

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMSUZLUK
ANLAŞMASI

Yüksek Lisans Tezi

Bahar ŞENEL

ANKARA
2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMSUZLUK
ANLAŞMASI

Yüksek Lisans Tezi

Bahar ŞENEL

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yıldız ABİK

ANKARA
2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Bahar ŞENEL

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMSUZLUK
ANLAŞMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI: Doç. Dr. Yıldız ABİK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1. Doç. Dr. Yıldız ABİK**
- 2. Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR**
- 3. Doç. Dr. Yasemin DURAK**

Tez Savunma Tarihi: 22/06/2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Doç. Dr. Yıldız ABİK danışmanlığında hazırladığım “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumsuzluk Anlaşması (Ankara 2022) ” isimli yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Tarih: 22/06/2022

Bahar ŞENEL

TEŐEKKÖR

Tez yazım sürecinde beni hiç yalnız bırakmayan anneme, babama, kardeşime ve arkadaşlarıma, her zaman destek olan danışmanım Sayın Doç. Dr. Yıldız ABİK'e teşekkürü borç bilirim.



İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ	1

1.BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİ KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI VE TÜRLERİ

I .Yardımcı Kişi Kavramı	3
II. Tarihsel Gelişim	6
A. Roma Hukuku	6
B. German Hukuku	7
C. Alman ve İsviçre Hukuku.....	8
D. TÜRK HUKUKU	10
III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması.....	13
A. Temsilci ve Yardımcı Kişi	13
B. Adam Çalıştıran ve Yardımcı Kişi.....	16
C. İşçi ve Yardımcı Kişi.....	20
D. Vekil ve Yardımcı Kişi	21
IV. YARDIMCI KİŞİ TÜRLERİ	22
A. Gerçek Kişi Olup Olmamasına Göre; Gerçek Kişi Yardımcı ve Tüzel Kişi Yardımcı.....	22
B. Yardımcı Kişinin Ekonomik Bakımdan Bağımlı Olup Olmamasına Göre; Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi.....	25

C. Tevdi Edilen İşin Niteliğine Göre; İfa Yardımcısı ve Kullanma	
Yardımcısı	27
D. Yardımcı Kişi Kullanmanın Caiz Olup Olmamasına Göre; Caiz Olan	
veya Caiz Olmayan Yardımcı Kişi.....	28
E. Robotlar ve Yapay Zekâ.....	32

2. BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Doğan Sorumluluğun Şartları.....	33
A. Genel Olarak	33
B. Alacaklı İle Borçlu Arasında Borç İlişkisi Olmalı	33
C. Borcun Yerine Getirilmesi ve Hakkın Kullanılması Yardımcı Kişilere	
Bırakılmış Olmalı	37
D. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Dolayı Alacaklı Zarara Uğramış Olmalı ...	42
E. Farazi Kusur Olmalı.....	45
II .Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluğun Hukuki Sonuçları	49
A. Borçlunun Tazminat Yükümlülüğü ve Kapsamı.....	49
B. Tazminattan İndirim Halleri.....	53
C. Sorumluluk ve Rücu İlişkisi	61
1. Borçlu ve yardımcı kişi arasındaki ilişki.....	61
2. Yardımcı kişi ile alacaklı arasındaki ilişki	62
3. Müteselsil sorumluluk ilişkisi	65

3. BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI VE SINIRLARI

I. Sorumsuzluk Anlaşması Kavramı	67
A. Tanımı ve Amacı	67
B. Hukuki Niteliği	71
C. Genel Özellikleri	72
1. Sözleşme olmalı	72
2. Tasarruf işlemi olmalı	76
3. Şekle tabi olmamalı	77
4. Zarardan önce yapılmış olmalı	79
II . Sorumsuzluk Anlaşmasının Benzer Kavramlardan Farkı	80
A. Rıza İle Farkı	81
B. İbra İle Farkı	82
C. Birlikte Kusur İle Farkı	83
III. Sorumsuzluk Anlaşmasının Sınırları	84
A. Sorumsuzluk Anlaşmasının Genel Sınırları: Emredici Hükümler	84
1. Kişilik haklarına aykırılık	85
2. Ahlaka aykırılık	87
3. Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık	89
4. Kamu düzenine aykırılık	90
B. Borçlunun Kendi Davranışından Doğan Sorumluluk İçin Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Sınırlar	91
1. Kusur kavramının sorumsuzluk anlaşmasına etkisi	91
2. Sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşması	93

C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumsuzluk Anlaşmasına	
İlişkin Sınırlar	95
1. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın kanun	
veya yetkili makamlar tarafından izinle yürütülmesi durumunda	
yardımcı kişinin sorumluluğu	96
2. Borçlu ile alacaklı arasındaki hizmet sözleşmesi olması.....	98
D. Sınırlara Uyulmamasının Sonuçları.....	101
SONUÇ	104
KAYNAKÇA.....	110
ÖZ	122
ABSTRACT	123

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkrası
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar numarası
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Medeni Kanunu)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
S.E.T.	: Son Erişim Tarihi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: Ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YLT	: Yüksek Lisans Tezi

GİRİŞ

Ticari hayatta amaç mal ve hizmet akışının kesintisiz olarak yürütülmesini sağlamaktır. Bu akışı sağlamak için özellikle büyük çaplı karışık işlerde veya uzmanlık bilgisi gerektiren işlerde borçlunun edimin tamamını bizzat yerine getirmesi beklenilmez. Bu durum hayatın olağan akışına aykırı olmakla birlikte borcun ifasında veya bir hakkın kullanımında yardımcı kişiye başvurmayı zorunlu hale getirmektedir. Kural olarak borçlu borcun ifasında her türlü kusurundan sorumlu kabul edilmektedir. Kanun koyucu yardımcı kişi kullanan borçlunun sorumluluktan kaçmasına izin vermemiş ve bununla ilgili de bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 116.maddesi'ne göre; borçlu borcun ifasını veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmışsa işin yürütülmesi sırasında yardımcı kişi tarafından verilen zararları aynı kendisi zarar vermiş gibi gidermekle yükümlü olacaktır. Maddenin devamında yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zarara ilişkin sorumluluğun kusur türüne bağlı kalmaksızın önceden yapılacak bir anlaşma ile azaltılabileceği veya kaldırılabilceği de hükme bağlanmıştır. Bu anlaşmalara sorumsuzluk anlaşması denilmektedir. Tezin konusu 116.madde'de düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmasıdır.

Konu ele alınırken üç bölüm ve on alt başlık olacak şekilde incelenmiştir. Kısaltmalar ve girişi müteakip birinci bölümde; yardımcı kişi kavramı, tarihsel gelişimi, benzer kavramlarla karşılaştırılması ve türleri başlığı altında incelemeler yapılmıştır. Yardımcı kişi kavramı; Roma, Germen, Alman ve İsviçre ile Türk hukukundaki tarihsel gelişimi ile ele alınmış; temsilci, adam çalıştıran, işçi ve vekil kavramları ile arasındaki farklar ortaya konulmuş; gerçek kişi olup olmamasına göre, ekonomik bağılılığına göre, tevdi edilen işin niteliğine göre, yardımcı kişi kullanımının caizliğine göre ve son olarak robotlar ve yapay zekâ ayrımlarına göre türleri açıklanmıştır.

İkinci bölümde; yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğun şartları ve hukuki sonuçları incelenerek sorumluluğun kapsamı, sorumluluğun doğması için gerekli olan şartlar, sorumluluk sonucu doğacak tazminat yükümlülüğü ve kapsamı, sorumluluk ve rücu ilişkileri ele alınmıştır.

Son bölüm olan üçüncü bölümde ise; yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşması ve sınırları incelenmiş, sorumsuzluk anlaşmasının tanımı ve amacı, hukuki niteliği ve özellikleri ortaya konulmuştur.

Üçüncü bölümü müteakip sonuç kısmına yer verilmiş ve yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin görüş ve değerlendirmeler ele alınmış ardından kaynakça ve özet ile tez çalışması sonlandırılmıştır.

1. BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİ KAVRAMI, TARİHSEL GELİŞİMİ, BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI VE TÜRRLERİ

I .Yardımcı Kişi Kavramı

Borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmek veya bir hakkı kullanmak için, borçlunun bilgisi dâhilinde ve açık veya örtülü rızasıyla kanuna uygun olarak ona yardım eden gerçek veya tüzel kişiye yardımcı kişi denir.¹ TBK'nın 116.maddesine göre “ *borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını*” gerçekleştirecek olan yardımcı kişi borcun tamamı veya belli bir bölümü için yetkilendirilmiş olabilir. Aynı zamanda yardımcı kişinin borcun ifasında veya hakkın kullanımında tek yetkili olması gerekmez. Uygulamada özellikle iş hayatında, uzmanlık gerektiren çok kapsamlı işlerde sıklıkla farklı yardımcı kişiler kullanılmaktadır.

Çeşitli kaynaklarda yardımcı kişinin tanımları şu şekilde yer almaktadır; “*Borçlunun talimatı veya muvafakati ile borcun yerine getirilmesi eylemlerine*

¹ ANTALYA, G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.İİİ, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s.306.; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 6.Baskı, Sermet Matbaası, Ankara 1976, s.837; OĞUZMAN, M.K./ ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Gözden Geçirilmiş 12.Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014, s.428.

katılan herhangi bir kişi”² veya “Borçlunun kendi bilgisi altında kendi rızası ile borcun ifasında veya hakkın kullanılmasına hizmette, faaliyette bulunan kimse”³.Yapılan tanımlardan da anlaşılacağı gibi kişinin yardımcı kişi olabilmesi için borçlunun rızası dâhilinde bizzat bir faaliyette bulunması gerekmektedir. Borçlunun rızası olmaksızın ifaya katılan veya hakkın kullanılmasını sağlayan kişi yardımcı kişi sayılmaz.

Yardımcı kişi olacak kişinin duygusal, ekonomik, ailevi veya sözleşmesel bakımdan borçluya bağımlı olması gerekmez.⁴ TBK madde 116’ ya baktığımızda da yardımcı kişi kavramının sınırlayıcı bir şekilde sayılmadığını “....borçlu ile yaşayan veya borçlunun maiyetinde çalışan” şeklinde örnek verildiğini görüyoruz⁵. Banka çalışanları⁶, taşıma sözleşmelerindeki taşıyanlar⁷

² KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s.1135.

³ İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4.Baskı, Ankara 2014, s.615.

⁴ SEROZAN, R. : Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme), C. III, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

⁵ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.1075, OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), s.431.

⁶“Davacı banka davalı ifa yardımcısı Y.D. vasıtasıyla işlemlerini gerçekleştirmektedir. Y.D.’ nin çalıştığı banka adına hukuka aykırı şekilde dekont alması ve bunları kullanması bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz”. Yargıtay 11. HD, T. 26.09.2011, E. 2010/179, K. 2011/10944, <https://legalbank.net> (Son Erişim Tarihi: 22.02.2022).

da Yargıtay kararlarında görebileceğimiz yardımcı kişilere örnek verilebilir. Borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkinin niteliği önemsizdir. Yardımcı kişi herhangi birisi olabilir. Yardımcı kişi ile borçlu arasındaki ilişkinin sürekli ve ivazlı olması gerekmez. Yardımcı kişi ivazsız olarak da ifade bulunabilir veya hakkın kullanımını sağlayabilir.⁸

Yardımcı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Yardımcı kişinin tüzel kişi olması durumunda bizzat ve fiilen katılma şartı tüzel kişinin bir organı veya organın görevlendireceği gerçek kişi tarafından gerçekleştirilir. Ancak Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için yardımcı kişi olması durumunda ortakların her biri yardımcı kişi olarak sorumlu olur.⁹

⁷ Alt taşıyan ve adamlarının, asıl taşıyanın yardımcısı oldukları, bu kişilerin sözleşmeye aykırı davranışlarından asıl taşıyanın yardımcısı oldukları, bu kişilerin sözleşmeye aykırı davranışlarından asıl taşıyanın 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 100.maddesi gereğince sorumlu olduğu karar verilmiştir. Yargıtay 11. HD, T. 14.06.2011, E. 2009/13760, K.14.06.2011, <https://legalbank.net> (S.E.T. 23.02.2022).

⁸ YAVUZ, N. : Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2018, s.402.

⁹ YÜNLÜ, S. : Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.105.

II. Tarihsel Gelişim

A. Roma Hukuku

Çok eski çağlardan beri Roma Hukukunda hâkim olan ilke Kusursuz Sorumluluk ilkesidir. Bunun sebebi ise olay sonucu meydana gelen zararın olaya neden olan sebeplerden üstün tutulmuş olmasıdır. Önem arz eden tek husus fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağıdır. Nedensellik bağının olması sonucun istendiğini gösterir.¹⁰ Ancak Roma Hukukunda yalnızca hür vatandaşlar hak sahibi olup borç altına girebildiğinden köleler, evlatlar zarara sebep olduğunda kendileri tazmin edememekteydi. Evlatların verdiği zararın tazmini aile reisi tarafından yapılmaktaydı, kölelerin verdiği zarar ise kölenin zarar görene verilmesiyle oluyordu.¹¹

Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde ise gelişmeler baş göstermiş ve kusur sorumluluğu ortaya çıkmıştır. Buna göre Justinianus döneminden itibaren istisnalar dışında herkes kendi kusurundan sorumludur prensibi benimsenmiştir.¹² Bu dönemde kusur sorumluluğuna istisna olarak custodia yani nezaret sorumluluğu örnek verilebilir. Custodia sorumluluğuna göre; mücbir sebep olmadıkça alacaklıya ait şeyi zilyetliğinde ve menfaatine olarak bulunduran veya ödünç alan kişi, bu şeye gelen zarardan sorumlu olur.

¹⁰ RADO, T. : Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2016, s.22.

¹¹ GÜVEN, Diler Tamer, Culpa In Eligendo, İstanbul, Der Yayınları, 2001, s.16.

¹² KORUR, E. : İş sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976, s.6, ZİLELİOĞLU, Hilal: Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD 1987, Cilt: 39, Sayı:1, s.241-264, s.241.

Custodia (nezaret) ilkesi gereğince dönemin gemicileri, ahır sahibi olanlar, müteahhitler sorumlu tutulmuştur.¹³

Başkalarının fiillerinden sorumluluk kavramı da ilk zamanlarda Roma Hukukunda olmayıp sonradan kabul görmüştür. Borçlu, başkalarının(yardımcı kişilerin) fiillerinden doğan zarardan şu hallerden birinin veya birkaçının bulunması halinde sorumludur;

- Sadece yardımcı kişi seçmede, onu denetlemede veya talimat vermede kusurlu ise,
- Yardımcı kişiye gördürülemeyecek bir işte yardımcı kişi kullanılması,
- Yardımcı kişinin fiillerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmayacağına dair sözleşme yapılmışsa,
- Roma hukukunda, kusursuz sorumluluğun doğmasına neden olan yardımcı kişilerin sorumluluğundan kaynaklanan iş ve sözleşmelerden birinin bulunması.¹⁴

B. Germen Hukuku

Germen Hukukunda hâkim olan ilke sebep sorumluluğu ilkesidir. Şöyle ki; sebep olunan her hukuka aykırı zararın tazmininin yapılması gerekmektedir.¹⁵ Germen Hukukunun ilk dönemlerinde sorumluluk şartları

¹³ RADO, s.29.

¹⁴ YÜNLÜ, s.12.

¹⁵ YAĞCI, Mine: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK. M.116), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.30; İMRE, Zahit. : “Doktrinde ve Türk Hukukunda

ağırken daha sonraları bu şartlar hafifletilmiştir. İlk başlarda üçüncü kişinin davranışından meydana gelen zarar dahi borçlu tarafından karşılanmaktaydı. Daha sonraları ise bu sorumluluk hafifletilerek borçlu sadece kusurunun bulunduğu durumda veya umulmayan halden kaynaklı zararlardan sorumlu tutulmuştur.¹⁶ Ancak buradaki umulmayan halin mücbir sebep düzeyine varmamış olması gerekir. Umulmayan hal mücbir sebep düzeyine varmamış olsa bile yardımcı kişi tarafından borçlunun yaşam alanı sınırları içinde zarara neden olunmuşsa borçlu yine de sorumlu olarak kabul ediliyordu.¹⁷ Ayrıca borçlu, diğer tarafın rızası olmaksızın görevlendirilen yardımcı kişinin fiillerinden de sorumludur.¹⁸ 1500 lü yıllarda Roma Hukuku'nun tekrardan uygulanması ile birlikte sebep değil kusur sorumluluğu etkin olmaya başlamıştır.¹⁹ Buna göre; borçlu yardımcı kişilerin fiillerinden ötürü onları seçmede, denetlemede ve talimat vermede kusurlu ise sorumludur anlayışı kabul edilmiştir.

C. Alman ve İsviçre Hukuku

Alman hukukunun ilk dönemlerinde sorumluluk koşulları oldukça ağırdı. Borçlu edimini rastlantısal ve hiç elinde olmayan sebeplerle dahi yerine

Kusursuz Mesuliyet Halleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1947, C. 13, S. 4, s. 1475-1536.

¹⁶ KORUR, s. 7.

¹⁷ ŞENOCAK, Zariye: Borçlunun İfa Yardımcılarından Doğan Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1995, s.44.

¹⁸ KORUR, s.7.

¹⁹ REİSOĞLU, Kemal: İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958, s.10.

getirememiş olsa da sorumlu tutuluyordu.²⁰ Sorumluluk koşulları daha sonraki dönemlerde hafifletilerek kusur prensibi hâkim olmaya başlamıştır.

Roma etkisi sona erdikten sonra 1794 yılında yapılan kanuni düzenlemelerde yardımcı kişilerle ilgili hükümler bulunmamaktadır. Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğu gerektiren ilk hükümler 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe konulmuş olan Alman Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. 278.maddeye göre; “bir borcu yardımcı kişiler veya kanuni temsilciler vasıtasıyla ifa edenler bu kişilerin fiillerinden sorumludur”.²¹

İsviçre Hukukunda yardımcı kişi kavramını inceleyecek olursak; öncelikle 1883 yılına kadar tüm ülkede uygulanan tek bir Borçlar Kanunu olmadığını söylemek gerekir. Birçok Kantonda Fransız hukuku etkisi görülmekteydi. Fransız Hukukunda ise kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmişti. Değişik uygulamaların ortadan kalkması 1883 yılında yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu ile olmuştur. 115.madde'ye göre; “Borçlu kendisine bağlı olan aile fertlerinin, müstahdem ve işçilerinin kusurundan sorumludur. Bu sorumluluk daha önceden yapılan bir sözleşmeyle sınırlandırılabilir ya da tamamen kaldırılabilir ancak alacaklı karşı taraf ile hizmet ilişkisi içindeyse sorumluluğu ancak hafif kusur için kaldırılabilir”. 1911 Tarihli ve hala yürürlükte olan Kanunda ise ifanın yerine getirilmesinin veya hakkın kullanılmasının yardımcı kişilere bırakılabileceği, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun önceden

²⁰ YÜNLÜ, s.13.

²¹ YÜNLÜ, s.14.

yapılan bir sözleşme ile sınırlanabileceği veya kaldırılabilmesi belirtilmiştir.²² Ayrıca müstahdem, işçi, aile fertleri olarak belirtilen sınırlayıcı yardımcı kişi kavramları kaldırılarak örnekseme yoluna gidilmiş "birlikte yaşayanlar, işçi gibi" kelimeleri kullanılmıştır.²³ Alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi bulunması durumunda ise sadece hafif kusurdan kaynaklanan fiillerden dolayı sorumluluğun kaldırılabilmesi de belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki benzer hüküm ile bu noktada bir ayrım söz konusudur.

D. TÜRK HUKUKU

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Tanzimat Döneminde yürürlüğe girmiş ve 1868-1876 yılları arasında yürürlükte kalmış medeni hukuk kurallarının derlendiği genel bir kanundur. Türk Hukukunda yardımcı kişi kavramı öncelikle Mecelle' de incelenmelidir.

Mecellenin madde 89'a göre; "Bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır ve mücbir olmadıkça amire muzaf kılınmaz".²⁴ Hükümden de anlaşılacağı üzere kusur sorumluluğu benimsenmiştir. Ancak 92. Maddedeki " Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur" ifadesiyle kişi kasten hareket etmese dahi sorumludur denilerek kusursuz sorumluluk ele alınmıştır. 93.maddede ise "Mütesebbib

²² YÜNLÜ, s.17.

²³ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 545; Reisoğlu, Kemal, s. 14; Şenocak, s. 53

²⁴ https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf, (S.E.T. 25.02.2022)

müteammid olmadıkça zamin olmaz”²⁵ ifadesiyle kasten hareket etmeyen ve zarara bizzat yol açmayan kişinin sorumlu olmayacağı belirtilmiştir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu İsviçre Borçlar Kanunu’nun dilimize uyarlanarak 22 Nisan 1926 yılında yürürlüğe girmesiyle uygulanmaya başlanmıştır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bu kanunun “*Muavin Şahısların Mesuliyeti*” başlıklı 100. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür*

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

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

Maddenin “*Muavin Şahısların Mesuliyeti*” başlığı çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Şöyle ki; bu başlık ile borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu değil de yardımcı kişilerin kendi fiillerinden sorumluluğu ele

²⁵https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf (S.E.T. 26.02.2022)

alınmışçasına kavram karmaşası yaratılmıştır. Bu Sebep 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 116.maddesinin başlığı “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” olarak değiştirilmiş ve kavram karmaşasına son verilmiştir.²⁶

818 sayılı kanunda yardımcı kişi “*kendisi ile beraber yaşayan şahıslar veya maiyetinde çalışanlar*” şeklinde sınırlı olarak belirtilmiştir. Oysa 6098 sayılı yeni kanunda “*birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcıları*” ifadesi kullanılarak örnekleme yoluna gidilmiş ve eski kanundaki sınırlı tanım genişletilmiştir.

6098 sayılı Kanunumuzun yardımcı kişilerle ilgili yeni düzenlemesi madde 116'da Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk başlığı ile şu şekilde ele alınmıştır: “ *Borçlu borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*

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

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı

²⁶ ŞENOCAK, s.54.

kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

Eski kanunun madde 100/3'teki hükmünde borçlunun hizmetinde olma veya kamu imtiyazı ile sanat icrası durumunda hafif ihmalden doğan fiiller ile ilgili sorumsuzluk anlaşması yapılabilirken yeni borçlar kanunumuzda hafif ihmal durumunda dahi sorumsuzluk anlaşması yapılamamaktadır.

III. Yardımcı Kişi Kavramının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

A. Temsilci ve Yardımcı Kişi

Bir kişi adına hukuki işlem yapma yetkisi kanundan veya temsil ettiği kişinin iradesinden doğan kişiye temsilci denir.²⁷ Temsilcinin yetkisi kanundan doğuyorsa kanuni temsilci, iradeden doğuyorsa iradi temsilci adı verilir.

Kanuni temsil türünde temsilci ile temsil edilen arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı bizzat kanundur ve yetkinin kapsamını da kanun belirler. İradi temsilde ise temsilci temsil edilenin arzusu ve iradesi ile onun hesabına ve adına hareket

²⁷ AKBIYIK, Cem, “*Temsil Yetkisi ve Temel İlişki*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.55, S.4, 1997, s.218; AKYOL, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.43.

eder, temsil edileni hukuki işlemin sonuçlarıyla bağlı kılar.²⁸ Borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılan kişi ise yardımcı kişi olarak adlandırılır.

