

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BÖLÜM DALI

**TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE
YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN
SINIRLANDIRILMASI VE KALDIRILMASI**

Yüksek Lisans Tezi

MELİH ARSLAN

İstanbul, 2020

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BÖLÜM DALI

**TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE
YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN
SINIRLANDIRILMASI VE KALDIRILMASI**

MELİH ARSLAN
DANIŞMANI: DOÇ. DR. MURAT TOPUZ

İstanbul, 2020

ÖZET

TBK m.116 hükmü gereğince borçlu borç ilişkisinden doğan bir borcun ifasında veya bir hakkın kullanılmasında tabiyet veya sözleşmesel bir ilişki aranmaksızın yardımına başvurduğu kişinin alacaklıya verdiği zarardan dolayı eğer yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiili kendisi gerçekleştirseydi kusurlu olarak kabul edilecek idiyse sorumlu olur. Her ne kadar borçlunun sorumlu olacağı ifade edilmiş olsa da yardımcı kişi kavramının içeriğinin genişliğinin farkında olan kanun koyucu borçluya alacaklı ile zararın meydana gelmesinden önce anlaşmaları şartıyla sorumluluğu sınırlandırma veya kaldırma imkânı da tanımıştır. Bu bağlamda zarar meydana gelmeden önce alacaklı ile borçlunun anlaşması ve bu anlaşmanın hem tüm sözleşmelerin tabi olduğu sınırlara hem sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu sınırlara aykırı olmaması şartıyla geçerli olacağı ve borçlunun sorumluluktan kurtulacağı ya da sorumluluğunun sınırlandırılacağı ifade edilmektedir. Borçlu kural olarak maddi-manevi, doğrudan-dolayısıyla-yansıma, olumlu-olumsuz zararların şartları gerçekleşenlerin hepsinden sorumlu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Borçlu, Alacaklı, Yardımcı Kişi, Sorumsuzluk Anlaşması, Borca Aykırılık, Haksız Fiil, Zarar, Tazminat.

ABSTRACT

In accordance with the article 116 of Turkish Code of Obligations, the debtor who delegates the performance of an obligation or the exercise of a right arising from a contractual obligation to an associate is liable to the other party for any damage the associate causes in carrying out such tasks unless he proves that he would not be liable if he acted himself. Although it is stated that the debtor will be liable, the lawmaker -who is aware of the breadth of the content of the concept of the associate- gives debtor the right to limit or remove responsibility, provided that they agreed with the creditor before the damage occurred. In this context, it is stated that the agreement between the creditor before the damage occurs will be valid both on the condition that it does not contradict the limits to which all contracts are subject and the boundaries to which exemption clauses are subject, and that the debtor will be freed or limited of liability. As it rules, the debtor will be liable for all material-moral, direct-indirect-reflection and positive-negative damages that occurs.

Keywords: Debtor, Creditor, Cooperative Person, Exemption Clauses, Breach Of Contract, Tort, Damages, Compensation.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
İÇİDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	VII
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN ÖNEMİ VE SORUNUN ORTAYA KONULMASI.....	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	3
III. ISTILAH.....	4
IV. ARAŞTIRMA PLANI.....	6

BİRİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

I. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR.....	8
A. Borçlu Kavramı ve Benzer Kavramlarla İlişkisi.....	8
1. Borçlu Kavramının Tanımı.....	8
2. Borçlu Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi.....	9
a. İşveren Kavramı ile Arasındaki İlişki.....	9
b. Adam Çalıştıran Kavramı ile Arasındaki İlişki.....	10
B. Yardımcı Kişi Kavramı, Türleri ve Benzer Kavramlar ile Arasındaki İlişki.....	11
1. Yardımcı Kişi Kavramı.....	11
a. Genel Olarak.....	11
b. Makineler ve Benzer Sistemler.....	14
2. Yardımcı Kişi Türleri.....	15
a. İfa Yardımcısı ve Kullanma Yardımcısı.....	15
b. Caiz Olan ve Caiz Olmayan Yardımcı.....	17
c. Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı.....	19
d. Gerçek Kişi ve Tüzel Kişi Yardımcı.....	21
e. Yardımcı Kişi ve Alt Yardımcı Kişi.....	22
f. Robotlar ve Yapay Zekâ.....	23
3. Yardımcı Kişi Kavramı ile Benzer Kavramlar Arasındaki İlişki.....	26
a. Yardımcı Kişi ile İşçi ve Çalışan Arasındaki İlişki.....	26
b. Yardımcı Kişi ile Organ Arasındaki İlişki.....	27
c. Yardımcı Kişi ile Temsilci Arasındaki İlişki.....	28
d. Yardımcı Kişi ile Vekil Arasındaki İlişki.....	30

II. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI.....	33
A. Borçlu ile Alacaklı Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı.....	33
1. Borç İlişkisinin Kaynakları.....	33
a. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri.....	34
b. Diğer Borç İlişkileri.....	35
2. Borç İlişkisinin İçerdiği Yükümlülükler.....	36
a. Edim Yükümlülükleri.....	36
b. Yan Yükümlülükler.....	37
c. Olumsuz Edim Yükümlülükleri.....	38
d. Sözleşme Öncesi Görüşmelerde Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk.....	39
B. Borcun İfasının veya Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılması.....	39
1. Borçlunun Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanılmasına Katılımına Rıza Göstermesi	40
2. Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanımına Fiilen Katılması.....	42
3. Borcun İfasının Yardımcı Kişiye Bırakılmasının Caiz Olması.....	44
C. Yardımcı Kişinin İfa veya Kullanma Esnasındaki Fiili Sebebiyle Borçlunun Zarara Uğraması.....	46
D. Farazi Kusur.....	48

İKİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN

SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI VE KALDIRILMASI

I. GENEL OLARAK SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI.....	54
II. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ GENEL ÖZELLİKLERİ.....	64
A. Sözleşme Olması.....	64
B. Tasarruf İşlemi Niteliğinde Olması.....	68
C. Şekle Tabi Olmaması.....	69
D. Anlaşmanın Zararın Meydana Gelmesinden Önce Yapılması.....	71
III. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ.....	72
1. Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Rıza ve Mağdurun Rızası.....	73
2. İbra.....	76
3. Birlikte Kusur.....	77
IV. BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VEYA KALDIRILMASI.....	78
A. Genel Olarak.....	78
B. Tüm Sözleşmeler İçin Geçerli Olan Sınırlar: Emredici Genel Hükümler.....	82
1. Kişilik Hakkına Aykırılık.....	83
2. Genel İşlem Koşullarına Aykırılık.....	87
3. Ahlaka Aykırılık.....	93

4. Kötüye Kullanma Yasağına Aykırılık.....	96
5. Kamu Düzenine Aykırılık.....	97
C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğa İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmaları İçin Geçerli Olan Özel Sınırlar.....	99
1. Genel Olarak.....	99
2. Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklanan Bir Borca İlişkin Olma.....	101
3. Uzmanlığı Gerektiren Bir Faaliyetin Kanun Veya Yetkili Makam İzniyle Gerçekleştirilmesi.....	104
V. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN SORUMSUZLUK ANLAŞMALARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	106
A. Genel Olarak: Kesin Hükümsüzlük.....	106
B. Aleyhe Yorum.....	107
C. Dikey Kısmi Hükümsüzlük.....	108
D. Yatay Kısmi Hükümsüzlük.....	109
E. Yazılmamış Sayılma.....	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASININ VEYA KALDIRILMASININ TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ VE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. FİİL VE ZARAR.....	114
A. Fiil.....	115
B. Zarar.....	118
II. TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAPSAMININ BELİRLENMESİ.....	128
A. Genel Olarak.....	128
B. Tazminattan İndirim Sebepleri.....	131
1. Borçlunun Farazi Kusurunun Hafif İhmal Derecesinde Olması.....	132
2. Alacaklının veya Alacaklının Yardımcı Kişilerinin Kusurları.....	135
3. Farazi Kusuru Hafif Kusur Seviyesinde Olan Borçlunun Tazminatı Ödemesi Halinde Yoksulluğa Düşecek Olması.....	139
4. Diğer İndirim Sebepleri.....	140
C. Sorumsuzluk Anlaşmalarının Tazminat Yükümlülüğüne Etkisi.....	144
1. Sorumluluğu Kaldıran Sorumsuzluk Anlaşmaları.....	145
2. Sorumluluğu Sınırlandıran Sorumsuzluk Anlaşmaları.....	146
III. ZAMANAŞIMI.....	147
IV. YARDIMCI KİŞİ İLE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ VE MÜŞTEREK BORÇLULUK.....	147
A. Yardımcı Kişi ile Borçlu Arasındaki İlişki.....	147
B. Yardımcı Kişi ile Alacaklı Arasındaki İlişki.....	149
C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumlulukta Müşterek Borçluluk.....	151

SONUÇ.....	153
KAYNAKÇA.....	160



KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BD	: Bankacılar Dergisi
Bkz. - bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
DT	: Doktora Tezi
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
eBK	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
FHD	: Fasikül Hukuk Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YLT	: Yüksek Lisans Tezi

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ VE SORUNUN ORTAYA KOYULMASI

Yılların geçmesiyle birlikte insan da bir birikim oluşturarak ilerlemiş ve oluşturduğu bu birikimden faydalanarak da pek çok yeni ürün ortaya koymuştur. Hukuk; insanla, toplumla ve insanın düzeyi ile doğuştan hatta o kadar ki adeta bir göbek bağıyla bağlıdır. İnsanın ortaya koymuş olduğu yenilikleri de hukukun kapsamı eğer bu yenilikler bir problem teşkil ediyorsa cezalandırması ya da önlem alması, bir problem teşkil etmiyorsa da bunu tanınması ancak yine bünyesinin içine dâhil etmesi gerekir.

İnsanların işlerini yardımcıları vasıtasıyla görmesi yeni değildir. Ancak önceki dönemlerdeki yardımcıların köle olması ve onlara hukuki statünün, kişiliğin tanınmamış olması sebebiyle kölelerin fiilleri doğrudan efendilerinin fiilleri kabul edildiğinden sonuçlarına da efendiler doğal olarak katlanıyordu¹. Bu sebeple de yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluktan tam manasıyla bahsetmek için henüz erkendi.

Kusur sorumluluğunun özellikle Iustinianus döneminden itibaren egemen olduğu Roma hukukunun² ilk dönemlerinde de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktan bahsedilemese de sonraki dönemlerde belli şartlar altında yardımcı kişi kullananın, yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumlu tutulduğu ifade edilmektedir³.

Bugün geline nokta ise alacaklı ile sözleşmeyi yapan borçluyu alacaklının neredeyse yalnızca sözleşmeyi yaparken görebildiği bir dünya söz konusudur. Hatta internet üzerinden yapılan sözleşmelerin de yaygınlaşmasıyla beraber artık sözleşme yapılan borçlu ile alacaklı muhatap olmadan ve işler borçlunun yardımcı kişileri vasıtasıyla yürümektedir. Bu noktada hem uzmanlaşmadan hem teknolojiden hem de çağdan söz etmek gerekir. Yaşadığımız dönemde uzmanlaşma daha önceki dönemlerde söz konusu olmayan boyuttadır. Bu sebeple de alacaklı ile sözleşme yapan borçlu, o konunun uzmanı olan bir yardımcı kişiye başvurmak isteyebilmektedir. Yine bunun gibi teknolojinin yaygınlaşması ve tanıdığı imkânlar sebebiyle

¹ TAHIROĞLU, B., “Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik”, İÜHFM, C.45, S.1-4, Y.2011, s. 657; ÖZDEMİR TÜRKOĞLU, G., “Roma Hukukunda Actio De Peculio”, DEÜHFD, C.7, S.2, Y.2005, s.110; ERİŞGİN SÖĞÜTLÜ, Ö., “Roma Hukukunda Hamile Kadın Kölenin Çocuğunun (Partus Ancillae) Hukuksal Yazgısı Hakkında”, AÜHFD, C.61, S.4, Y.2012, s.1411.

² ZİLELİOĞLU, H., “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD, C.39, S.1, Y.1987, s.241; GÜVEL, Ö., “Roma Hukukunda Sorumluluk”, SÜHFD, C.25, S.2, Y.2017, s.375-404.

³ YÜNLÜ, S., Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2019, s.13; ZİLELİOĞLU, s.250.

artık küçük esnaf olarak nitelendirilen esnafılar dahi küçük bir alana değil çok daha geniş bir alana hitap etmektedir. Çok daha geniş bir alana hitap etmenin doğal sonucu da faaliyet alanına yetişememek, yetişememenin doğurduğu sonuç ise yardımcı kişiye başvuru olarak ortaya çıkmaktadır. En basit örnek olarak bir çilingiri ele aldığımızda şehrin çeşitli yerlerinde broşürlerini dağıttığını düşünelim, aranıp çağırılması halinde bir yere kendisi gidecekse diğer yere de yardımcı kişisini gönderecektir. Bahsetmemiz gereken son değişken ise çağdır. İçinde yaşadığımız çağın bir hız çağı olduğu herkes tarafından ifade edilmekte ve bu hız yalnızca bir şey izlerken değil, bir hizmet alırken de aranmaktadır. Hizmet alırken hız arandığı için de hizmeti sağlayan borçlu yardımcı kişilere başvurmaktadır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hayatın ortaya çıkardığı hukukun da bünyesine katarak düzenlemelerinde yer verdiği bir kurum, sosyal bir gerçekliktir.

Çalışmamızda temellendirme yaparken üzerinde durduğumuz bazı görüşlere kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Bunlardan ilki hâkimiyet görüşü adı verilen ve yardımcı kişi borçlunun otoritesi altında olduğundan yardımcı kişinin sebep olduğu zararlardan borçlunun sorumlu olması gerektiğini ifade eden görüştür⁴. Bir diğeri yarar ve tehlike görüşüdür, bu görüşe göre yardımcı kişi kullanması sebebiyle bir yararı hedefleyen borçlunun, yardımcı kişinin sebep olacağı tehlikeyi yani zararı da sahiplenmesi gerekir⁵. Bahsetmemiz gereken son görüş ise etki alanı görüşüdür, yardımcı kişi borçlunun hâkimiyet alanında yer almalıdır, yardımcı kişi üzerinde alacaklının herhangi bir etkisi söz konusu değildir bu sebeple de borçlunun etki alanında meydana gelen zarara katlanması gerekecektir⁶. Bizim çalışmamızda temellendirme yaparken en fazla dayanacağımız görüşler bunlardır ancak ifade ettiğimiz üzere bir ya da birden çok görüşü seçmenin değil, somut olay bağlamında kanun hükümlerini de dikkate alarak yorum yaparken en uygun olan görüşe dayanılması gerektiği kanaatindeyiz⁷.

Yaşanan hayatta ortaya çıkan ve hukukun sahasına dâhil olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun hukuki altyapısının temellendirilmesi hakkında doktrinde çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür ve mezkûr görüşlerin her biri eksikliği sebebiyle bir diğer görüş

⁴ KORUR, s.14; YÜNLÜ, s.49-50; YAĞCI, s.14; ŞENOC AK, s.22.

⁵ YAĞCI, s.19-20; KORUR, s.22; YÜNLÜ, s.56; ŞENOC AK, s.29.

⁶ ŞENOC AK, s.33; YÜNLÜ, s.57; YAĞCI, s.22.

⁷ YÜNLÜ, s.61-62.

tarafından eleştirilmiştir⁸. Bir kez daha vurgulamakta yarar görüyoruz ki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk adeta laboratuvarında üretilmiş yapay ve jakoben biçimde dayatılmış bir kavram değildir; hayatın kendisinden doğmuş, doğal bir kavramdır. Bu sebeple biz de temellendirme için ileri sürülen görüşleri tartışıp sonunca tek bir görüş seçmemizin gerekli olmadığı kanısına varan doktrinde diğer yazarlar gibi tek bir görüş seçmemizin gerekli olmadığı, ifade edilen görüşlerin bazı olaylar için doğru sonuçlar vermesine rağmen diğer bazı olaylar için aynı sonucu doğurmuyor olmasının sorun olmadığını, bu durumda diğer görüşlerden birini seçebileceğimizi ifade ediyoruz⁹. Bir başka deyişle zikredilen bir görüşün bir olay bağlamında yanlışlanabilir olması yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun yanlışlanması sonucunu doğurmayacaktır. Zira ifade ettiğimiz üzere yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk her şeyden önce bir gerçekliktir; bir teoriye dayalı olarak ortaya çıkmadığından teorinin yanlışlanmış olması yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun da dayanaktan yoksun kalması suretiyle ortadan kalkmasını gerektirmeyecektir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

İleride değineceğimiz üzere yardımcı kişi olarak kabul edilebilmek için gereken şartların çok esnek şartlar olması sebebiyle hukukun her alanında gerek gerçek gerek tüzel kişiler hakkında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Ayrıca yardımcı kişiye benzer ancak yardımcı kişi olmayanlar gibi yardımcı kişilerin sahip olması gereken özellikleri taşımasına rağmen yardımcı kişilere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı kişiler de söz konusudur.

Yardımcı kişilerin hangi fiillerinden dolayı borçlunun sorumlu olacağı konusunda doktrinde fikir birliği söz konusu değildir. Borçlunun, yardımcı kişinin yalnızca borca aykırı fiillerinden sorumlu olacağını söyleyenler olduğu gibi, yardımcı kişinin ifa vesilesiyle, ifayla doğrudan alakalı olmasa da ifadan doğan imkanla gerçekleştirdiği haksız fiillerden dolayı da sorumlu olması gerektiğini savunanlar da mevcuttur.

⁸ Söz konusu görüşler ve bu görüşler hakkındaki tartışmalar için bkz. ŞENOCAK, Z., Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s.12 vd.; KORUR, E., İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976, s.12 vd.; YAĞCI, M., Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116), İstanbul 2018, s.12 vd.; YÜNLÜ, s.44 vd.

⁹ YÜNLÜ, s.58-59; YAĞCI, s.25; ŞENOCAK, s.38; KORUR, s.24.

Yardımcı kişinin fiillerinden bir sorumluluk doğmadan önce sorumluluğun sınırlandırılabilmesi veya kaldırılabilmesi kanunda ifade edilmektedir. Ancak bu sınırlandırma ve kaldırma TBK m.115 ve m.116'da bahsedilen sınırlar dışında tüm sözleşmelerin geçerli olduğu sınırlara da tabi olacaktır, öyleyse anlaşmanın yapıldığı her durumda da sorumluluğun sınırlandırıldığından veya kaldırıldığından söz edemeyeceğiz. Tüm bunlarla beraber yapılmış anlaşmanın aykırı olduğu sınıra ve somut olaya göre anlaşmanın tamamen ya da kısmen geçersiz sayılmasına karar verilecektir. Sözgelimi bireysel bir sözleşmenin içinde yer alan ve tüm sözleşmelerin tabi olduğu sınırlara aykırı olan bir hüküm dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımına çarptırılacakken; genel işlem koşulları vasıtasıyla sözleşmeye dahil olmuş bir hüküm yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımına çarptırılacaktır. Ancak yukarıda zikrettiğimiz hüküm bir sözleşme şartı olarak değil de ayrı bir sözleşme olarak kararlaştırılmışsa bu durumda sözleşme kesin hükümsüz olacaktır.

Sorumluluğun doğduğu durumlarda aralarında anlaşma olmasa da kanunda ifade edilen bazı şartların üzerinde gerçekleşmesi sebebiyle borçlunun sorumlu olacağı tazminat yükümlülüğünde indirimle gidilebilecektir. Tıpkı bunun gibi yardımcı kişinin üzerinde bazı indirim sebeplerinin gerçekleşmesi durumunda da borçlunun yardımcı kişiye rücu ettiği durumda yardımcı kişinin sorumlu olacağı tazminat miktarında da indirimle gidilebilecektir.

Çalışmamızda yukarıda zikrettiğimiz meselelerin ve problemlerin çözümü TBK çerçevesinde ele alınıp cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

III. İSTİLAH

Bugün yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk diyerek ifade ettiğimiz sorumluluk türünün adlandırılması her zaman bu şekilde değildi. 818 sayılı eBK'da bugün TBK m.116'da karşılığını bulan hüküm şu şekilde düzenlenmişti: *“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 kılabilir¹⁰.” Ayrıca bu hükmün başlığı “muavin şahısların mesuliyeti” şeklindeydi. Anlaşılabacağı üzere hükümde muavin şahıslardan, muavin şahısların fiillerinden kaynaklanan sorumluluğu düzenleyen hükmün başlığının muavin şahısların mesuliyeti olmasının bir çeviri hatası olduğu ifade edilmiştir¹¹.

Maddede yapılan “beraber yaşayan şahıs ve maiyetinde çalışan” kişiler şeklindeki sayım, tüketici imiş gibi görünse de bunun da bir hata olduğu ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki sayımın sonunda “gibi” ifadesinin bulunması sebebiyle sayımın örnekleyici nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır¹².

Çevirilerde yapılan bu yanlışlıklar ve doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde ortaya çıkan birikimin bir sonucu olan 6098 sayılı TBK’da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk m.116’da şu şekilde düzenlenmiştir: “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*”

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

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” Önceki dönemde yapılan eleştiriler neticesinde madde başlığı içerik ile alakalı olarak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk olarak belirlendi. Yine önceki hükümde eleştirilen noktalardan olan sayımın

¹⁰ **ERMAN, H./İNAL, E./BAYSAL, B.**, Karşılaştırmalı – Gerekçeli 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s.212-213.

¹¹ **KARACA, M.**, “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, THD, S.49, Y.2010 (Eylül), s.48’deki dn.2; **YÜNLÜ**, s.29; **YAĞCI**, s.37; **ŞENOCAK**, s.54.

¹² **TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.**, Tekinay Borçlar Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s.895; **TANDOĞAN, H.**, Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 yılındaki 1. Basıdan tıpkı bası, İstanbul 2010, s.436; **YÜNLÜ**, s.30; **YAĞCI**, s.37; **ŞENOCAK**, s.54.

tüketici imiş gibi yapılması yanlışına yeni kanunda düşülmemiş ve kanunda sayım yapıldıktan sonra “gibi” denilerek sayımın örnekleyici olduğu ortaya konmuştur.

Muavin şahıs şeklindeki ifade de TBK ile birlikte yardımcı kişiye dönüşmüştür. Muavin şahıs şeklindeki ifadenin kullanıldığı eBK döneminde doktrinde daha çok ifa yardımcısı ifadesinin kullanıldığını da ifade etmeliyiz. TBK döneminde yardımcı kişi isimlendirilmesi tercih edilse de yardımcı kişinin gerçekleştirdiği faaliyete göre ifa yardımcısı veya kullanma yardımcısı şeklinde bir tesmiye de söz konusudur ve bunu ileride inceleyeceğiz¹³.

Kavrama ilişkin Türk hukukundaki gelişimine değindikten sonra 2020’de yürürlüğe girmesi planlanan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısında yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa karşılık gelen m.119 hükmüne değinmeliyiz ve söz konusu hükmü şu şekilde çevirebiliriz: “borçlu sözleşmeden doğan bir borcun ifası ya da hakkın kullanılması için yetkilendirdiği yardımcı kişilerin fiillerinden eğer kendi kendine hareket etmiş olsaydı sorumlu olmayacağını kanıtlamadıkça yardımcısının işi yürüttüğü sırada sebep olduğu zarardan sorumludur.” Görüldüğü üzere bu hükümde sorumsuzluk anlaşmasına yer verilmemiştir binaenaleyh sorumsuzluk anlaşması için de İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısındaki sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin genel hükmün yer aldığı m.122’ye bakmamız gerekecektir. Mezkûr maddeyi de şu şekilde çevirebiliriz: “Eğer tarafların üzerinde anlaştığı hak ve borçlarda önemli ölçüde değişiklik olması halinde alacaklının haklarını sınırlamak ya da ortadan kaldırmak için önceden yapılan anlaşma geçerli değildir.” Mehz İsviçre hukukundaki yönelişin tespit edilmesi ve Türk hukukunda da yorum yapılırken değerlendirilmesi kıymetlidir.

IV. ARAŞTIRMA PLANI

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde yardımcı kişi kavramı ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartları incelenmiştir. Yardımcı kişi kavramıyla ilgili olarak öncelikle yardımcı kişinin tanımı, benzer kavramlar ve türleri incelenmiştir. Bunlardan sonra yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun meydana gelmesi için bir arada bulunması gereken şartlar sırasıyla incelenmiştir. Şartlar incelenirken özellikle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğması için yardımcı kişinin zararı meydana getiren fiilinin

¹³ Bkz. Birinci Bölüm I.B.2.a.

borca aykırı bir fiil olması gerekmediğini, yardımcı kişinin fiili haksız fiil olsa dahi sorumluluğun doğacağını da incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde şartların bir araya gelmesi sonucunda doğacak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması incelenmiştir. İkinci bölümde öncelikle sorumsuzluk anlaşmasından şartları ve benzer müesseseler incelenmiştir. Devamında ise borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu sınırlandırılabilme veya kaldırabilme için yapacağı sözleşmenin tabi olacağı şartlar önce tüm sözleşmelerin tabi olduğu şartlar sonra da sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu özel şartlar olmak üzere incelenmiştir. İkinci bölümün son kısmında ise sorumsuzluk anlaşmasının sınırlara aykırı olarak yapılmış olması durumunda çarptırılacağı yaptırım tespit edilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunun sonucu olan tazminat incelenmiştir. Üçüncü bölümde öncelikle zarar ve fiil kavramlardan bahsedildikten sonra tazminatın belirlenmesi incelenmiştir. Tazminatın belirlenmesi kapsamında da tazminattan indirim sebepleri ve sorumsuzluk anlaşmasının tazminata etkisi incelenmiştir. Üçüncü bölümün sonunda ise yardımcı kişi ile alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki incelenmiş, bundan sonra ise bir yardımcı kişiden birden çok borçlunun sorumlu olması hususu incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR VE YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

I. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Borçlu Kavramı ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

1. Borçlu Kavramı

Borç kavramı TDK tarafından geri verilmek üzere alınan şey veya birine karşı bir şeyi yerine getirme yükümlülüğü olarak tanımlanmıştır¹⁴. Görüldüğü üzere borç kavramının geniş muhtevasını konumuz bağlamında borçlu kavramı bağlamında sınırlandırmamızı gerekmektedir. Biz de bu sınırlandırmayı TBK m.116'ya göre borcun ifasını veya herhangi bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını yardımcılarına bırakan ve söz konusu ifa veya hakkın kullanılması esnasında meydana gelen zararı kural olarak karşılamakla yükümlü olan kişi borçludur demek suretiyle yapmaktayız¹⁵.

TBK m.116 anlamında borçlu kavramından bahsedebilmek için gerekli olan temel unsur, herhangi biriyle bir borç ilişkisi içerisine girip bir borçla yükümlü olmak ve bu borcun ifasına herhangi birisine bırakmak veya bir borç ilişkisi dolayısıyla hak kazanıp bu hakkın kullanılmasını yine herhangi birine bırakmak olduğundan gerçek kişiler bu kavramın kapsamına girebileceği gibi gerek kamu gerek özel tüzel kişiler de bu kapsamın içine girebilecektir¹⁶. Tabii burada kamu tüzel kişisinin borçlu sıfatına sahip olup TBK m.116 anlamında sorumlu olabilmesi için yardımcı kişi ile arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olması gerekecektir.

¹⁴http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c72963d477f19.20340072.

¹⁵ KÖRÜR, s.25; YAĞCI, s.41.

¹⁶ REİSOĞLU, S., Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25.Bası, İstanbul 2014, s.364; KÖRÜR, s.25; YAĞCI, s.42.

2. Borçlu Kavramının Benzer Kavramlarla İlişkisi

a. İşveren Kavramı ile Arasındaki İlişki

İşveren kavramı İş Kanunu'nda iş sözleşmesi üzerinden belirlenmiştir¹⁷. Buna göre birisini iş sözleşmesi uyarınca çalıştıran gerçek, tüzel veya tüzel olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denilmiştir. Görüldüğü gibi kapsamın genişlemesi adına tüzel kişi olmayan kurum ve kuruluşlar ve iş sözleşmesi uyarınca çalıştıran her türlü kişi veya kurum bu kapsama sokulmaya çalışılmıştır. Böylece gerçek kişiler işveren olabileceği gibi, özel veya kamu tüzel kişileri ve hatta adi ortaklık gibi tüzel kişiliğe sahip olmayan kuruluşlar da işveren olabilecektir¹⁸.

İşverenden bahsedebilmemiz için tanımdan da anladığımız üzere öncelikle bir iş sözleşmesinin bulunması gerekecektir. İş sözleşmesinin olmadığı yerde işverenden bahsedilemeyecektir. Oysa borçlu¹⁹ sıfatına sahip olabilmek için borcun ifasını ya da hakkın kullanılmasını yardımcılara bırakmak yeterli olacaktır, herhangi bir sözleşme bağına ihtiyaç duyulmamaktadır. Gördüğümüz gibi her ne kadar işveren tanımının kapsamı genişletilmiş olsa da bu genişletme iş sözleşme kalıbı içinde yapılan bir genişletmedir. Bu sebeple de TBK m.116 anlamında borçlu kavramı, işveren kavramından daha geniştir.

İşveren sıfatına sahip olan herkes aynı zamanda TBK m.116 anlamında borçlu sıfatına da sahip olacakken bunun aksini söyleyebilmek mümkün değildir.

b. Adam Çalıştıran Kavramı ile Arasındaki İlişki

Adam çalıştıran kavramının özü, adam çalıştıranın çalışana emir ve talimat verebilmesi, çalışanın da adam çalıştırana tabi olmasıdır²⁰. Bir kişinin adam çalıştıran veya

¹⁷ SÜZEK, S., İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s.146.

¹⁸ ÇELİK, N./ CANİKLİOĞLU, N./ CANBOLAT, T., İş Hukuku Dersleri, 29.Baskı, İstanbul 2016, s.50.

¹⁹ Borçlu derken kast ettiğimiz TBK m.116 anlamındaki borçludur. TBK m.116 anlamında borçlu ile ne anlatmak istediğimizi de bir önceki bölümde tanımlamıştık. Burada borçlu demekle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun bir şartı olan taraflar arasında bulunması gereken borç ilişkisinin tarafı olan borçluya atıf yapmıyoruz. Doğrudan TBK m.116 anlamındaki borçluya atıf yapıyoruz. Bu tanım kapsamında da yani TBK m.116 anlamındaki borçlu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartları arasında yer alan borç ilişkisinde borçlu olarak yer alabileceği gibi alacaklı olarak da yer alabilir. Zira yaptığımız borçlu tanımı buna imkân sağlamaktadır, yardımcı kişilerin fiillerinden doğan zarardan sorumlu olacak olan TBK m.116 anlamında borçludur. Diğer borç ilişkisinde ister alacaklı olarak yer alsın ister borçlu olarak yer alsın. Alacaklı dendiğinde ise yardımcı kişilerin fiillerinden zarar gören ve bu gördüğü zararın kural olarak tazmin edilmesi gereken kişi anlaşılacaktır.

²⁰ OĞUZMAN, M. K./ ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2018, s.148; EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s.647; SAĞLAM, İ., "Adam

çalışan olup olmadığını anlayabilmek için bakılması gereken nirengi noktası burasıdır. Böylece adam çalıştıran kavramını, kendi işi için üçüncü bir kişiyi kendisine tabi olarak gözetim ve denetim yetkisine de sahip olduğu şekilde kendi menfaati için çalıştıran gerçek veya tüzel kişidir şeklinde tanımlayabiliriz²¹. Görüldüğü gibi tanımda iş sözleşmesinden bahsedilmemekte daha geniş bir çalıştırma ilişkisinden söz edilmektedir. Böylece adam çalıştıran kavramının işveren kavramından daha geniş olduğunu söyleyebiliriz.

Adam çalıştıran sıfatına sahip olabilmek için çalışan ile adam çalıştıran arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmasına, işin sürekli olmasına veya işin bir ivazlı olarak yapılmasına gerek yoktur²². Aranılan şart, adam çalıştırana tabi bir çalışanın olması ve adam çalıştıranın emir veya talimat verebilmesidir. Ancak eğer tabilik ve emir ve talimat verebilme yetkisinden bahsedilemiyorsa ivazlı bir sözleşme dahi söz konusu olsa adam çalıştıran-çalışan ilişkisi meydana gelmemektedir²³.

Adam çalıştıran sıfatına sahip olanların da tıpkı işverende olduğu gibi aynı zamanda TBK m.116 anlamında borçlu sıfatına sahip olduğunu söyleyebilirken; bunun da tersini söylemek mümkün değildir. İşveren kavramı ile adam çalıştıran kavramını kıyas ettiğimizde de iş sözleşmesi gibi bir sınırlama mevcut olmadığından adam çalıştıran kavramının işveren kavramından daha geniş bir alanı kapsadığını söyleyebiliriz. Böylece kavramları kapsamı bakımından genişten daraya doğru TBK m.116 anlamında borçlu, adam çalıştıran ve işveren şeklinde sıralayabiliriz.

Çalıştırmanın Sorumluluğu”, MÜHFHAD, Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3, Y.2016, s.151; **ALTAY, S.**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (66/3)”, MÜHFHAD, Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3, Y.2016, s.161; Federal Mahkeme de adam çalıştıran kavramının özünü astlık üstlük ilişkisi olarak kabul etmiştir. Bkz. **KILIÇOĞLU, M.**, Tazminat Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 2006, s.286.

²¹ **ARAS, T.**, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, TNBHD, C.2, S.1, Y.2015, s.69; **REİSOĞLU, Genel**, s.181; **SAĞLAM, s.151**; **KILIÇOĞLU, Tazminat**, s.285-286; **YAVUZ, N.**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1.C., 2.Baskı, Ankara 2015, s.532.

²² **ARAS, s.71**. Ayrıca Bir aile hukuku ilişkisi çerçevesinde meydana gelen çalışmalarda da adam çalıştıran-çalışan ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir. Örneğin bir babanın yanında çocuğunu çalıştırması halinde gerek tabilik gerekse de emir ve talimat verme yetkisi bulunduğundan baba çocuğunun fiillerinden adam çalıştıran olarak sorumlu olacaktır. Bkz. **EREN, Genel**, s.647-648; **OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2**, s.149; **SAĞLAM, s.151**; **YAVUZ, Şerh**, s.541; ayrıca Federal Mahkeme de oğlu kendisine yardım eden çiftçiyi adam çalıştıran olarak kabul etmiştir. Bkz. **KILIÇOĞLU, Tazminat**, s.286.

²³ Bağımlılık ilişkisi kurmayıp, karşı tarafa emir ve talimat yetkisi vermeyen vekâlet sözleşmelerinin söz konusu olduğu durumlarda bahsi geçen unsurlar olmadığından vekil çalışan, müvekkil de adam çalıştıran değildir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2**, s.149; **EREN, Genel**, s.649; **REİSOĞLU, Genel**, s.182.

B. Yardımcı Kişi Kavramı, Türleri ve Benzer Kavramlar ile Arasındaki İlişki

1. Yardımcı Kişi Kavramı

a. Genel Olarak

Yardımcı kişiyi borçlunun açık veya örtülü rızasıyla bir borcun ifasına veya bir hakkın kullanımına katılan kişi olarak tanımlayabiliriz²⁴. Yaptığımız bu tanım çerçevesinde yardımcı kişiden bahsedebilmek için borçlunun rızası ve yardımcı kişinin ifaya veya hakkın kullanımına katılması unsurları aranacak; bunların dışında borçluya tabi olma ya da borçluya bir sözleşmeyle bağlı olma gibi başka bir şart gerekmecektir²⁵. Sözgelimi bir taşıma işlemi

²⁴ANTALYA, O. G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.3, İstanbul 2017, s.306; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku 1.C. Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6.Bası, İstanbul 1976, s.837; OĞUZMAN, M. K./ ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, İstanbul 2018, s.416-417; TERCİER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s.390; KAHVECİ, N., “Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı – Sorumsuzluk Anlaşması – Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk m. 114–116”, Ed. SEROZAN, R./ÖZ, T./ACAR, F./GÖKYAYLA, K. E./DEVELİOĞLU, H. M. İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu – Yürürlük Kanunu(905-942), İstanbul 2018, s.930; AKINCI, Ş., Borçlar Hukuku Bilgisi, 7. Baskı, Konya 2013, s.250; YÖNET, Y. Ö., “Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2019, s.6; MEMİŞOĞLU, S. Ö., Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu (I), LHD, C.8, S.87, Y.2010, s.841; GÜLTEKİN, F., “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, TAAD, C.9, S.35, Y.2018 (Temmuz), s.379; AÇIKGÖZ, O., “İnternet Bankacılık Hizmetlerinin Sağlanmasına Yönelik Borcun İfasında Mobil Haberleşme (GSM) Şirketinin Hukuki Konumu ve Banka ile Mevduat Sahibine Karşı Sorumluluğu”, KHÜHFD, C.3, S.2, Y.2015 (Aralık), s. 66-67; ÖZDEMİR, H., “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay’ın Görüşü”, TBBD, S.105, (2013), s.270; KARAHASAN, M. R., Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 1989 İstanbul, s.1395; ZEYTİN, Z., “İfa Yardımcısının –Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk”, Tıp Hukuku Dergisi, S.10, Y.2016, s.446; TAY, S., “Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu”, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2017, s.42; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.892. Yargıtay kararlarında yardımcı kişi olarak gösterilen bazı örnekleri sıralayabiliriz: “Davalı üretici firma ile tüketici arasın malın satın alınması ile o malın en iyi şekilde bakım ve onarımının yapılması konusunda bir sözleşmenin kurulmuş olduğu görülmektedir. Bu sözleşme ile malı satın alan veya tüketici dediğimiz kişinin, bu konudaki taleplerinin davalı tarafından değil de onun yetkili kıldığı servis eliyle yerine getirildiğini görmekteyiz. Böylece malı satın alan ve kullanan ile, üretici arasında bir bakım ve onarımın yapılması, kısaca gereken hizmetin sunulması konusunda bir sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekmektedir.(...) Burada yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumlu olan kişi, bu yükümlülüğünü, bizzat değil, yardımcı kişileri kullanarak sağlamaktadır. Burada yardımcı kişinin davaya konu edilen olayda yetkili servisin malı kullanana verdiği zarardan davalı üreticinin sorumlu olmasıdır. BK.nun 100. maddesinde sözü edilen “yardımcı kişi” somut olayda “yetkili servis çalışanı” olarak kabul edilmeli veya en azından yetkili servis yardımcı kişi gibi nitelendirilmelidir.” diyerek yetkili servisi yardımcı kişi olarak kabul etmiştir. Yargıtay 4.HD, E.2000/1199, K.2000/3287, T.10.04.2000, www.kazanci.com, (E.T.15.02.2020); bir başka kararında ise: “Davalılardan doktor E. Ö. 'e ait muayenhanede diğer davalının hemşire olarak çalıştığı uyumsuzluk konusu değildir. (...) Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılar karşı sorumludur.” diyerek hemşireyi yardımcı kişi olarak kabul etmiştir”. Yargıtay 13.HD, E.2003/2333, K.2003/6348, T.22.05.2003, www.kazanci.com , (E.T.15.02.2020).

²⁵ EKİCİ, İ., Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2016, s.82; SEROZAN, R., (KOCAYUSUFAŞAOĞLU, N./ HATEMİ, H./ARPACI, A.), Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C.3, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul 2016, s.288; KILIÇOĞLU, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Baskı, Ankara 2017, s.676; İNAN, A. N./ YÜCEL, Ö., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s.615; HATEMİ, H./GÖKYAYLA, E., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017, s.275; GÜLERCİ, A. F., Borçlar

sırasında tesadüfen oradan geçen birine borçlu tarafından rica edilse, o kişi de bu ricayı kırmayıp yardımcı olsa ve bir zarara sebep olsa artık o kişi borçlunun yardımcısı olarak kabul edilecektir²⁶. Başka bir deyişle, borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkinin geçici veya sürekli olması önem arz etmediği gibi ivazlı veya ivazsız hatta hukuken geçersiz bir ilişki olması dahi önemli değildir²⁷.

Yardımcı kişinin borcun tamamını veya bir kısmını ifa ediyor olması ya da kendisine hakkın tamamının veya bir kısmının kullanımının bırakılmış olması da bir önem taşımaz. Bir başka deyişle yardımcı kişi sayılabilmek için borcu kısmen ifa etmek veya hakkın kullanımına kısmen katılmak da yeterlidir²⁸. Bununla birlikte yardımcı kişinin kısmen de olsa yapacağı bu ifaya borçlunun rıza göstermiş olması gereklidir²⁹. Eğer borçlunun yardımcı kişi tarafından

Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), 2. Baskı, İstanbul 2018, s.552; **AYAN, M.**, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Ankara 2016, s.404; **YILDIRIM, A.**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2017, s.303; **UYGUR, T.**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.1, 3. Baskı, Ankara 2013, s.739; **GÜNDOĞDU, F.**, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s.239; **TANDOĞAN, s.437; KARACA, s.49; TUNÇOMAĞ, s.837; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.308; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.413-414; EREN, Genel, s.1098; REİSOĞLU, Genel, s.363-364; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s.892; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.390-391; KAHVECİ, s.930; MEMİŞOĞLU, İlk Kısım, s.841; AKINCI, s.250; TAY, s.42; ZEYTİN, s.446; ÖZDEMİR, s.272; GÜLTEKİN, s.379.**

²⁶ **TUHR, Andreas Von**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C.: 1-2, (Çev.: EDEGE, C.), Ankara 1983, s.591; **EKİCİ, s.82; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.895; TUNÇOMAĞ, s.837; SEROZAN, İfa, s.288; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.676; EREN, Genel, s.1102; KAHVECİ, s.930-931; REİSOĞLU, Genel, s.364; UYGUR, s.739; GÜLERCİ, s.553; GÜNDOĞDU, s.239; KARACA, s.49; ZEYTİN, s.446; ÖZDEMİR, s.272.** Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir: “*Borçlunun borcuna giren eylemleri yapmasına ses çıkarmamış bulunduğu kimseler dahi yardımcı sayılır. Yardımcı kimse ile onu kullanan arasında sürekli bir ilişki (münasebet) bulunması zorunlu değildir. Yardımcının iş görmesi, karşılıklı veya karşılıksız olabilir; mesela tesadüfen borçlunun bir dostu dahi borcun kapsamına giren bir işi yapabilir. İş yapan yardımcının borcun varlığını bilerek iş yapmış bulunması dahi, onun yardımcı sayılması için, şart değildir. Başlı başına bir müteahhit bile, borcun yerine getirilmesinde veya hakkın kullanılmasında yardımcı kişi olabilir.*” Yargıtay HGK, E.1964/942, K.1964/637, T.4.11.1964, www.kazanci.com, (E.T.15.02.2020).

²⁷ **ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.307; YILDIRIM, s.303-304; EREN, Genel, s.1102; TUNÇOMAĞ, s.837; REİSOĞLU, Genel, s.364; TANDOĞAN, s.437; KARAHASAN, s.1395; UYGUR, s.739; YAVUZ, Şerh, s.742; AÇIKGÖZ, İnternet Bankacılığı, s.67; İNAN/YÜCEL, s.615; KARACA, s.49; ÖZDEMİR, s.272; ZEYTİN, s.446.** Yargıtay da aynı kanaattedir: “*Yardımcı kimse ile onu kullanan arasında sürekli bir ilişki ya da sözleşme bağının bulunması zorunlu değildir. Öyle ki yardımcının iş görmesi karşılıklı ya da karşılıksız olabileceği gibi, borçlunun üstlendiği edimleri yapmasına ses çıkarmamış bulunduğu kişiler dahi yardımcı sayılmaktadır. Yardımcı kişiyle borçlu arasındaki ilişkinin devamlı olması da zorunlu değildir.*” Yargıtay 11.HD, E.1982/1274, K.1982/1845, T.22.4.1982, www.kazanci.com (E.T.15.02.2020).

²⁸ **OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.418; EREN, Genel, s.1101; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.307; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.390; KAHVECİ, s.935; UYGUR, s.739; EKİCİ, s.80; GÜNDOĞDU, s.239; ÖZDEMİR, s.271; AÇIKGÖZ, İnternet Bankacılığı, s.67.**

²⁹ **ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.307; EREN, Genel, s.1100; KAHVECİ, s.930; REİSOĞLU, Genel, s.364; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.418; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.892; TANDOĞAN, s.436; KARAHASAN, s.1395; MEMİŞOĞLU, İlk Kısım, s.841; AKINCI, s.250; UYGUR, s.739; İNAN/YÜCEL, s.615; EKİCİ, s.81; YAVUZ, Şerh, s.742; GÜLERCİ, s.552-553; GÜNDOĞDU,**

yapılan ifaya veya hakkın kullanılmasına rızası yoksa bu kişi yardımcı kişi olarak kabul edilmez³⁰.

Borçlunun yardımcı kişisini üçüncü bir kişiye emri altında çalışmak üzere verdiği durumlarda artık söz konusu yardımcı kişi borçlunun değil, üçüncü kişinin yardımcı kişisi olarak kabul edilecek ve yardımcı kişinin fiillerinden üçüncü kişi sorumlu olacaktır³¹.

Yardımcı kişinin yardımcı kişi kullandığı durumlarda yani alt yardımcı kişinin kullanıldığı hallerde de borçlu, yardımcı kişinin yardımcı kişilerinden yani alt yardımcı kişilerden de TBK m.116 çerçevesinde sorumlu olacaktır³².

İkame kişi denilen ifayı borçlunun gözetiminde olmadan gerçekleştiren yardımcı kişinin yerine geçen kişinin fiillerinden de borçlu kural olarak TBK m.116 çerçevesinde sorumlu olacaktır³³. Burada kural olarak dememizin sebebi ikame kişinin sorumluluğu özel bir hükümle düzenlenmişse artık sorumluluğun mezkûr özel hükme göre belirlenecek olmasıdır.

