam ve hesabına bağımsız olarak çalıştığı göz önüne alındığında, kombi üreticisinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulamayacağını, ancak aralarındaki sözleşme nedeniyle yetkili servisin BK m. 100 anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilmesi ve bu madde çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğini kabul etmiştir¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Y4HD, 20.11.2007 T., 2006/12772 E., 2007/14555 K., “Davacı, davalılardan E.Yatırım A.Ş. tarafından yapılan hafriyat çalışması sırasında taşınmazına verilen zarar nedeniyle tazminat talebinde bulunmuştur. Davalı E. Genel Müdürlüğü, zararın yüklenici sıfatını taşıyan diğer davalının eyleminden kaynaklandığını ve iş sahibi olarak sorumluluğunun bulunmadığını savunmuştur. Mahkemece, iş sahibi davalının işin usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığını denetleme görevini yerine getirmediği gerekçesiyle sorumluluğu yönünde hüküm oluşturulmuştur. Temyiz eden davalılar arasında eser sözleşmesinin varlığı ile zararlandırıci sonucun bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında oluştuğu yönü çekişmesizdir. Sorun, davalı iş sahibinin sorumluluğuna ilişkindir. BK’nun 55. maddesi gereğince 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.”; www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.05.2019; Aynı yönde bkz. Y4HD, 15.09.2003 T., 2003/4731 E., 2003/9958 K., “Dava, haksız eylem nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş ; hüküm, davalı tarafından temyiz olunmuştur. Davacı, dava dışı U... İnşaat A.Ş. tarafından yapılan dere ıslah çalışması sırasında taşınmazına verilen zarar nedeniyle istemde bulunmuştur. Davalı ise, eser sözleşmesi ile Büyüçekmece Deresi’nin ıslahı işinin dava dışı şirkete verildiğini ve adı geçen şirketin eylemlerinden sorumlu tutulamayacağını savunmuştur. Mahkemece, BK.m.55 hükmü gerekçe gösterilerek davalı iş sahibinin sorumlu olduğu benimsenmiştir. Davalı ile dava dışı U... İnşaat A.Ş. arasında eser sözleşmesinin varlığı ve davaya konu zararlandırıci eylemin de, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında oluştuğu yönü çekişmesizdir. BK.m.55 gereğince adam çalıştıranın sorumluluğunda temel unsur, bağımlılık ilişkisidir. Bu anlamda çalıştırılan, adam çalıştıranın 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. Bu yönde Yargıtay uygulaması yerleşiktir. Mahkemece, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmiş olması, bozmayı gerektirmiştir.”; www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019.

¹⁹⁹ Y4HD, 10.04.2000 T., 2000/1199 E., 2000/3287 K., “Dosyadaki kanıtlara göre davacıların evinde bulunan ve ısı amacıyla kullanılan kombideki arıza nedeniyle A... Teknik Hizmetler Sanayii Ticaret Ltd. Şti’nin onarım ve arızayı gidermek için hizmet vermesinden sonra, zehirli gaz sızıntısı sonucu zehirlenme olayının meydana geldiği, davacıların hastahanede tedavi gördükleri anlaşılmaktadır. Çözümü gereken husus, davalının kendi ürettiği kullanım malzemesi ve cihazların bakım ve onarımı yapması için yetkili kıldığı servislerin cihazı kullanana verdikleri zarardan davalının sorumluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Başka bir anlatımla, davalının ürettiği mal ve cihazların çeşitli kurs ve uygulamalı eğitim sonucu davalıdan aldığı yetki belgesi uyarınca tamir eden servisin özensizliğinden davalının sorumluluğunun hukuki dayanağının belirlenmesidir. Somut olayda davacıların davalının ürettiği kombi cihazından çıkan zehirli gazlar sonucu zarar gördükleri anlaşılmaktadır. Yine bu

Buna rağmen Yargıtay bazı kararlarında, iş sahibi ile iş gören arasında bağımlılık unsuru bulunmamasına rağmen, iş sahibini adam çalıştıran olarak nitelendirmekte ve kusursuz sorumlu kabul etmektedir. Örneğin Yargıtay oldukça yeni tarihli bir kararında, davalı şirkete kiraya verilen davacıya ait vinçli kamyonun, davalı şirketin yakıt tankını temizlemesi için anlaşmış bulunduğu diğer davalının sebebiyet verdiği yangında yanarak kullanılmaz hale geldiği olayla ilgili ikame edilen maddi tazminat talepli davada, davacının vinçini kiralayan davalı şirketin, davalı şirketin yakıt tankının temizliğini yapan diğer davalı şirket üzerinde denetim yetkisi olduğundan bahisle, yangına sebebiyet veren diğer davalı şirketin haksız fiilin faili olarak, davacının vinçini kiralayan davalı şirketin ise adam çalıştıran olarak zarardan sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir²⁰⁰.

zararlandırıcı eylemin kombi cihazının gaz valfindaki ayarsızlıktan meydana geldiği, bu ayar işinde A... Teknik Hizmetler Servisince yapıldığı tartışmasıdır. Konu ile ilgili olarak tartışılması gereken yön, davalı ile yetkili kıldığı belge verdiği servis arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesidir. Aralarında bir çalışan çalıştıran ilişkisi olmadığı açıktır. Diğer bir ifade ile, yetkili servis, BK.nun 55. maddesindeki ilkelere bağlı kalınmak suretiyle onun talimatı ve denetimi altında çalıştığı düşünülemez. BK.nun 55. maddesindeki düzenlemede, çalışan, çalıştırının denetim ve talimatı altında ve ekonomik yararı ve sonuçları çalıştırının malvarlığında sonuç doğuracak biçimde iş yapan bir kimsedir. Somut olayda yetkili servis ile davalı arasındaki ilişki itibarıyla yetkili servisin kendi nam ve hesabına davalıdan bağımsız olarak çalıştığı görülmektedir. Ancak davalı ile yetkili servis arasında bir sözleşmenin bulunduğu tartışmasıdır. Bu sözleşmenin amacı başlığını taşıyan 1. maddesinde, "...müşterinin satın aldığı...tesisat cihazları veya ev cihazlarından satın alana azami faydayı sağlamayı" öngördüğü gibi, devamlı, "...yetkili servisler mamulelerin kullanım müddeti içinde ortaya çıkabilecek arızaların bakım ve/veya tamirini müşteride en iyi intıbaı bırakacak şekilde zamanında ve noksansız olarak yapmayı kabul eder" koşulunu içermektedir. Ayrıca aynı sözleşmenin 7-14. maddelerinde yetkili servislerin nitelikleri ve servisin uyacağı kurallar açık biçimde sayılmıştır. Örnek olarak, yetkili servis elamanlarının yetki belgelerinin müşteriye gösterilmesi de ifade edilmiştir. Tüm bu maddeler ve davalı ile servis arasındaki ilişki incelendiğinde, davalı üretici firma ile tüketici arasında malın satın alınması ile o malın en iyi şekilde bakım ve onarımının yapılması konusunda bir sözleşmenin kurulmuş olduğu görülmektedir. Bu sözleşme ile malı satın alan veya tüketici dediğimiz kişinin, bu konudaki taleplerinin davalı tarafından değil de onun yetkili kıldığı servis eliyle yerine getirildiğini görmekteyiz. Böylece malı satın alan ve kullanan ile, üretici arasında bir bakım ve onarımın yapılması, kısaca gereken hizmetin sunulması konusunda bir sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekmektedir. Bu sözleşme ile üreticinin onarım ve cihazın daha iyi kullanılmasına ilişkin bulunan bazı yükümlülüklerin yetkili servis dediğimiz birimlere bırakıldığı görülmektedir. Böylece yetkili servis, üreticiden aldığı yetkiye dayanarak hizmet sunmakta ve tüketicide malı satın almakla aralarında oluşan sözleşme uyarınca yetkili servisten hizmeti en iyi şekilde yerine getirmesini isteme hakkında sahip olmaktadır. Açıklanan şu hukuki ilişki itibarıyla, davalı ile davacı arasında dolaylı da olsa bir sözleşmenin var olduğu, kabul edilmek gerekir. O halde bu tür uyuşmazlığın çözümündeki yasal dayanağın BK.nun 100. maddesinin olduğu kabul edilmelidir. Burada yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumlu olan kişi, bu yükümlülüğünü, bizzat değil, yardımcı kişileri kullanarak sağlamaktadır. Burada yardımcı kişinin davaya konu edilen olayda yetkili servisin malı kullanana verdiği zarardan davalı üreticinin sorumlu olmasıdır. BK.nun 100. maddesinde sözü edilen "yardımcı kişi" somut olayda "yetkili servis çalışanı" olarak kabul edilmeli veya en azından yetkili servis yardımcı kişi gibi nitelendirilmelidir. Anılan madde gözetildiğinde, davalının sorumlu tutulmaması için yetkili servisin yaptığı işi, bizzat kendisi yapmış olsa idi, zararın yine de meydana geleceğini kanıtlaması gerekir. Eldeki davada böyle bir savunma ve kanıt getirildiğine göre, sorumlu tutulması gerekmektedir. Şu halde mahkemece yapılacak iş, zarar kapsamı belirlenerek varılacak uygun sonuca göre hüküm kurmaktan ibarettir. Bu yönün gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019.

²⁰⁰ Y3HD, 13.11.208 T., 2018/6438 E., 2018/11393 K., "Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalı ... Tekstil Tarım Petrol Otomotiv İnşaat Turizm ve Sanayi Ticaret A.Ş.'nin, satmış olduğu yakıt tankının boşaltılması için diğer davalı ... ile ücret karşılığında anlaştığı, işin yapımının davalı şirket yöneticisi ... ve şirket çalışanı ... tarafından denetlendiği, yine davalı ...'ın işin yapımı sırasında yakıt tankının altında ateş yakması sebebiyle davalı şirket

Ancak, bir işin başka bir kişinin denetimi altında yapılıyor olması, denetim yetkisine sahip kişinin adam çalıştıran olarak TBK m. 66 gereği sorumluluğu için yeterli değildir. Zira, TBK m. 66 kapsamında kusursuz sorumluluğun doğabilmesi için, iş gören ile iş sahibi arasında bağımlılık ilişkisinin bulunması şarttır. Somut olayda Yargıtay'ın adam çalıştıran olarak değerlendirdiği iş sahibi şirket ile yangına sebebiyet veren şirket arasında, yalnızca yakıt tankının temizlenmesine ilişkin eser sözleşmesi mevcuttur. Bu sözleşmesel ilişki neticesinde işin görüldüğü sırada çıkan yangın ile, davalı şirketin davacı şirketten kiralamış olduğu vinç yanarak kullanılamaz hale gelmiştir. Kararda yangına sebebiyet veren şirketin haksız fiilin faili olarak sorumlu tutulması isabetli ise de, yangına sebebiyet veren şirket ile TBK m. 66 anlamında bağımlılık ilişkisi bulunmayan iş sahibi davalı şirketin, salt denetim yetkisinden bahisle adam çalıştıran olarak kabul edilmesi ve olay sebebiyle kusursuz sorumluluğuna gidilmesi hatalıdır. Kanaatimce burada davacı şirket, vinçi kiralayan davalı şirketi ancak, kendi aralarındaki kira sözleşmesi gereği kiralananın zarar görmesi hükümleri uyarınca kusuru mevcut ise sorumlu tutabilecektir²⁰¹.

Yargıtay, alt yapı çalışmaları sırasında davacı şirketin fiber optik kablo hattının zarara uğraması nedeniyle ikame edilen davada, iş sahibi belediyenin alt yapı çalışmalarına ilişkin işi ihale ile diğer davalı şirkete yaptırdığı, belediyenin yüklenici diğer davalı şirket ile ikame ettiği sözleşmede, emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olduğu, bu sebeple iş sahibi belediye ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisinin bulunduğu, meydana gelen hasardan iş sahibi belediyenin adam çalıştıran sıfatıyla müteselsilen sorumlu olduğu kanaatine varılmıştır²⁰². Aynı şekilde, doğalgaz çalışması yapıldığı esnada davacının yer altı

çalışanı tarafından sözlü olarak uyarıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece; davalı ...'ın haksız fiilin faili olarak, diğer davalı şirketin ise adam çalıştıran olarak davacının uğramış olduğu zarardan sorumlu oldukları gözetilerek, tazminat kapsamının belirlenmesi ve ulaşılabilecek sonuca göre uyumsuzluğun esası hakkında karar verilmesi gerekirken, yanılırlı değerlendirmeyle istemin tümünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 12.05.2019.

²⁰¹ Öğüz de, iş sahibinin sorumluluğunun adam çalıştıranın sorumluluğuna dayandırılmasının, ancak iş görme faaliyetinin bağımlı olarak gerçekleşmesi halinde mümkün olduğunu, iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisi tanınmış olmasının her zaman iş sahibinin TBK m. 66 uyarınca sorumlu tutulmasını gerektirmeyeceğini, burada “başkalarına zarar verebilecek tehlikeli bir durum yaratan kişilerin zararın doğmasını önlemek için gerekli önlemleri alması gerektiği, bu önlemleri almayan kişinin meydana gelen zarardan, gerekli önlemleri almaması tarzındaki olumsuz davranışının mutlak hakkın ihlali sonucunu doğurması halinde” tehlike kuralı olarak adlandırılan ilke uyarınca TBK m. 49 hükümleri gereği sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir, bkz. Öğüz, s. 846.

²⁰² Y11HD, 22.1.2018 T., 2016/13048 E., 2018/504 K., “Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; hasara uğrayan kabloların Montaj All risk sigortası ile sigortalandığını, kabloların davalı adına alt yapı çalışmaları yapan ... tarafından yapılan kazı çalışmaları sebebiyle hasar gördüğünü, hasar bedelinin ilgisine ödendiğini, davalı Belediye ile yüklenici ... arasındaki sözleşmeye göre iş sahibi belediyenin yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olduğu, bu sebeple iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisinin bulunduğu, meydana gelen hasardan iş sahibi Belediyenin adam çalıştıran sıfatıyla

kablolarına zarar verildiği iddiasıyla açılan davada Yargıtay, davalılar arasında ikame edilen sözleşme ile, davalılardan birinin doğalgaz çalışmasına ilişkin işin bir bölümünü diğer davalıya yaptırdığı, ancak iş sahibi davalının taraflar arasında akdedilen sözleşmeye göre yapılan işi kontrol ve denetim yükümlülüğü bulunduğu, bu nedenle iş sahibinin adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumlu, diğer davalının ise haksız fiil faili olarak sorumlu olduğu ve aralarında müteselsil sorumluluk bulunduğu yönünde karar tesis etmiştir²⁰³. Bölge Adliye Mahkemesi de

müteselsilen sorumlu olduğu, davacının takip tarihi itibarıyla toplam 2.573,19 TL alacaklı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne... karar verilmiştir. ...açıklanan sebeplerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine... karar verildi.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 12.05.2019.

²⁰³ Y4HD, 01.12.2016 T., 2016/7897 E., 2016/11774 K., “Davacı, davalı adına doğalgaz çalışması yapan diğer davalı ... Şti tarafından kendisine ait yer altı kablolarına hasar verildiğini belirterek uğradığı zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur. Davalı, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. Diğer davalı ise davaya cevap vermemiştir. Mahkemece, davanın davalı ... Şti yönünden kabulüne, diğer davalı yönünden ise husumetten reddine karar verilmiştir. Dosya kapsamından; davalı ... ile davalı ... İnşaat ve ... Şirketi arasında yapılan sözleşme uyarınca kazı çalışması yapıldığı, bu çalışmalar esnasında davacıya ait kablolarına zarar verildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, davalı ..., işinin bir bölümünü imzaladığı sözleşme ile diğer davalıya devretmiş ise de, diğer davalı tarafından yapılan işi kontrol ve denetim yükümlülüğü bulunduğundan TBK'nın 66. maddesi uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumlu, diğer davalı ise TBK'nın 49. maddesi uyarınca haksız fiil faili olarak sorumludur. Hal böyle olunca, davalılar arasında müteselsil sorumluluk vardır. Şu halde, meydana gelen zarardan davalılar müteselsil sorumlu olduklarına göre davalı yönünden de işin esasına girilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken husumet sebebiyle reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 12.05.2019; Aynı yönde bkz. aynı yönde bkz. Y7HD, 18.01.2011 T., 2010/7458 E., 2011/98 K. “Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından eser sözleşmelerinin yerine getirilmesi ve işin yapımı sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin "adam çalıştıran" sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve sorumluluk türünün de Borçlar Kanunu'nun 51/2. maddesi hükmü uyarınca müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur. Somut olayda, davalı İSKİ ile dava dışı yüklenici şirket arasındaki sözleşme hükümleri bir bütün olarak incelenip değerlendirildiğinde iş sahibi olan davalı İSKİ'nin işin yapımı sırasında yüklenici şirkete emir ve talimat verme, işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Hal böyle olunca az yukarıda açıklanan hukuki olgular dikkate alındığında davalı İSKİ'nin de diğer davalı ile birlikte zarardan ortak (müteselsil) olarak sorumlu tutulması gerekirken...”; www.kazanci.com; erişim tarihi: 01.05.2019; Y4HD, 09.04.2014 T., 2014/4394 E., 2014/6036 K., “Davacı, davalı tarafından yapılan kazı çalışması sebebiyle kendisine ait kablo tv hattında hasar oluştuğunu belirterek hasarın tazminini istemiştir. Davalı, alt yapı hizmetlerini sözleşmeyle başka bir şirkete yaptırdığını, sözleşme gereği tüm sorumluluğun yüklenici şirkette olduğunu belirterek davanın husumet sebebiyle reddi gerektiğini savunmuştur. Davalı şirketin, dosyaya sunduğu sözleşmenin 14. maddesi uyarınca, davalının işi yüklenen şirkete denetleme, kontrol ve gözetim yetkisinin bulunduğu, bu yönüyle iddia doğrultusunda oluşmuş bir zararın bulunması halinde davalı iş sahibinin de kontrol ve sorumluluğunun devam ettiği anlaşıldığından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca sorumlu olduğu göz önünde bulundurularak, husumetin varlığının kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle, davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmesi doğru görülmemiş; hükmün, bu sebeple bozulması gerekmiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 13.05.2019; Y7HD, 21.09.2010 T., 2010/2809 E., 2010/4791 K., “Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü ile diğer davalı arasında düzenlenen sözleşme niteliği bakımından eser sözleşmesidir. Sözleşmenin 22. maddesi hükmünde ise iş sahibi olan davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'ne sözleşme süresi içinde, sözleşme konusuna giren işleri kontrol, denetleme ve yükleniciye talimat verme yetkisi tanınmıştır. Bu olgu dikkate alındığında davalı iş sahibinin işin yapımı sırasında yüklenici tarafından üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı zincirleme (müteselsil) olarak sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Sözleşmenin bunun aksine hükümleri sözleşmenin tarafları arasındaki iç ilişkiyi ve işin yapımı sırasında verilecek zararları en

idarenin dere ıslah çalışmaları ile ilgili olarak taşeron kullandığı olay ile ilgili benzer bir kararında, idarenin “asıl işveren” olarak taşeronun haksız fiil teşkil eden eylemlerinden TBK m. 66 gereği unc kişilere karşı sorumlu olduğuna kanaat getirmiřtir²⁰⁴.

Bu hususa ilişkin başka bir kararında Yargıtay, eser sözleşmelerinde genel olarak iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmadığını, bu nedenle eser sözleşmelerinde iş sahibinin adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından, yüklenicinin unc kişilere verdiği zarardan da kusursuz sorumluluğunun söz konusu olmadığını, genel kural bu olmakla birlikte kuralın kesin olmadığını, iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin adam

son kimin üstleneceğini düzenlemektedir. İ ilişkiyi düzenleyen bu hükümlerin zarar gören unc kişilere karşı ne sürülmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca, az yukarda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurularak iş sahibi davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün de diğer davalı ile birlikte zarardan B.K.55 ve 51/2. maddeleri uyarınca müteselsilen (zincirleme olarak) sorumlu tutulması gerekirken, i ilişkiyi düzenleyen ve zarar gören unc kişilere karşı ne sürülmesi mümkün bulunmayan sözleşme hükümleri gerekçe gösterilerek davalı Karayolları Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın reddine karar verilmesi isabetsiz”; Y3HD, 24.06.2010 T., 2010/10363 E., 2010/11287 K., “Mahkemece; davacıya zarar veren işin; davalı tarafından dava dış yüklenici firmaya verildiği böylelikle aralarında bir eser sözleşmesi bulunduğu, bu sözleşme uyarınca işi yürütürken başkalarına verdiği zararlardan tek başına yüklenicinin sorumlu olduğu gerekçe gösterilerek, davalının pasif husumet ehliyetinin yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dosyaya celpedilen sözleşmenin gerekçeye konu maddesinde, işin yapımı sırasında 3. kişilerin uğrayacağı zararlardan davalının sorumlu olmayacağı kararlaştırılmış ise de, bu şart tarafların i ilişkisine ait olup, zarar gören 3. kişileri bağlamayacaktır. Sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesinde; zarara neden olan iş, yüklenici tarafından ifa edilmekte ise de, işin davalıya ait bulunduğu, yükleniciyi denetleme ve gözetlemeye yetkili olduğu, adam çalıştıran konumunda bulunduğu anlaşılmaktadır. O halde, açılan bir davada davalıya husumet düşeceği kabul edilerek işin esasına girilip, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”; YHGK, 28.04.2010 T., 2010/7-216 E., 2010/231 K., “Dava, tacirler arasındaki haksız eylem sebebiyle tazminat istemine ilişkindir. İstisna sözleşmesi incelendiğinde, işe ilişkin talimatların işverenin görevlendireceği kişinin vereceği, buna yüklenicinin uyacağına ilişkin hükümlerin bulunması karşısında; davalı İstanbul Büyük şehir Belediyesi Bakanlığının adam çalıştıran konumunda olduğu, onun gözetimi altında ve talimatına uyarak çalışan yüklenicinin de, yani davalı ... İnşaat Ltd.şti'nin Borçlar Kanun 55. maddesi anlamında çalıştırılan niteliğini taşıdığı anlaşılmaktadır.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 17.05.2019; Y7HD, 09.02.2010 T., 2009/6855 E., 2010/516 K., “Davalılar D... Organize Sanayi Blėesi ile Necip arasındaki "elektrik şebekesi yapım işine" ait sözleşme hükümleri incelendiğinde iş sahibinin yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış bulunduğu, bu hali ile iş sahibi ile yüklenici ve diğer davalı kepe sahibi arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olduğundan, işin yapımı sırasında yüklenici tarafından unc kişilere verilen zararlardan dolayı iş sahibi ile yüklenicinin Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi hükmünde belirtilen "adam çalıştıran" sıfatıyla kusursuz sorumlu olacakları, hasara sebebiyet verdiği anlaşılan kepe sahibi davalının araç işleten sıfatıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/1. maddesi gereğince kusursuz, kepe operatörü olan diğer davalının ise BK. 41. madde gereğince haksız fiilinden dolayı kusur sorumlusu olduğu, bunun sonucu olarak da tüm davalıların aynı Kanun'un 51/2. maddesi hükmüne göre müteselsilen (zincirleme olarak) yüklenici ile birlikte zarardan sorumlu tutulmaları gerekeceği kuşkusuzdur.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.05.2019.

²⁰⁴ İstanbul BAM2HD, 22.03.2017 T., 2017/260 E., 2017/285 K., “Davalı, müdahale teşkil eden duvarın yüklenici tarafından yapıldığını, bu nedenle yüklenicinin sorumlu olduğunu bildirmişse de, asıl işveren olarak yüklenicinin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden TBK'nın 66. ve devamı maddeleri gereği unc kişilere karşı sorumlu olacağı, ayrıca tecavüzün idarenin plan ve projelerinden kaynaklandığı, bu nedenle yüklenici ile birlikte müteselsil sorumlu olacağı kuşkusuzdur.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 13.05.2019.