Temsilci kavramının yardımcı kişi ile olan benzerliklerini ve farklarını inceleyecek olursak; iradi temsilci ile yardımcı kişi bakımından konuyu ele aldığımızda: İradi temsilde tek taraflı irade beyanıyla temsilci hukuki işlem yapmak için temsil olunan tarafından görevlendirilir, temsil ilişkisinin kurulabilmesi için temsilcinin onayına gerek yoktur.²⁹ Oysa yardımcı kişi sadece maddi fiilleri(bir borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını) yerine getirir hukuki işlem yapma yetkisi yoktur, bu fiilleri gerçekleştirirken irade beyanına gerek yoktur.

Kanuni temsilci ile yardımcı kişi arasındaki ilişkiyi ele alacak olursak; kanuni temsilcinin hukuki işlem yapma yetkisi direkt kanundan kaynaklanmaktadır. Yardımcı kişiye borcu ifa etme veya hakkın kullanılması için verilen yetki ise borçlunun rızasıyla verdiği yetkidir. Türk Medeni Kanunu'nun velayete ilişkin hükümlerine göre anne babanın çocuğu üzerinde velayet hakkından doğan temsil yetkisi ya da miras ortaklığında kanun hükümleri gereğince atanan temsilcinin temsil yetkisi kanuni temsil kurumuna örnek olarak verilebilir.

Kanuni temsilci yardımcı kişi kavramlarını karşılaştırırken ele alınması gereken temel konu; temsilcinin yaptığı hukuki işlemlerin sonuçlarından aynı

²⁸ ŞENYÜZ, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 8. Baskı, Bursa 2016, s.70; YÜCEL, s.334.

²⁹ AKBIYIK, s.218; KILIÇOĞLU, AHMET M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Baskı, Ankara Turhan Kitabevi, 2017, s.305.

yardımcı kişinin işlemlerinden borçlunun sorumlu olması gibi temsil olunanın sorumlu olup olmayacağıdır. Bu konu hakkında doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur.

Hâkim görüşe göre; kanuni temsilcilerin fiillerinden doğan zararlardan temsil olunanın sorumluluğu için yardımcı kişi ile ilgili kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir.³⁰ Bu görüşü savunanlar temsil olunanın kanuni temsilcinin işlemleri sonucu nimetlerden faydalandığını zarar doğması durumunda külfetlere de katlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak temsil olunanın örneğin ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz bir kişi olması durumunda farazi kusur ilkesi işletilerek kıyasen uygulamanın ne kadar doğru olacağı ile ilgili soru işaretleri mevcuttur. Bundan dolayı kanuni temsilcinin şahsı farazi kusur ilkesinin benimsenmesinde önemlidir ve değerlendirme buna göre yapılmalıdır. TBK'nın 116/2. maddesine göre; "yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir". Bu görüşü benimseyenlere göre; temsil olunanın tam ehliyetsiz olması durumunda bu hüküm uygulanmamalıdır.³¹

İkinci bir görüşe göre; kanuni temsil için TBK'nın 116. maddesi uygulanmamalıdır çünkü kanuni temsilci, temsil olunanın kendi iradesiyle yaptığı bir seçim değildir oysa yardımcı kişinin belirlenmesinde temel alınan koşullarda en önemlisi borçlunun yardım kişi seçmedeki iradesidir. Dolayısıyla

³⁰ UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.3, madde 51-108, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.3226.

³¹ ŞENOCAK, s.134.

TBK m.116'nın kanuni temsilciye kıyasen uygulanması yanlış olacaktır. Ayrıca bu görüşe göre kanuni temsilcinin sebep olduğu zararlar bakımından sorumluluğu tüzel kişinin organlarının fiillerinden doğan sorumluluğa benzetilmektedir.³² TMK m.50'ye göre; “ *Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar*”. Bu görüşte madde hükmünden de anlaşılacağı üzere organ nasıl tüzel kişinin işlemlerini yerine getiriyorsa ve onun dış dünyaya yansıması ise kanuni temsilci de temsil olunanın işlemlerini yerine getirerek onun organı gibi olur düşüncesi hâkimdir. Ancak organın fiilleri doğrudan tüzel kişinin bizzat kendi fiili olduğundan sorumluluk TBK m.116'ya göre değil madde 50'ye göre doğar.³³ Dolayısıyla kanuni temsilcinin sorumluluğu bakımından yardımcı kişiye ilişkin hükümlerin uygulanması da tüzel kişinin organına ilişkin hükümlerin uygulanması tam olarak mümkün değildir ancak kanuni temsilcinin kişisel sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği konusu açıklığa kavuşturulmalıdır.

B. Adam Çalıştıran ve Yardımcı Kişi

Adam çalıştıran; “*işlerini yürütmek için tabiiyet ilişkisi içinde bir kişinin hizmetine başvuran, onun üzerinde denetim ile gözetim yetkisi olan kişidir*”.³⁴

³² OĞUZMAN/ÖZ(Genel Hükümler I), s.432-433.

³³ EREN (Genel Hükümler), s.1074.

³⁴ EREN(Genel Hükümler), s.623.

Adam alıştıranın sorumluluğu başlıklı 66. Maddeye göre; “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.”

Adam alıştıranın sorumluluğu kanun metninde “*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” ayrımında zen sorumluluğu başlığı altında düzenlenirken yardımcı kişinin sorumluluğu ise “*Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları*” ayrımında düzenlenmiştir.

Öncelikle her iki kavramın benzer özelliklerinden bahsedecek olursak; her ikisinin de kusursuz sorumluluk hali olduğunu söylemek gerekir. Yardımcı kişinin fiilleri bakımından borçlunun sorumluluğu için farazi kusur ilkesi mevcutken adam alıştıranın sorumluluğunda ise zen sorumluluğu altında ele alınan bir kusursuz sorumluluk vardır.³⁵ Her iki kurumun “başkasının fiillerinden sorumluluk” ile ilgili olması başka bir ortak noktadır. Ayrıca her iki kurumun amacı da güçlüye(adam çalıştıran, yardımcı kişi görevlendiren) karşı gszn korunmasını sağlamaktır.³⁶

Kurumların farklılıklarına değinecek olursak; öncelikle sorumlulukların hukuki dayanakları bakımından karşılaştırılması gerekir. Buradaki en büyük fark adam alıştıranın sorumluluğunun kanun metninde “*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” ayrımında, zen sorumluluğu başlığı altında düzenlenmesine rağmen yardımcı kişinin sorumluluğunun ise “*Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları*” ayrımında düzenlenmiş olmasıdır. Yani bir sorumluluk haksız fiilden

³⁵ YÖNET, s.101.

³⁶ YÖNET, s.103.

kaynaklanırken diğeri sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Ancak somut olayda her iki sorumluluk da aynı anda meydana gelebilir. Örnek verecek olursak; bir evi boyamaya giden işçinin evi istenilen şekilde boyamaması sözleşmeye aykırılık olup yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluk olarak değerlendirilir, boyama esnasında yoldan geçen birinin kafasına bir şey düşürmesi sonucu zarara sebebiyet vermesi ise haksız fiil teşkil ettiğinden 66.madde kapsamında değerlendirilerek adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hükümlere gidilir. Bu durumda bir sorumluluk diğerini ortadan kaldırmamaktadır³⁷

İkinci fark ise; yardımcı kişi ve adam çalıştırmanın bağılılığıyla ilgilidir. Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için aralarında bir bağıllık olması gerekmez, yardımcı kişi hakkın kullanılmasını veya borcun ifasını yerine getiren, borçluya yabancı herhangi bir kişi olabilir ancak çalıştırmanın çalışanın fiillerinden sorumlu olabilmesi için çalışan ve çalıştırın arasında bir bağıllık, tabiiyet ilişkisi olması şarttır.³⁸ Bağıllığın kaynağı ise TBK m.66/2'deki talimat verme yetkisidir.

Her iki kurumun zarar verilen kişi ile borçlu/çalıştırın arasındaki ilişki bakımından da karşılaştırılması gerekir. Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için zarar gören alacaklı ile arasında sözleşmesel bir ilişki

³⁷ KARAHASAN, s.68.

³⁸ ÜNLÜTEPE, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu, İstanbul, Legal Yayımcılık, 2016, s.163; SAĞLAM, İpek, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu", MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s.163.

olması gerekir ancak adam çalıştıranın sorumluluğu bakımında çalıştıran ile zarar gören arasındaki herhangi bir borç ilişkisinin bulunması gerekmez.³⁹

Kurtuluş kanıtı getirme bakımından bir karşılaştırma yapacak olursak; adam çalıştıranın sorumluluğunun kurtuluş kanıtı getirilerek bertaraf edilmesi mümkünken yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk bakımından böyle bir düzenleme yapılmamıştır. TBK m.66/2'ye göre *“Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz”*. Hükme göre adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için çalıştırdığı kişiyi seçme, denetleme, gözetimde gerekli özeni göstermiş olması halinde bunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulur.⁴⁰ TBKm.66/3'a göre; *“Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetler dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür”*. Bu hükme göre; Adam çalıştıranın işletme faaliyetlerinden doğan zarardan sorumlu

³⁹ YÜNLÜ, s.203.

⁴⁰ ÜNLÜTEPE, s.195; KANETİ, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I . Sempozyumu, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.60; Yargıtay 19.HD., E.1993&6578, K.1994/5749, T. 06.06.1994. *“Somut olayda davalı DDY'nin hemzemin geçitte karayoluna girdiği anda meydana gelen trafik olayı nedeniyle eylemlerinden sorumlu olduğu tren makinistinin kusuru bulunmadığı, yönetimin alması gerekli tüm önlemleri aldığı saptanmıştır. Böylece davalı ve adamlarına yöneltilmesi olanaklı bir kusur bulunmadığından açılan davanın reddi gerekirken, kararda yazılı nedenle tazminatla yükümlü tutulması usul ve yasaya aykırıdır.”*

olmaması için seçme, denetleme ve gözetim yükümlülüklerinin yanı sıra işletme düzeniyle ilgili organizasyon sorumluluğunu yerine getirdiğini yani zararın doğmasını engelleyecek önlemlerin önceden alındığını ispat etmesi gerekir.⁴¹

Her iki sorumluluğun şartlarının oluştuğu somut olayda, TBK. m.66 ve m.116 birbirleriyle yarışabilir. Birinin varlığı diğerinin bulunmasına engel değildir. Zarar gören tazminata ilişkin taleplerini her iki hükme dayanarak da ileri sürebilir ancak karşı tarafın kurtuluş kanıtı getirememesi ve zamanaşımı bakımından daha avantajlı olması hasebiyle yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa dayanması daha avantajlı olacaktır.

C. İşçi ve Yardımcı Kişi

İşçi kavramı Türk Hukukunda farklı kanunlarda yer almakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'muzun 2. maddesine göre işçi; *“Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişidir”*.

İş sözleşmesi ise aynı kanunun 8.maddesine göre; *“bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”*. Bu tanımlara göre; işçi kavramının ortaya çıkabilmesi öncelikle tarafların serbest iradesine dayanarak kurulan bir iş sözleşmesi bulunmalıdır.⁴² İşçi belli bir ücret karşılığında işverene bağımlı olarak iş görme borcu altında

⁴¹ TÜRKMEN, Ahmet: “ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.70, S. 2, 2012, s.257.

⁴² SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 13. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2017, s.143.

olan kişidir. Dolayısıyla işveren ve işçi arasında bir sözleşme ilişkisi olmak zorundadır. Yardımcı kişi ile borçlu arasında ise böyle bir ilişki olmak zorunda değildir tesadüfen yardımcı olan kişi bile yardımcı kişi sayılabilir. Ayrıca yardımcı kişi borcun ifası veya hakkın kullanımı esnasında ücret veya başka bir menfaat sağlamak zorunda da değildir. Yardımcı kişi ile borçlu arasındaki ilişkide emir ve talimatla bağlı olma şartı aranmazken iş sözleşmesinde işçi işverenin emir ve talimatlarıyla bağlıdır.⁴³

İşçi kavramı dar kapsamlı iken yardımcı kişi kavramı ona göre daha geniş kapsamlıdır ve şartlar gerçekleştiği takdirde işçi kavramını içine almaktadır.

D. Vekil ve Yardımcı Kişi

Vekâlet sözleşmesinde tarafların serbest irade beyanına göre kurulur ve vekil vekalet verenin talimatlarına uymak suretiyle vekalet verenin menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle borcu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekilin bizzat ifa etmesi gerekmeyen durumlar kanunda düzenlenmiştir. TBK m.506; *“Vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir”* hükmüne göre vekile açıkça yetki verilmişse ya da teamül, işin niteliği için alt vekile başvurmak gerekiyorsa burada devir caizdir aksi takdirde caiz olmayan devir vardır ve TBK m.507/1’ e göre vekil alt vekilin fiillerinden kendisi yapmış gibi sorumlu tutulur.

Alt vekile açıkça yetki verilmesi mümkünse ya da işin niteliği, teamüller alt vekile başvurmayı gerektiriyorsa burada caiz olan devir söz konusudur. Bu

⁴³ KORUR, s.32.

durumda vekilin gerekli özeni göstermesi ve dikkat etmesi gereken şey yalnızca alt vekilin seçimi ve ona talimat verilmesidir. TBK m.507/2' ye göre; Seçim ve talimatta gerekli özen sağlandığı takdirde alt vekilin eylemlerinden sorumlu olunmaz.⁴⁴ Bu bakımdan vekil ve al vekil arasındaki ilişki yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kavramını daraltıcı hükümler barındırır.

IV. YARDIMCI KİŞİ TÜRLERİ

A. Gerçek Kişi Olup Olmamasına Göre; Gerçek Kişi Yardımcı ve Tüzel Kişi Yardımcı

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu bakımından yardımcı kişinin tüzel kişi veya gerçek kişi olmasının farkı yoktur. Ancak yardımcı kişinin tüzel kişi olması durumunda uygulamada incelenmesi gereken birkaç farklı nokta üzerinde durmakta fayda vardır.

Öncelikle borcun ifası veya hakkın kullanılmasını sağlamak için görevlendirilen yardımcı kişinin adi ortaklık olması durumunda sorumluluk ortaklara aittir.

Tüzel kişinin yardımcı kişi olması durumunda borçlu, çoğu zaman tüzel kişinin hangi organlarının hangi görevde olduğundan habersizdir. Borçlu bunu

⁴⁴ ŞENOCAK, s.140.

bilse de bilmese de yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olacaktır, değişiklik olmayacaktır.⁴⁵

Akreditif kurumu da borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğu bakımından incelenmelidir. İfa için birbirlerine güvenmeyen tarafların, edimin gerçekleşmesi için üçüncü kişiyi görevlendirdiği ve borçlarını üçüncü kişinin gözetiminde yerine getirdikleri haldir.⁴⁶ Akreditif genelde satış sözleşmelerinde kullanılır. Banka tarafından alıcıya verilen itibardır. Akreditif dış ticarete sıklıkla kullanılmaktadır. Akreditifin birçok çeşidi bulunmaktadır ancak bizim için önemli olan belgeli (vesikalı) akreditiftir. Belgeli akreditif, alıcı için itibar veren bankanın satıcının akreditif koşullarında gösterilen belgeleri sunması durumunda bedeli satıcıya ödemesidir.⁴⁷ Uygulamada akreditif genellikle satıcının yurtdışında olduğu ve akreditif için kendisine başvuru bankanın (amir banka) şubesinin bu ülkede olmaması sebebiyle satıcının olduğu yerdeki başka bir banka (muhabir banka) aracılığıyla ödeme yapılan durumlarda kullanılır.⁴⁸

⁴⁵ YÜNLÜ, s.125.

⁴⁶ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.337.

⁴⁷ YHGK, T. 04.11.1964, E.1964/942, K.1964/637, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6255#>), (S.E.T.14.03.2022),

⁴⁸ YHGK, T. 04.11.1964, E.1964/942, K.1964/637, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6255#>), (S.E.T. 14.03.2022).

İçtihat kararlarına göre muhabir banka amir bankanın yardımcısıdır. Dolayısıyla amir banka muhabir bankanın işlerini gerçekleştirirken verdiği zararlardan sorumludur.

İncelenmesi gereken bir diğer nokta da kamu tüzel kişilerinin yardımcı kişi olması durumudur. İdarenin yaptığı her türlü eylem ve işlemler kamu hukukuna tabi değildir. Özel hukuk çerçevesinde gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerden özel hukuk kurallarına göre sorumludur.⁴⁹ Dolayısıyla bu durumda kamu tüzel kişileri üçüncü kişilere karşı organlarının fillerinden dolayı TBK m.116' ya göre sorumlu olacaktır.⁵⁰

Tüzel kişinin piyasada tekel gücüne haiz olması durumunda ise çeşitli tartışmalar ortaya atılmaktadır. Şöyle ki; borçlunun yardımcı kişinin fillerinden sorumlu olması için borcun yerine getirilmesi ve hakkın kullanılmasını rıza ile yardımcı kişiye bırakmış olması gerekir ancak tekel gücüne sahip tüzel kişiyi yardımcı kişi olarak görevlendirmek gerçekten rıza ile mi yapılmaktadır yoksa borçlunun başka seçeneği olmadığı için o tüzel kişiyi seçmek zorundadır.

Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre; başka bir alternatifi olmadığı için tekel gücüne haiz tüzel kişi ile çalışmak zorunda kalan

⁴⁹ YHGK, T.22.03.2017, E. 2017/13-518, K. 2017/520, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6255#>), (S.E.T.14.03.2022).

⁵⁰Yargıtay 4HD, T. 22.01.1975, E.1973/11399, K.1975/903, (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6255#>), (S.E.T.14.03.2022).

borçlu serbest irade ile yardımcı kişi seçimi yapmadığı için tekel konumundaki tüzel kişi yardımcı kişi sıfatını kazanamayacaktır.⁵¹

Diğer görüşe göre; borçlunun tekel gücüne sahip tüzel kişinin fiillerinden sorumlu olması gerekir çünkü borçlu doğan zararları tüzel kişiye rücu etme imkânına sahiptir.⁵²

Yardımcı kişinin tüzel kişi olması zararın karşılanması bakımından daha avantajlı bir durumdur. Şöyle ki; tüzel kişinin ekonomik durumu gerçek kişi yardımcılara göre daha iyi olacaktır dolayısıyla borçlu da daha avantajlı olacaktır. Zarar gören alacaklı zararının karşılanması için bizzat zarar verene ya da onun bünyesinde çalıştığı tüzel kişiye veya yardımcı kişi görevlendiren borçluya gidebilecektir.⁵³

B. Yardımcı Kişinin Ekonomik Bakımdan Bağımlı Olup Olmamasına Göre; Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi

Yardımcı kişi borçlunun emir ve talimatlarıyla bağlı değildir. Yardımcı kişiye ücret ödenmesi de şart değildir. Borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkinin sürekli olması gerekmez, yardımcı kişi bir kereliğine görevlendirilmiş olabilir.⁵⁴

⁵¹ SEROZAN(Genel Hükümler), s.288'de Tuhr/ Escher'in görüşüdür.

⁵² ŞENOCAK, s.116.

⁵³ YÜNLÜ, s.128.

⁵⁴ ŞENOCAK, s.114.

Yardımcı kişi ile borçlu arasında bağımlılık şartı olmadığından doktrinde borçluya kendi borcunu ifa eden üçüncü kişinin veya üreticilerin üretim sürecindeki kusurlarından doğan zararlarının TBK m.116 kapsamına girip girmeyeceği ile ilgili tartışmalar mevcuttur.

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanımına katılmış olması gerekir. Ancak satıcının malı tedarik ettiği üretici sadece malın üretimini ve satıcıya teslim işlemini yapmaktadır. Dolayısıyla hâkim görüşe göre; edimin yerine getirilmesinde veya hak kullanımında görevli olmadığı için yardımcı kişi sayılmaz ve borçlunun (satıcının) üretim aşamasındaki hatalardan sorumluluğu doğmaz.⁵⁵

Karşıt görüşe göre ise; borçlu kendisine bağımlı olan üreticilerin ürünü üretiminden ve tesliminden nasıl sorumluyorsa bağımsız olarak çalışan üreticinin fiillerinden de sorumlu tutulmalıdır.⁵⁶

Üretici veya tedarikçi borçluya kendi borcunu ifa etmekte olduğu için borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkide üçüncü kişidir. Üretim aşamasındaki hatalardan kendisi sorumludur. Borçlunun bu hatalardan sorumlu tutulması haksız yere sorumluluğunun genişletilmesine yol açacaktır. Üretimin ilk

⁵⁵ TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.438; EREN (Genel Hükümler), s.1101.

⁵⁶ YÜNLÜ, s.144; ŞENOCAK, s.118.

aşamasından alıcıya ulaşma safhasına kadar her türlü hatadan borçlunun sorumlu olması hakkaniyete aykırı olacaktır.⁵⁷

C. Tevdi Edilen İşin Niteliğine Göre; İfa Yardımcısı ve Kullanma Yardımcısı

Borçlu borcun ifasını ya da hakkın kullanımını sağlarken yardımcı kişi görevlendirebilir. Borcun ifasını yapan veya ifasına yardım eden yardımcı kişiye ifa yardımcısı, hakkın kullanımını sağlayana ise kullanma yardımcısı denir.⁵⁸

İfa yardımcısı uygulamada daha çok görülmekle birlikte kira veya kullanım ödöncü sözleşmelerinde ise kullanma yardımcısı kavramından bahsetmek mümkündür.

Borcun ifasında borçlu tarafından kullanılan kişi ifa yardımcısıdır. İfa yardımcısı borçluya bağımlı veya bağımsız olabilir. Borçlu ile ifa yardımcısı arasındaki ilişki sürekli veya geçici de olabilir. Asli veya yan edimlerin, olumlu veya olumsuz edimlerin, yapma yapmama, verme edimlerinin ifası bakımından bir ayrım yoktur, her biri ifa yardımcısı tarafından yapılabilir.⁵⁹

⁵⁷ ARSLAN, Melih, “ Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğun Sınırlandırılması ve Kaldırılması”, Yüksek Lisans Tezi, MARMARA Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2020, s.19.

⁵⁸ EREN(Genel Hükümler), s.1094; KORUR, s.27.

⁵⁹ YÖNET, s.35.

Davranış bakımından yardımcı kişinin borcun ifasını gerçekleştirdiği değil de borç ilişkisinden kaynaklanan hakkın kullanılmasını sağlayan kişiye kullanma yardımcısı denir. Kira sözleşmelerinde çoğunlukla sözleşmenin tarafı bir kişidir ancak bu kişi evde tek yaşamaz, evdeki diğer aile fertleri, çalışanları ya da misafirleri, kiralananadaki tamirat ve bakım işleriyle görevlendirilenler kullanma yardımcısı olarak adlandırılır.⁶⁰ Yargıtay'ın 1976 tarihli bir kararına göre; *“ocağa tüp takmaya gelen kişi Borçlar Kanunu'nun 100.maddesine göre (TBK m.116) yardımcı kişi olarak kabul edilmiştir ve kiracı ve ona bağlı olarak evin hizmetinde bulunanlar kiralananı tehlikeye düşürecek davranışta bulunmamak borcu altındadırlar.”*⁶¹ Görüldüğü üzere kullanma yardımcısı olabilmek için de aynı ifa yardımcısında olduğu gibi hakkın kullanımı sürekli veya geçici olabilir. Ancak bu kişilerin kiralayanın izni ile hak kullanımında bulunmaları gerekir.

D. Yardımcı Kişi Kullanmanın Caiz Olup Olmamasına Göre; Caiz Olan veya Caiz Olmayan Yardımcı Kişi

“Şahsen İfa Zorunluluğunun Olmaması” başlıklı Türk Borçlar Kanunu'nun 83.maddesine göre; *“Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”*

⁶⁰ YAĞCI, s.51; TUNÇOMAĞ, s.841; TANDOĞAN(Mesuliyet), s.440.