Yardımcı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir³⁴. Yardımcı kişinin bir tüzel kişi olması durumunda her ne kadar söz konusu faaliyet, organı olan veya organın

s.239; **TAY**, s.42; **KARACA**, s.50; **ÖZDEMİR**, s.270; **AÇIKGÖZ**, İnternet Bankacılığı, s.67; **GÜLTEKİN**, s.380; **ZEYTİN**, s.446. Yargıtay da bu durumu kabul etmektedir: “yardımcıdan amaç, borçlunun açık ya da örtülü olarak ifaya ya da hakkı kullanma eylemlerine katılan herhangi bir kişidir.” Yargıtay 11.HD, E.1982/1274, K.1982/1845, T.22.4.1982, www.kazanci.com, (E.T.15.02.2020).

³⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.893; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.418; **KAHVECİ**, s.930; **REİSOĞLU**, Genel, s.364; **AKINCI**, s.250; **EKİCİ**, s.81; **AÇIKGÖZ**, İnternet Bankacılığı, s.67; **ÖZDEMİR**, s.270; **KARACA**, s.50.

³¹ **EREN**, Genel, s.1103; **KARAHASAN**, s.1396; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.893; **TUNÇOMAĞ**, s.837; **KORUR**, s.30.

³² **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.312; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.414-415; **KAHVECİ**, s.931; **TUNÇOMAĞ**, s.838; **KARAHASAN**, s.1397; **ECİR, H. G.**, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayımlanmış YLT, İstanbul 2018, s.34; **KORUR**, s.29.

³³ **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.416-417; **SEROZAN**, İfa, s.289; **EREN**, Genel, s.1103; **TANDOĞAN**, s.447; **KAHVECİ**, s.932; **TUNÇOMAĞ**, s.839; **KARACA**, s.49; **ÖZDEMİR**, s.266. Vekalet sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde ikame kişinin yardımcı kişi sayılacağı yönünde **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.896; **KARAHASAN**, s.1398; **TUHR**, s.593. Ayrıca Vekilin ikame kişisi olan alt vekilin sorumluluğunun belirlenmesi için TBK m.507’de özel bir hükme yer verildiğinden alt vekilin sorumluluğu TBK m.507 çerçevesinde göre belirlenecektir. Bu konu ileride “Yardımcı Kişi ile Vekil Arasındaki İlişki” başlığı altında açıklanacaktır.

³⁴ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.306; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.418; **KAHVECİ**, s.932; **YAĞCI**, s.44; **YILDIRIM**, s.304; **ÖZDEMİR**, s.271; **KARACA**, s.50.

görevlendireceği bir gerçek kişi tarafından yerine getirilecek olsa da yardımcı kişi sıfatı tüzel kişiliğe ait olacaktır³⁵.

b. Makineler ve Benzer Sistemler

Yardımcı kişilerden bahsederken değinmemiz gereken konulardan biri de borcun ifasında makinelerin veya benzer sistemlerin kullanılması halinde sorumluluğun nasıl tespit edileceğidir³⁶.

Makinelerin veya benzer sistemlerin kullanıldığı durumlarda sorumluluğun nasıl tespit edileceğini aşamalı olarak ele almalıyız. Öncelikle eğer makine ya da benzer sistemin kullanılmasından dolayı doğan zararın asıl sebebi borçlunun –ya da borçlunun yardımcı kişinin- kusurlu fiili ise açıktır ki bu durumda borçlu kusurlu fiilinden dolayı TBK m.112 uyarınca sorumlu olacaktır. Makine veya benzer sistemin kullanılmasından doğan zararın asıl sebebinin borçlunun ya da yardımcı kişinin fiili olması, yazılımda bir hatanın olması veya yazılımın gözden geçirilmemesi durumlarında söz konusu olabilir.

Makinelerin veya benzer sistemlerin kullanılmasından doğan zararın borçlunun ya da borçlunun yardımcı kişinin fiiliyle ilişkisinin olmadığı durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği ihtilaflıdır. Bugün hâkim görüş borcun ifasında makinelerin veya benzer sistemlerin doğurduğu zararlardan dolayı TBK m.116 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini söylemektedir³⁷. Ancak biz hâkim görüşten ayrılarak sorumluluğu belirlemek için bir ayırım yapmamız gerektiği kanısındayız.

Borçlunun kullandığı makine veya benzer sistem kendisinin mülkiyetinde ise bu durumda artık TBK m.116'ya gitmeye gerek olmayacağı, borçlunun makine veya benzer sistemin verdiği zarardan dolayı borçlunun kişisel sorumluluğunun doğacağı kanaatindeyiz³⁸. Borçlunun mülkiyetinde ve kontrolünde olan makine veya benzer sistem onun bir parçası gibi değerlendirilip kanun koyucunun da TBK m.116 hükmünü vaz ederken maddenin kapsamına dahil etmeyi düşünmediği makineleri veya benzer sistemleri de bu maddenin kapsamına dahil etmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz³⁹.

³⁵ KAHVECİ, s.932; YAĞCI, s.44-45.

³⁶ Burada değineceğimiz makine veya benzer sistemlere örnek olarak bankaların kullandıkları para çekme makinelerini, otomatik benzin ya da yiyecek ve içecek servisi veren makineleri verebiliriz.

³⁷ ŞENOCAK, s.108-109; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.306; OĞUZMAN/ÖZ, s.421; KAHVECİ, s.934; SEROZAN, İfa, s.293; YAĞCI, s.48; ZEYTİN, s.447; KARACA, s.51.

³⁸ YÜNLÜ, s.113.

³⁹ YÜNLÜ, s.114.

Zararın doğmasına sebep olan makinenin veya benzer sistemin borçluya değil de borçlunun başvurduğu yardımcı kişiye ait olması durumunda yukarıda ifade ettiğimiz görüşe uygun olarak yardımcı kişinin mülkiyetinde olan ve kullandığı makine veya benzer sistemlerden dolayı sorumluluğu kişisel sorumluluk olacaktır. Borçlunun makine veya benzer sistem kullanan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu –makine veya benzer sistem dolayısıyla doğan zarardan sorumluluğu- ise TBK m.116’un sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır.

Makine veya benzer sistemden sorumluluk değerlendirilirken bahsi geçen araçlarla gerçekleştirilen edim yükümlülüklerinin yanında koruma yükümlülüklerine de dikkat edilmelidir. Zira borçlu ya da yardımcı kişi alacaklıya bir hizmeti makine veya benzer sistemle sağlamakla kendi menfaatine bir eylemde bulunduğundan ötürü bundan doğan riski de göğüslemelidir. Sözelimi borçlu ya da yardımcı kişi makine veya benzer sistemle sunduğu hizmetin güvenliğini sağlamalıdır. Örnek vermek gerekirse internet bankacılığı hizmetinde bankanın güvenlik için aldığı önlemlerin son adımı olan kısa mesajla şifre yollama aşamasında banka yaptığı bir sözleşme nedeniyle telekomünikasyon firmasının iletişim açısından destek almaktadır. Bankanın destek aldığı telekomünikasyon firması –somut olayda- bankanın yardımcı kişisidir ve bu aşamada meydana gelecek bir zarardan dolayı banka TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır⁴⁰.

Makine veya benzer sistemi kullanan borçlunun ya da yardımcı kişinin sorumluluğu tayin edilirken her ne kadar sorumluluğu genişletecek şekilde yorumlamak gerekli ise de makine veya benzer sistemle alakası olmayan elektrik kesintisi gibi problemlerden kaynaklanan zararlardan borçluyu ya da yardımcı kişiyi sorumlu tutmamak gerekir⁴¹.

2. Yardımcı Kişi Türleri

a. İfa Yardımcısı ve Kullanma Yardımcısı

Borçlunun fiillerinden sorumlu olduğu kişileri borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılan kişiler olarak tespit etmiştik. İşte buradaki kişilerden borcun ifasına

⁴⁰ AÇIKGÖZ, İnternet Bankacılığı, s.68-69.

⁴¹ YAĞCI, s.49; ŞENOCAK, s.108.

katılan yardımcı kişiler ifa yardımcısı olarak isimlendirilirken⁴², bir hakkın kullanılmasına katılan kişiler de kullanma yardımcısı olarak isimlendirilmektedir⁴³.

Borçlu her iki yardımcı kişinin de fiillerinden sorumludur. Uygulamada daha çok ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk gündeme gelmekle beraber genellikle kira ve kullanım ödöncü sözleşmelerinde söz konusu olan kullanma yardımcısının da fiillerinden borçlu sorumlu olacaktır⁴⁴.

İfa yardımcısı tabiri ile kast edilen borçlunun borcun ifasında kullandığı kişidir. Bu durumdaki kişinin daha önce de bahsettiğimiz üzere borçluya bağı olması ya da olmaması önem arz etmediğı gibi aralarındaki ilişkinin geçici ya da sürekli olmasının da bir önemi yoktur⁴⁵. İfade yardımına başvuru olan kişinin tesadüfen oradan geçen biri olması da mümkündür⁴⁶.

Kullanma yardımcısı ise çoğunlukla kira ve kullanım ödöncü sözleşmelerinde görölen bir yardımcı türüdür. Kira sözleşmesinde adı yazan kişi genellikle tek kişi olmasına rağmen evde tek kişi yaşamaz, işte bu durumda evde yaşayan diğerk kişiler, misafirleri varsa temizlikçisi, hizmetçisi kiracının kullanma yardımcısı olarak değerlendirilmektedir⁴⁷. Burada kullanma süresinin veya kullanmanın geçiciliğinin kullanma yardımcısı sayılma konusunda bir önemi yoktur. Başka bir deyişle geçici olarak orada bulunulsa dahi kullanma yardımcısı sıfatı kazanılacak ve kiracı yani borçlu, kullanma yardımcısı olarak isimlendirilen yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olacaktır.

Tekrar ifade etmek gerekirse, ister ifa yardımcısı ister kullanma yardımcısı olsun şartlar oluştuğı takdirde her iki durumda da borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden

⁴² **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.313; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.676; **EREN**, Genel, s.1098; **SEROZAN**, İfa, s.288; **TANDOĞAN**, s.436; **YÖNET**, s.35; **KAHVECİ**, s.930; **KORUR**, s.28; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.275; **YAĞCI**, s.49; **BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI E.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2017, s.174.

⁴³ **ŞENOCAK**, s.127; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.313; **YÖNET**, s.38; **KORUR**, s.28-31; **YAĞCI**, s.50; **YÜNLÜ**, s.196; **KAHVECİ**, s.932; **SEROZAN**, İfa, s.288; **EREN**, Genel, s.1098; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.676; **TANDOĞAN**, s.440; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.275; ifade ettiğimiz ayrımlar dışında doktrinde bir de koruma yardımcısı kavramından bahsedilmektedir. Koruma yardımcısı ile kast edilen borçlunun koruma yükümlölüğünü kısmen veya tamamen bıraktığı kişidir. Koruma yardımcısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YÖNET**, s.41-42; **EREN**, Genel, s.1078.

⁴⁴ **TUNÇOMAĞ**, s.841; **YAĞCI**, s.50; **YÜNLÜ**, s.196; **KORUR**, s.30.

⁴⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.417; **KAHVECİ**, s.935; **UYGUR**, s.739; **EKİCİ**, s.80; **GÜNDOĞDU**, s.239.

⁴⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.895; **TUNÇOMAĞ**, s.837; **SEROZAN**, İfa, s.288; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.676; **EREN**, Genel, s.1102; **KAHVECİ**, s.930-931; **REİSOĞLU**, Genel, s.364; **UYGUR**, s.739; **GÜLERCİ**, s.553; **GÜNDOĞDU**, s.239.

⁴⁷ **ŞENOCAK**, s.128; **KORUR**, s.30-31; **YAĞCI**, s.51; **TUNÇOMAĞ**, s.841.

sorumluluğu doğacaktır yani bu ayırım sorumluluğun doğumu ve sonuçları bakımından önemli değildir⁴⁸.

b. Caiz Olan ve Caiz Olmayan Yardımcı

Yardımcı kişinin caiz olması ya da olmaması esasen borcun ifası ile ilgili bir meseledir. Şöyle ki, eğer borç şahsen ifa edilmesi gereken bir borç ise bu durumda borcun ifası için yardımcı kişi kullanılamayacaktır. Şahsen ifa edilmesi gereken bir borcun söz konusu olduğu durumda yardımcı kişinin yine de kullanılmış olması halinde ise caiz olmayan yardımcı kişi gündeme gelecektir. Söz konusu durum dışındaki hallerde yani borcun şahsen ifası gerekmeyen hallerde ise borçlu yardımcı kişi kullanabilecek ve bu durumda da caiz olan yardımcı kişi söz konusu olacaktır.

Yardımcı kişi kullanmanın ne zaman mümkün olduğunu tespit edebilmek için hangi borçların şahsen ifa edilmesi gerektiğini anlamamız gerekmektedir. Bu kapsamda TBK m.83 ölçüt olarak alacaklının menfaati kavramını belirlemiştir. Böylece eğer borçlunun şahsen gerçekleştireceği ifada alacaklının menfaati söz konusu ise, borcun şahsen ifa edilmesi gerekecektir ancak şahsen ifada alacaklının bir menfaati söz konusu değilse borçlunun borcu şahsen ifa etmesi gerekmeyecek, yardımcı kişi kullanabilecektir. Ayrıca TBK'daki hükmün emredici olmadığını, tarafların sözleşmeye hüküm koymak yoluyla şahsen ifası gerekmeyen bir borcu şahsen ifası gereken bir borç haline getirebilecekleri gibi, şahsen ifası gereken bir borçta da yardımcı kişi kullanımına izin verebileceklerini belirtmeliyiz.

Konumuz bağlamında önem arz eden nokta, borçlunun şahsen ifası gereken yani yardımcı kişi kullanımının caiz olmadığı bir borçta yardımcı kişi kullanmış olmasıdır. Caiz olmayan yardımcı kişi kullanan borçlu, TBK m.116 anlamında sorumlu olacak mıdır? Hemen belirtmeliyiz ki, şahsen ifa etmesi gereken bir borcu caiz olmayan bir şekilde yardımcı kişi kullanarak ifa eden borçlu, borca aykırı davrandığından dolayı TBK m.112 çerçevesinde borca aykırı davranışından sorumlu olacaktır. Ancak borca aykırı davranarak caiz olmayan şekilde yardımcı kişiyi kullanan borçlu TBK m.112'nin yanında TBK m.116 çerçevesinde de sorumluluğu söz konusu olabilecek midir⁴⁹?

⁴⁸ YAĞCI, s.51; YÜNLÜ, s.196; KORUR, s.31.

⁴⁹ Tartışma için bkz. YÜNLÜ, s.126 vd.; ŞENOCAK, s.111 vd.; YAĞCI, s.53 vd.

Doktrinde baskın görüşe göre, borçlunun caiz olmayan bir şekilde yardımcı kişi kullandığı durumlarda borçlunun sorumluluğu yalnızca TBK m.112 çerçevesinde belirlenmelidir⁵⁰. Bunun yanında TBK m.116 çerçevesinde sorumlu tutulmamalı, TBK m.116 sadece yardımcı kişi kullanmanın caiz olduğu hallerde uygulanmalıdır⁵¹. Doktrindeki yazarlar yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarını incelerken de ifanın yardımcı kişiye bırakılmasının mümkün olmasını başka bir deyişle borcun şahsen ifa edilmesi gereken borçlardan olmamasını bir şart olarak ileri sürmüştür. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre borçlunun caiz olmamasına rağmen yardımcı kişi kullanmış olduğu durumda borçlunun sorumluluğunu TBK m.112 üzerinden belirlemek daha doğru olacaktır.

Doktrindeki diğer görüş ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin TBK m.116 hükmünün yalnızca yardımcı kişinin caiz olduğu hallerde uygulanmakla sınırlı tutulmaması gerektiğini, caiz olmayan hallerde de bu hükmün uygulanması gerektiğini söylemektedirler⁵². Caiz olmayan şekilde yardımcı kişi kullanan borçlu, hem TBK m.112 hem TBK m.116'dan dolayı sorumlu olacağı için bu talepler yarışacak ve alacaklı talebini dilediği sorumluluk hükmüne dayandırabilecektir⁵³.

c. Bağımlı ve Bağımsız Yardımcı Kişi

Yardımcı kişiden bahsederken ifade ettiğimiz gibi yardımcı kişinin borçluya bağlı olması gerekmemektedir⁵⁴. Öyle ki yardımcı kişinin tesadüfen rastlamış herhangi biri olması

⁵⁰ BELEN, H., 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul 2014, s.273; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.311; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.422; EREN, Genel, s.1106; YÖNET, s.155; REİSOĞLU, Genel, s.364-365; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.675; SEROZAN, İfa, s.285; KAHVECİ, s.936; EKİCİ, s.85; TANDOĞAN, s.441; TUNÇOMAĞ, s.841; YAVUZ, Şerh, s.742; KARAHASAN, s.1400; GÜLERCİ, s.552; AYAN, Borçlar, s.404; AKINCI, s.251; İNAN/YÜCEL, s.615-616.

⁵¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.892; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.422; SEROZAN, İfa s.285; EREN, Genel, s.1106; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.311; REİSOĞLU, Genel, s.364-365; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.675; KAHVECİ, s.936; EKİCİ, s.85; TANDOĞAN, s.441; TUNÇOMAĞ, s.841; YAVUZ, Şerh, s.742; KARAHASAN, s.1400; GÜLERCİ, s.552; AYAN, Borçlar, s.404; AKINCI, s.251; İNAN/YÜCEL, s.615-616; BELEN, s.273; GÜNDOĞDU, s.236.

⁵² GÜNDOĞDU, s.237-238; ŞENOCAK, s.113; YAĞCI, s.54-55; YÜNLÜ, s.127; YÖNET, s.161; AVCI, M. Ö., "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu", MÜHF-HAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C.22, S.3, (Aralık 2016), s.310.

⁵³ ŞENOCAK, s.113-114; YÜNLÜ, s.127; GÜNDOĞDU, s.237-238; YAĞCI, s.55.

⁵⁴ TUNÇOMAĞ, s.837; OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.417; EKİCİ, s.82; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.676; SEROZAN, İfa, s.288; EREN, Genel, s.1102; TANDOĞAN, s.437; YÖNET, s.53; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.275; AYAN, Borçlar, s.404; İNAN/YÜCEL, s.615; REİSOĞLU, Genel, s.363-364; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.892; KAHVECİ, s.930; AKINCI, s.250; GÜLERCİ, s.552; GÜNDOĞDU, s.239; YILDIRIM, s.303; UYGUR, s.739.

da mümkündür. Bu nedenle esasen yardımcı kişinin borçluya bağlı olup olmaması bir önem arz etmez. Yardımcı kişi borçluya bağlı bir kişi olabileceği gibi bağlı olmayan bir kişi de olabilir ve bu durum sorumluluk açısından herhangi bir fark yaratmaz.

Yardımcı kişi olabilmek için borçluya bağlı olmak gerekmediğinden bazı durumlarda kimin yardımcı kişi kimin kendi borcunu ifa etmiş üçüncü kişi olacağı ya da bazı bağımsız müesseselerin yardımcı kişi sayılıp sayılmayacağı gibi tartışmalar söz konusudur. Bu başlık altında bu tartışmalara da yer vereceğiz.

Konu bağlamında tartışılan meselelerden biri, üreticilerin üretim hatalarından satıcının TBK m.116 anlamında sorumlu olup olmayacağıdır.

Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim kanaat, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmek için gerekli olan şartlardan birinin borcun ifasına veya hakkın kullanımına katılmak olduğunu belirterek üreticinin, satıcının malın teslimi ve mülkiyetin devrinden ibaret olan ifasına katılmadığını, edimi hazırlayan, edimle uzaktan ilgili olan ve arka planda kalan faaliyetlerde bulunduğundan yardımcı kişi değil, üçüncü kişi olduğu gerekçeleriyle satıcının malın üretimine ilişkin bir sorumluluğu bulunmadığını ifade etmektedir⁵⁵.

Diğer bir görüş ise borçlu nasıl bağımlı taşıyıcı ve sağlayıcılarından dolayı sorumlu olaksa aynı şekilde bağımsız olarak borçluya mal getiren veya sağlayan kişilerin fiillerinden de sorumlu olmalıdır şeklindedir⁵⁶.

Belirtmeliyiz ki borçluya karşı kendi borcunu ifa eden, borçlunun alacaklıya karşı yüklenmiş olduğu borcun ifasına katılmayan kişiler yardımcı kişi sıfatı kazanamayacak, üçüncü kişi olacaklardır. Borçlunun da üçüncü kişilerin fiillerinden sorumlu tutulması sorumluluğun çok ve haksız olarak genişletilmesi olacaktır. Zira bu halde üretim bandının en başından mal satılıp teslim edilmesi evresine kadar geçen dönemdeki her türlü ayıptan borçlu sorumlu olacaktır, bunun isabetli olmadığı açıktır.

⁵⁵ **EREN**, Genel, s.1101; **SEROZAN**, İfa s.288; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.895; **KAHVECİ**, s.933; **KARAHASAN**, s.1396; **EKİCİ**, s.83-84; **TUNÇOMAĞ**, s.838; **TANDOĞAN**, s.438; **TUHR**, s.593; **KARACA**, s.51.

⁵⁶ **YÜNLÜ**, s.144; **ŞENOCAK**, s.118. Ayrıca borçlu borcun ifasını tedarikçiye bırakmışsa bu halde tedarikçi ve onun yardımcılarını borçlunun ifa yardımcısı olarak kabul eden görüş için bkz. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.307.

Konu bağlamında tartışılması gereken meselelerden bir diğeri ise, bağımsız konumda bulunan yardımcı kişinin tekel olması halinde borçlunun tekel yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olup olmayacağına ilişkindir.

Doktrindeki bir görüş, bu durumda yardımcı kişiyi seçmek ve etki etmek imkânı bulunmadığından borçlunun TBK m.116 anlamında sorumlu olmaması gerektiğini savunurken⁵⁷, diğer görüş ise yardımcı kişinin borcu gereği gibi veya hiç ifa etmemesi gibi durumlarda borçlunun yardımcı kişiden tazminat talep etme hakkına sahip olduğu için tekel kuruluşların işlerinde meydana gelecek aksaklığa alacaklının değil, borçlunun katlanması gerektiği ve bu gerekçeyle de TBK m.116 anlamında sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸.

Bizim de desteklediğimiz bir diğer görüş ise olaya bir adım geriden bakılması gerektiğini ifade etmektedir. Şöyle ki öncelikle bu gibi durumlarda incelenmesi gereken husus, borçlunun tekel durumunda olan yardımcı kişiyi kullanmak zorunda olup olmadığıdır. Borçlu eğer ifayı tekel durumundaki yardımcı kişiye başvurmadan gerçekleştirebiliyorsa bu durumda her ne kadar yardımcı kişi kullanmak istediğinde tekel söz konusu olsa da yardımcı kişi kullanıp kullanmama bakımından bir ihtiyara sahip olduğundan tekel konumundaki yardımcı kişinin fiillerinden borçlu sorumlu olmalıdır. Borçlunun borcu şahsen ifa etmesi mümkün olmadığı, bunun önünde kanunen ya da fiilen bir engel bulunduğu diğer ihtimalde ise tekel durumundaki yardımcı kişinin kullanılması bir zorunluluk teşkil edeceği için artık borçluyu tekel durumundaki yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu tutmamak gerekir⁵⁹.

d. Gerçek Kişi ve Tüzel Kişi Yardımcı

Borçlunun kullandığı yardımcı kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Borçlunun kullandığı yardımcının gerçek veya tüzel kişi olmasının sorumluluğu doğurma bakımından bir farkı yoktur. Ancak yardımcı kişinin bir tüzel kişi olması durumunda tazminata ulaşabilme bakımından alacaklı daha avantajlı duruma geçmiş olacaktır. Şöyle ki yardımcı kişinin tüzel kişi olduğu halde tüzel kişi ifa hareketini gerçekleştirmesi için bir gerçek kişiyi görevlendireceğinden alacaklı, uğradığı zararı, ifa hareketini gerçekleştiren gerçek kişiden,

⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.418; SEROZAN, İfa, s.288; TUHR, s.594; YÖNET, s.57-58.

⁵⁸ KAHVECİ, s.934; KARAHASAN, s.1397; YÖNET, s.58; TANDOĞAN, 438-439; ZEYTİN, s.448.

⁵⁹ YÜNLÜ, s.141-142; ZEYTİN, s.448.

gerçek kişiyi görevlendiren tüzel kişiden hem de tüzel kişiyi görevlendiren esas borçludan talep edebilecektir⁶⁰.

Tüzel kişi yardımcı kişilerden bahsederken değinilmesi gereken hususlardan biri de akreditiftir. Zira akreditifte tüzel kişiliğe sahip bir banka yardımcı kişi sıfatına sahip olmaktadır⁶¹.

Akreditifin çeşitli türleri olsa da üzerinde duracağımız belgeli akreditif, alıcı tarafından görevlendirilen bankaya satıcının tespit edilen belgeleri teslim ettiği ve bankanın da diğer koşulların da yerine gelmesiyle ödemede bulunduğu akreditif tipidir⁶². Akreditifin bu halinde alıcı yani akreditif amiri, satıcı yani lehtar ve banka olmak üzere üç taraf vardır. Genellikle deniz aşırı mesafelerde uygulanan bu yöntemde banka alıcının ya da satıcının bulunduğu ülkedeki bir bankadan da yardım almaktadır. İşte akreditif işlemi gerçekleşirken akreditif bankasının başka bir bankadan yardım alması halinde muhabir denilen ikinci banka akreditif bankasının yardımcı kişisidir ve akreditif bankası yardımına başvurduğu muhabir bankanın işlemlerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır⁶³.

e. Yardımcı Kişi ve Alt Yardımcı Kişi

Borçlunun -şahsen ifanın zorunlu olmadığı durumlarda- ifa faaliyetlerinde yardım alması durumunda yardımcı kişiden söz edilecektir. Borçlunun yardım aldığı yardımcı kişi de görevlendirildiği faaliyet kapsamında yardımcı kişiden yararlanması halinde alt yardımcı kişi gündeme gelecektir.

Yardımcı kişinin yardımcı kişi kullanması için niteliklerine ya da özel olarak sözleşmeye aykırı değilse alt yardımcının verdiği zararlardan dolayı da borçlu yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında yani TBK m.116 uyarınca sorumlu olacağı

⁶⁰ YÜNLÜ, s.135.

⁶¹ Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir: “*Vesikalı akreditif sistemine göre davacı banka amir banka, yabancı banka da muhabir banka durumundadır. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları gereğince yabancı ve yerli muhabir banka amir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de, BK.nun 100. maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur.*” Yargıtay 11.HD, E.1982/4852, K.1982/5626, T.15.11.1982, www.kazanci.com , (E.T.15.02.2020); başka bir kararında da: “*Norveçteki muhabir bankanın davalının yardımcısı sayılmasına hiç bir engel yoktur ve daha yukarıda açıklandığı gibi taraflar arasındaki aktin yorumundan da anlaşılan budur.*” Demektedir. Yargıtay HGK, E.1964/942, K.1964/637, T.4.11.1964, www.kazanci.com , (E.T.15.02.2020).

⁶² REİSOĞLU, S., “Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları”, BD, Y.16, S.52, Y.2005 (Mart), s.39; SOMUNCUOĞLU, Ü., Türk Borçlar Kanunu Işığında Akreditif Hukuku, Ankara 2017, s.13; BOZKURT, S., Akreditif Uygulaması, Ankara 2006, s.124; DOĞAN, V., Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, Ankara 2012, s.27; SARAÇ, S., Akreditifin Hukuki Niteliği, Yayımlanmamış YLT, İstanbul 2014, s.14.

⁶³ BOZKURT, s.124; SOMUNCUOĞLU, s.22; DOĞAN, s.201 vd.; SARAÇ, s.136; REİSOĞLU, Akreditif, s.39.

açıktır⁶⁴. Bir örnek vermek gerekirse taşıma işinde görevlendirilen yardımcı kişinin, taşıma işlemi sırasında şoför, indirme ve bindirmede görev yapacak işçi gibi yardımcı kişiler kullanacağı ortadadır zira işin niteliği bunu gerektirmektedir. Borçlu da yardımcı kişiye bu işi verirken tüm taşıma işlemlerini tek başına yapmasını beklememektedir. Bu nedenle de yardımcı kişinin kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden yani alt yardımcı kişilerin fiillerinden de aynı şekilde sorumlu olacaktır.

Konu bağlamında tartışmalı olan husus ise yardımcı kişinin, borçlunun talebine veya emrine aykırı olarak alt yardımcı kişi kullanması durumudur. Böyle bir durumda yani borçlunun rızası olmayan ve belki de yasakladığı alt yardımcıların fiillerinden sorumlu tutulup tutulmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki görüşlerden birine göre alt yardımcı kişi kullanımı konusunda yetkilendirilmeyen, işin niteliği gereği de böyle bir yetkisi olmayan hatta alt yardımcı kişi kullanması yasaklanmış olan yardımcı kişilerin yine de alt yardımcı kişi kullanmış olması durumunda artık borçlunun, alt yardımcının fiillerinden yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olmaması gerektiğini söylemektedir⁶⁵.

Bir diğer görüş söz konusu durumda yardımcı kişi kullanan borçlunun yalnızca ilk yardımcı kişinin seçilmesi, denetlenmesi ve talimat verirken kusurlu olup olmadığının incelenmesi gerektiğini ve eğer bir kusuru yoksa alt yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olmayacağını ifade etmektedir⁶⁶.

Bizim de katıldığımız doktrindeki bir başka görüş ise borçlunun hem yardımcı kişinin hem alt yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır. Katıldığımız görüşe göre yardımcı kişiyi ifa faaliyeti içerisine dahil eden borçlu, yardımcı kişinin meydana getireceği zararlardan sorumlu olacağı gibi alt yardımcı kişi kullanmasından doğacak rizikoları da üstlenmelidir⁶⁷. Buradaki sorumluluğun kaynağı olarak, yardımcı kişinin alt yardımcı kişi kullanmasına izin verip vermemesi değil, borçlunun yardımcı kişiyi ifa faaliyetine kendi rızası ile dahil etmesi görülmektedir. Ayrıca alt yardımcı kişinin de alacaklı ile temas içine girmesinin sebebi borçlunun borcunu yardımcı kişi marifetiyle ifa etme niyeti olduğundan borçlu bu durumun ortaya çıkardığı rizikolara katlanmalıdır.

⁶⁴ YÜNLÜ, s.152; ŞENOCAK, s.123.

⁶⁵ Görüş için bkz. YÜNLÜ, s.153.

⁶⁶ ŞENOCAK, s.124; aynı görüş için bkz. YÜNLÜ, s.154.

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.417; KAHVECİ, s.931; YÜNLÜ, s.155-156; YÖNET, s.61.

f. Robotlar ve Yapay Zekâ

Günümüzde artık yardımcı kişi kavramından bahsederken robotlardan ve yapay zekâdan da bahsedilmesi bir gereklilik haline gelmiştir. Çünkü günümüzde robot ve yapay zekâ çok çeşitli kullanım alanlarına kavuşmuştur. Bilimin yükselişi sayesinde gündemimize gelen ve uzun bir süre gündemimizden inmeyecekmiş gibi duran robot ve yapay zekâ kavramı üzerinde uzlaşmış bir tanım yoktur⁶⁸.

Robot kavramı ilk defa Karel Čapek tarafından 1921 yılında “Rosumovi Umeli Roboti” isimli tiyatro oyununda Çekçe’de angarya anlamına gelen “rab” kelimesinden türetilerek kullanıldı⁶⁹. Gerçi yazar bu kelimeyi kendisinin bulmadığını, kardeşi Josef Čapek’in bulduğunu, kendisinin sadece bu kelimeyi kullandığını sonraki yıllarda açıkladı⁷⁰. Robotu tanımlamadan önce bir ayırım yapmamız gerekirse fiziki bir donanım ve bu donanımı kullanabilmesi için de bir yazılıma sahip varlıklara robot denirken fiziki bir varlığa sahip olmayan yazılım tabanlı teknolojilere bot denmektedir⁷¹.

Robotlara ilişkin genel bir tanım yapmak yerine öncelikle robotları özelliklerine göre bir ayırma tabi tutmalıyız. Robotları, otonom robotlar, yarı otonom robotlar ve akıllı robotlar şeklinde bir ayırma tabi tutabiliriz⁷². Otonom robotları kendi başına karar alan ve bu kararları kendi başına uygulayabilen yapay zekâlı varlıklar olarak tarif edebiliriz⁷³. Karar ve eylemlerinin uygulamasına dışarıdan bir insan veya yapay zekâ tarafından müdahale edilebilen ve bu müdahale olmadan da bahsi geçen kararı ve eylemi gerçekleştiremeyen robotlar da yarı

⁶⁸ Robotlar ve yapay zeka kavramına değinirken merak edilebilecek durumlardan biri olan hayvanların yardımcı kişi olup olamayacağı hakkındaki inceleme için bkz. **YÜNLÜ**, s.118 vd.

⁶⁹ **ERSOY, Ç.**, Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, 3.Baskı, İstanbul 2018, s.5; **BOZKURT YÜKSEL, A. E.**, “Robot Hukuku”, TAAD, Y.7, S.29, Y. 2017 (Ocak), s.86; **PAPPAS, S.**, “Karel Čapek and the Origin of the Word Robot”, <https://blog.bookstellyouwhy.com/karel-%C4%8Dapek-and-the-origin-of-the-word-robot> ; **KURKA, R.**, “The Man Who Invented The Word “Robot”: Karel Čapek”, <http://www.scififantasynetwork.com/man-invented-word-robot-karel-capek/> ; <https://history-computer.com/Dreamers/Capek.html>.

⁷⁰ **KURKA**, <http://www.scififantasynetwork.com/man-invented-word-robot-karel-capek/>; <https://history-computer.com/Dreamers/Capek.html>.

⁷¹ **BOZKURT YÜKSEL**, s.87; **ERSOY**, s.5; **MUNROE, M.**, “Understanding the Difference Between a Bot, a Chatbot, and a Robot”, <https://blog.hubspot.com/customers/understanding-the-difference-between-a-chat-bot-and-robot>.

⁷² **AKBİLEK, M.**, “Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukuki Kişilikleri(!) ve Hukuki Sorumlulukları”, BÜHFD, C.3, S.6, Y.2017 (Aralık), s.222; **DÜLGER, M. V.**, “Yapay Zekâlı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, THD, C.13, S.142, Y.2018 (Haziran), s.85; tepkisel yapay zeka- otonom yapay zeka ayırımı için bkz. **AKDAĞ, Ş. Y.**, “Yapay Zekanın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Ed. BAYSAL, B., Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, İstanbul 2019, s.13 vd.

⁷³ **AKDAĞ**, s.18; **AKBİLEK**, s.222; **BIÇAKÇI, S.**, “Otonom Robot Nedir?”, <http://www.sanayininidijitaldonusumu.com/otonom-robot-nedir/>.

otonom robotlardır⁷⁴. Akıllı robotlar ise insan gibi algılayan, öğrenen ve dış dünya ile temasları sonucunda meydana gelen olaylarla alakalı olarak karar verebilen robotlardır⁷⁵.

Yapay zekâ ise teknolojik varlıkların karmaşık bir meseleyi insanmışçasına algılayabilmesini ve bu algılama neticesinde insanmış gibi kararlar verebilme yeteneğine sahip olmasını ifade eder⁷⁶. Yapay zekâdan bahsedebilmek için iletişim kurabilmek, içsel ve dışsal bilgiye sahip olmak, amaçsal hareket edebilme ve yaratıcılık özelliklerinin bulunması gerektiği de ileri sürülmüştür⁷⁷. Yapay zekâyâ örnek olarak insansız otomobiller, ses tanıma sistemleri ve robotlar verilebilir.

Yapay zekâyâ sahip robotların yardımcı kişi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda mevcut hükümler kapsamında bunun mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bununla beraber otonom ve yarı otonom robotlar için böyle bir değerlendirilmenin yapılmasının gerekmediği kanısındayız⁷⁸. Otonom ve yarı otonom robotların sebep olduğu zararlardan, -tıpkı makine ve benzer sistemlerde yaptığımız değerlendirme gibi- bunları mülkiyetinde bulunduran ve/veya kullananlar yahut da yazılımla ilgili bir problem söz konusu ise üreten sorumlu olmalıdır⁷⁹. Eğer bir borcun ifasında veya bir hakkın kullanılmasında borçlu veya borçlunun başvurduğu yardımcı kişi otonom veya yarı

⁷⁴ **AKBİLEK**, s.222.

⁷⁵ **AKBİLEK**, s.222; **DÜLGER**, Hukuki Statü, s.86.

⁷⁶ **ERSOY**, s.28 vd.; **BOZKURT YÜKSEL**, s.89; Allen Turing tarafından ortaya atılan “Turing Testi” olarak adlandırılan yapay zeka testine göre jürinin yazdıklarına bir makine ve bir insan tarafından cevap verilmekte ve jüri verilen cevaplardan hangisinin insana hangisinin yapay zekaya ait olduğunu tespit etmeye çalışmaktadır. Jürinin belli bir oranı eğer bu ayrımı yapamıyorsa yapay zeka yeterince insansı kabul edilmektedir. Bkz. **AKBİLEK**, s.217-218; **DÜLGER, M. V.**, “Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve 'Robot Yargıç/Avukat' Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor mu?”, https://www.academia.edu/35763984/G%C3%BCn%C3%BCm%C3%BCz_Yapay_Zeka_Teknolojisi_ve_Robot_Yarg%C4%B1%C3%A7_Avukat_Ger%C3%A7i, s.5; **ŞEKER, Ş. E.**, “Turing Testi”, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/04/02/turing-testi/>; **DEMİR, E. K.**, “Yapay Zeka’nın Keşfi: Turing Testi (Günümüzden önce gelecek için de bazı önlemler alındı)”, <http://www.enformasyonrafinerisi.com/enformativite/yapay-zekanin-kesfi-turing-testi>. Turing testini geçen yapay zekâlar için bkz. **SOLAK, G.**, “Turing Testini Geçen ve İnsandan Ayırt Edilemeyen İlk Yapay Zeka Google Assistant”, <https://listelist.com/google-assistant-turing-testi/>; **DEMİRCAN, U.**, “Bir Yapay Zeka Turing Testini Geçmeyi Başardı”, <https://onedio.com/haber/bir-yapay-zeka-turing-testini-gecmeyi-basardi-317017>.

⁷⁷ **DÜLGER, M. V.**, “Bir Hukuk-Kurgu Denemesi: Yapay Zekalı Varlığın Hukuki Sorumluluğu (Olabilir mi?)”, https://www.academia.edu/34075787/Bir_Hukuk-Kurgu_Denemesi_Yapay_Zekalı_Varlığın_Hukuki_Sorumluluğu, s.7; **ALTUNÇ, S.**, “Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku”, https://www.academia.edu/37812174/Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku, s.4.

⁷⁸ **AKDAĞ**, s.10-11.

⁷⁹ **BAYAMLIOĞLU, E.**, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan C.2*, 2008, s.135; **AKDAĞ**, s.19; **DÜLGER**, Hukuki Statü, s.85; **ALTUNÇ**, s.7.

otonom bir robot kullanmış ve bunun sonucunda da bir zarar meydana gelmişse kullananın mezkur zarardan kendi fiili imiş gibi kişisel sorumluluğu doğacaktır.

Akıllı robotlar ise ayrı bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Bu konuda yazılmış çeşitli makalelerde robotlara hukuki statü tanınarak yasal bir kişilik oluşturulması gerektiği ileri sürenler⁸⁰ olduğu gibi robotların köle olması gerektiğini savunanlar da vardır⁸¹. Ancak günümüzün gerçeği şudur ki bugün robotlara hukuki bir kişilik statüsü tanınmamaktadır. Hukuken yalnızca gerçek ve tüzel kişilere hak bahşedilmekte ve sorumluluk da ancak bu kişilere yüklenmektedir. Bu nedenle de robotlara herhangi bir sorumluluk -mevcut durumda- yüklenemeyecek ve robotların sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁸².

Akıllı robotlar özellik bakımından otonom ve yarı otonom robotlardan farklılık arz ediyor olsalar da –mevcut düzenlemeler nedeniyle- sorumluluk bakımından bir değişiklik olmayacağı kanısındayız. Yani robotlara kişilik statüsü tanınmadığı müddetçe ister akıllı olsun ister yarı otonom olsun tüm robotların gerçekleştirdiği fiillerden doğan zararlardan dolayı robotun sahibi olan borçlu bizzat veya zarar bir yazılım hatasına dayanıyorsa üretici sorumlu olacaktır⁸³.

Robotu kullanan yardımcı kişi ise yardımcı kişi robotun meydana getirdiği zarardan bizzat, borçlu da yardımcı kişiden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır.

Robotların gelecekte⁸⁴ birinci görüşe uygun olarak insanlara benzer bir hukuki statüye kavuşması durumunda TBK m.116 kapsamına gireceklerini ifade edebiliriz⁸⁵. Ancak ikinci görüşe uygun olarak robotların köle olarak tanınması halinde ise kölenin fiilinden efendisi sorumlu olacağı için yaptığımız yorum geçerliliğini korumaya devam edecektir.

⁸⁰ DÜLGER, Hukuki Sorumluluk, s.10; ERSOY, s.87 vd.; AKDAĞ, s.9 vd.

⁸¹ BRYSON, J. J., “Robots Should Be Slaves”, <http://www.cs.bath.ac.uk/~jjb/ftp/Bryson-Slaves-Book09.html>; ERSOY, s.94 vd.

⁸² Robotların sorumlu olduğunu ifade etmenin robot sahibi olanların, robot üreticilerinin ve robotları kullanacak olanların menfaatinde. Otonom robotların fiillerinden sorumlu oldukları ifade edildiğinde –konumuz bağlamında yardımcı kişi olarak kullanılmaları halinde- borçlu TBK m.116 uyarınca alacaklının zararını tazmin zorunda olsa da bunun dışındaki hallerde yani robotun bireysel bir şekilde zarar vermesi halinde robotun otonom olduğu gerekçesiyle zararın kendilerine yansıtılmaması gerektiğini ifade edeceklerdir. Ayrıca otonom araçların sorumluluğuna ilişkin bir değerlendirme için bkz. ÇOLAK, B., “Otonom Araçların Yasal Sorumluluğu”, <https://medium.com/deep-learning-turkiye/otonom-ara%C3%A7lar%C4%B1n-yasal-sorumlulu%C4%9Fufu-bcf9efcf1a18>.

⁸³ AKDAĞ, s.19; ALTUNÇ, s.7 vd.; BAYAMLIOĞLU, s.135-136; YÜNLÜ, s.172.

⁸⁴ Robotlara ilişkin yasal düzenleme yapılması için komisyon oluşturulduğuna dair haber için bkz. “Medeni Kanun 2.0’ın yeni ‘kşisi’ robotlar olabilir”, <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/medeni-kanun-20in-yeni-kisisi-robotlar-olabilir/960629>.

⁸⁵ Ceza hukuku bakımından sorumluluk bakımından benzer sonuçların doğabileceği yönünde bkz. ALTUNÇ, s.16.

3. Yardımcı Kişi Kavramı ile Benzer Kavramlar Arasındaki İlişki

a. Yardımcı Kişi ile İşçi ve Çalışan Arasındaki İlişki

Borçlu kavramından bahsederken nasıl ki işveren ve adam çalıştıran kavramlarını borçlu kavramından ayrı tuttuysak, yardımcı kişi kavramından bahsederken de söz konusu ayrıma paralel olarak işçi ve çalışan kavramlarını da yardımcı kişi kavramından ayrı tutmamız gerekmektedir.

İşçi, iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişidir. Bir gerçek kişinin işçi sayılabilmesinin yolu, iş sözleşmesi ile çalışması olarak belirlenmiştir⁸⁶. İş sözleşmesine değinmemiz gerekirse de bu sözleşmenin işçinin bağımlı olarak iş görmeyi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Söz konusu unsurlardan hareketle, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşan bir sözleşmeye dayalı olarak çalışan gerçek kişinin işçi olacağını söyleyebiliriz. Yukarıdaki bölümlerde ifade ettiğimiz üzere yardımcı kişi sayılabilmek için ortada bir sözleşme olması gerekmediği gibi tesadüfen gerçekleşen bir yardım durumunda da kişi, yardımcı kişi olarak kabul edilebilecektir. Böylece yardımcı kişi kavramının işçi kavramından daha geniş olduğu ortaya çıkacaktır. Son bir değerlendirme olarak şunu söyleyebiliriz ki yardımcı kişi kavramının kapsamına işçiler de girerken, işçi kavramının kapsamı daha dardır. Bu sebeple de her yardımcı kişi işçi değilken, her işçi –şartların gerçekleşmesi durumunda- yardımcı kişi sayılabilir.

Çalışan, adam çalıştıranı tabi olarak onun emir ve talimatları altında çalışan kişidir⁸⁷. Çalışanın tespitinde önemli olan çalışanın adam çalıştıranı bağıllığı ve adam çalıştıranın da çalışana emir ve talimat verebilmesidir. Görüldüğü üzere işçi kavramında olduğu gibi arada iş sözleşmesinin olması gerekmediği gibi esasen herhangi bir sözleşme bulunması da gerekmez ancak bağıllık ilişkisi aranır. Yardımcı kişiden bahsederken değindiğimiz üzere yardımcı kişinin borçluya bağıl olmasına gerek yoktur. Yani yardımcı kişinin borçluya tabi olması, bağıl olması gerekmez ve böylece çalışandan ayrılır. İfade ettiğimiz bilgilere göre artık şu tespiti yapabiliriz: yardımcı kişi kavramı, çalışan kavramından daha geniştir, yardımcı kişi kavramı çalışan kavramını kapsar yani –şartların gerçekleşmesi halinde- her çalışan aynı zamanda yardımcı kişidir. Ancak bunun aksi başka bir deyişle her yardımcı kişinin çalışan olduğu söylenemeyecektir.

⁸⁶ SÜZEK, s.137; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.41.