çalıştıran sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiğini izah etmiştir²⁰⁵. Ancak işbu kararlara konu olaylarda da, iş sahipleri ile diğer davalı yükleniciler arasında ikame edilen sözleşmenin

²⁰⁵ Y7HD, 18.01.2011 T., 2010/7458 E., 2011/98 K., “Eser sözleşmelerinde kural olarak, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak üstlendiği işi sözleşme koşullarına uygun olarak tamamlayıp teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu özellik dikkate alındığında bağımlılık ilişkisi, bir başka deyişle iş sahibinin adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından eser sözleşmelerinin yerine getirilmesi ve işin yapımı sırasında yüklenicinin üçüncü kişilere zarar vermesi halinde iş sahibinin zarardan sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kesin bir kural değildir. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede iş sahibine yükleniciye emir ve talimat verme, yapılan işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanınmış olması halinde, iş sahibi ile yüklenici arasında bağımlılık ilişkisi kurulmuş olacağından iş sahibinin "adam çalıştıran" sıfatıyla zarardan sorumlu tutulması gerektiği ve sorumluluk türünün de Borçlar Kanunu'nun 51/2. maddesi hükmü uyarınca müteselsil (zincirleme) sorumluluk olacağı kuşkusuzdur. Somut olayda, davalı İSKİ ile dava dışı yüklenici şirket arasındaki sözleşme hükümleri bir bütün olarak incelenip değerlendirildiğinde iş sahibi olan davalı İSKİ'nin işin yapımı sırasında yüklenici şirkete emir ve talimat verme, işi kontrol ve denetleme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Hal böyle olunca az yukarıda açıklanan hukuki olgular dikkate alındığında davalı İSKİ'nin de diğer davalı ile birlikte zarardan ortak (müteselsil) olarak sorumlu tutulması gerekirken sözleşmenin tarafları arasındaki iş ilişkisi düzenleyen ve zarar gören üçüncü kişilere karşı öne sürülmesi mümkün bulunmayan sözleşme hükümleri gerekçe gösterilerek davalı İSKİ hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, davacının temyiz itirazının kabulüne karar vermek gerekmiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 17.05.2019; Aynı yönde bkz. Y11HD, 29.05.2006 T., 2005/6080 E., 2006/6374 K., “Davacının, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü hakkındaki davasının husumetten reddi yönündeki temyiz itirazlarına gelince; dava konusu zarar, İSKİ ile diğer davalı yüklenici arasında imzalanan sözleşme gereğince yapılan kanal kazı işlemleri nedeniyle oluşmuştur. Davalı İSKİ'nin zarardan sorumlu tutulabilmesi için BK'nun 55'inci maddesinde öngörülen işçi-işveren arasındaki tabiiyet ilişkisi oluşturacak şekilde davalı İSKİ'ye gözetim ve denetim yetkisi verilmiş olması gerekir. Mahkemece, davalı İSKİ ile müteahhit firma arasındaki sözleşme ve şartnamenin getirtilip içeriğinde BK'nun 55'inci maddesinde öngörülen şekilde tabiiyet ilişkisi bulunup bulunmadığı saptanıp sonucuna göre karar vermek gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 24.05.2019; Y7HD, 18.04.2005 T., 2005/1067 E., 2005/1171 K., “İddia ve savunmaya mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere ve duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere göre dava niteliği ve içeriği itibarıyla davalılardan İzsu adına kazı çalışmaları yapan diğer davalı yüklenici şirketin istihdam ettiği, elemanlar tarafından davacı Anadolu Frana Tütün Ticaret A.Ş.tine verilen zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, davacı şirketin yüksek gerilim hattının koparılması sonucu iş kaybindan doğan zararın davalılardan zincirleme olarak tahsiline karar verilmiş ise de saptanan dava niteliği dikkate alındığında yapılan araştırma ve soruşturma hükme yeterli değildir. Mahkemece davalı İzsu ile diğer davalı yüklenici şirket arasında akdedilen sözleşmenin aslı yada onaylı örneği getirtilip incelenmemiş, davalı İzsu'nun diğer davalı şirket üzerindeki kontrol nezaret, murakabe ve denetim devam edip etmediği araştırılmamıştır. Gerçekten davalı İzsu yargılama sırasında da bu doğrultuda savunma yapmıştır. O halde davalı İzsu ile diğer davalı yüklenici şirket arasında akdedilen sözleşmenin tümünün aslı yada onaylı örneği getirtilip incelenmeli, davalı İzsu'nun diğer davalı yüklenici şirket üzerindeki kontrol, murakabe, nezaret ve denetim yetkisinin işin bitimine kadar devam edeceği saptandığı takdirde meydana gelen haksız eylemden davalıların zincirleme olarak sorumlu olduğu gözönünde tutulmalı, (tabiiyet unsuru) toplanan ve toplanacak tüm deliller bu çerçevede değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.”; Y11HD, 29.11.2004 T., 2004/2489 E., 2004/11608 K., “Mahkemece, davalının işi bir başkasına verdiği, bizzat işçilerini çalıştırmadığı gerekçe gösterilerek davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir. İlke olarak davalının sorumluluğunu tayin ederken, işin yapımı sırasında işi yapan taşeronunu denetleme, işin dilediği kısmını yaptırma, dilediği kısmı başka müteahhide verme yetkisinin bulunup bulunmadığı, sözleşmenin niteliği itibarıyla işin başından sonuna kadar salt yüklenicinin kontrolüne bırakılıp bırakılmadığı, davalının da kontrol ve sorumluluğunun devam edip etmediğinin araştırılması gerekmektedir. Bu amaçla, davalı ile taşeronu arasında düzenlenmiş olan sözleşmenin incelenerek ve bilhassa işin kontrol ve denetimine yönelik 4-3.d, 10.d, 17.a, 23 ve 8.d maddeleri göz önüne alınıp, hasardan sonra düzenlenen görgü tespit tutanağı ile taahhütnamede nazara alınarak davalının sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.”; Y11HD, 30.09.2004 T., 2003/14391 E., 2004/9081 K., “Davalılardan İSKİ vekili, müvekkilinin diğer davalı şirketler üzerinde denetim ve gözetim yetkisi bulunmadığını, müvekkiline bu nedenle husumet yöneltilmeyeceğini savunmuş ise de, mahkemece, bu savunma üzerinde yeterince durulmamış, sözleşmenin tamamı da dosyaya ibraz edilmemiş ve mahkemece de ibraz ettirilmemiş sonuçta davalı İSKİ'nin de sorumluluğuna hükmedilmiştir.

eser sözleşmesi niteliğinde olduğu, iş sahibinin sözleşme konusu işi denetleme yetkisi olmasının adam çalıştıran olarak nitelendirilmesi için yeterli olmayacağı ve işin iş sahibine “bağımlı” olarak yapıldığı sonucunu doğurmayacağı gerekçeleriyle kararın hatalı olduğu ve idarenin adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu çerçevesinde tazmin ile yükümlü olmayacağı söylenebilecektir.

Yine taraflar arasında eser sözleşmesi bulunan olayda Yargıtay tarafından, adam çalıştıranın sorumluluğu için bağımlılık unsurunun bulunmasının zorunlu olduğu, eser sözleşmesinde yüklenicinin kendi hesabına iş yaptığı ve iş sahibinden bağımsız olarak iş yapmayı üstlendiği, eser sözleşmesinde bağımlılık unsuru bulunmadığından iş sahibinin BK m. 55 kapsamında sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı, ancak taraflar arasındaki sözleşmede malzemenin iş sahibi tarafından gösterilen veya yüklenici tarafından sağlanan yerden alınabileceğinin düzenlendiği, malzemenin iş sahibi tarafından gösterilen yerden sağlanması durumunda iş sahibinin haksız fiile katılan sıfatı ile BK m. 50 hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir²⁰⁶. Bu kararda, eser sözleşmesinde iş sahibinin işe dahil olabileceğine dair maddeler bulunsada dahi, bağımlılık unsuru bulunmadığından adam çalıştıran olarak değil, ancak haksız fiile katılan sıfatıyla sorumlu olabileceği, dolayısıyla yalnızca eser sözleşmesindeki talimat ve denetime ilişkin bir kısım hüküm değerlendirilerek iş sahibinin adam çalıştıran olarak kabul edilemeyeceği ortaya konulmuştur.

Mahkemece, taraflar arasındaki mevcut sözleşmenin tamamı ibraz ettirilerek, sözleşmenin anahtar teslimi şeklinde olup olmadığı açıklığa kavuşturulmak, davalılardan İSKİ'nin çalışmayı yapan diğer davalılar üzerinde B.K.nun 55 nci maddesi koşullarının tespiti bakımından denetim ve gözetim görevinin bulunup bulunmadığı araştırılmak, bu yönde bir görevi varsa, üçüncü kişilere verilecek zararlardan kusursuz ve diğer davalılar ile aynı kanunun 51/2 nci maddesi uyarınca müteselsil sorumluluğunun bulunduğu sonucuna ulaşılmak gerekecektir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 03.06.2019.

²⁰⁶ Y4HD, 25.10.2005 T., 2004/12863 E., 2005/11451 K., “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, 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 yöndeki Yargıtay uygulaması yerleşiktir. Somut olayda, davalı ile dava dışı şirketler arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi kapsamında bulunduğu çekişmesizdir. Bu nedenle de davalı, kural olarak dava dışı yüklenicilerin eylemlerinden sorumlu tutulamaz. Diğer yandan, sözleşmede malzemenin iş sahibi tarafından gösterilen yerden alınabileceği yönünde hüküm bulunduğu gibi yüklenici tarafından sağlanacak yerden getirilebileceği şeklinde de düzenleme yer almaktadır. Mahkemece, malzemenin davalı tarafından gösterilen yerden mi, yoksa dava dışı yükleniciler tarafından belirlenen bir yerden mi getirildiği saptanmamıştır. Ayrıca, davalının malzemenin davacı tarafa ait ruhsatlı alandan sağlanması yolunda bir talimatı veya yer göstermesi bulunup bulunmadığı da araştırılmamıştır. Eser sözleşmesinin varlığına karşın, eğer iş sahibi tarafından yer gösterilmiş ve talimat da verilmiş ise davalı haksız eyleme katılan sıfatı ile ve BK.m.50 hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 29.05.2019.

Zira Yargıtay'ın yalnızca sözleşmedeki talimat verme ve denetleme yetkisini baz alarak eser sözleşmesi ve sair sözleşmesel ilişkilerde²⁰⁷ iş sahibini adam çalıştıran olarak kabul etmesi ve zarardan kusursuz olarak sorumlu tutması, TBK m. 66'nın uygulama alanının hatalı bir şekilde genişletilmesine neden olacağı gibi, adam çalıştıranın sorumluluğu için aranan bağımlılık unsurunun da işlevsel hiçbir öneminin kalmamasına yol açacaktır. Nitekim aksi yönde Yargıtay, doğalgaz şebekesi döşenmesi sırasında zarara uğrayan üçüncü kişinin, söz konusu işi zararı veren şirkete ihale eden idare aleyhine de ikame ettiği davada, idarenin adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumluluk esaslarına göre zarardan sorumlu tutulmasını gerektirir bir durum olmadığını belirtmiştir²⁰⁸.

²⁰⁷ Y3HD, 16.04.2014 T., 2013/21206 E., 2014/6181 K., "Davalılar D.I. SÜPER MARKETLERİ TİC. A.Ş. ile diğer davalı S.Ö. arasında alt imtiyaz (Franchise) anlaşması yaptıkları konusunda davalılar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır... Dava, haksız fiil nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Olayda markete ait reklam tabelasının yolda karşıdan karşıya geçmekte olan davacının bacağının üzerine düşmesi sonucunda yaralandığı, davacının bu yaralanmalardan dolayı iki aya kadar iyileşebilecek derecede iş göremediği anlaşılmıştır. Davalı diğer davalının denetimi ve gözetimi altındadır. Borçlar Kanununun 55. maddesine göre denetim ve gözetim altında olması nedeniyle davalının eylemlerinden diğer davalı şirkette sorumludur. Çünkü sözleşme gereğince denetim ve gözetim görevini yerine getirmemiştir. Sözleşme hükümlerine göre marketin yer seçimi, reklam tabelaları vs. hususların kontrolü davalı şirkettir. Bu bağlamda sık sık bunların denetlenmesi de davalı şirketin görevi arasındadır. Dolayısıyla davalı şirkette BK.55.maddesine göre sorumludur.", www.kazanci.com; erişim tarihi: 15.05.2019.

²⁰⁸ Y7HD, 18.10.2011 E., 2010/7514 E., 2011/6147 K., "Toplanan delillerden Şanlıurfa şehir içi doğalgaz şebekesi döşeme işinin 4646 Sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu hükümleri kapsamında davalı G... şirketine ihale edildiği, ihale makamı olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun doğalgaz dağıtım hizmetini bizzat yürütmekle değil yürütümünü sağlayacaklara gerekli yetkiyi vermek ve piyasayı düzenlemekle görevli olduğu, yapılan ihale sözleşmesi kapsamında B.K.nun 55 inci maddesi hükmünde belirtilen "adam çalıştıran" sıfatıyla ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre zarardan sorumlu tutulmasını gerektirir bir yetki devrinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca adı geçen davalının meydana gelen hasardan diğer davalıyla birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulamayacağı, daha açık anlatımla kendisine husumet yöneltilemeyeceği kuşkusuzdur.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 17.05.2019; Aynı yönde bkz. Y4HD, 30.05.2005 T., 2004/10929 E., 2005/5766 K., "Dava haksız eylemden kaynaklanmaktadır. Dava dilekçesinde davalı DSİ Genel Müdürlüğü'nün kanal çalışması sırasında patlatılan dinamit nedeniyle uçan kaya parçalarının verdiği zarar nedeniyle tazminat istendiğine göre uyumsuzluğun özel hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturulması gerekir. İşin esasının incelenmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi yanlıştır. Ancak davalı DSİ Genel Müdürlüğü su kanalı çalışması işini sözleşme ile diğer davalı yükleniciye vermiştir. Yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşme, bir eser sözleşmesidir. Aralarında BK.nun 55. maddesi gereğince çalışan ve çalıştırılan ilişkisi yoktur. Yüklenici kendi adına iş yaptırmayı nedeniyle başkalarına verdiği zarardan bizzat sorumludur. Bu nedenle davalı DSİ Genel Müdürlüğü yönünden davanın husumetten reddi gerekir. Bu yönün gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir. 2-Davalı şirkete yönelik temyiz itirazına gelince; Davalı şirket davaya konu su kanalı yapım işini DSİ Genel Müdürlüğü'nden eser sözleşmesi ile üstlenmiştir. Yüklenici şirket iş sahibi olan DSİ Genel Müdürlüğü'ne bedeli karşılığında bir iş yapmayı yüklenmiştir. Bu nedenle sözleşme hükümleri uyarınca yüklenici üzerine aldığı işi doğrudan doğruya iş sahibinden bağımsız olarak yapma yükümlülüğü altındadır. Kendi adına iş yaptırmayı nedeniyle de başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumludur. Zarar ve kapsamı belirlenerek davalı şirketin sorumluluğuna karar verilmek gerekirken onun yönünden davanın husumetten reddi bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 03.06.2019; Y4HD, 06.01.1976 T., 1975/1864 E., 1976/72 K., "Davalı D.S.İ. işi yaptıran kişidir. Yapılan iş istisna sözleşmesiyle taşarona verilmiştir. Taşaron taş ocağından patlatacağı taşları çıkararak işyerine götürecektir. Böylece iş sahibi bir sözleşme ile işi ve yapılmasını tamamen 3 kişiye bırakmıştır. Bu bırakma sonunda iş sahibinin işle ilişkisi kesilmiştir. Oysa Borçlar Yasasının 55. maddesi sorumluluğu başkalarını işinde çalıştıran, hizmet ettiren kişiye ilişkin sorumlulukları benimsemiştir. İstisna sözleşmesinde iş sahibinin sorumlu olmadığı dairemizce de benimsenmektedir. O halde karar bozulmalıdır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 05.06.2019.

Davalılar arasında bir halı sahaya ilişkin kira sözleşmesi bulunan ve halı sahada yaşanan ölümlü tartışma ile ilgili üçüncü kişiler tarafından ikame edilen bir dava ile ilgili olarak Yargıtay, işyeri ve vergi kayıtlarının kiraya verene ait olduğu, kira sözleşmesinde halı sahanın işletilmesi sonucunda elde edilecek hasıllardan ödenmesi gereken vergi ve diğer giderlerin kiraya veren adına kiracı tarafından ödeneceğinin ve bundan sonra kalan karın kiraya veren ve kiracı arasında paylaşılacağına kararlaştırıldığı, bu nedenle kiracının kiraya verenin işçisi veya temsilcisi sayılması gerektiği gerekçesiyle, başkaca herhangi bir inceleme yapılmaksızın kiraya verenin adam çalıştıran sıfatıyla zarardan sorumlu olduğuna karar vermiştir²⁰⁹. Ancak söz konusu olayda da, kiraya veren ile kiracı arasında bağımlılık unsuru bulunup bulunulmadığı, kiracının işi kendi adına bağımsız olarak mı, kiraya verenin denetim ve gözetiminde bağımlı olarak mı yaptığı hususunda gerekli değerlendirmenin yapılmadığı, salt sözleşmesel ilişki nazara alınarak kiraya verenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğuna gidildiği ve böylelikle TK m. 66 gereği sorumluluk için bağımlılık unsurunun göz ardı edilmesine dahi neden olacak bir uygulama geliştirildiği görülmektedir.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri, yukarıda yer verilen bazı kararlarında bağımlılık unsuru bakımından yeterli araştırma yapmadığı gibi, bazı kararlarında da, salt adam çalıştıran ile çalışan arasında bağımlılık ilişkisi bulunması nedeniyle, sorumluluğun kabulü için gerekli diğer şartların tartışılmasına dahi yer vermeden TBK m. 66 uyarınca hüküm tesis etmektedir. Örneğin trafik kazası sebebiyle desteğin ölümünden dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkin davada, kusuruyla kazaya sebebiyet veren şoförün ceza dosyasındaki ifadelerinde bir işyerine bağlı olarak çalıştığını ifade ettiği, işyeri sahiplerinin de ifadelerinde şoförün işvereni olduklarını kabul ettikleri, şoförün kaza anında işverenin emir ve talimatlarını yerine getirmek için aracı kullandığı, bu haliyle istihdam eden konumunda olan davalıların zarardan sorumlu tutulması gerektiğini belirterek, Yerel Mahkemenin işleten veya

²⁰⁹ Y4HD, 10.04.2007 T., 2006/5874 E., 2007/4738 K., "Mahkemece halı sahaya davalı Mustafa'nın kira sözleşmesi ile kendi adına işlettiği kabul edilerek, diğer davalıların kiralayan sıfatı nedeniyle olayda sorumlulukları olmadığı kabul edilmiştir. Oysa ki, dosyada örneği bulunan 01.12.1997 tarihli "Kira Sözleşmesi" başlıklı belge incelendiğinde, halı saha işletmesinin işyeri ve vergi kayıtlarının tesis sahibi olan üç davalı adına olduğu, elde edilecek hasıllardan ödenmesi gereken vergi ve diğer giderlerin onlar adına davalı Mustafa tarafından ödeneceği, bundan sonra kalan kardan kendisine düşen payı alarak kalanın onlara ödeneceği şeklinde hükümler içerdiği görülmektedir. Sözleşmenin bu hükümlerine göre taraflar arasında kira ilişkisi olmadığı, halı sahanın sahipleri adına davalı Mustafa tarafından işletildiği, kiracılık ilişkisinden çok onların işçisi veya temsilcisi durumunda olduğu ve sadece kardan pay alarak çalıştığı sonucu çıkmaktadır. Kaldı ki, resmi kayıtlarla doğrulanmayan ve adi bir belge niteliğinde olan bu sözleşme, sonradan her zaman düzenlenebileceğinden, davacılar yönünden bağlayıcılığı da bulunmamaktadır. Bu durumda ise, işyerinin işletilmesiyle ilgili bir olaya bağlı olarak gerçekleşmiş olan dava konusu zarardan, işveren durumunda olan diğer davalılar da sorumludur. Yerel mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan işyeri sahibi davalılar Sevil, Fatma ve H.İbrahim hakkındaki davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.05.2019.

sürücü olmadıklarından bahisle haklarında davanın reddi yönünde hüküm tesis eden kararını bozmuştur²¹⁰. Burada dosya kapsamında şoförün çalışan, davalıların ise adam çalıştıran olarak kabul edilmesi hatalı gözükmese de, adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu için tek şartın bağımlılık ilişkisinin bulunması olmadığı, özellikle adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirme imkanının bulunduğu nazara alındığında, Yerel Mahkeme kararının “davalıların zarardan sorumlu tutulması gerektiği” yönünde bozulması hatalı olup, dosyanın TBK m. 66 gereği gerekli incelemenin yapılması için Yerel Mahkemeye çevrilmesi daha doğru olacaktır.

Benzer şekilde Bölge Adliye Mahkemesi, bir iş merkezinin otoparkını işleten şirket nezdinde çalışan valeyeye aracını teslim eden müşterinin, meydana gelen kaza sonucunda aracının hasar görmesine istinaden görülen davada, valenin otoparkı işleten şirketin çalışanı olması nedeniyle şirketin adam çalıştıran olarak zarardan sorumlu olduğuna karar vermiş, TBK m. 66 kapsamında diğer sebeplere ilişkin olarak herhangi bir araştırmaya yer vermemiştir²¹¹.

²¹⁰ Y4HD, 15.04.2013 T., 2012/7927 E., 2013/6969 K., “Kişilerin sözleşme dışı sorumluluğunda kural olarak kusur sorumluluğu esastır. Ne var ki; yasa koyucu değişik sebeplerle kusursuz sorumluluk hallerini de kabul etmiştir. 818 Sayılı BK'nun “istihdam edenlerin mesuliyeti” başlığı altında düzenlenen 55. maddesi (6098 Sayılı TBK'nun 66. maddesi) uyarınca; istihdam edenlerin müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. İstihdam eden, müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarına zarar vermemelerini sağlamakla ve buna dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür. Somut olayda; zararlandırıcı kazanın gerçekleştiği anda kaza yapan aracı dava dışı Ö.'in kullandığı, geri manevra esnasında aracın arkasında bulunan davacıların desteğinin üzerinden geçerek ölümüne neden olduğu, kazanın oluşumunda dava dışı sürücünün % 75 (asli) kusurlu olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Dava dışı sürücünün, hakkında yürütülen ceza dosyasındaki ifadelerinde, davalılar A. ve Ö.'in işyerinde işçi olarak çalıştığını söylediği, adı geçen davalıların da aynı dosyada alınan ifadelerinde dava dışı sürücünün işvereni olduklarını kabul ettikleri, olay günü de dava dışı sürücünün adı geçen davalıların emir ve talimatlarını yerine getirmek için aracı kullandığı görülmektedir. Davalılar A. ve Ö.'in, dava dışı sürücünün istihdam edeni olduğu açıktır. Şu halde, davacıların zarara uğraması ile sonuçlanan olayda istihdam eden durumundaki davalılar A. ve Ö.'in de zarardan sorumlu tutulması gerekirken, işleten ve sürücü olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple de kararın bozulması gerekmiştir.”; www.kazanci.com; erişim tarihi: 13.05.2019.

²¹¹ İstanbul BAM8HD, 15.11.2018 T., 2017/1221 E., 2018/1311 K., “Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesine dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde, usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, ...'nın davalılardan ...çalışanı olması sebebiyle adı geçen şirketin adam çalıştıran ve işleten sıfatıyla diğer davalı şirketinde kazanın meydana geldiği iş merkezinin işleteni olması nedeniyle, bu merkeze ve ...'ne güvenerek aracına getiren, park yerinde bırakan araç sahibinin uğradığı zararlardan sorumlu olacakları konusunda herhangi bir duraksama bulunmadığına, her iki davalı arasında düzenlenen ve otopark alanının nasıl kullanılacağı, bu alanda meydana gelen üçüncü kişi zararlarının nasıl ve kim tarafından giderileceğine dair sözleşme hükümlerinin tarafların iç ilişkisini ilgilendiren bir durum olmasına; konusunda uzman bilirkişilerden oluşan olaya uygun, denetlenebilir gerekçeler içeren, 29/06/2016 tarihli heyet raporundaki zarar miktarının belirlenmesine dair görüş ve değerlendirmelerin hükme esas alınmasında da herhangi bir isabetsizlik tespit edilememesine göre, davalıların istinaf başvurularının reddi gerektiği sonucuna varılarak aşağıdaki biçimde hüküm tesis edilmiştir.”; Yargıtay da benzer şekilde, abone dosyasını elektrik kurumuna zamanında teslim etmeyen elektrik tesisatçısının eyleminden kooperatif yönetiminin BK m. 55 uyarınca sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir bkz. Y23HD, 13.07.2012 T., 2012/1952 E., 2012/4920 K., “Bu itibarla, davalı kooperatifin diğer üyelerine verilen dairelerin elektrik abonelik işlemlerinin hangi prosedürle ve ne kadar sürede yapıldığı hususu, 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 23. maddesindeki eşitlik ilkesi çerçevesinde araştırılıp, abonelik işlemlerinin tamamlanmasıyla ilgili mutad uygulamalar belirlenip, davacının uğradığını öne sürdüğü zararın meydana

B. Adam Çalıştıran ile Çalışan Arasında Özel Hukuk İlişkisi Olması

Yukarıda da değindiğimiz gibi, adam çalıştıranın bir gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisi olmasının, sorumluluğun tespitinde bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki ilişkinin, bir özel hukuk ilişkisi olması zorunludur²¹². Bu sonuç, TBK hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine uygulanacak olmasının da bir sonucudur.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerine bağlı memurların ve ajanların, idare adına iş gördükleri sırada ve görevleri ile ilgili olarak üçüncü kişilere verdikleri zararlarda, TBK m. 66 anlamında devlet memurlarının çalışan, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin adam çalıştıran sayılması mümkün olmadığından TBK m. 66 uygulanması mümkün değildir²¹³. Burada zarar gören üçüncü kişilerin kamu hukuku kurallarına göre tam yargı davası açarak tazmin talep etmesi gerekmektedir. Adam çalıştıranın kamu tüzel kişisi olduğu durumlarda, çalışan ile arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına tabi bir ilişki olması, çalışanın üçüncü kişiye vermiş olduğu zarardan kamu tüzel kişisinin TBK m. 66 kapsamında sorumlu tutulması için şarttır²¹⁴.

Yargıtay kararlarında da, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olması halinde uyuşmazlığın idari yargı alanına girdiği ve TBK m. 66'nın uygulanamayacağı²¹⁵; TBK m. 66'nın taraflar kamu tüzel kişisi dahi olsa, çalışan ile adam

gelmesinde, müterafik kusuru bulunup bulunmadığı hususu üzerinde de durularak, gerekirse uzman bir bilirkişiye kooperatif defter ve belgeleri üzerinde inceleme yaptırılıp, denetime elverişli bir rapor alınması ve oluşacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, abone dosyasını elektrik kurumuna zamanında teslim etmediği belirlenen kooperatif elektrik tesisatçısının eyleminden B.K'nın 55. maddesi uyarınca davalının sorumlu olduğu gözetilmeden, anılan kişiye karşı açılmış bir dava bulunmadığından bahisle, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 13.05.2019; Aynı yönde bkz. Y13HD, 19.06.2003 T., 2003/4053 E., 2003/8081 K., “Davacı, davalılardan M. Selim U.'ya ait döviz bürosunda çalışan diğer davalıya 7.800 DM. ve 16.700 USD teslim ettiğini, Selim U.'ya ait döviz bürosunun basılı kartına alınan paralar yazılarak belge verildiğini, ancak paraların iade edilmediğini bildirerek bu davayı açmıştır. Davacının dayandığı belge döviz bürosunun basılı belgesi olduğu, davalı M. Selim U., diğer davalının bürosunda işçi olarak çalıştığını kabul etmekle beraber, bu paranın kendisine verilmediğini savunmuş, diğer davalı parayı ticarethane adına aldığını bildirmiştir. Davalı Selim U.'ya ait L... Döviz Bürosunda diğer davalı Necdet U.'nun çalıştığı hususu çekişmesizdir. Bu büroda çalışan Necdet'e yapılan ödemeler işyeri sahibi olan M. Selim U.'ya yapıldığının kabulü gerekeceği gibi, BK'nın 55. maddesine göre de zaten istihdam eden sıfatı ile davalı Selim, davalı Necdet'in fiil ve hareketlerinden de sorumludur.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 04.06.2019.

²¹² Eren, s. 623; Oğuzman, 2016, C. II, s. 142; Antalya, C. II, s. 254.

²¹³ Tekinay, s. 504; Gezder, s. 64.

²¹⁴ Tekinay, s. 506; Kara Kılıçarslan, s. 69: “Bu noktada bu ilişkinin kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanan bir ilişki olması önem taşımaz. 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.” şeklindeki ifadelerle ilişkinin kamu hukuku veya özel hukuka tabi bir ilişki olmasının önemi olmadığı belirtilmişse de, devamındaki açıklamalar ile ilişkinin özel hukuk ilişkisi olması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

²¹⁵ Y4HD, 07.05.1990 T., 1989/9264 E., 1990/3861 K., “Dava tazminat isteği olup husumet İçişleri Bakanlığına yöneltilmiştir. Davacıların oğlu Hasan'ın olay günü çalışmakta olduğu kahvehaneye çay içmek için gelen jandarma inzibat eri İbrahim'in elinde bulundurduğu silahını tedbirsizlikle patlatması sonucu öldüğü ileri sürülmekte ve adı

çalıştıran arasındaki ilişkinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu durumlarda uygulanacağı kabul edilmektedir^{216, 217}.

geçenin görevli bulunduğu bir sırada ve ancak görevi dışı bir eylemle ölüme sebebiyet vermesi karşısında davanın istihdam eden sıfatıyla adli yargıda açıldığı ileri sürülmektedir. Davalı Bakanlıkca cevap dilekçesinde bu davanın idare mahkemesinde açılması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak Mahkemece görev itirazı üzerinde durulmamış, davalı idarenin olaya sebebiyet veren jandarma erim istihdam eden durumunda bulunması karşısında Borçlar Kanununun 55. maddesi hükmüne dayanılarak davanın kabulü yönüne gidilmiştir. Oysa bakanlıkların diğer bir deyimle Devletin kamu yasaları uyarınca çalıştırdıkları kişilerin sebebiyet verdikleri zararlandırıcı işlem ve eylemlerinden ötürü Borçlar Kanununun 55. maddesi uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla genel yargı önünde sorumlu tutulması olanağı yoktur. Davaya konu olan olayda zarara neden olan kişi, davalı idare tarafından özel hukuk hükümleri uyarınca çalıştırılan bir kimse değildir. O halde dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenmiş olması bozmayı gerektirir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 24.05.2019.