⁶¹ Yargıtay 4.HD, K. 976/3389, E. 976/2799, T. 30.03.1976, (<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/19442010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1976-4.pdf>), (S. E. T. 08.03.2022).

Yardımcı kişinin caiz olup olmaması kavramından anlamamız gereken şudur; borcun şahsen ifa edilmesi gerekiyorsa bu durumda yardımcı kişi kullanılması halinde caiz olmayan yardımcı kişi, borcun şahsen ifa edilmesi gerekmeyen durumda yardımcı kişi kullanılması halinde ise caiz yardımcı kişi olacaktır.

Ancak hangi durumlarda yardımcı kişi kullanılacağına belirlenmesi için öncelikle hangi borçların bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bizzat ifa edilmesi gereken borçların neler olduğunu açıkladıktan sonra hangi borçlar için yardımcı kişi kullanılabileceğini daha iyi kavrayabiliriz. Bizzat ifa edilmesi gereken kişisel edimler: “Borçlunun bizzat kendi bedeni veya fikri gücü ve becerisiyle yerine getirilen olumlu edimlerdir.”⁶² Kanun metni şahsen ifayı gerektiren borçlarda alacaklının menfaati kriterini ön planda tutmuştur. Alacaklının menfaati varsa borçlu borcunu şahsen ifa edecek ancak alacaklının menfaati yoksa borçlunun şahsen ifası gerekmeyip yardımcı kişi kullanabilecektir.

Alacaklının menfaati için borçlunun özellikle kendine özgü mesleki bilgi, yetenek ya da tecrübeye sahip olması gerektiği kabul görmektedir. Borçlunun bu özellikleri onun şahsına sıkı sıkıya bağlı edimlerin var olduğu ve taraf olma sıfatının başkasına devredilememesi anlamına gelir.⁶³ İşin borçlu veya başkası

⁶² AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s.11.

⁶³ HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.231.

tarafından yapılması alacaklı için ekonomik olarak fark yaratmıyorsa, edim üçüncü kişi tarafından eş düzeyde kalite, dayanıklılık ve kullanılabilirlikte yapılabiliriyorsa bizzat ifa şart değildir.⁶⁴

Borçlunun bizzat ifası genellikle yapma ve yapmama borçlarına ilişkin sözleşmelerde aranır. Borçlunun fikri ve bedeni gücü ile ifa ettiği borçlar yapma borçlarını ifade eder.⁶⁵ Yapma borçlarına verilebilecek en güzel örnek eser sözleşmesindeki müteahhidin eseri inşa borcudur. Borçlunun bir şeyi yapmamaya yönelik olan borçları ise yapmama borcu olarak ifade edilir. Yapmama borcunun oluşması için borçlunun o şeyi yapma konusunda yetkili olması ve yetkisi bulunan şeyi yapmamayı taahhüt etmesi gerekir.⁶⁶ Açık arttırmaya katılmamak veya rekabet yasağını ihlal etmemek yapmama borçlarına örnek olarak verilebilir. Verme borçlarında ise alacaklının menfaati bakımından fark yaratmadığı, alacaklının verme borcunu yerine getirenden bağımsız olarak herhalde tatmin olacağı anlayışı hâkim olduğundan bizzat ifa aranmaz.⁶⁷

⁶⁴ ERDOĞAN, Ersin: “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2017, S. 75(2), 145-175, s.150.

⁶⁵ OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), s.6.

⁶⁶ DURAL, Mustafa: “Akitten Doğan Yapmama Borçları”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1970, C.4, S.6, 7-22, s.8.

⁶⁷ AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.120.

83.maddedeki hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflar bizzat ifa gerektirmeyen bir borcun bizzat ifa edilmesini kararlaştırabilecekleri gibi bizzat ifa edilmesi gereken borcun bizzat ifa edilmeyeceğini de kararlaştırarak yardımcı kişi kullanabilirler.

Bizzat ifa edilmesi gereken borçlarda yardımcı kişi kullanılması durumunda caiz olmayan yardımcı kişi kavramının ortaya çıktığını belirtmiştik. Bu durumda borçlu TBK m.112'ye göre; borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılmayacağı için hiçbir kusurunun olmadığını ispatlamadıkça alacaklının zararını gidermekle yükümlü olacaktır. Bu durumda borçlu yardımcı kişi kullandığı için aynı zamanda TBK. m.116'dan da sorumlu olmalı mıdır sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde bu konuda farklı fikirler olmakla birlikte baskın görüş borçlunun sorumluluğunun sadece TBK m.112 kapsamında olması gerektiğidir. Bu görüşe göre TBK m.116 yalnızca caiz olan yardımcı kişilerin görevlendirilmesi durumlarında uygulanmalıdır.

Diğer bir görüşe göre ise; caiz olmayan yardımcı kişi kullanımında TBK m.116 hükmü uygulanabilir. Şöyle ki; yardımcı kişi kullanımında kusursuz şekilde yanılğıya düşen borçlu TBK m.112'ye göre sorumluluktan kurtulmuş olacaktır ancak bu durum hakkaniyete aykırılık teşkil edeceğinden caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlu aynı zamanda TBK m.116'dan da sorumlu

olmalıdır. Böylece her iki sorumluluk birbiriyle yarışacak, zarara uğrayan alacaklı lehine olan hükmü seçerek mağdur olmayacaktır.⁶⁸

E. Robotlar ve Yapay Zekâ

Günlük yaşantımızın her alanında yapay zekâ ve robotik sistemlerden faydalanmaktayız. Borç ilişkilerinde de bu faydalanma en üst düzeydedir. Ancak yapay zekâ ve robotların borç ilişkilerinde kullanımı ve bu kullanım hatalarından doğabilecek zararların yardımcı kişi ile ilgili hükümler kapsamına girip girmeyeceği hakkında tartışmalar mevcuttur. Robotların ve yapay zekânın yardımcı kişi olarak nitelendirilebilmesi için kişiliğe sahip olması gerekmektedir. Kişilik Türk Hukukunda sadece gerçek ve tüzel kişilere tanınmış. Hak edinme ve borç altına girme ehliyeti sadece gerçek ve tüzel kişilere verilmiştir dolayısıyla sadece bu kişiler fiillerinden sorumlu olabilecektir. Sonuç olarak hukukumuzda robotlar ve yapay zekâ her ne kadar hayatımızın bir parçası olsa da şuan ki düzenlemeler bakımından hak ve fiil ehliyetleri yoktur, yardımcı kişi olarak görevlendirilemezler.

Robotların fiillerinden doğan zararlardan robotun sahibi sorumlu olmalıdır ancak zararın kaynağı yazılım hatası ise üreticinin sorumluluğu doğacaktır.⁶⁹ Yardımcı kişi robotu kullanıyorsa bizzat zarardan sorumludur, 116. Madde gereği borçlu da yardımcı kişinin fiillerinden doğan zarardan sorumlu olacaktır.

⁶⁸ ŞENOCAK, s.124.

⁶⁹ AKDAĞ, Şükrü Yakup: *“Yapay Zekâ Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”*, Sorumluluk Hukuku Seminerler, On İki Levha Yayıncılık 2018, 1-22, s.19.

2. BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Doğan Sorumluluğun Şartları

A. Genel Olarak

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmesi öncelikle sorumluluk hukukunun genel kuralları gereğince yardımcı kişinin fiilinden doğan bir zarar ve yardımcı kişinin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının var olması gerekir. Konuya has özel şartlara gelecek olursak borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için öncelikle alacaklı ve borçlu arasında bir borç ilişkisi olmalıdır. Borcun yerine getirilmesi veya hakkın kullanılması yardımcı kişiye bırakılmış olmalıdır. Yardımcı kişi kusurlu olmalıdır.

B. Alacaklı İle Borçlu Arasında Borç İlişkisi Olmalı

Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için öncelikle borçlu ile alacaklı(zarar gören) arasında bir borç ilişkisi bulunması gerekir. TBK m. 116'da "*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını...*" ifadesi kullanılarak arada bir borç ilişkisi olması gerektiği belirtilmiş ancak bu borç ilişkisinin kaynağı ile ilgili bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla yardımcı kişi ile borçlu arasındaki borç ilişkisi; sözleşmeden doğabileceği gibi, kanundan, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya

vekâletsiz iş görmeden de doğabilir. Borç ilişkisinin kaynağı önemli değildir.⁷⁰ Ancak borç ilişkisi zararın doğması anında var olmalıdır.

Kanundan doğan borç ilişkisine TMK m.122’de incelenen hediyelerin geri verilmesi örnek olarak verilebilir. Nişanlanmanın sona ermesi sonucu hediyelerin geri verilmesi esnasında uygulamada çoğunlukla yardımcı kişi kullanılmaktadır. Taraflar yardımcı kişinin karşı tarafa verdiği zarardan sorumlu olacaktır. Kanundan doğan hak kullanımına ise TMK’nın 747. maddesi’ndeki geçit hakkı kullanımı örnek olarak verilebilir. Geçit hakkı sahibi, kullanma yardımcılarının verdiği zararlardan sorumlu olacaktır.

Haksız fiilden doğan borç ilişkisinde; bir kişinin şahıs veya malvarlığına hukuka aykırı bir fiille zarar veren kişi bu zararı gidermek amacıyla yardımcı kişi kullanımına gittiği takdirde yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olacaktır.

Sebepsiz zenginleşmeden borç ilişkilerinde yardımcı kişi kullanımına örnek verecek olursak; A’nın koyunlarından birkaçının komşusu B’nin koyunlarına karışması durumunda B sebepsiz zenginleşmiştir. B karışan koyunları iade etmek için görevlendirdiği yardımcı kişinin bu esnada A’ya verdiği zararlardan sorumlu olacaktır.

Vekâletsiz iş görmeden doğan borç ilişkilerinde de yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk mümkündür. Örneğin; hastaneye bilinci kapalı şekilde

⁷⁰ AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, s.249; TANDOĞAN(Mesuliyet), s.435; ANTALYA (Genel Hükümler Cilt III), s.311.

gelen hastanın tedavisini gerçekleştiren doktorların hastaya zarar vermesi durumunda hastane doktorların zarar verici fiillerinden sorumlu olacaktır.⁷¹

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri ise yardımcı kişinin en yaygın kullanıldığı alandır. Sözleşme, hukuki sonuç doğuran birbirine uygun karşılıklı irade beyanıdır. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar kanunlarda düzenlenmiş tipik ya da kanunda düzenleme alanı bulunmayan atipik sözleşmeler oluşturabilirler. Dolayısıyla 116.maddenin uygulanması bakımından sözleşme türünün tipik ya da atipik olması önem arz etmez. Her iki halde de 116. Madde uygulama alanı bulur. Ancak sözleşme tipi kanunda düzenlenmişse ve bu sözleşme türüne özgü yardımcı kişilerin sorumluluğu ile alakalı özel hükümler mevcutsa TBK 116.madde yerine öncelikle özel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Taşıyıcının sorumluluğu başlıklı TTK madde 914/2'e göre; *“Taşıyıcı, yolcuların kazaya uğramalarından doğacak zararı tazminle yükümlüdür.... Taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen, kaçınamayacakları ve sonuçlarını önleyemeyecekleri bir sebepten ileri geldiğini ispat ederse tazminattan kurtulur.”* Bu hükümde

⁷¹ Hastanenin doktorların fiillerinden sorumlu olacağına dair Yargıtay kararına göre; ameliyatın rinoplasti ameliyatı olduğu, ameliyatı yapan doktorun eyleminin tıp kurallarına uymadığı ve tıbben kusurlu olduğu, davalı hastanenin TBK'nın 116. Maddesi gereği gerçekleşen operasyondaki zararlardan sorumlu olacağı belirtilmiştir. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2956#>, (S.E.T.15.03.2022),

görüldüğü üzere taşıyıcıya kurtuluş kanıtı getirme imkanı sunulmuştur. Böyle bir özel hüküm olmasaydı TBK m.116 hükümleri geçerli olacak ve sorumluluktan kurtulma mümkün olmayacaktı.

Zarar gören ile zarar verenin aynı borçluya bağlı yardımcı kişiler olması durumu da sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından incelenmesi gereken bir durumdur. Örneğin; Devlet tiyatrosunda prova yapan oyuncunun provalar sırasında sahne amirinin dikkatsizliği neticesinde zarar görmesi durumunda zarar gören ve zarar veren tiyatronun yardımcı kişileridir ve tiyatro madde 116 kapsamında sorumlu olacaktır.⁷²

Sözleşme görüşmeleri de yardımcı kişilerin sorumluluğu bakımından incelenmesi gereken ayrı bir konudur. Sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında özen ve koruma yükümlülüğü doğduğu için TMK 2. madde gereğince hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi esnasında dürüstlük kurallarına uygun şekilde hareket edilmesi doğru olacaktır.⁷³ Uygulamada genellikle sözleşme öncesi görüşmelerde yardımcı kişiler görevlendirilmektedir ve bu yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk bakımından daha sözleşme kurulmamış olsa da sözleşme hükümleri kıyasen uygulanmalı ve

⁷² SEROZAN(Genel Hükümler), s.437 vd.; YÖNET, s.153.

⁷³ KARAHASAN(SORUMLULUK HUKUKU), s.232; OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), s.436; İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara 1979, s.495; YAĞCI, s.102.

bunun sonucu olarak 116. madde hükümleri geçerli olmalıdır.⁷⁴ Culpa in contrehendo sorumluluğu bakımından sözleşmenin kurulamaması ya da geçersiz olması önem arz etmez.⁷⁵

C. Borcun Yerine Getirilmesi ve Hakkın Kullanılması Yardımcı Kişilere Bırakılmış Olmalı

Yardımcı kişiye borcun yerine getirilmesi ve hakkın kullanılmasının bırakılmış olması iki hususa bağlıdır. Bunlardan ilki borçlunun rızası diğeri ise yardımcı kişinin bizzat katılımıdır.

Borçlunun rızası;

Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için yardımcı kişinin bir hakkı kullanmasında veya borcun ifasında rıza göstermiş olmalıdır.⁷⁶

⁷⁴ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN Galip Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.979; SEROZAN, Rona: Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrehendo”, MHAD, 1990, No:18, S.27-42, s.38.

⁷⁵ EREN(Genel Hükümler), s.1153

⁷⁶ EREN(Genel Hükümler), s.1096; İNAN, s.493; KARAHASAN(Sorumluluk Hukuku), s.553; OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.427; YAĞCI, s.108.

Bu rıza açık bir şekilde verilebileceği gibi örtülü şekilde de verilebilir.⁷⁷ Rıza yazılı veya sözlü olarak verilebilir. Yardımcı kişi ile borçlu arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayanıyor olması gerekmez tamamen hatır gönül ilişkisine de dayanıyor olabilir. Önemli olan borçlunun ifayı veya hak kullanımını yardımcı kişiye bırakma iradesidir.⁷⁸ Rıza tek yönlüdür sadece borçlu bakımından aranır. Yardımcı kişi başkasının borcunu ifa ettiği veya hakkını kullandığını bilmek zorunda değildir, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkiden de haberdar olması gerekmez⁷⁹. Borçlunun yardımcı kişinin borcun ifasında veya hakkın kullanımında genel bir rızası olduğu kabul edilir her somut olay bakımından rıza incelemesi yapılmaz, işin gerektirdiği ölçülere göre dürüstlük kuralları çerçevesinde rızanın varlığı saptanır.⁸⁰

Borçlu rızasını yardımcı kişinin hakkı kullanmasından veya borcu ifasından önce verebileceği gibi sonradan icazet olarak da rıza gösterebilir. İcazet çoğunlukla vekâletsiz iş görmeden doğan borç ilişkilerinde söz konusu olur ve geriye dönük olarak etki ederek yardımcı kişinin fiillerinin borçlunun rızası ve bilgisi dâhilinde olmasını sağlar.

⁷⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.892; SEROZAN (Genel hükümler), s.288; TANDOĞAN(Mesuliyet) s.437; YÜNLÜ, s.230; YÖNET, s.165; ARSLAN, s.40.

⁷⁸ YÖNET, s.166.

⁷⁹ İNAN/ YÜCEL, s.615; KARAHASAN, s.1135; ÖCAL AKİPEK, Şebnem, Alt Vekâlet, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.134; YÖNET, s.167.

⁸⁰ YÖNET, s.169.

Borçlu kendisinin görevlendirdiği yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmakla beraber, bu yardımcı kişilerin görevlendireceği yardımcılara da rıza göstermiş kabul edilir.⁸¹

Yardımcı kişi sadece asli edimleri yerine getirmekle görevlendirilecek diye bir şart yoktur. Hem asli hem yan edimler için yardımcı kişi görevlendirilebilir ve borçlu her türlü yükümlülüğün yardımcı kişi tarafından yerine getirilmemesinden doğan zararlardan sorumlu olur.⁸²

Hazırlık hareketlerinin gerçekleştirilmesi de yardımcı kişiye bırakılabilir bu takdirde borçlu yardımcı kişinin hazırlık hareketleri esnasında karşı tarafa verdiği zararlardan sorumlu olacaktır.⁸³

Borçlu yardımcı kişiyi tek bir borcu ifa veya hak kullanımı için görevlendirebileceği gibi birden fazla hak kullanımı veya borç ifası için de görevlendirebilir ve bu kişilerin fiillerinden TBK m.116 gereği sorumlu olur.⁸⁴ Tek bir ifa veya hak kullanımı için görevlendirilen yardımcı kişi görev alanı dışına çıktığı takdirde borçlu yardımcı kişinin görev dışı fiillerinden de m. 116 kapsamında sorumlu tutulacaktır.⁸⁵

⁸¹ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.429; YAĞCI, s.113; ARSLAN, s.40.

⁸² ŞENOCAK, s.156; ARSLAN; s.41.

⁸³ YÖNET, s.170.

⁸⁴ YAĞCI, s.113.

⁸⁵ MEHEL, s.38.

Yardımcı kişi ifa ettiği borcun veya kullandığı hakkın kimin olduğunu bilmek zorunda değildir önemli olan yardımcı kişinin faaliyetinin borçlunun rızası ile yapılmış olmasıdır.⁸⁶

Alacaklının borçluya söz hakkı tanımayarak yardımcı kişi seçmesi durumunda borçlunun rızasından söz edilemeyeceği için bu durumda yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olup olmayacağı konusunda tartışmalar vardır.

OĞUZMAN/ ÖZ' e göre; *“Alacaklı borçlunun elinin kolunu bağlıyor ve yardımcı kişi seçme konusunda söz hakkı tanımıyorsa burada borçlunun rızasından söz edilemeyeceği için TBK m.116 kapsamında sorumluluk söz konusu olmamalıdır”*.⁸⁷

Başka bir görüşe göre; borçlu alacaklının yardımcı kişi seçimini kabul etmeme ya da yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu alacaklıya ait olacak şekilde kabul etme veya hiçbirisi mümkün değilse sözleşme yapmama serbestisine haizdir. Dolayısıyla borçlu bu seçeneklerin varlığına rağmen alacaklının seçtiği yardımcı kişiyle çalışıyorsa TBK m.116 kapsamında yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlardan sorumlu olacaktır.⁸⁸

⁸⁶ YÖNET, s.165.

⁸⁷ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.429.

⁸⁸ GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.241.

Alacaklının yardımcı kişi seçimindeki kusurlu davranışı ise zararlar arasında uygun illiyet bağı olması durumunda TBK m.52'ye göre tazminattan indirim nedeni olacaktır.⁸⁹

Yardımcı kişinin bizzat katılımı;

Borcun ifası veya hakkın kullanımının yardımcı kişiye bırakılması için borçlunun rızasının yanında yardımcı kişinin fiilen bizzat katılımı gerekir. Yardımcı kişi bizzat katılma esnasında ifanın tamamında görev almak zorunda değildir. Tamamen veya kısmen katılma yapılabilir.⁹⁰ Katılma yapma şeklinde gerçekleşebileceği gibi yapmama veya katlanma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi şeklinde de olabilir. Yardımcı kişi işi kimin için yaptığını bilmek zorunda değildir, yardımcı kişinin bilgilendirilmesi konusunda zafiyet olduğu takdirde bir de borçlunun sorumluluktan kurtulma olasılığının önüne geçilmek istenmiştir. Burada önemli olan borçlunun rızasıdır, yardımcı kişi ayırt etme gücüne sahip olmayan birisi dahi olabilir.⁹¹

Yardımcı kişi edimin ifasına hazırlık hareketlerine de bizzat katılabilir.⁹² Ancak hazırlık hareketleri borçlu ile alacaklı arasındaki edimin yan yükümlülüklerinin ifasına yönelik olmalıdır aksi takdirde hazırlık faaliyetlerinin

⁸⁹ YAĞCI, s.115.

⁹⁰ YAĞCI, s.113.

⁹¹ TANDOĞAN (Mesuliyet), s.436; ŞENOCAK (İfa Yardımcısı), s.104; Yönet, s.177.

⁹² ÖCAL AKİPEK, s.138; ŞENOCAK, s.162.YÖNET, s.178.

yardımcı kişi tarafından yerine getirilmesinde madde 116 kapsamında sorumluluk doğmaz.⁹³

Yardımcı kişi borçlu tarafından görevlendirilmesine rağmen edimin ifasına veya hakkın kullanımına fiilen katılmazsa ve zarar doğmasına sebep olursa borçlu TBK m.116'ya göre değil madde 118'e göre gecikmiş ifadan veya madde 112'ye göre kendi kusuruyla verdiği zarardan sorumlu olacaktır.⁹⁴ Borçlu tarafından yardımcı kişinin yetersiz olduğu bilinerek katılımının istenmesi ve işin yetişmemesi durumunda da borçlu TBK m.118'e göre sorumlu olacaktır.

D. Yardımcı Kişinin Fiillerinden Dolayı Alacaklı Zarara Uğramış Olmalı

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmesi için bizzat ifaya veya hakkın kullanımına katılan yardımcı kişinin fiilleriyle alacaklıya zarar vermiş olması gerekir. Ancak borçlunun yardımcı kişinin hangi fiilleri bakımından sorumlu olacağına dair doktrinde tartışmalar mevcuttur.

İlk görüşe göre; yardımcı kişinin zarar doğuran nitelikteki fiili borcun ifası esnasında ve ifanın yapıldığı yerde, ifa veya hakkın kullanımı ile bağlantılı olarak meydana gelmelidir.⁹⁵ Bu bağlantıya fonksiyonel bağlantı denilir.

⁹³ ŞENOCAK, s.162; YAĞCI, s.110.

⁹⁴ ŞENOCAK, s.163; YÜNLÜ, s.245-246; YÖNET, s.179.

⁹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.427.; SEROZAN (Genel Hükümler), s.291; KARAHASAN, s.1401; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, s.896; TANDOĞAN(Mesuliyet), s.441-442; ŞENOCAK, s.170; YAĞCI, s.111; ARSLAN, s.46.

Fonksiyonel bağlantının oluşabilmesi için yardımcı kişinin zarar doğuran fiillerinin borca ayrılık teşkil etmesi gerekir.⁹⁶ İfa imkânsızlığı veya temerrüt ile gereği gibi ifa etmeme borca aykırılık teşkil eden davranışlardır. Kötü ifa, bağımsız yapmama yükümlülükleri, yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri gereği gibi ifa etmemenin kapsamına girmektedir.⁹⁷

Gereği gibi ifa etmeme; edimin ifasının tarafların iradelerine uygun olarak belirlenen yer, zaman veya içeriğe göre ifa edilmemesidir. İfanın ayıplı olması veya fiilin yerine getirilme şeklinin alacaklıya zarar vermiş olması ise kötü ifa olarak adlandırılır.⁹⁸ Koruma yükümlülüğü ise borçlu tarafından alacaklının edim dışındaki mal ve şahıs varlığı değerlerine zarar verilmeyecek şekilde davranılmasıdır.⁹⁹ Bağımsız yapmama yükümlülüğü ise bir hak veya sırra sahip borçlunun bu bilgileri kullanmaması istemiyle alacaklı ile yapabileceği sözleşmenin konusunu oluşturur.¹⁰⁰ Buna en iyi örnek rekabet yasağı olarak verilebilir.