⁸⁷ ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.310; ARAS, s.71.

b. Yardımcı Kişi ile Organ Arasındaki İlişki

Tüzel kişilerin hukuk alanına katılabilmesi için organlara ihtiyacı vardır zira organları ile bu alana katılabilecektir⁸⁸. TMK m.50’de tüzel kişinin iradesinin organları aracılığıyla açıklanacağını belirtmek suretiyle ifade etmiştir. TMK m.50 tüzel kişilerin organlarının bütün fiillerinden dolayı tüzel kişinin sorumlu olacağını ifade edilmiştir. Bununla beraber organ tüzel kişinin temsilcisi ya da yardımcı kişisi değildir⁸⁹. Organın yaptığı faaliyette açıkladığı irade bizzat tüzel kişinin iradesidir. Başka bir deyişle organın gerçekleştirdiği faaliyet aslında tüzel kişinin gerçekleştirdiği faaliyetir⁹⁰. Tüzel kişi iradesini organının davranışlarıyla açığa vurmakta, organının davranışları da doğrudan tüzel kişiliğe izafe edilip, tüzel kişinin fiili olarak kabul edilmektedir⁹¹. Organ tüzel kişinin ayrılmaz bir parçası sayılır ve ondan ayrı bir varlığa da sahip değildir⁹².

Organ kavramının tespitinden bahsetmek gerekirse genel olarak kabul edilen görüşe göre kanunda, tüzükte ya da genel kurul kararıyla belirlenmiş olmasa bile tüzel kişiye ait önemli fonksiyonları sürekli ve bağımsız bir şekilde gerçekleştiren kişinin organ olarak kabul edilmesi gerekir⁹³. Olayda bir kişinin, yardımcı kişi mi yoksa organ mı olduğu anlaşılamadığında zikredilen özelliklerin mevcut olup olmadığına bakılmalı ve mevcudiyeti halinde organ olarak nitelendirilerek organın fiili tüzel kişinin fiili kabul edileceği için sorumluluk TBK m.112’ye göre belirlenmelidir. Aksi halde yani zikredilen özelliklerin mevcut olmadığı durumda ise yardımcı kişi olarak nitelendirilip sorumluluk TBK m.116’ya göre belirlenmelidir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, başkasının fiillerinden sorumluluk halidir⁹⁴. Borçlu, bu sorumluluk türünde kendisi tarafından gerçekleştirilmeyen, yardımcı kişisi tarafından gerçekleştirilen fiilden sorumlu tutulmaktadır. Oysa organ tüzel kişiden ayrı olarak kabul edilmemektedir. Buna paralel olarak da organın fiili doğrudan tüzel kişinin fiili olarak kabul edilmekte ve sorumluluk da buna göre belirlenmektedir.

⁸⁸ OĞUZMAN, M. K./ SELİÇİ, Ö./ OKTAY-ÖZDEMİR, S., Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15.Bası, İstanbul 2015, s.269; ERGÜN, Ö., Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul 2010, s.185; AYAN, M./ AYAN, N., Kişiler Hukuku, 7.Bası, Konya 2015, s.202; ZEVLİLİLER, A./ ERTAŞ, Ş./ HAVUTÇU, A./ GÜRPINAR, D., Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 9.Bası, Ankara 2015, s.142.

⁸⁹ AYAN/AYAN, s.202; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.272; ERGÜN, s.192 vd.

⁹⁰ ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s.144; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.268-269; ERGÜN, s.218; AYAN/AYAN, s.202.

⁹¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.272; ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s.144; AYAN/AYAN, s.202; ERGÜN, s.218; MEMİŞOĞLU, İlk Kısım, s.844.

⁹² ZEVLİLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s.143; AYAN/AYAN, s.202; ERGÜN, s.185.

⁹³ ERGÜN, s.190; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.271.

⁹⁴ ŞENOCAK, s.130; KORUR, s.32.

İfade etmeliyiz ki organın gerçekleştirdiği bir faaliyete ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının yapılacağı durumda da bu anlaşma yukarıdaki ifadelerimize yani tüzel kişinin organının fiillerinden sorumluluğunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk olmadığından dolayı TBK m.116'daki şartlara tabi olarak değil, TBK m.115'deki şartlara tabi olarak yapılması gerekecektir⁹⁵.

c. Yardımcı Kişi ile Temsilci Arasındaki İlişki

Temsil ilişkisinin iki kaynağı vardır: irade ve kanun. Bundan dolayı da kaynaklarına göre temsilciler iradi temsilci ve kanuni temsilci olarak ayrılır.

İradi temsilci, temsil edilenin iradesiyle onun adına hukuki işlem yapma yetkisinin verildiği kişidir⁹⁶. Yardımcı kişi ise borcun ifasına veya hakkın kullanımına katılan kişidir. Borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılma fiilleri de hukuki fiiller değil maddi fiillerdir⁹⁷. Bu nedenle yardımcı kişi kavramı temsilci kavramından daha geniştir ancak her ne kadar konu tartışmalı olsa da⁹⁸ temsilci sıfatına sahip bir kişinin yardımcı kişi olmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Mevcut bir borç ilişkisi kapsamında veya sözleşme görüşmeleri kapsamında borçlunun rızasıyla söz konusu ilişkide hareket eden temsilcinin fiillerinden dolayı –diğer şartların da gerçekleşmesiyle- borçlu TBK m.116'ya göre sorumlu olabilecektir⁹⁹.

Kanuni temsilci ise temsil olunan adına hukuki işlem yapma yetkisini kanundan alan temsilcidir¹⁰⁰. Burada yetkinin kaynağı kanun olduğu gibi yetkinin sınırını çizen de kanundur. Konumuz bağlamında kanuni temsilcilere baktığımız zaman TBK m.116'nın karşılığı olan gerek Almanya gerek Avusturya kanunlarında kanuni temsilcilerin madde kapsamına dâhil edildiğini, yardımcı kişi olarak vasıflandırıldığını görmekteyiz¹⁰¹.

⁹⁵ ŞENOCAK, s.132; YÜNLÜ, s.178.

⁹⁶ İNCEOĞLU, M. M., Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s.40; AKYOL, Ş., Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 43; AKBIYIK, C., “Temsil Yetkisi Ve Temel İlişki“, İÜHFM, C.55, S.4, Y.1997, s.218; GEÇER, A. E., “Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk V. Kusursuz Sorumluluk”, TBB, S.129, Y.2017 (Mart), s.109; BERKİ, Ş., “Türk Borçlar Kanununda Temsil”, BATİDER, C.8, S.1, Y.1975 (Haziran), s.22; ÇİÇEK, B., Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2010, s.13; DENİZ, M., Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacaklarından Doğan Sorumlulukları, Yayınlanmamış YLT, Konya 2019, s.13.

⁹⁷ KORUR, s.34; YAĞCI, s.65.

⁹⁸ Doktrindeki bir görüş iradi temsilcinin yardımcı kişi olmadığını ileri sürmektedir. Görüş için bkz. İNCEOĞLU, s.517.

⁹⁹ İNCEOĞLU, s.515; ayrıca söz konusu sorumluluğun doğabilmesi için temsil olunanın temsile rıza göstermiş olması gerekecektir. Temsil yetkisinin hiç verilmediği veya sona ermiş olduğu hallerde artık temsil olunanın rızasının olmadığı açıktır bu nedenle de ortada bir yardımcı kişi olmadığından TBK m.116'ya göre bir sorumluluktan da bahsedilemeyecektir.

¹⁰⁰ İNCEOĞLU, s.40; AKYOL, s.44; GEÇER, s.109; BERKİ, s.19; ÇİÇEK, s.14; DENİZ, s.13.

¹⁰¹ YÜNLÜ, s.181-182.

Türk hukukunda kanuni temsilcinin yardımcı kişi olduğu yönünde kanunda bir ifade yer almasa da doktrindeki hâkim görüş, kanuni temsilcilerin zarar doğuran fiillerinden dolayı temsil edilenleri, kıyasen uygulamak suretiyle TBK m.116 çerçevesinde sorumlu tutmak yönündedir¹⁰². Bu görüşün gerekçesi olarak da temsil olunanın kanuni temsilcinin faaliyetlerinin sonucunda meydana gelen nimetlerden yararlandığı gibi yine bu faaliyetler sonucunda meydana gelen külfetlere katlanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰³.

Doktrindeki diğer görüş ise kanuni temsille temsil olunanların, kanuni temsilcilerin fiillerinden dolayı TBK m.116 çerçevesinde sorumlu tutulmaması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁴. Mezkûr görüşlerini ise tıpkı tüzel kişilerin organlarının fiillerinin tüzel kişiye isnat edilmesi gibi kanuni temsilcilerin fiillerinin de temsil olunana isnat ettirilmesi suretiyle temsil olunan kendi fiilinden dolayı sorumlu olmalı diyerek görüşlerini gerekçelendirmektedirler.

Doktrindeki yeni bir görüş ise yalnızca kanuni temsilcinin kişisel sorumluluğuna gidilebilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁵. Böylece temsil olunan rızası dışında ya da rızası önemsenmeksizin atanan bir yardımcı kişinin eylemlerinden sorumlu olmayacaktır.

Bizce ikinci ifade ettiğimiz görüş, özel hükümle ifade edilmesi gerekli olan ve benzetilmesi mümkün olmayan bir konuda hüküm vaz edilmeden, vaz edilmiş gibi bir uygulamayı öngördüğü için isabetsizdir. Başka bir deyişle kanunda organın fiilleri tüzel kişinin fiili olarak kabul edilir mealinde bir hüküm olduğundan dolayı biz, organın fiilini tüzel kişinin fiili olarak kabul ediyoruz, böyle bir hüküm olmasaydı bizim de böyle bir kabulü yapmamız söz konusu olmayacaktı. Bu sebeple kanunda kanuni temsilcinin fiili, temsil olunanın fiili olarak görülmediğinden –kanunda böyle bir belirleme yapılmadığı için- ikinci görüşte ifade edilen sonuca varılamayacaktır. Her ne kadar ikinci görüşü isabetsiz bulduğumuzu ifade etsek de ilk görüş de kendi içinde mahzurlar barındırmaktadır. Kanuni temsilcinin seçiminde, atanmasında, denetlenmesinde dahil olmayan, herhangi bir iradesi bulunmayan temsil olunanı,

¹⁰² OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.421; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.309; EREN, Genel, s.1103; KARAHASAN, s.1399; TANDOĞAN, s.439; KAHVECİ, s.934; KORUR, s.34; YAĞCI, s.65-66 Alman ve Avusturya hukukunda yer alan gibi bir norma yer vermemesine rağmen İsviçre de doktrin, kanuni temsilcilerden dolayı temsil olunanın en azından kıyasen sorumlu olmasını bir gereklilik olarak kabul etmektedir. Bkz. YÜNLÜ, s.182.

¹⁰³ YÜNLÜ, s.182; YAĞCI, s.66.

¹⁰⁴ YÖNET, s.81; KARACA, s.50; YAĞCI, s.66-67; YÜNLÜ, s.184.

¹⁰⁵ YÜNLÜ, s.186.

kanuni temsilcinin fiillerinden sorumlu tutmak elbette bir mahzurdur¹⁰⁶ ancak burada bu mahzuru daha büyük bir yararla karşılasak –TMK m.50’de yer alan gibi bir isnadiyet normu düzenlenmediği müddetçe- ancak o halde birinci görüşü kabul edebiliriz, bu yarar da kanuni temsilci tarafından meydana getirilen bir zarar söz konusu olduğunda ödediği tazminatı kanuni temsilcisine rücu etmesi mümkün olan temsil olunan karşısında zarar gören karşı tarafı korumaktır. Biz de ifade ettiğimiz gerekçelerle herhangi bir isnadiyet normu olmadığından, mahzurlarına rağmen kanuni temsilcilerin fiillerinden dolayı temsil edilenlerin TBK m.116’nın kıyasen uygulanmasıyla yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olması gerektiğini düşünüyoruz.

d. Yardımcı Kişi ile Vekil Arasındaki İlişki

Borçlu ile yani sözleşme kapsamında vekâlet veren ile vekil arasında bir vekâlet sözleşmesi yapılmasıyla vekâlet ilişkisi meydana gelir ve vekilin vekâlet verenin işini bizzat yapma borcu doğar¹⁰⁷. Temsil ile vekâletin en temel farkı, temsil tek taraflı bir hukuki işlem iken vekâlet ilişkisi iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmeyle doğar¹⁰⁸.

Temsilci bahsinde ifade ettiğimiz gibi vekil de diğer şartların gerçekleşmesiyle yardımcı kişi olarak vasıflandırılabilir. Başka bir deyişle borçlu rızasıyla ifa ilişkisine dâhil ettiği temsilcinin fiillerinden sorumlu olduğu gibi vekilin fiillerinden de -diğer şartların da gerçekleşmesiyle- TBK m.116 çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Konumuz bağlamında vekille alakalı olarak incelenmesi gereken meselelerden ilki, vekilin borcunu ikame kişiye yani ilgili sözleşme bakımından alt vekile devrederken buna yetkisi olup olmadığı yani bu devrin caiz olup olmadığıdır. Zira vekilin borcunun devrinin caiz olup olmamasına göre sorumluluk değişecektir. TBK m.506’da ifade edildiği gibi vekil, vekâlet borcunu kural olarak şahsen yerine getirmek zorundadır¹⁰⁹. Ancak bazı hallerin varlığı durumunda vekilin borcunu devretmesi mümkün olacaktır. Kanunda bu haller: vekile buna ilişkin yetki verilen durumlar, olay bakımından zorunlu olan ya da teamül açısından mümkün olan hallerdir. İfade edilen hallerden birinin mevcut olması durumunda vekilin borcunu devri

¹⁰⁶Yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmek için gerekli olan şartlardan biri de borçlunun yardımcı kişinin ifaya katılımlına veya hakkın kullanılmasına katılmasına açık veya örtülü olarak rıza göstermesidir. Kanuni temsil halinde ise temsil olunanın, kanuni temsilcinin seçimi konusunda rızası söz konusu değildir.

¹⁰⁷YAVUZ, C./ ACAR, F./ ÖZEN, B., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13.Baskı, İstanbul 2014, s.631; EREN, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2015, s.705; ECİR, s.4; TAY, s.3.

¹⁰⁸YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.637; EREN, Özel, 710.

¹⁰⁹EREN, Özel, s.724 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.658 vd.

caiz bir devir olup ona göre sorumluluk belirlenecekken, yine ifade edilen hallerden birinin mevcut olmadığı durumlarda da böyle bir devir, caiz olmayan bir devir olarak görülecek ve sorumluluk bu şartlara göre belirlenecektir.

Vekil, işi başkasına gördürmede yetkisiz ise yani vekilin işi ikame kişiye ya da başlık kapsamında alt vekile devri caiz olmayan bir devir ise, bu durumda vekil, söz konusu alt vekilin fiillerinden dolayı kendisi yapmış gibi sorumlu olacağı TBK m.507/1’de ifade edilmektedir.

Vekilin işi başkasına gördürmesi yetki kapsamı içinde yer alıyorsa yani yukarıda ifade ettiğimiz yetki verilmiş olması, alt vekil kullanımının zorunlu olması ya da teamüle göre bunun mümkün olması hallerinden birinin mevcudiyeti söz konusu ise başka bir deyişle devir caiz ise bu durumda vekilin sorumluluğu hafifletilmiştir. Şöyle ki TBK m.507/2 bu durumda vekilin sorumluluğunu alt vekili seçmede ve alt vekile talimat vermede gerekli özeni göstermekle sınırlamıştır. Yani eğer vekil, alt vekili seçerken seçmede ve talimat vermede gerekli özeni gösterdiyse artık alt vekilin fiillerinden dolayı meydana gelen zararlardan sorumlu tutulamayacaktır.

Tam bu noktada ifade etmeliyiz ki söz konusu hüküm vekâlet sözleşmesine ilişkin özel hüküm niteliğindedir. Nitekim yardımcı kişiden bahsederken ifade ettiğimiz gibi ikame kişi kural olarak yardımcı kişidir ve ikame kişiden dolayı sorumluluk yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında belirlenir¹¹⁰. Kural olarak dememizin sebeplerinden biri bu hükümdür. İkame kişiye ilişkin alt vekilde olduğu gibi başka konularda da özel hükümlerin bulunması durumunda zikredilen hükümlerin de özel hüküm olmaları sebebiyle uygulanacağını ancak ifade edebiliriz. Bu durumda özel hüküm olmayan her durumda ikame kişi yardımcı kişidir ve ikame kişinin fiillerinden sorumluluk TBK m.116 çerçevesinde belirlenir diyebiliriz.

Konumuzla ilgili olarak incelenmesi gereken meselelerden ikincisi, vekilin ifade kullandığı üçüncü kişinin bir alt vekil mi yoksa herhangi bir yardımcı kişi mi olduğudur. Eğer vekilin ifade kullandığı kişi yalnızca bir yardımcı kişi ise bu durumda sorumluluğu tespitte herhangi bir zorluk olmayacak ve TBK m.116 yani yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Ancak ifade kullanılan kişi alt vekil ise bu durumda yukarıda yaptığımız ikili ayrımı yapıp devrin caiz olup olmadığını tespit etmemiz ve buna sorumluluğu belirlememiz gerekecektir.

¹¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.417; SEROZAN, İfa, s.289; EREN, Genel, s.1103; TANDOĞAN, s.447; KAHVECİ, s.932; TUNÇOMAĞ, s.839; KARACA, s.49; ÖZDEMİR, s.266.

Doktrinde ifada kullanılan kişinin alt vekil mi yoksa sadece bir yardımcı kişi mi olduğunu belirlemede kullanılacak ölçüte ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹¹¹. Söz konusu tespiti yapma konusunda yardımcı olacağını düşündüğümüz görüşe göre bakılması gereken husus vekilin yardımcı kişiye kendi hesabına mı yoksa vekâlet verenin hesabına mı başvurduğudur¹¹². Böylece eğer vekil üçüncü kişiye kendi hesabına başvuruyorsa bu durumda yardımcı kişiden ancak vekilin üçüncü kişiye vekâlet veren adına başvurduğu durumlarda ise alt vekil söz konusu olacaktır.

Gelinen noktada karşımıza incelenmesi gereken üçüncü bir mesele çıkmaktadır. Bu mesele de vekilin üçüncü kişiye kendi hesabına mı yoksa vekâlet verenin hesabına mı başvurduğunun nasıl tespit edileceğidir¹¹³. Tercihe değer olan görüşe göre, vekilin üçüncü kişiyi işletmesini veya organizasyonunu büyütmek için tuttuğu durumlarda üçüncü kişinin vekil hesabına yani menfaatine kullanıldığından yardımcı kişi sayılacağını; vekilin üçüncü kişiyi vekâletin gereği gibi ifa edilebilmesi için tuttuğu durumlarda üçüncü kişi vekâlet veren hesabına yani menfaatine kullanıldığından dolayı alt vekil olarak kabul edilmesi ve sorumluluğun da ona göre belirlenmesi gerekecektir¹¹⁴.

Her ne kadar yardımcı kişi ile alt vekil ayrımının nasıl yapılacağını elimizden geldiğince ayrıntılı şekilde ifade etmeye çalışsak da somut olaylar karşısında yine de bu ayrımın hakkaniyetli bir şekilde yapılması zor olabilir. Doktrinde bu durumu öngören bir görüş gibi biz de yukarıda zikrettiğimiz aşamalara uyulmasına rağmen üçüncü kişinin yardımcı kişi mi yoksa alt vekil mi olduğunun tespitinin yapılamadığı durumlarda oportünist bir yaklaşımla daha geniş bir koruma alanı tanıyan TBK m.116 hükmünün uygulanmasını temin etmek için üçüncü kişinin yardımcı kişi olarak vasıflandırılmasını yerinde görüyoruz¹¹⁵.

¹¹¹ Görüşler için bkz. **PARLAK**, Ş./**BÖRÜ**, L., “Alt Vekalet”, TBBT, S.96, (2011), s.26; **ŞENOCAK**, s.141 vd.

¹¹² **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.308; **ŞENOCAK**, s.145-146; **PARLAK/BÖRÜ**, s.26.

¹¹³ Vekilin üçüncü kişiye kimin için başvurduğunun nasıl tespit edileceği konusuna örnek olarak sözgelimi bir avukatın işin uzmanı olan avukata başvurduğu durumda bu başvurunun vekâlet veren için olduğu açıktır ve bu durumda vekilin üçüncü kişi alt vekil olacaktır. Ancak avukatın işin uzmanı olan bir avukata değil de bürosundaki diğer avukatlara başvurduğu durumda bu başvurunun da kendisi için, kendi işlerinin daha çabuk halledilmesi için olduğu ortadadır. Bu durumda vekilin üçüncü kişiye kendisi başvurduğu ortada olacağından, üçüncü kişi yardımcı kişi olarak kabul edilecek ve vekil, üçüncü kişiden TBK m.116’ya göre sorumlu olacaktır.

¹¹⁴ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.308-309; **PARLAK/BÖRÜ**, s.26; **YAĞCI**, s.74; **ŞENOCAK**, s.145-146.

¹¹⁵ **SEROZAN**, İfa, s.289; **PARLAK/BÖRÜ**, s.28; **YAĞCI**, s.74-75.

II. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun sınırlandırılmasından ve kaldırılmasından bahsetmeden önce ifade etmemiz gereken husus, söz konusu sorumluluğun meydana gelmesi için gerekli olan şartlardır. Şimdi sırasıyla şartları inceleyeceğiz.

A. Borçlu ile Alacaklı Arasında Borç İlişkisinin Varlığı

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğabilmesi için meydana gelmesi gereken ilk şart, borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunmasıdır. Bu durum TBK m.116'da *“bir borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını”* demek suretiyle ifade edilmiştir.

Zarara uğrayan kişi ile adam çalıştıran arasında herhangi bir borç ilişkisi yoksa bu durumda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin TBK m.116 anlamında bir sorumluluk söz edilemeyecektir, bu durumda gündeme gelecek olan sorumluluk adam çalıştıranın sorumluluğudur. Sözü edilen bu fark –yani zarara uğrayan ile zarar verenin işini gördüğü kişi arasında borç ilişkisi bulunup bulunmadığı- haksız fiil sorumluluğu olan adam çalıştıranın sorumluluğu ile akdi bir sorumluluk olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu birbirinden ayırt etmeye yarayan elverişli bir noktadır¹¹⁶.

1. Borç İlişkisinin Kaynakları

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından biri olarak belirlediğimiz alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisinin bulunması şartı, borç ilişkisinin kaynağına ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. İfade edilen şartta herhangi bir belirleme olmadığından herhangi bir şekilde doğan borç ilişkisi şartı gerçekleştirmeye yeterli olacaktır. Bu noktada da Türk Hukuku'nda borç kaynağı olarak görülen sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin yanı

¹¹⁶ Yargıtay da bu durumu ifade etmektedir: *“Borçlar Kanunumuzun 55. maddesine göre başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan sorumludur. Aynı kanunun 100. maddesinde ise muavin şahısların mesuliyeti düzenlenmiş olup, bir borcun ifasını ya da bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını bir yardımcı kişiye bırakan kimse, yardımcı kişinin görevi çerçevesinde diğer tarafa zarar vermesinden bu maddeye göre sorumlu tutulmuş olup, bu borç ilişkisinin mutlaka bir akitten doğmuş olması gerekmemektedir. Her iki madde arasındaki belirgin fark; zarar gören ile adam çalıştıran arasında sözleşme ilişkisi yoksa BK 'nın 55. maddesinin, sözleşme ilişkisi varsa BK 'nın 100. maddesine göre adam çalıştıranın sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğidir.”* Yargıtay 11.HD, E.2000/4672, K.2000/5679, T.19.06.2000, www.kazanci.com , (E.T.15.02.2020).

sıra kanundan doğan borçlar da borç ilişkisi meydana getirebilecek ve aradığımız şartı sağlamış olacaktır¹¹⁷.

a. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri

Borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi meydana getirmenin akla gelen ilk yolu yaygınlığından ötürü sözleşmedir. Alacaklı ile arasında bir sözleşme bulunan borçlu, sözleşme ilişkisi kapsamında borçlandığı edimin ifasını ya da sözleşme ilişkisinden doğan hakkının kullanılması için yardımcı kişiye başvurabilecektir. Sözleşme ilişkisi kapsamında doğan borcu ifa ederken ya da hakkı kullanırken yardımcı kişinin alacaklıya bir zarar vermesi durumunda da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gündeme gelecektir.

Borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi meydana getiren sözleşme, kanunda düzenlenmiş tipik sözleşmelerden biri olabileceği gibi kanunda düzenlenmemiş atipik bir sözleşme de olabilir. Başka bir deyişle borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin kanunda düzenlenmiş bir sözleşme olup olmaması TBK m.116 anlamında sorumluluğun doğması için gerekli olan borç ilişkisi şartı bakımından önem taşımaz. Ancak borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme kanunda düzenlenmiş bir sözleşme ise ve sorumluluğa ilişkin özel hükümler içeriyorsa bu ayırım önem kazanır.

Borç ilişkisini meydana getiren sözleşme tipi bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ayrıca düzenlenmiş ise söz konusu hüküm özel hüküm niteliğinde olacağından TBK m.116'nın değil, bahsi geçen özel hükmün uygulanması gerekecektir. Söz konusu duruma örnek olarak TTK m.879¹¹⁸, TTK m.914/2¹¹⁹ ve TBK m.507¹²⁰'yi verebiliriz. Bunun dışında kalan hallerde yani tipik bir sözleşmenin düzenlendiği hükümde yardımcı

¹¹⁷ KAYIHAN, Ş., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara 2014, s.300; YÖNET, s.146; KAHVECİ, s.935; EKİCİ, s.80; TANDOĞAN, s.435; EREN, Genel, s.1098-1099; İNAN/YÜCEL, s.615; ZEYTİN, s.448; AÇIKGÖZ, İnternet Bankacılığı, s.65-66; ÖZDEMİR, s.265; GÜLTEKİN, s.378.

¹¹⁸ Bu maddede kanun koyucu taşıyıcıyı kendi adamlarının ve taşımada yararlandığı kişilerin fiillerinden ve ihmallerinden kendi fiili veya ihmali imiş gibi sorumlu tutmuştur. TTK'da böyle bir hüküm olmasaydı biz – diğer şartlarında varlığı halinde- bu kişileri yardımcı kişi olarak kabul edecektik ve sorumluluk TBK m.116'ya göre belirlenecekti ancak kanun koyucunun vaz ettiği bu özel hüküm dolayısıyla artık taşıyıcılar bahsi geçen konuda TTK m.879 hükmüne göre sorumlu olacaklardır.

¹¹⁹ TTK m.914'ün ikinci fıkrasında taşıyıcıya kurtuluş kanıtı getirme imkanı verilmiştir. Böylece taşıyıcı, kazanın kendisinin veya yardımcılarının en yüksek özeni göstermelerine rağmen kaçınamayacakları veya önleyemeyecekleri bir sebepten meydana geldiğini ispat ederse artık sorumlu tutulamayacaktır. Oysa özel hüküm olmasaydı ve sorumluluk TBK m.116 uyarınca belirlenseydi böyle bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı da olmayacaktı.

¹²⁰ Vekalet sözleşmesinde vekilin bir başkasına vekalet vermeye yetkili olduğu durumda vekil, vekalet verdiği diğer kişiden dolayı sorumluluğu ancak seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekten ibaret kalacaktır. Oysa bu özel hüküm olmasaydı TBK m.116 uyarınca belirlenecek sorumluluk çok daha geniş olacaktı.

kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin özel bir hüküm olmadığı veya atipik bir sözleşmeden borç ilişkisinin doğduğu durumlarda –şartların gerçekleştiği hallerde- TBK m.116 uygulanacaktır.

Belirtilmesi gereken bir başka durumu bir örnekle açıklamamız gerekirse, eser sözleşmesinden kaynaklanan bir borç ilişkisinde yüklenici emri altında çalışan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu gibi, işin bir kısmını devrettiği alt yüklenici ile onun adamlarının fiillerinden ve hatta alt yüklenicinin de işin bir kısmını devrettiği bir alt yüklenici ile onun adamlarının fiillerinden de yüklenicinin TBK m.116 anlamında sorumlu olacağını ifade edebiliriz.

b. Diğer Borç İlişkileri

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluktan bahsetmek için alacaklı ile borçlu arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerektiğini ancak bu borç ilişkisinin kaynağının belirtilmediğini yani herhangi bir kaynaktan doğabileceğini ifade etmiştik. Alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisi sözleşme dışında kanundan, sebepsiz zenginleşmeden, haksız fiilden ve vekâletsiz iş görmeden de doğabilir.

Herhangi bir kanun hükmünün taraflar arasında borç ilişkisi doğurması da mümkündür. Örnek vermek gerekirse TMK gereğince boşandığı eşine nafaka ödemekle yükümlü olan kişi ile diğer eş arasındaki ilişki kanundan doğmuş bir borç ilişkisidir ve nafaka ödemekle yükümlü olan kişinin bu yükümlüğünü yardımcı kişi aracılığıyla ifa etmesi de mümkündür. Söz konusu durumda yardımcı kişinin nafaka alacaklısına zarar vermesi halinde nafaka yükümlüsü meydana gelen zarardan TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır.

Borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin sebepsiz zenginleşmeden doğması da mümkündür. Sebepsiz zenginleşme, sebepsiz ya da geçerli bir sebep olmadan bir kimsenin mal varlığından diğer kimsenin mal varlığına geçiş olmasını ifade eder¹²¹. Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin iadesi aşamasında yardımcı kişi kullanabilecek ve kullandığı yardımcı kişinin sebepsiz zenginleşmeden doğan iade borcunun ifasında karşı tarafa bir zarar vermesi halinde söz konusu kişilerin fiillerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır.

Borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi meydana gelmesinin bir diğer yolu da haksız fiildir. Haksız fiil sorumluluğu, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde bir başkasına zarar

¹²¹ ANTALYA, O. G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, İstanbul 2017, s.566 vd.; EREN, Genel, s.864 vd.; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.528 vd.; SEROZAN, İfa, s.306 vd.; REİSOĞLU, Genel, s.274 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.313 vd.

vermekten doğan sorumluluktur¹²². Bu durumda zarar veren kişi ile zarar gören kişi arasında bir borç ilişkisi meydana gelecektir. Haksız fiilden doğan borcun ifasında kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden de TBK m.116 uyarınca borçlu sorumlu olacaktır.

Vekâletsiz iş görme de borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi meydana getirmenin yollarından biridir. Vekâletsiz iş gören, işin görülmesi esnasında yardımcı kişi kullandıysa bu kişilerin fiillerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır.

2. Borç İlişkisinin İçerdiği Yükümlülükler

Borç ilişkisinde tarafların borçlarını ifa ederken temel olarak edim yükümlülüklerine ve yan yükümlülüklere de uymaları gerekmektedir. Söz konusu yükümlülüklere uyulmaması durumunda uymayan, aykırı hareket eden tarafın meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekecektir. Edim yükümlülüklerinden ya da yan yükümlülüklerden birinin ifasına borçlu tarafından aykırı davranılsaydı borçlu bu hareketinden nasıl sorumlu olacak idiyse, yükümlülüklerin ifasının borçlunun yardımcı kişisi tarafından gerçekleştirilmesi halinde de borçlu sorumlu olacaktır. Ancak ifanın borçlunun yardımcı kişisi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda borçlunun yardımcı kişiden sorumluluğu TBK m.116 uyarınca olacaktır.

a. Edim Yükümlülükleri

Edim yükümlülükleri de kendi içerisinde asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak ikiye ayrılır. Asli edim yükümlülüğü, esas borcu teşkil eden, borç ilişkisine adeta damgasını vuran, borç ilişkisini onun üzerinden vasıflandırdığımız, borç ilişkisinin tipini belirleyen yükümlülüklerdir¹²³. Sözleşmenin amaca uygun bir şekilde ifa edilmesine ve edimden beklenilenin elde edilmesine yarayan yan edim yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğar¹²⁴.

Örnek vermek gerekirse hizmet sözleşmesinde işveren işçiye ücret ödemesi asli edim yükümlülüğü iken tarafların sözleşmenin sona ermesinden sonra kararlaştırdığı rekabet etme yasağı hükmü bir yan edim yükümlülüğü teşkil edecektir.

¹²² KICALIOĞLU, M., Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2015, s.445; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.11 vd.; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.290 vd.; EREN, Genel, s.540 vd.; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.15 vd.

¹²³ İNAL, T., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara 2015, s.234; AÇIKGÖZ, O., “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilmesi ve İnternet Bankacılığında Kullanılması Sonucu Malvarlığı Zarara Uğratılan Bankaya Karşı Mevduat Sahibinin Hukuki Sorumluluğu”, MÜHF-HAD, C.22, S.1, Y.2016, s.413; KILIÇOĞLU, s.29; EREN, Genel, s.31; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.11; YAĞCI, s.90; YÜNLÜ, s.66.

¹²⁴ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.30; EREN, Genel, s.32-33; İNAL, s.241; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.12; YAĞCI, s.92; ŞENOCAK, s.87.

Gerek asli edim yükümlülükleri gerek yan edim yükümlülükleri bağımsız olarak talep ve dava konusu olabilir¹²⁵. Bağımsız bir şekilde dava konusu yapılabilen edim yükümlülüklerinin ifasında yardımcı kişinin görevlendirildiği ve yardımcı kişinin de söz konusu yükümlülüğü ihlal ettiği hallerde borçlu yardımcısının fiillerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır¹²⁶.

b. Yan Yükümlülükler

Edimin tam ve doğru bir biçimde ifa edilmesine ve borçlunun edim menfaati dışında kalan mal ve şahıs varlığını zararlardan korumayı amaçlayan yükümler yan yükümlülüklerdir¹²⁷. Sözleşme kurulmadan başlayıp, sözleşme sona erdikten sonra da devam eden yan yükümlülükler, bağımsız bir şekilde dava konusu yapılamazlar¹²⁸. Ancak meydana gelen zararın tazmini talep edilebilecektir¹²⁹.

Yan yükümlülükler de kendi içinde ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri olarak ikiye ayrılır. İfaya yardımcı yan yükümlülükler, edimin zamanında, yerinde ve konusuna uygun bir biçimde yerine getirilmesine hizmet eder¹³⁰. Koruma yükümlülükleri ise edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan kişinin şahıs ve mal varlığı menfaatlerinde ifa sebebiyle veya ifa dolayısıyla meydana gelebilecek zararlardan korumayı amaçlayan yükümlülüklerdir¹³¹. Örnek vermemiz gerekirse satılan malın paketlenmesi ifaya yardımcı yan yükümlülük teşkil eder, internet üzerinden hizmet veren bankanın müşterisine ilişkin bilgileri koruması da koruma yükümlülüğüne örnek olarak verilebilir.

İfade ettiğimiz gibi yan yükümlülükler bağımsız olarak dava konusu yapılamayacak ancak yan yükümlülüğün ihlalinden dolayı bir zarar meydana gelmişse bu zararın tazmini mümkün olacaktır¹³². Ancak yan yükümlülüğün ihlal edilmiş olmasına rağmen bu ihlal bir zarar

¹²⁵ AÇIKGÖZ, Kişisel Veri, s.411; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.11-12; İNAL, s.236; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.31; EREN, Genel, s.32-34.

¹²⁶ ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.314; YÜNLÜ, s.65; YAĞCI, s.90 vd.; ŞENOCAK, s.86; ZEYTİN, s.451-452; AÇIKGÖZ, İnternet Bankacılığı, s.68; ÖZDEMİR, s.274; EKİCİ, s.87.

¹²⁷ AÇIKGÖZ, Kişisel Veri, s.413; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s. 12; İNAL, s.312; EREN, Genel, s.37.

¹²⁸ ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.13; AÇIKGÖZ, Kişisel Veri, s.424; İNAL, s.236; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.31; EREN, Genel, s.32-34.

¹²⁹ AÇIKGÖZ, Kişisel Veri, s.424; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.13; İNAL, s.312; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.31; EREN, Genel, s.37.

¹³⁰ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.31; EREN, Genel, s.37-38; AÇIKGÖZ, Kişisel Veri, s.413; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.13; İNAL, s.307.

¹³¹ AÇIKGÖZ, Kişisel Veri, s.413-414; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.13; İNAL, s.307; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.31; EREN, Genel, s.40.

¹³² KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.31; EREN, Genel, s.37; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.12-13.

doğurmamışsa ortada tazmin edilecek bir zarar olmadığından ihlal sebebiyle dava açılmayacaktır.

c. Olumsuz Edim Yükümlülükleri

Borçlunun yardımcı kişilerin fiilleri neticesinde herhangi bir aykırılık meydana geldiğinde sorumlu olacağı edim yükümlülükleri yalnızca yapma, verme gibi olumlu yükümlülükler değildir. Yapmama ya da kaçınma şeklinde ortaya çıkabilecek olan olumsuz edim yükümlülüklerinin yardımcı kişiler tarafından ihlali halinde de borçlu sorumlu olacaktır¹³³. Bu durum için kiraya verenin kira sözleşmesi devam ederken kiralananı üçüncü kişiye devrettiği ve üçüncü kişinin de yardımcı kişi sıfatıyla hareket ederek kiracıyı kiralananadan çıkardığı durumda borçlu TBK m.116 uyarınca üçüncü kişinin söz konusu fiilinden dolayı sorumlu olacaktır.

Hemen belirtmeliyiz ki bu yükümlülüklerin borçlunun şahsına bağlı olduğu durumlar saklıdır¹³⁴. Başka bir deyişle eğer olumsuz edim yükümlülüğü yalnızca borçlu tarafından ihlal edilebilirse açıktır ki bu durumda yardımcı kişinin söz konusu olumsuz edim yükümlülüğünü ihlal etmesi mümkün olmayacaktır.

Olumsuz edim yükümlülüğünün borçlu dışındaki kişiler yani yardımcı kişiler tarafından da ihlal edilebileceği hallerde borçlu söz konusu şeyi devretmekle olumsuz edim yükümlülüğünden kurtulmamalı ve yardımcı kişi sıfatındaki üçüncü kişinin söz konusu yükümlülüğü ihlalinden sorumlu olmalıdır¹³⁵.

Yardımcı kişinin olumsuz edim yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul edebilmek için gerekli olan şart, alacaklı için olumsuz edim yükümlülüğüne aykırılığın, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde de borçlu tarafından gerçekleştirildiği durumda ortaya çıkana benzer bir endişe yaratmış olmasıdır¹³⁶. Daha iyi anlaşılması şu örneği verebiliriz: belli bir bölgeye ürün satmamayı vaat etmiş bir şirket çalışanının, yasaklanmış bölgede defolu ürünleri satması durumunda ortaya çıkan endişe açıktır ki şirketin o bölgede ürün satmasının doğuracağı endişe ile aynı değildir, bu nedenle de olumsuz edim yükümlülüğünün yardımcı kişi tarafından ihlal edildiği söylenemeyecektir. Ancak belirttiğimiz gibi eğer doğuracağı endişe büyüklük bakımından benzer olsaydı ihlalin yardımcı kişi tarafından gerçekleştirildiği söylenebilecekti.

¹³³ YAĞCI, s.104; ŞENOCAK, s.97-98.

¹³⁴ ŞENOCAK, s.100; YAĞCI, s.105.

¹³⁵ YAĞCI, s.105; ŞENOCAK, s.100.

¹³⁶ ŞENOCAK, s.101.

Borçlunun alacaklıyı tehlike altına sokan durumu bizzat sağlamamış olması halinde borçlu her ne kadar TBK m.116 anlamında sorumlu tutulamayacak olsa da kusuru söz konusuysa bu kusurundan dolayı TBK m.112 uyarınca sorumlu tutulabilecektir¹³⁷. Bu ayrımın kavranmasını kolaylaştırmak için de gizli bilgilerin herhangi bir kusur olmamasına rağmen çalındığı durum ile kusurlu olarak sızdırıldığı durum arasındaki farkı gösterebiliriz.

d. Sözleşme Öncesi Görüşmelerde Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmek için gereken ilk şartın borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunması olduğunu ifade etmiştik. Her ne kadar sözleşme öncesi görüşme aşamasında taraflar arasında mevcut bir borç ilişkisi bulunmuyor olsa da bu aşamada yardımcı kişinin fiilinden dolayı alacaklının bir zarara uğraması durumunda yardımcı kişi kullanan borçlu TBK m.116 uyarınca sorumlu olacağı kabul edilmektedir¹³⁸.

Henüz sözleşme öncesi aşama olmasına rağmen sorumluluğun doğmasının sebebi, görüşmelerin başlaması ile birlikte taraflar arasında edim yükümlülüğünden bağımsız bir şekilde güvene dayanan ve kaynağını da TMK m.2'deki dürüstlük kuralından bulan bir borç ilişkisinin esasen meydana gelmiş olmasıdır¹³⁹. Başka bir deyişle bu durumda her ne kadar edim yükümlülüğü içermiyor olsa da sosyal ilişkiden doğan bir borç ilişkisinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu borç ilişkisine yardımcı kişi marifetiyle katılanın da yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu tutulabileceği açıktır.

B. Borcun İfasının veya Hakkın Kullanılmasının Yardımcı Kişiye Bırakılması

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmesi için borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının kısmen veya tamamen borçluya bırakılması gerekir.

Yardımcı kişiye bırakılma ile kast edilen yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılmasının borçlunun açık veya örtülü rızasıyla olmasıdır. Açıktır ki bırakılma ile kast edilen birisi tarafından bir şeyin birine ya da bir yere bırakılmasıdır. Rızaya aykırı

¹³⁷ YAĞCI, s.106; ŞENOCAK, s.102.

¹³⁸ YALMAN, S., Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s.110; DEMİRCİOĞLU, H. R., Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, Yayınlanmamış DT, Ankara 2007, s.348; SEROZAN, İfa, s.288; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.311; EREN, Genel, s.1099; KAHVECİ, s.935; AYAN, Borçlar, s.404; TANDOĞAN, s.436; EKİCİ, s.80; KARACA, s.53; GÜLTEKİN, s.378; YAĞCI, s.103; MEMİŞOĞLU, İlk Kısım, s.857.

¹³⁹ YALMAN, s.113; DEMİRCİOĞLU, s.203 vd.; GÜLTEKİN, s.378; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.14; İNAL, s.389; MEMİŞOĞLU, İlk Kısım, s.857; YAĞCI, s.102.

şekilde ifaya veya hakkın kullanılmasına katılmanın bırakılma kavramının kapsamına dâhil olmadığı ortadadır.

1. Borçlunun Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanılmasına Katılımına Rıza Göstermesi

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olabilmesi için borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının kısmen ya da tamamen borçluya bırakılması gerekir. Borçlunun borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bıraktığından bahsedebilmek için ortada borçlunun açık ya da örtülü rızasının olması gerekir¹⁴⁰. Başka bir deyişle borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına kısmen ya da tamamen katılan yardımcı kişinin bu fiilinin borçlunun iznine veya icazetine dayanması gerekir. Söz konusu şartların sağlanmadığı hallerde yani yardımcı kişinin borçlunun rızası dışında borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katıldığı hallerde borçlunun TBK m.116 uyarınca sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

Borçlunun üçüncü kişiyi yardımcı kişiye dönüştürecek olan rızası açık bir rıza olabileceği gibi örtülü de olabilir. Borçlunun üçüncü kişiyi açıkça yazılı veya sözlü olarak görevlendirmesiyle, üçüncü kişiyi çalışırken görmesine rağmen itiraz etmemesi örneğinde olduğu gibi iradesini örtülü bir biçimde ifade etmesi arasında fark yoktur.

Borçlunun yardımcı kişiyi görevlendirdiği işi çoğu zaman tek bir kişi yapamaz ve bu durum borçlu tarafından da bilinir. Yine de borçlu tek bir yardımcı kişiye borcun ifasını veya hakkın kullanılmasını bırakır. Söz konusu durumlarda borcun ifası veya hakkın kullanılması kendisine bırakılan yardımcı kişi de kendisine yardımcıları tutar ve bahsi geçen işi onlarla birlikte tamamlar. İşte bu tür durumlarda borçlu, işi bıraktığı yardımcı kişinin yardımcılardan dolayı da alacaklıya karşı TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır¹⁴¹. Böyle durumlarda söz konusu işin tek kişi tarafından gerçekleştirilemeyeceği kestirilebileceğinden, bu durum borçlu tarafından da bilindiğinden dolayı olarak yardımcı kişinin tutacağı yardımcı kişilere rıza göstermiş olmaktadır.

¹⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.892; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.418; REİSOĞLU, Genel, s.364; KAHVECİ, s.935; SEROZAN, İfa, s.288; EKİCİ, s.81; AKINCI, s.250; İNAN/YÜCEL, s.615; KARAHASAN, s.1400; TUNÇOMAĞ, s.840; YÜNLÜ, s.230; TANDOĞAN, s. 437; ŞENOCAK, s.151; YÖNET, s.165; YAĞCI, s.111.

¹⁴¹ ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.312; YAĞCI, s.113; YÜNLÜ, s.231.

Borçlu yardımcı kişiye belli, özel bir görev için başvuracağı gibi sayısı belirli olmayan, birden çok görev için de başvurabilir¹⁴². Açıktır ki borçlu her iki durumda da yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olacaktır.

Akla şöyle bir soru gelebilir: Borçlu özel bir görev için başvuru yapan yardımcı kişinin yalnızca söz konusu görev kapsamında gerçekleştireceği fiillerden mi sorumlu olacaktır? Bu soruya menfi cevap vermemiz gerekiyor. Borçlu, yardımcı kişiye ister özel olarak ister genel olarak başvurmuş olsun yardımcı kişinin alacaklıyı zarara uğratan fiillerinden dolayı sorumlu olacaktır. Burada her ne kadar yardımcı kişi özel olarak görevlendirilmiş de olsa yardımcı kişi bu görevlendirme sonucunda alacaklı ile temasa girme ve ona zarar verebilme imkanına kavuştuğundan özel olarak başvuru yapan yardımcı kişinin görevlendirildiği alana dahil olmayan işlere müdahale etmesi nedeniyle meydana gelen zarardan borçlu TBK m.116 uyarınca sorumlu olacaktır¹⁴³. Her iki durumda da borçlunun sorumluluğu doğduğundan ifade ettiğimiz ayrım, sorumluluk bakımından önem arz etmemektedir.