²¹⁶ Y11HD, 05.12.2017 T., 2016/13966 E., 2017/6878 K., “Dava; süresi içinde ibraz edilmesine rağmen tahsil edilemeyen çek bedelinin tahsili istemine ilişkindir. İşbu davada, davalı idareye karşı dava açılmasının nedeni, davaya konu çekleri keşide eden dava dışı kişilerin davalı idare personeli olması ve bu durum karşısında oluştuğu ileri sürülen zarardan, davalı idarenin adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu bulunmasıdır. Somut olayda, davalılar arasındaki ilişki özel hukuktan kaynaklandığından adli yargı görevli olup, mahkemenin davalı yönünden idari yargının görevli olduğuna dair gerekçesi yerinde değildir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 15.05.2019; YHGK, 02.02.2011 T., 2010/7-673 E., 2011/2 K., “Hal böyle olunca; eldeki dava, davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Bakanlığının hizmet kusuruna değil, adam çalıştıran sıfatıyla gözetimi altında ve talimatına uyararak çalışan yüklenici ile taşeronun eylem ve işlemlerinden 818 Sayılı B.K.'nun 55. maddesi gereğince sorumlu olduğu iddiasına, dayalı tazminat istemine ilişkin bulunmakla açık biçimde adli yargı mercilerinin görev alanında kalmaktadır. Öte yandan, davalılar arasındaki sözleşme, kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediyenin lehine düzenlenmiş bir idari sözleşme olmayıp, açık biçimde özel hukuk hükümlerine tabi eser sözleşmesidir. Bu sözleşmenin tarafları arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı olmadığına göre, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilen zararların giderilmesi amacıyla açılan davaların çözüm mercii de idari yargı olarak düşünülemez (Yargıtay H.G.K.'nun 28.4.2010 gün ve 2010/7-216 E. 2010/231 K. sayılı ilamı). Sonuçta, açıklanan özellikleri karşısında eldeki davaya bakmakla idari yargı yeri değil, adli yargı yerinin görevli olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Bu nedenle, davaya bakmakla görevli olduğunu kabulle işin esasına girmesi yerindedir.”; YHGK, 28.04.2010 T., 2010/7-216 E., 2010/231 K., “Davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi Bakanlığı ile onama kararıyla dava dışı kalan davalı Ç... İnşaat Ltd. Şti'nin arasında yapılan davaya konu istisna akdi incelendiğinde; bir özel hukuk akti olduğu görülmektedir. Bu istisna akdi sebebiyle çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde hakem heyetinin yetkili ve görevli olduğu aktedilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmede dahi, kamu hizmeti vermekle yükümlü olan davalı belediyenin lehine olarak düzenlenmiş bir idari sözleşme değildir. Akid taraflar arasındaki sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargı olmadığı halde, bu sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilen zararların giderilmesi amacıyla açılan davaların idari yargıda görülmesi usul ekonomisine uygun olmadığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hak arama ve adil yargılanma haklarının ihlali olduğu kanaatine varılmıştır.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 17.05.2019; Y3HD, 24.06.2016 T., 2016/10333 E., 2016/9982 K., “Somut olayda, davaya konu olayın davacıların çocuğu ...'ın belediyeye ait düğün salonunun bahçesinde arkadaşları ile gün içerisinde oyun oynadığı sırada meydana geldiği, davacılar ile davalı ... arasında bir hizmet ilişkisi (herhangi bir düğün ya da organizasyon) bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim, davacı taraf dava dilekçesinde, davalı belediyenin meydana gelen olayda diğer davalı bekçi ... istihdam eden kurum olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, davalı belediyenin olaydaki sorumluluğu hizmet kusuruna dayanmamakta olup, olayın yukarıda açıklandığı şekilde haksız fiilin özel düzenlenme hallerinden olan kusursuz sorumluluk ilkeleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünüldükçe, davanın adli yargıda çözülmesi gerekirken, mahkemece; idari yargının görevli olduğundan görev yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Öyle ise mahkemece, bu hususlar gözetilerek, işin esası hakkında yapılacak yargılama neticesinde hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 22.05.2019.

²¹⁷ Y4HD, 15.01.1979 E., 1978/2904 E., 1979/146 K., “Davacılar, davalı Orman İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün BK.nun 55. maddesi hükmüne dayanarak tazminatla sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüşler, yerel mahkemece de davalı genel müdürlüğün tazminatla sorumluluğu cihetine gidilmiştir. Davanın şu ileri sürülüş şekline göre

davacıların, bir kamu tüzel kişisi olan davalı Orman İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün bir idari kademesini oluşturan Orhaneli Bölge şefliğinde atama tasarrufu ile çalışan orman muhafaza memuru davalı (H) nin görevi sırasında ve ifa ettiği görev dolayısıyla desteklerini öldürdüğü olgusunu ileri sürerek "İdare ajanının hizmet kusuruna" dayandığı ve tazminat isteğinin bir hizmet kusurundan kaynaklandığı açıkça anlaşılmaktadır. Gerek dava dilekçesinde, gerekse duruşma sırasında ileri sürülen maddi olgular da, iddianın nitelikçe bu şekilde yorumlanması gerektiğini kanıtlamaktadır. O halde bu davada öncelikle çözümlenmesi gereken yön, Devlet ve sair kamu tüzel kişileri hakkında BK.nun 55. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı hususunun çözümlenmesi olmalıdır. Bu gün gerek doktrinde ve gerekse uygulamada hakim olan görüş odur ki, ister hizmet kusuru, ister kişisel (şahsi) kusur bulunsun, kamu hukuku alanına giren faaliyet ve tasarruflarından dolayı idare aleyhine BK.nun 55. maddesine dayanarak istihdam eden sıfatıyla dava açılmaz. Çünkü, eğer olayda idare ajanının bir hizmet kusuru mevcut ise, idare aleyhine 521 sayılı Danıştay Yasasının 30. maddesi hükmüne göre tam kaza davası açılmalıdır. Kişisel kusur mevcut ise, memur bu kusurundan BK.nun 41. maddesine göre şahsen ve yalnız başına sorumlu tutulabilir, yani kişisel kusurundan dolayı BK.nun 55. maddesine dayanarak idarenin sorumluluğu cihetine gidilemez. Gerçekten, kamusal memurları "İstihdam edilen kimseler" durumunda mütalaa etmek yanlıştır. Zira, memurların Devlet veya kamu idareleriyle olan ilişkileri özel hukuk kurallarına göre değil, idare hukuku kurallarına göre düzenlenir. Bu görüş tarzı Onar'a göre şu mülahazalara istinat ettirilmiştir : Kanun koyucu memurların eyleminden dolayı Devletin sorumluluğu konusunda bazı alanlarda BK.nun 55. maddesinden daha ağır (örneğin; MK.917, TTK.27/2, MK.819) bazen de daha hafif (MK.410,İİK.6) hükümler koymuştur. Kanun koyucunun özel hukuk kurallarını Devletin sorumluluğuna uygulama bakımından böyle farklı hükümler ve sistemler uygulaması ki bu halleri de açıkça göstermiş olması, bu sorumluluğun bazen CK.nun 55. maddesinden çok hafif ve bazen de çok ağır bulunması, esas itibarıyla 55. maddenin idare tüzel kişilerine uygulanamayacağını göstermektedir. (S.S. Onar - İdare Hukukunun Umumi Esasları - İstanbul 1960 - Cilt II - Sayfa 1304) (Haluk Tandoğan - Türk Mes'uliyet Hukuku - Ankara 1961 - Sayfa 145) (Necdet Özdemir - Hizmet Kusuru Teorisi ve Devletin Sorumluluğu - Ankara 1963 - Sayfa 41). Böylece kanun koyucu esas itibarıyla Devleti 55. maddenin kapsamı dışında görmüş ve özel durumların gereklerine göre memurların eylemlerinden dolayı Devlet e muhtelif şekil ve derecelerde sorumluluklar düzenlemiştir. Bu hükümlerin herbirisi, muhtelif özel hal ve durumların gereklerine ve özelliklerine göre konulmuş olduğundan ve binaenaleyh genel bir nitelik arz etmediğinden benzetme (kıyas) yoluyla başka olaylara tatbik ve teşmil edilemez. Nitekim kanun koyucunun yukarıda anılan şekilde özel sorumluluk halleri için açık hükümler koyması da 55. maddenin Devletin sorumluluğu meselesinde uygulama olanağı bulunmadığını gösterir. Bundan dolayı, eğer hukuk sistemimizde, Devletin sorumluluğunu istinad ettirecek daha geniş ve kudretli bir hukuki esas mevcut olmasaydı, bu belirli sorumluluk halleri dışında Devlete ve diğer idare (kamu) tüzel kişilerine fonsiyonlarından, otoritenin kullanılmasından ve kamu hizmetlerinden dolayı hukuki ve mali sorumluluk yöneltmek mümkün olmaz ve bu bakımdan hukuk sistemimizde büyük bir boşluk husule gelirdi. Oysa, Danıştay Kanunun 30. maddesinde Devletin ve Kamu tüzel kişilerin idari faaliyetlerinden doğacak sorumluluk konusunda ajanın kusurunu şart kılmayarak ve kurtuluş beyyinesine de yer vermeyerek BK.nun 55. maddesinden daha yetkin ve geniş bir sorumluluk sistemine yer vermiştir. şunu da hemen belirtmek gerekir ki, Devletin veya sair kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişileri gibi hareket ettikleri hallerde BK.nun 55. maddesi hükmünün uygulanması olanağı her zaman mevcuttur." ; Y4HD, 22.01.1975 T., 1973/11399 E., 1975/903 K., "Bu itibarla, özel hukuk hükümlerine göre idare edilen kamu tüzel kişileri, üçüncü kişilere karşı bir özel hukuk tüzel kişisi gibi, organ (uzuv) durumunda olan ajanlarının haksız eylemlerinden dolayı Medeni Yasanın 47, 48 ve Borçlar Kanununun 41. maddeleri uyarınca ve yardımcı kişi niteliğindeki görevlilerin eylemlerinden ötürü de Borçlar Kanununun 55 ve 100. maddesi hükümlerince zarardan sorumlu tutulmaları gerektiğinden, haklarında üçüncü kişiler tarafından açılacak davaların "idari tam yargı davası" olarak nitelendirilmelerine hukukça olanak yoktur. Mahkeme, davacının, davasına dayanak olduğunu bildirdiği hukuki sebeple bağlı olmaksızın, ileri sürülen maddi vakıya göre hukuki durumu tavsif edip, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını tayin ve tesbit ederek kendiliğinden (resen) uygulanmakla yükümlüdür. Kamu idare ve kurumlarının kamu hukuku alanında kalan faaliyetlerinden doğan kişi (fert) zararlarından idarenin sorumluluğunun hukuki dayanağı, idare hukukunun sorumluluğa ilişkin teorileri olduğuna ve Yasama, yargı tasarrufları ile kamu hukuk kurallarına göre yürütülen kamu hizmetine ilişkin idare eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan dolayı idareye karşı, Borçlar Yasasının 55. maddesine dayanılarak çalıştıran kişi sıfatıyla dava açılmıyacağına, memurun kişisel kusurundan dolayı Borçlar Yasasının 55. maddesine dayanılarak idarenin sorumluluğu yönüne gidilemeyeceğine ancak hizmet kusuru varsa idare yargı yerinde tam kaza davası açılması zorunlu bulunduğu, buna karşılık da kamu tüzel kişilerinin, kamu hizmetine ilişkin olmakla beraber, özel hukuk kuralları altında yaptığı, özel huku alanına giren faaliyetleri sırasında meydana gelen zararlardan bir özel hukuk tüzel kişisi gibi özel hukuk hükümleri uyarınca Adliye Mahkemeleri tarafından sorumluluğuna karar verilebileceğine göre, dava dilekçesinde davanın hukuki dayanağının yanlış gösterilmesi, yani hukuk nedeninin

C. Zarar ile Çalışanın Gördüğü İş Arasında İşlevsel Bağın Bulunması

TBK m. 66 gereği adam çalıştırmanın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, zararın çalışanın işi gördüğü sırada, işin görülmesi ile ilgili bir sebepten meydana gelmesi gerekmektedir. Bu şart, meydana gelen zarar ile çalışana verilen iş arasındaki işlevsel (fonksiyonel²¹⁸) bağı ifade etmektedir. İşlevsel bağı, çalışanın adam çalıştırmanın amaç ve menfaatine yönelik olarak iş gördüğü sırada, bu iş dolayısıyla üçüncü kişiye zarar vermesi olarak tanımlayabiliriz.

İşlevsel bağın kurulması için, çalışanın adam çalıştırın tarafından kendisine verilen işi gördüğü sırada, üçüncü kişiye zarar vermesi aranmakta olup, zararın meydana gelmesinin çalışanın işi gördüğü yer ve zamanla doğrudan doğruya bir ilişkisi olmaması halinde işlevsel bağdan bahsedilemeyecektir²¹⁹. Bu anlamda üçüncü kişinin zarar görmesinin, çalışanın adam çalıştırının yararına görmekte olduğu iş ile doğrudan doğruya bir bağlantısının olması ve zararın çalışanın gördüğü işten kaynaklanan bir sebeple doğması gerekmektedir²²⁰.

Yargıtay, çobanın yönetiminde olan hayvan sürüsünün davacıya ait buğday ekili tarlaya yayılarak ürünleri zarara uğratması nedeniyle ikame edilen davada, çobanı istihdam eden hayvan sürüsü sahibinin zarardan adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir²²¹. Gerçekten söz konusu olayda zararın, çobanın adam çalıştırının menfaatine

belli edilmesinde yalnızca düşünülerek gerçek dayanağı kamu hukuku ilkeleri olup idari yargı yoluna bağlı bir davada özel hukuk hükümlerince hak istendiğinin bildirilmesi veya özel hukuk kurallarına bağlı bir ilişkiden çıkan uyuşmazlık söz konusu olduğu halde, kamu hukukunun sorumluluk kurallarından ve bu arada hizmet kusurundan söz edilmesi, esas yönünden olduğu gibi yargı yolunun belli edilmesi bakımından da sonucu etkilemez. Çünkü davanın tabii olduğu yargı yolunun davacının hukuki nitelemesine göre değil, davanın hukuki dayanağı itibarıyla idari dava niteliğinde olup olmadığı gözetilerek belli edilmesi gerekir. Davacıların, evlerinin yanması ile sonuçlanan olayın doğurduğu zarardan sorumlu olduğunu iddia ettikleri davalı İ.E.T.T. İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 3645 Sayılı Yasanın 1 ve 5. maddeleri gereğince, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiliği haiz ve İstanbul Belediyesine bağlı bir kuruluştur. İşletmenin gördüğü hizmet bir kamu hizmeti ise de faaliyetlerini özel hukuk kuralları altında yapmakta olması ve Türk Ticaret Kanununun 18/1. maddesi hükmünce tacir sayılması nedeniyle görevine ilişkin eylem ve işlemleri, Danıştay Yasasının 30/B maddesine öngörülen "idari" eylem ve işlem olarak nitelendirilemeyeceğinden faaliyeti sırasında meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerekip gerekmediği sorunun, idare hukukunun sorumluluk ilkelerine göre, idari yargı yerinde değil, özel hukuk hükmü ve kuralları uyarınca Adliye Mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir. Bu yönler gözetilerek işin esası incelenip varılacak sonuç uyarınca karar verilmek gerekirken Danıştay'ın görevine girdiğinden söz edilerek davanın yargı yeri bakımından reddi karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 05.06.2019.

²¹⁸ Oğuzman, 2016, C. II, s. 148; Antalya, C. II, s. 267; Ögüz, s. 838.

²¹⁹ Eren, s. 626; Oğuzman, 2016, C. II, s. 148; Tandoğan, s. 114; Antalya, C. II, s. 267; Kılıçoğlu, 2017, s. 428.

²²⁰ Ögüz, s. 841; Tandoğan, s. 115: "İstihdam edenin mes'ul olması için müstahdemin faaliyeti, ona ait bir iş olarak ve bu faaliyetin yapılmaması işletmede bir noksan olarak kendini göstermelidir."

²²¹ Y4HD, 05.03.1975 T., 1973/12471 E., 1975/2847 K., "Dava Borçlar Yasasının 55. maddesine dayanan adam kullananın kusursuz mesuliyetine ilişkin tazminat isteğidir. İddia ve savunmaya, dosyadaki kanıtlara ve mahkemenin kabulüne göre davalıya ait hayvan sürüsü istihdam ettiği çobanın yönetiminde iken davacının kira

hareket ettiği ve işi gördüğü sırada meydana gelmiş olması nedeniyle, zarar ile görülen iş arasında işlevsel bağın bulunduğu kabul edilebilecektir.

İşlevsel bağın tespitinde, çalışanın adam çalıştırmanın amaç ve menfaatine uygun hareket edip etmediğı, yani zararın işin görülmesinin bir sonucu olarak doğup doğmadığı ve çalışanın zarara işin yapıldığı yer ve sırada sebep olup olmadığı şeklinde iki kriterden hareket edilmektedir²²². Örneğin, vinç ile kaldırım taşı taşımakta olan çalışanın, kaldırım taşlarını yoldan geçen bir kişinin üzerine düşürmesi sonucunda üçüncü kişinin zarara uğramasında, çalışanın adam çalıştırmanın amaç ve menfaatine uygun hareket etmesi ve zararın görülen iş dolayısıyla doğması nedeniyle, iş ile zarar arasında doğrudan doğruya bir işlevsel bağ olduğundan bahsedilebilecektir. Ancak, aynı örnekte çalışanın kaldırım taşlarını daha önce husumeti bulunan bir kişinin üzerine bırakması halinde, görülen iş ile zarar arasında işlevsel bağ bulunmadığından ve çalışanın kendi kastı sonucunda vermiş olduğu bir zarar söz konusu olduğundan, TBK m. 49 gereğı haksız fiil sorumluluğu kapsamında zarar görene karşı şahsen sorumluluğu söz konusu olacaktır²²³.

Çalışanın adam çalıştırmanın amaç ve hedefine yönelik olarak, onun menfaatine hareket etmesi için, göreviyle ilgili olması, görevin yapılmasına eşlik etmesi, onu kolaylaştırması gerekmektedir²²⁴. Örneğin, çalışanın yanıcı bir malzemeyi taşıdığı sırada yangına sebebiyet vermesinde, zararın meydana gelmesi anında çalışanın adam çalıştırmanın menfaatine uygun hareket ediyor olması nedeniyle işlevsel bağ bulunmaktadır. Ancak, çalışanın yanıcı malzemeyi bilerek üçüncü kişinin üzerine atması halinde, çalışanın adam çalıştırmanın amaç ve hedeflerine uygun hareket ettiğinden bahsedilemeyeceğinden işlevsel bağ bulunmamaktadır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun kabul edilmesi için, çalışanın onun menfaatine uygun hareket etmesinin yanında, zararın işin görüldüğü sırada işin sonucu olarak doğması gerekmektedir²²⁵. İşlevsel bağın bulunması şartıyla, çalışanın iş aralarındaki davranışları nedeniyle üçüncü kişinin zararına sebep olması halinde de adam çalıştırmanın sorumluluğu söz

ile tutmuş bulunduğu buğday ekili tarlada yayılmasından ötürü ürün tahrip olmuştur. Bu durumda anılan yasa maddesi hükmünce davalının adam kullanan sıfatı ile sorumlu tutulması gerekirken, çobanın dava edilmesi gerektiğinden söz edilerek davanın red edilmiş olması bozmayı gerektirir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 05.06.2019.

²²² Kara Kılıçarslan, s. 77.

²²³ Eren, s. 626.

²²⁴ Kara Kılıçarslan, s. 79.

²²⁵ Aksi yönde bkz. Y4HD, 04.05.2000 T., 2000/2062 E., 2000/4389 K., “Çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için zarar verici eylem ile çalıştırmanın görülen işi arasında fonksiyonel bağıllık bulunması yeterlidir. Ayrıca, yerel mahkeme kararında belirtildiğı gibi, işçinin yapması gereken iş dolayısıyla giriştiğı bir faaliyetin sonunda zarar oluşması gibi özel bir durumun varlığı aranmaz.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

konusu olacaktır²²⁶. Ancak çalışanın gördüğü iş ile üçüncü kişinin zarar görmesi arasında yalnızca zaman ve mekan bakımından bir tesadüf bulunması halinde, adam çalıştırının sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla işin görülmesi ile zararın meydana gelmesi arasında zamansal ve mekansal bir bağın olması veya zararın adam çalıştırının çalışana işini görmesi için tahsis ettiği bir alet ile verilmesi doğrudan doğruya zarar ile iş arasında işlevsel bir bağlantının olduğunu göstermeyecek, ancak bir emare teşkil edebilecektir²²⁷.

Bu açıdan, zararın işin görüldüğü sırada verilmiş olması da, iş ile zarar arasında işlevsel bir bağ olmadığı sürece tek başına yeterli değildir. Buna rağmen TBK m. 66 hükmünde, adam çalıştırının, çalışanın *işin yapılması sırasında* başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. BK m. 55'te de, bu düzenlemeyle paralel olacak şekilde, adam çalıştırının, istihdam ettiği kimselerin *hizmetlerini ifa ettikleri esnada* yaptıkları zarardan mesul olduğu belirtilmekteydi. Çalışanın adam çalıştırın tarafından kendisine verilen işi gördüğü sırada üçüncü kişiye zarar vermesi, tek başına iş ile zarar arasında işlevsel bağ bulunduğunu göstermeyeceğinden, kanundaki düzenlemenin eksik olduğu savunulabilecektir²²⁸. Nitekim mülga BK m. 55 de, aynı nedenle eleştirilmiştir²²⁹.

Çalışanın işi gördüğü sırada zarara sebebiyet vermesinin yeterli olmadığına ve işlevsel bağa ilişkin olarak Yargıtay, çoban olarak görev yapan çalışanın, işini gördüğü sırada ormanda ateş yakması sonucu yangın çıkması olayında, ateş yakmanın çobanın göreviyle ilgisi olmaması nedeniyle isabetli olarak adam çalıştırının sorumluluğuna karar verilemeyeceğini belirtmiştir²³⁰.

²²⁶ Antalya, C. II, s. 269.

²²⁷ Tandoğan, s. 114; Ögüz, s. 841; Antalya, C. II, s. 268: “Çalışma arasında çalışanın verdiği zararlarda bu ayrımın yapılması oldukça zordur. Örneğin sigara içme yasağı olduğu halde çalışma arasında sigara içen işçinin sönmemiş izmariti atması sebebiyle üçüncü kişinin yanan eşyasından sorumlu tutulması, bu sürenin çalışma süresinden olması, çalışma alanında sigara içilmesi sebebiyle çalışma ilişkisindeki bu bağımlılığın bu süre içinde devam etmesinden hareketle adam çalıştırının sorumlu tutulması gerekir.”.

²²⁸ Çelik, s. 150.

²²⁹ Tandoğan, s. 114.

²³⁰ Y4HD, 27.02.1995 T., 1973/12114 E., 1975/2549 K., “Borçlar Yasasının 55. maddesi hükmünce başkasını çalıştırın kişinin maiyetinde çalıştırdığı kimsenin yaptığı zarardan sorumlu olabilmesi için bu zararı o kimsenin hizmetini ifa ettiği esnada yapması gerekir. Davalılardan Cemal Yavuz adam çalıştırın olup diğer davalı çoban Mesut Çalman'ın ileri sürülüşe göre Devlet ormanında ateş yakmış olması onun çobanlık faaliyeti ile ilgili değildir. Bu nedenle Cemal Yavuz hakkındaki davanın husumet yönünden reddine karar verilmek gerekirken kabul edilmiş olması yasaya aykırıdır.”; Benzer bir olayda Yargıtay, yangının çıkmasına yol açan olayın işin kapsamına girecek nitelikte olması nedeniyle adam çalıştırını sorumlu tutmuştur: YHGK, 02.04.1986 T., 1984/4-840 E., 1986/334 K., “Hilmi, diğer davalıların işçisi olup, yangının çıkmasına yol açan olayın görmekte olduğu işin kapsamına girecek nitelikte bulunduğu dosyadaki delillerle sabittir. O halde istihdam eden durumunda bulunan diğer davalıların Borçlar Kanunun 55. maddesi uyarınca sorumlu olduklarının kabulü gerekir. Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.05.2019.

Yine Yargıtay, davacının eşi olan banka çalışanın, sahte evrak ve hesap cüzdanı düzenlemek suretiyle hesaplarda usulsüzlük yapması nedeniyle ikame edilen davada, çalışanın hukuka aykırı fiili ile görevi arasında sıkı bir bağıllık olmaması nedeniyle bankanın adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmetmiştir²³¹.

Buna rağmen "POS" cihazının kullanımı ve yapılan alışverişlerin bedelinin tahsili ile görevli çalışanın, ödeme yapan müşterilerin kart bilgilerini başka bir cihaz yardımıyla kopyalamasına ilişkin olarak ikame edilen davada Yargıtay, salt zararın oluşumuna neden olan fiilin görevin ifası sırasında gerçekleştiğinden bahisle adam çalıştıranın sorumluluğu bulunduğunu kabul etmiştir²³². Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğunun doğması için çalışanın işin yapılması sırasında üçüncü kişiye zarar vermesi yeterli olmayıp, diğer şartlarla birlikte fiil ile çalışanın görevi arasında işlevsel bağın bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir.