Bu görüşe göre; borçlu yardımcı kişinin fiillerinden doğan zarardan sorumluluğu üstlenirken sadece asli edimleri değil, yan edimleri, koruma yükümlülüklerini, borca aykırılıktan doğan diğer davranışlardan doğan zararları

⁹⁶TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.896-897; YAĞCI, s.111.

⁹⁷ YAĞCI, s.117.

⁹⁸ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.74-75.

⁹⁹ EREN (Genel Hükümler), s.1102-1103; ŞENOCAK, s.199; YAĞCI, s.118.

¹⁰⁰ GÜNDOĞDU, s.67; YAĞCI, s.105-106.

da üstlenmelidir yeter ki zararı oluşturan fiil borcun ifası esnasında oluşan zarar ile fonksiyonel bağlantı içinde olsun.¹⁰¹

İkinci görüşe göre; yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılmasından faydalanarak gerçekleştirdiği fiillerden doğan zarar borçlunun sorumluluğunda olacaktır.¹⁰²

Borcun ifasında veya hakkın kullanımında yardımcı kişi görevlendirilmesi durumunda yardımcı kişi asli edim yükümlülüklerinin yanı sıra yan edim yükümlülüklerinin de yerine getirerek alacaklının edim menfaati dışındaki tüm şahıs ve malvarlığı değerlerini de korumalıdır. Ancak yardımcı kişinin her türlü edim dışı şahıs ve mal varlığı değerlerine gelen zarardan sorumlu tutulması hakkaniyet ile bağdaşmaz.¹⁰³ Yardımcı kişinin görevlendirilmiş olması zarar verici davranışın meydana gelmesini kolaylaştırıyorsa, yardımcı kişiye zararın meydana gelmesi bakımından özel imkan veya kabiliyet sağlıyorsa borçlu yardımcı kişinin fiillerinden TBK m.116 kapsamında sorumlu olacaktır. Ancak yardımcı kişi ifa için görevlendirilmemiş olsaydı da bu zarara sebebiyet

¹⁰¹ KARAHASAN, s.554; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.896; MEHEL, s.41.

¹⁰² SEROZAN(Genel Hükümler), s.291; KARAHASAN, s.1401; İNAN / YÜCEL, s.616; YÜNLÜ, s.251; TANDOĞAN(Mesuliyet), s.441-442; ARSLAN, s.46.

¹⁰³ YAĞCI, s.122.

verebilecek ise borçlunun sorumluluğu TBK m. 116 değil TBK m.66 çerçevesinde değerlendirilir.¹⁰⁴

E. Farazi Kusur Olmalı

Borcun ifası veya hakkın kullanımı için görevlendirilen yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlar bakımından borçlunun sorumlu olabilmesi için yardımcı kişinin kusurunun olması gerekip gerekmediği konusunda çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bu konu hakkındaki görüşlerden bahsedecek olursak ilk görüş; borçlunun sorumluluğu için yardımcı kişinin kusurlu olmasını şart koşan görüştür. İkinci görüş ise ne yardımcı kişinin ne de borçlunun kusurlu olmasını aramaz. Son ve hâkim olan görüşe göre ise; borçlunun farazi kusurunun sorumluluk için yeterli olduğunu savunan görüştür.

İlk görüşe göre; borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğan zarardan sorumlu olabilmesi için yardım kişinin kusurlu olması gerekir. Bu görüşün dayanağı 1881 Tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115.maddesindeki yardımcı kişinin sadece kusurlu davranışlarından dolayı borçlunun sorumlu olacağına dair düzenlemedir.¹⁰⁵

Bu görüşe göre; borçlu edimi bizzat ifa etmesi durumunda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulabiliyorken yardımcı kişilerin fiillerden doğan zararın giderilmesinde de yardımcı kişinin kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan

¹⁰⁴ ŞENOCAK, s.200; YAĞCI, s.122 dipnot.

¹⁰⁵ ŞENOCAK, s.204; YÖNET; s.207.

kurtulabilmelidir.¹⁰⁶ Aksi takdirde borçlu yardımcı kişi kullanmasından ötürü daha katı kurallara dayanılarak adeta cezalandırılıyormuşçasına olması gerekenden ağır bir sorumluluk altına girecektir.

Görüşün en eleştirilen noktası ise borçlunun yardımcı kişinin kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kaçabilecek olmasıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan borçlu bu durumu ispat ettiği takdirde sorumluluğu bertaraf edecektir.¹⁰⁷ Geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden yardımcı kişiler için de ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığının ispat edilmesiyle sorumluluktan kurtulmak mümkün olacaktır. Her iki durum da sorumluluktan kaçmak isteyen borçlular için adeta bir çıkış kapısı olacaktır. Ayrıca yardımcı kişi ile alacaklı arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığı için yardımcı kişinin fiilleri bakımından sadece haksız fiil hükümlerine gidilebilecektir. Ancak hukuka aykırı bir fiil olmadığı müddetçe bu hükümlere de gidilemeyeceğinden yardımcı kişi kusurlu olamayacak ve borçlu sorumluluktan kurtulacaktır.¹⁰⁸

Bu görüş benimsendiğinde borçlunun yardımcı kişi kullanırken nimetlerinden faydalandığı ancak külfetlerinden kolayca kurtulabildiği görülmüştür. Bu sepele hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁶ EREN(Genel Hükümler), s.1081.

¹⁰⁷ EREN (Genel Hükümler), s.1081.

¹⁰⁸ ŞENOCAK, s.208; YAĞCI, s.125; YÖNET, s.209.

¹⁰⁹ YÖNET, s.209.

Diğer bir görüşe göre; borçlu; yardımcı kişinin fiillerinden kusur şartı aranmaksızın sorumlu tutulur.¹¹⁰ Kusursuz sorumluluk hali mevcuttur. Görüşün savunucularına göre; borçlu yardımcı kişi kullanarak durumunu güçlendirip nimetlerinden yararlanabiliyorsa yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğu kusur olmasa da üstlenerek külfetlere de katlanmalıdır.¹¹¹ Ancak tabiki zarar ve uygun illiyet bağı sorumluluğun genel şartları olarak yine aranacaktır. Somut olayda uygun illiyet bağı çerçevesinde yardımcı kişinin yaptığı veya yapmadığı davranışların neticeye etkisi araştırılır. Kusursuz sorumluluk hali engellenmesi mümkün olmayan olaylar bakımından geçerli olmaz ve TBK madde 119'daki temerrüde ilişkin hükümler kadar geniş yorumlanmaz ancak temerrüde düşmeye yardımcı kişinin fiilleri sebep olmuşsa madde 119'a göre; *“Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan sorumludur.”*

Bu görüşün en çok eleştirilen noktası ise borçlunun sırf yardımcı kişi kullandığı için sorumluluğun genişletilmiş olmasıdır. Şöyle ki borçlu ifayı kendisi yerine getirmiş olsaydı sorumlu olmayacağı fiilden yardımcı kişi kullandığı için sorumlu tutulur. Bu durum da hakkaniyete aykırılık teşkil ettiği için borçlu tarafından yardımcı kişiye başvurmaktan vazgeçilebilir.¹¹²

¹¹⁰ AKMAN, s.74; TUNÇOMAĞ, s.843; YÖNET, s.210; YAĞCI, s.126; SEROZAN (Genel Hükümler), s.286.

¹¹¹ AKMAN, s.77; SAYMEN, Ferit/ ELBİR, Halid, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler C. II , İsmail AKKÜN Matbaası, İstanbul 1958, s.723; YÖNET, s.211.

¹¹² ŞENOCAK, s.210; KORUR, s.50-51; YAĞCI, s.127.

Üçüncü ve hâkim görüşe göre; borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğan zarardan sorumlu tutulabilmesi için borçlunun ya da yardımcı kişinin gerçek kusuru aranmaz. Bu görüşe göre borçlunun kusurlu olması için farazi kusur aranır. Farazi kusur; zarara sebep olan fiiller yardımcı kişinin değil de borçlunun fiilleri olsaydı yine de borçlunun kusurlu ve sorumlu olup olmayacağına göre değerlendirilmelidir. Buna göre; eğer yardımcının fiili borçlu tarafından aynı şekilde gerçekleştirilseydi borçlu kusurlu olarak nitelendirilecekse, TBK m.116 çerçevesinde borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olacağı kabul edilir ve bu durum borçlunun farazi kusuru olarak tanımlanır.¹¹³ Yardımcı kişinin fiilini borçlu gerçekleştirseydi sorumlu olur muydu sorusu aslında yardımcı kişinin de ifa esnasında aynı borçlu gibi özen göstermesi gerektiğinin kanıtıdır. Yardımcı kişinin göstermesi gereken özen seviyesi borçlunun kendisinin göstermesi gereken özen seviyesine ulaşmıyorsa borçlu yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olacaktır.¹¹⁴ Söz konusu özen derecesi belirlenirken, bulunduğu sosyal alanda orta seviyede objektif, dürüst ve makul olan bir borçlunun göstermesi gereken özen ile birlikte borçlunun kişisel bilgi ve donanımı da göz önüne alınır.¹¹⁵ Ancak yardımcı kişi alanında uzman ve borçludan daha üstün yetilere sahipse ve bu durum alacaklı tarafından biliniyorsa bu durumda borçlunun özeni değil daha üstün olan yardımcı kişinin

¹¹³ BAŞALP, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.193; SEROZAN(Genel Hükümler), s.286; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.898; YÜNLÜ, s.287; YÖNET, s.212.

¹¹⁴ KAHVECİ, Nalan: “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. I , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018,

¹¹⁵ ŞENOCAK (İfa Yardımcısı), s.217; KORUR, s.161; YÖNET, s.218.

göstereceği özen dikkate alınır.¹¹⁶Borçlunun tüzel kişi olduğu durumlarda yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğunu inceleyecek olursak, tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişilerin kendileri ifada bulunduğu sorumlu olup olmama durumuna bakılır.¹¹⁷

Yardımcı kişi temyiz kudretine sahip olmasa bile kusur aranmayacağı için borçlunun farazi kusuruna bakılmalıdır ve neticesinde borçlu sorumlu tutulabilmelidir.¹¹⁸

Borçlu yardımcı kişi tarafından gerçekleştirilen fiili kendisi işleseydi kusurlu olmayacağını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulacaktır.¹¹⁹

II .Yardımcı Kişinin Fiillerinden Sorumluluğun Hukuki Sonuçları

A. Borçlunun Tazminat Yükümlülüğü ve Kapsamı

Tazmin; uğranılan zararın karşılanması anlamına gelmektedir.¹²⁰ Tazminat da tazmin kelimesinin çoğuludur. Tazminatı belirleyebilmek için

¹¹⁶ ŞENOCAK(İfa Yardımcısı), s.217-218.

¹¹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), s.438; ŞENOCAK, (İfa Yardımcısı), s.131.

¹¹⁸ TANDOĞAN(Mesuliyet), s.445; ŞENOCAK, s.218; YÜNLÜ, s.287; YÖNET, s.219.

¹¹⁹ TANDOĞAN(Mesuliyet), s.444; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.898.

¹²⁰ TOPUZ, Murat; İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s.194.

öncelikle zarar hesabı yapılması gerekmektedir. Zarar; alacaklının hukuk düzenince korunan menfaatlerinin, değerlerinin isteği dışında ihlal edilerek azalmasıdır.¹²¹ Bu miktar zarar göreni zenginleştirmeyecek düzeyde ancak zararın oluşmasından önceki durumuna getirecek kadar olmalıdır.¹²² Belirlenecek zarar tazminat için azami sınır olacaktır.¹²³ Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararı karşılaması için zararın türü önem arz etmez. Söz konusu zarar; maddi- manevi, doğrudan ya da dolaylı olabileceği gibi yansıma zarar da olabilir. Her çeşit zarar borçlu tarafından karşılanır.

Maddi zarar; fiili zarar veya yoksun kalınan kar olarak ortaya çıkabileceği gibi hem fiili zarar hem de yoksun kalınan kar olarak ortaya çıkabilir.¹²⁴ Malvarlığının aktifinde azalış veya pasifinde artış şeklinde gerçekleşen zarar fiili zarar olarak adlandırılırken, malvarlığında beklenen artışın gerçekleşmemesi ise yoksun kalınan kar olarak tanımlanır.¹²⁵ Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk bakımından manevi zararlar da ortaya çıkabilir. Malvarlığı değil de şahıs varlığına etki eden zararlara manevi zarar denir. Kişinin duyduğu elem,

¹²¹ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.395; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.855; ANTALYA, Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s.6; YÜNLÜ, s.297.

¹²² TOPUZ, M; s.195.

¹²³ ARSLAN, s.129; YAĞCI, s.139.

¹²⁴ ERGÜNE, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, Beta Yayınları, 2008,

¹²⁵ TOPUZ, s.65.

acı ve üzüntü, yaşam zevkindeki azalma manevi zarar olarak karşımıza çıkar.¹²⁶

Manevi zarar bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda da ortaya çıkar.

Doğrudan zarar, fiilin başka dış etkiye gerek duyulmaksızın oluşturduğu zarardır.¹²⁷ Dolaylı zarar ise fiil neticesinde oluşan en yakın zarardan kaynaklı durum, eksilme, fark şeklinde tanımlanmaktadır.¹²⁸

Yansıma zarardan da bahsedecek olursak; doğrudan zarar görenin değil zarar görenin yakını olan üçüncü kişinin uğradığı zararlardır.¹²⁹ TBK madde 53'e göre; "ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar" yansıma zarara örnektir. 56.maddeye göre; "*Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*" hükmü de yansıma zarara örnek verilebilir. Yansıma zararın tazmin edilebilmesi için taraflar serbest iradeleri ile anlaşmış olmalı veya kanun hükmü ile desteklenmiş olmalıdır.¹³⁰

Borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zararlardan TBK madde 116 gereği sorumlu olacaktır. TBK m.114'e göre; "Borçlu her türlü kusurundan genel olarak sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre

¹²⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.548; TUNÇOMAĞ, s.447.

¹²⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, (Genel Hükümler II), s.43; TOPUZ, s.71.

¹²⁸ YÜNLÜ, s.311.

¹²⁹ TOPUZ, s.85; YÜNLÜ, s.313.

¹³⁰ YÖNET, s.265.

belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır". Bu hükme göre; borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlar ilgili sorumluluğu sadece sözleşmesel ilişkiler için değil haksız fiil hükümlerine de kıyasen uygulanacaktır.

Alacaklının zararının belirlenmesinde TBK'nın 50.madde hükmü esas alınır. Bu maddeye göre; "Zarar gören zararlı ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Zararın miktarı net olarak tespit edilemiyorsa hakim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete göre belirler."

Tazminatın belirlenmesi ise TBK 51.maddeye göre yapılacaktır. *"Hakim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler."* Hakimin somut olayı değerlendirerek sorumluluğu ağırlaştıran veya indiren sebeplerin varlığını araştırarak tazminat miktarına karar vermelidir.¹³¹

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk doğması için borçlunun ya da yardımcı kişinin gerçekten kusurlu olması gerekmez, farazi kusurun varlığı yeterlidir. Yardımcı kişinin kusursuz fiilinin borçlu gerçekleştirmiş olsaydı kusurlu olacak idiyse farazi kusurun oluşacağından daha önce bahsetmiştik. Bu durumda borçlu yardımcı kişinin kusursuz fiilinden dahi sorumlu olacaktır. Kusursuz sorumluluk halinde, ayrıca kusurun bulunması ek(munzam) kusur

¹³¹ ARAL, s.187.

olarak adlandırılır.¹³² Zararın doğumunda yardımcı kişinin kusuru varsa borçlu bir de munzam kusurdan sorumlu tutulacak, tazminatta indirim sebepleri varsa kısmen veya tamamen faydalanamayacaktır.¹³³

B. Tazminattan İndirim Halleri

Tazminatın miktarı belirlenirken hâkim somut olayın özelliklerini ve durumun gerektirdiklerini göz önünde bulundurarak karar verir. Tazminat zararı karşılamak amacıyla verilir. Zarar miktarı tazminatın en üst sınırıdır ancak tazminat ile zarar her zaman birbirine eşit olamaz. Tazminatta çeşitli sebeplerle indirime gidilebilmektedir. Zarar gören alacaklının veya yardımcı kişinin kusurlu davranışı, borçlunun hafif kusuru ve zararın tazmin edilmesinin borçluyu zor duruma düşüreceği hallerde hâkim takdir yetkisi ile tazminatta indirime gidebilir.

Zarar görenin dürüstlük kuralları gereğince zarardan kaçınma ve zararı azaltma külfeti bulunmaktadır.¹³⁴ Zarar gören zararın oluşmaması veya

¹³² “Kusura dayanan sorumluluğun önemli bir şartı da fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır. Kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunda bu şart aranmazsa da bu hallerde dahi failin kusuru bulunması failin sorumluluktan kurtulması imkanlarını engeller, mücbir sebebin, üçüncü şahsın veya mağdurun kusurunun sorumluluğa etkisini kaldırır ve birden çok sorumlu varsa, bunların birbirine rücu etmesinde dikkate alınır. Bu hale “Munzam Kusur” denilmektedir.”
(<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2010-4-249-k-2010-257-t-05-05-2010-irade-aciklamasiyla-sozlesmenin-kurulmasi/766497/>), (S.E.T. 04.04.2022)

¹³³ TANDOĞAN(Mesuliyet), s.317; YÜNLÜ, s.333.

ağırlaşmaması için gerekli özen ve dikkati göstermiyorsa ya da bilerek ve isteyerek zararın oluşmasına sebep oluyorsa dürüstlük kurallarına aykırı hareket ederek kendine yüklenen külfeti ihlal eder. Bu külfetin ihlali durumunda ise bir de zararın karşılanması istenmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ¹³⁵ ve tazminattan indirim sebebi olarak karşımıza çıkacaktır. Alacaklının külfeti ihlal eden davranışının hukuka aykırı olması gerekmez hukuk düzenince kınanabilir olması yeterlidir.¹³⁶

Zarar gören alacaklının kusurlu davranışının tazminattan indirim sebebi olabilmesi için öncelikle alacaklının davranışı zararın oluşmasının veya umulandan fazla olmasının uygun sebebi olmalı ve bu davranışın objektif kusurlu davranış olarak nitelendirilebilmesi gerekir.

Alacaklının zararı oluşturan veya arttıran kusurlu davranışı kasten veya ihmalen gerçekleşebilir. Zarar gören alacaklı zararın artmasını isteyerek gerekli önemleri almıyorsa ya da zararı arttırmak için uğraş veriyorsa kast söz konusudur. İhmal ise zarar gören alacaklının zararın oluşmaması veya artmaması için gerekli özen ve dikkati göstermediği durumlarda ortaya çıkar.¹³⁷ İhmal; hafif ihmal ve ağır ihmal olarak karşımıza çıkmaktadır. Hafif ihmal; dikkatli ve tedbirli kişinin göstermesi gereken özene aykırı hareket edilmesi iken

¹³⁴ YAĞCI, s.144.

¹³⁵ KURT, Leyla Müjde; “ Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, AÜHFD, 64(3) 2015, s.775-814, 778; TOPUZ, s.249-250.

¹³⁶ YÜNLÜ, s.351.

¹³⁷ KURT, s.798.

ağır ihmal; fiili gerçekleştirme ihtimali olan herkesin göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi durumudur.¹³⁸

Zarar gören alacaklının objektif kusuru ise zarar görenle aynı şartlar altındaki (aynı yer, zaman, mekân, meslek, cinsiyet) makul bir kişinin göstereceği davranış tarzına bağlı olarak belirlenecektir.¹³⁹

TBK m. 52/1' e göre; “ *Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir*”

Hâkim bu hükme göre öncelikle somut olayı değerlendirerek zarar gören alacaklının kusur derecesine karar verecek sonra da tazminat indirim oranını hesaplayacaktır.¹⁴⁰

Ortaya çıkan zararın oluşmasında alacaklının fiili nedensellik bağına kesecek derecede ağır ise alacaklının zarara kendi başına katlanması gerekir.¹⁴¹

¹³⁸ TUNÇOMAĞ; s.56.

¹³⁹ KURT, s.781; TANDOĞAN(Mesuliyet), s.322; NOMER, Haluk Nami, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996, s.87.

¹⁴⁰ KURT, 801; TOPUZ, s.249; TANDOĞAN(Mesuliyet), 322-323; ARSLAN, 138.

Ayırt etme gücü olmayan zarar görenin kusurlu davranışta bulunması durumunda ise TBK 65.madde hükmü gereğince hakkaniyete göre tazminattan indirim yoluna gidilir.¹⁴²

Daha büyük zararların oluşumunu engellemek için zarar gören tarafından henüz zarar görmemiş malvarlığı değerlerine zarar verilmesi durumunda da bu zararın borçlu tarafından karşılanması gerektiği düşünülebilir. Örnek verecek olursak şehirlerarası yolda otobüs firması ile seyahat halindeyken şoförün hatası sebebiyle kaza yapan otobüsteki yolcunun otobüsten çıkmak için dizi üstü bilgisayar ile camı kırması durumunda zararı karşılaması gereken otobüs firmasıdır.¹⁴³

Sadece zarar gören alacaklının kusurlu fiilleri değil alacaklı yardımcısının fiilleri de tazminattan indirim sebebi oluşturur. Örneğin; evde yapılan inşaat sırasında yangın çıkması durumunda yangının sebebinin ev sahibinin oğlunun inşaat işçilerine vermiş olduğu bozuk uzatma kablosu olduğunun ortaya çıkması durumunda ev sahibi oğlunun kusurlu fiilinden dolayı tazminatta indirime gidilir veya hiç tazminat ödenmez.

¹⁴¹ ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım 5.Basım, İstanbul 1995i s.114; TOPUZ, s.250; YAĞCI, s.144.

¹⁴² TANDOĞAN(Mesuliyet), s.325; ŞENOCAK, s.228-229; KURT, s.807; YAĞCI, s.147.

¹⁴³ YÜNLÜ, s.356.

Bir diğ er tazminatta indirim sebebi ise borçlunun hafif kusurudur. Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için somut olayda gerçek kusurunun bulunmasının gerekmediğini farazi kusurunun bulunmasının yeterli olduğunu daha önce ifade etmiştik. Zararın yardımcı kişinin fiillerinden doğması durumunda tazminattan indirim yapılabilmesi için borçlu eğer yardımcı kişinin yerinde olsaydı ve bu fiilleri kendisi gerçekleştirseydi kusuru ne derecede olurdu diye d        meli ve buna göre değerlendirme yapılmalıdır¹⁴⁴. Bu değerlendirme sonucunda TBK madde 51/1'e göre; borçlu ağır kusurlu kabul ediliyorsa tazminatta indirim yapılmayacak hafif kusurlu olduğu kabul edilirse tazminatta indirime gidilecektir.¹⁴⁵

TBK madde 52/2'ye göre; zarar verenin tazminatı ödeyip yoksulluğa d    mesi durumunda hâkim hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazminatı indirebilecektir. Kanun koyucu TBK madde 51/1 h  k  m   ile hafif kusur durumunda indirim yapılabilceğini düzenlemesine rağmen yoksulluğa d    me durumunu ayrı tutarak bu konuda farklı bir düzenleme yapmıştır. Borçlunun yoksulluğa d    mesi kavramı ile anlaşılması gereken hayatını devam ettirmek için gereken ihtiyaçlarını tek ba  ına gideremeyecek olmasıdır.¹⁴⁶ Borçlunun yoksulluğa d    cek olması sebebiyle indirim yapılabilmesi için hakkaniyet de

¹⁴⁴ ŞENOCAK, s.226; Y      , s.347.