Borçlunun üçüncü kişiyi ilişkiye dahil etme iradesini açık veya örtülü olarak açıklayabileceğini ifade etmiştik. Tıpkı yan yükümlülüklerle aykırılık sebebiyle bir zararın doğması halinde borçlunun bundan dolayı da sorumluluğunun doğacağını ifade ettiğimiz gibi. Borçlunun rızasından bahsettiğimiz bu başlık altında şu soruyu sormamız gerekecektir: Borçlunun yan yükümlülüklerle ilişkin bir açıklama yapmadan yardımcı kişiyi görevlendirdiği bir durumda yan yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde borçlunun söz konusu yükümlülüklerle ilişkin olarak açık bir yardımcı kişiye başvuru iradesi olmadığından dolayı alacaklının uğradığı zarardan borçlu sorumlu tutulamayacak mıdır? Bu soruya da bir önceki soruda olduğu gibi menfi cevap vermemiz gerekecek. Borçlunun asli ya da yan edim yükümlülüğünü yardımcı kişiye bırakmasıyla birlikte kanundan doğan veya asli edim yükümlülüğüne bağlı olarak ortaya çıkan yan yükümlülükleri ifa borcu da yardımcı kişinin borcu haline gelecektir. Böylece borçlu da tıpkı asli edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesinden doğacak zararlardan sorumlu olacağı gibi yan yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanan zararlar da sorumlu olacaktır¹⁴⁴.

Borçlu yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katılımına ilişkin rızasını önceden verebileceği gibi sonradan da verebilecektir¹⁴⁵. Borçlunun önceden vereceği

¹⁴² ŞENOCAK, s.151; YÜNLÜ, s.233; YAĞCI, s.113.

¹⁴³ YÜNLÜ, s.233-234; YAĞCI, s.113; ŞENOCAK, s.152.

¹⁴⁴ ŞENOCAK, s.156.

¹⁴⁵ YAĞCI, s.113-114; YÜNLÜ, s.232; ŞENOCAK, s.159.

rıza izin olarak isimlendirilirken, sonradan verdiği rıza da icazet olarak tesmiye edilmektedir. Borçlunun sonradan verdiği rıza olan icazet, genellikle vekâletsiz iş görme hallerinde ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda vekâletsiz iş görmeye borçlunun icazet vermesi halinde, verdiği icazetin hem icazetten önce hem icazetten sonra gerçekleşen fiillere icazet verilmiş olacak ve borçlunun sorumluluğu doğacaktır¹⁴⁶.

Son olarak bahsetmemiz gerekir ki yardımcı kişinin gerçekleştirdiği işin veya katıldığı hakkın kimin olduğunu bilmesi gerekmez, yardımcı kişinin borcun ifasını nezaketen gerçekleştirdiğini düşünmesi dahi sorumluluğun doğumuna engel teşkil etmeyecektir¹⁴⁷. Önemli olan yardımcı kişinin gerçekleştirdiği faaliyetleri borçlunun rızasıyla gerçekleştiriyor olmasıdır.

2. Yardımcı Kişinin Borcun İfasına veya Hakkın Kullanılmasına Fiilen Katılması

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olması için gereken esas şart, bir yardımcı kişinin bulunmasıdır. Yardımcı kişinin bulunduğu bahsedebilmek için gerekli olan ise yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına kısmen ya da tamamen fiilen katılmasıdır¹⁴⁸.

Yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına fiilen katılmış sayılması için söz konusu fiillere kısmen katılması da yeterlidir. Başka bir deyişle fiilen katılma şartı fiillerin tamamen yerine getirilmesinde sağlandığı gibi kısmen yerine getirilmesinde de sağlanmış olur.

Fiilen katılma şartının gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için kısmen katılmanın da yeterli olduğunu ifade ettikten sonra belirtmeliyiz ki, yardımcı kişilerin hazırlık aşamalarında meydana getirdikleri fiillerden dolayı da TBK m.116 uyarınca bir sorumluluk ortaya çıkabilecektir¹⁴⁹. Ancak hemen şunu da söylemeliyiz ki hazırlık aşamasında yardımcı kişiler tarafından meydana gelen her türlü fiilden dolayı söz konusu sorumluluk doğmayacaktır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun hazırlık aşamasındaki fiillerden dolayı doğduğunu

¹⁴⁶ YÜNLÜ, s.232; ŞENOCAK, s.159; YAĞCI, s.113-114.

¹⁴⁷ YAĞCI, s.116; TUHR, s.591; EKİCİ, s.82; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.894; TUNÇOMAĞ, s.837; SEROZAN, İfa, s.288; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.676; EREN, Genel, s.1102; KAHVECİ, s.930-931; REİSOĞLU, Genel, s.364; UYGUR, s.739; GÜLERCİ, s.553; GÜNDOĞDU, s.239.

¹⁴⁸ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.418; EREN, Genel, s.1101; KAHVECİ, s.935; UYGUR, s.739; EKİCİ, s.80; GÜNDOĞDU, s.239; GÜLTEKİN, s.382; YÜNLÜ, s.241; YAĞCI, s.109; YÖNET, s.176-177; ŞENOCAK, s.161.

¹⁴⁹ YÜNLÜ, s.242; YAĞCI, s.109-110; ŞENOCAK, s.161-162.

söyleyebilmek için yardımcı kişinin gerçekleştirdiği hazırlık hareketinin, borçluya düşen yan yükümlülüklerden –en az- birinin ifasına yönelik olması gerekir¹⁵⁰. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere yardımcı kişilerin yan yükümlülüklerle aykırı fiillerinden de borçlu sorumlu olacaktır. Burada yardımcı kişinin gerçekleştirdiği hareket her ne kadar hazırlık hareketi olarak görünüyorsa da sorumluluğun doğması temelde yan yükümlülüğün ihlali şartına bağlanmış olmaktadır.

Üreticinin faaliyetlerinin hazırlık hareketi olarak değerlendirilemeyeceğini daha önce ifade etmiştik. Üreticinin gerçekleştirdiği faaliyetleri borcun ifasıyla uzaktan ilgili olduğundan arkaplanda kalacak ve TBK m.116 uyarınca sorumluluk doğuran hazırlık hareketleri kapsamına giremeyecektir¹⁵¹.

Yardımcı kişi yapmama ya da kaçınma şeklinde görünen olumsuz edim yükümlülüklerine de katılabilir¹⁵². Bunu, yapılmaması gereken şeyi yapmamak yahut kaçınılması gereken şeyden kaçınmak şeklinde yapabileceği gibi; amaçlanan sonucun meydana gelmesi için önlem almak suretiyle de yapabilir.

Borçlu tarafından başvuru yapılan yardımcı kişinin borcu ifa etmemesini de bu başlık altında değerlendirmeliyiz. Borçlunun başvurduğu kişinin işi kabul etmediği, borçlunun da söz konusu işi yaptıracak başka bir yardımcı kişi bulamamış olması halinde işin hiç veya zamanından yapılamamış olmasından dolayı alacaklının uğradığı zarardan borçlu TBK m.118'e göre kendi kusuru nedeniyle sorumlu olacaktır¹⁵³. Benzer şekilde yardımcı kişi sayısının ya da yardımcı kişilerin kabiliyetinin yetersizliğine rağmen işin kabul edildiği ancak söz konusu eksiklik nedeniyle yardımcı kişilerin işi yetiştirememeleri halinde de borçlu kendi kusurundan dolayı TBK m.118 uyarınca sorumlu olacaktır.

Borçlunun üçüncü kişiye başvurduğu ve üçüncü kişinin işi kabul ettiği ve iş çevrelerindeki genel anlayışa göre de söz konusu kabulün geçerli olduğu durumlarda, yardımcı kişi olarak görevlendirilen kişinin borcu ifa etmemesi ve bu sebeple alacaklı için bir zararın doğduğu durumlarda sorumluluk TBK m.116'ya göre belirlenmelidir¹⁵⁴.

¹⁵⁰ YAĞCI, s.110; ŞENOCAK, s.162.

¹⁵¹ EREN, Genel, s.1101; SEROZAN, İfa, s.288; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.895; KAHVECİ, s.933; KARAHASAN, s.1396; EKİCİ, s.83-84; TUNÇOMAĞ, s.838; TANDOĞAN, s.438; TUHR, s.593; ŞENOCAK, s.162.

¹⁵² ŞENOCAK, s.163; YAĞCI, s.110.

¹⁵³ YÜNLÜ, s.245-246; YAĞCI, s.111; ŞENOCAK, s.163.

¹⁵⁴ ŞENOCAK, s.164; YAĞCI, s.111.

3. Borcun İfasının Yardımcı Kişiye Bırakılmasının Caiz Olması

Doktrinde tartışmalı olsa da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğması için bizim kabul ettiğimiz üçüncü şart, yardımcı kişi kullanımının caiz olmasıdır¹⁵⁵. Başka bir deyişle borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden TBK m.116 uyarınca sorumlu olabilmesi için borcun ifasına yardımcı kişinin katılması yasaklanmış ya da yardımcı kişi kullanımına izin verilmemiş olmamalıdır.

Yardımcı kişi kullanımının hangi durumlarda caiz olduğunu hangi durumlarda ise caiz olmadığını öğrenmek için TBK m.83'e müracaat etmemiz gerekmektedir. İlgili madde ise bize kısaca ifanın borçlu tarafından gerçekleştirilmesinde alacaklının bir menfaati yoksa ifanın bir başkası –yani konumuz bağlamında yardımcı kişi- tarafından da yerine getirilebileceğini ifade etmektedir.

TBK genel kural olarak alacaklının bir menfaati yoksa borcun üçüncü kişiler marifetiyle de ifa edilebileceğini vaz etmiş olsa da unutulmamalıdır ki bu kural bir yedek hukuk kuralıdır ve tarafların bu hükmün aksini kararlaştırmaları yani sözleşmeyle şahsi ifa yükümlülüğü öngörmeleri mümkündür¹⁵⁶.

Borçlu tarafından bizzat gerçekleştirilecek ifada alacaklının menfaati varsa borçlu şahsen ifa ile yükümlü olacaktır. Bu durum genellikle borçlunun kişisel özelliklerinin önem taşıdığı akitlerde söz konusu olur¹⁵⁷. Ayrıca şahsi ifa yükümlülüğü söz konusu olmayan hallerde de taraflar sözleşmeyle böyle bir yükümlülük kararlaştırabilecektir. Bu halde de borçlunun borcu şahsen ifa etmesi gerekecektir. Son olarak bazı sözleşme çeşitlerinde şahsen ifa yükümlülüğü kanun tarafından bizzat yüklenmiştir¹⁵⁸. Kanun tarafından böyle bir yükümlülük yüklendiğinde de borcun borçlu tarafından şahsen ifası gerekecektir.

¹⁵⁵ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.892; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.422; **SEROZAN**, İfa, s.285; **EREN**, Genel, s.1106; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.311; **REİSOĞLU**, Genel, s.364-365; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.675; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s.389; **KAHVECİ**, s.936; **GÜLTEKİN**, s.387; **EKİCİ**, s.85; **TANDOĞAN**, s.441; **TUNÇOMAĞ**, s.841; **YAVUZ**, Şerh, s.742; **KARAHASAN**, s.1400; **GÜLERCİ**, s.552; **AYAN**, Borçlar, s.404; **AKINCI**, s.251; **İNAN/YÜCEL**, s.615-616; **BELEN**, s.273; **GÜNDOĞDU**, s.236.

¹⁵⁶ **KAŞKAYA, H.**, “Üçüncü Kişinin İfası”, İBD, C.91, S.3, Y.2017, s.183; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.252; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.16; **REİSOĞLU**, Genel, s.295; **EREN**, Genel, s.951; **AYAN**, Borçlar, s.404; **KAYIHAN**, s.299.

¹⁵⁷ **NOMER, H. N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Basım, İstanbul 2015, s.273; **CANSEL, E./ ÖZEL, Ç.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Ankara 2014, s.242; **KAŞKAYA**, s.184; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.252; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.16; **EREN**, Genel, s.951; **UYGUR**, s.581; **REİSOĞLU**, Genel, s.295; **KAYIHAN**, s.284; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.245; **BELEN**, s.161.

¹⁵⁸ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.15; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.252; **EREN**, Genel, s.951; **UYGUR**, s.581; **BELEN**, s.162.

Edimin niteliğinden, sözleşmeden ya da kanundan doğan hallerde borcun şahsen ifa edilmesi gerekir. Ancak anlaşılırdır ki borcun borçlu tarafından şahsen ifa edilmesi gerekse de her durumda borçlunun borcu tek başına ifa etmesi mümkün olmaz. Böyle durumlarda ifanın “şahsen ifa ilkesinin egemenliğinde” gerçekleşmesi koşuluyla borçlunun yardımcı kişi kullanması olağan kabul edilecek ve bir ihlal olarak değerlendirilmeyecektir¹⁵⁹.

Borçlunun ifası ile üçüncü kişinin ifası arasında alacaklı için herhangi bir fark yoksa borçlu ifayı yardımcı kişi aracılığıyla da yapabilecektir. Alacaklı, yardımcı kişi vasıtasıyla yapılan ifayı reddedemez. Eğer ki reddederse temerrüde düşer ve artık temerrüt hükümlerinin muhatabı olur¹⁶⁰.

Borçlunun kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olabilmesi için ya borçlunun yapacağı ifa ile üçüncü kişinin yapacağı ifanın alacaklı için farksız olması -yani şahsen ifa yükümlülüğünün bulunmaması gerekir- ya ifanın borçlunun egemenliğinde yardımcı kişileri de kullanarak gerçekleşmesi gerekir¹⁶¹. Zira ancak bu hallerde borçlunun yardımcı kişi kullanımı caizdir. Eş söyleyişle diğer hallerde borçlu şahsen ifayla yükümlü olduğundan yardımcı kişi kullanmasına izin verilmemiştir. Caiz olmayan yardımcı kişinin fiilen kullanılmış olması da bizim görüşümüze göre TBK m.116 uyarınca sorumluluğu doğurmayacaktır. Borçlunun yardımcı kişi kullanımı caiz olmamasına rağmen yardımcı kişi kullanması durumunda, borçlunun bu hareketinin başlı başına borca aykırı bir davranış olduğu açıktır. Bu nedenle de borçluyu söz konusu borca aykırı davranışından dolayı TBK m.112 uyarınca sorumlu tutmanın daha doğru bir tutum olduğu kanısındayız¹⁶².

¹⁵⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.891; **EREN**, Genel, s.951; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.252; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.15; **KAŞKAYA**, s.184; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.245; **REİSOĞLU**, Genel, s.295; **NOMER**, Genel, s.273; **CANSEL/ÖZEL**, s.242; **UYGUR**, s.581. Doktorun ameliyat sırasında hemşire, hastanın ameliyata hazırlanması esnasında anestezi uzmanı kullanması her ne kadar şahsen ifası gereken bir borçta yardımcı kişi kullanımı olsa da ameliyatın “doktorun egemenliğinde” gerçekleşeceği açık olduğundan, hemşire ya da anestezi uzmanı kullanması ihlal teşkil etmeyecektir. Bununla beraber bir ressamın sipariş edilmiş bir tablonun çizimi sırasında yardımcı kişi kullanması mümkün olmayacaktır.

¹⁶⁰ **KAŞKAYA**, s.187; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.13; **REİSOĞLU**, Genel, s.296; **NOMER**, Genel, s.273; **KAYIHAN**, s.284; **CANSEL/ÖZEL**, s.243.

¹⁶¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.892; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.255; **AYAN**, Borçlar, s.404.

¹⁶² **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.892; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.422; **EREN**, s.1106; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s.389; **GÜLTEKİN**, s.387; **KAYIHAN**, s.299.

C. Yardımcı Kişinin İfa veya Kullanma Esnasındaki Fiili Sebebiyle Borçlunun Zarara Uğraması

Yardımcı kişinin fiili sebebiyle borçlunun sorumluluğunun doğması için gerekli olan üçüncü şart, yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiil sebebiyle alacaklının zarara uğramasıdır. Tam bu noktada alacaklının yardımcı kişinin gerçekleştirdiği hangi fiillerden dolayı uğradığı zararların hangilerinden borçlunun sorumlu olacağını tespit etmek gerekmektedir.

Borçlunun yardımcı kişinin hangi fiilleri sebebiyle sorumlu olacağına dair görüşleri kısaca ifade etmek gerekirse söz konusu görüşleri sorumluluk doğuran fiilleri çeşitli nedenlerle sınırlayan görüşler ile ilk gruptaki görüşlerin yaptığı sınırlamaları reddeden görüşler olarak ifade edebiliriz.

İlk gruptaki temel görüş, borçlunun sorumlu olabilmesi için zararı doğuran fiilin ifa sırasında (zaman bakımından bağlantı) ve ifa yerinde (yer bakımından bağlantı) gerçekleşmiş olmasının yanında zararın borcun ifası veya hakkın kullanılması dolayısıyla (fonksiyonel bağlantı) doğmuş olması da gerekir¹⁶³. Bu görüş çerçevesinde borçlu, yardımcı kişinin ifa esnasında gerçekleşmiş olsa dahi ifayla bağlantısı olmayan fiillerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu olmayacaktır¹⁶⁴.

İkinci gruptaki temel görüş ise borçlunun sorumluluğunu belirlerken ifa dolayısıyla ya da ifa vesilesiyle şeklinde bir ayrıma gerek olmadığını her iki durumda da hatta ifadan doğan imkanla gerçekleştirilen fiillerden de borçlunun sorumlu olacağını ifade etmektedir¹⁶⁵. Bu

¹⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.422; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.677; SEROZAN, İfa, s.291; KARAHASAN, s.1401; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.896; REİSOĞLU, Genel, s.365; NOMER, Genel, s.312; İNAN/YÜCEL, s.616; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s.391; GÜLERCİ, s.553; MEMİŞOĞLU, İlk Kısım, s.855-856; AKINCI, s.251; BELEN, s.275; YILDIRIM, s.304; GÜNDOĞDU, s.243; KAHVECİ, s.937; YAĞCI, s.119; YÜNLÜ, s.251 vd.; TANDOĞAN, s.441-442; ŞENOCAK, s.170 vd.; EKİCİ, s.87; KARACA, s.52; GÜLTEKİN, s.388; ÖZDEMİR, s.274; AÇIKGÖZ, İnternet Bankacılığı, s.68.

¹⁶⁴ Tabii bu durumda adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hükümler gündeme gelebilecektir.

¹⁶⁵ EREN, Genel, s.1107; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.315; SEROZAN, İfa, s.291-292; TUNÇOMAĞ, s.844; KAHVECİ, s.937-938; YÜNLÜ, s.255 vd.; YAĞCI, s.120 vd.; ŞENOCAK, s.186 vd.; ZEYTİN, s.451-452; YÖNET, s.200; EKİCİ, s.87-88. Yargıtay da bir kararında: “Davalı banka çalışanı M.K.’a boş ve imzalı talimat verildiği, davalı banka çalışanının bu talimatı hukuka aykırı şekilde kullanıp davacının hesabından parayı çektiği anlaşılmışsa da, M.K.’ın bankanın portföy yöneticisi olması ve davalı bankanın yardımcı kişi kullanması sebebiyle 818 Sayılı B.K.nın 100. maddesi uyarınca bankanın sorumluluğu gündeme gelir. 818 Sayılı B.K.nın 100. maddesinde, borçlunun borcun ifasında veya bir borçtan doğan hakkın kullanılmasında çalıştırdığı yardımcı kişinin, işini gördüğü sırada alacaklıya vermiş olduğu zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir. O sebeple B.K.nın 100. maddesi akdi sorumlulukta uygulanır. Davacıyla davalı banka arasında akdi ilişki bulunduğu sabit olup, davalı banka bu ilişkiyi ifa yardımcısı M.K. aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, M.K.’ın çalıştığı banka adına işlem yaparken davacıdan hukuka aykırı olarak boş talimat alması ve kullanması bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca, banka kendisinin kusursuz davrandığını ileri sürüp ispatlamakla sorumluluktan kurtulamaz.” Demektedir. Burada bankanın

görüşün dayandığı kalkış noktası, borç ilişkisinin yalnızca asli edim yükümlülüğünden oluşmadığı bunun yanında yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülükler gibi yükümlülükler de olduğudur. Yan yükümlülükler içinde yer alan koruma yükümlülüğü de böyle durumlarda borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olmasını gerektirecektir.

Bugün borçluyu sorumlu tutabilmek için yer, zaman ve fonksiyonel bakımdan bağlantı aramak uygun olmayacak ve borcun doğurduğu edimin sadece asli edim olduğu gibi bir düşünce ile hareket edilmesi TBK m.116 hükmünü yeterli elverişlilikte kullanmamıza imkân vermeyecektir. Kanunda yer alan “iş yürüttükleri sırada” ifadesinin geniş yorumlanması gerekir. Söz konusu ifade geniş yorumlanırken de unutulmaması gereken, yardımcı kişinin borçlu tarafından seçildiği, yönlendirildiği ve ondan gelecek faydayı da yine borçlunun sağladığıdır. Bu bağlamda zararına da borçlunun katlanması gerekecektir. Başka bir deyişle yardımcı kişi kullanmanın riskinin de borçlu üzerinde olması gerekecektir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere borçlu, belirli bir işle ilgili olarak görevlendirdiği kişinin yalnızca görevlendirdiği işle ilgili fiilinden değil başka bir işle ilgili fiilinden doğan zarardan da sorumlu olacaktır. Doğrudan görevlendirilmemiş olsa dahi alacaklı ile temasa girmesinin yani alacaklıya zarar verebiliyor olmasının sebebi borçlunun onu yardımcı kişi olarak görevlendirmesi olduğu için borçlu söz konusu yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olmaktadır. Bunun yanında borçlunun alacaklıya karşı edimi ifa ederken ihlal etmemesi gereken koruma yükümlülüklerinin de borçlunun mal ve şahıs varlığını koruduğunu ifade etmiştik. Yardımcı kişinin alacaklı ile temasa girmesinin nedeni, borçlunun üçüncü kişiyi yardımcı kişi olarak görevlendirmesi olduğundan, bu durumda riskin artmasına sebep olan borçlu karşısında alacaklıyı korumak ve borçlunun ihlal etmemekle yükümlü olduğu koruma yükümlülüklerinin ifasının da artık yardımcı kişi tarafından yerine getirileceğinin kabulü gerekir¹⁶⁶.

Kanaatimizce burada da borçlu yardımcı kişinin borcu ifa ederken veya hakkı kullanırken meydana getirdiği zararlardan dolayı borcun ifası veya hakkın kullanılması ile

yardımcı kişisi olan M.K. banka müşterisi ile temasa girmiş ve ifa sırasında esasen bir haksız fiilde bulunmuş ve Yargıtay da yardımcı kişinin bu fiilinden dolayı bankayı sorumlu tutmuştur. Yargıtay bu kararında isabet etmiştir zira borç ilişkisi yalnızca asli edimden oluşmamakta aynı zamanda koruma yükümlülükleri gereği tarafların birbirine zarar vermemesi de gerekmektedir. Borcun yardımcı kişi marifetiyle ifa edilmesi hallerinde de koruma yükümlülüğüne yardımcı kişinin uyması gerekir. Yardımcı kişinin yukarıdaki olayda olduğu gibi bu yükümlülüğü ihlal ettiği hallerde ise borçlu yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumlu olmalıdır. Yargıtay 11.HD, E.2014/3246, K.2015/2106, T.17.02.2015, www.kazanci.com , (E.T.15.02.2020)

¹⁶⁶ YAĞCI, s.121; EREN, Genel, s.1107; ŞENOCAK, s.190; YÜNLÜ, s.267.

doğrudan ilgili olarak meydana gelen zararlardan sorumlu olacağı gibi, borcun ifası veya hakkın kullanılması ile doğrudan ilgili olmayan ancak borcun ifası veya hakkın kullanılması esnasında meydana gelen zararlardan ve –yukarıda da ifade ettiğimiz gibi- yardımcı kişiyle alacaklının borcun ifasının ya da hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılmasından doğan imkânla meydana gelen zararlardan da sorumlu olacaktır¹⁶⁷. Bu durumda borçlu ifa imkânsızlığı, temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde ortaya çıkan klasik borca aykırılıklardan sorumlu olacağı gibi yardımcı kişinin alacaklıya ya da bir üçüncü kişiye yönelmiş haksız fiillerinden de sorumlu olacaktır¹⁶⁸.

D. Farazi Kusur

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumlu olabilmesi için gereken bir diğer şart, borçlunun farazi olarak kusurlu olmasıdır. Farazi kusurun nasıl belirleneceği hususunda basitçe, borçlunun yardımcı kişinin yerine konması suretiyle kusurlu olup olmadığının belirlenmesi usulünün takip edileceğini ifade edebiliriz.

Elbette ki hukuk uzun bir serüven ve bir deneme yanılma macerasıdır. Farazi kusur görüşü bugün hâkim görüş olsa da bu alanda ortaya çıkan ilk görüş değildir. Şimdi farazi kusurdan önce ortaya çıkan biri ifrat, diğeri ise tefrit olan iki görüşe değinelim.

Tarih olarak daha eski olan görüşe göre, borçlunun sorumlu olabilmesi için yardımcı kişinin ihlale neden olan davranışında kusurlu olması gerekir¹⁶⁹. Bu nedenle de söz konusu görüş yardımcı kişinin kusurunu şart koşan görüş olarak anılmaktadır.

Yardımcı kişinin kusurunu şart koşan görüş yanlış değildir fakat eksiktir. Sorumluluğun doğması için bizce de bir kusur gereklidir, burası doğrudur ancak bu görüş gereken kusuru doğru tespit edemediğinden eksiktir. Borçlu ile bir sözleşme imzalayan alacaklı açıktır ki borçluya -konumuz bağlamında- güvenmektedir. Borçlunun kendinden daha az bilgili ve kabiliyetli bir yardımcı kişi kullanması ve söz konusu yardımcı kişinin de bir ihlale sebebiyet vermesi durumunda ancak bu ihlalin “borçludan daha az bilgili ve kabiliyetli yardımcı kişi bakımından kusur teşkil etmediği” ihtimalde borçlunun davranışı –kendisinden daha az bilgili

¹⁶⁷ YÜNLÜ, s.266; EREN, Genel, s.1080; SEROZAN, İfa, s.291-292; ŞENOCAK, s.189 vd.

¹⁶⁸ Görüşümüzü daha iyi ifade edebilmek adına şu örneği verebiliriz: borçlu, tesisat işi için yönlendirdiği yardımcı kişinin tesisata verdiği zarardan sorumlu olduğu gibi tesisat işi devam ederken yanlışlıkla ya da bilerek holdeki bir vazoyu kırmasından hatta çıkan tartışma sonucunda alacaklıya zarar vermesinden de sorumlu olacaktır. Yardımcı kişi ile alacaklının temasa girmesinin nedeni borçlu olduğundan dolayı borçlu, yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olmalıdır. Ayrıca işin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde bundan faydalanan olan borçlu olduğundan, bir şeyden faydalananın onun zararına da katlanması gerekir.

¹⁶⁹ AYAN, Borçlar, s.404; TUHR, s.598; EREN, Genel, s.1107-1108; REİSOĞLU, Genel, s.365; TANDOĞAN, s.443-444; ŞENOCAK, s.203 vd.; YÜNLÜ, s.279 vd.; YAĞCI, s.124-125.

ve kabiliyetli yardımcı kişi görevlendirmek- yanına kar kalmış, borçlunun güveni de boşa çıkmış olacaktır. Başka bir deyişle yardımcı kişi borçludan daha az bilgili ve kabiliyetli ise kusursuzluğunun ispatı da daha kolay olacaktır. Böylece söz konusu görüş uyarınca yardımcı kişinin kusuru olmadığından borçlunun sorumluluğu doğmayacaktır. Bu durumda zararlı çıkan yaptığı sözleşmenin tarafına güvenen alacaklı olmaktadır. Oysa farazi kusura göre değerlendirilseydi yardımcı kişinin fiilini borçlu yapsaydı kusurlu olduğu kabul edilecekse farazi kusurunun var olduğu söyleneceğinden borçlu, daha az bilgili ve kabiliyetli yardımcı kişi kullanmasından yararlanmış olmayacak ve sorumlu tutulabilecekti. Böylece borçluyla yaptığı sözleşmeden dolayı borçlunun şahsına güvenen alacaklının bu güveni TBK m.116 vasıtasıyla korunmuş olacaktı. Yardımcı kişinin kusurunu şart kabul eden görüş, sorumluluğun doğumunu zorlaştırarak ifrat teşkil etmekte ve mezkûr örnekte de görüldüğü üzere alacaklıya gerekli korumayı sağlayamamaktadır.

Tefrit olarak değerlendirdiğimiz diğer görüş ise borçlunun sorumluluğunun doğması için herhangi bir kusurun -yani ne borçlunun ne yardımcı kişinin kusurunun- gerekli olmadığını savunmaktadır¹⁷⁰. Bu görüşün savunucularına göre, borçlunun sorumluluğunun doğması için kusurun aranması gerekmez. Kusursuz sorumluluk görüşünün savunucuları, borçlunun yardımcı kişi kullanması sayesinde elde ettiği menfaat ile borçlunun kusur aranmadan sorumlu tutulmasını denkleştirmeye çalışmıştır. Her ne kadar bahsi geçen görüş kusursuz sorumluluk görüşü olarak adlandırılıyor olsa da her durumda sorumluluğun kusursuz olarak doğduğunu kabul edilmediğini ifade etmeliyiz¹⁷¹. Kusursuz sorumluluk görüşü için de sorumluluğun sınırlarını, borçlu aleyhine genişlettiğinden dolayı tefrit diye nitelendirmekteyiz.

İfrat ve tefrit olarak nitelendirdiğimiz diğer görüşlerin yanında bizim de katıldığımız hem Türk hem mehz hukukta hâkim görüş olan farazi kusur görüşü, orta yol olarak yer almaktadır¹⁷². Tekrar belirtmemiz gerekirse, farazi kusur görüşüne göre borçlunun sorumluluğunun doğması için gerekli olan farazi kusurun varlığı şu şekilde tespit edilir: yardımcı kişinin gerçekleştirdiği ve zarara sebep olan fiil, bizzat borçlu tarafından

¹⁷⁰ TUNÇOMAĞ, s.842 vd.; EREN, Genel, s.1108; TANDOĞAN, s.444; REİSOĞLU, Genel, s.366; YAĞCI, s.126-127; ŞENOCAK, s.209 vd.

¹⁷¹ Seçilen işin ehli yardımcı kişinin yapması gereken her şeyi yapmış olmasına rağmen yine de zararın doğduğu halde kusursuz sorumluluk görüşü her ne kadar görüşün ismin kusursuz sorumluluk kavramı yer alsada burada borçlunun sorumluluğun doğmayacağını, hareketi kendisi yapsaydı sorumlu olmayacak olan borçlunun sadece yardımcı kişi kullanmasından dolayı sorumlu tutulmasının doğru olmadığını söylemektedir.

¹⁷² Farazi kusur görüşünün 2020’de yürürlüğe girmesi planlanan İsviçre Borçlar Kanunu’nda taslaklaştırıldığını da ifade etmeliyiz. Maddenin çevirisi için bkz. Giriş, III. İstilah.

gerçekleştirilmiş olsaydı borçlu kusurlu olarak kabul edilecekse borçlunun farazi olarak kusurunun olduğu söylenebilecek ve –diğer şartların da varlığı halinde- borçlunun sorumluluğu doğacaktır. Burada yardımcı kişinin yerine borçlunun konulması sebebiyle de bu görüşe farazi veya varsayımsal kusur görüşü denmektedir¹⁷³.

Farazi kusur görüşüne göre, borçlu, yardımcı kişinin kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır¹⁷⁴. Hatta yardımcı kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması dahi borçlunun sorumluluğunun doğmasını engellemeyecektir¹⁷⁵. Çünkü ifade ettiğimiz gibi farazi kusur görüşü, borçluyu yardımcı kişinin yerine koyarak yardımcı kişinin fiili borçlu tarafından gerçekleştirilseydi şeklinde kusurlu kabul edilecekse farazi kusurlu olduğunu tespit etmektedir. Belirttiğimiz çerçeve içinde görülmektedir ki borçlunun farazi kusuru, borçlunun yardımcı kişinin yerine konulmasıyla belirleneceğinden yardımcı kişinin kişisel sorumsuzluk sebeplerine sahip olması da borçlunun sorumluluğunun doğmasına engel olmayacaktır¹⁷⁶.

Kusurun olup olmadığına ilişkin incelemenin borçlu üzerinden yapılması bizce de daha doğrudur. Zira yardımcı kişinin kusurunu gerekli gören görüşten bahsederken de ifade ettiğimiz gibi kusura ilişkin incelemenin yardımcı şahsa yönelmesi halinde borçlunun daha az bilgili ve kabiliyetli yardımcı kişi kullandığı durumlar alacaklı açısından sorun oluşturabilir. Farazi kusur görüşü ise bu eksikliği yardımcı kişinin yerine borçluyu koyarak gidermektedir.

¹⁷³ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.316; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.425; **EREN**, Genel, s.1108-1109; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.898; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.677-678; **REİSOĞLU**, Genel, s.366; **KAHVECİ**, s.938; **KARACA**, s.53; **GÜLTEKİN**, s.390; **MEMİŞOĞLU**, İlk Kısım, s.853; **AÇIKGÖZ**, İnternet Bankacılığı, s.69; **ZEYTİN**, s.453; **ÖZDEMİR**, s.275; **EKİCİ**, s.89-90; **KARAHASAN**, s.1406-1407; **AKINCI**, s.251; **GÜLERCİ**, s.554; **UYGUR**, s.740-741; **YILDIRIM**, s.704; **BELEN**, s.275; **İNAN/YÜCEL**, s.616; **NOMER**, Genel, s.312; **YÖNET**, s.221; **GÜNDOĞDU**, s.244; **TANDOĞAN**, s.444 vd.; Yukarıda ifade ettiğimiz isimlerden ayrıca iş sahibini yardımcı şahsın yerine koyan görüş de denmektedir. Bkz. **KORUR**, s.44. Yargıtay da aynı kanaattir: “*Davalının sorumlu tutulmaması için yetkili servisin yaptığı işi, bizzat kenisi yapmış olsa idi, zararın yinede meydana geleceğini kanıtlaması gerekir.*” Yargıtay 4.HD, E.2000/1199, K.2000/3287, T.10.04.2000, www.kazanci.com, (E.T.15.02.2020).

¹⁷⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.898; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.425; **EREN**, Genel, s.1109; **ZEYTİN**, s.458; **ÖZDEMİR**, s.275; **KARACA**, s.53; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.677; **KAHVECİ**, s.938; **AKINCI**, s.252; **YILDIRIM**, s.305; **TANDOĞAN**, s.445. Yargıtay da bu kanaattir: “*M.K.'ın çalıştığı banka adına işlem yaparken davacıdan hukuka aykırı olarak boş talimat alması ve kullanması bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca, banka kendisinin kusursuz davrandığını ileri sürüp ispatlamakla sorumluluktan kurtulamaz.*” Yargıtay 11.HD, E.2014/3246, K.2015/2106, T.17.02.2015, www.kazanci.com, (E.T.15.02.2020).

¹⁷⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.425; **EREN**, Genel, s.1109; **KAHVECİ**, s.939; **ÖZDEMİR**, s.276; **ZEYTİN**, s.455; **YILDIRIM**, s.305; **TANDOĞAN**, s.445.

¹⁷⁶ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.316; **KARAHASAN**, s.1407; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.426-427; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.899; **REİSOĞLU**, Genel, s.366; **KAHVECİ**, s.939; **AÇIKGÖZ**, İnternet Bankacılığı, s.69.

Farazi kusur bağlamında değinilmesi gereken hususlardan biri de yardımcı kişinin yerine farazi olarak geçirilen borçlunun kusurlu hareket edip etmediğinin nasıl belirleneceğidir. Kusur kavramını ve kusurun nasıl belirleneceğini açıklayan iki görüş bulunmaktadır: sübjektif teori ve objektif teori. Sübjektif teori, zarar verenin içinde bulunduğu psikolojik durumu, bilgisini, eğitim durumunu, bedensel ve zihinsel yeteneğini dikkate alarak olayı değerlendirmekte ve bu değerlendirme sonucunda kusura ilişkin bir karara varmaktadır¹⁷⁷. Objektif teori ise kusuru belirlerken objektifleştirilmiş ortalama bir kişinin bilgisine, eğitim durumuna, bedensel ve zihinsel yeteneğine sahip model üzerinden değerlendirir ve mevzu bahis davranış yukarıda ifade edilen modelin davranışından sapmışsa kusurlu bir davranış olarak kabul edilir¹⁷⁸.

Farazi kusuru tespit etmeye çalışırken yukarıda ifade ettiğimiz iki teoriden birini tam manasıyla tercih etmemiz gerekmediği kanısındayız. Genellikle kusurun varlığının objektif teoriye göre yani model kişiye göre değerlendirilmesi ve kusurun mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Başka bir deyişle her ne kadar teorilerden birini tam manasıyla seçmiyor olsak da asıl olarak uygulanması gereken objektif teori olduğunu söyleyebiliriz. Ancak borçlunun üstün bir bilgi ve kabiliyete sahip olduğu biliniyorsa artık bu noktada objektif teorinin kullanılmaması gerektiğini ve kusur tespitinin sübjektif teori uyarınca borçlunun şahsı dikkate alınarak yapılması gerektiği kanısındayız. Bir başka deyişle söz konusu teorileri birbiri ile çatışan ve birlikte var olamayan teoriler olarak görmektense hakkın korunmasını sağlayan enstrümanlar olarak görmenin ve öyle kullanmanın daha doğru olduğu düşüncesindeyiz.

Borçlunun farazi kusuru belirlenirken göstermesi gereken özenin derecesi kural olarak ne yardımcı kişinin bilgi ve kabiliyetine göre ne borçlunun bilgi ve kabiliyetine göre belirlenmeyecektir. Borçlunun kusurlu olup olmadığı üstlendiği borcun niteliği, kapsamı ve içeriğine göre objektifleştirilmiş bir modelin davranışı ölçü alınarak belirlenecektir¹⁷⁹. Bu durumda borçlunun üstlendiği borcun niteliği, kapsamı ve içeriği de dikkate alınarak belirlenecek olan objektifleştirilmiş modelin davranışı ile yardımcı kişinin gerçekleştirdiği

¹⁷⁷ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.25-26; **EREN**, Genel, s.595; **YAĞCI**, s.134; **KORUR**, s.47; **ŞENOCAK**, s.217.

¹⁷⁸ **KICALIOĞLU**, s.453; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.60-61; **EREN**, Genel, s.595-596; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.26.

¹⁷⁹ **EREN**, Genel, s.1109; **KAHVECİ**, s.938; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.425; **EKİCİ**, s.90; **KARACA**, s.54.

davranışı yardımcı kişinin yerine geçirilen borçlu işleseydi belirlenen özen derecesinin altında kalacaksa başka bir deyişle iki hareket arasında sapma varsa borçlunun farazi olarak kusurlu olduğu kabul edilecek ve borçlu sorumlu olacaktır. Bu durumda borçlunun hareketin sonucunu öngörememiş olmasının önemi olmadığı gibi yardımcı kişinin daha donanımlı olmasının da sorumluluğun doğumu açısından bir önemi yoktur. Tekrar ifade etmek gerekirse önemli olan, yardımcı kişinin fiilini borçlu işleseydi bu fiilin belirlenecek olan model kişinin davranışından sapıp saptığıdır. Eğer saptıysa borçlu farazi kusurlu kabul edilecekken, sapma yoksa kusurdan bahsedilemeyecektir. Başka bir deyişle her ne kadar TBK m.66'daki gibi kurtuluş kanıtlarına sahip olmasa da borçlu, yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiili kendisi gerçekleştirseydi de kusurlu kabul edilmeyeceğini ya da kendisinin dahi önleyemeyeceği harici ve objektif bir sebebin zarara sebep olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁸⁰.

Borçlunun üstün bir bilgi ve kabiliyete sahip olduğu ve özellikle de edimin şahsi bir karaktere sahip olduğu ihtimalde, sübjektif teorinin uygulanması gerekecektir. Bu durumda değerlendirme ortalama bir kişiye göre değil, borçlunun şahsı dikkate alınarak yapılacaktır. Böylece ortalama bir kişiye göre kusur teşkil etmeyen bir davranış borçlu gibi üstün niteliklere sahip birisi için sübjektif teori gereği kusur olarak görülecek ve borçlu sorumlu olacaktır. Borçlunun daha donanımlı olması kusur üzerinde yukarıda belirtilen etkiyi doğururken daha önce de belirttiğimiz gibi yardımcı kişilerin borçludan daha donanımlı olması borçlunun sorumluluğunu engellemeyecektir.

Borçlunun borcun ifasını yerine getirmek için gerekli olan mesleki bilgi ve kabiliyete sahip olmadığından bahisle sorumluluktan kurtuluş imkânı tanınmaz. Bu durumdaki borçlunun sahip olmadığı bir mesleki bilgi ve kabiliyeti gerektiren bir işi yetersizliğini bilmesine rağmen üstlenmesi, üstlenme kusur adı verilen başlı başına bir kusurdur¹⁸¹.

Son olarak tekrar ifade etmek gerekirse kusurun, borçlunun, yardımcı kişinin yerine konulması suretiyle belirlenen farazi kusurda yardımcının ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının sorumluluk açısından bir önemi yoktur. Önemli olan söz konusu davranışı borçlu gerçekleştirmiş olsaydı kusurlu sayılıp sayılmayacağıdır. Borçlunun davranışının da kusurlu sayılıp sayılmaması, söz konusu davranışın kural olarak objektifleştirilmiş ortalama bir kişinin

¹⁸⁰ ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.316; İNAN/YÜCEL, s.616; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.425; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.678; YILDIRIM, s.305; TANDOĞAN, s.445; AKINCI, s.252; KAHVECİ, s.939; KARAHASAN, s.1407; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.898; REİSOĞLU, Genel, s.366; EREN, Genel, s.1109; ÖZDEMİR, s.275; KARACA, s.54.

¹⁸¹ ŞENOCAK, s.213; YAĞCI, s.132.

yüklenilen edimin niteliği, kapsamı ve içeriğine uygun mesleki bilgi ve kabiliyetiyle gerçekleştirdiği davranıştan sapıp sapmadığına bakarak belirlenecektir. Sapma söz konusuysa farazi kusurdan söz edilebilecek ve borçlunun –diğer şartların da varlığı halinde- sorumluluğu doğacaktır.



İKİNCİ BÖLÜM

YARDIMCI KİŞİNİN FİİLERİNDEN SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI VE KALDIRILMASI

I. GENEL OLARAK SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin konulara girmeden önce sorumluluk kavramından bahsetmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. TDK sorumluluğu kişinin davranışlarının veya yetki alanına giren olayların sonuçlarını üstlenmesi olarak tanımlamıştır¹⁸². Sorumluluk kavramının hukuk ıstılahındaki manası ise daha farklıdır.

Sorumluluğun iki manaya geldiği kabul edilmektedir, bunu sorumluluğun iki görünüşü olarak da ifade edebiliriz. Bu görünüşlerden ilki “...ile sorumluluk”, diğeri ise “...den sorumluluk”tur. “...İle sorumluluk” ile kast edilen borçlunun şartların gerçekleştiği durumda bütün mal varlığı “ile sorumlu” olması, tüm mal varlığına cebri icra yoluyla başvurulabilmesini ifade eder¹⁸³. “...den sorumluluk” ile kast edilen ise borçlunun gerçekleştirdiği bir fiil”den dolayı sorumlu” olmasıdır¹⁸⁴. Borçlu yüklendiği bir borca aykırı bir davranışından veya genel davranış kuralına aykırılıktan başka bir deyişle borca aykırı davranışından ya da haksız fiilinden dolayı sorumlu olur, “den sorumluluk” ile kast edilen de budur.

Sorumsuzluk anlaşması ise en basit ifadesiyle borçluyu sorumlu olacağı bir durumda söz konusu sorumluluktan kurtaran, kısmen ya da tamamen sorumsuz kılan anlaşmadır. Başka bir deyişle borçlunun –sorumsuzluk anlaşması olmasaydı sorumlu olacağı- borca aykırı veya haksız fiilinden kısmen ya da tamamen sorumlu olmamasını sağlayan anlaşma, sorumsuzluk anlaşmasıdır. Elbette ki sorumsuzluk anlaşmaları borçluyu her durumda sorumluluktan

¹⁸² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5d8742aabdd0e8.46857317.

¹⁸³ BAŞALP, N., Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s.6; KARABAĞ BULUT, N., “Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan C.1, İstanbul 2009, s.827; ZEVKLİLER, A./ ERTAŞ, Ş./ HAVUTÇU, A./ AYDOĞDU, M./ CUMALIOĞLU, E., Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, İzmir 2013, s.47-48; SARIÇAM, E., “Türk Borçlar Hukukunda Sorumsuzluk Anlaşmaları”, Yayımlanmamış YLT, İstanbul 1998, s.11; AYDIN ÖZDEMİR, E., Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, 2.Baskı, Ankara 2017; s.5; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.65; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.17; EREN, Genel, s.84; AYAN, Borçlar, s.95; CANSEL/ÖZEL, s.85.

¹⁸⁴ KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.826; SARIÇAM, s.11; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/HAVUTÇU/ AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, s.46-47; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.65; BAŞALP, s.5; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.16; EREN, Genel, s.84; AYAN, Borçlar, s.94; AYDIN ÖZDEMİR, s.5; CANSEL/ÖZEL, s.85.

kurtarmayacaktır. Zira kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmasının hangi durumlarda geçerli olacağına ilişkin emredici hükümler vaz etmiştir, bu hususlara ileride değineceğiz.

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin unsurlarına değinmeden yalnızca genel bir çerçeve çizmek için verdiğimiz tanımdan sonra şimdi daha yetkin bir tanım verebiliriz. Sorumsuzluk anlaşmaları, zararın doğmasından önce tarafların kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde kalarak açık veya örtülü olarak anlaşmasıyla ileride doğma ihtimali bulunan tazminat istemine kısmen veya tamamen engel olan anlaşmalardır¹⁸⁵.