Yargıtay, haftanın iki günü otları biçmesi karşılığında çalışanın bekçi kulübesinde oturmasının öngörüldüğü sözleşmeye ilişkin olarak, çalışanın kulübede kaçak elektrik

²³¹ Y11HD, 04.10.2005 T., 2004/11683 E., 2005/9151 K., "Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, dava konusu işlemlerin davacının eşi tarafından yapıldığı konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmadığı, davacının, parasının eşi tarafından Bayındırbank'tan Tekstilbank'a aktarılmasına icazet göstermesi sebebiyle Bayındırbank'ın davacıya karşı bir sorumluluğu olmadığı, davacının eşi Tuğba Duman'ın yargılandığı ceza davasında bütün hesap hareketlerinin kendisi tarafından sahte evrak düzenlemek suretiyle yapıldığını, aslında bankadan bu hesaplamaların bulunmamasına rağmen sahte olarak düzenlediği hesap cüzdanlarını sahte imzalarla eşi tarafından yapıldığını kabul edip eşinden şikayetçi olmadığını beyan ettiği, dava dışı Tuğba Duman'ın hukuka aykırı eylemi ile görevi arasında sıkı bir bağıllık olmadığından davalı Tekstilbank A.Ş.'nin de BK.nun 55 nci maddesi uyarınca sorumlu tutulamayacağı, davacının eski eşine karşı BK.nun 61 vd. maddeleri uyarınca talepte bulunabileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 03.06.2019.

²³² Y19HD, 21.06.2004 T., 2003/10647 E., 2004/7469 K., "Somut olayda, davalı şirket davacı bankanın üye işyeri olup, üye işyeri sözleşmesi uyarınca kendisine tahsil olunan "POS" cihazı ile müşterilerine kredi kartı kullanılarak alışveriş yapma imkanı sağlamaktadır. Sahibi bulunduğu işletmede "POS" cihazının kullanımı ve yapılan alışverişlerin bedelinin tahsili için dava dışı E. B.'ü istihdam etmiştir. İstihdam edilen E. B. Üsküdar Ağır Ceza Mahkemesinin 1998/88 Esas, 2000/420 Karar Sayılı ve 6. Ceza Dairesince onama ilamından da anlaşıldığı üzere dava dışı T. P. adlı kişi ile el ve işbirliği yaparak işletmeye "Encoder" adlı cihazı getirip "POS" cihazına monte ettikleri, alışveriş yapan müşterilerin ödeme sırasında verdikleri kredi kartlarını önce "POS" cihazından geçirdikten sonra manyetik alandaki kart bilgilerini kopyalamak için "Encoder" cihazında işleme tabi tutarak kopyalanan manyetik alanları bir başka kredi kartına bilgisayar marifeti ile aktararak sahte kredi kartları düzenledikleri ve bu sahte kartlar ile alışveriş yapıldığı anlaşılmaktadır. E. B., davalı şirketin tahsilat yapmak ile görevli olarak istihdam edilen kişi olup, zararın oluşumuna neden olan eylem görevin ifası sırasında gerçekleşmiştir. Sahte kart düzenlenmesi sırasında eylem için asıl gerekli olan sözleşme uyarınca davalı şirkete müşterilerin alışveriş yapmasına imkan sağlayan ve doğrudan banka ile irtibatlı olan "POS" cihazı olup anılan cihaz davalı şirketin kontrol ve güvenliği altındadır. Dışarıdan temin edilen "Encoder" cihazı eylemin asli unsuru değildir. Bu durumda mahkemece, davalı şirketin (istihdam) sorumluluktan kurtulmak için yukarıda açıklanan yasa maddesindeki kurtuluş beyanesini iddia ve ispat edemediği ve istihdam eden olarak istihdam ettiği kimsenin davacıya verdiği zarardan sorumlu tutulması gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

kullanmasından iş sahibinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olduğuna karar vermiştir²³³. Ancak söz konusu olayda, çalışanın kaçak elektrik kullanması ile otları biçmesine dair görevi arasında herhangi bir ilişki bulunmadığından ve çalışanın görevinin ifası sırasında, görevinin bir sonucu olarak üçüncü kişiye zarar vermesi söz konusu olmadığından, kanaatimce iş sahibinin BK m. 55 kapsamında adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulacağının kabul edilmesi mümkün değildir.

Adam çalıştıranın sorumluluğu, çalışanın veya adam çalıştıranın kusuruna bağlı olmadığından, çalışanın işi gördüğü ve üçüncü kişiye zarar verdiği sırada ayırt etme gücüne sahip olmamasının adam çalıştıranın sorumluluğu için bir önemi bulunmamaktadır²³⁴. Yine çalışanın öğle tatili veya ara dinlenmede olduğu sırada üçüncü kişiye zarar vermesi, bu zaman dilimlerinin de işin görüldüğü zamana dahil olması nedeniyle, işlevsel bağın da bulunması şartıyla TBK m. 66 kapsamına girecektir²³⁵.

Adam çalıştıranın sorumluluğu için, çalışanın gördüğü iş ile meydana gelen zarar arasında işlevsel bağın bulunması yeterli olup, çalışanın adam çalıştıranın talimatlarına uygun hareket etmesinin, verilen talimatı yanlış yorumlamasının, adam çalıştıranın talimatı dışına çıkarak kendi inisiyatifiyle iş görmesinin veya işi talimatlara uygun olarak görmeyerek kötü ifada bulunmasının adam çalıştıranın sorumluluğunu ortadan kaldırması söz konusu değildir²³⁶. Hatta çalışanın kendi işgüzarlığı veya talimatı yanlış anlaması neticesinde göreceği işin sahasının dışına çıkması sonucunda üçüncü kişiye zarar verdiği durumlarda da işlevsel bağıllık devam edecektir²³⁷.

Nitekim Yargıtay da, çalışanın kendisine verilen talimatı yanlış yorumlaması veya hataya düşmesinin adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğunu etkilemeyeceğini kabul etmiştir. Örneğin taşınmazlarındaki ağaçların şirket çalışanları tarafından kesildiği iddiasıyla çalışan ve adam çalıştıran aleyhine ikame edilen davada Yargıtay, davalı çalışanın, davalı şirkete ait

²³³ Y4HD, 09.12.2003 T., 2003/4791 E., 2003/14406 K., "Dosya içinde mevcut kanıtların değerlendirilmesinden, davacının sahibi olduğu bekçi kulübesi niteliğindeki taşınmazın dava dışı şahsa kira sözleşmesi ile kiralandığı, bu nedenle davacının kaçak kullanımdan dolayı sorumlu tutulmaması gerektiği iddia edilmişse de anılan sözleşmenin özel şartlar bölümünde kiracının en az haftada iki gün burada oturmak zorunda olduğu ve her sezon kulübenin bulunduğu arazideki otları biçeceği maddeleri yer almaktadır. Yerel mahkemece hükme dayanak yapılan sözleşme kira sözleşmesi olmayıp kiracı olarak isimlendirilen kişinin hizmeti karşılığında anılan yerde oturmasının öngörüldüğü davacının hizmet sözleşmesi ile oturumunu sağladığı üçüncü şahsın kaçak elektrik kullanımından sorumlu tutulması gerekirken talep gibi davacının borçlu olmadığına tespitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 04.06.2019.

²³⁴ Eren, s. 626; Antalya, C. II, s. 261; Çelik, s. 153.

²³⁵ Eren, s. 626.

²³⁶ Eren, s. 626; Tandoğan, s. 115; Antalya, C. II, s. 267.

²³⁷ Oğuzman, 2016, C. II, s. 148; Antalya, C. II, s. 268; Ögüz, s. 841.

taşınmazlardaki ağaçların kesilmesi için diğer çalışana talimat verdiğini, ancak bu işin yapılması sırasında davacıya ait taşınmazdaki ağaçların da kesildiğini, davalı şirketin adam çalıştırmanın sıfatıyla çalışanlarının hukuka aykırı fiillerinden kusursuz olarak sorumlu olduğunu belirtmiştir²³⁸. İşbu sonuç, adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olması ve çalışanın veya adam çalıştırmanın kusuruna bağlı olmamasının da bir gereğidir.

Burada çalışanın gördüğü işin, adam çalıştırmanın işi olması ve adam çalıştırmanın bağımlılık ilişkisi çerçevesinde adam çalıştırmanın menfaatine hizmet ediyor olması yeterlidir. Bu kabul, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmasındaki amaca da hizmet etmektedir. Zira, TBK m. 66'yı, yalnızca çalışanın adam çalıştırıcı tarafından kendisine verilen talimata uygun ve görevi gereği isabetli olarak yapması gereken fiiller neticesinde üçüncü kişinin zarara uğradığı durumlar için uygulamak, kanunun amacına aykırı bir yorum olacaktır. Adam çalıştırıcı, yalnızca talimat verme ödevi değil, gözetim ve denetim görevleri ışığında, çalışanın kontrol etmeli ve üçüncü kişilere zarar vermesini önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır²³⁹. Örneğin, kendisine çatı kiremitlerini onarması yönünde talimat verilen çalışanın, kendi inisiyatifiyle bağlantı yerlerini boyamaya karar vermesi ve boya kutusunu düşürmesi sonucu üçüncü kişinin zarar görmesi halinde, görülen iş ile zarar arasında işlevsel bağ bulunduğundan adam çalıştırıcının sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Adam çalıştırıcı, çalışanın vermiş olduğu talimatın dışına çıktığını veya işi doğru yapmadığı için zararın meydana geldiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Ancak çalışanın yalnızca iş yeri ve zamanını fırsat bilerek üçüncü kişiye zarar verdiği durumlarda, adam çalıştırıcının zarardan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²⁴⁰. Zira burada, zararın görülen işin bir sonucu olarak meydana geldiğinden ve dolayısıyla görülen iş ile zarar arasında işlevsel bir bağ bulunduğundan bahsedilemeyecektir. Çalışanın bu şekilde üçüncü kişiye vermiş olduğu zararlardan, adam çalıştırıcı değil, şartları mevcut ise çalışan şahsen sorumludur. Dolayısıyla adam çalıştırıcı, çalışanın işi ile üçüncü kişinin zararı arasında işlevsel

²³⁸ Y3HD, 20.01.2014 T., 2013/15615 E., 2014/574 K., "Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalı Ayhan'ın, diğer davalı şirketin köydeki tarım işletmesinin sorumlusu olduğu ve işletmeye ait taşınmazlardaki ağaçların kesilmesiyle ilgili olarak aynı şirkette işçi olarak çalışan oğlu Koray'a talimat verdiği, ancak bu işin gerçekleştirilmesi sırasında davacılar ait taşınmazlardaki ağaçların da kesildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; zararın, davalı şirketin çalışanlarının hukuka aykırı eyleminden doğması ve zararlı çalışanların eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması karşısında; davalı şirketin, T.B.K.nun 66. maddesi (818 Sayılı B.K.nun 55. maddesi) uyarınca adam çalıştırıcı sıfatıyla meydana gelen zarardan sorumlu bulunduğunun kabulü gerekir. O halde mahkemece; davacıların gerçek zararının usulünce saptanması ve bu zarardan davalı şirketin adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu tutulması gerekirken, yanılığılı değerlendirme ve eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

²³⁹ Çelik, s. 152.

²⁴⁰ Eren, s. 626; Tekinay, s. 506.

bir bağ olmadığını ve çalışanın kendi inisiyatifiyle işle hiçbir şekilde ilgisi olmayan şahsi amaçları için hareket ettiğini ispat ederse, sorumlu olmayacaktır²⁴¹.

Çalışanın işi gördüğü sırada üçüncü kişiye kasten zarar vermesi halinde işlevsel bağın kopup kopmadığı ise tartışmalıdır. Bir görüş, çalışanın davranışının uygun bir denetimle önlenmesi mümkün ise işlevsel bağın mevcut olduğunu ve adam çalıştırmanın sorumlu olduğunu²⁴², diğer görüş ise, çalışanın kasten üçüncü kişiye zarar vermesi halinde adam çalıştırmanın menfaatine davrandığından bahsedilemeyeceğinden sorumlu olmadığını savunmaktadır²⁴³. Kanaatimce, çalışanın üçüncü kişiye kasten zarar vermesi halinde, zararın işin görülmesinin bir sonucu olarak doğması söz konusu değil ise, işlevsel bağın ve dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Adam çalıştırmanın uygun denetimle çalışanın kasten üçüncü kişiye zarar vermesini önleyebileceği dahi kabul edilse, işlevsel bağın varlığı için böyle bir şart aranmadığından adam çalıştırmanın sorumluluğu doğmayacaktır²⁴⁴.

Görülen iş ile zarar arasında işlevsel bağın olup olmadığı, her zaman net olarak anlaşılamadığından tartışmalara yol açabilecektir. Bu durumlarda Yargıtay, işlevsel bağı geniş yorumlamaktadır²⁴⁵. İşlevsel bağın dar yorumlanmaması isabetli görülecek olsa da, çok geniş yorumlanması adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirme imkanı da nazara alındığında amaca hizmet etmeyecektir. Örneğin, çalışanın işini gördüğü sırada başka bir yere uğrayarak üçüncü kişiye zarar vermesi halinde, *adam çalıştırın çalışana iş vermeseydi zarar meydana*

²⁴¹ Tandoğan, s. 115; Ögüz, bir şirkete ait otelde güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olan çalışanın, otelde konaklayan müşteriye tecavüz etmesi ile ilgili olarak zarar gören tarafından otel sahibi şirkete karşı açmış olduğu tazminat davasında, Yerel Mahkemece zarar ile çalışanın işi arasında fonksiyonel bağ bulunmaması gerekçesiyle davanın reddine dair tesis ettiği hükmü bozarak şirketin zarardan BK m. 55 gereği sorumlu olması gerektiğini belirten Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 04.05.2000 T., 2000/2062 E., 2000/4389 K. sayılı kararını fonksiyonel bağ bakımından incelemiş, çalışanın tecavüz fiili ile kendisine verilen iş arasında işlevsel bağ bulunmadığı, çalışanın tamamen kişisel amaçla hareket ettiği, zararın görülen iş ile yalnızca yer ve zaman açısından bağlantısının bulunduğu, bu nedenle Yargıtay kararının yerinde olmadığı, kararın Yargıtay'ın önceki kararlarında benimsediği ilkeler ile de bağdaşmadığı kanaatine varılmış, ancak otelin BK m. 100 (TBK m. 116) hükmü uyarınca yardımcı kişinin borca aykırı davranışından kusursuz sorumluluk gereği sorumlu tutulabileceği savunulmuştur: bkz. Ögüz, s. 842-844.

²⁴² Gezder, s. 65.

²⁴³ Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C. I, s. 388; Görüşler için bkz. Kara Kılıçarslan, s. 80.

²⁴⁴ Adam çalıştırmanın kleptomani olan bir işçiye hastalığını bilerek işe aldığı ve çalıştırdığı durumlarda, çalışanın işini gördüğü sırada hırsızlık yapması sonucu vermiş olduğu zarardan sorumlu olması gerektiği yönünde bkz. Kara Kılıçarslan, s. 80.

²⁴⁵ Eren, s. 626; Ögüz, fonksiyonel bağın bazı Yargıtay kararlarında esnek kriterlere göre değerlendirilmesinin, adam çalıştırınların, çalıştırdıkları kişilerin meydana gelen getirdikleri zarardan sorumluluklarının genişlemesi sonucunu doğuracağını belirtmiştir: bkz. Ögüz, s. 838, 841.

gelmeyecekti şeklinde bir yorum ve şart nazariyesi ışığında adam çalıştırmanın sorumluluğunu kabul etmek, hükmün amacına hizmet etmeyecektir²⁴⁶.

Yargıtay, bir sitede kiracı olarak oturmakta olan site sakinine misafirliğe gelen araç sahibinin anahtarını, otopark alanına park edilecek araçların düzenli bir şekilde park edilmesini sağlamak amacıyla çalıştırılan görevliye bırakmaması ve bu nedenle otoparka çağırılması sonucu görevli ile site sakini arasında çıkan tartışmanın site sakinin ölümüyle sonuçlanması olayında, site görevlisinin site sakinini bıçaklama fiilinin yaptığı iş ile ilgili olarak meydana geldiğini kabul etmiş ve siteyi adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri gereğince zarardan sorumlu tutmuştur²⁴⁷.

Söz konusu kararda, bıçaklama olayının site görevlisinin görevi gereği misafir aracın otoparka kurallara uygun olarak park edilmesini sağlamaya çalıştığı anda meydana geldiği, bu anlamda çalışanın fiili ile gördüğü iş arasında yer ve zaman bakımından ilişki olduğu anlaşılmakla birlikte, site görevlisinin site sakinini kasten bıçakladığı ve ölümüne sebebiyet verdiği hususu göz önüne alındığında, çalışanın söz konusu fiilinin adam çalıştırmanın menfaatine uygun hareket etmekte iken meydana gelip gelmediği veya site sakininin ölümünün işin görülmesinin bir sonucu olarak doğup doğmadığı tartışılmalıdır. Kararda, site görevlisi ile müteveffa arasında olaydan önce herhangi bir husumet olup olmadığına değinilmemiş olup, olayın meydana gelmesine ilişkin detaylara da yer verilmemiştir. Bu haliyle kanaatimce, site görevlisinin site sakinini bıçaklamasının görmekte olduğu işin bir sonucu olduğundan bahsedilemeyeceği ve kasti bir hareket olduğu nazara alınarak, işlevsel bağın tespiti için daha detaylı bir inceleme yapılması ve sitenin TBK m. 66 uyarında kusursuz sorumlu olup olmadığının tespitinde, site görevlisinin fiili ile zarar arasındaki işlevsel bağın tam olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Site görevlisi ile müteveffa arasında daha önce bir husumet yok ise ve olay tümüyle misafir aracın park edilmesi ile ilgili çıkan bir tartışma sonucu meydana gelmiş ise, genellikle geniş yorumlandığı da göz önüne alınarak işlevsel bağın var olduğundan bahsedilebilecektir.

²⁴⁶ Çelik, s. 151.

²⁴⁷ Y3HD, 03.07.2018 T., 2018/3521 E., 2018/7474 K., “Dava, yaralama sonucu ölümden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Sorumluluk Hukukunun önemli öğelerinden biri de zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Illiyet bağının kesildiği durumlarda kusursuz sorumlu olan kişi sorumlu tutulmayacaktır. Teoride ve uygulamada; mücbir sebep, zarar görenin tam kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir ve kusursuz sorumlu olan kişi sorumluluktan kurtulur. Davada; olayın davalıların kat malikleri olduğu sitede, kat maliklerinin talimatları doğrultusunda hareket eden site görevlisinin, yaptığı iş ile ilgili eylemi sebebiyle davaya konu olayın meydana geldiği, kat maliklerinin, davalının işlediği fiil sebebiyle sorumlu tutulmaları gerektiği anlaşıldığından iş bu davalılar açısından davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.05.2019.

Benzer şekilde Yargıtay, bir derneğin işlettiği kadınlar plajında fotoğraf çekilirken plaj görevlilerinin kendisine hakaret, tehdit ve yaralama eylemlerinde bulunduğu iddiasıyla maddi ve manevi tazminat davası ikame eden davacının davasıyla ilgili olarak, kendi yararı için başkasını çalıştıran adam çalıştıranların çalışanlarının işin ifasından meydana getireceği zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması gerektiğine, bu nedenle davalı derneğin adam çalıştıran sıfatıyla zarardan sorumlu olduğuna karar vermiştir²⁴⁸. Ancak söz konusu olayda öncelikle, çalışanın müşteriye karşı işlediği haksız fiil ile görevi arasında işlevsel bağ bulunup bulunmadığının, hakaret, tehdit ve yaralama fiillerinin adam çalıştıranın menfaatine olarak işin görülmesi sırasında meydana gelip gelmediğinin araştırılması ve sonucuna göre adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir, bu şart bakımından yeterli inceleme yapılmamasının hatalı olduğu söylenebilecektir.

Davacının arkadaşının borcunu ödemek üzere gittiği mağazada, mağaza görevlisinin tepkisiyle karşılaşması ve görevlinin yumruğu neticesinde burnunun kırılması olayı ile ilgili olarak ikame edilen tazminat davasında Yargıtay, mağaza sahibi şirketin çalışanın eylemini engellemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu, bu yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğu hükümleri uyarınca sorumluluğuna gidilebileceğine hükmetmiştir²⁴⁹. Somut olayda Yargıtay, adam çalıştıranın objektif özen

²⁴⁸ Y4HD, 09.05.2016 T., 2015/16041 E., 2016/6390 K., "Davacı, davalı Doğayı Koruma Derneği'nin işlettiği Kadınlar Plajına gittiğini, ailesiyle birlikte fotoğraf çekmek isterken görevli olan davalılardan birinin kendisine hakaret, tehdit ve yaralama eylemlerinde bulunduğunu, ardından işletmenin müdürü diğer davalının kendisini tehdit ettiğini belirterek uğradığı maddi ve manevi zararın ödetilmesini istemiştir. Davalılar, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Mahkemece, davalıların sabit olan eylemleri sebebiyle zarar gören davacının maddi ve manevi zararının giderilmesi gerektiği gerekçesiyle anılan davalılar yönünden davanın kısmen kabulüne, diğer davalı Doğayı Koruma Derneği yönünden ise reddine karar verilmiştir. Olay tarihinde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun "istihdam edenlerin mesuliyeti" başlığı altında düzenlenen 55. maddesi uyarınca; istihdam edenlerin müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. İstihdam eden, müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarına zarar vermemelerini sağlamakla ve buna dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür. Şu durumda, davalılardan Doğayı Koruma Derneği'nin istihdam eden sıfatıyla çalıştırdığı davalıların haksız eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden bu davalı yönünden davanın reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 12.05.2019.

²⁴⁹ Y3HD, 14.01.2013 T., 2012/23133 E., 2013/3 K., "Ayrıca davalı, adam çalıştıran sıfatı ile de sorumludur. Bilindiği gibi adam çalıştıranın sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasa adam çalıştıranı genel nitelikte objektif bir özen yükümlüğü, bir gözetim Ödevi yüklenmiştir. Adam çalıştıranın 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 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 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 çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş

yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle sorumluluğuna gidilebileceğini belirtmişse de, kanaatimce çalışanın kasti davranışı ile müşteriye zarar verdiği göz önüne alındığında, öncelikle çalışanın fiili ile zarar arasında işlevsel bağın bulunup bulunmadığını tartışması ve sonucuna göre hüküm tesis etmesi gerekmektedir. Aynı şekilde Yargıtay, banka çalışanın vergi iade zarfında eksik olması nedeniyle öncelikle davacıya bağırıldığı, sonrasında ise cebir ve şiddet uyguladığı iddiasıyla çalışan ve banka aleyhine ikame edilen davada, salt banka ile çalışan arasında çalışma ilişkisi olması nedeniyle bankanın zarardan sorumlu olduğuna karar verilmiş, çalışanın fiili ile zarar arasında işlevsel bağ bulunup bulunmadığı ve adam çalıştırmanın sorumluluğu için gerekli şartların somut olayda var olup olmadığı araştırılmamıştır²⁵⁰.

Yargıtay, bir banka çalışanın önceden planlayarak ve davacılaran imza eksikliği olduğundan bahisle imza alarak zimmetine para geçirdiği iddiasına dayalı tazminat davasında; davalı bankanın kendi elemanının gerçekleştirdiği zimmet suçundan dolayı adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri gereğince kusursuz olarak sorumlu olduğu kanaatine varmış ve aynı yöndeki Yerel Mahkeme kararını onamıştır²⁵¹. Ancak somut olayda, banka çalışanı davacıya

olması halinde de zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icap etmesi gerekecektir. Toplanan delillere göre de, davalının çalıştırdığı kişinin eylemini engelleyeceği yolunda yukarıda açıklanan tedbirleri almadığı açıktır. O halde, davalının B.K.nun 100. maddesi doğrultusunda bir kurtuluş kanıtı ve delili getirmemiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 13.05.2019.

²⁵⁰ Y3HD, 15.01.2013 T., 2012/22903 E., 2013/218 K., "Dava konusu uyuşmazlık, davalı banka yönünden, B.K.nun 55. maddesinde ifadesini bulan adam çalıştırmanın mesuliyetinden; davalı banka görevlisi yönünden ise haksız fiilden kaynaklanan manevi tazminatın tahsili talebine ilişkindir. Davacı temyizi yönünden; B.K.'nun 55. maddesi gereğince "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 olamayacağını ispat ederse mesul olmaz. İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır." Somut olayda, davalı Binali'nin, diğer davalı bankanın çalışanı olduğu hususunda tereddüt yoktur. O halde, meydana gelen zarardan adam çalıştırın durumunda olan davalı Halk Bankasının da dayanışmalı olarak (müteselsilen) sorumlu tutulması gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle hakkındaki istemin reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

²⁵¹ Y11HD, 05.04.2013 T., 2012/5597 E., 2013/6983 K., "Banka çalışanın zimmetine para geçirdiği iddiasına dayalı tazminat davasında; mahkemece, benimsenen bilirkişi raporu ve Ceza Mahkemesi'nin kesinleşen kararına göre, davalı banka çalışanı dava dışı şahsın önceden planlayarak ve gereken ortamı sağlayarak imzalarda eksiklik olduğu bahanesi ile makbuzlara davacıların imzasını aldığı, bu imzadan dolayı davacılaran kusur yüklenemeyeceği, anılan çalışanın davacılaran ait parayı zimmete geçirdiğinin maddi olay olarak ceza mahkemesinde kabul edildiği, hukuk mahkemesinin bu tespit ile bağlı olduğu, davalı bankaya mevduat olarak bırakılan paranın bankanın güvencesinde olduğu, zamanaşımının gerçekleşmediği, davalı bankanın kendi elemanının gerçekleştirdiği zimmet suçundan dolayı kusursuz sorumlu olduğu, manevi tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle alacağın davalıdan tahsiline, alacağın bir kısmına dava tarihinden itibaren değişen oranlı avans faizi yürütülmesine, manevi tazminat talebinin reddine şeklindeki kararında usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 13.05.2019; aynı yönde bkz. Y11HD, 01.02.2007 T., 2006/9701 E., 2007/1156 K., "Davalı bankanın görevlisinin müşteriler ile iyi ilişkilerine dayanarak açığa imzalı tediye fişlerini kullanmak suretiyle hesaplarda usulsüz işlemler yaptığı sabit olduğuna göre BK. 55. maddesi gereğince davalı bankanın sorumlu olduğunun kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm kurulmuş olması bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

kasten zarar verdiğinden işlevsel bağa ilişkin detaylı inceleme yapılması gerekmektedir. Çalışanın planlı bir şekilde davacıların imzasını alarak zimmetine para geçirdiği olayda, adam çalıştırmanın menfaatine değil, kendi menfaatine hareket ettiği kabul edilebilecektir. Banka çalışanı, adam çalıştırmanın nezdinde yapmakta olduğu işi ve yetkilerini fırsat bilerek davacıya zarar vermiş olduğundan, kanaatimce burada TBK m. 66 kapsamında bankanın kusursuz sorumluluğuna gidilmesi hatalıdır. Zira, yine bir banka çalışanın hesaplarda usulsüzlük yapması nedeniyle ikame edilen dava ile ilgili olarak Yargıtay, banka çalışanın davacı üzerinde güven yaratıp yaratmadığının araştırılması gerektiği, banka çalışanın davacı üzerinde güven tesis etmesi halinde bankanın adam çalıştırma sıfatıyla sorumlu olacağını belirtmiş ve bu yönden araştırma yapılmak üzere Yerel Mahkeme kararını bozmuştur²⁵². Görüldüğü üzere bu kararda Yargıtay, çalışanın kasıtlı fiili ile zarar arasında işlevsel bağ olup olmadığının araştırılması gerektiğine kanaat getirmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay, eczacının, işyerinde çalışan kalfaların dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik şeklindeki eylemlerinden BK m. 55 gereğince sorumlu olduğunu belirtmiş, bu hususta kalfaların fiilleri ile zarar arasında işlevsel bağ bulunup bulunmadığını araştırmamıştır²⁵³. Yine, çalışanın ilgili bankadan sağladığı bankaya ait antetli vergi tahsil alındı

²⁵² Y11HD, 27.02.2006 T., 2005/1939 E., 2006/1970 K., “Dava, mevduat sözleşmesine dayalı alacak istemine ilişkindir. Mahkemece, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, mahkemenin kabulünün aksine davacının davasına dayanak yaptığı vadeli hesap cüzdanında herhangi bir imza bulunmayıp, yalnızca mühür bulunmakta ve davacıya ait hesaplar da davalı Banka kayıtlarında yer almamakta ise de, Banka Şubesinde büyük çaplı yolsuzluk yaptığı idari soruşturma ile saptanan davalı eski çalışanı Murat Çıtak'ın davacı üzerinde güven yaratıp yaratmadığı araştırılmamış olup, böyle bir güvenin yarattığının tespiti halinde davalı Bankanın adam çalıştırma sıfatı ile BK.nun 55. maddesi hükmü gereğince sorumlu olacağı kuşkusuzdur. Kaldı ki, davalı Bankanın teftiş kurulunca hazırlanan idari soruşturma raporunda, davacı ile davalı Bankanın eski çalışanı olan Murat Çıtak'ın el ve işbirliği içinde olduğuna ilişkin bir tespitin yer almadığı gibi, dava konusu meblağa ilişkin olarak şubede usulsüzlük yapan anılan şahsın parayı müşteriden alarak onu yanıltmak amacıyla vadeli hesap cüzdanını davacıya vermiş olabileceği ihtimalinden söz edilmiş, gerek hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda gerekse mahkemece uyuşmazlık bu yönü ile değerlendirilip tartışılmamıştır. Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, davacının dayandığı BK.nun 55 ve 100 üncü madde hükmü koşulları bakımından uyuşmazlığın irdelenmesi, davalının hukuki durumunun bu yönden değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 03.06.2019.