¹⁴⁵ N  MER, s.80; KILI  Oğ  LU, Mustafa Sorumluluk Hukuku C. 1 Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.126; G    DOğ  DU, s.295.

¹⁴⁶ T    DOğ  N(Mesuliyet), s.326; N  MER, s.151; TOPUZ, s.251.

bunu gerektirmelidir.¹⁴⁷ Yoksulluğa düşme tazminatın ödenmesi sebebiyle olmalıdır bağımsız başka bir sebeple yoksulluğa düşülmüş olması veya tazminat ödenmeden önce de yoksul bir kimse olunması, tazminattan indirim sebebi teşkil etmeyecektir.¹⁴⁸ 52. Maddede hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanınmakla birlikte bu yetki sadece tazminatın indirilmesi içindir tazminatı kaldırmaya yönelik değildir.

Tazminatın indirim sebepleri kanunda tahdidi olarak sayılmamış 51/1 hükmü gereğince durumun gerektirdiği hallerde tazminatta indirime gidilebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla hâkim takdir yetkisini kullanarak tazminatta indirime gidebilecektir.

Alacaklı alışılmışın üstünde malvarlığına sahip ise hâkim takdir yetkisini kullanarak tazminatta indirime gidebilir.¹⁴⁹

Alacaklı ile borçlu arasında hatır işlemi olduğu durumlarda da tazminattan indirime gidilebilecektir.¹⁵⁰ Hatır işlemi; yardım etmek için veya

¹⁴⁷ TANDOĞAN(Mesuliyet), s.326; GÜNDOĞDU, s.296; KILIÇOĞLU M, s.124; ARSLAN, s.140.

¹⁴⁸ ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II , Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s.461; ARSLAN, s.140.

¹⁴⁹ NOMER, s.157; KILIÇOĞLU M, s.138; ARSLAN, s.141.

¹⁵⁰ TANDOĞAN(Mesuliyet), s.327; OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s.129.

nezaketen yapılan karşılıksız veya çok cüzi bir miktar karşılığında gerçekleştirilen işlerdir.¹⁵¹

Beklenmedik hal sebebi ile ortaya çıkan veya artan zarar bakımından da borçlunun yükümlü olduğu tazminat miktarında hakkaniyet gereği indirimle gidilecektir. Beklenmedik hal; zarar gören veya zarar verenden bağımsız olarak gerçekleşen dış faktörler neticesinde herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kaçınılmaz şekilde ihlali sonucunu doğuran olaydır.¹⁵² Beklenmedik hal, kaçınılmazlık özelliği

¹⁵¹ AYDIN ÖZDEMİR, Elif, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2017, s.119; TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1994, s.146, NOMER, s.160. *“Zararlı sonuç doğuran olay, failin zarar gören yararına hatır işinde bulunduğu sırada meydana gelmiştir. Zarar, zarar verenin hiçbir karşılık almadan, zarar gören yararına yaptığı bir iş, bir eylem sonucunda meydana gelmişse, hâkim, olayın bu oluş tarzını da gözeterek tazminattan indirim yapabilecektir. Hatır işleri ve bu arada özellikle de hatır taşımacılığı, bir indirim sebebi olarak 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 87. Maddesinde hükme bağlanmıştır. Hatır için taşımada salt yolcunun yararı bulunduğu açıktır. Buradaki amaç olayın özelliklerine göre hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaktır.”*

(<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2010-4-130-k-2010-161-t-17-03-2010-haksiz-fiilden-dogan-tazminatin-belirlenmesi/749683/>), (S.E.T. 07.04.20229).

¹⁵² TANDOĞAN(Mesuliyet), s.46; EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1970, s.139.

taşıdığından ve borçluya isnat ettirilemeyecek olduğundan borçlunun engelleyemeyeceği ve sebep olmadığı durumdan sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle tazminatında indirim gidilmesi gerekecektir.

Zarar gören kişinin zararı doğuran fiillerinden normal bir insana göre daha fazla etkilenmesi zarar görenin yapısal yatkınlığı olarak tanımlanır¹⁵³ Bu da beklenmeyen hal olarak kabul edilir. Zarar görenin yatkınlığı bir davranış veya kusur değildir ancak hakkaniyet gereği tazminattan indirim sebebidir.¹⁵⁴ Zarar görenin yapısal yatkınlığı sadece fiziksel değil aynı zamanda ruhsal bazı bozukluklar için de tazminattan indirim sebebi oluşturur.¹⁵⁵ Örneğin sağlıklı bir kişiye basit müdahale ile giderilebilecek düzeyde zarar veren yaralama, hemofili hastasının ölümüne yol açabilir.¹⁵⁶

Mücbir sebep, önceden öngörülemeyen şahıs ile irtibatı bulunmayan engel olunamaz şiddette kendini gösteren olağanüstü olaydır. Beklenmedik halden farklı olarak illiyet bağının kestiği için tazminat sorumluluğunu azaltmaz ortadan kaldırır.

¹⁵³ TANDOĞAN(Mesuliyet), s.327; AYDIN ÖZDEMİR, s.114.

¹⁵⁴ EREN,(Genel Hükümler) s.738; TİFTİK, s.155; AYDIN ÖZDEMİR, s.115.

¹⁵⁵ TİFTİK, s.154; AYDIN ÖZDEMİR, s.115.

¹⁵⁶ TANDOĞAN(Mesuliyet), s.327-328; EREN (Genel hükümler), s.738; AYDIN ÖZDEMİR; s.115.

C. Sorumluluk ve Rücu İlişkisi

1. Borçlu ve yardımcı kişi arasındaki ilişki

Borçlu ile yardımcı kişi arasında rücu ilişkisi adam çalıştıran ile çalışan arasındaki rücu ilişkisi gibi açıkça düzenlenmemiştir. Ancak benzer kurum olan adam çalıştıran ile çalışan arasındaki rücu ilişkisi açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 66/4 'e göre; *“Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”* Yardımcı kişi ile borçlu arasındaki rücu ilişkisinin kanunda açıkça ve özel olarak düzenlenmemiş olması rücu ilişkisinin olmayacağı anlamına gelmez. Bu konuda borçlar kanununun genel hükümlerine gidilerek çözüme varılır.¹⁵⁷

Rücu ilişkisinin hangi hükümlere göre çözümleneceğine karar verebilmek için öncelikle borçlu ve yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişkinin kaynağına bakılmalıdır. Bu ilişki sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi haksız fiilden de kaynaklanabilir. Ancak her iki durumda da borçlu yardımcı kişiye veya alt yardımcı kişiye kusuru oranında rücuda bulunabilir. Yardımcı kişinin zarar doğuran fiil bakımından kusuru yok ise borçlu rücuda bulunamaz. Ancak yardımcı kişinin aynı zamanda kusursuz da olması gerekir¹⁵⁸

Borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşme olduğu durumda rücu ilişki sözleşme ile taraflarca belirlenmiş olabilir o halde rücu ilişkisi bakımından

¹⁵⁷ ARSLAN, s.148; YAĞCI, s.188.

¹⁵⁸ YÖNET, S.278.

öncelikle taraf iradeleri esas alınmalıdır.¹⁵⁹ Sözleşme ile rücu tamamen ortadan kaldıran veya sınırlayan sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir.¹⁶⁰

Borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa haksız fiillerden doğan borç ilişkilerindeki müteselsil sorumluluk hükümlerine gidilir.¹⁶¹

Borçlunun yardımcı kişiye rücu edebilmesi için aralarında sözleşme ilişkisi olması daha yararına olacaktır çünkü sözleşme ilişkisinde ispat yükü yardım kişi üzerindedir ve kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir, ancak haksız fiilden doğan ilişkilerde ispat yükü borçlunun üzerinde olacaktır, borçlu yardımcı kişinin kusurunu ispat etmelidir.¹⁶²

2. Yardımcı kişi ile alacaklı arasındaki ilişki

Alacaklı ile yardımcı kişi arasında kural olarak herhangi bir borç ilişkisi bulunmamaktadır.¹⁶³ Bu sebeple alacaklı yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlar için 116.maddeye göre doğrudan yardımcı kişiye başvuramaz ancak borçluya başvurabilir. Alacaklı ancak yardımcı kişinin haksız fiillerinden doğan

¹⁵⁹ YÖNET, s.279-280; YAĞCI, s.188.

¹⁶⁰ YÜNLÜ, s.374; ARSLAN, s.148; MİNE, s.182; YÖNET; s.278.

¹⁶¹ Şenocak, S.262; Tandoğan(Mesuliyet), s.451-452; KARAHASAN, s.1408.

¹⁶² ŞENOCAK, s.262; ARSLAN, s.149; YÜNLÜ, s.372; YAĞCI,189; YÖNET, 281; TUNÇOMAĞ, s.848; ARSLAN, s.148.

¹⁶³ YÜNLÜ, s.378.

zararlar için doğrudan yardımcı kişiye başvurabilir.¹⁶⁴ Borçlu alacaklıya karşı TBK m.116 kapsamında sorumlu olurken yardımcı kişi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Borçlu ve yardımcı kişi farklı sebeplerden sorumlu olsalar da aynı zarar için sorumlu olduklarından bu sorumluluk müteselsil sorumluluktur. Alacaklı zarardan fazla tazminat alamayacağı için müteselsil borçlulardan birinin zararı tazmin etmesi durumunda diğeri hakimden zararın kusurları oranında paylaştırılmasını ve fazla ödemede bulunmuşsa diğesine rücu edilmesini talep eder. Ancak her durumda alacaklının taraflardan alacağı tazminat miktarı eşdeğer olmayacaktır çünkü bir taraf için oluşan tazminattan indirim sebepleri diğeri taraf için oluşmamış olabilir.¹⁶⁵

Örnek verecek olursak alacaklı ile borçlu arasında sorumsuzluk anlaşması olduğu takdirde borçlu sorumluluktan kurtulabilecekken yardımcı kişi için bu anlaşma hükümleri geçerli olmayacaktır.¹⁶⁶

Taraflardan birinin fiilleri ağır kusurlu iken diğeri fiilleri hafif kusurlu olabilir. Bu durumda hafif kusuru olan taraf tazminattan indirim talep edebilecektir. Alacaklı zararını borçludan talep ettiğinde tamamını

¹⁶⁴YÜNLÜ, s.378; ARSLAN, s. 150; YÖNET, s.281; TANDOĞAN(Mesuliyet,), s.452; KARAHASAN, s.1409; TEKİNAY, s.901.

¹⁶⁵ YAĞCI, s.189; ŞENOCAK, s.264.

¹⁶⁶ ARSLAN, s.150

karşılayabilecekken yardımcı kişiye başvurması durumunda ise TBK m.52/2 hükümleri uygulanacağından tazminatta indirim yoluna gidilebilir.¹⁶⁷

Ekonomik olarak borçlu genellikle yardımcı kişiden daha iyi durumdadır. Yardımcı kişinin tazminat ödediği takdirde yoksulluğa düşeceği durumlarda TBK m.52/2'ye göre indirim yapılabilir.¹⁶⁸

TBK m.114'e göre; iş borçlu için bir fayda sağlamıyorsa sorumluluğu daha hafif değerlendirilerek tazminatta indirime gidilebilecektir.¹⁶⁹

Yardımcı kişinin alacaklı ile hizmet ilişkisi içinde olması durumunda da şartlar oluştuğu takdirde yardımcı kişi için tazminattan indirimle gidilebilecektir.¹⁷⁰

Yardımcı kişinin kendi lehine yardımcı kişi kullanması durumunda ise yardımcı kişi ile alacaklı arasında doğrudan bir borç ilişkisi olmasa da dürüstlük kuralları gereğince yardımcı kişilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yolu ile uygulanmalıdır.

Borçlunun yardımcı kişinin seçiminde herhangi bir söz hakkı olmamış ve adeta zorunlu kalmışsa ya da tekel durumundaki yardımcı kişi söz konusu ise direkt yardımcı kişiye gidilebilmektedir.¹⁷¹

¹⁶⁷ YÜNLÜ, 381.

¹⁶⁸ ŞENOCAK, s.264; ARSLAN, s.150.

¹⁶⁹ YÜNLÜ, s.382.

¹⁷⁰ YÜNLÜ, s.382.

Taraflardan birisi alacaklı ile ibra sözleşmesi yaptığı takdirde TBK m.166/3'e göre; *“Alacaklının borçlulardan birisi ile yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.”*

3. Müteselsil sorumluluk ilişkisi

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun giderilmesi bakımından birden fazla borçlunun olduğu durumlarda borçlular arasında müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Müteselsil borçluluk TBK m.162' de ifade edildiği üzere; *“ Borçludan her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar. Böyle bir bildirim yoksa müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğar.”* Dolayısıyla alacaklı zararı istediği borçludan talep etme imkânına sahip olacaktır.¹⁷² Müteselsil borçluluğun olduğu durumda alacaklının başvurabileceği borçlu sayısı artmıştır ve müteselsil borçlular kural olarak borcun tamamından sorumludur: İç ilişkide borcun paylaşılmasına yönelik anlaşılmış olsa da bu paylaşımı alacaklıya karşı ileri süremezler.¹⁷³

¹⁷¹ YÜNLÜ, s.382.

¹⁷² ARAT, Ayşe, “Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Dergisi, 26(2), 325-366, s.326-327; ARSLAN, s.151; YÜNLÜ, s.389.

¹⁷³ ARAT, s.329; ARSLAN, s.151.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından müteselsil borçluluk kurumunun karşımıza çıkabileceği iki ihtimal vardır. Bunlardan ilki birden fazla borçlunun aynı yardımcı kişiyi kullanmasıdır. Belki bir işi birlikte yapmak için bir araya gelen borçlular yardımcı kişinin fiillerinden dolayı alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır.¹⁷⁴ Yardımcı kişi her bir borçlunun yardımcı kişisi olarak görev yapacaktır.

Yardımcı kişilerin sorumluluğu bakımından müteselsil borçluluğun ortaya çıktığı diğer ihtimal ise borçluların aynı zamanda ortak yardımcı kişi statüsünde olmasıdır.¹⁷⁵ Bunun en tipik örneği ameliyata giren doktorların, ameliyatta her birinin birbiri için yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmasıdır.¹⁷⁶

¹⁷⁴ ŞENOCAK, s.257-258; YÜNLÜ, s.389; ARSLAN; s.151.

¹⁷⁵ ŞENOCAK, s.258; ARSLAN; s.152.

¹⁷⁶ ŞENOCAK, s.259; YÜNLÜ, s.390.

3. BÖLÜM: YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN DOĞAN SORUMSUZLUK ANLAŞMASI VE SINIRLARI

I. Sorumsuzluk Anlaşması Kavramı

A. Tanımı ve Amacı

Türk Borçlar Kanunu'nun 115 ve 116. maddelerinde kanun koyucu tarafından ele alınan sorumsuzluk anlaşması kavramını açıklamadan önce borçlar hukuku kapsamında borç ilişkisi ve sorumluluk kavramlarını açıklamak daha doğru olacaktır. AKMAN'a göre; borç ilişkisi; “ *en az iki kişi arasında gelişen ve bunlardan birini(borçlu) diğerine(alacaklı) karşı bir edimi yerine getirmekle yükümlü kılan ilişkidir.*”¹⁷⁷ Dolayısıyla borç ilişkisi alacaklıya talep hakkı verirken borçluya yükümlülük yükler. Söz konusu yükümlülük; verme, yapma veya yapmama şeklinde yerine getirilebilir. Borçlu yükümlülüğü yerine getirmede tamamen serbest bırakılmamış alacaklı hukuk düzeni tarafından korunmuştur. Sorumluluk; borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda karşı karşıya kalacağı yaptırım türüdür.¹⁷⁸ Borçlar hukukunda sorumluluk iki şekilde mümkündür. Birincisine öğretide “*...den sorumluluk*” denilirken ikincisi “*...ile sorumluluk*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁷⁷ AKMAN, Galip Sermet; Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Karan Matbaası, İstanbul 1976, s.8.

¹⁷⁸ AKMAN, s.8;

Hukuka aykırı ya da borca aykırı fiilden doğan sorumluluk veya sözleşmeden doğan sorumluluk “den sorumluluk” olarak adlandırılır.¹⁷⁹ “...den sorumluluk” tazminat borcunun sebebini oluşturur.¹⁸⁰

Bir diğer sorumluluk türü ise borçlunun borcunu yerine getirmediği takdirde malvarlığıyla sorumlu olacağı “... ile sorumluluk” çeşididir.¹⁸¹ “...ile sorumluluk” çeşidinde borçlu tüm malvarlığı ile sınırsız ve şahsi olarak sorumludur.¹⁸²

Sorumsuzluk anlaşması; *“Borçlunun veya yardımcı kişinin fiillerinden kaynaklanan zararın doğmasından önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya*

¹⁷⁹ EREN,(Genel Hükümler), s.79; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 26; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.23; ARSLAN, s.54; TEKELİOĞLU, Numan, “Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, SDÜHFD C.6, S.1-2, 2016, s.3-4;

¹⁸⁰ MERAL, Ömer Oğuzhan; “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’ a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s.1139-1206.

¹⁸¹ BAŞALP, Nilgün, s.6; EREN (Genel Hükümler), s.84; OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.17;

¹⁸² OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), s.16.

*örtülü şekilde yapılan ve alacaklının tazminat isteminin oluşmasını kısmen veya tamamen bertaraf eden hukuki işlemdir.*¹⁸³

Kusur çeşidine göre sorumluluğun kaldırılmak istenmesiyle oluşan sorumluluk anlaşmalarına *“dar anlamda sorumsuzluk anlaşması”* denir.¹⁸⁴ *“...sorumluluk kabul edilmez”, “...gelen zararlardan sorumlu değiliz”* gibi genel ifadelerle sorumluluk kaldırılmaya çalışılır. Kusur çeşidiyle bağlı olmayan ancak borçlu karşısında alacaklının durumunu zayıflatan şartlar da sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilir. BAŞALP’in de ifade ettiği gibi¹⁸⁵; örneğin; *“zamanaşımı süresinin kısaltılması”, “ifanın gerçekleşmemesi halinde dava açılmayacağı ve tazminat talep edilemeyeceği”,¹⁸⁶ “uyuşmazlık halinde banka kayıtlarının esas alınacağı”¹⁸⁷* gibi kayıtlar *“geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması”* olarak nitelendirilmektedir. Hem dar hem geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği esas sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır.¹⁸⁸

¹⁸³ AKMAN, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.7; ERTEN, Ali, Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, s.38; BAŞALP, Nilgün, s.10; EREN(Genel Hükümler), s.1112-1113.

¹⁸⁴ BAŞALP, s.10; ARSLAN, s.53.

¹⁸⁵ BAŞALP, s.12-13.

¹⁸⁶ Y. 11HD, E.1995/8312, K. 1995/9482, T. 22.12.1995.

¹⁸⁷ YHGK, E. 1995/11-425, K. 1995/616, T. 14.06.1995.

¹⁸⁸ AYAN, Elif, “Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s.97; AKMAN, s.7; MERAL, s.1146.

Sorumsuzluk anlaşmasının amacı; borçludan kaynaklanan sözleşmeye aykırılık durumlarında sorumluluğun sınırlandırılmasını veya kaldırılmasını sağlamaktır.¹⁸⁹ Böylece borçlunun herhangi bir tazminat ödemesinin önüne geçilmeye çalışılır.¹⁹⁰ Taraflar sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılmasını borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak gerçekleştirirler. Sözleşme serbestisi ilkesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26.maddesinde de şu şekilde ele alınmıştır: *“Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* Sözleşme serbestisi ilkesi kendi içinde alt başlıklara ayrılmaktadır. Bu alt başlıklar içeriği belirlemeye yöneliktir. Buna göre; taraflar istedikleri sözleşmeyi kurabilirler, sözleşmenin tarafını belirleyebilirler, sözleşmenin şeklini belirlerler, sözleşmeyi değiştirebilirler veya sonlandırabilirler, içeriği ve tipi belirleyebilirler. Ancak sözleşme serbestisi sınırsız değildir. Sorumsuzluk anlaşması yapılmasındaki temel amaç; borçlunun ifası nedeniyle alacaklının zararını tazmin yükümlülüğünün borçlu yararına olacak şekilde kaldırılmasıdır.¹⁹¹ Başka bir ifade ile borçlunun borcunu hiç yerine getirmemesi veya gerektiği gibi ifa etmemesi durumunda alacaklının borç ilişkisinden kaynaklanan taleplerini sınırlandırmak sorumsuzluk anlaşmasının asıl amacıdır.¹⁹²

Taraf iradeleri bütün sözleşmeler için geçerli olan sınırlar yanında bir de sadece sorumsuzluk anlaşmasına özgü özel sınırlar ile

¹⁸⁹ BAŞALP, s.17.

¹⁹⁰ TEKELİOĞLU, s.5.

¹⁹¹ MERAL, s.1145.

¹⁹² BAŞALP, s.17.

sınırlandırılmaktadır.¹⁹³ Kanun koyucu her ne kadar sorumsuzluk anlaşması yapılmasını irade serbesti gereği uygun görmüşse de taraflar arası eşitliği sağlamak için sınırlayıcı hükümler öngörmüştür. TBK'nın 115 ve 116. Maddelerinde; ağır kusur hali, borçlu ve alacaklı arasındaki hizmet sözleşmesi, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilmesi durumu ve yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluk hallerinde sorumsuzluk anlaşmasıyla ilgili kanun koyucu tarafından özel sınırlandırmalar getirilmiş bulunmaktadır. İlerleyen bölümlerde sorumsuzluk anlaşmasıyla ilgili hem genel sınırlandırmalar hem de özel sınırlandırmalar incelenecektir.

B. Hukuki Niteliği

Sorumsuzluk anlaşması alacaklı ve borçlunun meydana getirdiği iki taraflı bir hukuki işlemdir. Sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olabilmesi için tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları olmalıdır.¹⁹⁴ Hukuki işlemler çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Hukuki işlemler yaptıkları etkiye göre borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olmak üzere ikiye ayrılır. “*Tasarruf işlemi; bir hakkı doğrudan etkileyerek onu devreden, sınırlayan, sona erdiren veya onun içeriğini değiştiren işlemdir.*”¹⁹⁵ Sorumsuzluk anlaşması da alacaklıya mevcut olmayan ancak gelecekte ortaya çıkma ihtimali olan tazminat talep hakkı üzerinde

¹⁹³ ARSLAN, s.57.

¹⁹⁴ ERTEN, s.89.

¹⁹⁵ HAMAMCIOĞLU, s.53.

tasarrufta bulunma imkânı verdiği için bir tasarruf işlemidir.¹⁹⁶ Bu sözleşme ile alacaklının malvarlığında aktifler kısmında yer alması gereken tazminat talep hakkı doğrudan etkilenmektedir.¹⁹⁷

Alacaklı için tasarruf işlemi olarak kabul edilen sorumsuzluk anlaşması borçlu bakımından ise kazandırıcı işlem niteliğindedir. Şöyle ki; bu anlaşma ile borçlunun malvarlığının azalması önlenmeye çalışılmaktadır.