Sorumsuzluk anlaşmaları kendi içerisinde dar anlamda sorumsuzluk anlaşmaları ve geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda sorumsuzluk anlaşmaları, kusur türüne göre sorumluluğun ortadan kaldırılmasına yönelik yapılan anlaşmalardır¹⁸⁶. Kanun koyucunun geçerliliğe ilişkin sınırları kusur türü üzerinden belirlediğine ve uygulamada karşımıza genellikle dar anlamda sorumsuzluk anlaşmaları çıktığına işaret etmeliyiz. Geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması ile kast edilen ise kusur türüne göre sorumsuzluğu belirlemeyen ancak sorumluluğu sınırlayan veya kısıtlayan diğer anlaşmalardır¹⁸⁷. Bu tür anlaşmalara örnek olarak zamanaşımı süresinin kısaltılması, zamanaşımı süresinin başlangıcının daha erkene çekilmesi, sorumluluğun azami bir miktarla sınırlandırılması gibi anlaşmaları verebiliriz. Ancak ister dar anlamda sorumsuzluk anlaşması olsun ister geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması olsun tüm sorumsuzluk anlaşmalarının

¹⁸⁵ **AKMAN, G. S.**, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s.6-7; **ERTEN, A.**, Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, s.39; **MERAL, Ö. O.**, “Türk Borçlar Kanunu Ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.1144; **TEKELİOĞLU, N.**, “Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, SDÜHFD, C.6, S.1-2, Y.2016, s.4; **AYAN, E.**, “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C.20, S.3, Y.2016, s.5; **AYAN, E.**, Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2013, s.94-95; **DUMAN, İ. H.**, “İnşaat Hukuku Sorunlarında Sözleşme ile Sorumluluktan Kurtulma (Sorumsuzluk Anlaşması)”, İBD, C.85, S.5, Y.2011, s.243; **BAŞALP, s.17**; ; **KARABAĞ BULUT**, Sorumsuzluk, s.827-828; **KAHVECİ, s.915**; **SARIÇAM, s.5-6**; **TUNÇOMAĞ, s.850**; **EREN, Genel, s.1112**; **EKİCİ, s.118**; **YILDIRIM, s.299**; **AYAN, Borçlar, s.405**; **ÖZDEMİR, s.284**; **AKINCI, s.247-248**; **GÜLERCİ, s.555**. Yargıtay da benzer bir tanım yapmıştır: “*Sorumsuzluk anlaşmaları, sözleşmenin ileriki bir tarihte ihlali halinde, sözleşmenin bir tarafının kısmen veya tamamen tazminattan sorumlu tutulmamasına imkan sağlayan, alacaklı yönünden bir tasarruf, borçlu yönünden ise kazandırıcı nitelikteki bir hukuki işlemidir.*” Yargıtay 11. HD, E.2015/3873, K.2015/10724, T.20.10.2015; benzer şekilde Yargıtay 11. HD, E. 2015/3873, K. 2015/10724, T. 20.10.2015, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019).

¹⁸⁶ **BAŞALP, s.9-10**; **BAŞ, B.**, “Sorumsuzluk Anlaşması”, FHD, S.111, Y. 2019 (Şubat), s.778; **TEKELİOĞLU, s.4**; **AYAN, GİK, s.6**.

¹⁸⁷ **BAŞALP, s.10 vd.**; **TEKELİOĞLU, s.4**; **AYAN, GİK, s.6**; **BAŞ, s.778**.

geçerliliği esas sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır¹⁸⁸. Bir başka deyişle esas sözleşme geçersizse sorumsuzluk anlaşması da geçersiz olacaktır.

Sorumsuzluk anlaşmaları hukukun serüveni içerisinde ortaya çıkan kurumlardan biridir. Sorumsuzluk anlaşmalarını doğuran sebeplerden biri olarak sorumluluğa ilişkin konulan hükümlerin emredici hükümler olmaması gösterilebilir. Başka bir deyişle sorumluluğu belirleyen hükümlerin tamamlayıcı hukuk kuralları olması sebebiyle sözleşme özgürlüğüne dayanarak tarafların sorumluluk kurallarını bertaraf eden anlaşmalar, sorumsuzluk anlaşmaları yapılabilmesi mümkün olmuştur. Tarafların sorumsuzluk anlaşmaları yapabilme imkânı da kanun koyucuyu sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak hüküm vaz edip alacaklıyı koruma gayesiyle sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya itmiştir.

Hukukun serüveni içerisinde bir kurum olarak belirlediğini ifade ettiğimiz sorumsuzluk anlaşmaları her dönemde kabul görmemişti. Sorumsuzluk anlaşmalarına ilk karşı çıkış sorumluluğa ilişkin kuralların kamu düzenine ilişkin olduğu, bu kuralların kamu düzenini koruduğu bu nedenle de sorumluluğa ilişkin hükümlerin emredici olduğu ve tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği ileri sürülmüştü¹⁸⁹. Bahsi geçen görüşü kamu düzeninin sınırlarını fazla genişlettiği için eleştirebiliriz. Bugün sorumsuzluk anlaşmaları kabul ediliyor olmasına rağmen kanun koyucu belirli hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını, yapılmış olsa dahi geçersiz sayılacağını ifade etmiştir. Kanun koyucunun koyduğu bu sınırlar emredici hükümlerdir ve bu sınırları kamu düzenine ilişkin hükümlerin başladığı yer olarak da kabul edebiliriz. Başka bir deyişle kanun koyucu belirli durumlarda sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını ifade etmekle bu durumların dışında kalan hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğini söylemiş olmaktadır, bu durum kamu düzeninde bir sorun da meydana getirmemiştir. Sözgelimi kişinin kendi sorumluluğunu tümünden bertaraf etmesini kanun koyucu kabul etmemişken borçlunun yardımcı kişinin tüm fiillerinden sorumsuz olmasını ise belli şartlar altında kabul etmiştir. Zira kişinin kendi fiilinden tümünden sorumsuz olması adalet duygusu ile bağdaşmaz. Ancak kişinin yardımcı kişinin fiillerinin tümünden sorumsuz

¹⁸⁸ **AYAN**, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 97; **AKMAN**, s.7; **MERAL**, s.1146; **UYGUR**, s.733; **KAHVECİ**, s.915; **EREN**, Genel, s.1114.

¹⁸⁹ **ALNIAK, M. İ.**, “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları: (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, İÜHFM, C.35, S.1-4, Y.1969, s.326-327; **ERTEN**, s.48-49; **AKMAN**, s.16-17; **SARIÇAM**, s.42 vd.

olmasının adalet duygusu ile çatışır bir yanı yoktur. Çünkü biri kendi fiilinden sorumluluğa ilişkin iken diğeri başkasının fiilinden sorumluluktur.

Sorumsuzluk anlaşmalarının dayanağı olarak haklı bir biçimde ileri sürülen görüşün temeli irade serbestisi ilkesinin borçlar hukukundaki görünümü olan sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanır¹⁹⁰. Taraflar sözleşmeyi yaparken irade serbestisine sahiptir ve bu serbesti çerçevesinde anlaşarak taraflar birbirlerinin ya da taraflardan birinin sorumluluğunu sınırlandırabilecek veya ortadan kaldırabileceklerdir. Kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmaları için koyduğu özel sınırlara ve tüm sözleşmeler için geçerli olan genel sınırlara uymak suretiyle taraflar sorumsuzluk anlaşması yapabilirler. Tamamlayıcı hukuk kuralı olan sorumluluk hükümlerinin yerine kendilerinin üzerinde uzlaştığı hükümlerin yine kendilerine uygulanmasını sağlayabilirler.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi bilindiği üzere borçlar hukukunun temel ilkelerinden biridir. Hukuk düzeni kişilerin özgür iradelerine uygun olarak sözleşme yapabilmesini ve düzenledikleri sözleşmelerde iradelerini ortaya koyabilmelerine imkân sağlar. Sözleşme özgürlüğü ilkesi alt görünümlere sahiptir. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin alt görünümlerini sözleşme kurma özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, şekil özgürlüğü, sözleşmeyi değiştirme ve sona erdirmeye özgürlüğü, içeriği belirleme özgürlüğü, sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü olarak sayabiliriz¹⁹¹. Burada sorumsuzluk anlaşmaları bağlamında bahse değer olan alt görünüm içeriği belirleme özgürlüğüdür. Taraflar irade serbestisine sahip olduklarından dolayı sözleşmenin içeriğini istedikleri gibi belirleyebilirler. Her ne kadar istedikleri gibi belirleyebileceklerini söylemiş olsak da tarafların iradeleri sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin özel sınırlamalar ve tüm sözleşmeler için geçerli olan genel sınırlandırmalarla kısıtlanmıştır. İleride açıklayacağımız bu sınırlamaları örnek vermek gerekirse sorumsuzluk anlaşmalarının özel sınırına örnek olarak uzmanlık gerektiren ve yetkili makamın veya kanunun izni ile gerçekleştirilebilen bir işle ilgilenen kişiler kendi kusurları bakımından hafif ihmalden dahi sorumsuzluk anlaşması yapamayacaklardır. Oysa TBK

¹⁹⁰ BAŞALP, s.14 vd.; ERTEN, s.58; AKMAN, s.16; ALNIAK, s.327 vd.; SARIÇAM, s.40 vd.

¹⁹¹ KAŞAK, F. E., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, İstanbul 2019, s.56 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, H./ SEROZAN, R./ ARPACI, A), Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.1, Yenilenmiş, Genişletilmiş, Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Basım, İstanbul 2017, s.505; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.73 vd.; EREN, Genel, s.316 vd; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.84 vd. Farklı sınıflandırmalar için BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.41 vd.; AYAN, Borçlar, s.32.

m.115/3 olmasaydı irade serbestisi ilkesi gereği tarafların yaptığı anlaşma geçerli sayılacaktı. Tüm sözleşmeler için geçerli olan genel sınırlandırma sebeplerine örnek olarak da emredici hukuk kuralına, ahlaka, kamu düzenini aykırılığı sayabiliriz. Tekrar zikredersek sorumsuzluk anlaşmaları hem özel hükümlerde yer alan sınırlara hem de tüm sözleşmelerin tabi olduğu genel sınırlandırma hükümlerine tabidir. Bu çizilen çerçeve içerisinde taraflar irade serbestisi ilkesine uygun olarak sorumsuzluk anlaşmaları yapabilir. Aslında şunu söyleyebiliriz, kanun koyucu her ne kadar sorumsuzluk anlaşmalarının yapılmasına izin vermiş olsa da elinden geldiğince sorumsuzluk anlaşmalarının alanı kısıtlamıştır yani sorumsuzluk anlaşmalarına pek de hoş bakmamaktadır¹⁹². Taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği sorumsuzluk anlaşması yapabilecek olsa da kanun koyucu düzenlediği sınırlayıcı hükümler vasıtasıyla alacaklıyı ve çoğunlukla üstün karşısındaki zayıf tarafı korumaya çalışmıştır.

Sorumsuzluk anlaşmaları konusunda her ne kadar kurum oluşmuş ve oturmuş olsa da belli konularda kafa karışıklığı ve tartışmalar devam etmektedir. Doktrinde tartışılan konulardan bir tanesi de sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşme dışı sorumluluk alanında da geçerli olup olmayacağı konusudur. Sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşme dışı sorumluluk alanında geçerli olup olmayacağı meselesini incelerken dikkat edilmesi ve üzerinde durulması gereken temel mesele kamu düzeninin nerede başlayıp nerede bittiğidir.

Bir görüş sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşme dışı sorumluluk alanında söz konusu olmayacağını, yapılmışsa da geçerli olmayacağını söylerken¹⁹³; diğer görüş bazı sınırlandırmalarla sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşme dışı sorumluluk alanında da geçerli olabileceğini söylemektedir¹⁹⁴. Burada sözleşme dışı sorumluluk alanında sorumsuzluk

¹⁹² **SEROZAN**, İfa, s.280; **MERAL**, s.1170. Yargıtay da kanaatimizi paylaşmaktadır: “(...) sorumsuzluk anlaşmasının temelinde genellikle sosyo-ekonomik dengesizliğin yattığı bu yasal sınırlamaların bu gerçeğin ışığı altında değerlendirilmesi gerektiği, sorumluluk anlaşmasının uygulama ve geçerlik alanının sınırlayan görüş ve çözümler, diğer hukuki esaslara aykırı düşmedikçe hoşgörü ile karşılanması ve genellikle kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.” Yargıtay 11. HD, E.1996/6699, K.1996/9192, T.25.12.1996, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

¹⁹³ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.318; **ALNIAK**, s.332-333; **AKMAN**, s.111-112; **ERTEN**, s.158-159; **BAŞ**, s.763. Hatemi/Gökyayla, sözleşmesel sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarıştığı hallerde dahi sözleşme dışı alanda sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmaması gerektiğini ifade ettikten sonra mağdurun rızasının birlikte kusur sayıldığı hallerle malvarlığı zararlarının söz konusu olduğu durumlarda bu anlaşmaların önem taşıyacağını söyler. Buna karşılık diyerek sözleşmesel sorumluluk alanında –sınırlandırmaları olsa da- geçerli sayılacağını ifade eder. Bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.276-277. Şunu ifade etmeliyiz ki Hatemi/Gökyayla’nın sorumsuzluk anlaşmalarını geçerli saymadığı alanlarda sorumsuzluk anlaşmasının geçerli sayılmaması ve geçerli saydığı alanlarda da geçerli sayılması baskın görüştür.

¹⁹⁴ **BAŞALP**, s.124-125; **KARABAĞ BULUT**, Sorumsuzluk, s.871-872; **ERTEN**, s.166-167; **SARIÇAM**, s.18-19; **ALNIAK**, s.330; **TEKELİOĞLU**, s.19; **BAŞ**, s.763; **İNAL**, s.492; **AKMAN**, s.112 vd.; **KAHVECİ**, s.917;

anlaşmalarının geçerli olmayacağını belirten görüş, sözleşme dışı sorumluluk alanına ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğunu ve bu sebeple de bu sorumluluğunun bertaraf edilemeyeceğini ileri sürmektedir¹⁹⁵. Oysa söz konusu iddia yerinde değildir. Çünkü sözleşme dışı sorumluluk alanında sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olacağını ileri süren görüş de sözleşme dışı sorumluluk alanına ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının her durumda geçerli olmayacağını, bu anlaşmaların belli sınırlar¹⁹⁶ içinde kaldığı hallerde geçerli olacağını ileri sürmektedir¹⁹⁷. Burada belirlenecek kıstas, haksız fiile ilişkin tek taraflı bir işlem olan rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak dikkate alındığı durumlarda tarafların sorumsuzluk anlaşmaları yapabilmesi olmalıdır¹⁹⁸. Mesela bir kişi kendi malını telef edebilir tıpkı kendisinin telef etmesine imkân tanındığı gibi başkası tarafından telef edilmesi durumunda bu kişiyi de bu durumdan sorumsuz kılma imkânına da sahip olmalıdır. Ancak bir tarafın meydana gelecek kişilik hakkına aykırılıktan dolayı meydana gelecek zararlardan karşı tarafı sorumsuz tutmak amacıyla bir sözleşme yapması durumunda ise bu sözleşmeye geçerlilik tanınmaması gerekir. Ancak mal varlığı zararlarına ilişkin olarak yapılacak bir sorumsuzluk anlaşması geçerli olacaktır. Sözleşme dışı sorumluluk alanında yapılacak sorumsuzluk anlaşmasında tarafların arasında önceden bir sözleşme ilişkisi olmadığından bu tip sorumsuzluk anlaşmalarına saf, yalın sorumsuzluk anlaşması denir¹⁹⁹.

SEROZAN, İfa, s.288. Kişilik hakkına aykırı olarak sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağına ilişkin tartışmayı ileride ele alacağız.

¹⁹⁵ **ALNIAK**, s.330; **AKMAN**, s.111-112; **ERTEN**, s.165.

¹⁹⁶ Sözleşme dışı sorumluluk alanında belli sınırlarla sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğini söyleyenler sınırların tespitinin nasıl yapılacağı konusunda fikir birliğine varabilmiş değildir. Bizim de benimsediğimiz doktrindeki bir görüş buradaki sınırın tespitinin mal varlığı alanı ile kişi varlığı alanına göre yapılması gerektiğini söylemektedir. Daha açık bir şekilde ifade edersek mal varlığı alanında sorumsuzluk anlaşması yapılmasının caiz, meşru olduğunu ancak kişi varlığı alanında buna imkân verilmemesi gerektiğini, sorumsuzluk anlaşmalarının kişi varlığı alanında caiz olmayacağını ifade etmektedir. Doktrindeki bir diğer görüş ise TBK m.115'in kıyasen uygulanması suretiyle hafif ihmalden sorumsuzluğun caiz olması gerektiğini, ağır ihmal ve kasttan ise sorumsuz olunmasına imkân verilmemesi gerektiğini söylemektedir. Görüşler için bkz. **BAŞALP**, s.122 vd.; **KARABAĞ BULUT**, Sorumsuzluk, s.873-875; **AKMAN**, s.112-113; ; **AYAN**, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s.133; **BAŞ**, s.763. Burada savunduğumuz görüşün daha isabetli olduğunu kanısındayız, kendi fiillerinden sorumsuzluğa ilişkin hükmün kıyasen uygulanması yerine tasarrufun caiz olduğu ve olmadığı alanlara bakarak sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasına imkân tanınan ya da tanınan daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

¹⁹⁷ **YAVUZ**, N., Sözleşmedeki Haksız Şartlar, 3. Basım, Ankara 2012, s.487; **BAŞALP**, s.124-125; **AKMAN**, s.113; **ERTEN**, s.166,171; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.886; **BAŞ**, s.763; **AKMAN**, s.113 vd.; **SARIÇAM**, s.18-19.

¹⁹⁸ **AKMAN**, s.114; **SARIÇAM**, s.19. Bu kıstası şu şekilde de ifade edebiliriz: sorumsuzluk anlaşması ancak kişinin üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu haklara ilişkin olarak yapılabilir.

¹⁹⁹ **KAHVECİ**, s.917; **AKMAN**, s.7; **SARIÇAM**, s.19.

Sözleşme dışı sorumluluk alanında sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı tartışmasının devamı olarak nitelendirebileceğimiz ve yine tartışmalı olan diğer bir konu ise taleplerin yarışması durumunda sorumsuzluk anlaşmasının nasıl uygulanacağına ilişkindir. Mesela sorumsuzluk anlaşması yapılmış bir olayda anlaşmadan sonra bir zarar gerçekleşmişse ve bu zararı doğuran fiil hem borca aykırı bir eylem hem haksız fiil teşkil ediyor ise böyle bir durumda sorumsuzluk anlaşması sadece borca aykırılık halinde mi geçerli olacaktır yoksa sorumsuzluk anlaşmasını sözleşme dışı sorumluluk alanına da taşıyacak mıdır? Eş söyleyişle sorumsuzluk anlaşması yapılmış bir durumda anlaşmayla sorumsuz kılınanın gerçekleştirdiği eylem hem borca aykırılık ve hem haksız fiil niteliğine sahip olması halinde taleplerin yarışması söz konusu olur²⁰⁰. Böyle bir durumda da zarara uğrayan taraf talebini isterse borca aykırılık hükümlerine isterse sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine dayandırma imkânına sahip olacaktır. Peki, sorumluluk anlaşması yalnızca borca aykırılık hükümlerine dayanıldığı halde mi gündeme gelecektir yoksa taleplerin yarışması halinde hem sözleşmesel sorumluluk hem sözleşme dışı sorumluluk alanında mı gündeme gelecektir?

Sorumsuzluk anlaşmasının sadece borca aykırılık hükümlerine dayanıldığı takdirde uygulanacağını söylersek²⁰¹ karşı tarafın sorumluluğuna sözleşme dışı sorumluluk hükümleri uyarınca gidildiği takdirde sorumsuz anlaşması bertaraf edilmiş, hukuken olmasa da fiilen ortadan kaldırılmış olacaktır. Başka bir deyişle borca aykırılık hükümleri yoluyla sonuca ulaşmaya çalışıldığında sorumsuzluk anlaşması ile karşılaşacak olan taraf sözleşme dışı sorumluluk hükümleri uyarınca karşı tarafın sorumluluğuna gittiğinde önüne sorumsuzluk anlaşması gibi bir engel çıkmamış olacaktır. Oysa bu durum adil değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sözleşme dışı sorumluluk alanında da sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kanaatimiz gereğince de taleplerin yarışması söz konusu olduğu durumlarda sorumsuzluk anlaşmalarının hem borca aykırılık hükümlerine dayanıldığı hallerde hem de sözleşme dışı sorumluluk hükümlerine dayanıldığı hallerde geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz²⁰². Aksinin kabulü halinde sorumsuzluk anlaşması yapılması gereksiz

²⁰⁰ GÜRSOY, K. T., “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku”, AÜHFD, C.31, S.1, Y.1951, s.176 vd.; BAŞALP, s.125-126; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.981; TANDOĞAN, s.537; AKMAN, s.116-117.

²⁰¹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s.276; AKMAN, s.117.

²⁰² BAŞALP, s.126; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.873-874; ERTEN, s.141-142; AYAN, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s.134; KAHVECİ, s.918'deki dn.25; NOMER, Genel, s.314; AKMAN, s.117-118; İNAL, s.493-494; SARIÇAM, s.22; BAŞ, s.763.

hale gelmiş olacaktır. Bu bağlamda son olarak şunu da belirtmeliyiz ki tarafların sözleşmeye koyduğu kayıta veya yaptığı sözleşmede sorumsuzluk anlaşmasının sadece belirli bir sahada doğuracağını ifade etmiş olduğu durumda mesela “bu anlaşma yoluyla sadece borca aykırılık doğuran fiillerden dolayı sorumsuz olunur” ya da “bu anlaşma yoluyla sadece haksız fiil teşkil eden fiillerden dolayı sorumsuz olunur” gibi bir hüküm konmuşsa bu durumda tarafların iradesi doğrultusunda bir sonuca varmak gerekecektir.

Sorumsuzluk anlaşmaları başlığı altında tartışılan konulardan biri de sorumsuzluk anlaşmalarının üçüncü kişi lehine ve aleyhine etkisidir. Tahmin edilebileceği üzere sorumsuzluk anlaşmaları çoğunlukla borçlu ile alacaklı arasında yapılır ve yardımcı kişiler alacaklı ile genellikle ne görüşme imkânına ne bulundukları konumu itibarıyla alacaklıyla aralarında bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılması şansına sahip olmaz. Bu durumu da göz önünde bulundurularak doktrinde şöyle bir tartışma vardır: acaba borçlu ile alacaklının yapmış olduğu sorumsuzluk anlaşması yardımcı kişinin lehine sonuç doğurup onu da hafif ihmalinden dolayı sorumluktan kurtarabilir mi? Alman doktrininde ağırlıklı ve Türk hukukunda da takipçileri olan görüş bu soruya olumlu cevabını vermektedir²⁰³. Ancak bizim de katıldığımız Türk ve İsviçre doktrinindeki hâkim görüş bu soruya olumsuz cevap vermektedir²⁰⁴. Borçlu ile alacaklının yapmış olduğu bu sorumsuzluk anlaşması sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereği yalnızca borçlu ve alacaklı için hüküm ifade eder ve yardımcı kişiyi de kapsamına alması için

²⁰³ **KARABAĞ BULUT**, Sorumsuzluk, s.880-881; **ERTEN**, s.195; **YÖNET**, s.251-252; **SEROZAN**, İfa, s.293; **KAHVECİ**, s.941; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.427; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.900; **TUNÇOMAĞ**, s.852; **AKMAN**, s.81 vd.; **BAŞ**, s.763. Söz konusu görüşün hareket noktaları sosyal adalet ve yalnızca borçlunun sorumsuz olduğunun kabul edilmesi halinde alacaklının yardımcı kişinin sorumluluğuna gittiği ihtimalde yardımcı kişinin borçluya rücu etmesi halinde sorumsuzluk anlaşmasının boşa çıkmış olacağı düşünceleridir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. **SEROZAN, R.**, “Culpa İn Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” Ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **İÜMHAD**, C.2, S.3, Y.1968, s.113 vd.

²⁰⁴ **BAŞALP**, s.170; **KAHVECİ**, s.941; **YÖNET**, s.251; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.424; **AKMAN**, s.80-81; **TUNÇOMAĞ**, s.851-852; **ALNIAK**, s.339; **SARIÇAM**, s.86; **BAŞ**, s.763. Antalya ise bu soruya verilecek cevabın yapılmış olan anlaşmanın yorumlanması yoluyla bulunabileceğini söyler. Bununla beraber anlaşmanın yorumundan kesin bir sonuca ulaşamadığı hallerde yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa ilişkin bir belirlemenin olmadığı kabul etmek gerekir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, 318. Antalya da ifade ettiği bu görüşle alacaklı ile borçlu arasında yapılmış olan bir sorumsuzluk anlaşmasının kural olarak yardımcı kişiye etki etmeyeceğini ifade etmiş olmaktadır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin bir sonuca yorum yoluyla ulaşılabilirdiği hallerde ise artık yardımcı kişilerin de sorumsuzluk anlaşmasından yararlanması gerektiğini ifade etmektedir.

herhangi bir sebep yoktur²⁰⁵. Üçüncü kişi bu sözleşmeden olumlu bir şekilde etkilenmez, sorumsuzluk anlaşması üçüncü kişinin lehine bir etki doğurmaz.

Alt yardımcı kişilerin sorumsuzluk anlaşmaları karşısındaki konumunun bu noktada incelenmesi gerekir. Eğer borçlu, alt yardımcı kişilerden de sorumsuz olacağını sözleşmede ifade etmişse sorumsuz olacağı açıktır. Ancak sözleşmede yalnızca yardımcı kişi kavramı söz konusuysa bu durumda alt yardımcıları da yardımcı kişi kavramının kapsamı içerisine dahil edilecek midir? Burada ikili bir ayrımın yapılması gerektiği kanaatindeyiz, eğer alacaklı yardımcı kişiler hakkında herhangi bir bilgiye sahip değilse, ayrıca bu konu alacaklı bakımından önem de teşkil etmiyorsa bunlarla birlikte sözleşmede alt yardımcıların sorumsuzluk şartı kapsamından dışlandığına ilişkin bir ibare de mevcut değilse artık alt yardımcıların da yardımcı kişi kapsamına dahil edilerek, borçlunun alt yardımcıların fiillerinden de sorumsuz olacağını kabulü gerekir²⁰⁶. Ancak alacaklı bakımından ifayı kimin yapacağı önem teşkil ediyorsa veya alacaklı, borçlunun sorumsuz olacağı yardımcı kişileri biliyorsa -bir başka deyişle sözleşmede yardımcı kişi olarak vasıflandırılan grup alacaklı açısından belirli ise- artık alt yardımcıların, yardımcı kişi şemsiyesi altına alınarak borçlunun alt yardımcıların fiillerinden de sorumsuz kılınması mümkün olmayacaktır²⁰⁷. Bu durumda ya alt yardımcıları için ayrıca bir sorumsuzluk anlaşması yapılması gerekir ya alt yardımcıların da alacaklı için belirli hale getirilmesi yoluyla yardımcı kişi kavramı altına dahil olması sağlanmaya çalışılmalıdır.

Sorumsuzluk anlaşmalarının üçüncü kişi aleyhine etkisi ise borçlu ile alacaklının yaptıkları sorumsuzluk anlaşması sonucunda sorumsuz olan tarafın yakınının ya da üçüncü kişinin sorumsuzluk anlaşması lehine olan tarafın gerçekleştiği bir fiil dolayısıyla bir zarara uğraması halinde ortaya çıkar. Mesela evde bir tesisat işini yapmayı üstelenen borçlu ile alacaklı tesisatçının yardımcı kişinin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapmış ve böylece tesisatçı yardımcısının fiilleri bakımından sorumsuz tutulmuş olsun. Bu durumda tesisatçının yardımcı kişisi sözleşmenin tarafı olmayan ve alacaklının yardımcı kişisi konumunda bulunan eşi ya da çocuklarına sorumsuzluk anlaşması kapsamına giren bir fiille zarara vermesi halinde tesisatçı ile ev sahibi arasındaki sorumsuzluk anlaşması bu sözleşmenin tarafı olmayan

²⁰⁵ BAŞALP, s.169 vd.; AKMAN, s.80-81; ALNIAK, s.339.

²⁰⁶ YÜNLÜ, s.492-493.

²⁰⁷ YÜNLÜ, s.493.

alacaklının yardımcı kişilerine sirayet ederek onların da talepte bulunmalarını engelleyecek midir? Sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişi aleyhine etkisi ile kast edilen budur. Söz konusu halde sorumsuzluk anlaşmasının üçüncü kişiye sirayet edeceğini söylersek yani örneğimizdeki olayda alacaklının eşinin ya da çocuklarının bir zarara uğraması halinde sorumsuzluk anlaşması dolayısıyla anlaşmanın tarafı olmayan bu kişilerin de karşı tarafın sorumluluğuna gidemeyeceğini ifade etmiş oluruz. Oysa burada tarafların yaptığı sorumsuzluk anlaşması, zayıf tarafı koruma amacı ve sözleşme nispiliği ilkesi gereğince yalnızca taraflar arasında hüküm ifade edecektir²⁰⁸. Başka bir deyişle bu durumda borçlunun ya da alacaklının yardımcı kişileri ya da yakınları olan kişiler sorumsuzluk anlaşmasından etkilenmeden karşı tarafın sorumluluğuna gidebilecektir. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki aynı olayda sözleşmenin tarafı olan borçlu ya da alacaklı da zarar görmüş olsa bu durumda sorumsuzluk anlaşması, sözleşmenin tarafı bakımından geçerli olacak ve geçerli olan yapılan anlaşmada belirlenen sınırlar ölçüsünde karşı taraf sorumluluktan kurtulmuş olacaktır. Ancak sözleşmenin tarafı olmayanlar bakımından sorumluluk devam edecektir.

Sorumsuzluk anlaşmaları dendiğinde akıllara TBK m.115’de yer alan kişinin kendi fiillerinden sorumsuz olmasını amaçlayan anlaşma gelmektedir. Her ne kadar bizim konumuz yardımcı kişinin fiillerine ilişkin olduğundan konumuz bağlamında sorumsuzluk anlaşması dendiği zaman aklımıza yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk ilişkin anlaşma yani TBK m.116/2 ve m.116/3 geliyor olsa da sorumsuzluk anlaşması dendiğinde genel hüküm olması sebebiyle ilk olarak TBK m.115’e bakılır. Kanun koyucu TBK m.115’te öncelikle kişinin kendi ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapamayacağını ifade etmiştir. Söz konusu şekilde bir anlaşmanın yapılması durumunda ise anlaşmanın kesin hükümsüzlük yaptırımına çarptırılacağını belirtmiştir. Kanun koyucu devamında alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle yapılabilecek her türlü sorumsuzluk

²⁰⁸ BAŞALP, s.144, 155-156; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.879; AKMAN, s.103; SEROZAN, Edim Yükümlülüğü, s.120-121’deki dn.34. Nitekim Yargıtay da aynı kanaattedir: “(...) davalılar arasında sorumsuzluk anlaşması yapıldığı belirtilerek kurumun zarardan sorumlu olmadığı savunulmuş ise de sözleşmedeki bu şartın, sözleşmenin tarafı olmayan davacı yönünden bağlayıcı olmadığı (...)” 11. HD, E. 2015/15739, K. 2017/2984, T. 23.5.2017; Aynı yöndeki bir başka kararında: “(...) şirketlerin kendi aralarındaki sorumsuzluk anlaşmaları üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.” Benzer kararlar: Yargıtay 10.HD, E.2017/1477, K.2017/8917, T.14.12.2017; aynı yönde kararlar: Yargıtay HGK, E.2012/10-1616, K.2013/354, T.19.6.2013; Yargıtay 10. HD, E. 2017/6044, K. 2018/3975, T. 24.4.2018; Yargıtay 10. HD, E. 2015/21315, K. 2016/10654, T. 27.6.2016; Yargıtay 10. HD, E. 2014/15145, K. 2014/27448, T. 19.12.2014, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019); aksi görüş ERTEN, s.190-191.

anlaşmasının kesin hükümsüz olduğunu ifade etmiştir. Son sınırlama sebebi olarak da uzmanlığı gerektiren bir işin ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle gerçekleştirildiği durumlarda borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma yapılamayacağına yer vermiştir. Söz konusu hallerde eğer bir anlaşma yapılmışsa anlaşma kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşacaktır.

İfade ettiğimiz hususlardan yola çıkarak şunları söyleyebiliriz: gerek bir boyacı gerek bir avukat ağır kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik bir anlaşma yapamayacaktır. Hafif kusura ilişkin kimlerin sorumsuzluk anlaşması yapabileceğine geldiğimizde ise uzmanlık gerektiren ancak kanun veya yetkili makamlardan izin alınması gerekmeyen bir mesleği yapan boyacı kendisi fiillerine ilişkin olarak hafif kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik anlaşma yapabilecekken; uzmanlığı gerektiren ve bununla beraber ancak yetkili bir makam tarafından verilen izinle yürütülebilen bir faaliyet olan avukatlık mesleğini yapan avukat hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına yönelik anlaşma yapamayacaktır. Öyleyse gerçekleştirilen işin uzmanlık gerektiren bir iş olması tek başına yeterli olmayacaktır, işin uzmanlık gerektiren bir iş olmasının yanında kanunun aradığı diğer şart söz konusu işin kanunun veya yetkili makamın verdiği izinle gerçekleştirilebiliyor olmasıdır. Bahsi geçen iki şart bir arada bulunması gereken şartlar olduğundan bunlardan birini taşımayan bir faaliyeti gerçekleştiren hafif kusurundan sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapabilecektir.

II. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Sözleşme olması

Sorumsuzluk anlaşmaları tarafların karşılıklı irade beyanlarının uyuşması sonucu ortaya çıktıkları için sözleşme niteliğindedir. Sorumsuzluk anlaşması genelde asıl sözleşmenin içinde yer alan bir şart veya ona eklenen bir yan sözleşme şeklinde ortaya çıkıyor olsa da sorumsuzluk anlaşmasının bağımsız bir sözleşme şeklinde meydana gelmesi de mümkündür. Buna örnek olarak haksız fiil sorumluluğunun kısıtlandığı durumlarda yapılan saf sorumsuzluk anlaşmalarını verebiliriz. Görüldüğü üzere bu halde sorumsuzluk anlaşması ne ana sözleşmeye eklenen bir yan sözleşme ne de ana sözleşmenin içindeki bir kayıt niteliğindedir, bağımsız bir sözleşmedir.

Sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşme olması başlığı altında incelenmesi gereken meselelerden bir tanesi de sözleşmenin kurulumu için gerekli olan esaslı unsur kavramına sorumsuz anlaşmasının dâhil olup olmayacağıdır. Esaslı unsurunda kendi içerisinde objektif esaslı unsur ve sübjektif esaslı unsur olarak ikiye ayrılır. Objektif esaslı unsur ile kastedilen kanunda esaslı sayılan ve sözleşmeye niteliğini kazandıran unsurlar tarafların esaslı saydığı unsurlardır²⁰⁹. Daha önce de belirttiğimiz üzere sorumsuzluk anlaşmaları uygulama da genelde esas sözleşmeye eklenen bir yan sözleşme olduğundan sorumsuzluk anlaşmalarını objektif esaslı unsur olarak göremeyiz ancak sübjektif esaslı unsur olabilmeleri mümkündür. Sübjektif esaslı unsur, kanunen esaslı unsur niteliğine sahip olmayan bir hususun tarafların iradeleriyle esaslı unsur haline nokta getirildiği durumlarda söz konusu olur²¹⁰. Tam da burada TBK m.2/1'e değinmemiz gerekir. TBK m.2/1'e göre taraflar esaslı unsurlarda uyuşmuşlarsa ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa dahi sözleşme kurulmuş sayılır. Ancak böyle bir durumda taraflardan biri sorumsuzluk anlaşmasının sübjektif esaslı unsur olduğunu ispat edebilirse sözleşmenin kurulmasına engel olabilir. Sorumsuzluk anlaşmasının sübjektif esaslı unsur olduğunun ispat edilemediği hallerde ise objektif esaslı unsurlarda anlaşılmışsa sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Sorumsuzluk anlaşmaları da her sözleşmede olduğu gibi karşılıklı icap ile kabulün buluşmasını ile kurulur. Kabul beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Örtülü irade beyanı ile kastedilen kabul anlamına gelen kanaat verici davranışlardır²¹¹. Her ne kadar sorumsuzluk anlaşmasının örtülü olarak da kabul edilebileceğini kabul etsek de bu konuya dikkatli yaklaşmak ve kural olarak susmayı örtülü kabul olarak değerlendirmemek gerektiğini belirtmeliyiz²¹².

²⁰⁹ **KOCAAĞA, K.**, “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, TBB, S.79, (2008), s.80-81; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.174; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.72; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.13; **NOMER**, Genel, s.35; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.61; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.31; **HELEN**, s.23; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s.35; **CANSEL/ÖZEL**, s.99-100.

²¹⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.175-176; **BAŞALP**, s.21-22; **KOCAAĞA**, s.84; **NOMER**, Genel, s.35; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.62; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.31; **HELEN**, s.24; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s.35; **CANSEL/ÖZEL**, s.100; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.73; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.14.

²¹¹ **UYGUR**, s.204-205; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.37; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.74; **EREN**, Genel, s.270; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.93-94; **NOMER**, Genel, s.30; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.66.

²¹² **BAŞALP**, s.23; **HELEN**, s.40; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s.40; **AYAN**, GİK, s.6; **CANSEL/ÖZEL**, s.109; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.66-67; **EREN**, Genel, s.271; **TEKELİOĞLU**, s.7; **MERAL**, s.23.

Susmayı örtülü kabul beyanı olarak kabul etmeden önce belli durumların değerlendirilmesi gerekir. Kanaat verici davranışı ifade ettiğimiz hal ve şartların veya işin niteliği gereği o davranışın kabul olduğu kanaatinin bizde uyanmasıdır. Böylece susmanın kabul olduğunu düşünebilmemiz için TBK m.6 bağlamında bazı durumları değerlendirmeliyiz: birincisi açık bir kabule gerek olup olmadığı veya susanın ret cevabı verme zorunluluğunun söz konusu olup olmadığına yani karşı tarafın söz konusu davranışa kabul sonucu bağlamasının haklı olup olmadığına bakmalıyız²¹³. Sorumsuzluk anlaşmaları bağlamında tarafın susmasının kabul olarak değerlendirilmesini gerektirecek ya da teklife ret cevabı vermesini gerektirecek bir zorunluluğu yoktur. Bu sebeple de susmanın kural olarak örtülü kabul olarak değerlendirilmemesi gerekir. Değerlendirilmesi gereken ikinci husus ise susan kişinin durumunun iyileşip iyileşmediğidir²¹⁴. Susanın durumunun iyileştiğinin kabul edilebilmesi için sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin teklifin alacaklıdan gelmesi gerekir. Başka bir deyişle alacaklının borçluya “belli hallerde sen sorumlu olma” dediği ihtimalde borçlunun susmasının örtülü bir kabul beyanı olarak değerlendirilebilir. Ancak borçlunun sorumsuzluk teklifine alacaklının susması alacaklının durumunu iyileştiremediği için kural olarak örtülü bir kabul beyanı olarak değerlendirilmemelidir.

Doktrinde alacaklının susmasının örtülü bir kabul beyanı olarak değerlendirilebilmesi için ancak istisnai denebilecek seviyede özel hal ve şartların olması gerektiği²¹⁵ ifade edildiği gibi borçlunun sorumsuzluğa ilişkin şartları gerçekten anlayarak kontrol edebilme imkânına sahip olduğu durumlarda buna rağmen susmuşsa bu susmanın örtülü bir kabul beyanı olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir²¹⁶. Bu ihtimalin söz konusu olduğu her durumda bizce önerinin yani borçlunun kural olarak susmayı örtülü bir kabul beyanı sayması için gerekli olan şartlar yoktur. Bu nedenle de TBK m.6’da ifade edildiği üzere kanunundan, işin özelliklerinden

²¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.206; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.67; BAŞALP, s.24; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.75; HELEN, s.40; NOMER, Genel, s.32; EREN, Genel, s.271.

²¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.206; BAŞALP, s.25; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.76; NOMER, Genel, s.32; HELEN, s.40.

²¹⁵ AKMAN, s.33. Esasen kabul anlamına geldiği kanaatine vardığımız davranışların kabul varsayılabilmesi için her zaman bir takım özel hal ve şartlar aranır. Ancak burada ifade ettiğimiz bu şartların üzerinde bir özelliktir. Sorumsuzluk anlaşmaları gibi kanun koyucunun dahi hoş gözle bakmadığı bir sözleşmeden bahsettiğimiz için kanunun aradığı sınırların daha dikkatli incelenmesi talebimiz anlaşılır olmalıdır. Burada ikinci görüş kapsamına giren her durumda susmanın örtülü kabul olarak değerlendirilmemesi gerektiğini savunuyoruz, bahsi geçen koşullar olsa bile dürüstlük kuralını bir sınır olarak belirledikten sonra zayıf tarafın hakkını korumak üzere bir yorum yapılmalı ve susmanın örtülü kabul anlamına gelip gelmediğine karar verilmelidir.

²¹⁶ TEKELİOĞLU, s.7; ALNIAK, s.335-336; SARIÇAM, s.34; AYAN, GİK, s.6.

veya durumun gereğinden susmanın da kabul beyanı olarak sayılabileceği anlaşılmadığı müddetçe sorumsuzluk anlaşmalarının örtülü irade beyanı ile oluşmayacağı kanaatindeyiz. Başka bir deyişle biz susmanın kanaat verici bir davranış olduğu gerekçesiyle örtülü bir kabul beyanı olarak değerlendirilebilmesi için özel şartların oluşması gerektiğini düşünüyoruz. Ayrıca doktrindeki diğer görüşün kontrol etme imkânınız mevcudiyetini nasıl tespit edeceği sorumsuzluğu ilişkin beyanın hemen veya kolay fark edilemeyecek yerlere konulmasıyla ortaya çıkan durumla nasıl mücadele edeceği de soru işaretidir²¹⁷. Bu nedenle de böylesine önemli ve ciddi sonuçları olan bir anlaşmayı muğlak kavramlara bağlamak yerine irade beyanları ile yapılması gerektiğini ifade etmek ve ancak özel şartları bulunduğu durumlarda susmayı kabul beyanı olarak geçerli saymak yerinde olacaktır.

Başlığımızın altında tartışılması gereken son mesele de ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk beyanlarının geçerli olup olmadığıdır. Esasen bu tartışmanın örtülü kabulle sorumsuzluk anlaşması kurulup kurulamayacağı tartışmasının devamı olarak görülmesi yerinde olur. Görüşlerden biri ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmalarının sözleşmenin meydana gelmesinden önce alacaklı tarafından görülmesi ve anlaşılabilmesi halinde bu anlaşmanın geçerli olacağı şeklindedir²¹⁸. Doktrindeki diğer görüş ise sorumsuzluk anlaşmalarının ilan yoluyla bildirilmesi halinde geçerli olmayacağını savunmaktadır²¹⁹. Bizce ilan yoluyla sorumsuzluk anlaşması yapılmasına kural olarak imkân verilmemelidir. Ancak olayın

²¹⁷ **AKMAN**, s.34.

²¹⁸ **ERTEN**, s.114; **AYAN**, GİK, s.6; **MERAL**, s.21; **TEKELİOĞLU**, s.7; **SARIÇAM**, s.36; **AKMAN**, s.38; **ALNIAK**, s.336. Susmanın örtülü kabul olarak varsayılması için gerekli olan şartlarla ilan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin koşullar eşitlenmiştir. Susmanın örtülü kabul sayılmasında ifade ettiğimizden daha sakıncalı bir durumdur bu. Sorumsuzluk anlaşması gibi yapılması, şartları, sınırları daraltılmış bir sözleşmenin ilan yoluyla yapılmasına karşı böylesine olumlu bir tavır içinde olmak bizce doğru değildir. Burada da örtülü kabulde benimsediğimiz yorumu benimsiyoruz. Zayıf tarafı koruma amacı güderek ancak karşı tarafın çıkarlarını dürüstlük kuralını bir sınır olarak belirleyerek ihlal etmeden bir yorum yapıp ilan yoluyla bildirilmiş olan sorumsuzluk anlaşması önerisinin anlaşmaya dönüşüp dönüşmeyeceğine karar verilmesi gerekir.

²¹⁹ **BAŞALP**, s.54; **İNAN/YÜCEL**, s.613; **AKMAN**, s.38; **TEKELİOĞLU**, s.7; **MERAL**, s.22; **AYAN**, GİK, s.14. Ayrıca bahsi geçen hallerde her ne kadar ilan yoluyla bir sorumsuzluk anlaşması meydana gelmeyecekse de bu ilan bir uyarı olarak değerlendirilebileceğini ve zarara birlikte sebep olma başlığı altında tazminat talebinden indirim sebebi olabileceğini ifade edilmektedir. Bkz. **BAŞALP**, s.55; **SEROZAN**, İfa, s.279-280; **KAHVECİ**, s.916'daki dn.18; **AKMAN**, s.41; **SARIÇAM**, s.38. Akman burada otel ve hancının ilan asmakla sorumluluktan kurtulamayacağına ilişkin hükmü görüşü için delil olarak getirmekte ve bu hükmün örnekleme yoluyla ilan yoluyla yapılmaya çalışılan tüm sorumsuzluk anlaşmalarına uygulanmasını teklif etmektedir. Buna karşılık Alniak ise kanunun yalnızca otel ve hancılara ilişkin olarak böyle bir hükme yer vermesinin ilan yoluyla sorumsuzluk anlaşması yapılamamasına değil de yapılabilmesine delil olarak gösterilebileceğini ifade etmektedir. Tartışma için Bkz. **AKMAN**, s.38-39; **ALNIAK**, s.336. İfade etmeliyiz ki bu tartışma bağlamında Alniak haklıdır, zira bir hukuki kurumun yalnızca belli bir gruba yasaklanması herkese yasaklanması gerektiğinden çok, bahsi geçen grup dışındakiler için caiz olduğu şeklinde yorumlanır.