²⁵³ Y13HD, 02.06.2011 T., 2010/19109 E., 2011/8709 K., “Davacı, Savcılık soruşturması üzerine davalı tarafça yaptırılan müfettiş incelemesi sonucu kurum ile yaptıkları sözleşmenin haksız olarak feshedildiğini öne sürerek fesih kararının iptali istemiyle eldeki davayı açmış, mahkemece, davacının ceza davasında beraat ettiği, tanık anlatımlarının davacıyı doğruladığı gerekçesiyle davanın kabulüne, fesih işleminin haksız olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmiştir. Hükme esas alınan Osmaniye 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/27 esas sayılı dosyasında davacı eczacının nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarından yargılandığı ve mahkemenin 28.7.2010 tarihli 2006/27 esas 2010/114 karar sayılı ilamı ile delil yetersizliği sebebiyle beraat ine karar verildiği anlaşılmaktadır. Delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz. Öte yandan davacı ceza davasında beraat etmiş ise de, davacıya ait Y... Eczanesinde çalıştıkları anlaşılan H. Y. ve İ. O.'ın nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarından mahkumiyetlerine karar verildiği anlaşılmaktadır. Davacı eczacı, eczanesinde çalışan personelin bu nevi eylemlerinden B.K.nun 55. maddesi gereğince sorumludur. Öyle olunca mahkemece, ceza davasının bu sanıklar yönünden kesinleşmesinin beklenmesi ve davacının istihdam ettiği

makbuzlarını kendisi doldurarak vergi ödemelerini zimmetine geçirdiği olayda Yargıtay, çalıştırdığı kişinin suç oluşturan eylemi sonucu oluşan zarardan, çalışanı seçmede özensiz davranan adam çalıştırmanın BK m. 55 uyarınca kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olduğuna kanaat getirmiş, işlevsel bağın bulunup bulunmadığını tartışmadan adam çalıştırmanın çalışanı seçmede özen yükümlülüğünü yerine getirmedeği sonucuna varmıştır²⁵⁴.

Ancak askeri kantin başkanlığı tarafından düzenlenen çeki, kantin başkanlığının ayrı bir tüzel kişiliği olmaması nedeniyle tahsil edemeyen ve bu nedenle uğradığı zararın tazminini isteyen davacının, çekte imzası bulunan askeri personellerin hukuka aykırı davranışı nedeniyle kantin başkanlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın TBK m. 66 kapsamında sorumlu olduğu iddiasıyla ikame ettiği davada Yargıtay, davaya konu çekleri keşide edenlerin idareyi temsil yetkileri olmadığı, anılan eylemin haksız fiil de teşkil etmediği ve idare ile davacı arasında sözleşmesel bir ilişki de bulunmadığı gerekçeleriyle, çeki keşide eden personellerin söz konusu çeklerden dolayı bizzat sorumlu olduğu kanaatine varmıştır. Kanaatimce işbu kararda da TBK m. 66 anlamında yetersiz bir inceleme yapılmıştır. Zira, söz konusu olayda çeki keşide eden çalışanların kendi menfaatlerine mi bağlı bulundukları kurum menfaatine mi hareket ettiği, çalışanların kantin başkanlığı adına çek düzenlerken görevlerini ifa amacıyla mı oldukları incelenmemiş, kendilerine böyle bir temsil yetkisi verilmediği ve idare ile davacı arasında da sözleşmesel ilişki bulunmadığı gerekçesiyle idarenin sorumlu olmadığına kanaat getirilmiştir. Ancak çalışmamızda ayrıntılarıyla izah ettiğimiz gibi, adam çalıştırmanın sorumluluğunda, adam çalıştırıcı ile zarara uğrayan arasında sözleşmesel bir ilişkinin varlığı söz konusu değildir. Yine çalışanın yalnızca adam çalıştırıcı tarafından kendisine verilen iş kapsamında davranış sergilemesi de şart olmayıp, kendi işgüzarlığı ile çalışma ilişkisi kapsamında yapmış olduğu

personelin eylemlerinden sorumlu olduğu gözetilerek tüm delillerin bu kapsamda birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 17.05.2019.

²⁵⁴ Y11HD, 11.04.2002 T., 2002/446 E., 2002/3417 K., “Davalı banka vekilinin temyiz itirazlarına gelince; davacı muhasebecinin eski çalışanı olan davalılardan Raşit’in vergi dairesince vergi ödemelerini kabule yetkili kılınan davalı banka antetli vergi alındı makbuzlarını kullanarak vergi yükümlülüklerinin paralarını zimmetine geçirdiği sabittir. Mahkemece bu makbuzların orijinal olup, anılan davalının eline geçmesinde davalı bankanın kusurlu ve doğan zarardan da sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Oysa, davalı banka sözkonusu makbuzların kendilerince bastırılıp korunan makbuzlar olmadığını, davalı Raşit’in başka yollardan bunları elde ettiğini savunmuş olduğu gibi, kararın dayandırıldığı bilirkişi raporunda da, davacı personelinin kullandığı vergi tahsil alındı belgeleriyle davalı banka belgelerinin yazı karakterlerinin farklı olduğu belirlenmiştir. Bu durumda, sözkonusu belgelerin davalı bankaca ne şekilde sağlandığı, özel ve anlaşmalı matbaalarda numaralı olarak bastırılıp bastırılmadığı, davalılardan Raşit’in kullandığı belgeleri davalı bankadan edinip edinmediği araştırılıp bu yönler kesin biçimde açığa kavuşturulmadan davalı bankanın sorumluluğuna karar verilmesi doğru görülmemiştir. Öte yandan, çalıştırdığı kişinin suç oluşturan eylemi sonucu oluşan zarardan, çalıştırdığı kişiyi seçmede özensiz davranan davacı istihdam edenin B.K.nun 55. md. uyarınca kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olduğundan hareketle, davacının da müterafik kusurunun değerlendirilmemesi doğru görülmemiş, kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir., www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

eylemleri ile zarara sebebiyet vermesi de, diğer şartların varlığı halinde TBK m. 66 kapsamındadır. Dolayısıyla Yargıtay kararında TBK m. 66 kapsamında işlevsel bağ yönünden yeterli incelemenin yapıldığı söylenemeyecektir²⁵⁵.

D. Adam Çalıştırmanın Kurtuluş Kanıtı Getirememiş Olması

1. Sorumluluk Karinesi

TBK m. 66'da, adam çalıştırmanın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Zarar gören, çalışanın adam çalıştırmanın işini gördüğü sırada, işin görülmesi ile ilgili hukuka aykırı bir davranışı

²⁵⁵ Y11HD, 05.12.2017 T., 2016/13966 E., 2017/6878 K., "Dava, süresi içinde ibraz edilmesine rağmen tahsil edilemeyen çek bedelinin tahsili istemine dair olup işbu davada, davalı idareye karşı dava açılmasının nedeni, davaya konu çekleri keşide eden dava dışı kişilerin davalı idare personeli olması ve bu durum karşısında oluşturduğu sürülen zarardan, davalı idarenin adam çalıştırma sıfatıyla kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu bulunmasıdır. Mahkemece yukarıda yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiştir. Somut olayda, davalılar arasındaki ilişki özel hukuktan kaynaklandığından adli yargı görevli olup, mahkemenin davalı ... yönünden idari yargının görevli olduğuna dair gerekçesi yerinde değildir. Ancak Kantin Heyeti tarafından dava dışı ...ve ... isimli personele çek hesabı açma ve çek defteri kullanma yetkisi verilmediği anlaşılmaktadır. 6102 Sayılı TTK'nın 818/3. maddesi yollamasıyla 678. maddesi (mülga 6762 Sayılı TTK'nın 730/3. maddesi yollamasıyla 590. maddesi) uyarınca, temsile yetkili olmadığı halde çeki imzasını koyan kimse, o çekten dolayı bizzat sorumlu olur. Aynı durum yetkisini aşan temsilci için de geçerli bulunmaktadır. O halde, açıklanan hüküm uyarınca temsil yetkisini aşarak davaya konu çekleri keşide edenler, söz konusu çeklerden dolayı bizzat sorumlu olup, bu çekler sebebiyle davalı idarenin herhangi bir sorumluluğu olmadığı gibi anılan eylemin bir haksız fiil teşkil etmemesi ve davacı ile davalı idare arasında sözleşme ilişkisinin kurulmaması nedenleriyle mülga 818 Sayılı BK'nın 55. ve 100. maddeleri uyarınca da davalı idarenin sorumluluğuna gitmek mümkün değildir. Ayrıca somut olayda sadece ciranta aleyhine takip yapılmış olup asıl çek borçlusu keşideciler hakkında takip yapılmadığından ve dava dışı ciranta hakkındaki icra takibi henüz sonuçlanmadığından dava tarihi itibarıyla davacının zararı doğmamış olup davalı banka yönünden dava erken açılmıştır. Bu durumda, mahkemenin davalı ... yönünden idari yargının görevli olduğuna dair gerekçesi doğru değilse de; mahkemenin yukarıda açıklanan sebeplerle diğer ret gerekçesi ile davalı bankaya dair ret gerekçesi doğru olup, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları reddedilmiştir."; Kararda, çalışanın eyleminin TBK m. 66 kapsamında idarenin sorumluluğunu gerektirdiği yönünde karşı oy mevcuttur: "Adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak kabulünü gerektiren düşünceler, hakkaniyet ve adalet düşünceleridir. Gerçekten başkasının hizmet ediminden yararlanan kimse, onun bu işi ve hizmeti yerine getirirken başkalarına verdiği zararları da üzerine almak zorundadır. Zira başkasını çalıştıran kimse, çalıştırdığı kişinin faaliyetleriyle çevredeki üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimalini arttırmış bulunmaktadır. Sonra da çalışan yardımcı kişiler ekonomik açıdan çoğu zaman adam çalıştırana oranla daha zayıf durumdadırlar. (Fikret Eren- Borçlar Hukuku- 15 Baskı sh. 618). Dosyaya mübrez belgelerden, çeki imzalayan ...ve ...'un Kantin Başkanlığı adına hesap açılması ve işletilmesinden sorumlu bulundukları, davalı banka tarafından alınan çek taahhütnamesinde Bakım Okulu Kantin Başkanlığı adına, adı geçenlerin isim ve imzalarının olduğu Kantin Başkanı ... ile adı geçenlerin çek defteri verilmesi için başvurdukları görülmektedir. 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 104 maddesine istinaden kurulan ve işletilen Askeri Kantinlerin işletilmesi ve yönetilmesinde, bu konuda çıkarılan yönetmeliğin 6, 11 ve 32 maddeleri hükümlerine göre Kantin Heyeti yetkilidir. Kantin Heyeti tarafından ...ve ... isimli kantin görevlilerine çek hesabı açma ve çek defteri kullanma yetkisi verilmediğinden adı geçen kişilerin Bakım Okulu ve Eğitim Merkezi Komutanlığı Kantin Başkanlığı temsilen çek keşide etmeleri geçerli değildir. Ancak keşidecisinin Milli Savunma Bakanlığına bağlı Kantin Başkanlığı olmasına güvenerek çeki ciro yolu ile devralan davacının, ...ve Tolga Yılmaz'a çek defteri kullanma yetkisi verilmediğini bilmesi mümkün değildir. Davacıya bu sebeple hiçbir kusur izafe edilemez. TBK 66 maddesinde düzenlenen sorumluluğun niteliği, davalı Bakanlığın kurtuluş kanıtı getirmemesi de dikkate alındığında, davalı Bakanlık, davacının zararından sorumludur.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

nedeniyle zarara uğradığını ve zarar ile davranış arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispat ederse, adam çalıştıran meydana gelen zarardan karine olarak sorumludur²⁵⁶.

Bu karine ile kanun koyucu, adam çalıştıranın çalışanı seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni göstermediğini ve zararın bu yüzden meydana geldiğini öngörmüştür²⁵⁷. Adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir. Adam çalıştıran, kanunda düzenlenen karinenin aksini ispat ederse, meydana gelen zarardan sorumlu olmayacaktır. Dolayısıyla karinenin niteliği, aksi ispat edilebilir adi karinedir²⁵⁸. Bu husus, adam çalıştıranın sorumluluğunun bir özen sorumluluğu olmasının gereğidir²⁵⁹. Ancak adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğunun kanunda tanınmasının amaçları da göz önüne alındığında, kanunun amacına da uygun olarak karinenin ispatı noktasında sunulan delillerin değerlendirilmesi bakımından dikkatli olunması ve ispatta kuvvetli delillerin aranması gerektiği kabul edilmektedir²⁶⁰.

Adam çalıştıran, çalışanın hukuka aykırı fiilinden dolayı değil, kendi özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı TBK m.66 gereği sorumlu tutulmaktadır. Ancak yine de, temelde çalışanın fiilinin yer alması nedeniyle kanun koyucu adam çalıştıranı karinenin aksini ispat ile sorumluluktan kurtulma imkanı tanımıştır. Dolayısıyla adam çalıştıranı kurtuluş kanıtı getirebilme imkanı tanınmasının nedeni, sorumluluğunun temelinde çalışanın fiilinin bulunmasıdır²⁶¹. Bunun yanında kurtuluş kanıtında, adam çalıştıranları daha dikkatli olmaya ve gerekli tedbirleri alma konusunda özenli olmaya teşvik etme amacı da rol oynamıştır. Kurtuluş kanıtı tanınması ile amaçlanan hedefin, adam çalıştıranları gerekli

²⁵⁶ Eren, s. 627; Tekinay, s. 508: “Şüphesiz ki davacı, istihdam edenin veya müstahdemin kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Zira kanun istihdam edenin sorumluluğunu kusura bağlı tutmamıştır.”; Antalya, C. II, s. 261: “Zarar gören sadece adam çalıştıranın sorumluluğu için kanunda öngörülen sorumluluk olgusunu ispatla yükümlüdür. Zarar gören çalışanın özensizliğinin zarara sebebiyet verdiği olgusunu ispatla yükümlü değildir.”.

²⁵⁷ Oğuzman, 2016, C. II, s. 149; Y10HD, 11.11.2010 T., 2010/7950 E., 2010/15424 K., “Davanın Yasal dayanağını oluşturan, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca istihdam edenin sorumluluğunun gerekçesi; hakimiyeti altında çalışan kişinin, başkasına zarar vermemesi konusunda yüklenilen objektif özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasıdır. "Sorumluluk çerçevesine giren bir zararın meydana gelmesi halinde, gerekli özenin gösterilmemiş olduğu ve zararın bu yüzden meydana geldiği karine olarak kabul edilmektedir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 17.05.2019.

²⁵⁸ Kara Kılıçarslan, s. 84.

²⁵⁹ Kılıçoğlu, 2017, s. 428.

²⁶⁰ Tekinay, s. 508; Çelik, s. 178.

²⁶¹ Çelik, s. 177.

tedbirleri almaları konusunda teşvik etmek olduğuna, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.03.1957 tarihli ve 1/3 sayılı kararında da değinilmiştir²⁶².

Karinenin ispatı bakımından ispat yükü adam çalıştıranın üzerindedir. Dolayısıyla adam çalıştıran çalışanını seçmede, talimat vermede ve denetlemede göstermesi gereken özen yükümlülüğünü bir başkasına, örneğin başka bir çalışanına yüklemesi halinde dahi, kendisinin gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir. Özen yükümlülüğünün adam çalıştıran tarafından başkasına yüklenmesi halinde, meydana gelen zarardan yine adam çalıştıran sorumludur²⁶³.

Adam çalıştıranın sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk hali olduğundan, karinenin aksinin ispatı bir kusursuzluk kanıtı değil, sorumluluktan kurtulma kanıtıdır²⁶⁴. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.03.1957 tarihli ve 1/3 sayılı kararında da “*Ancak, adam kullananın tedbirleri almış olduğunu ispat etmesi imkanı kusursuzluğunu ispat etme imkanı değildir.*” şeklindeki ifadelerle, ispatın konusunun kusur olmadığı ortaya konulmuştur. Bu nedenle adam çalıştıranın ispat etmesi gereken olgu kusursuz olduğu değil, sorumlu olmadığıdır²⁶⁵.

TBK m. 66 metninde, BK m. 55'te olmayan başka bir sorumluluk karinesi daha mevcuttur. “*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenen üçüncü fıkra gereğince, adam çalıştıranın çalışanları işletmesel bir faaliyeti kapsamında çalıştırması durumunda, işletmenin faaliyetleri dolayısıyla meydana gelen zararı gidermekle yükümlü olduğu da karine olarak kabul edilmiştir. Adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için, işletmenin çalışma düzeninin zararın

²⁶² YİBGK, 27.03.1957 T., 1957/1 E., 1957/3 K., “*Esasen mesuliyetten kurtulma sebeplerinin kanuna konuluşu ile güdülen tek hedef, iş sahiplerini mesuliyetten kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirlere teşvik ederek içtimai tehlikeyi azaltma düşüncesidir; yoksa metne kusur unsurunu sokma düşüncesi değil.*”, www.kazanci.com; erişim tarihi: 17.03.2019; YHGK, 02.04.2014 T., 2013/4-1299 E., 2014/438 K., “*Sorumluluktan kurtulma nedenlerinin yasaya konuluşu ile güdülen tek amaç, iş sahiplerini sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirleri almaya teşvik etmek, sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir; yoksa yasa metnine kusur unsurunu sokma düşüncesi değildir. O halde özetlenecek olursa, kusur ögesi hariç haksız eylemin diğer üç unsuru bir zararlandırıcı olayda birleşince adam kullanan sorumlu tutulacaktır.*”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

²⁶³ Çelik, s. 176.

²⁶⁴ Eren, s. 627; detaylı bilgi için bkz. Kara Kılıçarslan, s. 83; Tekinay, s. 509: “*Kısaca istihdam edenin kusursuzluk savunması dinlenmez. O, böyle bir zararın vukuuna engel olabilmek için hal ve şartların gerektirdiği tedbirleri almış mıdır, almamış mıdır? Önemli olan sadece budur. Sözü edilen tedbirleri almayan, fakat bunda kusurlu sayılamayacak olan bir <<istihdam eden>> tazminat ödemekten kurtulamaz. İstihdam edenin gerekli tedbirleri almasına engel olan bir kaza, onu kusurlu olmaktan çıkarır; fakat sorumlu olmaktan değil!*”.

²⁶⁵ Çelik, s. 174.

doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmesi zorunludur. Bu husus da, yukarıda belirtildiği gibi bir kusursuzluk kanıtı değil, sorumluluktan kurtulma kanıtıdır.

Kanun düzenlemesinde yer alan karinelerin belirtilmesinden sonra, adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirebilmesi için gerekli olan şartları ve kurtuluş kanıtının nasıl değerlendirileceğini inceleyeceğiz.

2. Karinenin Kurtuluş Kanıtı ile Çürütülme Olanağı

TBK m. 66'da, adam çalıştırmanın sorumluluğu için kabul edilen karinenin aksinin, çalışanı seçmede, işiyle ilgili talimat vermede, gözetim ve denetimde bulunmada, zararın doğmasını engellemek için gerekli özenin gösterildiğinin ispatıyla çürütülebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu, adam çalıştırana çalışanı üzerinde bir özen yükümlülüğü yüklemiş ve adam çalıştırmanın bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayamadığı takdirde sorumlu olacağını kabul etmiştir.

Bu kapsamda ele alınması gereken ilk husus, özen yükümlülüğünün nasıl belirleneceğidir. Özen yükümlülüğü objektif niteliktedir²⁶⁶. Dolayısıyla adam çalıştırmanın gerekli özeni gösterip göstermediği, genel nitelikte ve işten anlayan ortalama bir insan²⁶⁷ için geçerli objektif koşullara göre belirlenecek olup, adam çalıştırmanın zararın meydana gelmemesi için yetkili kişilerin alması gereken makul her türlü tedbiri almış olması gerekmektedir²⁶⁸. Adam çalıştırmanın subjektif özelliklerinin, eğitim durumunun, bilgisinin, yeteneğinin, hastalığının özen yükümlülüğünün belirlenmesi noktasında bir etkisi bulunmamaktadır²⁶⁹. Bu nedenle, adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermesinin eğitim durumu nedeniyle beklenemeyecek olduğu veya ne tür önlemler alması gerektiği hususunda bilgisi olmadığı durumlarda da, özen yükümlülüğünün yerine getirildiği ispat edilemez ise adam çalıştırmanın sorumluluğu doğacaktır. Hatta adam çalıştırmanın sorumluluğu için kusur ehliyeti aranmadığından ve olağan sebep sorumluluğu söz konusu olduğundan, adam çalıştırmanın ayırt etme gücünün bulunmaması da özen yükümlülüğünün tespitinde dikkate alınmayacaktır²⁷⁰.

²⁶⁶ Eren, s. 628; Kılıçoğlu, 2017, s. 429; Oğuzman, 2016, C. II, s. 149; Antalya, C. II, s. 271; Çelik, s. 176; Sağlam, s. 166; YHGK, 02.04.2014 T., 2013/4-1299 E., 2014/438 K., "Bu özen ödevi ve buna riayet edilmemesi olgusu, objektif olarak takdir olunur. Sübjektif bakımdan mazur görülebilecek bir neden iş gördüreni sorumluluktan kurtaramaz", www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

²⁶⁷ Çelik, s. 179; Antalya, C. II, s. 271: "uzman kişilerin alması gerekli bütün önlemlerin alınması".

²⁶⁸ Tandoğan, s. 118; Eren, s. 627; Kılıçoğlu, 2017, s. 430.

²⁶⁹ Eren, s. 628; Oğuzman, 2010, s. 599; Çelik, s. 176.

²⁷⁰ Eren, s. 628; Oğuzman, 2010, s. 599; Antalya, C. II, s. 271; Tekinay, s. 509: "İstihdam eden, gerekli dikkat ve itinayı -mesela temyiz kudretini kaybettiği için- göstermemiş olduğu takdirde şüphesiz kusurlu sayılamaz. Buna rağmen sorumludur."

Yine özen yükümlülüğünün objektif nitelikte olmasından dolayı, olayın meydana geldiği sırada gerçekleşen beklenmedik haller de, adam çalıştırmanın gerekli özeni gösterip göstermediğinin değerlendirilmesinde bir etken değildir^{271 272}.

Özen yükümlülüğü, objektif nitelikte olmakla birlikte, belirlenmesi noktasında somut olayın özellikleri ve şartları dikkate alınmaktadır, soyut durum ve şartların özen yükümlülüğünün tespiti bakımından değerlendirmeye alınması mümkün değildir²⁷³. Bu husus, TBK'nın 66. maddesinde adam çalıştırmanın zararın doğmasını engellemek için *gerekli özeni* gösterdiğinin ispatının aranmasından kaynaklanmaktadır²⁷⁴. Aynı doğrultuda ve hatta daha açık olarak BK'nın 55. maddesinde, adam çalıştırmanın zararın vukubulmaması için *hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada* bulunduğu ispatı aranmıştır²⁷⁵.

Adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı ile sorumluluktan kurtulması mümkün olmakla birlikte, Yargıtay bazı kararlarında yalnızca adam çalıştırın ile çalışan arasında bağımlılık ilişkisi bulunması veya çalışanın fiili ile zarar arasında işlevsel bağın bulunması gerekçeleriyle adam çalıştırmanın sorumlu olduğuna kanaat getirmekte, adam çalıştırmanın zararın doğması için gereken özeni gösterip göstermediği yönünde herhangi bir araştırma yapmamaktadır. Örneğin banka görevlisinin davacının kimlik bilgilerini ve imzasını kullanarak çek tahsilatına gelen kişinin kimlik bilgilerini kontrol etmeyerek ödeme yaptığı ve belediye görevlisi olan davacının zimmet suçundan yargılanmasına sebebiyet verdiği iddiasıyla banka aleyhine ikame edilen davada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin detaylı açıklamalardan sonra, herhangi bir sebep belirtmeksizin davalı bankanın çalışanın kimlik tespiti yapmadan para ödemesi yapması şeklindeki eyleminden hukuken sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir. Burada banka çalışanın kimlik tespiti yapmayarak çek ödemesi yapmış

²⁷¹ Eren, s. 628; Tekinay, s. 509; Antalya, C. II, s. 271; Tandoğan s. 118: "...bu tedbirlerin alınmamış olması bir kusur teşkil edecek dereceye varmamış olsa, istihdam eden temyiz kudretini haiz bulunmasa, teşebbüsün büyüklüğü dolayısıyla bu tedbirlerin hepsini kendisi alamayacak durumda olsa, ani hastalık, askere çağırılma gibi sebeplerle bu tedbirleri alamasa dahi mes'ul tutulur."