Sorumsuzluk anlaşması aynı zamanda karşılıksız bir anlaşmadır. Borçlu kazandırıcı işlemin karşılığı olarak bir yükümlülük altına girmez. Bu sebeple sorumsuzluk anlaşması ile gerçekleşen kazandırma hukuki sebep olarak bağışlama maiyetindedir.¹⁹⁸

C. Genel Özellikleri

1. Sözleşme olmalı

Sorumsuzluk anlaşması hukuki niteliği itibariyle iki taraflı bir hukuki işlemidir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile gerçekleştirilen bir sözleşmedir. Sorumsuzluk anlaşması asıl sözleşmenin içinde yer alabileceği gibi asıl sözleşmeye ek ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilmektedir. Ancak her iki halde de sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği

¹⁹⁶ AKMAN, s.12.

¹⁹⁷ ERTEN, s.90; AKMAN, s.13;

¹⁹⁸ AKMAN, s.14.

asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olacaktır.¹⁹⁹ Sözleşmeler tarafların esaslı noktalar üzerinde uyuşması ile kurulur. Esaslı unsurlar ise objektif esaslı unsur ve sübjektif esaslı unsur olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif esaslı noktalar; sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan asgari unsurlar, sözleşmede kanunen mutlaka bulunması gereken noktalardır.²⁰⁰ Sübjektif esaslı noktalar ise kanunen esaslı sayılmayan ancak taraflarca sözleşmede yer almaması durumunda sözleşmenin hiç kurulmamış olmasını sağlayan unsurlardır.²⁰¹

Sorumsuzluk anlaşmaları uygulamada daha çok ana sözleşmeye ek olarak yapıldığı için objektif esaslı unsur olarak nitelendirmek doğru değildir ancak sübjektif esaslı unsur olabilmektedir. Sorumsuzluk anlaşmasının sübjektif esaslı unsur olup olmayacağı taraf iradelerine bağlı olarak değişir. Taraflardan birinin sorumsuzluk anlaşmasını sübjektif esaslı unsur kabul etmesi ve bunun diğer tarafça bilinebilir olması halinde taraflarca uyuşma varsa sözleşme kurulmuş olur uyuşma olmazsa sözleşme kurulmaz.

TBK m.2'ye göre ise; *“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılır.”* Hükme göre sorumsuzluk anlaşmasının yan yana ikinci derece olarak görüldüğü durumlarda taraflar esas noktalarda

¹⁹⁹ EREN (Genel Hükümler), s.1110.

²⁰⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.73.(2014); TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.74.

²⁰¹ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.74; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.74; BAŞALP, s.20.

uyuşmuşlarsa sorumsuzluk anlaşmasıyla ilgili görüşme yapılmaması veya görüşmenin sonuca bağlanmaması veya sonucun sonraya bırakılması durumlarında 2.maddedeki karineye göre sözleşme kurulmuş sayılacaktır.²⁰² Sorumsuzluk anlaşmasının sübjektif esaslı unsur olduğunun ispat edilmesi durumunda ise karine çürütülerek sözleşmenin kurulmadığı kabul edilecektir.

Sözleşmeler tarafların karşılıklı irade beyanları olan öneri ve kabulü ile kurulmaktadır. Sözleşmelerin kurulmasını sağlayan taraf iradeleri açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. İrade beyanı anlamı doğrudan kendisinden çıkarılabilecek şekilde yapılmışsa açık(sarih), dolaylı yoldan iradenin varlığı anlaşılıyorsa örtülü(zımni) şekilde yapılmış demektir.²⁰³ Her iki beyan türü de aynı etkiyi doğurma özelliğine sahiptir her ikisi ile de hukuki işlem kurulabilir.

Sorumsuzluk anlaşması bakımından öneriyi büyük bir çoğunlukla borçlu taraf yapmakta kabulü ise alacaklı taraf yapmaktadır. Bu sözleşme yapısı gereği borçlunun lehine alacaklının ise aleyhine olduğu için örtülü olarak sorumsuzluk anlaşması yapmak alacaklı bakımından ve sözleşmenin niteliği bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Normal şartlar altında hiçbir alacaklı kendisinin aleyhine olacak şekilde haklarından vazgeçmeyeceği için örtülü beyan ile sorumsuzluk anlaşması kurulması durumunda detaylı inceleme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşme önerisinin borçludan geldiği hallerde alacaklının susması durumunda TBK m.6'da yer alan örtülü kabule ilişkin hükme göre sözleşmenin kurulduğunun kabul edilmesi için sorumsuzluk

²⁰² BAŞALP, s.21; ARSLAN, s.65.

²⁰³ AKMAN, s.32-33.

anlaşmasının alacaklıya açık bir şekilde bildirilmiş olması ve alacaklının hal ve şartlar ile işin niteliğine göre itiraz etmesi gerekirken susmuş olması gerekir.²⁰⁴

İşin niteliği gereği açık bir kabule gerek olup olmadığı ve susanın ret cevabı verme zorunluluğunun olup olmadığına bakılmalıdır.²⁰⁵ Sorumsuzluk anlaşmasının yapısı gereği öneriye karşı red cevabı verme zorunluluğu olmadığından susmanın örtülü kabul olması gerektiği yönünde bir zorunluluk yoktur. Bakılması gereken başka bir nokta ise susan tarafın hukuki durumunun iyileşmesidir. Sorumsuzluk anlaşmalarında genellikle alacaklının tazminat talep hakkı elinden alındığı için hukuki durumunda iyileşme olmaz. Ancak alacaklının önerisi ve borçlunun kabulü ile yapılan sorumsuzluk anlaşmalarında borçlunun susması durumunda sözleşmenin kurulmuş olduğu kabul edilebilir. Borçlunun öneride bulunduğu durumda ise alacaklı bakımından bir iyileşme olmadığı için susma ile sözleşme kurulmaz.²⁰⁶

Örtülü kabul olarak kabul edilebilecek diğer bir durum ise ilan yoluyla sorumsuzluk anlaşması kurulmasıdır. İlan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

İlk görüşe göre²⁰⁷; ilan yoluyla yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olması için sözleşmenin yapılmasından önce alacaklının ilanı görmesi ve

²⁰⁴ AKMAN, s.34; ERTEN, s.98; BAŞALP, s.24-25.

²⁰⁵ BAŞALP, s.25; ARSLAN, s.65.

²⁰⁶ BAŞALP, s.25; ARSLAN, s.65

²⁰⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP; s.1176.

incelemesi gerekmektedir. Sözleşmeden önce ilan gören ve bilen alacaklının susması sorumsuzluk anlaşmasını kabul ettiği anlamına gelir. Sorumsuzluk doğuran ilanların sözleşme yapıldıktan sonra görülmesi sözleşmeyi geçerli hale getirmez.

İkinci görüşe göre ise; büyük çoğunlukta ekonomik olarak kendisinden daha üstün olan borçlunun ilan yoluyla bildirildiği sorumsuzluk anlaşmaları alacaklıyı savunmasız duruma sokacağından bu yol ile sorumsuzluk anlaşması kurulması geçerli olmamalıdır.²⁰⁸ Sorumsuzluk anlaşması ilan yoluyla yapılması durumunda tam olarak birbirine uygun irade beyanlarının olduğu söylenemez çünkü genellikle tek bir tarafın hazırladığı şartarı diğer taraf kabul etmektedir. Bu kayıtlar TBK m.27'de ele alınan genel işlem koşullarına göre değerlendirilmelidir.

2. Tasarruf işlemi olmalı

Bir hakka doğrudan etki sağlayarak onu devreden, kaldıran, değiştiren ya da sınırlandırma yapan hukuki işlemlere tasarruf işlemi denir.²⁰⁹ Tasarruf işlemleri mevcut haklar üzerinde gerçekleşebileceği gibi henüz doğmamış ancak ileride doğacak haklar üzerinde de gerçekleşebilir. Sorumsuzluk anlaşması bakımından ise alacaklı borçlunun fiilinden doğan zararının karşılanması için ileride doğacak olan tazminat talep etme hakkından vazgeçmektedir. Sorumsuzluk anlaşması; alacaklı bakımından ileride

²⁰⁸ AKMAN, s.38; TANDOĞAN, s.455; ERTEN, s.112; MERAL, s.1147.

²⁰⁹ HAMAMCIOĞLU, s.53; EREN (Genel Hükümler), s.173.

malvarlığının aktifinde yer alacak olan tazminat hakkından vazgeçilmesiyle tasarruf işlemi niteliği taşıırken borçlu bakımından ise malvarlığında gerçekleşmesi gereken azalma olmadığı için kazandırıcı işlem niteliğindedir.²¹⁰ Sorumsuzluk anlaşmalarının hukuki sebebi ise bağışlamadır.²¹¹

Alacaklının tasarruf işleminin yapılması esnasında tasarruf yetkisini haiz olması gerekir,²¹² yani tam fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Alacaklı mümeyyiz küçük veya kısıtlı ise yasal temsilcisinin izni ile sorumsuzluk anlaşması yapabilir.²¹³

3. Şekle tabi olmamalı

Hukuki işlemin tarafları iradelerini diledikleri şekilde açıklayabilirler. Kanun koyucu kural olarak sözleşmeler için şekil bakımından bir zorunluluk getirmemiştir. TBK m.12'ye göre; *“Sözleşmenin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir.”* Ancak hükümden de anlaşılacağı üzere istisnai olarak şekil zorunluluğu getirilmesi mümkündür. Bir sözleşmenin şekle tabi olduğu özel olarak belirtilmişse o sözleşme için şekil şartına uyulmadığı takdirde geçersiz sayılır. Sözleşmenin şekle tabi olacağı kanunda belirtilmemişse kural olarak şekil serbestisi var demektir.

²¹⁰ AKMAN s.90;

²¹¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.1175; AKMAN s.14.

²¹² AKMAN, s.41

²¹³ AKMAN, s.41.

Konuyu sorumsuzluk anlaşması bakımından inceleyecek olursak; genel hükümlerde ve özel hükümlerde sorumsuzluk anlaşmasının şekle tabi olup olmadığıyla ilgili kanun koyucu tarafından herhangi bir düzenleme yapılmadığı için şekil şartı olmadığı kabul edilmektedir. Ancak sorumsuzluk anlaşması genellikle esas sözleşmeye ek olarak yapıldığından esas sözleşmenin şekle tabi olması durumunda veya tarafların kendi iradeleriyle esas sözleşmeye şekil şartı koyması durumunda da aynı şekle onun da tabi olup olmayacağı konusu tartışmalıdır.

Kanunen şekle bağlı anlaşmalarda sorumsuzluk anlaşması yapılması durumunda ilk görüşe göre; sadece objektif esaslı unsurlar şekle tabidir.²¹⁴ Bu görüşe göre sorumsuzluk anlaşması objektif esaslı unsur olmadığından şekle de tabi olmayacaktır. İkinci görüşe göre ise hem objektif hem de sübjektif esaslı unsurların şekle tabi olması gerektiğini savunmaktadır.²¹⁵ Bu görüşe göre sorumsuzluk anlaşması sübjektif esaslı unsur teşkil edeceğinden şekil şartına uyulması gerekmektedir aksi takdirde geçersiz sayılmalıdır. Alacaklı açısından daha dezavantajlı olsa da sorumsuzluk anlaşması bakımından kanunda özel olarak şekil şartı öngörülmediğinden ve aksi uygulamanın sözleşme serbestisine ve 12. maddeye aykırılık doğuracak olmasından dolayı ilk görüşün benimsenmesi daha yerinde olacaktır.

²¹⁴ AKMAN, s.42; BAŞALP, s.40; ERTEN, s.93; AYAN, s.7; MERAL, s.1150; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.1177.

²¹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), s.155(2014); TEKELİOĞLU, s.10.

Taraflarca şekil şartı getirilen anlaşmalarda bu şekil şartının bir geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu konusunda netlik yoksa taraflar iradelerinden bu durum anlaşılamiyorsa TBK m.17/1'e göre; tarafların kararlaştırdıkları şekilde yapılmayan anlaşmalar hüküm ifade etmez. Sorumsuzluk anlaşması yapılırken şekle tabi kılınmışsa ve şekil şartına uyulmamışsa anlaşma geçersiz sayılacaktır.²¹⁶ Sorumsuzluk anlaşmasının şekle tabi olup olmayacağı kararlaştırılmamışsa yan(ek) anlaşma olduğu için şekle tabi olmaz.²¹⁷

4. Zarardan önce yapılmış olmalı

Sorumszuluk anlaşmaları genel olarak ana sözleşmeye ek olarak yapılmaktadır ancak nadir olarak arada başka sözleşme olmaksızın doğrudan sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı durumlar da olabilir. Bu durumda yapılan sorumsuzluk anlaşmaları doğrudan haksız fiilden kaynaklanmaktadır ve bu tür sorumsuzluk anlaşmalarına "yalın sorumsuzluk anlaşması" veya "saf sorumsuzluk anlaşması" denilmektedir.²¹⁸ Sorumsuzluk anlaşması esas sözleşme ile aynı anda, esas sözleşmenin yanında veya esas sözleşmeden sonra yapılabilir önemli olan nokta zararın doğmasından önce yapılması

²¹⁶ BAŞALP, 44.

²¹⁷ AKMAN, s.43; BAŞALP, s.45.

²¹⁸ AKMAN, s.7; BAŞALP, s.47-48.

gerektiğidir.²¹⁹Kanun koyucu alacaklının sonuçlarını öngöremediği bir anlaşmada durumunun kötüleşmesini engellemek istemektedir.²²⁰

Zararın doğmasından sonra yapılacak olan anlaşma sorumsuzluk anlaşması değil ancak sulh veya ibra anlaşması olacaktır çünkü tazminat alacağı bir kere doğmuşsa artık onu sınırlandırmak veya kaldırmak sorumsuzluk anlaşması yapmakla mümkün olmayacaktır zira sorumsuzluk anlaşması henüz doğmamış zararlar için alacaklının tazminat talep hakkının sınırlandırılmasını amaçlamaktadır.²²¹

II . Sorumsuzluk Anlaşmasının Benzer Kavramlardan Farkı

Borçlar hukukunda aynı sorumsuzluk anlaşması gibi sorumluluğu sınırlandırmak veya kaldırmak amacıyla yapılan benzer hukuki işlemler bulunmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmasının benzerlerinden ayıran fark ise genel sınırlandırmalar yanında kanun koyucu tarafından özel sınırlandırmalar da koyulmuş olmasıdır. Biz bu başlık altında sorumsuzluk anlaşmasının rıza, birlikte kusur ve ibra- sulh sözleşmeleri ile farkından bahsedeceğiz.

²¹⁹ AKMAN, s.43; BAŞALP, s.46; ERTEN'E göre; sorumsuzluk anlaşması alacaklının kendisine verilmiş olan zararı bilmemesi henüz öğrenmemiş olması durumunda da yapılabilir. ERTEN, s.92.

²²⁰ AKMAN, s.44; BAŞALP, s.46; ARSLAN, s.72; MERAL; 1151.

²²¹ AKMAN, s.44.

A. Rıza İle Farkı

Rıza bir hukuka uygunluk sebebidir. Rızanın varlığı halinde tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaz, hukuka aykırı fiil hukuka uygun duruma getirilerek tazminat sorumluluğunun baştan hiç doğmaması sağlanmış olur.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi için rızada bulunanın fiil ehliyetine sahip olması, iradesinde sakatlık olmaması ve rızanın kişilik haklarına aykırı olmaması gerekmektedir.²²²

Rıza açık yapılabileceği gibi örtülü de yapılabilmektedir. Rızanın aynı sorumsuzluk anlaşmasındaki gibi hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesinden önce veya en geç aynı anda verilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırı fiil gerçekleştikten sonra verilen rıza icazet niteliğindedir ve fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz sadece tazminat alacağının ibra suretiyle ortadan kalkmasını sağlamış olur.²²³ Yani rıza hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesinden sonra verildiğinde sadece tazminat alacağına etki eder.

Kişilik haklarına yapılacak saldırılara ilişkin önceden rıza verilmesi geçerli değildir. Özellikle tıbbi müdahalelerde söz konusu olan durumlarda vücut bütünlüğüne müdahale edildiği takdirde kişinin sakat kalması veya hayatını kaybetmesi söz konusu olacaksa verilen rıza geçerli olmayacaktır.²²⁴ Genellikle

²²² OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s.22-23.

²²³ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s.25-26.

²²⁴ MERAL, s.1158; OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s.23.

tedaviye yönelik yapılan tıbbi müdahalelerde doktor hastayı tedavinin riskleri ve doğuracağı sonuçlar hakkında yeterince bilgilendirmelidir aksi halde hasta tarafından verilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.²²⁵

TBK m.24/2'ye göre; *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”* Kişilik hakkına yapılan saldırı daha üstün kabul edilen özel veya kamusal yarar amacıyla yapılıyorsa rızaya gerek olmadan fiil hukuka uygun kabul edilir.

Sorumsuzluk anlaşması tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanlarıyla yaptıkları bir sözleşme iken rıza tek taraflı olarak yapılan hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır.²²⁶ Sorumsuzluk anlaşması hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz sadece tazminat talep hakkını kaldırır ancak rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır.

B. İbra İle Farkı

İbra; alacaklı ve borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına göre alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini, borçlunun ise borçtan kurtulmasını sağlayan sözleşmedir.²²⁷ Tanımından anlaşılacağı üzere ibra da

²²⁵ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan hukuki Sorumluluk, s.71 vd.

²²⁶ BAŞAL, s.61

²²⁷ AKMAN, s.14.

sorumsuzluk anlaşması gibi sözleşme niteliği taşımaktadır. İbra herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır.

İbra mevcut, doğmuş bir alacağa ilişkin yapılırken sorumsuzluk anlaşması henüz doğmamış bir alacağa ilişkin olarak sadece alacak talep hakkı için yapılmaktadır. İbra ile alacaklı alacak hakkını kaybetmektedir yani alacak hakkı üzerinde doğrudan etki doğurmaktadır. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşması gibi hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir.²²⁸ Bu nedenle alacaklı hem fiil ehliyetine hem de tasarruf yetkisine sahip olmalıdır. Kısacası İbra zarar doğduktan sonra yapılırken sorumsuzluk anlaşması zarar doğmadan önce yapılmaktadır. İbra borcu sona erdiren bir sebep iken sorumsuzluk anlaşması borçlunun sorumluluğu doğmadan engellenir.

Sorumsuzluk anlaşması yapılırken her sözleşme için geçerli olan kanuni sınırlandırmaların yanı sıra özel sınırlandırmalar da getirilmiştir ancak İbra için özel sınırlandırma yoktur tüm sözleşmeler için geçerli olan sınırlara tabidir.²²⁹

C. Birlikte Kusur İle Farkı

Birlikte kusur; zarar gören tarafından zararın meydana gelmesinde makul bir insandan beklenilecek şekilde davranılmaması neticesinde zararın oluşması veya artmasını etkileme durumudur.²³⁰ Birlikte kusuru oluşturan fiiller yapma

²²⁸ OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), 557.

²²⁹ ARSLAN, S.77; BAŞALP, s.73.

²³⁰ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s.120.

tarzında gerçekleşebileceği yapmama tarzında da gerçekleşebilir. Zarara uğrayacağını bilerek hareket eden araçtan atlamak yapma tarzındaki birlikte kusur iken; ilacını bilerek içmeyen yaralının zararı arttırması ise yapmama tarzındaki birlikte kusura örnektir.

Birlikte kusurun var olması durumunda tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması söz konusu olmaktadır. Birlikte kusur kavramı sorumsuzluk anlaşması ile doğurdukları sonuç bakımından benzeşmektedir. Her ikisi de tazminat sorumluluğunun azaltılması veya kaldırılmasını sağlamaktadır. Bu iki kurumun farklarını inceleyecek olursak öncelikle birlikte kusur durumunda zarar gören ile zarar veren arasında zararın doğmasından önce tazminat sorumluluğun azaltılması veya kaldırılması için kendi iradeleriyle yaptıkları bir anlaşma söz konusu değildir. Zarar görenin davranışı zarar verenin sorumluluğunu azaltma bilinci ile yapılmamaktadır.²³¹ Oysa sorumsuzluk anlaşması zararın doğmasından önce tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile borçlunun tazminat sorumluluğunun azaltılması veya kaldırılması için yapılan bir sözleşmedir.

III. Sorumsuzluk Anlaşmasının Sınırları

A. Sorumsuzluk Anlaşmasının Genel Sınırları: Emredici Hükümler

Sözleşme özgürlüğü Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan irade özerkliği ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkan başka bir borçlar hukuku ilkesidir. Bu ilkeye göre taraflar istedikleri sözleşmeyi yapma veya yapmama, bu sözleşmeyi

²³¹ BAŞALP, s.63.

istedikleri tip ve içerikte yapma, sözleşmenin tarafını seçme veya sözleşmeyi sona erdirmeye özgürlüğüne sahiptir.²³² Sözleşme özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir kanun koyucu çeşitli düzenlemelerle sınırlandırma yapma ihtiyacı hissetmiştir. TBK m.27'ye göre; *"kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* Bu düzenleme ile yapılacak her türlü sözleşme için genel bir sınırlandırma getirilmiştir. Bu sınırlandırmalara uygun olmayan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Her sözleşmede olduğu gibi sorumsuzluk anlaşması bakımından da bu sınırlar geçerlidir. Ahlaka aykırılık, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık ve kamu düzenine aykırılık kavramları aşağıda ayrıca incelenecektir.

1. Kişilik haklarına aykırılık

İnsanın sadece insan olmasından doğan mutlak haklarına kişilik hakkı denir. Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, ismi, şeref ve haysiyeti kişilik hakları kapsamındadır.

TMK m.23 hükmüne göre kişilik hakları şu şekilde güvence altına alınmaktadır; *"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz"*. Kişilik haklarının ihlal edilmesi sebebiyle sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olması iki durumda mümkündür. İlki, sözleşmenin konusunun kişilik hakkını ihlal etmesidir. Diğeri ise TMK. m.23'e göre kişilik

²³² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.362;

haklarına uygun kabul edilen sözleşmenin aşırı bağımlılık yaratması durumunda da emredici hükümlere aykırılık söz konusu olacaktır.²³³ Sözleşmenin konusu kişilik haklarına uygun olsa da sözleşmenin yarattığı bağıllık, süresi, taraflar arasındaki orantısızlık kriterleri bakımından kişilik haklarına aykırı olduğu kabul edilebilmektedir.²³⁴

Sorumsuzluk anlaşması için kişilik hakları bakımından incelenmesi gereken nokta; kişilerin bedenene uğradıkları zarar için tazminatın sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin anlaşma yapılıp yapılamayacağıdır. Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesine yönelik anlaşmalar MK m.23 ve TBK m.27'ye göre kesin hükümsüz olacaktır ancak TBK m.115'deki düzenleme gereğince sorumsuzluk anlaşmaları bakımından hafif ihmal durumunda sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması mümkündür.²³⁵ TBK m. 115teki düzenlemenin MK m.23 ve TBK m.27'ye göre incelenmesi durumunda cismani zararlara ilişkin doktrinde tartışmalar mevcuttur.

Baskın olan görüşe göre; sözleşme özgürlüğüne sınır oluşturan konulardan birisi olan kişilik hakları üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığından sorumsuzluk anlaşması da yapılamaz. ŞENOCAK'a göre²³⁶; *“cismani zararlara ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kesin olarak hükümsüzdür”*.

²³³ BAŞALP, s.287.

²³⁴ BAŞALP, s.291.

²³⁵ OĞUZMAN/ ÖZ(Genel Hükümler I), s.423.

²³⁶ ŞENOCAK, s.254.