şartlarının incelenmesi gerektiğini ve bu inceleme neticesinde ilan yoluyla sorumsuzluk anlaşmasının kurulup kurulmadığına karar verilmesi gerekir. Eğer susma, kabul beyanı olarak değerlendirilebilecekse ilan yoluyla borçlu tarafından bildirilen bir anlaşma da geçerli sayılabilecektir. Her ne kadar bu halde tarafların iradelerinin oluştuğunun tespiti zorlaşacak olsa da özel hal ve şartların varlığı halinde buna imkân tanımak gerekir. Bir örnek vermek gerekirse otomatlara asılan sorumsuzluk beyanları, otomat sahibinin otomatı her kullanan ile sorumsuzluk anlaşması yapması mümkün olmadığından otomatı kullananların da uğrama ihtimalleri bulunan zarar da genellikle ufak meblağlar olacağından dürüstlük kuralı gereği geçerli sayılabilir²²⁰. İlan yoluyla bildirilen sorumsuzluk anlaşmalarına daha da temkinli yaklaşmak gerekir. Zira bu durumda alacaklı ile borçlu birbirinden uzaklaştığı için alacaklının kabul yönünde olmayan iradesine kabul anlamı yükleyerek onu genellikle zayıf konumda bulunduğu borçlu karşısında koruma amacına aykırı hareket etmiş olabiliriz.

B. Tasarruf İşlemi Niteliğinde Olması

Hukuki işlemler çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Konumuz bağlamında bizim için önem taşıyan ayırım, hukuki işlemlerin mal varlığına yaptığı etki bakımından tabi tutuldukları ayırımdır. Hukuki işlemler mal varlığına yaptıkları etki bakımından kazandırıcı işlem, borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemi ve borçtan kurtarma işlemi olarak dörde ayrılırlar. Tasarruf işlemleri, bir hakka doğrudan etki ederek onu devreden, ortadan kaldıran, değiştiren ya da sınırlandıran işlemlerdir²²¹. Borçlandırıcı işlem, hakka doğrudan bir etkide bulunmaksızın pasifi artıran işlemlere denirken²²², kazandırıcı işlem ise aktifi artıran veya pasifi azaltan

²²⁰ İlk görüş kanun koyucunun hoş bakmadığı, elinden geldiğince sınırlandırdığı sorumsuzluk anlaşmalarının ilan yoluyla yapılmasını alabildiğince kolaylaştırmakta ve hükmün gayesinin gerçekleştirmeye imkân vermemektedir. İkinci görüş ise günümüzün gerekliliklerine tam manasıyla cevap verememektedir. Elbette zayıf durumda olanın korunması gerekir ancak bu korumanın da bir sınırı olmalıdır ve bu sınır da dürüstlük kuralı olarak belirlenmelidir. Tüm şartların dikkatlice incelenmesi neticesinde ilan yoluyla sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olup olmayacağına hâkim karar vermelidir. Ancak yine de bu anlaşmaların kural olarak geçersiz sayılması gerektiğini söylemeliyiz. Otomat örneğinde otomatı kullanmak isteyen herkesle tek tek sorumsuzluk anlaşması yapılmasının zorluğu düşünülmelidir. Bunun dışında yalnızca sorumluluktan kurtulmak için asılmış ilanlara bir anlam atfedilmemesi gerekir.

²²¹ **HELVACI, İ.**, Hukuki Mütalaalar (2000-2010), İstanbul 2010, s.103; **HAMAMCIOĞLU, G. V.**, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s.53; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.53; **EREN**, Genel, s.173; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, 114; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.27; **CANSEL/ÖZEL**, s.60; **AYAN**, Borçlar, s.137.

²²² **HELVACI**, s.103; **HAMAMCIOĞLU**, s.49; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s.11; **EREN**, Genel, s.171; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, 114; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.53; **CANSEL/ÖZEL**, s.60; **AYAN**, Borçlar, s.137.

işlemlerken²²³, borçtan kurtarma işlemi de işlemi yapanın ya da karşı tarafın pasifini azaltan işlemlerdir²²⁴. Sorumsuzluk anlaşmaları bu ayrımda tasarruf işlemi niteliğindedir²²⁵. Sorumsuzluk anlaşmasının yöneldiği amaç alacaklının bir zarara uğradığı durumda bu zararın bertaraf edilmesi olduğundan aslında alacaklı ileride sahip olacağı ya da olabileceği bir tazminattan vazgeçmekte ve böylece ileride aktifinde yer alması beklenen bir haktan kısmen veya tamamen vazgeçmiş olmaktadır²²⁶. Bu durumda da sorumsuzluk anlaşmaları tasarruf işlemi olarak ortaya çıkar. Tasarruf işlemlerinin konusu mevcut ortaya çıkmış doğmuş haklar olabileceği gibi henüz doğmamış ancak ileride doğması beklenen haklar da olabilir²²⁷. Sorumsuzluk anlaşmaları bağlamında da ileride doğması beklenen bir haktan tarafın kısmen veya tamamen vazgeçmesi söz konusudur.

Sorumszuluk anlaşmasının tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu söyledikten sonra bu tasarruf işlemini gerçekleştirecek olan tarafın konumuz bağlamında alacaklının da söz konusu hak üzerinde tasarruf işleminin yapıldığı anda tasarruf yetkisine sahip olması gerektiğini ifade etmeliyiz²²⁸. Sorumsuzluk anlaşması yapacak olan tarafın sahip olması gereken ehliyetle ilişkin şartlar genel ehliyet kurallarına tabiidir²²⁹.

Alacaklı için tasarruf işlemi niteliğine sahip sorumsuzluk anlaşması, borçlu açısından ise genellikle karşılıksız kazanma mahiyetinde bir işlem olduğundan herhangi bir ehliyet şartı aranmamaktadır. Zira sorumsuzluk anlaşmasında bu ihtimalde borçlu açısından kazandırıcı bir

²²³ **HAMAMCIOĞLU**, s.49; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.107; **EREN**, Genel, s.181; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.27; **AYAN**, Borçlar, s.137.

²²⁴ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.107; **EREN**, Genel, s.171.

²²⁵ **BAŞALP**, s.38; **AKMAN**, s.12; **ERTEN**, s.90; **EREN**, s.1113-1114; **MERAL**, s.1148; **AYAN**, GİK, s.6; **TEKELİOĞLU**, s.5-6; **KAHVECİ**, s.916; **SARIÇAM**, s.29; **BAŞ**, s.758; **KARACA**, s.55; **YILDIRIM**, s.300; **DUMAN**, s.244. Yargıtay da kararlarında bunu söylemektedir: “(...) Sorumsuzluk anlaşmaları (...) alacaklı yönünden bir tasarruf (...) nitelikteki bir hukuki işlemdir.” Yargıtay 11.HD, E.2015/3873, K.2015/10724, T.20.10.2015; benzer önde bir başka karar Yargıtay 11.HD, E.2015/3873, K. 2015/10724, T. 20.10.2015, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019).

²²⁶ **BAŞALP**, s.38; **AKMAN**, s.12; **ERTEN**, s.90; **SEROZAN**, İfa, s.279; **AYAN**, GİK, s.6; **EREN**, Genel, s.1113; **GÜLERCİ**, s.555; **SARIÇAM**, s.29; **BAŞ**, s.758-759.

²²⁷ **HAMAMCIOĞLU**, s.94; **AKMAN**, s.13; **AYAN**, GİK, s.6; **MERAL**, s.1148.

²²⁸ **HAMAMCIOĞLU**, s.345 vd., **BAŞ**, s.759; **AKMAN**, s.41; **SARIÇAM**, s.27. Sorumsuzluk anlaşmalarını henüz var olmayan bir alacak hakkı üzerinde tasarruf etmek olduğundan sonuçlarını hak doğduktan sonra doğuracaktır. **MERAL**, s.1148.

²²⁹ İleride doğabilecek bir tazminat talebinden önceden kısmen veya tamamen vazgeçilmesi sonucunu doğuran sorumsuzluk anlaşmaları için gerekli olan ehliyet tam fiil ehliyetidir. Alacaklının fiil ehliyeti sahip olmadığı durumda ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya bir kısıtlı ise kanuni temsilcisinin rızasını alarak sorumsuzluk anlaşması yapabilir. Kendisine yasal danışman atanan kişinin de genel olarak hukuki sebebini bağışlama olarak göreceğimiz sorumsuzluk anlaşmasını yapabilmesi için yasal temsilcisinden onay alması gerekecektir.

işlem niteliğindedir²³⁰. Ancak borçlu sorumsuzluk anlaşması karşılığında alacaklıya karşı bir karşı edim yükümlülüğü altına giriyorsa artık bu durumda sorumsuzluk anlaşmasının hukuki sebebi alacak hakkı elde etmek olarak ortaya çıkacaktır²³¹.

C. Şekle Tabi Olmaması

Bir hukuki işlemi meydana getirecek irade beyanlarını taraflar TBK m.12 gereğince kural olarak diledikleri vasıta veya kalıpla açıklayabilirler²³². Ancak bazı durumlarda kanun bir hukuki işlemin meydana getirecek irade beyanlarının ancak kendisinin belirttiği vasıta veya kalıpla açıklanabileceğini ifade etmiştir. İşte bu hallerde hukuki işlemin bir şekle tabi olduğu ifade edilmiş olur.

Türk hukukunda şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Eş söyleyişle kural olarak sözleşmeler şekle tabi değildir. Bir sözleşme şekle tabi ise bunun kanunda belirtilmesi gerekir. Kanunda bir sözleşmenin şekle tabi olduğu ifade edilmişse de kural olarak bu şekil geçerlilik şeklidir. Bir başka deyişle kanunda şekle tabi olduğu ifade edilen bir sözleşmenin başka bir şekilde yapılması halinde bu sözleşme geçerli olmayacaktır. Kanunda şekle tabi olduğu ifade edilmeyen sözleşmeleri ise taraflar diledikleri bir şekilde yapabilirler.

Sorumsuzluk anlaşmaları için kanunda bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak şekle tabi olan sözleşmelerde yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları için doktrinde farklı fikirler öne sürülmüştür. Esasen buradaki asıl mesele hukuki işleme gerçekleştirirken şekil şartına tabi olan hususların hangileri olduğu noktasıdır. Objektif esaslı unsurları şekle tabi olduğu konusunda bir tereddüt yokken; sübjektif esaslı unsurların da şekle tabi olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrindeki görüşlerden ilki sözleşmenin sadece objektif esaslı unsurlarının şekle tabi olduğu yönündedir²³³. Söz konusu görüş kabul edildiği takdirde sorumsuzluk anlaşmaları

²³⁰ BAŞALP, s.38; ERTEN, s.90; AYAN, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s.97; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.879; AYAN, GİK, s.6; TEKELİOĞLU, s.6; MERAL, s.1148; EREN, Genel, s.1114; KAHVECİ, s.917; AKMAN, s.13-14; SARIÇAM, s.27; BAŞ, s.759; DUMAN, s.244; . Yargıtay da aynı kanaattedir: “ (...) Sorumsuzluk anlaşmaları (...) borçlu yönünden kazandırıcı nitelikteki bir hukuki işlemdir.” Yargıtay 11.HD, E.2015/3873, K.2015/10724, T.20.10.2015; benzer önde bir başka karar Yargıtay 11.HD, E.2015/3873, K. 2015/10724, T. 20.10.2015, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019).

²³¹ BAŞALP, s.38-39; KAHVECİ, s.917; AKMAN, s.13-14; SARIÇAM, s.27; BAŞ, s.759.

²³² SÜZEN, B., Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Yayınlanmamış DT, İstanbul 2019, s.4-5.

²³³ SÜZEN, s.46’daki dn.273; ERTEN, s.93; KOCAĞA, s.91 ve 95; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.477; EREN, Genel, s.1114; MERAL, s.31; SARIÇAM, s.28; AKMAN, s.42; AYAN, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s.96; BAŞ, 759-760; AYAN, GİK, s.7. Doktrinde şeklin kapsamına yalnızca objektif esaslı

genellikle bir yan anlaşma olarak ortaya çıktığından objektif esaslı unsur olarak kabul edilemeyecek ve şekle tabi olmayacaklardır. Doktrindeki diğer görüş ise objektif esaslı unsurların yanında sübjektif esaslı unsurlarında şekle tabi olacağını ileri sürmektedir²³⁴. Bu görüşün kabulü halinde ise şekle tabi bir sözleşmenin yanında yapılan sorumsuzluk anlaşmasının sübjektif esaslı nokta olarak kabul edilebileceği hallerde sorumsuzluk anlaşması da şekle tabi olacak, söz konusu şekle aykırı bir biçimde yapılması halinde de sorumsuzluk anlaşması geçersiz kabul edilecektir. Üçüncü görüş ise ifade ettiğimiz her iki görüşün de taşıdığı mahzurları ortadan kaldırıp olumlu yanlarını da bir araya getirmeye çalışan karma görüştür. Karma görüş de şeklin kapsamına objektif esaslı unsurların girdiğini kabul etmekte ancak sübjektif esaslı noktalara gelindiğinde temkinli davranmaktadır daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse sübjektif esaslı bir noktanın şeklin kapsamına sokulabilmesi için bu sübjektif esaslı unsurun sözleşme tipinin doğal unsuru, edim karşı edim ilişkisini belirginleştiren bir unsur olması şartını aramaktadır²³⁵. Başka bir deyişle sorumsuzluk anlaşmasının sözleşmenin şekline tabi hale gelmesi için edim karşı edim ilişkisine dâhil edilmesi gerekecektir. Böylece kanunun sınırlı sayıda ve dar bir çerçevede tuttuğu şekli tabiilik ilkesi genişletilmemiş olacak ve ticari hayat ve ekonomik hayat hızı kesilmemiş olacaktır.

Doktrinde konumuzla alakalı olarak ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüş ise sorumsuzluk anlaşmalarının kanunun şekle tabi kıldığı sözleşmenin hak ve yükümlülüklerini esaslı surette değiştirdiğinden bahisle sorumsuzluk anlaşmalarının da mutlaka şekle tabi olması gerektiğini söylemektedir²³⁶. Sorumsuzluk anlaşmalarını şeklin kapsamına dâhil edilmemesi halinde şeklin güttüğü amaç boşa çıkmış olacaktır. Katıldığımız görüşe göre şunu söyleyebiliriz, eğer şekle tabi bir sözleşme ile alakalı olarak bir sorumsuzluk anlaşması yapılacaksa sorumsuzluk anlaşması şekle uygun olarak yapılmamışsa geçersiz olacaktır. Bir başka deyişle şekle tabi bir sözleşme ile alakalı olarak yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının

unsurların dâhil olacağını ve sorumsuzluk anlaşmasının objektif esaslı unsur olamayacağını düşünmesi sebebiyle sorumsuzluk anlaşmalarının şekle tabi olamayacağını da savunmaktadır. Bkz. **AKMAN**, s.112; **KARACA**, s.55; **AYAN, GİK**, s.7.

²³⁴ **SÜZEN**, s.46-47; **KARABAĞ BULUT**, Sorumsuzluk, s.834-835; **KOCAAĞA**, s.93; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.478. Bu görüşü kabul edenler sorumsuzluk anlaşmasının sübjektif esaslı unsur haline getirilmediği durumlarda şekle tabi olmadığını savunmaktadır. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.152; **GÜLERCİ**, s.555-556; **TEKELİOĞLU**, s.10; **SARIÇAM**, s.29.

²³⁵ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.478; **BAŞALP**, s.42-43; **SÜZEN**, s.47; **KOCAAĞA**, s.97-98.

²³⁶ **BAŞALP**, s.43-44; **YILDIRIM**, s.300.

objektif ve sübjektif esaslı unsur olup olmadığına bakılmaksızın şekle tabi esas sözleşmenin yapıldığı şekilde yapılması gerekir; aksi halde sorumsuzluk anlaşması geçerli olmaz.

D. Anlaşmanın Zararın Meydana Gelmesinden Önce Yapılması Gerekliği

Sorumsuzluk anlaşmalarını benzeri diğer sözleşmelerden ayıran en önemli özelliklerden bir tanesi de sorumsuzluk anlaşmalarının yapıldığını zamanın önem taşımasıdır. Esas sözleşmenin içinde bir hüküm olarak da meydana gelebilecek olan sorumsuzluk anlaşmaları esas sözleşmenin yanında esas sözleşmeyle aynı anda ya da daha sonra yapılan bir sözleşme olarak da meydana gelebilir. Ancak sorumsuzluk anlaşmasının her hâlükârda zararın meydana gelmesinden önce yapılmış olması gereklidir²³⁷. Bunun aksi bir durumda yani sorumsuzluk anlaşmasının zararın meydana gelmesinden sonra yapılması halinde artık sorumsuzluk anlaşmasından bahsedilemeyecek şartlarına varlığı halinde ibra sözleşmesinden söz edilebilecektir²³⁸.

Kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşması yapılması zamanında sınırlandırmasının sebebi zarar meydana gelmeden önce yani alacaklının zarara vakıf olmadan önce yapacağı sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalara karşı alacaklıyı elinden geldiği kadar korumaktır zira bu halde alacaklının serbest iradesi ile hareket etmediği varsayılmaktadır²³⁹. Ancak kanun koyucu zarar meydana geldikten sonra artık karşı tarafın sorumluluğunu sınırlandırmanın veya kaldırmanın sonuçlarını görebilecek olan alacaklıyı, sonuçları görmeden sorumsuzluk sözleşmesi yapan kişi kadar korunması gereken biri olarak görmemiştir. Böylelikle sorumsuzluk anlaşmalarında özel olarak aranan bazı şartlar ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin birtakım sınırlamalar ibra sözleşmesinde aranmamaktadır.

²³⁷ BAŞALP, s.46; EREN, Genel, s.1113; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.681; GÜLERCİ, s.556; TUNÇOMAĞ, s.850; KAHVECİ, s.915; SARIÇAM, s.30; BAŞ, s.759; AKMAN, s.43; DUMAN, s.244. ERTEN önceden tabiri ile zararı öğrenmeden öncenin kast edildiği görüşündedir, böylece zarar meydana gelmiş olsa bile eğer sorumsuzluk anlaşması imzalanırken alacaklı bundan haberdar değilse sorumsuzluk anlaşması kurulmuş olacaktır. Ancak haberdar ise artık ibra söz konusudur. ERTEN, s.91.

²³⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.681; MERAL, s.33; TEKELİOĞLU, s.9; KAHVECİ, s.915; AKMAN, s.43-44; BAŞ, s.759; SARIÇAM, s.30. Yargıtay da bu ayrıma işaret etmektedir: “Sorumsuzluk sözleşmeleri ibranın aksine, daha zarar doğmadan önce sorumluluğu kaldıran ve daraltan sözleşmelerdir.” Yargıtay 4.HD, E.1987/2240, K.1987/3203, T. 27.04.1987; benzer başka bir karar Yargıtay 4.HD, E.1987/2240, K.1987/3203, T.27.04.1987, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019).

²³⁹ AKMAN, s.44; BAŞALP, s.46; SARIÇAM, s.31; KAHVECİ, s.915.

Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen sözleşme dışı sorumluluk alanında yapılabileceğini ifade ettiğimiz saf sorumsuzluk anlaşmasının da sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilebilmesi için zarar meydana gelmeden önce yapılmış olması gerekecektir.

Konuyla alakalı olarak son cümle olarak şunu söyleyebiliriz ki borçlunun sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalar eğer zarar meydana gelmeden önce yapılmışsa sorumsuzluk anlaşması olarak ancak zarar meydana geldikten sonra yapılmışsa ibra sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

III. SORUMSUZLUK ANLAŞMALARININ BENZER KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmalarına geçmeden önce sorumsuzluk anlaşmaları ile sorumsuzluk anlaşmalarına benzer sonuçlar doğuran kavramların birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Sorumsuzluk anlaşmaları zarar meydana gelmeden önce yapılan anlaşmalar olup bu anlaşmalar vesilesiyle sorumluluk sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Sorumsuzluk anlaşmaları ile benzer kavramların ayırt edilmesi başlığı altında inceleyeceğimiz kavramlar da tıpkı sorumsuzluk anlaşmaları gibi doğacak tazminatın azaltılmasına veya ortadan kaldırılmasına sebep olacaklardır.

Kavramları sorumsuzluk anlaşmasından ayırt etmemizin sebebi kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasına ilişkin tüm sözleşmelerde geçerli olan sınırlardan başka özel sınırlarda koymuş olmasıdır. Eş söyleyişle, sorumsuzluk anlaşmasına benzeyen ancak sorumsuzluk anlaşması olmadığını söylediğimiz bir kavramın sorumsuzluk anlaşmaları başlığı altında düzenlenen özel sınırlandırmaları tabii olmayacağını söyleyebiliriz. Böylece bu kavramları sorumsuzluk anlaşmaları ile benzer sonuçları doğuran ancak sorumsuzluk anlaşmaları kadar sınırlandırmalara tabi olmayan hukuki kurumlar olarak niteleyebiliriz.

A. Hukuka Uygunluk Sebebi Olan Rıza ve Mağdurun Rızası

Sorumluluk anlaşmaları borçlu üzerinde sorumluluğun doğmasına kısmen veya tamamen engel olur. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilip fiili hukuka uygun hale getirerek sorumluluğun doğmasına engel olabilmesi için genel kapsamlı olmayan rıza

beyanının, gerekli ehliyeteye sahip kişi tarafından hukuka aykırı fiilden önce veya en geç fiil anında ve üzerinde tasarruf edilebilen bir hakka ilişkin olarak verilmesi gerekir²⁴⁰. Böylece gerçekleştirilen fiil başlangıçtan itibaren hukuka uygun olarak addedileceğinden sorumluluğun doğmasına engel olacaktır. Mağdurun rızası ise basitçe hukuka aykırılığı gidermeyen rızadır. Hukuka uygunluk sebebi olan rıza ile mağdurun rızası kendi aralarında geçişkenlik gösteren kavramlardır²⁴¹. Öyle ki rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmediği ve fiili hukuka uygun hale getirmediği durumlarda mağdurun rızası söz konusu olacaktır²⁴². Kanun koyucu hukukun tanıdığı sınırlar dışına çıkan, geçersiz rızayı yok saymamış ve mağdurun rızası kavramı altında tazminattan indirim sebebi olarak görmüştür²⁴³. Şunu söyleyebiliriz ki ister geçerli ister geçersiz olsun rızanın söz konusu olduğu her durumda rıza, tazminat üzerinde ya doğumuna engel olmak ya indirmek şeklinde bir sonuç doğuracaktır²⁴⁴.

Rıza eğer hukuka uygunluk sebebi ise tıpkı sorumluluğu kaldıran bir sorumsuzluk anlaşması varmış gibi sorumluluk ortadan kalkmakta –hatta hiç doğmamakta-, eğer mağdurun rızası şeklinde ise de tazminattan indirime gidilmektedir. Her ne kadar sonuçları benzer olsa da rıza ile sorumsuzluk anlaşması iki ayrı kavramdır. Rızanın sorumsuzluk anlaşmasından başka bir kavram olduğunu söylemekle rızanın sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu özel sınırlamalara tabi olmadığı ve başka şartlara tabi olduğunu da söylemiş oluruz. Rızanın hukuka

²⁴⁰ **ERLÜLE, F.**, Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2.Baskı, Ankara 2015, s.156 vd.; **POLAT, A.**, Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul 2019, s.8; **KILIÇOĞLU, A. M.**, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2016, s.353 vd.; **KAYIHAN, Ş./ÜNLÜTEPE, M.**, Medeni Hukuk Bilgisi, 2. Baskı, Ankara 2014, s.210; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.208-209; **AYAN/AYAN**, s.118-119; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.128; **REİSOĞLU**, Genel, s.166. Herhangi bir sınıra tabi olmadan rızanın geçerli olacağı yönünde bkz. **AKİPEK, J. G./ AKINTÜRK, T./ ATEŞ KARAMAN, D.**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1.C., Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2014, s.401.

²⁴¹ **BAYSAL, B.**, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2017, s.45.

²⁴² **OSMANOĞLU, M.**, “Birlikte Kusur”, İBD, C.93, S.2, Y.2019, s.114; **DURAL, M./ ÖĞÜZ, T.**, Türk Özel Hukuku C. 2 Kişiler Hukuku, 17. Basım, İstanbul 2016, s.150; **BAYSAL**, s.43-44; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, 462; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.122-123; **EREN**, Genel, s.790; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.441; **REİSOĞLU**, Genel, s.217.

²⁴³ **DURAL/ÖĞÜZ**, s.150; **OSMANOĞLU**, s.114; **POLAT**, s.188; **NOMER**, Genel, s.182; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.128; **BAYSAL**, s.44; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, 462-463; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.123; **EREN**, Genel, s.790; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.441; **REİSOĞLU**, Genel, s.217.

²⁴⁴ **KILIÇOĞLU, A. M.**, “Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırıları Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler”, TBBD, C.3, Y.1990, s.378; **HAN, I. A.**, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Bağlamında Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Veri Sahibinin Rızası”, GÜHFD, C.1, Y.2019, s.437-438; **BAYSAL**, s.44; **POLAT**, s.188-189; **EREN**, Genel, s.790; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, 463; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.150; **NOMER**, Genel, s.182; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.122-123. Burada rızanın geçersizlik sebebinin yokluk olması durumunda artık bu rızanın tazminattan indirim sebebi olarak da dikkate alınamayacağını zira bu durumda rızanın olmadığını, “yok” olduğunu ifade etmeliyiz. Bkz. **POLAT**, s.189.

uygun yani geçerli bir rıza olarak kabul edilebilmesi için rızayı gösterenin fiil ehliyetine sahip olması, iradesinin sakatlanmış olması ve rızanın kanunun tanıdığı sınırlar içerisinde kalması ve bunların yanında rızanın zararın doğumundan önce verilmesi gerekir²⁴⁵. Ancak eğer zarar doğduktan sonra verilmiş bir rıza beyanından söz ediliyorsa artık bu rıza kendisinden beklenen esas işlevi görmeyecektir. Eş söyleyişle böyle bir rıza, fiili hukuka uygun hale getiremeyecek fakat bu halde de sorumluluk üzerinde bir etki doğurarak tazminat talebinden vazgeçme olarak yorumlanabilecektir²⁴⁶. Rıza fiil işlenmeden önce her zaman geri alınabilir²⁴⁷.

Rızanın geçerli olabilmesi için kanun tanıdığı sınırlar içerisinde kalması gerektiği ile ifade etmek istediğimiz rızanın kişinin tasarruf edebileceği haklara yönelik olmasıdır²⁴⁸. Ancak kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği haklara yönelik bir rıza beyanında bulunması durumunda bu rıza beyanı yine de yok sayılmayacaktır. Bir başka deyişle kanunun tanıdığı sınırları aşan bir rıza beyanı her ne kadar hukuka aykırı bir fiili hukuka uygun hale getiremiyor olsa da sorumlulukta bir etki doğuracak ve tazminatın indirilmesine sebep olacaktır²⁴⁹.

Esasen sorumsuzluk anlaşmaları ile rızanın birbirinden ayırt edilmesi çok kolaydır. Sorumsuzluk anlaşmaları iki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşme iken; rıza tek taraflı irade beyanıdır. Bu sebeple rıza beyanında bulunan fiil gerçekleşene kadar beyanından dönebilecek iken; sözleşme niteliğine sahip sorumsuzluk anlaşmalarında ise herhangi bir taraf tek başına buna muktedir olamayacaktır. Söz konusu iki hukuki kurum arasında açıkça görülebilecek

²⁴⁵ KILIÇOĞLU, Kişilik, s.379; ERLÜLE, s.160; POLAT, s.190-191; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.69; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.213; EREN, Genel, s.790; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.353; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.128; REİSOĞLU, Genel, s.166; AYAN/AYAN, s.118; AKİPEK/ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.401; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, Bilgi, s.210.

²⁴⁶ ERLÜLE, s.159; POLAT, s.191; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.353; REİSOĞLU, s.166; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.26; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.69; AYAN/AYAN, s.118.

²⁴⁷ POLAT, s.165-166; ERLÜLE, s.160; EREN, Genel, s.791; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.208; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.69; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.353; REİSOĞLU, s.166.

²⁴⁸ ERLÜLE, s.158; HAN, s.437-438; POLAT, s.85; KILIÇOĞLU, Kişilik, s.378-379; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.208; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.128; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.355; ZEVLİLER/ERTAS/HAVUTÇU/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, s.210; REİSOĞLU, Genel, s.166; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.68; AYAN/AYAN, s.119; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, Bilgi, s.210; NOMER, Genel, s.116. Kişinin üzerinde tasarruf edebileceği haklar kural olarak mal varlığına ilişkin olsa da mevzuatın izin verdiği konularda kişi varlığı alanına dâhil haklar da bu kapsama girer. Örnek olarak tehlikeli sporları, tıbbi müdahaleyi verebiliriz. Bkz. POLAT, s.100-101; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.128; EREN, Genel, s.790; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, Bilgi, s.210-211.

²⁴⁹ POLAT, s.188.; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.25; AYAN/AYAN, s.119; KILIÇOĞLU, Medeni Hukuk, s.355; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.128; REİSOĞLU, Genel, s.166; KAYIHAN/ÜNLÜTEPE, Bilgi, s.210; NOMER, Genel, s.116.

farklar bulunsa da gerek rıza gerek sorumsuzluk anlaşması tazminat borcu altına girecek olan tarafın sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulmasına hizmet etmektedir.

Rızanın sorumsuzluk anlaşmasından farklı bir kavram olması dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu sınırlara tabi değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere sorumsuzluk anlaşmaları tüm sözleşmelerin tabi olduğu geçerlilik sınırlarına sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin özel olarak sınırlandırmalar tabidir. Rıza ise fiilin işlenmesinden önce kişinin tasarruf edebileceği haklara yönelik olarak verilmiş olması halinde geçerli olacak ve hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmek suretiyle sorumluluğu doğmadan bertaraf edecektir.

B. İbra

İbra sözleşmesi ile sorumsuzluk anlaşmasına baktığımızda sorumsuzluk anlaşması ile rıza beyanı arasındaki ayrıma benzer derecede açık bir ayırmadan söz edemiyoruz. Her ne kadar bu ayırım açıkça fark edilemiyor olsa da sorumsuzluk anlaşması ile ibra sözleşmesi birbirinden farklı kavramlardır.

İbra sözleşmesi doğmuş bir borçtan borçluyu kurtarmaktır²⁵⁰. Daha açık bir şekilde söylersek ibra sözleşmesinden bahsedebilmek için doğmuş bir borçtan söz edilmesi gerekir ve bu doğmuş borçtan borçlu kurtarılmalıdır. Buna karşılık sorumsuzluk anlaşmasına bakıldığında ise doğmuş bir alacaktan değil doğabilecek bir alacaktan söz edilmektedir. Hatta eğer alacak doğmuşsa artık sorumsuzluk anlaşması yapılamayacaktır. Bu farkı bir başka açıdan şu şekilde dile getirebiliriz: İbra sözleşmesinde doğmuş bir borç sona erdirilirken sorumsuzluk anlaşmasında daha sorumluluk doğmadan sorumluluğun doğmasına kısmen veya tamamen engel olunmaktadır.

İbra sözleşmeleri hukuki niteliği itibarıyla tıpkı sorumsuzluk anlaşmaları gibi tasarruf işlemidir²⁵¹. Yani bir ibra sözleşmesi yapıldığı zaman alacaklının aktifinde bulunan mevcut

²⁵⁰ YÖRÜK, I., Türk Borçlar Hukukunda İbra, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2018, s.3; EREN, Genel, s.1300; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.868; REİSOĞLU, Genel, s.405; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.327; NOMER, Genel, s.316; KAYIHAN, s.370; ZEVLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.354; İNAL, s.470; HAMAMCIOĞLU, s.323.

²⁵¹ AKSU, M., “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, Journal of Yaşar University, C.8 (Özel Sayı), Y.2013, s.118; YÖRÜK, s.6; HAMAMCIOĞLU, s.323; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.327; REİSOĞLU,

tazminat alacağı ortadan kalkar söz konusu borcun ortadan kalkması ile sorumlulukta borçla beraber ortadan kalkacaktır²⁵². Sorumsuzluk anlaşmalarında ise borcun sona ermesinden söz etkilemeyecek yalnızca borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması veya kaldırılması söz konusu olacaktır²⁵³.

Sorumsuzluk anlaşmaları ile ibra sözleşmeleri arasındaki ifade ettiğimiz farklar aslında sözleşmenin ne zaman yapıldığı ile yakından alakalıdır. Ufak farklılıkları bir tarafa bırakarak söylememiz gerekirse, zarar meydana gelmeden önce yapılan ibra sözleşmelerine sorumsuzluk anlaşması; zarar meydana geldikten sonra yapılan sorumsuzluk anlaşmalarına da ibra sözleşmesi denir diyebiliriz²⁵⁴.

İbra sözleşmesinin sorumsuzluk anlaşması olmaması sebebiyle tıpkı rızada belirttiğimiz gibi sınırlandırma sebepleri azalmış olacaktır. Böylece alacaklı ibra sözleşmesiyle sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu sınırlara tabi olmaksızın zarar meydana geldikten sonra dilerse uğradığı zararın hepsinden borçluyu kurtarabilecektir. Ancak söz konusu sözleşmenin zarar meydana gelmeden önce yapılması varsayımından yani ibra sözleşmesinin değil de sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu olduğu ihtimalde borçlu kendi ağır kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik bir anlaşma yapamayacağı gibi yardımcı kişilerinin kusurlarından da ancak sorumsuzluk anlaşmasının tabi olduğu sınırlara aykırı olmaması halinde sorumsuz olabilecektir. Oysa bu sözleşme zarar doğduktan sonra yani bir ibra sözleşmesi olarak yapılsaydı bu durumda borçlu alacaklı ile anlaşması koşuluyla meydana gelen bütün zarardan sorumlu olmadığına ilişkin bir anlaşma yapabilecekti. Son olarak belirtmeliyiz ki ibranın bir sözleşme olması sebebiyle tüm sözleşmeler için geçerli olan geçerlilik sınırlandırmalarına tabi olduğunu ifade etmeliyiz.

Genel, s.405-406; **EREN**, Genel, s.1301; **NOMER**, Genel, s.316; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.868; **KAYIHAN**, s.371; **ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU**, s.354.

²⁵² **YÖRÜK**, s.83; **AKSU**, s.118; **EREN**, Genel, s.1303; **REİSOĞLU**, Genel, s.406; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.870; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s.330; **KAYIHAN**, s.371.

²⁵³ **BAŞALP**, s.73; **AKMAN**, s.9.

²⁵⁴ **BAŞALP**, s.73; **YÖRÜK**, s.77; **SEROZAN**, İfa, s.279; **NOMER**, Genel, s.313; **İNAL**, s.471; **KARACA**, s.54.

C. Birlikte Kusur

Birlikte kusur, zarar görenin zararın doğmasına veya artmasına sebep olması veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmasıdır²⁵⁵. Meydana gelen zararda zarar görenin de ifade ettiğimiz şartlar sebebiyle kusuru varsa bu halde hâkim tazminatı indirebilecek veya kaldırabilecektir. Böylece birlikte kusur da tıpkı sorumsuzluk anlaşmasındakine benzer şekilde tazminatın sınırlandırılması veya kaldırılması sonucunu doğuracaktır.

Birlikte kusur kavramı ile sorumsuzluk anlaşması kavramı arasında da gözle görülür ve hemen anlaşılır farklar olduğu ortadadır ancak bununla beraber her iki kavram da benzer sonuçlar doğurduğundan ve somut olaylarda birbirine benzeme ihtimali bulunduğundan bu başlıkta birlikte kusura değinme gereği duyduk.

Birlikte kusur halinde aslında ortada sorumsuzluğu sınırlandırmaya ya da kaldırmaya yönelik bir anlaşma hatta bir niyet dahi bulunmamaktadır. Birlikte kusur halinde zarar gören ya zarar vereni sorumluluktan kurtarmayı amaçlamadan zararın doğmasına veya artmasına sebep olmakla ya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmakla tazminatı indirilmesine veya kaldırılmasına sebep olmaktadır²⁵⁶. Bu halde zarar gören söz konusu fiilleri ile zarar verenin sorumluluğunu azaltmayı düşünmediği gibi böyle bir niyeti de yoktur ancak ortaya çıkan sonuç tazminat indirilmesi veya kaldırılması olmaktadır. Oysa sorumsuzluk anlaşmasına bakıldığında tarafların iradesi doğrudan borçluyu sorumluluktan kurtarmaya yöneldiği ve söz konusu kavramların birbirinden çok farklı olduğu görülecektir.

²⁵⁵ **OSMANOĞLU**, s.112; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.464 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.123; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.441 vd.; **EREN**, Genel, s.791 vd., **REİSOĞLU**, Genel, s.218; **NOMER**, Genel, s.181-182. Doktrinde çoğunlukla zarar görenin rızası birlikte kusur başlığı altında incelenmediğinden biz de söz konusu iki başlığı ayrı ayrı inceledik. Ayrıca zarar görenin kusurunun her durumda birlikte kusura sebebiyet vermeyeceği ancak TMK m.23'e aykırılığın söz konusu olduğu hallerde birlikte kusur olarak adlandırılabilmesi ifade edilmiştir. Bkz. **BAYSAL**, s.35 vd.; **OSMANOĞLU**, s.114-115.

²⁵⁶ **BAYSAL**, s.36-37; **OSMANOĞLU**, s.115-116; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.124-125; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.464; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.441; **EREN**, Genel, s.792; **REİSOĞLU**, Genel, s.218. Zarar görenin kusurunun illiyet bağımlı kesecek derecede ağır bir seviyeye yükselmesi halinde sorumluluğun kurulmasına da engel olma sonucu da vardır. Bkz. **BAYSAL**, s.36; **OSMANOĞLU**, s.115; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.441.

IV. BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİLERİNİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VEYA KALDIRILMASI

A. Genel Olarak

İlk bölümde açıkladığımız üzere borçlu bir borç ilişkisinden doğan borcu bizzat kendisi ifa edebileceği gibi veya bir hakkı bizzat kendisi kullanabileceği gibi yardımcı kişi vasıtasıyla da ifa edebilir ya da yardımcı kişiye hakkın kullanımını bırakabilir. Borçlunun ifayı ya da hakkın kullanımını meşru bir şekilde yardımcı kişiye bıraktığı hallerde yardımcı kişinin alacaklıya herhangi bir zarar vermesi halinde borçlu bundan sorumlu olacaktır. Burada ifade ettiğimiz sorumluluk borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumluluğudur. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta yardımcı kişilerin kusuru aranmadığı gibi borçlunun da bizzat kusuru aranmaz. Bu durumda aranan yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiili borçlunun gerçekleştirmesi halinde borçlunun kusurlu sayılıp sayılmayacağına ilişkin bir değerlendirmedir. Bir başka deyişle yardımcı kişilerinin fiillerinden borçlunun sorumlu olması için aranan borçlunun farazi kusurudur.

Kanun koyucunun borçluyu yardımcı kişilerinin fiillerinden kusursuz olarak sorumlu tutmasının amacını, yardımcı kişiler vasıtasıyla işletmesinin nüfuz alanını genişleten borçluya elde ettiği bu menfaat karşılığında alacaklının uğrama ihtimali bulunan zararı yüklenmeyi uygun görmesi olarak tespit edebilir. Bir başka deyişle yardımcı kişi kullanması sebebiyle faaliyet alanını genişleten daha fazla iş yapabilme ve daha fazla kar edebilme imkânına kavuşan borçluya, söz konusu menfaatlere karşılık, sözleşme yaptığı kişiden değil de onun yardımcısından hizmet alma durumunda kalan alacaklının borçlunun yardımcı kişinin fiilinden dolayı bir zararla karşılaşması halinde bu zarardan sorumlu olma külfeti bağlanmıştır.

Kanun koyucu da farkındadır ki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ağır bir sorumluluk hükmüdür. İşte bu farkındalıkla kanun koyucu, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun emredici bir hüküm olarak düzenlenmemiştir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK m.116'nın hemen devamında yardımcı kişinin fiillerine ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının yapılabileceği düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu düzenlemiş olduğu bu ağır sorumluluk türünden sorumsuz olma imkânını tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla açmıştır. Bir başka deyişle ağır bir sorumluluk türü olan yardımcı kişilerin fiillerinden

sorumluluk alacaklı ile borçlunun aralarında yapacakları bir anlaşma ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir.

Borçlunun kendi fiillerinden dolayı yapacağı sorumsuzluk anlaşmasında kusur türüne ilişkin bir sınırlama vardır. Bahsi geçen anlaşmada kanun koyucu borçlunun kendi kastından veya ağır kusurundan sorumsuz olacağını beyan etmesine izin vermemiş ve kişinin kendi fiillerine ilişkin olarak yapacağı sorumsuzluk anlaşmalarında hafif kusuru bir sınır olarak belirlemiştir. Ancak başkasının fiillerinden sorumluluk demek olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmasında kusur türüne ilişkin bir sınır söz konusu değildir. Eş söyleyişle borçlu yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğuna ilişkin yapacağı anlaşmada hafif kusurundan sorumsuz olacağını düzenleyebileceği gibi ağır kusurundan sorumsuz olacağını da düzenleyebilir. Buna kanun koyucu tarafından izin verilmiştir.

Her ne kadar borçlunun kendi fiillerine ilişkin olarak yapacağı sorumsuzluk anlaşması ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin olarak yapacağı sorumsuzluk anlaşması arasında kusur türüne ilişkin sınır açısından bir fark bulunsa da uzmanlık gerektiren bir işi kanunun veya yetkili bir makamdan alınan izne dayanarak yapmak ve hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülükle ilgili olarak sorumsuzluk anlaşması yapmak sınırları bakımından iki sorumsuzluk anlaşması türü arasında bir farklılık söz konusu değildir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümler temelde borçlunun organizasyonunu kusursuz hale getirmesini sağlama amacını taşır. Kanun koyucu yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleriyle borçluyu ağır bir sorumluluk tehdidiyle korkutup caydırarak alacaklıya karşı gerçekleştirmekle yükümlü olduğu ifayı yardımcı kişiler vasıtasıyla gerçekleştiriyor olsa dahi alacaklıya hiçbir zarar vermeden, kusursuz bir biçimde gerçekleştirmesini sağlamaya çalışmaktadır. Ancak yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin istenilen sonucu doğurmaması –yani borçlunun organizasyonunun kusursuz hale gelmemesi- durumunda borçlu da yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak yapmış olduğu bir sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluktan kurtulamayacaktır. Artık şunu söyleyebiliriz: borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerine ilişkin olarak yaptığı sorumsuzluk anlaşmasıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için organizasyonunun kusursuz olması bir başka

deyişle de borçlunun şahsi kusurunun olmaması gerekir²⁵⁷. Borçlunun kusurunun olduğu durumda artık yardımcı kişilerin fiillerinden ilişkin yapılmış sorumsuzluk anlaşmasının herhangi bir fiili önemi kalmayacaktır. Bunun sebebi borçlunun şahsi kusurunun söz konusu olduğu hallerde borçlunun doğrudan kendi fiillerine ilişkin sorumluluk hükümlerinden dolayı sorumlu tutulacak olmasıdır. Yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin yapılmış bir sorumsuzluk anlaşması ile borçlu ancak yardımcı kişilerin fiillerinden doğacak sorumluluktan korunmuş olur. Bunun gibi borçlunun kendi fiillerine ilişkin yapmış olduğu bir sorumsuzluk anlaşması da borçluyu ancak kendi fiillerinden doğacak sorumluluğa karşı koruyacaktır.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmamak için yapılmış bir anlaşmanın istenen sonucu doğurabilmesi için gerekli olan diğer şart, borçlunun yardımcı kişi kullanımının caiz olmasıdır²⁵⁸. Aksinin söz konusu olduğu halde yani yardımcı kişi kullanımına izin verilmemiş veya yasaklanmış olması ihtimalinde artık bu durumda caiz olmayan yardımcı kişi kullanımı sebebiyle borçlunun şahsi kusuru söz konusu olacaktır. Borçlunun şahsi kusurunun söz konusu olduğu durumda yukarıda da belirttiğimiz üzere yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin yapılmış olan sorumsuzluk anlaşması, borçluyu kendi fiillerinden doğan sorumluluğa karşı koruyamayacaktır. Bu nedenle borçlunun yardımcı kişiyi, yardımcı kişi kullanımının caiz olduğu durumlarda kullanmış olması yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının kendisinden beklenen sonuçları doğurabilmesi için bir gerekliliktir.

Tekrar ifade etmemiz gerekirse borçlunun kendi fiillerinden doğacak sorumluluğa ilişkin olarak yaptığı sorumsuzluk anlaşmaları ile yardımcı kişilerin fiillerinden doğacak sorumluluğa ilişkin olarak yaptığı sorumsuzluk anlaşmaları kendi alanlarında hüküm doğururlar. Yani borçlunun kendi fiillerine ilişkin olarak yapmış olduğu bir sorumsuzluk anlaşması ile yardımcı kişilerin fiillerinden doğacak bir sorumluluktan dolayı sorumsuz

²⁵⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.899; **EREN**, Genel, s.1085; **SEROZAN**, İfa, s.293; **MERAL**, s.1169; **YAĞCI**, s.162; **ÖZDEMİR**, s.284. Yargıtay da bu kanaattedir: “(...)davalıdan alınan böyle bir taahhüt hukuki mahiyeti itibarıyla bir sorumsuzluk sözleşmesi niteliğindedir. Sözleşme serbestisi içerisinde düzenlenen bu sözleşmenin taraflarını bağlayacağı muhakkaktır. Ne var ki, böyle bir sözleşmeye dayanan davacının kendine düşen yükümlülükleri yerine getirmede kusursuz olması zorunludur.” Yargıtay 13. HD, E. 2014/24614, K. 2015/16163, T. 20.5.2015, aynı yönde Yargıtay 13. HD, E. 2014/20854, K.2015/15005, T. 11.5.2015; Yargıtay 13. HD, E. 2013/29326, K. 2014/29954, T. 1.10.2014, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019).

²⁵⁸ **YÜNLÜ**, s.455; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.899; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, 426’teki dn.242; **EREN**, Genel, s.1085; **ÖZDEMİR**, s.284.

olamayacağı gibi yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak yapmış olduğu bir sorumsuzluk anlaşması ile de kendi fiillerinden doğacak bir sorumluluğu engelleyemeyecektir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapabilmek için gerekli olan en temel şart bir yardımcı kişinin söz konusu olmasıdır. Yardımcı kişiden bahsedilemeyen durumlarda yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması yapıldığından da bahsedilemeyecektir. İfade ettiğimiz husus yardımcı kişi kavramı ile benzer kavramlar söz konusu olduğunda önem kazanır. Tüzel kişinin organı tarafından gerçekleştirilen faaliyet tüzel kişinin kendi faaliyeti sayılacağından tüzel kişinin organı tarafından gerçekleştirilecek bir faaliyette yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacaktır. Zira ortada yardımcı kişi yoktur, tüzel kişinin organı tarafından gerçekleştirilmiş bir faaliyet tüzel kişinin bizzat kendi faaliyeti gibi değerlendirilmektedir. Bu nedenle de eğer bir sorumsuzluk anlaşması yapılacaksa kişinin kendi fiiline ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen TBK m.115 uyarınca yapılması gereklidir.