²⁷² Kara Kılıçarslan, adam çalıştırın tarafından alınması gereken tedbirlerin derecesi bakımından objektif öngörülebilirlik, zarar tehlikesinin yakınlığı ve ekonomik makullük gibi kriterlerin de nazara alınması gerektiğini savunmuştur. Objektif öngörülebilirlik, meydana gelen zararın aynı yaş, cinsiyet, bilgi birikimi ile aynı meslek ve fiziksel koşullara sahip makul bir kişi tarafından öngörülebilir olup olmadığıdır. Zarar tehlikesinin yakınlığı teorisine göre, bir eylem ne derece tehlikeli ise, adam çalıştırmanın o derece özenli davranması gerekir. Ekonomik makullükte ise, riskin doğuracağı zararın maliyeti ile zararı engellemek için alınacak tedbirlerin maliyeti karşılaştırılmaktadır. Buna göre, zararı engellemek için alınacak tedbirlerin maliyeti, riskin doğuracağı zararın maliyetini aşıyorsa, bu durumda önlenilebilecek bir zarar söz konusu olmadığından özensizlik izafe edilemeyecektir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Kara Kılıçarslan, s. 98-115.

²⁷³ Eren, s. 628; Antalya, C. II, s. 271; Kılıçoğlu, 2017, s. 430; Tekinay, s. 509: "Böylece istihdam eden, hayal edilebilecek bütün tedbirleri değil, hal ve şartların gerektirdiği tedbirleri almakla yükümlüdür."

²⁷⁴ Eren, s. 628; Çelik, s. 176.

²⁷⁵ Tekinay, s. 509; Kılıçoğlu, 2017, s. 430.

olmasında, zarar ile çalışanın fiili arasında işlevsel bağın bulunduğu kabul edilebilecekse de, bankanın çalışanı seçerken, denetlerken veya ona talimat verirken gerekli özeni gösterip göstermediğine ilişkin hiçbir inceleme yapılmamıştır. Halbuki, adam çalıştıran tarafından tüm objektif özen yükümlülüğü yerine getirilmiş olmasına ve bu husus da ispatlanmasına rağmen, banka çalışanın dalgınlığı nedeniyle kimlik tespiti yapmadığı bir durumda, adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı nedeniyle sorumlu olmadığı kabul edilebilecektir²⁷⁶.

Ancak davacıların yakınlarının iş kazası sonucu ölümü nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararın giderilmesi istemine ilişkin olarak ikame ettikleri bir dava ile ilgili olarak Yargıtay, isabetli bir şekilde adam çalıştıranın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu, istihdam edenin çalışanın zarara sebebiyet veren fiillerinden sorumlu olduğu, ancak sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerin tartışılmadan, diğer ifadeyle adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği tespit edilmeden hüküm tesis edilmesinin bozmayı gerektirdiği sonucuna varmıştır²⁷⁷. Benzer şekilde, yakınları olan hastanın hastane personeline yapılan hatalı işlemlere bağlı olarak vefat etmesi nedeniyle ikame edilen tazminat davasında, kanun gereği hastaneye gerekli özeni gösterdiğini veya zararın özenin gösterilmemesinden ileri gelmediğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkanı tanındığı, hastanenin çalışanını seçmede, talimat vermede, nezaret etmede gerekli özeni

²⁷⁶ YHGK, 02.04.2014 T., 2013/4-1299 E., 2014/438 K., "818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun "Somut olayda; 11 Nisan Belediyesi'nde muhasip olarak görev yapmakta olan davacının kimlik bilgileri ve imzası kullanılarak davalı bankadan çek tahsili yapıldığı anlaşılmaktadır. Tahsilata konu olan hamiline çek dava dışı T... Otomotiv San. Ltd. Şti.'ne ait olup, 11 Nisan Belediyesinin alacağına karşılık şirket yetkilisi tarafından 11 Nisan Belediyesi görevlilerine verilmiştir. Davacı anılan çek nedeniyle yargılanmış ve Şanlıurfa 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 24.10.2002 tarih ve E:2001/354, K:2002/215 sayılı ilamıyla, Adli Tıp Kurumu raporunda çekin arkasında isim ve imzanın (cironun) davacıya ait olmadığına anlaşılmaması ve başkaca bir delil bulunmaması nedeniyle, zimmet suçundan beraatine karar verilmiştir. Davacının kimlik bilgileri ve imzası kullanılarak davalı bankadan çek tahsili yapıldığı anlaşıldığına ve bu nedenle davacının Şanlıurfa 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanmasına neden olduğuna göre, davalı bankanın meydana gelen olayda hukuki sorumluluğu için aranan yasal şartların gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Buna göre, mahkemenin davalı bankanın hukuki sorumluluğunun bulunduğuna yönelik kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır..", www.kazanci.com; erişim tarihi: 15.05.2019.

²⁷⁷ Y21HD, 27.09.2012 T., 2011/4395 E., 2012/15780 K., "Uyuşmazlık işveren vekili ve depo sorumlusu Ö.K. ile kazaya sebebiyet veren araç sürücüsü H.Y'nin işvereni ve araç sahibi işleyen davalı M.K.'nin sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece davalı Ö.K'nin işveren vekili olmadığı kaza sırasında görevli olmadığı diğer davalı M.K.'nin ise yalnızca araç sahibi olduğu gerekçesiyle zararlandırıcı sigorta olayında sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılmış ise de varılan bu sonuç hatalıdır. 1-Davalılardan M.K. 07 ... 12 plaka sayılı aracın maliki ve işleteni konumundadır. 2918 sayılı Yasa'nın 85.maddesinde araç maliki ve işletenin Borçlar Kanunu'nun 55.maddesinde de adam çalıştıranın sorumluluğu düzenlenmiştir. Her iki halde de yani gerek araç maliki ve işletenin ve gerekse istihdam edenin sorumluluğunun kusura dayalı sorumluluk olmadığı, işletenin sürücüsünün istihdam edenin de çalıştırdığı kişinin zarar doğurucu eylemlerinden sorumlu olacakları ortadadır. Hal böyle olunca mahkemece araç maliki işleten ve istihdam eden olarak kusursuz sorumlu olan davalının, varsa bu sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler açıklanıp tartışılmadan bu davalı yönünden davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.", www.kazanci.com; erişim tarihi: 16.05.2019.

gösterdiğini kanıtlaması yönünden herhangi bir inceleme yapılmadığı gerekçesiyle isabetli olarak kararın bozulmasına hükmedilmiştir²⁷⁸.

Adam çalıştırmanın göstermesi gereken dikkat ve özenin belirlenmesinde somut olayın niteliklerinin dikkate alınması ve özen yükümlülüğünün somut olaya göre tayin edilmesi gerekmektedir. Adam çalıştırmanın göstermesi gereken gerekli özenin ne olduğunun tespitinde, öncelikle çalışan tarafından görülen işin niteliği, kapsamı, önemi ve ne derece tehlikeli olduğu²⁷⁹, çalışanın özellikleri, görülen işe göre çalışanın eğitim ve uzmanlığının gerekip gerekmediği, işin niteliği gereği adam çalıştırıcı tarafından ne sıklıkla denetim yapılması gerektiği, adam çalıştırıcının vermiş olduğu talimatların çalışan bakımından anlaşılabilir olup olmadığı²⁸⁰ gibi somut şartların değerlendirilmesi önemlidir. Ayrıca çalışan tarafından görülen işteki cari uygulamalar, teamüller, örf ve adetler de adam çalıştırıcının özen yükümlülüğünün derecesinin tespitinde rol oynayabilecektir²⁸¹. Ancak özen yükümlülüğü somut olayın niteliklerine göre belirlendiğinden, zararın meydana geldiği yerde yaşayan insanların zarar vermeye yatkın olması ve benzeri durumların özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınması söz konusu olmayacaktır²⁸².

Bu etkenler göz önüne alındığında, birbirinden farklı pozisyonlarda farklı iş gören çalışanlar bakımından, adam çalıştırıcının göstermesi gereken özen yükümlülüğünün derecesi ve değerlendirilmesi farklı olacaktır²⁸³. Örneğin, adam çalıştırıcının inşaat işinde çalışmakta olan çalışanı ile yemek pişirmekle görevli aşçısına; yine yüksek katlı bir plazanın dış camlarını temizlemekte olan çalışanı ile, katların yerlerini temizlemekte olan çalışanına göstermesi gereken özen yükümlülüğünün derecesi farklı olacaktır.

²⁷⁸ Y10HD, 11.11.2010 T., 2010/7950 E., 2010/15424 K., "Sıralanan maddi ve hukuki olgular ışığında, kusursuz sorumluluk hali öngören düzenlemeye dayalı davada, mahkeme kararında yer alan, Kurum veya çalışanlarının kusurunun bulunmadığı gerekçesinden hareketle sonuca varma olanağı bulunmamaktadır. Ancak, müstahdem tarafından, istihdam edenin işi nedeniyle üçüncü kişiye hukuka aykırı bir eylemle zarar verilmesi ve zarar ile eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu durumlarda, istihdam edenin sorumluluğu yönünden oluşan karinenin; Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan "Şukadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatin icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz." hükmü uyarınca çürütülmesi olanağı bulunmaktadır. Mahkemece, davalı Kurumun, çalışanını seçmede, talimat vermede, nezaret etmede gerekli özeni gösterdiği veya gerekli özeni göstermiş olsa bile, zararın oluşumunu önleyemeyeceğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmesini öngören olarak yönünden inceleme yapılmamış olup; yargılama sürecinde alınan 10.03.2003 tarihli Adli Tıp Kurumu raporu da, bu konuda yeterli irdelime içermemektedir.", www.kazanci.com; erişim tarihi: 17.05.2019.

²⁷⁹ Eren, s. 628; Çelik, s. 176.

²⁸⁰ Kılıçoğlu, 2017, s. 430; Çelik, s. 179.

²⁸¹ Çelik, s. 176.

²⁸² Eren, s. 628; Çelik, s. 176.

²⁸³ Kılıçoğlu, 2017, s. 430.

Yukarıda da belirtildiği gibi, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulmak noktasında çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekmektedir. Ancak adam çalıştırmanın kanunda sayılan üç özen yükümlülüğünün dışında somut olayın özelliklerine göre başkaca özen yükümlülüklerini de ispat etmesi gerektiği, kanundaki gerekli özene ilişkin örneklerin sınırlı olmadığı kabul edilmektedir²⁸⁴.

Adam çalıştırmanın bu hususlardan birini ispat etmesi yeterli olmaz, kanundaki karinenin çürütülebilmesi için, adam çalıştırmanın seçmede, talimat vermede, denetlemede gerekli özeni gösterdiğini, ayrıca üçüncü fıkra gereğince işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Bunlardan birinin yerine getirilmemesi veya yerine getirildiğinin elverişli delillerle ispat edilememesi halinde, karine çürütülmüş olmayacağı için adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁸⁵.

a. Çalışanın seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olması

Adam çalıştırın, sorumluluktan kurtulmak için çalışanını seçerken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat etmek zorundadır. Adam çalıştırının çalışanın seçiminde gerekli özeni gösterdiğini ispat edebilmesi için, çalışanın göreceği işe uygun yaş, cinsiyet, fiziki, psikolojik, mesleki ve ahlaki nitelik, bilgi ve yeteneklere sahip olduğunu, çalışanın göreceği iş bakımından mesleki tecrübesi bulunduğunu, bu hususu eğitim, diploma, sertifika ve gerekli sınavlarla araştırdığını, çalışan daha önce başka kişilerinin yanında göreceği iş ile ilgili çalışmış ve ün yapmış ise, referans ve tavsiye mektuplarını aldığını, çalışanın görülecek işe uygun olup olmadığına ilişkin gerekli tüm inceleme ve soruşturmaları yaptığını, görülecek iş açısından çalışanın güvenilir olduğunu ispat etmelidir²⁸⁶. Adam çalıştırının

²⁸⁴ Antalya, C. II, s. 272, 278; YHGK, 02.04.2014 T., 2013/4-1299 E., 2014/438 K., “İstihdam edenin bu özen ödevi doktrin ve uygulamada genellikle dört esasta mütalaa edilmektedir. Adam kullanan, müstahdem veya işçisini seçmede; talimat vermede; denetim ve gözetimde; işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakta, özen göstermelidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, istihdam edenin göstermekle mükellef olduğu bütün bu dikkat ve özen önlemleri (tedbirleri) almaması- 27.03.1957 gün ve 1/3; 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararları göz önüne alınırsa- bunlara uyulmamasının objektif olarak tavsif edilebilecek karşılığının ihmal veya kusur olduğu görülür.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 15.05.2019.

²⁸⁵ Oğuzman, 2016, C. II, s. 151; Çelik, s. 178.

²⁸⁶ Eren, s. 628; Tandoğan, s. 119; Tekinay, s. 508; Antalya, C. II, s. 272; Çelik, s. 179-180; Çalışanın seçiminde araştırılan hususların çalışanın kişilik haklarının ihlali niteliğinde olduğuna ilişkin tartışma ve görüşler için bkz. Kara Kılıçarslan, s. 118; Y3HD, 14.01.2013 T., 2012/23133 E., 2013/3 K., “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.

göstermesi gereken özen, çalışanın göreceği işin niteliklerine ve özelliklerine göre değişiklik gösterecektir²⁸⁷.

Adam çalıştıran çalışanı seçmede gerekli özeni gösterdiğini, çalışanın mesleki ve eğitim durumunu veya görülecek işe uygun olduğunu gösterir belgelerle, uyguladığı sınava ilişkin evrakla ve sair yazılı ispat araçlarıyla ve tanık beyanıyla ispat edebilir²⁸⁸. Adam çalıştıran sunduğu delillerle, çalışanın göreceği iş için yeterli ve gerekli eğitimi gördüğünü ve uygun olduğunu, çevrede de kendini kanıtladığını ve bu hususların kendisi tarafından araştırılmasından sonra çalışanı seçtiğini, bu hususları doğru olarak değerlendirdiğini ve ulaştığı kanaatin haklı olduğunu ispat ederse, çalışanı seçmede gerekli özeni gösterdiğini ispat etmiş olur²⁸⁹.

Adam çalıştıranın çalışanı seçmede gerekli özeni gösterdiğinin kabulü için, yalnızca çalışana ilk görevini vereceği zaman özen göstermiş olması yeterli olmayıp, daha sonrasında çalışanı görevlendireceği yer ve işleri seçmede, iş bölümü yapmada, yeni bir görev vermede, ayrıca terfi ve nakilleri değerlendirmede de özen göstermiş olması gerekmektedir²⁹⁰. Ayrıca, adam çalıştıranın çalışana vereceği görevin niteliği ve tehlikesine uygun olarak gerekli tüm araştırmaları yapmış olması ve tüm özen yükümlülüğünü yerin getirmiş olması şarttır; yoksa bir kısım araştırmayı yapması yeterli değildir²⁹¹. Hatta somut olayın özellikleri gerektiriyorsa, adam çalıştıranın çalışanı bir süre boyunca denemesi de gereklidir²⁹².

Adam çalıştıranın, çalışanın çalıştığı tüm süre boyunca da nitelikleri haiz olduğunu kontrol etmesi özen yükümlülüğünün bir gereğidir²⁹³. Bu bağlamda adam çalıştıran, çalışanın iş gördüğü süre boyunca işe alım sırasında var olan niteliklerinin devam edip etmediğini denetlemesi, gerekir ise işe alım sırasında aradığı örneğin sınav ve eğitim gibi şartları, işin niteliğine uygun aralıklarla tekrar etmesi gerekmektedir.

Adam çalıştıranın çalışanları seçme konusunda farklı bir birim kurmasının, bu işin adam çalıştıranın kontrolünde değil, profesyonelce yapılmasının veya çalışanı seçme sürecine

Davalı, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icap etmesi gerekecektir., www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.05.2019.

²⁸⁷ Antalya, C. II, s. 272.

²⁸⁸ Eren, s. 628; Kara Kılıçarslan, s. 117.

²⁸⁹ Eren, s. 628, Tandoğan, s. 119.

²⁹⁰ Eren, s. 628, Tandoğan, s. 119; Oğuzman, 2016, C. II, s. 151; Kara Kılıçarslan, s. 117.

²⁹¹ Çelik, s. 180.

²⁹² Antalya, C. II, s. 273.

²⁹³ Eren, s. 628, Tandoğan, s. 119; Antalya, C. II, s. 273; Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C. I, s. 389; Kara Kılıçarslan, s. 117; Çelik, s. 180.

kendisinin katılmamış olmasının, özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesinde etkisi bulunmamaktadır; zarar görene karşı sorumluluk her hal ve şartta adam çalıştırana aittir²⁹⁴.

Yargıtay, adam çalıştırmanın çalışanını seçerken, onun meziyet ve fizik kabiliyetleri, karakteri hakkında bilgi edinmesi gerektiğini, vinç operatörü olarak çalıştırılan kişinin, vinci kullanma ehliyetinin bulunmadığını, vinci kullanırken taşıdığı yük nedeniyle etrafını görmemesine rağmen yardımcı kişi talep etmemesinin ve ağır yük kaldırırken vinci taşıma halkalarının sağlamlığını kontrol ettirmemesinin de görevinde ehil olmadığını gösterdiğini, bu nedenle adam çalıştırmanın çalışanı seçerken objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahsedilemeyeceğinden zarardan sorumlu olduğunu kabul etmiştir²⁹⁵.

Yargıtay, uzun yol tır şoförü olan çalışanın, trafikte seyir halinde iken şerit değişikliği nedeniyle kendisini uyarayan kamyon şoförü üçüncü kişiyi ve yanındaki kardeşini bıçaklaması ve neticede kardeşin ölmesi nedeniyle ikame edilen tazminat davasında, adam çalıştırmanın uzun yol tır şoförü olarak çalıştırmak üzere seçtiği kişinin trafikte meydana gelen olaylara karşı sabırlı ve anlayışlı olması gerektiği, uzun yol tır şoförünü çalıştıran davalı şirketin çalışanı seçerken gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle zarardan adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna ilişkin hüküm gereğince müteselsilen sorumlu olduğuna kanaat getirilmiştir²⁹⁶.

²⁹⁴ Çelik, s. 181.

²⁹⁵ Y4HD, 10.02.1978 T., 1977/11751 E., 1978/10809 K., "O halde, davacının cismani zarara uğraması ile sonuçlanan olayda adam kullanan durumundaki davalıların gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği konusu üzerinde etraflıca durulmasında yarar vardır. a) öncelikle davalıların vinç operatörü olan müstahdemlerini seçmede dikkatli davrandıkları ileri sürülemez. Çünkü, kural olarak iş sahibi müstahdemini seçerken, onun meziyet ve fizik kabiliyetleri, karakteri hakkında bilgi edinmelidir. Özellikle çalıştırdığı adama yeni ve önemli görevler verirken de aynı dikkati göstermelidir. Oysa, İş güvenliği müfettişleri tarafından düzenlenen 12.09.1972 günlü raporun 9/2-d bendindeki açıklamaya göre vinç operatörünün bu konuda ehliyetli bir kişi olduğu hususunda belge ve bonservisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davalılar bu beyanın ve olgunun aksini iddia ve ispat etmemişlerdir. Bundan başka davalıların adamı olan vinç operatörünün, 6 metre boyunda ve 500 ilâ 535 kilogram ağırlığında bulunan prefabrik aşıkları kaldırırken vinci idare ettiği kabinden etrafını görmediği bizzat kendisinin ifadesinden anlaşılmaktadır (14.09.1972 günlü beyanı). Güç ve önemli bir işi yapan bir vinç operatörünün oturduğu yerden etrafını görmemesine rağmen kendisine bir yardımcı şahıs verilmesini talep etmemesi bu görevin ehli olmadığının en belirgin bir kanıtıdır. Nitekim, az yukarıda anılan raporun 9/2-c bendindeki açıklamalardan da operatörün dikkatsiz davrandığı anlaşılmaktadır ki bu yön vinç operatörünün seçilmesinde kusurlu davranıldığının belirtisidir. Müdebber ve işinin ehli bir müstahdem ya da müteahhas bir işçi, prefabrik demir aşıkları kaldırırken taşıma halkalarının sağlamlığını özellikle kontrol ettirmesi ve halkaların kopması ihtimaline karşı işverenini uarması gerekirdi. Müstahdem bu basit tedbirin alınmasını da istememekle kusurlu davranmıştır.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

²⁹⁶ Y4HD, 20.10.2011 T., 2010/9216 E., 2011/10886 K., "Davalı şirkete ait tır sürücüsü davalı Y. Ö. idaresindeki çekiciyle seyir halinde iken, desteğin kardeşinin idaresindeki kamyonu sollamış ve sollama hali bitmeden önceki şeride geçmek için yaptığı tehlikeli bir manevra sebebiyle desteğin kardeşi tarafından uyarılan davalı çekici sürücüsü aracından inmiş, kamyonun sürücü mahalline ait pencereden salladığı bıçakla kamyonun sürücüsünü yaralamış ve sonrasında desteği bıçaklamak suretiyle öldürmüştür. Davalı sürücü Y. Ö. adam öldürmek iddiasıyla yargılanmış ve müsnet suçtan cezalandırılmasına karar verilmiş, verilen hapis cezası kararı kesinleşmiştir. Davalı

Otelde güvenlik görevlisi olan çalışanın, aynı otelde turist rehberi olarak kalan davacının ırzına geçmesi nedeniyle ikame edilen bir davada Yargıtay tarafından, çalışanın daha önceki işyerinde de yabancı uyruklu turist kadına tecavüz ettiği, bu nedenle işinden ayrıldığı, işe giriş anında bu durumun çalışan tarafından gizlenmesi ve çıkış sebebi olarak başka bir olayın gösterilmesi söz konusu ise de, adam çalıştırmanın çalışanın ayrıldığı işyerinden genel davranış biçimi hakkında bilgi alması olanağı olduğu, ancak bunu kullanmadığı, bu nedenle çalışanın seçiminde gerekli özenin gösterilmediği kabul edilmiştir²⁹⁷.

Sahte vekaletname ile bankadan para çekilmesine ilişkin olarak ikame edilen davada Yargıtay, bankanın personelini seçerken gerekli özeni yerine getirmekle yükümlü olduğunu, sahte imza ile gerçek imzanın birbirine benzemesi nedeniyle personelin yanıldığını ileri süremeyeceği, personelin meblağın büyüklüğü gereği gerekli incelemeyi yapmakla yükümlü olduğu gerekçeleriyle bankanın çalışanı seçerken objektif özeni göstermediğini kabul ederek sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir²⁹⁸.

sürücünün davalı Ö... Uluslararası Nakliyat Limited şirketi çalışanı olduğu tartışmasızdır. İstihdam eden davalı şirket, çalışanın eyleminden dolayı zarar gören 3.kişilere karşı sorumludur. Uluslararası nakliyat işi ile iştigal eden davalı şirketin uzun yol şoförü olarak seçtiği adamın trafikte bulunmanın sıkıntılarına katlanabilecek, anlayış gösterebilecek nitelikte olması gerekir. Buna göre davalı şirketin sürücüyü seçme, talimat verme ve denetlemede gereken özeni göstermediği sonucuna varılmaktadır. Mahkemece yukarıda açıklanan sebeplerle meydana gelen zarardan, adam istihdam eden (B.K.m.55) durumunda olan davalı Ö... Uluslararası Nakliyat Limited şirketinin de müteselsilen sorumlu tutulması gerekirken, davalı şirket yönünden davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmamış, temyiz edilen kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 16.05.2019.

²⁹⁷ Y4HD, 04.05.2000 T., 2000/2062 E., 2000/4389 K., “Dava, davalı şirkete ait otelde güvenlik görevlisi olarak çalışan dava dışı R. adındaki şahsın, turist rehberi olarak burada kalmakta olan davacının zorla ırzına geçmek suretiyle kişilik haklarına saldırıda bulunduğundan manevi tazminat istemine ilişkindir... Bu bağlamda olmak üzere somut olayın irdelemesine geline; dosyadaki bilgi ve belgelere göre, olay tarihinde davalıya ait işyerinde çalışan dava dışı işçinin daha önce çalıştığı yerde bir yabancı uyruklu turist kadının ırzına geçmesi nedeniyle bu işinden ayrılmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar zararlandırı eylemde bulunan dava dışı işçinin davalıya ait otelde işe girerken, ırza geçme olayını gizlemiş ise de; yeni işe girerken ayrıldığı işyerinden aldığı sigorta numarasını kullandığından buradan hareketle ayrıldığı işyerinden bu işçinin genel davranış biçimi hakkında gerekli bilgi alınması olanağı mevcut iken buna itibar edilmediği ve bu suretle adam çalıştırmanın davalının gerekli özeni göstermediği anlaşılmaktadır.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.05.2019.

²⁹⁸ Y4HD, 10.05.2016 T., 2015/15817 E., 2016/6449 K., “Ayrıca davalı .. , adam çalıştırma sıfatı ile de sorumludur. Bilindiği gibi adam çalıştırmanın sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Burada yasada adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklenmiştir. Adam çalıştırmanın 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 yeterli kabul edilmiştir. Adam çalıştırma, 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 . Banka benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı, sahte imza asıl imzaya çok benziyordu, onun için kendisi yanıltmıştır diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, tabi ki bir grofoloji uzmanını istihdam etmeyecektir ancak çekildiği tarih itibarıyla dahi yüksek meblağ içeren bir paranın talimat ile istenmesi halinde dışarıdan bir uzmanın yardımına pekala başvurabileceği gibi, mudiye telefon, faks vs. ile durumu duyurmak suretiyle basiretli bir tacir gibi sahteciliği önleyici tedbirlere başvurabilirdi. Bu en basit tedbirlere başvurmaması Bankanın objektif

b. İşle ilgili talimat vermede gerekli özenin gösterilmiş olması

Adam çalıştırmanın, çalışanı seçmede özen göstermiş olması yeterli değildir. Adam çalıştırarak, çalışanın göreceği işin niteliklerine, önemine, tehlikesine ve boyutuna uygun olarak, herhangi bir zararın meydana gelmemesi için çalışana gerekli emir, bilgi ve talimatlar ile vasıta ve malzemeleri vermiş ve işi ile ilgili açıklamaları yapmış olmalıdır²⁹⁹. Adam çalıştırarak tarafından verilecek talimatların doğru ve anlaşılır olması gerekmektedir. Burada, aynı niteliklere sahip normal bir çalışanın verilen talimatı anlayabilecek olması aranır³⁰⁰.