İsviçre doktrindeki azınlıktaki görüşe göre ise; kişilerin bedenene uğradığı zararlara ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılması vücut bütünlüğünü ihlal etmeye izin vermez sadece vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi durumunda tazminat alacağını sınırlandırır veya kaldırır.²³⁷

Baskın görüş; sorumsuzluk anlaşmasının benzeri kurumu olan birlikte kusur için cismani zararlara ilişkin anlaşma yapılmasına bir engel bulunmazken sorumsuzluk anlaşmasının cismani zararlar için yapılamamasına ilişkin yeterli bir gerekçe ortaya koyamamıştır. Aynı şekilde cismani zararlara rıza gösterilmesi hukuka uygun olarak kabul edilmez ancak tazminattan indirim yapılması mümkündür.²³⁸ Bu konu çelişkiler mevcuttur ve TBK’da net bir düzenleme yer almamaktadır.

2. Ahlaka aykırılık

Ahlakın ne olduğu ve hangi durumların ahlaka aykırı olarak kabul edileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. TBK 27’de ahlaka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağı belirtilmiş ancak kanunda ahlak kavramının içi doldurulmamış ve başka bir düzenleme yapılmamıştır. Öncelikle Doktrinde ahlak kavramıyla alakalı çeşitli tanımlamalar yapılmıştır ancak bunların ortak yönü ahlakın belli bir zaman dilimindeki belli bir insan topluluğu tarafından benimsenen etik değerler olmasıdır.²³⁹ Ahlaki değerler zamanla

²³⁷ BAŞALP, s.292-293.

²³⁸ BAŞALP, s.308; ARSLAN, s.86-87.

²³⁹ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler I), s.87-88; EREN, (Genel Hükümler) s.338.

değişebilmektedir bu sebeple hâkim değerlendirme yaparken durumun o dönemdeki toplumsal ahlak kurallarına aykırı olup olmadığını değerlendirmelidir.

Sözleşmelerde ahlaka aykırılık birçok açıdan oluşabilir. Sözleşmenin amacı ahlaka aykırı olabilir, sözleşmenin konusu, edimi ahlaka aykırı olabilir. Sözleşmenin kuruluşunun da ahlaka aykırı olması mümkündür.²⁴⁰ Sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması bir tarafın bu amacı edinmesi ve diğer tarafın bunu bilmesi ve teşvik etmesi ile ya da her iki tarafın da bu amaç doğrultusunda sözleşme yapması sonucu oluşmaktadır.²⁴¹ Sözleşmenin konusu sebebiyle ahlaka aykırı olabilmesi için ise konuyu oluşturan değerlerin incelenmesi gerekir. Vücut bütünlüğü, evlenme, din özgürlüğü, ekonomik özgürlük gibi aynı zamanda kişilik haklarına da aykırılık teşkil eden sınırlandırmalar aynı zamanda konu bakımından da ahlaka aykırı olacaktır.²⁴² Sözleşmelerin kurulması aşamasında ahlaka aykırılık ise taraflar arasında güç dengesizliği halinde ortaya çıkacaktır. Üstün konumdaki tarafın bu üstünlüğünü kötüye kullanması durumunda ahlaka aykırılık meydana gelecektir ve butlan yaptırımı uygulanacaktır.²⁴³

Sorumsuzluk anlaşmaları için uygulamada ahlaka aykırılık sebebiyle batıl kılınması çok nadir rastlanabilecek bir durumdur çünkü bu anlaşmada özellikle

²⁴⁰ MERAL, s.1181.

²⁴¹ OĞUZMAN / ÖZ(Genel Hükümler I), s.88; BAŞALP, s.326.

²⁴² BAŞALP, s.329.

²⁴³ BAŞALP, s.331.

yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararlar için sorumluluğunun kaldırılması ahlaka aykırı sayılarak sözleşme geçersiz hale getirilemez.²⁴⁴

3. Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık

“Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür. Bir hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Medeni kanunumuzun 2.maddesine göre hakkın kötüye kullanılması sırasında dürüstlük kurallarına uyulması gerektiği aksi durumda hâkim tarafından bu duruma müdahale edileceği belirtilmiştir. Hak sahibinin menfaati olmadan hak amacına aykırı kullanılıyorsa hakkın kötüye kullanılması var demektir.²⁴⁵ Hakkın kötüye kullanılması yasağına göre kanunlar ve sözleşmeler düzeltilir bu yönden adeta bir düzenleyici fonksiyonu vardır.²⁴⁶ Hakkın kötüye kullanılması; *“hakkın kullanımında meşru bir menfaatin bulunmaması, hakkı kullananın yararı ile başkasına verilen zarar arasında orantısızlık olması, güvene aykırılık teşkil edecek çelişkili davranışlar, hak sahibinin ahlaka aykırı davranışı ile kazanılmış hakkın kullanımı”* gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.²⁴⁷ Ancak hakkın kötüye kullanılmasının farklı görünümlerinden bazıları sorumsuzluk anlaşmasının yapısı gereği bu sözleşme bakımından oluşmaz. Meşru bir menfaatin bulunmaması durumu sorumsuzluk anlaşması için söz konusu olamaz zaten borçlunun menfaati

²⁴⁴ YAĞCI, s.160.

²⁴⁵ AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, ikinci Baskı, İstanbul 2006, s.23.

²⁴⁶ BAŞALP, s.337.

²⁴⁷ ARSLAN, s.97; BAŞALP, s.339-341.

için bu anlaşma yapılmaktadır. Hakkı kullananın sağladığı yarar ile başkasının zararı arasında orantısızlık olması da sorumsuzluk anlaşması için mümkün değildir çünkü alacaklının zararı ne kadar ise borçlu da o miktar kadar tazminat ödemekten kurtulacaktır.

4. Kamu düzenine aykırılık

Kamu düzeni; özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı olmaksızın toplumun kendisini ve onun çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür.²⁴⁸ TBK m.27’de belirtilen sözleşme özgürlüğünün sınırlandıran sebepler arasında kamu düzenine aykırılık da sayılmaktadır. Kamu düzeni; kanunlardaki emredici hükümlere ek olarak yedek hukuk kuralları ve toplumun değeri yargılarını da kapsamaktadır.²⁴⁹

Sorumsuzluk anlaşması için de diğeri tüm anlaşmalar gibi kamu düzenine aykırılık inceleme konusu olmaktadır. Kamu düzenine aykırılığın tespit edilebilmesi için hakim sorumsuzluk anlaşması uygulanmamış olsaydı nasıl bir kanun hükmü uygulanacağına karar vermeli ve somut durum ile karşılaştırma yapmalıdır. Sorumsuzluk anlaşmasının uygulanmadığı durumdaki kanun hükmü ile anlaşmanın uygulandığı durum arasında “*nemli ve haksız bir orantısızlık*” oluyorsa ya da “*yedek hukuk kuralları ile bağdaştırılmayan bir sapma*” varsa kamu

²⁴⁸ Oğuzman/ z (Genel Hükümler I), s.85; MERAL, s.1183; ARSLAN, s.98; BAŞALP, s.343.

²⁴⁹ ATAMER, Yeşim, Sözleşme zgrlğnn Sınırlandırılması Sorunu erevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, s.184.

düzenine aykırılık söz konusu olacaktır ancak böyle bir değerlendirme yapılabilmesi için sözleşmenin bütününe bakılmalıdır, alacaklının mağdur olup olmadığı incelenmelidir.²⁵⁰

B. Borçlunun Kendi Davranışından Doğan Sorumluluk İçin Yapılan Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Sınırlar

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre; borçlunun kendi davranışlarından doğan sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalar kusur derecesi temel olarak yapılmaktadır.

1. Kusur kavramının sorumsuzluk anlaşmasına etkisi

Kusur; hukuk düzeni tarafından kabul edilmeyen, hoş görülme- yen davranışlardır.²⁵¹ Kusur iki şekilde ortaya çıkmaktadır bunlardan birisi kast diğeri ise ihmaldir. Kast; hukuka aykırı sonucu bilmek ve istemek iken ihmal; istememekle birlikte sonucun ortaya çıkmaması için gereken iradeyi ortaya koyamamaktır.²⁵² İhmal ise kendi içinde ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hafif ihmal durumunda kişi herkesin gösterebileceği dikkat ve özeni gösterir ancak dikkatli bir kimsenin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermez.²⁵³ Ağır ihmalde ise hukuka aykırı olayın gerçekleşmesine neden

²⁵⁰ ATAMER, s.203 vd.; BAŞALP, s.347.

²⁵¹ EREN Genel Hükümler, s.591.

²⁵² OĞUZMAN / ÖZ (Genel Hükümler II), s.53; EREN (Genel Hükümler), s.596.

²⁵³ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s. 57; EREN, (Genel Hükümler), s.580; MERAL, s.1162.

olan kişi kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranır.²⁵⁴

Kast, her daim ağır kusur oluşturmaktadır.²⁵⁵

TBK' nın 115.maddesine göre; *“Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür.”* Bu hükme göre kanun koyucu borçlunun kast ve ağır ihmali bir tutmuş ve sorumsuzluk anlaşması yapmasına izin vermemişken hafif ihmal durumunda ise kural olarak sorumsuzluk anlaşması yapmasına izin verilmiştir. Hafif ihmal durumunda ise iki halde sınırlandırmaya gidilmiştir. Bunlardan ilki *“resmi izinle yürütülebilen uzmanlık gerektiren hizmet, meslek ve sanatlar”* diğeri ise *“hizmet sözleşmesinden doğan borçlardır”*.

TBK m.115/2'de borçlu ile alacaklı arasında hizmet sözleşmesi olması durumunda hafif ihmal halinde dahi sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı şu şekilde düzenlenmiştir; *“Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”*

TBK m.115/3'e göre; *“ Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Bu hükme göre hem

²⁵⁴ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s.57; EREN, (Genel Hükümler), s.580; MERAL, s.1162.

²⁵⁵ OĞUZMAN/ ÖZ (Genel Hükümler II), s.55.

uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat olmalı hem de yetkili makamlardan izin alınmalı yani her iki şart birlikte bulunmalıdır. Kanun ya da yetkili makamlar tarafından izin verilerek yerine getirilen ancak belli bir uzmanlığı gerektirmeyen taksicilik, kasaplık gibi mesleklerde bu hüküm geçerli olmayacaktır ya da uzmanlık gerektiren ancak yetkili makamların iznine tabi olmayan işler için de bu hüküm geçerli olmayacaktır.

2. Sözleşme dışı sorumluluğu ilişkin sorumsuzluk anlaşması

Sorumsuzluk anlaşmasının kanunda düzenlenen hali sözleşmesel ilişkiler için geçerlidir bunun dışında ise sorumsuzluk anlaşmasının yapılıp yapılamayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bu konudaki ilk görüşe göre²⁵⁶ haksız fiil alanında sorumsuzluk anlaşması yapılmamaktadır. Sözleşme ile taraflara tanınan irade serbestisi sözleşme dışı sorumluluk alanında bulunmamaktadır. Haksız fiile ilişkin taraf iradeleri değil emredici hükümler bulunmaktadır.

İkinci görüşe göre ise²⁵⁷; haksız fiillere ilişkin sorumsuzluk anlaşması zararın malvarlığına ilişkin olması durumunda geçerli kabul edilir ancak şahıs varlığına ilişkin zararlar bakımından kabul edilmez.

Diğer bir görüşe göre²⁵⁸ ise zararın mal varlığında veya şahıs varlığında olması durumu değiştirmez her iki halde de sorumsuzluk anlaşması yapılabilir.

²⁵⁶ AKMAN, s.113; BAŞALP, s.123.

²⁵⁷ AKMAN, s.114; BAŞALP, s.123-124.

Doktrinde baskın olan görüşe göre,²⁵⁹ haksız fiillerde sorumsuzluk anlaşması sözleşmesel alandaki sorumsuzluk anlaşmalarına uygulanan sınırlar dâhilinde yapılmalıdır. Dolayısıyla haksız fiil bakımından da TBK'nın 115.maddesindeki durumlar geçerli olacak ve hafif ihmal durumunda sorumsuzluk anlaşması yapılabilirken ağır ihmal veya kast durumunda yapılamayacaktır. Bu görüşe göre tek taraflı rıza işlemi ile hukuka aykırı fiil hukuka uygun hale getirilebiliyorken iki taraflı sorumsuzluk anlaşması ile haksız fiil için de sorumluluk azaltılabilir veya kaldırılabilir nitelikte olmalıdır.

Bazı durumlarda zararı doğuran fiil hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumda zarar gören zararını karşılamak için hem haksız fiil sorumluluğuna hem de sözleşme sorumluluğuna gidebilmektedir. Talepler birbiriyle yarışmaktadır ancak sorumsuzluk anlaşması bakımından taleplerin yarışması birtakım sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Acaba TBK 115' e göre yapılan sorumsuzluk anlaşması haksız fiil sorumluluğuna da etki ederek onu da ortadan kaldırabilir mi sorusu günyüzüne çıkmaktadır. TBK'da bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda çeşitli görüşler vardır. Bir görüşe göre;²⁶⁰ sözleşme ile sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması sadece sözleşme hükümleri için geçerlidir herkes için uyulması gereken yükümlerin ihlali durumunda haksız fiil sorumluluğuna etki etmez.

²⁵⁸ AKMAN, s.113; BAŞALP, s.124, MERAL, s.1165.

²⁵⁹ AKMAN, s.113; ERTEN, s.167; BAŞALP, s.125; MERAL, s.1166.

²⁶⁰ AKMAN, s.117; BAŞALP, s.126.

Baskın görüşe göre ise²⁶¹; borçlunun hafif ihmalden doğan sözleşme sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa aynı anlaşma haksız fiil sorumluluğu için de geçerli olacaktır. Çünkü böyle bir sözleşme yaparken tarafların amacının haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu fark etmeksizin amaçlarının sorumluluğu kaldırmak olduğu düşünülür. Ancak zarar gören sorumsuzluk anlaşması yapmaktaki iradesinin haksız fiil sorumluluğunu kapsamadığını yalnızca sözleşmeden doğan sorumluluğun kaldırılması yönünde anlaşma yapıldığını iddia edebilir. Bunun yanında taraflar her iki sebebi de içeren sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler. Burada mesele yorum meselesidir. Tarafların iradelerinin hangi yönde olduğu yorumlanarak sadece sözleşmeden doğan sorumluluk için mi anlaşma yapıldığı yoksa sorumluluğun kaldırılmasının haksız fiiller için de mümkün olup olamayacağı araştırılmalıdır.

C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumsuzluk Anlaşmasına İlişkin Sınırlar

115. maddede borçlunun kendi fiillerinden doğan zararlar için düzenlenen sorumsuzluk anlaşması; 116. Maddede yardımcı kişilerin fiilleri için de düzenlenmiştir. Borçlunun fiilleri için kusur ayrımı yapılmasına rağmen yardımcı kişinin fiilleri için böyle bir ayrıma gidilmemiş hem hafif ihmal hem de ağır ihmal için sorumsuzluk anlaşması yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Ancak yine de kanun koyucu yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zararlar için sorumsuzluk anlaşması yapılmasını özel hükümler ile sınırlamıştır. Ekonomik yönden zararı önlemek için sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin çok sayıda sınırlandırma getirilmiştir.

²⁶¹ TANDOĞAN (Mesuliyet), s.538; AKMAN, s.117; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.886.

Üstün konumdaki borçlu ile zayıf konumdaki alacaklı arasındaki dengenin sağlanması için bu anlaşmaların dar yorumlanması gerekmektedir.²⁶² Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmalarına özgü olan sınırlar; 116. maddenin ikinci fıkrasında; *“Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.”* hükmü ile ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* hükmü ile belirlenmiştir.

1. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın kanun veya yetkili makamlar tarafından izinle yürütülmesi durumunda yardımcı kişinin sorumluluğu

“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanata, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilmesi” durumunda yapılacak sorumsuzluk anlaşmasıyla ilgili 115 ve 116. Maddelerde birbirine paralel olarak düzenlenmiş iki hüküm bulunmaktadır. 115.maddede borçlunun kendi fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin bir düzenleme yapılmışken 116/3'te borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklı olarak yapacağı sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. 115. Maddede hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün iken 116/3'te hafif kusur ağır kusur ayrımı yapılmamış her türlü kusurdan dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılması kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

²⁶² ARSLAN, s.101.

Hükmün lafzına bakacak olursak; sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olarak kabul edilebilmesi için hem uzmanlığı gerektiren bir meslek, hizmet veya sanata ilişkin olması hem de bu meslek, sanat veya hizmetin yetkili makamın iznine tabi olması gerekir. Dolayısıyla şartlar seçimlik değildir, bir arada bulunmalıdır.²⁶³ Kanun koyucu şartları bir arada isteyerek sorumsuzluk anlaşması yapılmasını sınırlandırmaya çalışmıştır çünkü alanında uzman ve bilgili olan borçluya karşı alacaklı tarafından özel bir güven duyulmaktadır özellikle yetkili makamların izni ile meslek yürüten borçlulara karşı duyulan güven hat safhadadır. Güven duyulan borçlu güçlenir. Bu durumdaki borçlunun alacaklının ona duyduğu güveni suiistimal etmesi kolay olacaktır dolayısıyla kanun koyucu bunu engellemek için sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği durumları oldukça kısıtlamıştır. Böylece 116/3 ile alacaklının kendisinden güçlü, alanında uzman ve yetkili makamların izni ile meslek veya sanatını icra eden borçluya karşı korunması sağlanmaya çalışılmış ve bu durumda kişilerin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Günümüzde birçok meslek yetkili makamlardan alınan izinle yürütülmektedir bu nedenle madde kapsamına hangi mesleklerin gireceği konusunda izin yeterli görülmez aynı zamanda bu mesleğin uzmanlık da gerektirmesi gerekir. Kasaplık, taksicilik gibi izinle yürütülen meslekler bu kapsama girmez çünkü bu meslekleri yürüten kişiler için herhangi bir özel eğitim ve uzmanlık şartı yoktur ancak doktorluk, bankacılık, avukatlık ve bankacılık gibi meslekler hem yetkili makamların izni ile yürütülmektedir hem de bu meslekleri icra eden kişiler eğitim almış ve alanında uzman olmuş kişilerdir. Dolayısıyla 116. Maddeye göre yardımcı kişilerin fiillerinden

²⁶³ BAŞALP, s.237; YAĞCI, s.171; YÖNET, s.244.

doğan zarara ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapamazlar. Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre²⁶⁴; “...Bankayla işlem yapan müşteri bu işleme duyduğu güvenin korunmasını beklemekte haklıdır ve davacının imzaladığı ibranamenin onun arzusuna uygun şekilde yapıldığının ispatının davalıya düşeceği ve davalının ispat yükünü yerine getirmemesinden kaynaklı olarak ibranamenin geçerli bir belge olarak kabul edilmeyeceği, işlem yapan banka görevlisinin ifa yardımcısı olarak görevli olduğu ve tüzel kişi bankanın çalışanının fiillerinden 116. Madde gereğince sorumlu olduğu, uygulamanın bankalara duyulan güven unsuruna ve yazılı olan veya olmayan kurallara aykırı bulunduğu, bankanın yardımcı şahsın sorumluluğuna istinaden sorumlu olduğu” yönünde karar verilmiştir.

2. Borçlu ile alacaklı arasındaki hizmet sözleşmesi olması

Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi olması durumu 116.maddede ayrı olarak düzenlenmemiştir. Bu düzenleme 115. Maddede borçlunun kendi fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmalarını sınırlandıran özel sebeplerden birisi olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından hizmet sözleşmesiyle alakalı bir düzenleme yapmamış olması bu konuda doktrinde tartışma yaratmaktadır.

²⁶⁴ Y 11.HD, 2014/18230 E., 2015/2559 K., 25.02.2015,

(<https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2014-18230-k-2015-2559-t-25-02-2015-aciga-atilan-imzanin-uzerinin-anlasmaya-aykiri-dolduru/1503037/>),
(S.E.T. 15.05.2022).

Düzenleme yapılmamış olması söz konusu sınırlandırmanın yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kaldırıldığı şeklinde yorumlanabilir.²⁶⁵ Fakat böyle bir yorum yapılabilmesi için kanunun kendisi dışında, hazırlanması aşamasında yapılan çalışmalara, kanun tasarısına ve gerekçelerine ve kanun koyucunun amacına da bakılması gerekir.

Adalet komisyonu raporuna göre;²⁶⁶ alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi olması durumunda yardımcı kişinin fiillerinden doğan sorumluluğun azaltılması veya kaldırılmasına yönelik anlaşmalarla ilgili 116. maddede hüküm yer almamasının sebebi aynı konudaki düzenlemenin 115. maddede borçlunun fiillerinden doğan sorumluluklar bakımından yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla adalet Komisyonu Raporuna ek olarak madde gerekçesine bakıldığında da 115/2 'deki alacaklı ve borçlu arasında hizmet sözleşmesi bulunması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağına ilişkin hüküm 116.maddede ele alınan yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmaları bakımından da kesin hükümsüz olacaktır.²⁶⁷ 116. Maddede bu konuda düzenleme yapılmamış olması aksi şekilde yorumlanacak olursa yani alacaklı ve borçlu arasında hizmet sözleşmesi bulunmasına rağmen yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk

²⁶⁵ ŞENOCAK, s.248.

²⁶⁶ Adalet Komisyon Raporu, 23/3.Dönem, E.1/499, T.22.01.2008 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>), (S.E.T: 15.05.2022).

²⁶⁷ BAŞALP, s.206; YAĞCI, s.174; YÖNET, s.247; BUZ, Vedat, Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler- Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.103.

anlaşmasına kanun koyucu tarafından izin verileceği düşünülürse bu durum kanunun amacına aykırı düşecek ve taraflar arasındaki dengenin sağlanması mümkün olmayacak, güçsüz tarafın zararına olarak suiistimallerin önünü açacaktır.

“Hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç” ifadesi ile 115.maddede kastedilen; İş Kanunu Kapsamındaki bir hizmet sözleşmesidir, dolayısıyla alacaklı ve borçlu arasında hizmet sözleşmesiyle ilgili olmayan ilişkilerde sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir.²⁶⁸ Ancak ŞENOCAK’ a göre; *“Hizmet veya hizmet benzeri ilişki bulunmasa bile alacaklının borçluya sosyal ve ekonomik anlamda bağımlı olduğu ve borçlunun alacaklının üzerinde nüfuz kullanabildiği ve sorumsuzluk anlaşmasını kabul ettirmek için baskı yapabildiği her somut olayda 115/2 hükmü geçerli olmalıdır”*.²⁶⁹ Ayrıca alacaklı ile borçlu arasındaki hizmet sözleşmesinin işçinin lehine olması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının işçiyi korumak için geçerli sayılması gerektiğini savunan yazarlar da vardır.²⁷⁰

Hizmet sözleşmesinin hangi anda var olması gerektiği ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki görüşlerden bir tanesine göre; alacaklı ile borçlu arasında hizmet ilişkisi olması durumunda yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olması için hizmet ilişkisi sorumsuzluk anlaşması

²⁶⁸ BAŞALP, s.261.

²⁶⁹ ŞENOCAK, s.245.