Vekilin yardımcı kişi kullanması ile alt vekil durumunun söz konusu olduğu haller de incelenmelidir. Yardımcı kişi kullandığı hallerde yardımcı kişi söz konusu olacağı için bu durumda yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak alt vekilin söz konusu olduğu hallerde durum biraz karışmaktadır. Vekilin kendi iş organizasyonu genişletmek amacıyla değil de müvekkilinin yararı için yardımcı kişi kullanması halinde bu kullandığı yardımcı kişi alt vekil olmakta vekilin alt vekilden sorumluluğa da TBK m.116 hükümlerine değil de TBK m.507’de yer alan özel hükme tabi olmaktadır. TBK m.507’de vekilin alt vekilin fiillerinden dolayı sorumluluğu yalnızca seçmede ve talimat vermede özen gösterme ile sınırlandırılmıştır. Doğrusu bu fiiller vekilin şahsi sorumluluğunu doğuracak fiillerdir. Bir başka deyişle vekil hükümde ifade edilen seçmede ve talimat vermede özen gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde TBK m.112 uyarınca kendi fiillerinden dolayı sorumlu olacaktır. Bu durumda vekilin alt vekilin fiillerinden dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında bir sorumsuzluk anlaşması yapmasının herhangi bir anlamı olmayacaktır. Çünkü böyle bir anlaşma yapmış olsa dahi uygulamada herhangi bir sonuç doğurmayacak, seçmede ve talimat vermede bir özensizliğin söz konusu olduğu hallerde bu özensizlik şahsi kusur olduğundan yine de sorumlu olacaktır. Bu takdirde vekilin TBK m.115 uyarınca kendi fiilinden sorumsuzluğuna

ilişkin bir sorumsuzluk anlaşma yapması sorumluluktan kurtulması için daha yerinde ve daha elverişli olacaktır²⁵⁹.

B. Tüm Sözleşmeler İçin Geçerli Olan Sınırlar: Emredici Genel Hükümler

Kanun hükümlerini basitçe emredici hükümler ve emredici olmayan hükümler olarak ikiye ayırabiliriz. Emredici hükümler, tarafların bertaraf etmesi mümkün olmayan ilgili olduğu konuda mutlaka uygulanması gereken hükümlerdir²⁶⁰. Tanımdan da anlayabileceğiniz üzere emredici hükümler sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırını teşkil eder. Taraflar emredici hükmün söz konusu olduğu hallerde emredici hükmün aleyhine bir düzenleme yapamayacaklardır.

Emredici hüküm başlığını mutlak olarak düşündüğümüz zaman sorumsuzluk anlaşmalarının tabi olduğu bütün sınırları emredici hüküm başlığı altına yerleştirebiliriz²⁶¹. Ancak biz yaptığımız tasnifte emredici hüküm başlığını bu kadar geniş çerçevede kullanmak istemedik. Bu nedenle de tüm sözleşmelerde geçerli olan sınırları emredici genel hükümler

²⁵⁹ Daha önce de ifade ettiğimiz üzere yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin olarak yapılmış bir sorumsuzluk anlaşmasının anlam ifade edebilmesi için borçlunun şahsi kusurunun söz konusu olmaması gerekir. Borçlunun şahsi kusuru söz konusu ise yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuz olsa dahi kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Borçlunun şahsi kusurunun söz konusu olduğu durumlardan biri de borçlunun organizasyon kusurunun söz konusu olmasıdır. Seçmede ve talimat vermede gerekli özenin gösterilmemiş olması da organizasyon kusuru olduğundan borçlunun şahsi kusurunu teşkil eder ve yardımcı kişinin fiillerine ilişkin olarak yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasını anlamsızlaştırır. Vekilin söz konusu olması halinde de durum aynıdır. Alt vekilin söz konusu olduğu hallerde vekil yalnızca seçmede ve talimat vermede özen göstermeden dolayı sorumlu tutulmuştur böyle bir özensizlik ise ifade ettiğimiz üzere borçlunun organizasyon kusurudur. Borçlunun organizasyon kusurunun söz konusu olduğu hallerde de yardımcı kişinin fiillerine ilişkin olarak yapılmış olan sorumsuzluk anlaşması anlamsızlaşır. Dolayısıyla alt vekilin söz konusu olduğu hallerde yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk olmak için sorumsuzluk anlaşması yapılmasına gerek yoktur. Vekilin kendisini koruması için daha elverişli olan –diğer şartları da sağlıyorsa- kendi fiiline ilişkin olarak sorumluk anlaşması yapmaktır.

²⁶⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.536; **KARABAĞ BULUT, N.**, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014, s.16; **ŞAHİN, İ.**, Sözleşme Özgürlüğü Ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları, Yayımlanmamış YLT, İstanbul 2008, s.64; **ÖRS, M. N.**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık, Yayımlanmamış YLT, İstanbul 2004, s.33; **ERCOSKUN ŞENOL, H. K.**, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, İÜHF, C.74, S.2, Y.2016, s.723; **KAŞAK**, Emredici, s.87 vd.; **RUHİ, A. C.**, Sözleşmeler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s.36; **EREN**, Genel, s.335; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.379; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.82; **UYGUR**, s.320; **NOMER**, Genel, s.62. Yargıtay’ın konuya ilişkin bir kararı: “Borçlar Kanunu her hukuka aykırılığı değil, “(...)emredici hukuk kurallarına” aykırılığı geçersizlik sebebi saymıştır. Bunun sonucu olarak, bir hukuk kuralı emredici değil, yorumlayıcı ya da tamamlayıcı nitelik taşıyorsa, buna aykırı sözleşme geçersiz sayılmayacaktır. Sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırı olup olmadığı, bütün hukuk sistemi gözönünde tutulmak suretiyle tayin edilecektir.” YHGK, E. 2012/11-1601, K. 2013/752, T. 22.05.2013, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.19).

²⁶¹ **KAŞAK**, Emredici, s.83; **ÖRS**, s.32-33.

olarak ifade edip bu başlık altında sınıflandırarak inceleyeceğiz. Yalnızca sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlarını belirleyen emredici hükümleri ise sorumsuzluk anlaşmaları için geçerli olan özel sınırlar başlığı altında inceleyeceğiz.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması başlığı altında kişinin kendi fiillerinden sorumluluğuna ilişkin yapılacak olan sorumsuzluk anlaşmasının sınırlarından biri olan kusur sınırı olmadığından tüm sözleşmeler için geçerli olan genel sınırlar daha da önemli hale gelmiştir. Bu başlık altında kişilik hakkına aykırılık, genel işlem koşullarına aykırılık, ahlaka aykırılık, kötüye kullanma yasağına aykırılık ve kamu düzenine aykırılık başlıklarını inceleyeceğiz. Ancak inceleyeceğimiz başlıklar altına girmeyen emredici hükümler söz konusu ise bunların da genel sınırlandırma sebeplerine ilişkin başlık olan emredici hükümlere aykırılık başlığı altında değerlendirileceğini ifade edebiliriz.

1. Kişilik Hakkına Aykırılık

TMK m.23 kimsenin özgürlüğünden vazgeçemeyeceğini ve özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağını ifade etmektedir. Söz konusu hüküm kişiliğin korunmasına ilişkin emredici bir hüküm niteliğindedir. Ayrıca TBK m.27’de kişilik hakkına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu ifade edilmektedir. Kişilik hakkı ise insanın insan olduğu için mutlak bir şekilde sahip olduğu hakları ifade eder²⁶².

Olaya sorumsuzluk anlaşmaları bağlamında bakıldığında zaman inceleyeceğimiz husus kişinin bedenen uğrayacağı bir zarara ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapmasının mümkün olup olmadığıdır. Başka bir deyişle vücut bütünlüğü ihlali edilmeden önce ihlal edilmesi halinde doğacak olan kişi varlığı zararına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılabilir mi?

Doktrinde baskın görüş, kişilik hakkının sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini teşkil ettiğinden bahisle kişinin tasarruf yetkisine sahip olmadığı bu alanda sorumsuzluk

²⁶² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.161; Doktrinde yapılmış diğer tanımlar için bkz. HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2017, s.66; DURAL/ÖĞÜZ, s.100; AKİPEK/AKINTÜRK/KARAMAN ATEŞ, s.341-342; ERLÜLE, s.87-88.

anlaşması yapamayacağını söylemektedir²⁶³. Bununla beraber İsviçre’de azınlıkta yer alan bir görüş ise kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak da sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁶⁴. Bu görüşe göre kişinin bedenlen uğrayacağı bir zarara ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapması vücut bütünlüğünün ihlalini konu almaz ve söz konusu ihlale izin verdiğine yönelik bir anlamda çıkarılamaz. Zira bu anlaşmanın konusunu vücut bütünlüğünün ihlali edilmesi halinde ortaya çıkacak olan tazminat alacağıdır. Öyleyse bu tazminat alacağı ister kişi varlığı zararlarından da olsun ister mal varlığı zararlarından doğsun sorumsuzluk anlaşmasının konusu herhangi bir zarardan dolayı ortaya çıkan tazminat alacağıdır ve amacı da söz konusu tazminat alacağını sınırlandırmak veya kaldırmaktır²⁶⁵. İfade ettiğimiz görüş çerçevesinde kişinin sorumsuzluk anlaşması ile kişi varlığı zararlarına ilişkin tazminat alacağı üzerinde –her ne kadar bu tazminat alacağı bir kişi varlığı zararı neticesinde doğmuş olsa dahi- tasarrufta bulunma hakkına sahiptir ve gerçekleştirdiği sorumsuzluk anlaşması geçerli kabul edilmelidir²⁶⁶.

Doktrinde hâkim görüşü savunanlardan biri olan Şenocak, İsviçre’de azınlıkta kalan görüşün iddia ettiği gibi sorumsuzluk anlaşmasının konusunun kişi varlığı değerleri değil kişi varlığı haklarının ihlali halinde doğacak olan tazminat olduğunu kabul etmekle beraber söz konusu halde dahi vücut bütünlüğünün ihlali tehlikesinin doğacağını ileri sürerek bu anlaşmaların geçersiz olacağını ifade etmektedir²⁶⁷. Yine hâkim görüşü savunan Akman kişi varlığı değerlerini ihlal eden sonuçları öngören anlaşmaların kesin hükümsüz olacağını ifade etmektedir²⁶⁸.

Kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını ileri süren hâkim görüş, sorumsuzluk anlaşması ile aynı sonuçları doğuranı benzer durumlar söz konusu olduğunda doyurucu bir gerekçe ortaya koyamamaktadırlar. Alacaklı ile borçlu arasında her iki tarafında rızasıyla gerçekleşecek çift taraflı bir hukuki işlem olan sorumsuzluk anlaşması ile kişi varlığı zararlarından doğacak tazminatını sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına izin

²⁶³ OĞUZMAN/ÖZ, s.84; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.106-107; EREN, Genel, s.343; ANTALYA, s.386; NOMER, Genel, s.62; KAYIHAN, s.135; REİSOĞLU, Genel, s.135; ZEVLİLİLER/ ERTAŞ/HAVUTÇU/ AYDOĞAN/CUMALIOĞLU, s.125.

²⁶⁴ BAŞALP, s.292-293,297; AKMAN, s.113.

²⁶⁵ BAŞALP, s.292-293.

²⁶⁶ BAŞALP, s.293.

²⁶⁷ ŞENOCAK, s.253-254.

²⁶⁸ AKMAN, s.113-114.

vermeyen hâkim görüşü; fiilin meydana gelmeden önce zarara uğrayan tarafından verilmiş ve hukukun tanıdığı sınırları aşan tek taraflı bir beyan ile tazminatın indirilmesine ise aynı katılıkla bakmamaktadır²⁶⁹. Tıpkı bunun gibi zarara birlikte sebep olma halinde de karşı tarafın tazminatı azaltma veya kaldırma yönünde bir iradesi olmayan kişinin zarara sebep olması nedeniyle kişi varlığı zararından doğmuş olan tazminatın indirilmesi veya kaldırılması söz konusu olmaktadır. Başka bir deyişle karşılıklı irade beyanlarının uyuşması sonucunda ortaya çıkan bir sözleşme olan sorumsuzluk anlaşması ile sınırlandırılmasına izin verilmeyen kişi varlığı zararlarına ilişkin sorumluluğun sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına sorumsuzluk anlaşması ile benzer

²⁶⁹ Aslında burada kanunda yer alan maddelerden dolayı hâkim görüşün bunun aksi bir bakışa sahip olamayacağını da ifade etmeliyiz. Doğrusu biz de –mecburiyetten de olsa- hâkim görüşe iştirak ediyor ve kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılmaması gerektiğini ifade ediyoruz. Ancak bunu söylerken eksiklikleri, çelişkileri ifade etmekten de geri durmuyoruz. Hâkim görüşten beklediğimiz de tam manasıyla budur. Sorumsuzluk anlaşmasının kişilik hakkına aykırılık gerekçesiyle geçersiz olması halinde bunun tazminata –geçersiz olduğu için- bir etkisi olamayacaktır. Ancak tek taraflı bir hukuki işlem olan rıza söz konusu olsaydı geçersiz dahi olsa tazminatta indirimle gidilebilecekti. Bu durumun doğru olmadığını ifade ediyoruz.

Bir Yargıtay kararı ile meramımızı daha açıkça ifade edebiliriz sanıyoruz: “*Davalı vekili, müvekkiline ait çekiciyi kullanan sürücünün araç sahibine "çekicinin yüklü olduğunu, bu sebeple çekme işleminin yapılamayacağını" belirttiğini, buna rağmen sigortalının meydana gelecek zararları kabul ederek ısrarla aracın çekilmesini istediğini, bu hususun yazıya da geçirildiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı tarafından, zarardan sorumsuzluğa dair sözleşme sunulduğu, davacının sigortalısının zarardan sorumsuzluğa dair açık rızası karşısında ve Borçlar Kanununun 63. maddesi uyarınca davalı tarafın tazminattan sorumlu olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava, davacı tarafından sigortalısına ödenen hasar bedelinin zarar sorumlusundan rücuen tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı tarafından ibraz edilen Vinç Çalışma Fişi'nde sorumsuzluk kaydı bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dava ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 6102 Sayılı TTK'nın 854. maddesinde Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu belirtilmiştir. 6098 Sayılı TBK'nın 115/ son maddesinde de uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Bu durumda, mahkemece 6102 Sayılı TTK'nın 854 ve 6098 Sayılı TBK'nın 115/ son maddesi hükümleri değerlendirilerek hasıl olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken somut uyuşmazlıkta uygulama yeri bulunmayan TBK'nın 63. maddesi uyarınca zarar görenin rızası sebebiyle davalının sorumlu olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11.HD, E. 2016/3632, K. 2017/5846, T. 30.10.2017, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019). Her ne kadar sorumsuzluk anlaşmasının geçersizlik sebebi kişilik hakkına aykırılık olmasa da meramımızı anlatmaya elverişli olduğunu düşünüyoruz. Burada sorumsuzluk anlaşması söz konusu olduğu için ama anlaşma da geçersiz olduğu için davalının sorumlu olacağı ifade edilmiştir Yargıtay’ca. Ancak ilk derece mahkemesi sorumsuzluk anlaşması olarak değil de rıza beyanı olarak görmesiyle davalıyı sorumlu tutmamıştır. Şimdi bu durumun kişilik hakkına ilişkin bir hususta söz konusu olduğunu düşünelim, adil bir görüntü ortaya çıkmayacaktır. Kanun koyucu bir hüküm vaz etmedikçe kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılmasına izin vermek veya TBK m.115’in kıyasen uygulanmasıyla hafif ihmal için yapılabileceğini kabul etmek doğrusu hukuk mantığı açısından daha tutarlıdır. Ancak olması gereken hukuk açısından olaya bakıp bu anlaşmalara izin verilmemesi gerekir, tutarlı olmasa bile!*

sonuçları doğuran rıza ve zarara birlikte sebep olma hallerinde izin verilmekte ve söz konusu iki durum arasındaki farklılığa neden olan gerekçe net bir biçimde ortaya konulamamaktadır.

Doktrinde baskın görüş rızanın hiçbir sınır getirilmeden genel ve mutlak olarak hukuka uygunluk sebebi kabul edilmesinin doğru olmadığı ve rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği halleri TBK m.27'ye aykırılığın söz konusu olmadığı haller olarak ifade etmemiz gerektiği ileri sürülmektedir²⁷⁰. Ancak rıza beyanının geçersiz dahi olsa en azından indirim sebebi olarak kabul edildiğine dikkat etmek gerekir²⁷¹. Görüldüğü üzere her rıza beyanıyla hukuka aykırı fiilin hukuka uygun hale getirilemeyeceği söylenmekte ancak yine de geçersiz rızanın sorumluluğun sınırlandırılmayacağı veya ortadan kaldırılamayacağı söylenmemektedir. Bizce geçersiz rızanın tazminattan indirim sebebi olarak görülemeyeceği kabul edilmedikçe sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin engele de daha yumuşak bakılması gerekir. Zira bu durumda benzer sonucu doğuran ve tek taraflı bir işlemle meydana gelen rızaya izin verilmesi buna karşılık iki taraflı bir hukuki işlem olan sorumsuzluk anlaşmasına izin verilmemesi gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmış olur. Oysa hukukun temel amacı çelişkileri ortadan kaldırmak, tutarlılık ve bu sayede bir düzen oluşturmaktır. Ancak bugün kabul edilen görüşlerin bir tezat oluşturduğu açıktır.

Bizce de kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılmasına izin verilmemesi gerekir. Ancak söz konusu hükümlere bakarak bu görüş yukarıda ifade ettiğimiz açılardan tutarsız bulunabilir. İsviçre'de de baskın görüşün tutarsızlığını ortadan kaldırmak ve meşruiyetini artırmak için kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapma yasağının hukuk düzeninin genel ilkelerinden biri olduğu söylenmektedir²⁷². Hukukumuzda bunu söylememize imkân verecek bir durum olmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeple bizce bu meselenin çözümü, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin genel hükme bir ekleme yapılarak kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağının açıkça beyan edilmesidir. İfade ettiğimiz çözüme ulaşana kadar kendi içinde çelişkiler barındırıyor da olsa – kanun metni geçersiz rızanın tazminattan indirim sebebi sayılmamasına da imkân vermediği

²⁷⁰ HATEMİ, s.67-68; DURAL/ÖĞÜZ, s.150; EREN, Genel, s.343; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.108; HAN, s.438.

²⁷¹ OSMANOĞLU, s.114; POLAT, s.286; NOMER, Genel, s.182; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.128; BAYSAL, s.44; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, 462-463; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.123; EREN, Genel, s.790; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.441; REİSOĞLU, Genel, s.217.

²⁷² BAŞALP, s.296,309.

için- kişi varlığı zararlarına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamaması görüşünün takip edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2. Genel İşlem Koşullarına Aykırılık

21. yüzyılın bir hız çağı olduğunun hepimiz farkındayız. Bu hız ulaşım ve iletişim gibi alanlarda daha belirgin bir şekilde ortaya çıksa da biraz daha dikkatle bakıldığında ekonomik sahada da bu hızın ortaya çıktığını görürüz. Yardımcı kişi kullanılmasının sebeplerinden bir tanesi olarak ekonomik faaliyetin genişletilmesi ve hızlandırılması olduğunu söylemiştik. Tahmin edilebileceği gibi ekonomik faaliyetini genişletmek ve hızlandırmak için kullanılan tek enstrüman yardımcı kişi değildir. Kanun koyucu da bu alanda yardımcı olmak için genel işlem koşulları düzenlenmiştir. Genel işlem koşulları ekonominin hızlı akışına ve geliştirilmesine önceden hazırlanmış tipik sözleşmelerle yardımcı olur. Böylece yardımcı kişinin kullanımı ile genel işlem koşullarının kullanılmasını amaç bakımından benzetebiliriz. Her iki hukuki kurumda çağın gerektirdiği hıza uyum sağlamak için kanun koyucu tarafından alınmış tedbirlerdir.

Kanun koyucunun yardımcı kişiye ve genel işlem koşulunda kanunda yer vermesi bunların gerekli olmalarından kaynaklandığı gibi kanun koyucunun bu kurumları kısıtlama isteğinden de kaynaklanmaktadır. Daha açık bir şekilde ifade etmemiz gerekirse kanun koyucu bu kurumları hukuki hale getirip düzenleme gereği duymuştur çünkü gerek yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun gerek genel işlem koşullarının nerede başlayıp nerede bittiğinin belirlenmesini gerekli görmüştür.

Borçlar hukuku; eşit tarafların, müzakere ederek hukuki iradelerinin karşılıklı uyuşması üzerine kurdukları sözleşmelere dayanır yani borçlar hukukunun temeli bireysel sözleşmelerdir²⁷³. Ancak genel işlem koşullarına izin verildiği takdirde ve genel işlem koşullarına izin verildiği ölçüde borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğünden uzaklaşmış olunacaktır²⁷⁴. Bunun sebebi genel işlem koşullarının çoğunlukla

²⁷³ ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.397; KÜÇÜKYALÇIN, A., “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C.53, S.4, Y.2004, s.105-106.

²⁷⁴ KARADAĞ, Ö., Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2015, s.10; YELMEN, A., Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, s.65, 68; AYDOĞDU, M., Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s.54; AYAN, GİK, s.4-5.

standart sözleşmelerde yer alıyor olmasıdır. Standart sözleşmeleri basitçe önceden yapılmış ve karşılıklı müzakereye dayanmayan sözleşmeler olarak ifade edebiliriz²⁷⁵. Oysa bireysel sözleşmeler karşılıklı her iki tarafın da sözleşmeye katılımı ve bir pazarlık sonucunda gerçekleşen sözleşmelere verilen addır²⁷⁶.

Genel işlem koşullarına ya da standart sözleşmelere izin vermek aynı zamanda sözleşme özgürlüğünden de feragat etmek manasına gelir. Sözleşme özgürlüğünden bahsederken sözleşme özgürlüğünün görünüm çeşitlerinden birisi olarak sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden bahsetmiştik. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir ve kastedilen tarafların sözleşmeyi düzenlerken sözleşmenin içeriğini istedikleri şekilde beraberce karar verebilmesi ve bu sözleşmenin de emredici hükümlere aykırı olmadığı takdirde geçerli kabul edilmesidir. Oysa genel işlem koşullarında durum bunun tersinedir. Çünkü bu durumda taraflardan biri önceden bir sözleşme hazırlayarak bu sözleşmeyi karşı tarafa sunmaktadır. Sözleşmenin hazırlanmasında katkısı olmayan tarafın, sözleşmeye evet ya da hayır diyebilmek dışında bir şansı yoktur. Taraflar sözleşmenin içeriğine ilişkin bir pazarlığa, müzakereye girememektedir. Aslında kanun koyucu genel işlem koşullarını kabul ettiği zaman böyle bir mahzur ortaya çıktığının farkındadır. Bu sebeple de genel işlem koşullarının belirli bir çerçeveye hapsedip ciddi denetim metotlarını tabi tutmakta ve genel işlem koşullarına dar bir alanda geçerlilik tanımaktadır.

Tıpkı sözleşmeler içerisinde sorumsuzluk anlaşmalarına kanun koyucunun hoş bakmayıp pek çok açıdan sınırlandırılması gibi genel işlem koşulları da kanun koyucu tarafından hoş bakılmayan ve pek çok açıdan sınırlandırılan bir hukuki kurumdur. Artık şu tespiti yapabiliriz uygulamada genellikle genel işlem şartları içerisinde bulunan sorumsuzluk anlaşmaları dar yorumlanan bir kurum içinde yer alan²⁷⁷ dar yorumlanan bir kurum olması²⁷⁸

²⁷⁵ KÜÇÜKYALÇIN, s.110-111; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.398; YAVUZ, Haksız Şart, s.34; REİSOĞLU, Genel, s.70-71; EREN, Genel, s.214; MERAL, s.1176; KARADAĞ, s.7; YELMEN, s.62.

²⁷⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.232; REİSOĞLU, Genel, s.70; MERAL, s.1176.

²⁷⁷ Genel işlem koşulları arasında yer almasını kast ediyoruz.

²⁷⁸ Sorumsuzluk anlaşmalarının kanun koyucu tarafından çeşitli sınırlandırmalara tabi tutularak geçerli olacağı alanın daraltıldığını ve bu sebeple de kanun koyucu tarafından hoş görülmeleyen bir hukuki kurum olduğunu ifade etmiştik ve bu durumu hatırlatıyoruz. Ancak yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmalarına karşı kanun koyucunun tavrının daha müspet olduğunu da ifade etmeliyiz. SEROZAN, İfa, s.292.

sebebiyle daha çok ve ciddi kısıtlamalara tabi tutulacak ve geçerli olabilmesi tüm bu kısıtlamalara aykırı olmamasına bağlı olacaktır.

Genel işlem koşulları sözleşmeyi düzenleyen ilerde çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla önceden kendisi veya yardımcıları tarafından hazırlanarak karşı tarafa sunduğu ve pazarlık imkânı vermediği pek çok alanda kullanılan ve sözleşmelerin standartlaştırılmasına ve basitleştirilmesine yardımcı olan sözleşme hükümleridir²⁷⁹.

Genel işlem koşullarının ilk unsuru olarak müzakere edilmemiş olmayı ele alabiliriz. Sözleşmenin müzakere edilmemiş olması ile kastedilen düzenleyenin sözleşmeyi önceden tek taraflı olarak oluşturması ve bunu karşı tarafın adeta dayatmasıdır²⁸⁰. Bu sebeple hükümler taraflar arasında pazarlık konusu olmuş ve karşı taraf sözleşme içeriğine etki edebilmişse artık genel işlem koşulundan bahsedilemez²⁸¹. Ancak sözleşmede tüm hükümlerin okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin bir hüküm yer alması durumunda bu şart kendi başına bir hüküm ifade etmeyecektir. İlk unsur kapsamında genel işlem koşullarının dâhil edildiği sözleşmeleri niteleyen standart sözleşme kavramına değinebiliriz. Standart sözleşmeler kitlelere yönelik olarak yapılır ve artık bu tip sözleşmelerde sözleşme içeriğinin karşılıklı olarak belirlenmesi yani bir müzakere söz konusu değildir. Standart sözleşmeler ihtiyaç olarak ortaya

²⁷⁹ **ANTALYA, O. G./ DOĞANCI, E. D.**, “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, MÜHFAD, C.24, S.2, Y.2018 (Aralık), s.823; **TOPUZ, M.**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2014, s.1139-1140; **KAŞAK, E.**, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliklerine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, İÜHFD, Y.2012, C.3, S.1, s.416; **HAVUTÇU, A.**, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s.5 vd.; **ATAMER, Y. M.**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, İstanbul 2001, s.60; **AKÇAAL, M.**, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD, C.18, S.1, Y.2014, s.54; **YAVUZ, Haksız Şart**, s.34-35; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.415; **REİSOĞLU**, Genel, s.71; **EREN**, Genel, s.215; **KÜÇÜKYALÇIN**, s.111-112; **AYDOĞDU**, s.46; **KARADAĞ**, s.35; **YELMEN**, s.51; **TUNÇSİPER, Y.**, Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2018, s.4 vd.; **MERAL**, s.1174.

²⁸⁰ **ATAMER, Y. M.**, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.295; **ARIKAN, M.**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s.68; **TOPUZ**, Kapsam, s.1141; **YAVUZ**, Haksız Şart, s.35; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.162; **AYAN, GİK**, s.8; **AKÇAAL**, s.53; **MERAL**, s.1174; **TUNÇSİPER**, s.15-16; **KARADAĞ**, s.39-40; **YELMEN**, s.53,57; **AYDOĞDU**, s.54; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.415; **EREN**, Genel, s.219; **KÜÇÜKYALÇIN**, s.111.

²⁸¹ **YAVUZ**, Haksız Şart, s.35; **ATAMER**, GİK, s.295; **YELMEN**, s.59; **AYAN**, GİK, s.8.

çıkması²⁸² ve bu sözleşmelerin ve içeriğindeki şartların sınırlarını belirlemek içinde genel işlem koşullarına ilişkin hükümler vaz edilmiştir.

Genel işlem koşulunun bir diğer unsuru, ileride çok sayıda sözleşmede kullanmak amacıyla sözleşmelerin hazırlanmış olmasıdır²⁸³. Bu unsur kapsamında çok sayıda sözleşmede kullanmış olmak gerekmemektedir ancak çok sayıda sözleşme de kullanma amacının varlığı gereklidir. Çok sayıda sözleşmede kullanma amacı bu sözleşmelerin genel soyut bir şekilde hazırlanmasını da gerektirir²⁸⁴. Bir başka deyişle genel işlem koşullarının birçok sözleşmede uygulanabilmesi bu koşulların genel ve soyut bir nitelik taşımasına bağlıdır. Çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanan genel işlem koşullarının TBK m.20’de de belirtildiği üzere sunuş biçimi, sözleşme içerisinde bulunduğu yer, kapsam, yazı türü veya şekli metinlerin özdeş olmaması gibi farklılıklar söz konusu metinleri farklı metinler haline getirip genel işlem koşulları bünyesinden çıkarmaz.

Genel işlem koşulları yargısal açıdan üç aşamalı bir denetime tabidir. Söz konusu bu üç denetim türünü kapsam denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olarak adlandırabiliriz.

Kapsam denetimi ile kastedilen genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girip girmeyeceklerini ilişkin iki aşamadan oluşan denetimdir²⁸⁵. Birinci aşama ilişkilendirmedir, bu aşamada düzenleyenin karşı tarafa genel işlem koşulları ile alakalı olarak açıkça bilgi vermesi ve verdiği bu bilgilerden sonra genel işlem koşullarının içeriğini öğrenmesine imkân sağlaması gerekir²⁸⁶. Kapsam denetiminin ikinci kısmı ise yürürlük denetimidir. Yürürlük denetiminde

²⁸² **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.398; **EREN**, Genel, s.215-216; **KÜÇÜKYALÇIN**, s.110; **YELMEN**, s.39-40.

²⁸³ **TOPUZ**, Kapsam, s.1141; **ARIKAN**, s.68; **TUNÇSİPER**, s.14; **KARADAĞ**, s.42; **AKÇAAL**, s.54; **YELMEN**, s.55; **AYDOĞDU**, s.57; **KÜÇÜKYALÇIN**, s.111; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.418-419; **REİSOĞLU**, Genel, s.77; **EREN**, Genel, s.221; **MERAL**, s.1175.

²⁸⁴ **TOPUZ**, Kapsam, s.1141; **YAVUZ**, Haksız Şart, s.35; **AYDOĞDU**, s.57; **TUNÇSİPER**, s.17.

²⁸⁵ **ÇINAR, Ö.**, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s.67; **AKÇAAL**, s.56; **KARADAĞ**, s.48; **YELMEN**, s.81; **AYDOĞDU**, s.85; **AYAN, GİK**, s.10; **TUNÇSİPER**, s.30; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.398; **REİSOĞLU**, Genel, s.70-71; **EREN**, Genel, s.214; Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPUZ**, Kapsam, s.1143 vd.

²⁸⁶ **ANTALYA/DOĞANCI**, s.826-827; **TOPUZ**, Kapsam, s.1144; **TUNÇSİPER**, s.30; **YELMEN**, s.83 vd.; **AYDOĞDU**, s.88-89; **KAŞAK, GİK**, s.418. Burada bilgilendirme ve öğrenmeye imkan sağlama fiilinin sözleşme kurulmadan önce yapılması gerektiğini belirtmeliyiz, eğer sözleşme kurulduktan sonra yapılırsa söz konusu kayıtlar sözleşme içeriğine dahil olamayacak bu bilgilendirme yeni bir öneri teşkil edecektir. Bkz. **TOPUZ**, Kapsam, s.1145-1146; **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğü, s.90-91; **ARIKAN**, s.69; **AYAN, GİK**, s.12. Burada karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığına ilişkin olarak açıkça bilgilendirilmesi gerekir yoksa içeriğine ilişkin olarak bir bilgilendirme gerekli değildir. Zaten böyle bir gereklilik olmadığını global kabul ve tam kabul şeklinde bir ayırım olmasından da anlayabiliriz. **TOPUZ**, Kapsam, s.1145’teki dn.33; **HAVUTÇU**, s.110. Bilgilendirmenin nasıl sağlanacağı sorusu gündeme gelebilir. Bahsi geçen soruya vereceğimiz cevap,

düzenleyenin verdiği bilgileri ve bunların içeriğini öğrenme şansına dayalı olarak karşı tarafın bu koşulları kabul etmesiyle kural olarak genel işlem şartları sözleşmenin kapsamına dâhil olur²⁸⁷. Ancak tam da bu noktada şuranın altını çizmeliyiz: sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı genel işlem koşulları sözleşmenin içeriğine dâhil olamayacaktır. Buna şaşırtıcı kuralları sözleşme kapsamına dâhil olmaması da denir.

Düzenleyenin sunduğu, bilgi ve içeriğini öğrenme şansı verdiği genel işlem koşullarını karşı tarafın kabulü iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan birincisi açık kabul iken diğeri türü de örtülü kabuldür. Açık kabul kendi içerisinde ikiye ayrılır ve birincisi düzenleyenin bilgi vermesini ve genel işlem koşullarını öğrenmesine imkân sağlamasına rağmen genel işlem koşullarını öğrenmeden incelemeyen kabul etmek manasına gelen global kabuldür²⁸⁸, diğeri ise tam kabuldür. Tam kabul ise genel işlem koşullarının içeriğini tanımını ve önemini öğrendikten sonra verilen kabul beyanıdır²⁸⁹. Düzenleyen gerekli şartları oluşturduktan sonra yani karşı tarafa genel işlem koşulları ile alakalı bilgileri verdikten genel işlem koşullarını öğrenmesi için gerekli imkânı sağladıktan sonra karşı tarafın kabulü ister global ister tam kabul şeklinde olsun, bu kabul beyanı geçerli sayılacaktır. Ancak sözleşme ile alakası olmayan sözleşmenin niteliğine veya işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının bulunması halinde bir başka deyişle şaşırtıcı kuralların işlem koşulları arasında bulunması halinde söz konusu şart global kabulün söz konusu olduğu hallerde geçerli sayılmayacaktır²⁹⁰. Tam kabulün söz konusu olduğu hallerde ise artık bilgilendirme gerçekleşmiş olacağı için kural şaşırtıcı kural olma özelliğine sahip olamayacak ve kapsam denetimini geçmiş olacaktır²⁹¹.

Tüm sözleşmeler için geçerli olan kabulün diğeri türü ise örtülü kabuldür. Genel işlem koşullarının da kural olarak örtülü şekilde kabul edilmesi mümkündür²⁹². Ancak örtülü kabulün

bilgilendirmenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi için somut olayın değerlendirilmesi gerektiğidir. Zira bilgilendirme çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir, sözleşme metninde yer verme, sözleşme metninde atıf yapma ya da –daha verdiğimiz otomat örneği bu bağlamda düşünülebilir- dürüstlük kuralına uygun olması koşuluyla görülecek bir yere asma şeklinde bu bilgilendirmenin yapılabilmesi de mümkündür. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.426; **TOPUZ**, Kapsam, s.1146'daki dn.35; **HAVUTÇU**, s.117.

²⁸⁷ **YELMEN**, s.86 vd.; **AYDOĞDU**, s.87.

²⁸⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.236; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.425; **TOPUZ**, Kapsam, s.1147; **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğü, s.102; **KAŞAK**, GİK, s.416; **HAVUTÇU**, s.111-112; **TUNÇSİPER**, s.39; **AYAN**, GİK, s.15; **KARADAĞ**, s.51; **YELMEN**, s.90-91; **AYDOĞDU**, s.93.

²⁸⁹ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.424; **TOPUZ**, Kapsam, s.1147; **KARADAĞ**, s.51; **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğü, s.102; **KAŞAK**, GİK, s.417; **HAVUTÇU**, s.101; **YELMEN**, s.87; **AYDOĞDU**, s.93.

²⁹⁰ **AYAN**, GİK, s.15; **KARADAĞ**, s.52; **YELMEN**, s.92.

²⁹¹ **TOPUZ**, Kapsam, s.1153; **KAŞAK**, GİK, s.419; **KARADAĞ**, s.52; **AYAN**, GİK, s.15.

²⁹² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.234; **YELMEN**, s.88; **TUNÇSİPER**, s.37 vd.

istisna olduğunu daha önce de ifade etmiştik, genel işlem koşulları gibi bir alanda istisnanın daha da dar yorumlanması gerekir.

Denetimin ilk aşamasında kapsam denetimine aşip sözleşme ile ilişkilendirilebilirmiş yani sözleşmenin kapsamına dâhil olmuş ancak açık ve anlaşılır olmayan, birden fazla manaya gelen şartların düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın ne lehine olacak şekilde yorumlanması denetimin ikinci aşamasını oluşturur²⁹³. Buna yorum denetimi denmektedir.

Genel işlem koşullarına ilişkin denetimin son aşaması içerik denetimidir. İçerik denetiminde genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına ters düşecek ölçüde açıkça aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığı tartışılır ve söz konusu niteliklere sahip olan hükümler ayıklanır²⁹⁴. İçerik denetimine tabi tutulan bir şart sözleşme ile ilişkilendirilebilirmiş sonrasında yürürlük denetimini de geçip sözleşmenin kapsamına dâhil olmuş, düzenleyenin aleyhine yorumlanma şansı olmadığından yorum denetiminde de geçmiştir. Ancak bünyesinde barındırdığı dürüstlük kuralına aykırılık sözleşmenin her iki taraf içinde adil bir içeriğe sahip olması engel teşkil etmektedir²⁹⁵. Söz konusu durumlarda bahse geçen hükümler kapsam denetimini aşmış olsa da içerik denetimi yoluyla sözleşmeden dışlanacaktır.

²⁹³ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.239; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.167; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.431; **REİSOĞLU**, Genel, s.77; **EREN**, Genel, s.223; **YAVUZ**, Haksız Şart, s.36; **AYAN**, GİK, s.17; **AKÇAAL**, s.59; **KARADAĞ**, s.57; **YELMEN**, s.112 vd.; **AYDOĞDU**, s.116; **TUNÇSİPER**, s.59. Genel işlem koşulları tek yanlı olarak önceden düzenlenen ve karşı tarafa müzakere imkanı vermeksizin sunulan ve çoğunlukla karşı tarafın içeriğine ilişkin bilgi sahibi olmadan global bir kabul beyanıyla benimsediği hükümlerdir. Görüldüğü üzere burada tarafların eşitliği ilkesi söz konusu değildir, düzenleyen sözleşme özgürlüğü kuralını adeta ortadan kaldırmakta ve karşı tarafa dayatmada bulunmaktadır. Bu dayatma ile karşılaşan, sözleşmeye etki etme şansı bulunmayan tarafın zor durumda bulunduğu ise açıktır. Bireysel bir sözleşme olsaydı sözleşmenin yorumu her iki tarafın da yararı göz önünde bulundurularak yapılırdı ancak ortada bireysel başka bir deyişle tarafların eşit olduğu bir sözleşme yoktur. Sözleşmeye etki edemeyen tarafın, sözleşme hükümlerinin açık olmaması sebebiyle adeta sorumlu tutulması ise kabul edilemeyeceğinden söz konusu hükümler düzenleyenin aleyhine karşı tarafın ise lehine yorumlanacaktır. **OĞUZ, C.**, “Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları”, Yayınlanmamış DT, Ankara 1993, s.94 vd.

²⁹⁴ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.432 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.166-167; **REİSOĞLU**, Genel, s.78; **EREN**, Genel, s.223 vd.; **TUNÇSİPER**, s.82; **KARADAĞ**, s.60-61; **YELMEN**, s.123 vd.; **AYDOĞDU**, s.131; **AYAN**, GİK, s.26; **AKÇAAL**, s.62. İçerik denetiminde önemli olan nitelik, dürüstlük kuralına açıkça ters düşecek ölçüde karşı tarafın menfaatine aykırı olma özelliğidir. Zira bu özellik dikkate alınmadığı takdirde tüm genel işlem koşullarının iptal edilmesi mümkündür çünkü genel işlem koşullarını kullanmanın amacı düzenleyenin kendi lehine hükümler koymak isteğidir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku, s.439; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.167; **AYAN**, GİK, s.27.

²⁹⁵ Bu durumda içerik denetiminin anlamı şudur diyebilir: sözleşme özgürlüğünü adeta ele geçirmiş bulunan düzenleyene karşı sözleşme özgürlüğünü korumak ve bozulmuşsa yeniden tesis etmek. Yoksa sözleşme özgürlüğüne müdahale etmek değildir. **OĞUZ**, s.104.

Hülasa olarak şunu söyleyebiliriz, günümüzde genellikle genel işlem şartları içerisinde yer alan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olabilmesi için düzenleyenin sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin şartı karşı tarafa bildirmesi, karşı tarafın bu şartın önemini, içeriğini anlayabilmesi için ona imkân vermesi ve söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmaması gerekmektedir. Genel işlem koşulları arasında yer alan bir sorumsuzluk anlaşması ifade ettiğimiz aşamalardan geçmesi şartıyla geçerlilik kazanabilecektir. Son olarak ise, bahsettiğimiz tüm aşamaları geçmiş bir genel işlem koşulu son çare olarak ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle sözleşme kapsamından çıkartılabileceğini ifade edebiliriz²⁹⁶.

3. Ahlaka Aykırılık

TBK m.27’de ahlaka aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle de ahlaka aykırılık tüm sözleşmeler için geçerli olan bir sınırlama olarak karşımıza çıkmaktadır. İşin zor olan kısmı ise ahlakın ne olduğunu tespit etmektir. Doktrin çeşitli tanımlar yaparak ahlak kavramının çerçevesini belirlemeye çalışmıştır. Ahlaka ilişkin tanımların ortak noktalarından birini, ahlakın belli bir dönemde belli bir yerde yaşayan toplumun genelince benimsenmesinin gerekmesi olarak ifade edebiliriz²⁹⁷. Bir diğer ortak nokta ise ahlakın kime göre belirleneceği noktasıdır. Burada genel kabul, kesin bir şekilde belirlenmesi imkânsız olan ahlakın elden geldiğince objektifleştirilmesi adına belli bir dönemde belli bir yerde yaşayan dürüst, makul davranışlara sahip ve bu davranışların sonuçlarını anlayabilen orta zekâlı bir kişiye ait ahlaki değerlerin kabul edilmesi gerektiğidir²⁹⁸. Bahsi geçen kişilerin ahlaki

²⁹⁶ KAYA ÖZGÜR, G., Genel İşlem Koşulları Ve Benzer Kurumlar, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2018, s.63-64; SEROZAN, İfa, s.283.

²⁹⁷ ATEŞ, D., Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007, s.197; ÇAĞLAYAN AKSOY, P., Hukuka Ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s.350; ŞAHİN, s.96; KAŞAK, Emredici, s.96; RUHİ, s.36; OĞUZMAN/ÖZ, s.85; EREN, Genel, s.338; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.109; REİSOĞLU, Genel, s.138; AYAN, Borçlar, s.187-188; MERAL, s.1181. Zarara uğrayanın, zarar verenin veya hakimin ahlaki değerlendirilmez, değerlendirme toplum için yapılır. ÇAĞLAYAN AKSOY, s.350.

²⁹⁸ ATEŞ, s.197; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s.552; ÇAĞLAYAN AKSOY, s.350; ATEŞ, s.86; ERCOŞKUN ŞENOL, s.726-727; ÖRS, s.38; KAŞAK, Emredici, s.96; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.85’teki dn.132; EREN, Genel, s.338; NÖMER, Genel, s.63. Yargıtay’ın kanaati de aynı istikamettir: “(...)Ahlak ve adaba aykırılıkta amaçlanan sosyal ve ekonomik ahlaktır. Dürüst ve doğru insanların ortalama görüşlerine göre saptanmalıdır. Hatta ahlak ve adaba aykırı sonuç doğuran ya da kolaylaştıran borçlandırıcı akitlerde batıl sayılmalıdır. Ayrıca kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlak ve adaba aykırı düşer.” Yargıtay 1.HD, E.2001/10578, K.2002/2892, T.6.3.2002; Benzer şekilde bir başka kararında “(...) taraflar veya hakimin bu husustaki subjektif görüşüne değil, doğru ve makul kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir.” YHGK, E. 1970/1053, K. 1974/222, T.

değerlerinin toplumun genelince benimsenmiş olduğunu tespit ettiğimizde artık kanunda ifade edilen ahlak kavramına ulaşmış oluruz. Bir tanım yapmamız gerekirse ahlakı, belli bir dönemde belli bir yerde yaşayan insanların çoğunluğu tarafından benimsenen dürüst ve makul insanlara ait asgari sosyal veya hukuki kurallar olarak tanımlayabiliriz²⁹⁹. Ahlak tanımına canlılığını kazandıran belli bir dönemde belli bir yerde yaşayan insanların çoğu tarafından benimsenme unsurudur. Böylece hâkim karşısına çıkan her somut olayda ahlaki yeniden objektif olarak değerlendirmeli ve hala devam eden ahlakı tespit etmelidir³⁰⁰. Bu değerlendirme sonucunda hem genel ahlak tanımını dinamik bir hal alacak hem de hâkim daha önceden ahlaki olarak değerlendirdiği bir durumum hala ahlaka uygun olup olmadığını tespit etmiş olacaktır.

Bir sözleşme çeşitli sebeplerle ahlaka aykırı olabilir. Örneğin bir sözleşme edimin ahlaka aykırı olması veya sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması ya da sözleşmeye ilişkin şartlar³⁰¹ sebebiyle ahlaka aykırı olabilir.