Adam çalıştırarak çalışana vermesi gereken emir, bilgi ve talimatların niteliği ve ölçüsü, somut olayın şartlarına ve çalışana verilen işe göre tespit edilecektir³⁰¹. Adam çalıştırarak çalışanın görevi ile ilgili olmayan ancak zarar tehlikesi doğurabilecek her duruma ilişkin olarak çalışana talimat vermesi beklenemeyeceği gibi, herkes tarafından kolaylıkla bilinebilecek hususlara ilişkin talimat vermesi de aranmamalıdır. Adam çalıştırarak talimat vermesine ilişkin yükümlülüğünün değerlendirilmesinde, çalışanın yetenekleri, bilgi birikimi, mesleki ve hayat tecrübesi, eğitimi de göz önünde bulundurulmalıdır³⁰². Aksi halde adam çalıştırarak talimat verme yükümlülüğünün sınırları çizilemeyecektir.

Örneğin, ehliyeti olan ve şoför olarak görev yapan çalışanın, kırmızı ışıkta geçerek üçüncü kişiyi yaraladığı olayda, adam çalıştırarak çalışana trafik kurallarına uyması konusunda talimat vermesinin beklenmesi gereksizdir³⁰³. Ya da çalışanın camdan aşağıya bir şey atması sonucunda üçüncü kişinin zarar gördüğü bir olayda, adam çalıştırarak çalışana camdan bir şey atmaması konusunda talimat verip vermediğinin araştırılması da söz konusu olmayacaktır, zira bu husus herkes tarafından bilinen bir husustur ve çalışanın görevi ile eylemi arasında talimatı gerektiren bir ilişki de bulunmamaktadır. Ancak tehlikeli ve karmaşık makineler kullanmak

özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir. Davalı .. , adam çalıştırarak sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icap eder... davalı ... kurtuluş kanıtı getirerek hal ve şartlardan doğan özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edemediği ve kusursuz sorumluluğu ilkesi gereğince adam çalıştırarak sıfatıyla sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece açıklanan olgular ve yasal düzenlemeler dikkate alınarak davalı banka yönünden de davanın kabulüne karar vermek gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş ve kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.05.2019.

²⁹⁹ Eren, s. 628; Tandoğan, s. 119; Oğuzman, 2016, C. II, s. 151; Tekinay, s. 508; Antalya, C. II, s. 273; Kılıçoğlu, Sorumluluk Hukuku, C. I, s. 390; Çelik, s. 182.

³⁰⁰ Çelik, s. 183.

³⁰¹ Kara Kılıçarslan, s. 118: “Yapılan iş ve bu işte kullanılan araçlar ne kadar karmaşık ve tehlikeliyse, çalışana yapılan talimat da o derece sıklıkta olacaktır.”

³⁰² Kara Kılıçarslan, s. 118; Çelik, s. 183.

³⁰³ Çelik, s. 183: “Ancak şoförün yanlış ve kural dışı hareketlerinin görülerek bunlar konusunda uyarılmaması durumunda ise, denetlemeye aykırı davranış nedeniyle sorumluluğun doğacağını kabul etmek gerekir.”

zorunda olan çalışana, makinelerin kullanımına ilişkin bilgi ve talimatın verilip verilmediği, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün tespiti bakımından oldukça önemlidir.

Yargıtay, adam çalıştırmanın vinç operatörü olarak büyük tehlike arz eden bir iş yapan çalışan için talimat konusunda tehlikenin büyüklüğü oranında özen ve dikkat göstermesi gerektiğini, tehlikeler bakımından çalışanın dikkatini çekmek zorunda olduğunu, vinç çalışma alanına geçilmez levhası koymasının talimat yükümlülüğü bakımından yeterli olmadığını, geçişi engellemek için kesin talimatlar vermesi gerektiğini kabul etmiştir³⁰⁴.

Adam çalıştırın, çalışana işi ile ilgili gerekli talimatları verdiğini, görev tanımı, görevlendirme yazısı, iş güvenliğine ilişkin bilgilendirme formları gibi hakimi bu konuda ikna edecek belgelerle ispat edebilir. Adam çalıştırmanın ispat etmesi gereken talimat vermede gerekli özeni gösterdiği hususunda, genel nitelikli talimatların verildiğinin ortaya konulması yeterli değildir, işin ve çalışanın niteliğine uygun tüm talimatların verilmesi gerekmektedir³⁰⁵.

Adam çalıştırının, çalışana talimat verme noktasında başka bir kişiye veya çalışana yetki vermesi, örneğin çalışanlara talimat verilmesi için şef veya müdür ataması, sorumluluğun adam çalıştırmada olduğu sonucunu değiştirmeyecektir.

Yargıtay, çalışanlara atıl kalan borunun kesilmesi yönünde talimat veren daire sahibinin, boru içinden kıvılcım sirayet etmesi sonucunda alt kattaki dairede yangın çıkmasından adam çalıştırın sıfatıyla kusursuz olarak sorumlu olduğuna ve dolayısıyla adam çalıştırının çalışana talimat vermede gereken özen yükümlülüğüne uygun hareket etmediğine kanaat getirmiştir³⁰⁶.

³⁰⁴ Y4HD, 10.02.1978 T., 1977/11751 E., 1978/10809 K., "O halde, davacının cismani zarara uğraması ile sonuçlanan olayda adam kullanan durumundaki davalıların gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği konusu üzerinde etraflıca durulmasında yarar vardır... Davalı adam çalıştırınların, talimat görevlerini özenle yerine getirdiklerinden de söz edilmesi mümkün değildir. Çünkü, adam kullanan kişiler özel bir tehlike arzeden işlerde, çalıştırdıkları adamlarının dikkatini çekmekle yükümlüdürler. Davalıların yaptıkları işin büyük tehlike arzeden iş olmasına karşın bunlar talimat konusunda o oranda özen ve dikkat göstermemişlerdir. Örneğin, vincin çalışma alanına (geçilmez) levhası koydurmuş olmalarına rağmen, bu alandan geçişi engellemek için adamlarına kesin talimat vermemişlerdir; eğer vermiş olsalardı bu talimatın yerine getirilmesi sağlanırdı. Çünkü, davacı davalı firma ile alâkalı olmayan ve iş yaptıran BAGFAŞ Firmasının elektrik işlerini kontrol eden yabancı bir kişiydi.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

³⁰⁵ Çelik, s. 186.

³⁰⁶ Y4HD, 14.01.2002 T., 2001/13449 E., 2002/257 K., "Davacıların öteki temyiz itirazlarına gelince; dava, tazminat istemine ilişkindir. Dosyadaki bilgi, belge ve açıklamalardan; üst kattaki daire maliki Ayten Doğay'ın eşi olan davalı M. Basri Doğay'ın, dairede kat kaloriferi tesisat işlerini yaptırırken öteki davalı şirket çalışanlarına atıl kalan borunun kesilmesi yönünde talimat verdiği, şirket elemanları tarafından elektrot ile boru kesilirken boru içinden kıvılcım sirayet etmesi sonucunda alt kattaki davacılar ait dairede yangın çıktığı anlaşılmaktadır. Davalılarından M. Basri Doğay, davalı şirket çalışanlarına talimat vermek suretiyle zararlandırıcı eylemin ve zararın oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bu eylemi nedeniyle adam çalıştırın durumunda bulunduğundan, sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, yerel mahkemece M. Basri Doğay hakkındaki davanın reddedilmesi bozma nedenidir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 29.05.2019.

c. Denetlemede gerekli özenin gösterilmiş olması

Adam çalıştırmanın, özen yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için, çalışanı seçme ve talimat vermenin yanında, gözetim ve denetimde bulunurken de gerekli özeni göstermiş olması, çalışanın işi gördüğü sırada yeni sorunların ortaya çıkması durumunda, gerekli bilgi ve emirleri vermesi ve uyarması gerekmektedir³⁰⁷. Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün kapsamına, çalışanın yanlış veya zarar tehlikesi yaratan hareketlerinin görülmesi durumunda uyarılması³⁰⁸ ve gerekli önlemlerin alınması, zararı önlemeye elverişli malzeme ve ekipmanların sağlanması³⁰⁹ ve çalışan tarafından malzeme ve ekipmanların amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi de girmektedir. Adam çalıştırın, çalışanın işi gördüğü sırada herhangi bir zarar doğmasını engellemek için, yapılan işin büyüklüğünü, çalışan sayısını ve tehlikelilik derecesini de dikkate alarak işe uygun kurallar koymalı, denetimin nasıl yapılacağını belirlemeli, bu kurallara uyulup uyulmadığı noktasında gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeli, uyulmadığı noktalarda müeyyideler uygulayarak gerekli önlemleri almalıdır³¹⁰.

Örneğin Yargıtay, vinç çalışma alanına girilmesini yasaklayan levha konulmuş olmasına rağmen, söz konusu alana geçişi engelleyemeyen, bu konuda bir zafiyet varsa alanın girişinde bir görevli bulundurmayan, bu şekilde tehlikeli alana girilmesini fiilen ve hatta zorla engellemeyen adam çalıştırmanın, çalışana nezaret etmede gerekli özeni göstermediğine kanaat getirmiştir³¹¹.

Otomobil tamirciliği işi ile iştigal eden şirketin atölye binasının önünde kontak anahtarı üzerinde çalışır vaziyette bırakılan aracın, şirketin çalışanlarından birisi tarafından gizlice alınarak kaza yapılmasına ilişkin olarak ikame edilen davada Yargıtay, adam çalıştırmanın çalışanın araçları test etme konusunda yetkisi olmadığı ve bu hususu gösteren yönetmeliğin

³⁰⁷ Eren, s. 629; Antalya, C. II, s. 274.

³⁰⁸ Tandoğan, s. 119.

³⁰⁹ Eren, s. 629.

³¹⁰ Tandoğan, s. 120; Kara Kılıçarslan, s. 119; Çelik, s. 183.

³¹¹ Y4HD, 10.02.1978 T., 1977/11751 E., 1978/10809 K., "Davalılar, istihdam eden sıfatıyla çalıştırdıkları adamlarını daimi bir nezaretle yükümlüdürler. Çünkü, kural olarak adam çalıştırın tarafından verilmiş talimata, müstahdemin uymamasından ötürü iş sahibi sorumludur. Özel tehlike arzettiği anlaşılan montaj işinde davalıların nezaret ödevlerini ihmal ettikleri dosyadaki belge ve kanıtlardan açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, gerek tanıkların ve gerekse tüm bilirkişilerin ortaklaşa belirttikleri gibi, vincin tehlikelerle dolu çalışma alanına girmeyi yasaklayan levha konulmuş olmasına rağmen, eylemli olarak buradan geçiş önlenememiştir. Bu yön gerektiğinde oraya bir veya birkaç görevli dikmek suretiyle fiilen ve hatta zorla gerçekleştirilebilirdi. Oysa, özellikle 28.07.1975 günlü bilirkişi raporunda açıkça belirtildiği ve işaret edildiği gibi davalılar bu tehlikeli mınıtkada sorumlu bir kimse bulundurmamışlardır. Bütün bu maddi olgular, nezaret görevinin yeterince özenle ve dikkatle yürütülmediğini göstermektedir.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

tamirhanede asılı bulunduğu yönündeki savunmalarını kabul etmemiş, adam çalıştırmanın tamir için bırakılan aracın kontak anahtarı üzerinde çalışır bir şekilde, başında aracı koruyacak kimse bulundurmada bırakması nedeniyle nezaret etmede gerekli özeni göstermediği ve bu nedenle zarardan sorumlu olduğu kanaatine varmıştır³¹².

Bu noktada adam çalıştırmanın sürekli denetim yapması değil, etkin denetim yapması önemlidir³¹³. Yani çalışanın, işini gördüğü sırada adam çalıştırmanın gözetim ve denetimi altında olduğunu hissetmesi ve işini bu bilinçle yapıyor olması gerekmektedir. Bu hisse ve bilince sahip olmayan çalışan, denetim yapılmamasının rahatlığıyla daha dikkatsiz davranarak zararın doğmasına elverişli bir ortam doğmasına sebep olabilecektir³¹⁴. Adam çalıştırandan uzakta çalışanlar için dahi, adam çalıştırmanın gözetim ve denetim yükümlülüğü bakidir. Bu tarz durumlarda adam çalıştırın, gözetim ve denetim yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamalıdır.

Adam çalıştırının gözetim ve denetim yükümlülüğünün derecesi de, diğer yükümlülüklerde olduğu gibi, işin ve çalışanın niteliğine, işin ne derece tehlikeli olduğuna, çalışanın mesleki ve hayat tecrübesine, yani somut olayın hal ve şartlarına göre değerlendirilecektir³¹⁵. Mesleki tecrübesi yüksek bir çalışanın, uzmanlık alanına giren bir işi görmesi sırasında adam çalıştırının gözetim ve denetim yükümlülüğü ile, tecrübesiz bir çalışanın ilk kez yaptığı bir işi görmesi sırasındaki gözetim ve denetim yükümlülüğü farklı

³¹² Y15HD, 22.01.1976 T., 1975/4743 E., 1976/222 K., “Davalı Motonam Limited şirketi otomobil tamirciliği ile iştigal eden bir müessesedir. Araç sahibi tamir için arabasını bu şirkete bırakmıştır. şirkette bir kaç yıldır usta yardımcısı olarak çalışan diğer davalı İlyas'ın araba tamir binasının dışında ve çalışır vaziyette bırakmış iken arabayı gizlice ve kullanmak amacıyla aldığı ve bu kazayı yaptığı, Sulh Ceza Mahkemesince hırsızlık suçundan mahk—m edildiği, anlaşılmaktadır. Arabanın dışarıda, atölye binasının önünde kontak anahtarı üzerinde ve çalışır vaziyette bırakılmış olduğu vakasında bir uyumsuzluk yoktur. Fakat davalı Motonam şirketi, işçisi İlyas'ın araçları tecrübe etme yetkisi olmadığını, bu hususu belirten yönetmeliğin tamirhanede asılı bulunduğunu, kendisine izin de verilmediğini İlyas'ın arabayı hizmetiyle ilgili olarak alıp kullanmadığına göre Borçlar Yasasının 55. maddesine göre istihdam eden sıfatıyla sorumluluklarının söz konusu olamayacağını savunmuştur. Borçlar Yasasının 55. maddesine göre istihdam eden, ancak, zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu veya dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilir. Fakat maddCE olaydan anlaşılmaktadır ki, davalı şirket, önce istihdam ettiği kimseyi seçerken gerekli ihtimamı göstermemiştir. Sonra da bu işçiyi, çalışması sırasında, yeterli derecede denetim ve gözetim altında tutmamış, onun arabayı alıp götürmesinde bu suretle kusurlu davranmıştır. Davalı şirketin diğer bir kusurlu davranışı da, arabanın kontak anahtarı üzerinde olarak çalışır vaziyette ve başında muhafaza eden kimse bulundurulmadan binanın dışında bırakılmış olması ve bu suretle, ister müstahdemi, ister diğer bir kişi tarafından çalınması olanağını hazırlamış olmasıdır. Bu nedenlerle davalı Motonam Limited şirketinin olaydan ve zarardan, istihdam eden sıfatıyla, müstahdemi ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması Borçlar Yasasının 55,51/1 ve 50/1. maddeleri gereği iken, aksine yazılı düşüncelerle, bu şirket hakkındaki davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuş olmakla hükmün bozulması gerekmiştir., www.kazanci.com, erişim tarihi: 05.06.2019.

³¹³ Eren, s. 629; Antalya, C. II, s. 274; Çelik, s. 184.

³¹⁴ Eren, s. 629; Çelik, s. 184.

³¹⁵ Eren, s. 629; Tandoğan, s. 119; Antalya, C. II, s. 274; Kara Kılıçarslan, s. 119.

olacak; ikinci durumda yükümlülüğün yerine getirildiğinin ispatında adam çalıştıran daha ağır bir ispat yükü altında olacaktır. Hatta uzmanlığı yüksek bir çalışana adam çalıştıranın gözetim ve denetimde bulunmasının yerinde olmadığı durumlar bile söz konusu olabilecektir³¹⁶. Yine adam çalıştıranın işletmesi dışında iş gören çalışanlar için daha ağır bir denetim yükümlülüğü bulunmaktadır³¹⁷.

Çalışanın işi gördüğü sırada yetkisini aşmış olması ve zararın bu nedenle meydana gelmesi, adam çalıştıranın sorumlu olmadığı sonucunu doğurmayacaktır. Burada adam çalıştıranın, çalışanın yetkisini aşmaması için gerekli tedbirleri alıp almadığı ve bu husustaki gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği araştırılacaktır³¹⁸. Dolayısıyla adam çalıştıranın yalnızca makul tedbirleri alması yeterli değildir, zararı engellemeye yönelik her türlü tedbiri aldığını ispat etmesi gerekmektedir.

Adam çalıştıranın çalışanları gözetleme ve denetleme yükümlülüğünü bir başkasına veya başka çalışana yüklemiş olması, zarar görene karşı sorumluluğun kendisinde doğmasını engellemeyecektir³¹⁹. Gözetim ve denetim yükümlülüğünün yerine getirilmediği veya eksik yerine getirildiği durumlarda meydana gelen zarardan, bu yükümlülüğün kime yüklendiği araştırılmaksızın adam çalıştıranın sorumlu olacağı kuşkusuzdur.

Adam çalıştıranın gözetim ve denetim yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı noktasında, talimatnameler, performans değerlendirmeleri, iş güvenliği talimatları ve çalışana uygun malzeme tedarik edildiğini gösterir belgeler, yapılan denetimlerde tutulan tutanaklar, talimatlara uymayan çalışanlara verilen ihtarlar ve benzeri deliller kullanılabilir.

d. Çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olması

TBK m. 66'ün üçüncü fıkrasında, bir işletmede adam çalıştıranın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Doktrinde adam çalıştıranın bu sorumluluğu, organizasyon sorumluluğu olarak ifade edilmektedir³²⁰.

³¹⁶ Tandoğan, s. 120.

³¹⁷ Antalya, C. II, s. 274.

³¹⁸ Tandoğan, s. 120; Çelik, s. 185.

³¹⁹ Çelik, s. 184.

³²⁰ Antalya, C. II, s. 282: "Organizasyon yükümlülüğü, bir işletmenin teknik yönetim ve işleyiş süreçlerini, hukuki bir yükümlülüğü yerine getirebilecek ve özellikle üçüncü kişilerin zarara uğramalarını önleyecek bir biçimde organize etme yükümlülüğüdür."

BK m. 55'te yer verilmeyen bu fıkra ile, bir işletme kapsamında adam çalıştıranlar için ek bir karine getirilmiştir. Buna göre, işletmede adam çalıştıranların sorumluluktan kurtulabilmesi için *çalışanı seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğinin* ispatı dışında ayrıca, *işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu* ispatlaması gerekecektir.

İşletmede adam çalıştıranlar için ek bir ispat yükü düzenlenmesinin amaçlanmasında iki temel sebep olduğu kabul edilebilecektir. Bunlardan ilki, adam çalıştıranın çalışana yönelik özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen işletmedeki birtakım aksaklıklar nedeniyle zararın meydana gelebilecek olmasıdır. Zira işletmede adam çalıştıran, seçme, talimat verme ve denetlemede gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen, işletmenin çalışma düzenini zararın doğmasını engelleyecek şekilde sağlamamış ve bu nedenle üçüncü kişinin zararına sebebiyet vermiş olabilecektir³²¹. Bu durumda adam çalıştıranın yalnızca çalışana ilişkin özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinden bahisle zarardan sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı olacağı kuşkusuzdur³²². Bu nedenle, bir işletmede adam çalıştıran, seçmede, talimat vermede ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispat etse dahi, işletmedeki çalışma düzenine gerekli özeni göstermemiş ise yine de sorumlu olacaktır³²³.

İkinci sebep ise, günümüzde ekonomik ilişkilerin büyümesi ve gelişmesi ile uygun olacak şekilde adam çalıştıranın sorumluluğunun, faaliyetlerinin de dahil edilerek genişletilmesi düşüncesidir³²⁴. Adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğuna ilişkin kanuni düzenlemedeki eğilim de, adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirmesi gereken durumları artırmak, zarar görenin ispat yükünü ise kolaylaştırmaktır.

Üçüncü fıkradaki düzenlemeye BK'da yer verilmemiş olsa da, BK'nın yürürlükte olduğu dönemde de mahkeme ve Yargıtay içtihatlarında³²⁵ adam çalıştıran, seçme, talimat

³²¹ Oğuzman, 2016, Cilt II, s. 152.

³²² Çelik, s. 202.

³²³ Kılıçoğlu, 2017, s. 431; Yılmaz, s. 566.

³²⁴ Antalya, C. II, s. 278; Altay, s. 181.

³²⁵ Y4HD, 10.02.1978 T., 1977/11751 E., 1978/10809 K., "En önemli olarak da seçim, talimat ve nezaretten maada, istihdam eden kişi, işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakla da ödevli ve yükümlüdür. Çünkü bu yükümlülük doğması muhtemel zararı önleyecek olan en önemli faktörlerdendir, istihdam eden, işin kuvvetine ve önemine nazaran kifayetsiz personel kullanırsa, veya işin yapılmasını ve yürütülmesini tehlikeli bir şekilde düzenlerse organizasyon bakımından kusurlu hareket etmiş olur. Keza istihdam edenin, işin yürütülmesini sağlayan çalışma aletlerinin ve kullandığı malzemenin işe yarar olması lâzımdır. Eğer, çalıştırdığı adamlara tevdi ve teslim ettiği araç ve gereçler ve işte kullandığı malzemeler bozuk ve hatalı ise, yine organizasyon bakımından kusurlu davranmış olur.", www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019; Y19HD, 28.12.1993 T., 1993/8957 E., 1993/9031 K., "BK.nun 55. maddesine göre; adam çalıştıran, işin yerine getirilmesi sırasında meydana gelecek

verme ve denetlemede gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen, işletmedeki çalışmanın amaca elverişli bir şekilde teşkilatlandırılmaması, iş organizasyonunun esaslı ve doğru bir şekilde kurulmaması ve yürütülmemesi halinde, zararın meydana gelmemesi için halin icaplarının gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemiş sayılmakta ve sorumluluğunun söz konusu olacağı kabul edilmekteydi³²⁶. Bu nedenle üçüncü fıkradaki düzenlemenin, zaten uygulamada kabul edilen durumun kanuni düzenlemeye kavuşturulması şeklinde yorumlanması mümkündür³²⁷.

TBK m.66/3'te yer alan düzenleme, yalnızca işletme bünyesinde adam çalıştıranlar için geçerli olduğundan, bu kapsama girmeyen adam çalıştıranlar için çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olup olmadığına ilişkin şartın ayrıca araştırılmasına gerek bulunmamaktadır³²⁸.

İşletmede adam çalıştırmanın TBK m. 66/3'te düzenlenen organizasyon sorumluluğunun, TBK m. 71'de düzenlenen tehlike sorumluluğu ile karıştırılmaması gerekmektedir. Zira öncelikle, adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu bir özen sorumluluğudur. Burada adam çalıştırana ait işletmenin tehlike arz eden bir işletme olup olmadığının bir önemi bulunmamakta, adam çalıştırmanın çalışma düzenine ilişkin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği araştırılmaktadır³²⁹. TBK m. 71'deki düzenlemede ise, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti nedeniyle zarar doğması halinde işletme sahibi ve işletenin kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Dolayısıyla bir tehlike sorumluluğu olarak TBK m. 71'in

zarar tehlikesini üzerine almış demektir. Adam çalıştırın; işçinin seçiminde, çalışırken başkasına zarar vermemesi için denetiminde, işin örgütlenmesinde ve esaslı, doğru kuralların konulmasında, sürekli gözetim altında tutulmasında, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle yardımcısının verdiği zarardan sorumludur. Meğer ki gerekli özeni göstermiş olsa bile zararın doğmasına engel olunamayacağını kanıtlamış olsun.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 06.06.2019.

³²⁶ Tandoğan, s. 120; Tekinay, s. 509 (naklen Y4HD, 02.10.1978 T.; 1977/11751 E., 1978/10809 K.); Organizasyon sorumluluğunun adam çalıştırmanın seçme, talimat verme ve denetleme yükümlülükleri kapsamında yer aldığına yönelik görüşler için bkz. Oğuzman, 2010, s. 599: “İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında, ayrıca, istihdam edenin iyi bir organizasyonu gerçekleştirdiğini ispat etmesi gerektiğinden söz ediliyorsa da, yukarıda belirttiğimiz üç aşamada istihdam eden gereken özeni göstermişse iyi bir organizasyon var demektir. İyi bir organizasyon yoksa, üç aşamadan birinde veya birkaçında aksaklık bulunacaktır. Binaenaleyh kanaatimizce iyi bir organizasyonun ayrıca ispatı söz konusu olmaz.”; Eren, s. 629: “Bununla birlikte bu yükümlülüklerin, seçme, talimat verme ve denetleme ödevlerinin içinde yer aldıkları, onların bir parçasını oluşturduklarını söylemek de mümkündür.”; Tandoğan, s. 69; Antalya, C. II, s. 278; 818 sayılı BK döneminde kanunda açıkça düzenleme bulunmamasına rağmen, m. 55'te yer alan “hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğu” şeklindeki ifade nedeniyle adam çalıştırmanın işletme faaliyetlerine ilişkin olarak da tüm özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmesi gerekeceğine ilişkin bkz. Altay, s. 176.

³²⁷ Altay, s. 180; Çelik, s. 199.

³²⁸ TBK m. 66 kapsamında kusursuz sorumluluğun doğması için bir işletme bünyesinde adam çalıştırma veya işveren niteliğini haiz olma zorunluluğu bulunmadığı, adam çalıştırın kavramının daha geniş bir kavram olduğuna ilişkin bkz. Bölüm II, s. 49 vd.

³²⁹ Altay, s. 186; Çelik, s. 195.

uygulanması için, bir işletmenin olması yeterli olmayıp, işletmenin faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz etmesi ve zararın doğrudan bu nedenle doğmuş olması gerekmektedir³³⁰.

TBK m. 66/3 düzenlemesinin uygulanabilmesi için, kanunda da açıkça belirtildiği üzere, adam çalıştırana ait bir işletme bulunması ve çalışanların bu işletmede çalışıyor olması gerekmektedir. Dolayısıyla, hükmün uygulanma alanının belirlenmesi için, işletme kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Organizasyon sorumluluğuna ilişkin TBK m. 66/3 hükmünün uygulanması için, çalışanların adam çalışana bağımlı olarak ve adam çalıştırana tarafından belirlenen hedefe yönelik olarak çalıştıkları bir işletmenin bulunması gerekmektedir. Bu anlamda bir kişinin hiç çalışana olmaksızın kendi başına iş gördüğü işletmelerde (zanaatkar) üçüncü kişiye verilen zararlar bakımından bu madde hükmü uygulanmayacaktır³³¹.