²⁷⁰ SEROZAN(Genel Hükümler), s.281.

yapıldığı anda var olmalıdır, sonradan yapılan hizmet sözleşmesi sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğine etki etmez.²⁷¹

Diğer görüşe göre ise; sorumsuzluk anlaşması yapıldığı esnada alacaklı ve borçlu arasında hizmet ilişkisi bulunmuyor olabilir ancak alacaklı geleceğe yönelik iş fırsatını kaçırmamak, ileride borçlunun hizmeti altında çalışmak için borçluya boyun eğiyorsa ve sorumsuzluk anlaşmasını kabul ediyorsa tam olarak irade serbestisi vardır diyemeyiz dolayısıyla bu durumda da sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağı kabul edilmelidir.²⁷²

D. Sınırlara Uyulmamasının Sonuçları

Sorumsuzluk anlaşması asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılabilir. Eğer sorumsuzluk anlaşması asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılmışsa herhangi bir aykırılık sebebiyle geçersiz olması durumunda asıl sözleşme bu geçersizlikten etkilenmez. Sorumsuzluk anlaşmasının asıl sözleşmeye ek olarak yapıldığı durumda ise geçersizliğin asıl sözleşmeyi etkileyip etkilemeyeceği hususunda tartışmalar vardır. Bu konudaki iki farklı görüşten ilkinde göre; TBK m.27/2'nin *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* Şeklindeki hükmüne göre sözleşmenin tümü kesin hükümsüz olmalıdır.²⁷³ Diğer bir görüşe göre ise;

²⁷¹ YÜNLÜ, s.499.

²⁷² ŞENOCAK, s.245-246; AKMAN, s.58-59; YÜNLÜ, s.475.

²⁷³ ERTEN, s.273-274; ARSLAN, s.107; BAŞALP, s.387.

sorumsuzluk anlaşmasına özgü olarak TBK m.27/2 uygulanmamalıdır çünkü bu durum hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur ve hükümle sağlanmak istenen amaç yerine getirilemez.²⁷⁴ AKMAN' a göre²⁷⁵; *“Borçlunun sorumsuzluk şartı olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacağım diyememeli ve sözleşme geçerli sayılarak verdiği zarardan sorumlu tutulmalıdır. Bu sonuç dürüstlük kuralının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümsüz kısımdan sözleşmenin tamamı etkilenmemelidir aksi halde alacaklının korunması amacına ulaşılamaz.”*

Bu konuda başka bir inceleme noktası ise; sorumsuzluk anlaşmalarının ancak kanunen izin verilen sınırlarda geçerli olması gerektiğidir.²⁷⁶ Anlaşmanın geçersiz kısımları arındırılmalı ve kanunun izin verdiği sınırlarla ayakta tutulması sağlanmalıdır yani sözleşme kendi içinde geçerli kısmına indirgenmelidir. Doktrinde bu yöneme *“geçerliliği koruyucu indirgeme”* denilmektedir. Örneğin; vücut bütünlüğüne verilen zararlar bakımından sorumluluğun kaldırılmasına yönelik yapılan anlaşmalar ahlaka aykırı olduğundan ve vücut bütünlüğüne verilen zararlar kapsam dışında tutularak anlaşmanın geçerli olması gerektiği kabul edilir.²⁷⁷ Kısacası sorumluluğu kaldıran şartlar hafif ihmal için geçerli ağır ihmal ve kusur için geçersiz kabul edilmelidir.

²⁷⁴ ERTEN, s.275.

²⁷⁵ AKMAN, s.109-110; aynı yönde TANDOĞAN(Mesuliyet), s.456.

²⁷⁶ BAŞALP, s.393.

²⁷⁷ ŞENOCAK, s.255.

Genel işlem şartlarının içindeki sorumsuzluk anlaşmaları için geçerliliği koruyucu indirgeme yöntemi kullanılmamalıdır²⁷⁸ çünkü genel işlem şartlarının tek taraflı olarak hazırlanıyor olması borçlu lehine aşırı şartların yer almasına neden olabilir. Bu durumda ise kanun koyucu tarafından güdülen sosyo ekonomik dengesizliğin önlenmesi amacına erişilemez. Sözleşme boşluğu tarafların farazi iradelerinin araştırılmasına gerek duyulmadan öncelikle emredici hükümlere sonra yedek hukuk kurallarına göre göre doldurulacaktır. TBK m.114 gereğince borçlu kendisinin ve yardımcılarının her türlü kusurundan sorumlu kabul edilecektir.²⁷⁹

²⁷⁸ BAŞALP, s.395.

²⁷⁹ BAŞALP, s.395-397.

SONUÇ

Borçlu borcun ifasını gerçekleştirmesi veya borç ilişkisinden doğan hakkı kullanması için yardımcı kişi görevlendirebilir ve yardımcı kişinin ifa sırasında verdiği zararlardan sorumlu tutulur. Yardımcı kişinin fiillerinden doğan zarara ilişkin sorumluluğun önceden azaltılması veya kaldırılması mümkündür bunun için yapılan anlaşmaya sorumsuzluk anlaşması denir.

Yardımcı kişi; borçlunun açık veya örtülü rızası ile borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmek veya bir hakkı kullanmak için görevlendirilen gerçek veya tüzel kişidir. Türk hukukundaki düzenlemelere baktığımızda ise ilk medeni kanunumuz olan Mecelle 'de kusur sorumluluğu benimsenmiş ancak kasten hareket etmeyen ve zarara bizzat yol açmayan kişilerin sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun Muavin Şahısların Mesuliyeti başlıklı 100. maddesine göre; borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayanlara veya maiyetinde çalışanlara bırakan kimse bunların ifa esnasında verdikleri zararlardan dolayı alacaklıya karşı sorumludur. Ancak "Muavin Şahısların Mesuliyeti" başlığı kavram karmaşasına sebep olmuştur şöyle ki; bu başlık ile borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden değil de yardımcı kişilerin kendi fiillerinden sorumluluğu ele alınmış gibi izlenim yaratılmıştır. Ayrıca yardımcı kişiler sınırlı şekilde sayılmıştır. Bu karmaşa 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk başlığı altında son bulmuştur. Borcun ifası veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanımı için borçlunun birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarının fiillerinden doğan zararı gidermekle yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Yardımcı kişi kavramı hukukumuzda benzer kavramlarla karşılaştırıldığında temsilci, adam çalıştıran, işçi ve vekil kavramlarını ele alabiliriz. Özellikle adam çalıştıran ile yardımcı kişi arasındaki farkları incelediğimizde; adam çalıştıranın kanunun haksız fiilden doğan borç ilişkileri başlığı altında ele alındığını yardımcı kişinin ise borçların ifa edilmemesinin sonuçları başlığı altında yer aldığını görmekteyiz. Dolayısıyla birisi haksız fiile dayanan borç ilişkisinden doğmuşken diğeri sözleşme ilişkisinden doğmaktadır. Borçluya olan bağlılık açısından; yardımcı kişinin borçluya bağımlı olarak çalışması gerekmez ancak adam çalıştıran ile borçlu arasında tabiiyet ilişkisi olması şarttır. Her iki kavram da kusursuz sorumluluk hali olması sebebiyle birbirine benzerdir.

Yardımcı kişinin tüzel kişi olması halinde çeşitli tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Tüzel kişinin kamu kurumu olması durumunda özel hukuk kurallarına göre sorumluluk doğacağından TBK m.116 geçerli olacaktır. Tüzel kişinin tekel durumunda olması ise borçlunun yardımcı kişi kullanmada gerçekten serbest iradeye sahip olup olmadığının tartışılmasına neden olmaktadır ancak borçlu tekel konumundaki tüzel kişinin fiillerinden sorumlu olmalıdır çünkü ona rücu etme imkânına sahiptir. Borcun şahsen ifa edilmesi gereken durumda yardımcı kişi kullanılmışsa caiz olmayan yardımcı kişi, borcun şahsen ifa edilmesi gerekmiyorsa caiz olan yardımcı kişi kavramları ortaya çıkacaktır. Şahsen ifa edilmesi gereken kişisel edimler; borçlunun kendi bedenini veya fikri gücü ve becerisiyle yerine getirilen olumlu edimlerdir ve alacaklının menfaat kriteri ön planda tutulur. İşin borçlu veya başkası tarafından yapılması alacaklı için ekonomik olarak fark yaratmıyorsa, edim üçüncü kişi

tarafından eş düzeyde kalite, dayanıklılık ve kullanılabilirlikte yapılabiliyorsa bizzat ifa şart değildir.

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmesi için öncelikle zarar ile yardımcı kişinin fiilleri arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Alacaklı ile borçlunun arasında borç ilişkisi olmalıdır. Borcun yerine getirilmesi veya borç ilişkisine yönelik hakkın kullanılması borçlu tarafından yardımcı kişiye verilmiş olmalıdır. Yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanımına bizzat katılması gerekmektedir. Yardımcı kişi fiilen katılım sağlamadığı halde zararın doğmasına sebep olursa TBK m.116'ya göre değil TBK madde 118'e göre gecikmiş ifadan veya TBK madde 112'ye göre kendi kusuruyla verdiği zarardan sorumlu olacaktır. Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için farazi kusuru olması yeterlidir. Eğer yardımcı kişinin fiili borçlu tarafından aynı şekilde gerçekleştirilseydi borçlu kusurlu olarak nitelendirilecekse borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olacağı kabul edilir ve bu durum borçlunun farazi kusuru olarak tanımlanır.

Borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden doğan zararı karşılaması için zararın türü önem arz etmez. Tazminat miktarının belirlenmesi için hâkim durumun gereğini ve kusurun ağırlığını göz önüne alır. Alacaklının veya yardımcı kişinin kusurlu davranışı, borçlunun hafif kusuru ve zararın tazmin edilmesinin borçluyu zor duruma düşüreceği hallerde tazminatta indirimle gidilebilir. Zarar verenin tazminatı ödeyip yoksulluğa düşmesi durumunda da hâkim hakkaniyetin getirdiği ölçüde tazminatı indirebilecektir. Beklenmedik hal sebebiyle ortaya çıkan veya artan zarar bakımından da borçlunun yükümlü olduğu tazminat miktarında hakkaniyet gereği indirimle gidilecektir. Zarar

görenin zararı doğuran fiilden normal bir insana göre daha fazla etkilenmesi zarar görenin yapısal yatkınlığını ifa eder bu da bir çeşit beklenmeyen haldir ve tazminattan indirim sebebidir.

Yardımcı kişinin fiillerinden doğan zarara ilişkin sorumluluğu rücu ilişkileri kapsamında ele aldığımızda; borçlu ve alacaklı arasındaki ilişki, yardımcı kişi ile alacaklı arasındaki ilişki ve müteselsil sorumluluk ilişkisi olarak incelenir. Borçlu ve yardımcı kişi arasındaki rücu ilişkisi için genel hükümlere gidilerek çözüme varılır. Alacaklı ile yardımcı kişi arasında kural olarak bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Alacaklı yardımcı kişinin haksız fiilden doğan zararları için doğrudan yardımcı kişiye başvurabilir. Borçlu ise alacaklıya karşı 116. Madde kapsamında sorumlu olacaktır. Borçlunun yardımcı kişinin seçiminde herhangi bir söz hakkı olmamış ve adeta zorunlu kalmışsa ya da tekel durumundaki yardımcı kişi söz konusu ise direkt yardımcı kişiye gidilebilmektedir. Müteselsil borçluluğun uygulanabileceği iki ihtimal vardır. Bunlardan ilki; birden fazla borçlunun aynı yardımcı kişiyi kullanmasıdır. Belli bir işi yapmak için bir araya gelen borçlular yardımcı kişinin fiillerinden dolayı alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Diğer ihtimal ise borçluların aynı zamanda ortak yardımcı kişi olmasıdır.

Sorumsuzluk anlaşması için öneriyi büyük çoğunlukla borçlu taraf yapmakta kabulü ise alacaklı taraf yapmaktadır. Sözleşme önerisinin borçludan geldiği durumlarda alacaklının susmasının örtülü kabul olması için sorumsuzluk anlaşmasının alacaklıya bildirilmiş olması ve alacaklının hal ve şartların niteliğine göre itiraz etmesi gerekirken susmuş olması gerekir. İlan yoluyla yapılan sorumsuzluk anlaşmaları da örtülü kabulün bir başka görünümüdür

ancak alacaklı savunmasız duruma düşeceği için ve borçlu karşısında güçsüz durumda olduğu için ilan yoluyla yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kabul edilmemelidir.

Sorumsuzluk anlaşması alacaklı bakımından ileride malvarlığının aktifinde yer alacak olan tazminat hakkından vazgeçilmesiyle tasarruf işlemi niteliği taşıırken borçlu için ise malvarlığında gerçekleşmesi beklenen azalma olmadığı için kazandırıcı işlem niteliğindedir. Sözleşmelerin geçerliliği kanun koyucu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça şekle bağlı değildir. Sorumsuzluk anlaşması için de özel bir şekil düzenlemesi yapılmamıştır ancak genelde esas sözleşmeye ek olarak yapıldığı için esas sözleşmenin şekline tabi olup olmaması gerektiğiyle ilgili tartışmalar mevcuttur. Bizce sorumsuzluk anlaşması objektif esaslı unsur olmadığından ve kanunda aksi yönde bir düzenleme olmadığından şekle tabi olmamalıdır. Taraflarca şekil şartı getirilmesi durumunda ise bu şartın geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olacağına taraf iradelerine bakılarak karar verilmelidir.

Borçlar hukukunda sorumsuzluk anlaşması gibi sorumluluğu azaltan veya kaldıran benzer hukuki işlemler yapılabilmektedir. Bunlardan bazıları rıza, birlikte kusur, ibra-sulh sözleşmeleridir. Rıza hukuka uygunluk sebebidir ve tazminat sorumluluğun baştan itibaren doğmasına engel olur. Rıza tek taraflı hukuki işlem benzeri irade açıklamasıdır. İbra doğmuş bir alacağa ilişkin yapılırken sorumsuzluk anlaşması henüz doğmamış bir alacağa ilişkin olarak sadece alacak talep hakkı için yapılmaktadır. Birlikte kusur kavramı ile sorumsuzluk anlaşması sonuçları bakımından benzetilmektedir. Birlikte kusur ile

de tazminat sorumluluğunun azaltılması veya kaldırılması sağlanır. Ancak zarar görenin davranışı zarar verenin sorumluluğunu azaltma bilinci ile yapılmaz.

Zararı doğuran fiil hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir bu durumda taleplerin yarışması söz konusu olur. Bu durumda tarafların iradelerinin hangi yönde olduğu yorumlanarak sadece sözleşmeden doğan sorumluluk için mi anlaşma yapıldığı yoksa bu anlaşmanın haksız fiilleri de kapsayıp kapsamayacağı araştırılmalıdır.

Tüm sözleşmeler için geçerli olan kuralların yanı sıra sorumsuzluk anlaşmasına özgü sınırlayıcı kurallar da vardır. TBK'nın 115 ve 116.maddelerinde ağır kusur hali, borçlu ile alacaklı arasında hizmet sözleşmesi olması, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilmesi durumu yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk hallerinde özel sınırlandırmalardır ve bu durumlarda yapılan anlaşmalar kesin hükümsüzdür.

Asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılan sorumsuzluk anlaşması geçersiz olduğu takdirde bu durum asıl sözleşmeyi etkilemez. Sorumsuzluk anlaşması asıl sözleşmeye ek olarak yapılmışsa geçersizliğin asıl sözleşmeyi etkileyip etkilemeyeceği konusunda tartışmalar mevcuttur. TBK m.27'ye göre kural olarak sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmı geçersiz ise diğerlerinin geçerliliği bundan etkilenmez ancak bu hükümler olmadan anlaşma yapılamayacağı anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olacaktır. Diğer görüşe göre ise bu durum hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağından uygulanmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKDAĞ, Şükrü Yakup : “Yapay Zekânın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Sorumluluk Hukuku Seminerleri, On İki Levha Yayıncılık 2018, s. 9-18.

AKINTÜRK, Turgut /

ATEŞ KARAMAN, Derya : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

AKMAN, Sermet : Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

AKYOL, Şener : Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

AKYOL, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2.Baskı, İstanbul 2006.

ANTALYA, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.

ANTALYA, O. Gökhan : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt III, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.

ANTALYA, O. Gökhan : Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.

- ARAL, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ARSLAN, Melih : “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğun Sınırlandırılması ve Kaldırılması”, Yüksek Lisans Tezi, MARMARA Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2020.
- ATAAY, Aytekin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım 5.Basım, İstanbul 1995.
- ATAMER, Yeşim : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999.
- AYAN, Elif :“Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması” Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2013.
- AYAN, ELİF : “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(3), s. 3-36, Temmuz 2016.

- AYAN, Mehmet : Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara 1991.
- AYBAY, Aydın : Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, 15.Baskı, İstanbul 2020.
- BAŞALP, Nilgün : Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- BAŞALP, Nilgün : “Sorumsuzluk Anlaşması, Yardımcı Kişilerin Fiillinden Sorumluluk”, Prof. Dr. İsmet SUNGURBE’E Armağan, Borçlar hukuku Genel Hükümler Konferansları, İstanbul 2014, s.386-409.
- BUZ, Vedat : “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.91-113.
- Dural, MUSTAFA : “Akitten Doğan Yapmama Borçları”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1970, C.4 S.6, s.7-22.
- ERDOĞAN, Ersin : “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 2017, S.75(2), s.145-175.
- EREN, Fikret, Borçlar : Hukuku Genel Hükümler, 22.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

EREN, Fikret, : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı
Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yayınları, 1. Baskı, Ankara 1970.

ERTEN, Ali : Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları,
Olgaç Matbaası, Ankara 1977.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Filiz
Kitabevi, İstanbul 2017.

GÜNDOĞDU, Fatih : Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı
ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık,
İstanbul 2014.

GÜRSOY, Kemal Tahir : “Haksız Eylemden Doğan Talep Hakkı ve Bu
Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması”, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.31, S. 1,
Ankara 1951.

GÜVEN, Diler Tamer : Culpa In Eligendo, Der Yayınları, İstanbul 2001.

HATEMİ, Hüseyin/

GÖKYAYLA, Emre : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı,
Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

HAVUTÇU, Ayşe : “İfa Engelleri ve İfa Engellerinde Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’ a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Haziran 2011.

HAMAMCIOĞLU, Gülşah : Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

İMRE, Zahit : “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1947, C.13, S. 4, s.1475-1536.

İNAN, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.

İNAN, Ali Naim/

YÜCEL, Özge :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2014.

KAHVECİ, Nalan : “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, İstanbul Şerhi: Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018, s.905-942.

- KANETİ, Selim : “Hasız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları: Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I . Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- KARACA, Mehmet : “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 5, S.49, Eylül 2010, s. 47-62.
- KARABAĞ BULUT, Nil : “Sorumluluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, Hüseyin HATEMİ’ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 826-883.
- KARAHASAN, M. Reşit : Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, 6. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- KILIÇOĞLU, Mustafa : Sorumluluk Hukuku, C. 1 Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,

Necip/ HATEMİ, Hüseyin /

SEROZAN, Rona/

ARPACI, Abdulkadir : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

KORUR, E. : İş sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976.

KURT, Leyla Müjde : “Zarar Görenin Zararını Azaltma Külfeti”, AÜHFD, Yıl 2015, C. 64, S.3, s.775-781.

MERAL, Ömer Oğuzhan : “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’ a Armağan, C. 19, Özel Sayı 2017, s.1139-1206.

NOMER, Haluk Nami : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996.

OĞUZMAN, Kemal/

ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I , 12. Baskı,
Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, Kemal

/ ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II ,
12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

RADO, Türkan : Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz
Kitabevi, İstanbul 2016.

REİSOĞLU, Kemal : İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958.

SAĞLAM, İpek :“Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, MÜHFHAD, Özel
Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet
YAVUZ’a Armağan, Yıl 2016, C. 22, S. 3, s.151-
160.

SAYMEN, Ferit

/ ELBİR, Halid : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt
II , Filiz Kitabevi, İstanbul 1958.

- SEROZAN, RONA : Borçlar Hukuku Genel Bölüm C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Filiz kitabevi, İstanbul 2014.(Genel Hükümler)
- SEROZAN, Rona : “Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet Hali ve “Culpa in Contrehendo”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1990, C. 15, S. 18, s.27-42.
- SÜZEK, Sarper : İş Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- ŞENOCAK, Zarife : Borçlunun İfa Yardımcılarından dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1955.
- ŞENYÜZ, Doğan : Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ekin Yayınevi, 8. Baskı, Bursa 2016.
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II , 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TANDOĞAN, Haluk : Türk Mesuliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Mesuliyet).

TEKELİOĞLU, Numan : “ Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S. 1-2, s. 1-34.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/

AKMAN, Galip Sermet/

BURCUOĞLU, Haluk/ : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

ALTOP, Atilla

TİFTİK, Mustafa : Akit Dışı Sorumlulukta maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınevi, Ankara 1994.

TOPUZ, Murat : İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020.

TÜRKMEN, Ahmet : “ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.70, S. 2, 2012.

UYGUR, Turgut : Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.III, Madde 51-108, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

- ÜNLÜTEPE, Mustafa : Organizasyon Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, 2016.
- YAĞCI, Mine : Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk TBK. M.116, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018
- YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Nihat : Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2018.
- YÖNET, Yağmur : “ Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, Yüksek Lisans Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- YÜNLÜ, Semih : “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2018.
- ZİLELİOĞLU, Hilal : “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD 1987, Cilt: 39, Sayı:1, s.241-264.

<https://legalbank.net>

[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf,](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=mecelle_kulli.kaideler.pdf)

[https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6255#.](https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6255#)

[http://www.ankarabaros.org.tr/Siteler/19442010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1976-4.pdf.](http://www.ankarabaros.org.tr/Siteler/19442010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1976-4.pdf)

[https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2956#.](https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-2956#)

[https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2010-4-249-k-2010-257-t-05-05-2010-irade-aciklamasiyla-sozlesmenin-kurulmasi/766497/.](https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2010-4-249-k-2010-257-t-05-05-2010-irade-aciklamasiyla-sozlesmenin-kurulmasi/766497/)

[https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2010-4-130-k-2010-161-t-17-03-2010-haksiz-fiilden-dogan-tazminatin-belirlenmesi/749683/.](https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2010-4-130-k-2010-161-t-17-03-2010-haksiz-fiilden-dogan-tazminatin-belirlenmesi/749683/)

[https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2014-18230-k-2015-2559-t-25-02-2015-aciga-atilan-imzanin-uzerinin-anlasmaya-aykiri-dolduru/1503037/.](https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2014-18230-k-2015-2559-t-25-02-2015-aciga-atilan-imzanin-uzerinin-anlasmaya-aykiri-dolduru/1503037/)

[https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf.](https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf)

ÖZ

Günümüz sosyal ve ekonomik hayatında alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkilerde büyük çoğunlukta yardımcı kişilerden faydalanılmaktadır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 116.maddesinde yapılan düzenlemeye göre borçlu; borcun ifasını veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişilere bırakabilir ancak bu kişilerin işi yürüttükleri esnada verdikleri zararlardan sorumlu tutulur. Borçlunun yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğunun önceden azaltılmasına veya kaldırılmasına imkân veren anlaşmalara sorumsuzluk anlaşması denilir. Sorumsuzluk anlaşmaları diğer sözleşmeler gibi genel sınırlandırmalara ve kendine özgü başka sınırlandırmalara tabidir. Tezin amacı 116. maddedeki yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumsuzluk anlaşmalarını doktrin ve yargı kararları çerçevesinde incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Yardımcı kişi, sorumluluk, zarar, sorumsuzluk anlaşması,

ABSTRACT

In the modern public and economic life, auxiliary person is benefited to a large extent in the debtor- creditor relations. In accordance with regulation of the article 116 of the Turkish Code of Obligations, debtor may leave the discharging obligation or exercise of right to the auxiliary person however, debtor also is held accountable for the damages that auxiliary person caused meanwhile they conduct discharging obligation. It is called Exemption Clauses which enables reducing or lifting up the responsibility of the debtor arise from the auxiliary person's action previously. Exemption Clauses are liable to the general limitations just like the other agreements and are liable to the distinctive other limitations. The purpose of the thesis is investigating Exemption Clauses which arise from the auxiliary persons action within a doctrine and judicial decisions framework.

Keywords: auxiliary person, responsibility, damage, exemption clauses,