İşletmenin bir ticari işletme niteliğinde olması veya ticaret sicilinde tescilli olması zorunlu değildir³³². Mal veya hizmet üretimi yapılan herhangi bir işyeri olması yeterlidir³³³. İşletmenin ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunmak üzere kurulmuş olması da zorunlu değildir; dernek, vakıf, sendika ve hastane gibi kurumlar da TBK m. 66/3 anlamında işletme sayılmaktadır³³⁴. Ancak işletmenin özel hukuk kurallarına tabi olarak işletiliyor olması, İş Kanununun genel uygulama alanına dahil olması gerekmektedir³³⁵.

TBK m. 66/3 düzenlemesinde, işletmedeki çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olması arandığından, çalışma düzeni kapsamına hangi hususların girdiğinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. İşletmedeki çalışma düzeni, işletmedeki faaliyet kapsamındaki her türlü düzenlemedir³³⁶.

³³⁰ Ünlütepe, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) ilişkisinin Değerlendirilmesi, s. 14-15, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/424707>, erişim tarihi: 06.06.2019.

³³¹ Altay, s. 184.

³³² Kılıçoğlu, 2017, s. 431; Altay, s. 184; Türkmen, s. 268.

³³³ Kılıçoğlu, 2017, s. 431.

³³⁴ Antalya, C. II, s. 280; Altay, s. 183; Çelik, s. 189; Türkmen, s. 268; Ünlütepe, s. 5.

³³⁵ Türkmen, Ahmet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), s. 264, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97740>, erişim tarihi: 22.05.2019; Aksi görüş için bkz Antalya, C. II, s. 281: "TBK 66/III yönünden kamu kurumlarının zarar görenin en etkin korumaya kavuşması yönünden geniş bir yorum işletme kavramına dahil edilmelidir."; Altay, s. 183: "İlk bakışta, özel hukuk çerçevesinde faaliyet gösteren işletmelerin hükmün kapsamında olduğu düşünülebilirse de, kanunda bu konuda bir açıklık mevcut değildir. Bu sebeple, zarar görenin en etkin korumaya kavuşması yönünden, geniş bir yorum tercih edilmelidir."

³³⁶ Çalışma düzeninin yalnızca işletmede çalıştırılanın fiiline sebep olabilecek etkenler olduğuna ilişkin bkz. Çelik, s. 189.

Kanunda belirtilen işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olması, genel itibarıyla işletmenin amaca uygun bir şekilde örgütlenip düzenlenmesi, işletme bakımından gerekli izinlerin alınmış olması, iş bölümü ve planlama yapılması, işe uygun malzeme, araç ve gereç sağlanması, çalışan sayısının iş için yeterli olması, çalışanların yorgun bir şekilde ve fazla çalıştırılmaması, çalışanların bir hiyerarşik düzen içerisinde, üstlerinin talimatı doğrultusunda çalışması, görülen işe uygun ve yetenekli çalışan kullanılması, çalışanın yetiştigi alanın dışında çalıştırılmaması, çalışana doğru ve yeterli talimat verilmesi, talimatların birbirleriyle çelişkili olmaması, üçüncü kişilerin zarar görmemesi için gerekli koruyucu önlemlerin alınması ve iş güvenliğinin sağlanması, üretim, dağıtım ve yerine getirilme süreçlerinde en üst düzeyde güvenlik önlemlerinin alındığı ya da son kontrol aşamasının mevcut olduğu, çalışanların yönetiminin doğru planlanması ve yöneticinin yokluğunda yerine bir temsilci atanması gibi yükümlülükleri kapsamaktadır³³⁷. İşletmenin çalışma düzeninde üçüncü kişilerin zarara uğramasına yol açacak bir aksaklık bulunması halinde, çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olmadığı kabul edilecektir.

Yargıtay, adam çalıştıranın işin organizasyonunu esaslı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kurmakla yükümlü olduğunu, çalışanın kullandığı araç ve gereçlerin arızasız olmasını sağlaması gerektiğini, araç ve gereçten başka ayrıca inşaatta kullandığı malzemenin de hatasız olmasını sağlamak, hiç olmazsa bozuk ve ayıplı malzemeyi kullanmamak zorunda olduğunu, adam çalıştıranın çalışanın kullandığı aracın veya gerecin veya işin yapımında kullanılan bir malzemenin imalinde bir hata bulunduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağını, adam çalıştıranın araç, gereç ve malzemelerin sağlamlığını kontrol etmesi gerektiğini, böylelikle işin organizasyonunu yeterli bir şekilde kurmadığını, hatalı malzeme kullandığını ya da malzemenin hatalı olup olmadığını gereği ve yeteri kadar denetlemediğini, bu nedenle zarardan sorumlu olduğunu kabul etmiştir³³⁸.

³³⁷ Tandoğan, s. 121; Tekinay, s. 509; Eren, s. 629; Antalya, C. II, s. 279, 284; Sağlam, s. 170; Altay, s. 177; Çelik, s. 196.

³³⁸ Y4HD, 10.02.1978 T., 1977/11751 E., 1978/10809 K., "Davalı istihdam edenlerin işin organizasyonunu da esaslı, doğru ve sağlıklı bir şekilde kurmadıkları anlaşılmaktadır. Bu yöne bir bakıma yukarıda b ve c paragraflarında etraflıca temas edilmiştir. Gerçi bilirkişi raporlarına nazaran davalı müteahhit firmanın çalıştırdığı vinçte bir arıza ve aksaklık tespit edilememiştir. Ne var ki, istihdam eden işçisinin kullandığı araç ve gereçlerden başka ayrıca inşaatta kullandığı malzemenin de hatasız olmasını sağlamak, hiç olmazsa bozuk ve ayıplı malzemeyi kullanmamak zorundadır. Davalı istihdam eden, BAGFAŞ Şirketinin ham madde ambarlarını prefabrik malzeme ile montaj işini yükümlenmiştir. Montajı yapılacak demir aşıklar 6 metre boyunda ve 500 ilâ 535 kilogram ağırlığındadır. Bu malzeme taşıma halkaları yani bağlantı askı demirlerinden bağlanmak üzere vinçle kaldırılıp yerine monte edilmektedir. Kaldırma işlemi çok tehlikeli olan bu malzemenin vinçle kaldırılması sırasında taşıma halkasının kopması ve diğerinin de bu ağırlığı çekememesi üzerine olayın meydana geldiği bilirkişi raporlarıyla anlaşılmaktadır. Bilirkişiler genellikle, düşen malzemenin taşıma halkalarında bir imalat hatası bulunduğu birleşmişlerdir. Ancak, İş güvenliği müfettişlerince düzenlenen 19.09.1972 günlü raporda vinç operatörünün

Çalışma düzeninde aksaklık veya bozukluk olması nedeniyle üçüncü kişinin zarara uğramasının adam çalıştırmanın sorumluluğu için yeterli olup olmadığı, yoksa çalışma düzeninde aksaklık olmasına rağmen çalışanın herhangi bir fiilinin olmadığı durumlarda TBK m. 66 kapsamında sorumluluktan söz edilip edilmeyeceği, dolayısıyla TBK m. 66/3'ün maddenin diğer fıkralarından bağımsız bir özen sorumluluğu mu düzenlediği, yoksa m. 66/1'de düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunun şartlarına ilişkin m. 66/2'de belirtilen kurtuluş kanıtına ek bir kurtuluş kanıtı getirdiği³³⁹ tartışmalıdır.

kusurlu davranışı ile olayın meydana geldiği, buna karşı 28.07.1975 günlü bilirkişi raporunda ise davalıların yukarıda b paragraflarında belirtilen şekilde talimat görevini özenle yerine getirmedikleri ve tehlikeli bölgeye kimsenin girmemesini sağlamak amacıyla sorumlu kimse bulundurmadıkları ve böylece olayın meydana gelmesinde % 40 kusurlu davrandıkları ve kusurun % 60'ının da davacıda olduğu kabul edilmesine karşın; 12.04.1976 günlü bilirkişi raporunda davalıların yük kaldıran vincin etrafını tehlikeli ve yasak bölge ilân etmekle bu konuda alınabilecek her türlü önlemi almış bulunduklarından olayın meydana gelmesinde kusurlu bulunmadıkları ve nihayet 07.02.1977 günlü son raporda da, bir önceki raporda belirtilen önlemlerin alındığı ve esasen olayı bir imalât hatasının meydana getirdiği mücbir sebepten doğmuş bulunduğu benimsenerek davalıların sorumluluklarının gerektiren bir durumun mevcut olmadığı sonuç ve kanaatine varılmış ve yerel mahkeme de son iki rapordaki düşünceleri benimseyip davanın reddi cihetine gitmiştir. Öncelikle hemen belirtmek gerekir ki son iki bilirkişi raporundaki düşüncelere ne maddi olgu bakımından ve ne de sorumluluğun kaynağını teşkil eden BK. nun 55. maddesindeki açık hüküm bakımından katılmak mümkün değildir. Şöyle ki; vinçle kaldırılan 6 metre uzunluğundaki malzemenin taşıma halkasının imalât hatası nedeniyle kopmuş olduğu kabul edilse dahi, bu durum davalı adam kullananın sorumluluğunu ortadan kaldıramaz. Zira, zarara uğrayan davacıya karşı imalatçı firma BK. nun 41. maddesi hükmüncü ve davalı müteahhit de adam kullanan sıfatıyla BK. nun 55. maddesi hükmüncü sorumludur. O bakımdan davalı müteahhidin beton direğin taşıma halkasının koptuğundan bahisle sorumluluktan kurtulması düşünülemez. Çünkü, davalı müteahhit, iş yerinde kullandığı malzemelerin bozuk ve hatalı olmasından ve bu yüzden doğan zararlardan sorumludur. Bu malzemelerin başka bir imalatçı firmadan satın alınmış olup olmamasının olayda hiç bir önemi yoktur. Adam kullanan, adamının kullandığı bir aracın ya da gerecin imalinde bir hata bulunduğunu ve olayın bu imal hatasından doğduğunu nasıl ileri sürüp sorumluluktan kurtulamazsa, işinde kullandığı malzemelerde de imalât hatası bulunduğunu ileri sürüp sorumluluktan sıyrılmaz. Zira SEBEB SORUMLULUĞU ilkesi böyle bir savunmaya engeldir. Kaldı ki davalı adam kullanan, işçilerin kullandığı malzemenin sağlam olup olmadığını araştırıp kontrol etmekle de görevlidir. Bundan daha önemli olarak, olayın meydana gelmesinin tek amili ve nedeninin imalât hatasında olduğunu kabul de mümkün değildir. Çünkü, eğer davalı adam kullanan 28.07.1975 günlü raporda çok açık olarak belirtildiği veçhile, şayet vincin çalıştığı tehlikeli alanı, girilmesi yasak mıntıka olarak sadece ilân etmekle kalmayıp, o alana başkalarının girmesini önleyecek sorumlu bir kimse koyup görevlendirseydi ve o görevli de görevini ihtimam ile yerine getirip hiç kimseyi sokmasaydı, imalat hatası yüzünden taşıma halkası kopan aşkın başkalarına zarar vermesini kolaylıkla önleyebilirdi. O halde, olayın vukuunu sadece imalât hatasına bağlamak da mümkün değildir. Esasen davalılar sözleşmenin II. maddesine göre de sorumluluğu kabul etmişlerdir. Bütün bu nedenlerden ötürü davalı adam kullananın müstahdem ve işçisini seçmede, talimatta, denetim ve gözetimde dikkat ve özen göstermediği ve en önemli olarak da işin organizasyonunu yeterli bir şekilde kurmadığı, hatalı malzeme kullandığı ya da malzemenin hatalı olup olmadığını gereği ve yeteri kadar denetlemediği ve böylece davacının cismanî zarara uğramasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Olayın meydana gelmesinde davacının birlikte kusurunun da olması maddi ve maneî tazminat takdirini engelleyen yasal bir neden olmayıp, bu yön ancak tazminatın kapsamına etkilidir. O halde mahkemenin, sadece davacının birlikte kusur oranını belirlemesi için yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırıp, hasil olacak sonuç uyarınca hem maddi ve hem de manevi tazminata karar vermesi gerekirken, son iki bilirkişi raporundaki maddi ve hukuki olgulara ters düşen düşünceleri esas alarak, BK. nun 55. maddesiyle yukarıda anılan İctihadı Birleştirme kararlarına aykırı gerekçelerle davanın reddine karar vermiş olması bozmayı gerektirir.”, www.kazanci.com, erişim tarihi: 22.05.2019.

³³⁹ Antalya, C. II, s. 261.

İlk görüşe göre, işletmedeki çalışma düzeninin bozukluğu nedeniyle bir zararın meydana gelmesi, TBK m. 66 gereği adam çalıştırmanın sorumluluğu için yeterli değildir, çalışma düzeninin kötülüğü nedeniyle çalışanın bir fiilinin zarara sebep olması gerekmektedir³⁴⁰. Bu görüşü savunanlara göre, adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu, “adam çalıştırmanın sorumluluğu” başlıklı TBK m. 66 da düzenlendiğinden, düzenlemenin ilk fıkralarında aranan çalışma ilişkisinin ve çalışanın fiilinin var olması şartlarının, üçüncü fıkra için de geçerli olduğu, organizasyon sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin maddenin bütününden ayrı olarak düşünülemeyeceği, düzenlemenin amacının ek bir kurtuluş kanıtı getirerek adam çalıştırmanın sorumluluğunun ağırlaştırılması olduğu kabul edilmektedir³⁴¹.

Bu doğrultuda ikinci bir görüş ise, çalışanın fiilinin var olması gerektiğini tam olarak reddetmemekle birlikte, işletmenin faaliyetiyle zarar arasında yer ve zamansal ilişkinin yeterli olduğunu, çalışana verilen iş ile işletmenin faaliyetinden meydana gelen zarar arasında fonksiyonel bir bağ olmasının gerektiğini, ancak zararın işin yapılması sırasında oluşması şartının burada aranmayacağını, çalışanın faaliyeti ile bağlantılı olmak şartıyla teknik arızalardan doğan zararların da organizasyon sorumluluğu kapsamında değerlendirileceğini savunmaktadır³⁴².

Diğer görüşe göre ise, TBK m. 66/3 düzenlemesinin çalışanın fiilinden ayrı olarak düşünülmesi gerektiği, çalışanın fiili söz konusu olmasa da işletmedeki çalışma düzeninin ve hatta kullanılan teçhizatın üçünü kişinin zararına sebebiyet vermesi halinde adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun doğacağı savunulmaktadır³⁴³.

³⁴⁰ Oğuzman, 2016, C.II, s. 152: “Örneğin, iş yüküne göre yetersiz eleman çalıştırılan bir işletmede, her bir elemene yönelik özen yükümü tam olarak yerine getirilmiş olmasına rağmen, bir çalışan iş yoğunluğu yüzünden üçüncü kişiye zarar vermişse, adam çalıştırın bundan dolayı sorumlu olacaktır. Buna karşılık, işletmenin fiziksel şartlarının kötülüğü, hiçbir çalışanın fiili söz konusu olmaksızın zarara sebep olmuşsa, esasen TBK m.66 kapsamına giren bir durum yoktur. İşletmenin duvarının çökmesinden kaynaklanan zararda durum böyledir.”; Çelik, s. 190, 194: “Zira eğer bunun ayrı bir sorumluluk türü olarak nitelendirilmesi söz konusu olursa, kanundaki yerinin yanlış olduğu ve hatta kanundaki hükmün bile doğru düzenlenmediği söylenecektir.”.

³⁴¹ Antalya, C. II, s. 261: TBK m. 66/3’ün, m. 66/1’deki düzenlemeye ek bir kurtuluş kanıtı getirmediği, 3. fıkranın adam çalıştırmanın genel sorumluluğunun yanında işletmelere özel bir sorumluluk olgusunu düzenlediği savunulmuştur.

³⁴² Antalya, C. II, s. 283; Altay, s. 183; Çelik, s. 200.

³⁴³ Türkmen, s. 258, 269; Özlük, s. 1148; Antalya, C. II, s. 283: “Widmer/Wessner’e göre, organizasyon bozukluğu, işletmenin organizasyonu ile bağlantılı bir şekilde bir teçhizatındaki teknik bir bozukluktan kaynaklanabilir. Teçhizatın üretildiği veya üretimde kullanıldığı haller buna örnek teşkil etmektedir. Bu son halde, sorumluluk, özel bir tehlike yaratmasalar dahi, kullanılan eşyadan sorumluluk karakterini taşımaktadır. Böylece bu yorum benimsenirse hükmün kapsamı, elverişli bir şekilde genişletilmiş olmaktadır. Çünkü hüküm, işletmede çalışan insanların davranışlarından kaynaklanması zorunlu olmayan zararların tazminine de imkan tanımaktadır.”; Organizasyon sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk olmakla birlikte, çalışma düzeninin zararın doğumunu önlemeye elverişli olmamasının aynı zamanda kusur teşkil ettiği durumların “organizasyon kusuru” olarak adlandırıldığına ilişkin olarak ayrıca bkz. Çelik, s. 195.

Kanaatimce, her ne kadar TBK m. 66/3 düzenlemesinin lafzından adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için işletmedeki çalışma düzeninin üçüncü kişinin zararının doğmasını engellemeye elverişli olmamasının yeterli olduğu çıkarımı yapılabilecekse de, 66. maddenin bir bütün olarak değerlendirilmesinde, çalışanın fiilinin üçüncü kişinin zararına sebebiyet vermesi ve çalışanın fiilinin çalışma düzenindeki bir aksaklık veya bozukluktan kaynaklanması gerektiği kabul edilmelidir. Aksi halde, adam çalıştırmanın organizasyon sorumluluğu, özen sorumluluğundan çıkarak bir tehlike sorumluluğu haline gelebilecektir.

TBK m. 66/3 düzenlemesinde, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemeyen adam çalıştırmanın, işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zarardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. TBK m. 66/3 düzenlemesi çerçevesinde adam çalıştırmanın sorumlu olduğu zararın kapsamına, o işletmenin herhangi bir faaliyeti nedeniyle meydana gelen her türlü zarar girmektedir³⁴⁴. Dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, işletmedeki çalışma düzenindeki bir aksaklığın zarara sebep olması ve üçüncü kişi nezdinde doğan zararın işletmenin faaliyetinden kaynaklanması ve bağlantılı olması gerekmektedir³⁴⁵.

Zarara uğrayan üçüncü kişinin, TBK m. 66/3 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidebilmesi için, zararın işletmenin faaliyeti dolayısıyla doğduğunu ispat etmesi yeterlidir³⁴⁶. Üçüncü kişinin bunun dışında çalışma düzeninde bir aksaklık veya bozukluk olduğunu ispat etmesi gerekmez, zira kanun koyucu zarara sebebiyet veren işletmenin çalışma düzeninde bir bozukluk olduğunu karine olarak kabul etmiştir. Adam çalıştırmanın bu karineyi çürütebilmesi için, çalışma düzeninin zararın doğmasını engellemeye elverişli olduğunu, işletme faaliyetinde kanun hükümlerine uygun ve güvenliği sağlayacak bir organizasyon kurduğunu, ayrıca çalışanı seçmede, talimat vermede ve denetlemede özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya genel kurtuluş kanıtı olarak illiyet bağının kesildiğini ispat etmesi gerekecektir³⁴⁷.

Çalışma düzeninin zararın doğmasını engellemeye elverişli olup olmadığı, adam çalıştırmanın bu anlamda gerekli önlemleri alıp almadığı, her somut olaya ve işletmeye göre ayrıca değerlendirilecektir. Dolayısıyla adam çalıştırardan tarafından ispat edilmesi gereken özen, zararı meydana geldiği hal ve şartlara göre gösterilmesi gereken objektif özendir³⁴⁸. Bu anlamda

³⁴⁴ Türkmen, s. 264.

³⁴⁵ Antalya, C. II, s. 283; Çelik, s. 191.

³⁴⁶ Antalya, C. II, s. 284; Altay, s. 185; Çelik, s. 201.

³⁴⁷ Antalya, C. II, s. 284; Altay, s. 183, 185; Çelik, s. 202.

³⁴⁸ Oğuzman, 2016, C.II, s. 152; Antalya, s. 280; Çelik, s. 203.

adam çalıştırının sorumlu olmadığının kabul edilmesi için, eğitim ve tecrübesi gibi sübjektif durumuna göre gerekli özeni göstermesi yeterli değildir.

“Adam alıştırının sorumluluğu” başlıklı 66. maddenin 3. fıkrası olarak düzenlenen organizasyon sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk olduğundan, işletmenin çalışma düzenini zararın doğmasını önlemeye elverişli olmamasında adam çalıştırının kusurunun olmaması veya ayırt etme gücünün bulunmaması, adam çalıştırının meydana gelen zarardan sorumlu olmadığının kabulünü gerektirmeyecektir. İşletmesinin alışma düzenini zararın doğmasını önlemeye elverişli şekilde sağlamayan adam çalıştırın, kusuru olmasa ve hatta kusur ehliyeti bulunmasa da doğan zarardan sorumlu olacaktır³⁴⁹.

³⁴⁹ Oğuzman, 2016, C. II, s. 152; Antalya, C. II, s. 281; Sorumluluğu doğması için adam çalıştırının kusurunun gerekmediğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bölüm II, s. 29-30.

SONUÇ

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk hali olarak TBK'nın 66. maddesinde düzenlenmekle, kusursuz sorumluluğun doğması için haksız fiil sorumluluğunun kusur dışında genel şartları ile kanunda düzenlenen özel şartların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

Çalışmamda yer verdiğim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında da görüldüğü üzere, uygulamada, çalışanın hukuka aykırı fiili neticesinde zarar görenin zararının karşılanması adına, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu için aranan şartlar geniş yorumlanmakta, hatta genel itibarıyla yalnızca tek şartın somut olayda bulunması nedeniyle doğrudan adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilmektedir. Bu itibarla, yalnızca haksız fiilin faili çalışan ile adam çalıştırın arasında bağımlılık ilişkisi bulunması veya çalışanı iş gördüğü sırada üçüncü kişiye zarar vermiş olması nedeniyle, adam çalıştırana kurtuluş kanıtı getirmesi yönünde ispat imkanı dahi tanınmadan adam çalıştırının zarardan sorumlu olacağı veya adam çalıştırın ile çalışan arasında aranan bağımlılık ilişkisi mevcut olmasa dahi, yalnızca denetim ve gözetim yetkisi gibi gerekçelerle zarardan sorumluluk yönünde hükümler tesis edilmektedir.

Halbuki, adam çalıştırının sorumluluğunun doğması için, kanunda aranan ve çalışmada geniş olarak yer verilen şartların hep birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Adam çalıştırının kusursuz sorumluluğunun doğması için, çalışanın hukuka aykırı bir fiil ile üçüncü kişiye zarar vermesi, bu zarar ile çalışanın fiili arasında illiyet bağının bulunması, başka anlatımla çalışanın fiili ile zarar arasındaki illiyet bağının kesilmemiş olması, çalışanın zarar verici davranışı anında adam çalıştırının gözetim ve denetiminde ve ona bağımlı olarak, adam çalıştırının işini görüyor olması ve dolayısıyla adam çalıştırın ile çalışan arasında bağımlılık ilişkisi bulunması, çalışanın zarar verici davranışı ile zarar arasında işlevsel bağ bulunması, davranışın çalışanın adam çalıştırının işini görmekte olduğu yer ve zamanda, çalışanın kişisel amaçları değil, adam çalıştırın menfaatine hareket ettiği anda gerçekleşmesi gerekirken, tüm bu şartlar mevcut olsa dahi, adam çalıştırının bu sonucun doğmaması için gerekli özeni göstermiş olduğunu ispat edememiş olması gerekmektedir.

Bu anlamda zarar verici davranış anında çalışanın adam çalıştırana bağımlı olarak çalışıyor olması tek başına adam çalıştırının sorumluluğunu gerektirmemekle birlikte, örneğin çalışanın davranışı ile zarar arasında işlevsel bağ bulunmamasına, çalışanın salt kişisel amaçlarlar üçüncü kişiye zarar vermiş olmasına rağmen, adam çalıştırının gerekli özeni gösterdiğini ispat edememiş olması nedeniyle kusursuz sorumluluğuna gidilmesi de, kanun hükmünün amacı dışında genişletilmesine ve kanunda sorumluluk için aranan şartların pratikte bir öneminin bulunmamasına yol açacaktır.

Adam çalıştırının sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olması, çalışanın veya adam çalıştırının kusurundan bağımsız olarak, çalışanın davranışı nedeniyle adam çalıştırının sorumluluğunun söz konusu olması nedeniyle, kanun uygulayıcı hakimler tarafından, kanunda aranan şartların geniş yorumlanmasından ayrı olarak, her bir şart bakımından daha detaylı araştırma yapılması, tüm şartlar mevcut olsa dahi, adam çalıştırana objektif özen yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirmesi bakımından ispat imkanı tanınması, kanunun amacına uygun düşecektir.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız, Normun Koruma Amacı Teorisi, AUHFD, S. 59, 2010, s. 358 vd.

Altay, Sabah, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. m. 66/3), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, s. 165 vd.

Akartepe, Alpaslan, Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Erzincan Binalı Yıldırım ÜHFD, C. 16, S. 1-2, s. 160 vd.

Akman, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması (Doktora Tezi), 1976, s. 111 vd.

Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2018, C. II.

Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul, 2011.

Baysal, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul, 2012.

Çelik, Nazlı Hilal, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, İstanbul, 2017.

Erbilen, İnci, Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, 2018, C. 92, S. 4, s. 170 vd.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.

Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi, AÜHFD, S. 361, 1975, s. 1 vd.

Gezder, Ümit, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Karşısında Hastane ve Hekimin Hukuki Durumu, Tıp Hukuku Dergisi, Nisan 2016, Y. 5, S. 9, s. 61 vd.

Hatemi, Hüseyin, Organın Eyleminden Dolayı Tüzelkişiliğin Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s. 134 vd.

Kaneti, Selim, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s. 40 vd.

Kara Kılıçarslan, Seda, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Ankara, 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, Genişletilmiş 21. Bası.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2004.

Kılıçoğlu, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Ankara, 2002, C.I Sözleşme Dışı Sorumluluk.

Kurtulan, Gökçe, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, MÜHFHAD, 2017, C. 3, S. 1, s. 469 vd.

Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011.

Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, C. II, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası.

Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010.

Öğüz, Tufan, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir – Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, 2013, s. 840 vd.

Özlük, Betül, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Bir Boşluk: Bağımsız Yüklenicinin Fiilinden Sorumluluk, Legal Hukuk Dergisi, 2019, C. 17, S. 195, s. 1149 vd.

Sağlam, İpek, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, s. 165 vd.

Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981.

Tandoğan, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara, 1961.

Tekinay, S. Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

Türkmen, Ahmet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), s. 264, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/97740>, erişim tarihi: 22.05.2019

Ünlütepe, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkisinin Değerlendirilmesi, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/424707>, s. 5 vd, erişim tarihi: 06.06.2019.

Yılmaz, Süleyman, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, AUHFD, C. 59 S. 3, 2010, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1527/16784.pdf>, s. 551 vd, erişim tarihi: 08.01.2019.

www.kazanci.com, farklı erişim tarihlerinde.