Genel ahlaka aykırılıktan bahsedebilmemiz için herhangi bir sebeple ahlaka aykırılığın bulunmasının yanında tarafların bu ahlaka aykırı amacı taşıması³⁰² veya en azından bir tarafın taşıdığı amacın diğer tarafça bilmesi gerekir³⁰³. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki, tarafların sözleşme yaparken taşıdıkları bu amacın ahlaka aykırı olduğunu bilmeleri gerekmez³⁰⁴. Eğer

20.03.1974. Aynı yönde kararlar: Yargıtay 1.HD, E.2010/12189, K.2011/3530, T.25.3.2011; Yargıtay 1.HD, E.2006/11666, K.2007/255, T.18.1.2007, www.kazanci.com, (E.T.20.11.2019).

²⁹⁹ **KAPANCI, K. B.**, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49/2), İstanbul 2016, s.17; **ATEŞ**, s.87; **ŞAHİN**, s.96; **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s.350; **ÖRS**, s.37; **RUHİ**, s.36; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.382; **EREN**, Genel, s.338; **NOMER**, Genel, s.63.

³⁰⁰ **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s.350; **ATEŞ**, s.202; **ŞAHİN**, s.96; **KAŞAK**, Emredici, s.97; **EREN**, Genel, s.339 ve 342; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.85'teki dn.132; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.109; **MERAL**, s.1180. Yargıtay da bu değerlendirmeyi yapmaktadır: "(...) Sözleşmeler bazen hukuka değil, ancak ahlaka uygun olmayabilir. Ahlak kuralları, hukuk kurallarından farklı olarak yazılı olmayan kurallardır. Toplumun değer yargıları ve ahlak anlayışı bir davranışın ahlaka uygun olup olmadığını tayin eder. Bu nedenle, ahlak kuralları zamandan zamana, toplumdaki topluma hatta yöreden yöreye değişirler. Sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığı, toplumun ahlak anlayışı göz önünde tutulmak suretiyle belirlenebilir." Yargıtay HGK, E. 2012/11-1601, K. 2013/752, T. 22.05.2013, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.19).

³⁰¹ Sözleşmeye ilişkin şartlar sebebiyle diyerek kastettiğimiz edimler arasında aşırı bir oransızlık veya sözleşme süresinin aşırı uzun olması halleridir.

³⁰² **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.558; **ÖRS**, s.38; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s.727; **EREN**, Genel, s.341; **NOMER**, Genel, s.64. Bu görüşü ileri sürenler karşı tarafın güttüğü amacın ahlaka aykırı olduğunu bilen ve bu amacı teşvik etmesi, kolaylaştırması veya normalden daha fazla çıkar sağlaması durumunda sözleşmenin ahlaka aykırı kabul edileceğini söylemektedirler. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.558; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s.727.

³⁰³ **ATEŞ**, s.198; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.86; **EREN**, Genel, s.341.

³⁰⁴ **ÇAĞLAYAN AKSOY**, s.378; **ATEŞ**, s.198.

tarafların taşıdığı amacın ahlaka aykırı olduğunu söyleyebiliyorsak onların yalnızca söz konusu amacı taşımaları ahlaka aykırılığın doğması açısından yeterlidir.

Ahlaka aykırılıkta ahlakın hangi dönemdeki ahlak olacağı da bir soru olarak gündemdedir. İfade ettiğimiz üzere genel ahlakın tanımında yer alan belirli bir zamanda belirli bir dönemde yaşayan kişiler tarafından benimsenmiş olma özelliği bu sorunun konusunu teşkil eder. Bir somut olay hâkim önüne geldiğinde hâkimin ahlaka aykırılığı tespit edebilmesi için söz konusu sözleşmenin hükümlerini doğurduğu zamanki ahlaka aykırı olması gerekir³⁰⁵. Yani bir ahlak aykırılıktan söz edilebilmesi için sözleşmenin hükümlerine doğurduğu dönemde geçerli olan ahlaka aykırı olması gerekir.

Ahlaka aykırılığa ilişkin denetim yapılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bu değerlendirmenin sözleşmenin bütününe ilişkin olarak yapılması gerekliliğidir³⁰⁶. Eş söyleyişle sözleşmede yer alan bir şart tek başına ahlaka aykırı gibi görülürken sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu şartın ahlaka aykırı olmadığı kabul edilebilir. Bu nedenle de ahlaka aykırılığa ilişkin olarak yapılacak olan bir değerlendirmenin tüm sözleşme göz önüne alınarak yapılması gerekir.

Tarafların gücü bakımından aralarında ciddi fark bulunduğu durumlarda güçlü olanın gücünü güçsüzün aleyhine veya üstün konumda olanın konumunu kötüye kullanarak sözleşmede bir dengesizlik yaratması durumunda ahlaka aykırılık tartışılabilir. Genellikle genel işlem koşullarında söz konusu olabilecek bu durumda yapılması gereken genel işlem koşulları ilişkin hükümler vasıtasıyla ayıklanabilen hükümleri ayıkladıktan sonra geriye kalan ve üstün konumun kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkmış ve neredeyse karşı tarafı sömürüye varan hükümleri ahlaka aykırılık denetimine tabi tutmak olabilir. İfade ettiğimiz görüş ahlaka aykırılığın son çare olarak değerlendirilmesi bakış açısıyla ve zayıf tarafın korunması gerekliliği ile de uyum içindedir.

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından düşünüldüğü zaman ahlaka aykırılık yaptırımının pek nadir uygulanabileceği tarafımızca da malumdur. Ancak dikkat çekmek istediğimiz husus şudur: sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği tabi olduğu anlaşmanın geçerli

³⁰⁵ ÇAĞLAYAN AKSOY, s.350; ATEŞ, s.199; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.85'teki dn.132; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.109; EREN, Genel, s.339.

³⁰⁶ EREN, Genel, s.341; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.110; AYAN, Borçlar, s.188.

olmasına bağlıdır. Bir başka deyişle sorumsuzluk anlaşması yapılmış bir sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu ve bu sebeple de kesin hükümsüz olduğu ifade edildiği takdirde artık sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği de bağlı olduğu anlaşmanın geçerliliğine bağlı olduğu için sorumsuzluk anlaşması da kesin hükümsüz olmuş olacaktır. Böylece sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin herhangi bir tartışma yapmaya gerek kalmayacaktır. Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından önemsiz gibi gözüken ahlaka aykırılığa bir de bahsettiğimiz açıdan bakıldığında takdirde önem kazanacağı ortadadır. Bunun yanında yukarıda ifade ettiğimiz gibi aşırı durumların söz konusu olduğu hallerde nadiren de olsa sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak ahlaka aykırılık yaptırımını söz konusu olabilecektir.

4. Kötüye Kullanma Yasağına Aykırılık

TMK m.2’de hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hükme bağlanmıştır. Hakkın kötüye kullanımı hakkın amacı dışında kullanımı yoluyla gerçekleşmektedir³⁰⁷. Ancak bununla beraber hakkın kötüye kullanımının çeşitli görünüşleri vardır. Bunlar hakkın kullanımında meşru menfaatin bulunmaması, hakkı kullananın haktan sağlayacağı yarar ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı bir oransızlığın bulunması, karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı davranışlar söz konusu ise ya da hak sahibinin kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak kazanılmış bir hakkın kullanılması söz konusu ise hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilir³⁰⁸.

Hakkın kötüye kullanımının görünümü çeşitlerinden bazıları sorumsuzluk anlaşmaları bakımından meydana gelemez³⁰⁹. Örneğin sorumsuzluk anlaşmasının meydana getirildiği her durumda sorumsuzluk anlaşmasından yararlanan ya sorumluluktan kurtulma ya sorumluluğu sınırlandırma şeklinde bir menfaat elde etmiş olacağı için hakkın kullanımında meşru menfaatinin bulunmaması şeklinde ortaya çıkabilecek hakkın kötüye kullanımından

³⁰⁷ **ANTALYA, O. G./ TOPUZ, M.**, Medeni Hukuk : Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, İstanbul 2017, s.392; **OĞUZMAN, M. K./ BARLAS, N.**, Medeni Hukuk : Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 23. Baskı, İstanbul 2017, s.270; **DURAL, M./ SARI, S.**, Türk Özel Hukuku C.1 Temel Kavramlar Ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, İstanbul 2016, s.254; **KILIÇOĞLU**, Medeni Hukuk, s.109-110 ve 112 vd.; **AKINTÜRK, T./ ATEŞ, D.**, Medeni Hukuku, 31. Baskı, İstanbul 2017, s.96; **KAYIHAN, Ş./ ÜNLÜTEPE, M.**, Medeni Hukuka Giriş Ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2016, s.375.

³⁰⁸ **HELVACI**, s.94-95; **OĞUZMAN/BARLAS**, s.276 vd.; **DURAL/SARI**, s.255 vd.; **KAYIHAN/ ÜNLÜTEPE**, Başlangıç, s.378 vd. Doktrinde hakkın kötüye kullanılması hallerinin farklı şekilde sınıflandırıldığını görmek de mümkündür. Bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, s.401 vd.

³⁰⁹ **BAŞALP**, s.339-340.

sorumsuzluk anlaşması bağlamında söz edilmesi mümkün görünmemektedir. Tıpkı bunun gibi hakkı kullananın haktan sağlayacağı yararlar karşı tarafa ya da başkasına vereceği zarar arasında açık bir oransızlık bulunması ihtimali de sorumsuzluk anlaşmasının bahsedildiği durumlarda söz konusu olmayacaktır. Zira karşı tarafın uğrayacağı zarar sorumsuzluk anlaşmasından yararlanacak olan tarafın yararı ile yani ödemekten kurtardığı tazminat miktarı ile sınırlı olacak ve böylece yarar ile zarar arasında bir oransızlık meydana gelmeyecektir. Ancak sorumsuzluk anlaşmaları bakımından hak sahibinin kendi ahlaka aykırı davranışından davranışına dayanarak bir hakkı kullandığı veya karşı tarafta uyandırdığı güvene aykırı davranışlarla sorumsuzluk anlaşmasına dayandığı durumlarda sorumsuzluk anlaşması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir.

5. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzenine aykırılık TBK m.27’de yer alan tüm sözleşmeler için geçerli olan sınırlandırma sebeplerinden biridir. Bu sınırlandırma sebebinin hangi durumlarda söz konusu olabileceğini tespit edebilmek için öncelikle kamu düzeni kavramının açıklanması gerekir. Genel kabule göre kamu düzeni kavramı toplumu ve çıkarlarını koruyan hükümleri ifade eder³¹⁰. Ancak iş bu hükümlerin yalnızca yazılı kuralları mı yoksa gerek yazılı gerek yazısız kurallara mı kapsadığı noktasına geldiğinde doktrinde bir tartışma çıkmaktadır. Ancak bizce böyle bir tartışmaya gerek yoktur. Zira hukukun içinde somutlaştırılması gereken kamu düzeni gibi pek çok kavram yer almaktadır ve bunları doktrin yorumları ve mahkeme içtihatları

³¹⁰ ŞİMŞEK, A., Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Ankara 2012, s.74; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.536-537; KAŞAK, Emredici, s.106; KARABAĞ BULUT, Kişilik Hakkı, s.38-39; ŞAHİN, s.79-80; ÖRS, s.34; ERÇOŞKUN ŞENOL, s.729; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.83; RUHİ, s.35; UYGUR, s.321; EREN, Genel, s.342; ANTALYA, Borçlar Hukuku 1, s.384; REİSOĞLU, Genel, s.135; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.108; NOMER, Genel, s.62; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.76; MERAL, s.1183-1184. Kamu düzeni kavramına ilişkin olarak Yargıtay’ın görüşü şu şekildedir: “(...) Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.” YİBGK, E.2010/1, K.2012/1, T.10.2.2012, www.kazanci.com, (E.T. 20.11.2019).

çerçevesinde hâkimler somutlaştırmaktır. Öyleyse kamu düzeni kavramı içinde söz konusu durum geçerlidir. Kamu düzeni kavramını toplumun çıkarlarını koruyan gerek yazılı gerek yazısız kurallarla ortaya çıkmış hukuk prensipleri ve hukuk düzeni olarak ifade edebiliriz³¹¹. Kamu düzeninin yazısız kuralları da kapsadığını ifade ediyoruz. Zira kamu düzeninin yalnızca yazılı kurallarla gerçekleştiğini kabul edersek TBK m.27’de yer alan emredici hükümlere aykırılığın ifadesinin yanında kamu düzenine aykırılığın da ayrıca zikredilmesi gereksiz, faydasız bir tekrarlama olacaktır³¹². Oysa bizce kamu düzeni kavramı içerisinde gerek yazılı gerek yazısız kuralları barındırdığı için emredici hüküm aykırılıktan ayrı bir unsurdur ve ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Sorumsuzluk anlaşmaları bakımından da diğer tüm sözleşmelerde olduğu gibi kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilir. Mesela sorumsuzluk anlaşmaları yoluyla yazılı ve yazısız kurallarla ortaya çıkmış hukuki prensipler ve hukuk düzeni olarak adlandırıldığımız kamu düzenine ilişkin bir kavramın ortadan kaldırıldığından bahsedilebiliyor ise artık bu durumda kamu düzenine aykırılıktan söz edebiliriz. Örnek vermek gerekirse yalnızca iki firmanın hizmet verdiği bir alanda iki firmanın da benzer genel işlem koşullarına sahip sözleşmeler yaptığını ve yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin TBK m.116 hükümlerinin bu sorumsuzluk anlaşmaları ile bertaraf edildiğini söyleyebilirsek alacaklıların bu iki firmadan hizmet almak dışında başka bir seçeneklerinin olmadığını da hesaba katarak bu durumda kamu düzenine ait bir hukuki kurumun ortadan kaldırıldığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırılık oluştuğu ve bu nedenle de sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olabileceğini ifade edebiliriz.

Genel ahlaka aykırılık başlığı altında ifade ettiğimiz gibi burada da aynı şekilde kamu düzenine aykırılıktan söz edebilmemiz için sözleşmeyi bir bütün olarak ve her somut olayda yeniden değerlendirmemiz gerekir³¹³. Bir başka deyişle sözleşmedeki bir hüküm bize kamu düzenine aykırı gibi gözüküyor olsa da sözleşmenin bütün incelendiğinde aslında sözleşmenin kamu düzenine aykırı olmadığını söyleyebiliriz. Örneğin bahsi geçen olay da tarafların yapmış

³¹¹ ŞİMŞEK, s.74; ERCOŞKUN ŞENOL, s.729; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.83’teki dn.130; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.548; MERAL, s.1184. Aksi yönde yalnızca yazılı hukuk kurallarının kamu düzenini oluşturacağı ve ancak yazılı hukuk kurallarına aykırılığın kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği görüşü için bkz. KAŞAK, Emredici, s.109; ÖRS, s.34-35; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.76.

³¹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.550; ERCOŞKUN ŞENOL, s.728-729; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.83’teki dn.130.

³¹³ MERAL, s.1184.

oldukları sorumsuzluk anlaşmaları sebebiyle ürünleri daha uygun fiyata veya daha uzun vadede aldığını düşünürsek bu durumda sözleşmenin kamu düzenine aykırı olmadığını da söyleyebiliriz.

C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğa İlişkin Sorumsuzluk Anlaşmaları İçin Geçerli Olan Özel Sınırlar

1. Genel Olarak

Kanun koyucu yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu düzenlediği TBK m.116'nın devamında bu sorumluluğun sorumsuzluk anlaşması yoluyla ortadan kaldırılabileceğini de ifade etmiştir. Borçlunun kendi fiillerinden sorumluluğuna ilişkin yapacağı sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin düzenlemeyi taşıyan TBK m.115'de kişinin ağır kusuruna yönelik yapacağı anlaşmaları kesin hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Ancak yardımcı kişilerin fiillerini yönelik olarak yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasında kanun koyucu kusur türüne ilişkin bir sınırlandırma sebebine yer vermemiştir. Böylece yardımcı kişinin fiillerinden gerek ağır kusurundan gerek hafif kusurundan sorumsuzluğunun mümkün olduğunu ifade etmiş olmaktadır.

Kişinin kendi fiillerini ilişkin olarak yapacağı sorumsuzluk anlaşması ile yardımcı kişinin fiillerinden yani başkasının fiillerine ilişkin olarak yapacağı sorumsuzluk anlaşması arasında farklılıklar bulunması normaldir. Zira kişinin kendi fiillerini ilişkin yapacağı sorumsuzluk anlaşmasına karşı kanun koyucunun sert bir bakış açısına sahip olduğunu ifade etmiştik ancak yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması söz konusu olduğunda kanun koyucunun bakış açısı yumuşamaktadır³¹⁴. Söz konusu durumun farkında olan kanun koyucu da kişinin kendi fiillerini ilişkin sorumsuzluğunun sınırını hafif kusur olarak belirlemişken yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak ise böyle bir sınır belirlememiştir.

Yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olmamak için sorumsuzluk anlaşmasına kanun koyucu tarafından izin verilmiş olsa da bu anlaşmalar hem emredici genel hükümler yoluyla hem de sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin özel hükümler yolu ile sınırlandırılmıştır. Daha önce de söylediğimiz üzere kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin olarak yaptığı

³¹⁴ SEROZAN, İfa, s.292.

sınırlandırmalar öylesine çoktur ki buradan kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmalarına hoş bakmadığını anlayabiliriz. Her ne kadar sosyal ve ekonomik koşullar gereği sorumsuzluk anlaşmalarına ihtiyaç duyuluyor olsa da yani kanun koyucu bu kurumu düzenleme ihtiyacı duymuş olsa da elinden geldiğince sorumsuzluk anlaşması yapılabilir alanı daraltmaya ve sorumsuzluk anlaşmasının yapılacağı sınırları belirginleştirmeye özen göstermiştir. Bu durum yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk için de geçerlidir. Eş söyleyişle yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak her türlü kusurdan sorumsuz olunabileceğini söylemiş olsak da sorumsuzluk anlaşmasının bu türü için de geçerli olan pek çok sınırlandırma sebebi vardır. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuz olabilmek için yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasının tüm bu sınırlara uygun olması gerekecektir.

İçinde bulunduğumuz sosyal ve ekonomik koşullar gereği borçlu fiillerini genellikle yardımcı kişiler aracılığı ile yerine getirmektedirler. Bu durum borçlunun faaliyet alanının genişlemesine ve işletmesinin ekonomik hacminin büyümesine imkân sağladığı için kanun koyucu yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gibi bazı hukuki kurumlar öngörmüştür. Ancak yine de borçlunun yardımcı kişiler yerlerinin fiillerinden sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde sorumsuz olması da mümkün olacağından kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmalarını da düzenleme gereği duymuştur. Daha önce de belirttiğimiz üzere sorumsuzluk anlaşmalarının dar yorumlanması gerekmektedir. Aksi halde genellikle üstün konumda olan borçlunun sorumsuzluk anlaşması yapacağı ve kanun koyucu tarafından genellikle zayıf konumdaki alacaklıyı korumak için öngörülmüş olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin bertaraf edileceği kaldırılacağı tahmin edilebilir.

2. Hizmet Sözleşmesinden Kaynaklanan Bir Borca İlişkin Olma

TBK m.115'e göre yardımcı kişilerin fiillerine ilişkin yapılacak bir sorumsuzluk anlaşması, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borca ilişkin olmamalıdır. Bu şart her ne kadar TBK m.116'da yer almamasına rağmen³¹⁵ yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa

³¹⁵ BAŞALP, s.460; KAHVECİ, s.940; SEROZAN, İfa, s.281-282; YAĞCI, s.173; UYGUR, s.735; NOMER, Genel, s.316; HATEMİ/GÖKYAYLA, s.278; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.689; MERAL, s.1170. TBK tasarısında “Alacaklı, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde ise sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurundan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir.” denmektedir. Ancak söz konusu bu hüküm kanuna alınmamış ve Adalet Komisyonu Raporunda TBK m.115 ile m.116'nın beraber okunması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca TBK m.115'te yer alan “hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle

ilişkin geçerli bir sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi için bu şartın da gerçekleşmiş olması gerekir. Bir başka deyişle yardımcı kişinin fiillerine yönelik geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının yapılabilmesi sözleşmenin konusunun hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borca ilişkin olmamasına bağlıdır. Yardımcı kişiler fiillerinden sorumluluğu ilişkin olarak böyle bir sınırlandırma sebebinden bahsetmemizin nedeni genel hüküm niteliğindeki TBK m.115'te yer alan ve borçlu ile alacaklı arasında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borca ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı durumda anlaşmanın kesin hükümsüz olduğunu ifade eden hükümdür. Söz konusu hükmün yapılacak her türlü anlaşmayı kesin hükümsüz saymasından dolayı yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin yapılacak olan bir sorumsuzluk anlaşmasının da mezkur sınıra uygun olarak yapılması gerekir.

818 sayılı eBK döneminde borçlunun alacaklının hizmetinde olduğu hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılmışsa bu anlaşmanın hâkim tarafından geçersiz kılınabileceği ifade edilmekteydi. eBK m.100 ile TBK m.115 arasında konumuz bağlamında çeşitli farklar vardır. Bunlardan ilki hizmet sözleşmesi kavramıdır. TBK m.115 borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir ilişki içerisinde olmasını sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasında sınır olarak kabul ederken, eBK m.100 borçlunun hizmetinde olmak kavramını kabul etmiştir. Görüldüğü üzere borçlunun hizmetinde olma kavramı, hizmet sözleşmesi içerisinde bulunma kavramından çok daha geniştir. Zira hizmet sözleşmesi bulunmadan da alacaklının borçlunun hizmetinde olabilir. Doktrinde hükmün amacının zayıfın güçlüye karşı korunması olduğu kabul edildiğinden, bu amaç doğrultusunda yorum yapılarak hizmet ilişkisi geniş bir şekilde yorumlanmıştı hatta sosyal ve ekonomik bağıllık ilişkisi içerisinde bulunmayı da hizmet ilişkisi kavramı içerisine sokup sorumsuzluk anlaşması yapılmasına engel olduğu ileri sürülmüştü³¹⁶. Ancak TBK m.115 böyle bir yoruma müsait değildir³¹⁷. Bunun sebebi hizmet sözleşmesi gibi belirli bir kavramı kullanmış olmasıdır.

Her iki hüküm arasındaki bir diğer fark ise eBK m.100 alacaklı borçlunun hizmetinde ise demek suretiyle tek taraflı bir bakış açısı öngörürken; TBK m.115 borçlunun alacaklı ile

sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma” ifadesinin kapsamına yardımcı kişinin fiillerinden sorumsuzluk anlaşmasını da alır, bkz. **ERMAN/İNAL/BAYSAL**, s.214.

³¹⁶ **YENİOCAK, U.**, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s.142; **YAĞCI**, s.175; **AKMAN**, s.61-62; **ALNIAK**, s.343-344; **SARIÇAM**, s.68-69.

³¹⁷ **YENİOCAK**, s.142; **BAŞALP**, s.460; **KAHVECİ**, s.921; **YAĞCI**, s.175-176; yine de geniş yorumlanması gerektiği yönünde **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.318; **BAŞALP**, s.460; **MERAL**, s.1189-1190.

hizmet ilişkisinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle yapılacak anlaşmaları diyerek iki taraflı bir bakış açısı ortaya koymuştur. Daha açık ifade etmemiz gerekirse eBK m.100 yalnızca borçlunun hizmetindeki alacaklı aleyhine yapılacak sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz sayacakken; TBK m.115'in lafzına bakıldığında alacaklı lehine gerek borçlu lehine yapılacak tüm sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olacağı anlaşılmaktadır³¹⁸. Hükümleri incelememizin sebebi, eBK m.100 ile TBK m.115-116'yı kıyaslamaktır. Bahsettiğimiz açılardan bakıldığında önceki hükmün genellikle zayıf durumda olan alacaklıyı korumaya daha elverişli olduğunu görebiliriz.

Kanun koyucu yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin yapılacak bir sorumsuzluk anlaşmasında sorumsuzluk konusu borcun bir hizmet ilişkisinden kaynaklanmaması şartını aramaktadır. Eğer alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesi varsa bu durumda hizmet sözleşmesinden doğan bir borca ilişkin olarak yapılmış olan sorumsuzluk anlaşması geçersiz kabul edilecektir. Hükmün lafzından anlaşılan budur ancak doktrinin çeşitli eleştirileri ve görüşleri söz konusudur. Öncelikle hüküm de hizmet sözleşmesi ifadesinin geçmesi doktrinde eleştirilmektedir özel olarak hizmet sözleşmesinin belirtilmiş olmasıyla artık geniş yorumlanamayacak ve hizmet sözleşmesi ilişkisi içerisinde olmayan ancak zayıf taraf ile güçlü taraf arasında bir bağıllık ilişkisi yaratan diğer durumlar maddenin kapsamı içine sokulamayacağı için yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmaları ortadan kaldırılamayacaktır. Önceki hükümde geçen hizmet ilişkisi kavramı hem daha geniş bir ilişkiyi kapsamaktadır geniş bir yorum yapmaya imkân vermektedir. Oysa yeni hükümde yer alan hizmet sözleşmesi kavramı yalnızca hizmet sözleşmesini kapsamakta ve hizmet sözleşmesinin dışında kalan bir başka deyişle önceki kanun döneminde hizmet ilişkisi kavramı içerisine sokulmuş kimi durumları artık kapsamı içerisine kabul etmemektedir. Bu durumda kanunun amacı doğrultusunda bir yorum yapmaya engel teşkil etmekte ve kanunun gerekli verimlilikte kullanılamamasına sebep olmaktadır.

Hükmün eleştirilen bir diğer noktası da gerek alacaklı lehine gerek borçlu lehine yapılmış olan tüm sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğunun ifade edilmesidir. Bu durumda da hükmün lafzen uygulanması halinde alacaklının gerek lehine gerek aleyhine tüm

³¹⁸ YENİOCAK, s.143; BAŞALP, s.189; AYAN, Sorumluluğun Sınırlandırılması, s.106; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.409; BAŞ, s.761; KAHVECİ, s.920; TEKELİOĞLU, s.13; MERAL, s.1189.

sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz kabul edilecek ve hüküm amacı doğrultusunda kullanılmamış olacaktır. Sözümüzü şöyle daha anlaşılır kılabiliriz: borçlu karşısında genellikle daha zayıf durumda olan alacaklı borçluya bir hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir borca ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması imzalatabilmiş ise bu durumda aralarında hizmet ilişkisi olduğu için alacaklı lehine olan bir sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz kabul etmek zayıf tarafı koruma amacı güden hükmün amacı dışına çıkmak olacaktır. Ancak ne yazık ki hükmün lafzından anlaşılan mana budur. Doktrinde bu konu eleştirilmekte ve hükmün yalnızca işçi lehine olan sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli sayılacağı ve işveren lehine olan sorumsuzluk anlaşmalarının ise geçersiz sayılacağı bir şekilde anlaşılmasının doğru olduğu ifade edilmektedir³¹⁹, bizce de yapılması gereken budur.

Aralarında hizmet sözleşmesi bulunan alacaklı ile borçlu arasında yapılmış olan tüm sorumsuzluk anlaşmaları kanun koyucu tarafından geçersiz sayılmamıştır. Kanun metninde de ifade edildiği üzere kanun koyucu tarafından geçersiz olduğu ifade edilen sorumsuzluk anlaşmaları alacaklı ile borçlu arasında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğe ilişkin olarak yapılan sorumsuzluk anlaşmasıdır. Bir başka deyişle aralarında hizmet sözleşmesi bulunan alacaklı ile borçlu hizmet sözleşmesinden kaynaklanmayan başka bir borçtan dolayı geçerli olarak sorumsuzluk anlaşması yapabilecektir³²⁰.

İncelenmesi gereken son durum söz konusu hizmet sözleşmesinin ne zaman olması gerektiğidir. Öncelikle ifade edebiliriz ki sorumsuzluk anlaşması imzalandığı sırada eğer alacaklı borçlunun hizmetinde ise bu sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacaktır. Tıpkı bunun gibi sorumsuzluk anlaşması hizmet sözleşmesi sona erdirilmesi önce herhangi bir aşamada imzalanmışsa da hizmet ilişkisi devam ettiğinden sorumsuzluk anlaşması geçersiz kabul edilmelidir velev ki hizmet ilişkisi sona erdirilirken yapılmış olsun. Son durum ise sorumsuzluk anlaşmasının hizmet sözleşmesinin yapılmasından önce ancak hizmet sözleşmesinin yapılmasına ilişkin bir şart olarak ileri sürüldüğünü ihtimaldir. Bu durumda ne kadar sorumsuzluk anlaşması hizmet sözleşmesinin yapılmasından önce yapılmış olsa da hizmet

³¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.409; YAĞCI, s.174; SEROZAN, İfa, s.281; KAHVECİ, s.921; NOMER, Genel, s.314; BAŞ, s.761; TEKELİOĞLU, s.13; MERAL, s.1189.

³²⁰ YÜNLÜ, s.501.

sözleşmesinin yapılması sorumsuzluk anlaşmasına bağlandığından sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması yerinde olur³²¹.

3. Uzmanlığı Gerektiren Bir Faaliyetin Kanun Veya Yetkili Makamın İzniyle Gerçekleştirilmesi

818 sayılı eBK döneminde kanun koyucu sorumsuzluk anlaşması yapılmasına ilişkin sınırlardan biri, imtiyaz sureti ile verilen bir sanatın icrası olarak belirlemişken doktrinde bu hüküm genişletici yoruma tabi tutulmuş ve imtiyaz sureti ile gerçekleştirilen faaliyetlerin yanında kanun veya yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen faaliyetler de bu kapsama dâhil edilmiş ve sorumsuzluk anlaşmasının sınırı olarak değerlendirilmiştir³²². Doktrindeki bu yorum doğrultusunda 6098 sayılı TBK da hükmü kanun veya yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen ve aynı zamanda uzmanlığı gerektiren bir hizmet meslek veya sanatın gerçekleştiriliyor olmasını sorumsuzluk anlaşmasının sınırı olarak tespit edilmiş ve kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.

Hüküm bağlamında ifade edilmesi gereken temel husus kanunda ifade edilen şartların alternatif yani seçimlik şartları olmadığı, bir arada bulunması gereken şartlar olduğudur³²³. Bir başka deyişle yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak yapılan bir sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz kabul edilebilmesi için hem uzmanlığı gerektiren bir meslek hizmet veya sanata ilişkin olması ve bu hizmet meslek veya sanatın ancak kanun veya yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülebilir olması gerekir. Söz konusu şartların bir arada bulunması gereken şartlar olduğunu ifade ettiğimiz için iki şarttan bir tanesi mevcut değilse sorumsuzluk anlaşması diğer şartları da sağlıyorsa geçersiz kabul edilemeyecektir.

Kanun koyucunun yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen faaliyetlere ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapma imkânı kısıtlaması anlaşılırdır. Borçlunun gerçekleştirdiği faaliyet yetkili makamın izni dayandığı için karşı tarafta yer alan alacaklı borçluya karşı özel bir güven duyar. Kamuoyunda ve özelde de alacaklı da ortaya çıkan bu güvenin korunması gerekir. Bunun yanında borçlunun gerçekleştirdiği faaliyetin uzmanlığa

³²¹ KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.845-846; AKMAN, s.58-59; ERTEN, s.230-231; TUNÇOMAĞ, s.830; ALNIAK, s.343; SARIÇAM, s.68-69.

³²² YAĞCI, s.170-171; AKMAN, s.64 vd.; SARIÇAM, s.75-76; ALNIAK, s.345; SEROZAN, İfa, s.282.

³²³ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.411-412; BAŞ, s.761-762; KAHVECİ, s.921; TEKELİOĞLU, s.14.

dayanıyor olması alacaklının borçluya karşı güven duymasını sağlar; alacaklının duyduğu bu güvenin de korunmasını ve borçlunun da elde ettiği ayrıcalıklı konumun sorumluluğunu alması gerekir³²⁴. Ayrıca kanun koyucunun sorumsuzluk anlaşmalarını sınırlandırırken güttüğü gaye zayıf olan tarafın korunmasıdır. Bu nedenle de uzmanlığa dayanan bir faaliyeti kanunun veya yetkili makamın izinde dayanarak gerçekleştiren borçluya güvenen alacaklının korunması gerekir.

Sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olabilmesi için yapılan sorumsuzluk anlaşmasının konusunun uzmanlık gerektiren ve yetkili makamın verdiği izinle gerçekleştirilen faaliyet olması gereklidir. Bir başka deyişle borçlu pek çok alanda faaliyet gösteriyor olsa ancak gerçekleştirdiği sorumsuzluk anlaşmasının konusu uzmanlığı gerektirmeyen veya uzmanlığı gerektirirse dahi kanunun veya yetkili makamın izni gerektirmeyen bir faaliyetse yani bir arada bulunması gereken şartlardan bir tanesi bulunmuyorsa artık sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir.

Tekrar ifade etmemiz gerekirse uzmanlığı gerektirirse dahi kanunun veya yetkili makamın izni gerektirmeyen faaliyetlerde sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. Tıpkı kanun veya yetkili makamın izniyle gerçekleştirilen ancak uzmanlığı gerektirmeyen bir faaliyet söz konusu ise bu durumda da sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği gibi.

V. YARDIMCI KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞA İLİŞKİN SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ SINIRLARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. Genel Olarak: Kesin Hükümsüzlük

Günümüz ekonomik ve sosyal koşullarından dolayı kanun koyucu borçlunun borcunu yardımcı kişiler vasıtasıyla ifade etmesine imkân tanımıştır. Borçluya tanıdığı bu imkânla borçlunun faaliyet alanının genişleyeceğini hesaba katan kanun koyucu, borçlunun elde ettiği bu menfaat karşılığında çalıştırdığı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk külfetini de borçluya yüklemiştir. Borçluya yüklediği bu ağır sorumluluğa karşı da yine kanun koyucu sorumsuzluk anlaşmalarını düzenlemiş ve belirlediği sınırlar çerçevesinde yapılan sorumsuzluk anlaşmalarına geçerlilik tanımıştır. Ancak bazı hallerde yapılan sorumsuzluk anlaşmaları kanun koyucunun tanıdığı sınırlara tecavüz edebilmekte yani sınırlara aykırı olabilmektedir. Yapılan

³²⁴ YAĞCI, s.170; AKMAN, s.67; SARIÇAM, s.73 vd.

bir sorumsuzluk anlaşmasının sınırlara aykırılık taşıması durumunda ne olacaktır? Öncelikle cevap vermemiz gereken soru budur.

Sorumsuzluk anlaşması eğer asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılmışsa bu durumda mevcut sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin sözleşme tabi olduğu aykırılığın türüne göre yaptırma çarptırılacak ve yüksek ihtimalle – emredici kurallara, kişilik hakkına, ahlaka, kamu düzenine, kötüye kullanma yasağına ve sorumsuzluk anlaşmasının özel sınırlarına aykırı ise-hükümsüz kabul edilecektir³²⁵.

Sorumsuzluk anlaşması bağımsız bir sözleşme olarak değil de esas sözleşme ile bağlı veya içinde bir şart olarak yapılmışsa bu durumda sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği esas sözleşmesi sirayet edecek midir? Hatırlanacak olursa esas sözleşmenin geçersiz olması durumunda ona bağlı bir sözleşme olan sorumsuzluk anlaşmasının da geçersiz olacağı ifade etmiştik. Ancak sözünü ettiğimiz durum tam tersidir yani esas sözleşmede herhangi bir aykırılık olmamasına rağmen sorumsuzluk anlaşmasında kanun koyucunun koyduğu sınırlara aykırılık söz konusu olduğundan dolayı sorumsuzluk anlaşması geçersizdir ve sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğinin esas sözleşme üzerine etkisinin ne olacağı merak edilmektedir.

Doktrinde bu konuda iki görüş söz konusudur. Bu görüşlerden ilki TBK m.27/2'ye dayanılmasının mümkün olduğunu ve eğer sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hüküm olmasaydı sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılıyorsa bu takdirde sözleşmenin tümünün kesin hükümsüz olması gerektiğini ifade etmektedir³²⁶. Ancak aykırılığın sonuçlarına ilişkin sınıflandırmayı yaparken de benimsediğimiz ayrıca doktrinde de hâkim olan diğer görüş ise sorumsuzluk anlaşmaları söz konusu olduğu durumda TBK m.27/2'ye dayanılmasına imkân verilmemesi gerektiğini savunmaktadır³²⁷. TBK m.27/2'nin uygulanmasına izin verildiği takdirde hakkaniyete aykırı durumlar söz konusu olabilecek ve alacaklının korunmasına ilişkin

³²⁵ **KIRKBEŞOĞLU, N.**, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s.28; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.582 vd; **EREN**, Genel, s.335-336; **YÜNLÜ**, s.470; **YAĞCI**, s.177; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.98-99; **KARACA**, s.54; **SARIÇAM**, s.63; **TEKELİOĞLU**, s.17.

³²⁶ **ALNIAK**, s.346-347; **ERTEN**, s.273-274.

³²⁷ **KIRKBEŞOĞLU**, s.44; **KARABAĞ BULUT**, Sorumsuzluk, s.855; **YAĞCI**, s.179-180; **AKMAN**, s.109-110; **ERTEN**, s.274-275; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.407; **TANDOĞAN**, s.456; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.885-886; **SEROZAN**, İfa, s.283; **AYAN**, GİK, s.32; **YELMEN**, s.157; **KARAHASAN**, s.1408; **SEROZAN**, İfa, s.283; **İNAN/YÜCEL**, s.614; **NOMER**, Genel, s.313; **KARACA**, s.54; **SARIÇAM**, s.23-24; **TEKELİOĞLU**, s.18; **NOMER**, Genel, s.313; **MERAL**, s.1185; **KAHVECİ**, s.924.

hükmün amacı sağlanamamış olacaktır³²⁸. İfade ettiğimiz gerekçelerle bir sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı ancak söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olduğu durumlarda borçlu sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağını bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağı, sözleşmenin tümünün hükümsüz kabul edilmesi gerektiğini iddia edemeyecektir. Böylece sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin şart kısmi hükümsüzlük yaptırımına çarptırılacaktır.

B. Aleyhe Yorum

Borçlu ile alacaklı arasında genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir sorumsuzluk anlaşması yapılmış ve bu sorumsuzluk anlaşması genel işlem koşullarına ilişkin ilk denetim türü olan kapsam denetimini aşmış ancak söz konusu hüküm tam manası ile açık değilse bu durumda sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hüküm yorum denetimine tabi tutulacak ve mümkünse borçlunun aleyhine yorumlanacaktır³²⁹. Bu durumda aslında sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin herhangi bir sınır ihlal edilmemiş olsa da hükmün borçlunun aleyhine yorumlanması şeklinde bir yaptırım söz konusu olacağından bu başlık altında incelemeyi yararlı gördük. Yine de bu durum sorumsuzluk anlaşmasını tek taraflı olarak alacaklıya sunmuş olan ve alacaklı ile esasında bireysel sözleşmelerde olduğu gibi müzakere edilmemiş hükümlerin açık bir şekilde yazmamış olmasının bir yaptırımı olarak düşünülebilir.

C. Dikey Kısmi Hükümsüzlük

Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin sınırların ihlal edildiği durumlarda ortaya çıkan yaptırım türlerinden biri de dikey kısmi hükümsüzlüktür. Dikey kısmi hükümsüzlük kesin hükümsüzlüğün bir alt türü olan kısmi hükümsüzlüğün bir çeşididir. Sorumsuzluk anlaşması yapılırken sınırları ihlal edilen kuralın amacı doğrultusunda düşünüldüğünde sözleşmedeki hükmün bölünmesi mümkünse, sözleşmede yer alan hükmün kurala aykırı olan kısmının budanarak kurala uygun hale getirilmesine dikey kısmi hükümsüzlük denir³³⁰. Dikey

³²⁸ KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.855; ERTEN, s.275; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.407-408; SEROZAN, İfa, s.283; KAHVECİ, s.924; TEKELİOĞLU, s.18.

³²⁹ KARADAĞ, s.47 vd.; YELMEN, s.119; AKÇAAL, s.59; TUNÇSİPER, s.59. Borçlu sözleşmede hiçbir kusurundan sorumlu olmadığını ifade etmişse bu hüküm lafzen gerek sözleşmesel gerek sözleşme dışı sorumluluğu kapsadığı düşünülebilirse de aleyhe yorum denetimi gereği yalnızca sözleşmesel sorumluluktan sorumsuz olacağı şeklinde anlaşılır.

³³⁰ BAŞALP, s.388 vd.; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.855; YÜNLÜ, s.509-510; YAĞCI, s.180; ERTEN, s.213; AKMAN, s.100; KAHVECİ, s.924; SARIÇAM, s.62. Yapılan bir sözleşmede taraflardan biri kendi fiillerine ilişkin olarak her türlü kusurundan sorumsuz olacağını ifade etmişse bu durumda söz konusu

kısmi hükümsüzlükten bahsedilen durumlarda aslında sorumsuzluk anlaşmasının herhangi bir sınırına aykırılık söz konusudur ancak söz konusu aykırılığın, hükmün belli bir kısmının yok edilmesi, budanması suretiyle telafisi mümkündür. Buna benzer durumların söz konusu olduğu hallerde hükmün sorumsuzluk anlaşmasının sınırına aykırılık teşkil eden kısmı budanarak dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımına çarptırılır ve geri kalan kısmı sınıra aykırılık teşkil etmeyeceğinden dolayı korunur.

Genellikle kişinin kendi fiillerinden sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarında söz konusu olacak olan dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşmalarında söz konusu olabilir. Sözgelimi yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak her türlü haksız fiil sorumluluğundan sorumlu olmayacağına dair bir sorumsuzluk anlaşması yapıldığı durumda, kişi varlığına ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını vaz eden sorumsuzluk anlaşması sınırına aykırılık söz konusu olacaktır. Bu durumda dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımı gereği hükmün bunarak kişi varlığı değerlerine ilişkin olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı sınırına uygun hale getirilecektir. Bahsi geçen hükme yalnızca mal varlığına karşı gerçekleştirilen haksız fiiller alanında geçerlik tanınacak ve böylece hüküm sınırlara uygun hale getirilmiş olacaktır.

D. Yatay Kısmi Hükümsüzlük

Sorumsuzluk anlaşmasının sözleşmenin içinde bir şart olarak yer aldığı ve sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin şartın geçersiz olduğu durumlarda bu geçersizliğin tercih ettiğimiz görüşe göre sözleşmeye sirayet ettirilemeyeceğini ifade etmiştik³³¹. Yatay kısmi hükümsüzlük ile ifade ettiğimiz de tam da bu husustur. Yatay kısmi hükümsüzlük halinde geçersizlik sözleşmenin belli bir kısmını aittir ve geriye kalan kısım da geçersiz olan kısımdan bağımsız bir şekilde bir anlam ifade etmekteyse, başka bir deyişle sözleşme bölünebilirse, yalnızca kurallara aykırı kısmın hükümsüz olması ile sözleşme ayakta tutulmaktadır³³².

hüküm dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımına çarptırılarak budanacak ve kişinin ancak hafif kusurundan sorumsuz olacağı ifade edilecektir.

³³¹ A. Genel Olarak: Kesin Hükümsüzlük başlığı altında.

³³² **KIRKBEŞOĞLU**, s.204; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.390; **EREN**, Genel, s.336; **YILDIRIM**, s.301; **KAYA ÖZGÜR**, s.67; **TEKELİOĞLU**, s.18. doktrinde kısmi hükümsüzlüğün kabul edilebilmesi için yukarıda ifade ettiğimiz sözleşmenin bölünebilir olması objektif şart olarak aranmakta ancak bunun yanında subjektif şart

Yatay kısmi hükümsüzlük ile dikey kısmi hükümsüzlük arasındaki fark dikey kısmi hükümsüzlük halinde söz konusu hükmün bir kısmı hükümsüz kabul edilmekte ve hükmün geri kalanı sınırları aykırılık teşkil etmediği için geçerli hale gelmektedir. Ancak yatay kısmi hükümsüzlük halinde söz konusu hükmü belli bir kısmının budanması ya da hükümsüz hale getirilmesi söz konusu değildir. Bu durumda sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin sınırlara aykırılık teşkil eden bir veya birkaç hüküm geçersiz kabul edilir ve söz konusu hüküm ve hükümler dışında geriye kalan sözleşme ayakta tutulur. Daha açık söylemek gerekirse dikey kısmi hükümsüzlük halinde aykırılık hükmün bir kısmında iken; yatay kısmi hükümsüzlük halinde aykırılık sözleşmenin bir kısmındadır.

Yatay kısmi hükümsüzlük sorumsuzluk anlaşmaları bakımından çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir; sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin sınırlardan kişilik haklarına, genel işlem koşullarının da içerik denetimine³³³, ahlaka, kötüye kullanma yasağına, kamu düzenine aykırılık olması halinde söz konusu hüküm geçersiz kabul edilecek ancak sözleşme geçerli olmaya devam edecektir. Bu durumda yatay kısmi hükümsüzlük söz konusu olacaktır³³⁴.

Eğer sorumsuzluk anlaşması “tüm kusurlarımdan sorumsuzum” şeklinde değil de “kasttan veya ağır ihmalden sorumsuzum” şeklinde yapılmışsa bu durumda da dikey kısmi hükümsüzlük söz konusu olmayacak, yatay kısmi hükümsüzlük söz konusu olacaktır. Eş söyleyişle hükmün budanma imkânı olmadığı için hüküm geçersiz kabul edilecek bununla birlikte sözleşme ayakta tutulacaktır³³⁵.

Dikey kısmi hükümsüzlük başlığı altında incelenen hükümlerin genel işlem koşulları vasıtasıyla sözleşmeye dâhil olduğu durumlarda dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımının değil

olarak ise geçersiz hükümler olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağını anlaşılamaması da aranmaktadır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu olduğu durumlarda biz objektif şartın var olduğunu zaten kabul ediyoruz. Bu sebeple de yalnızca sübjektif şartın varlığı yeterlidir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.390 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.606-607; **EREN**, Genel, 337 vd.

³³³ Genel işlem koşullarında içerik denetimine aykırı bir sorumsuzluk anlaşmasının yer alması durumunda bu hükmün çarptırılacağı yaptırım yatay kısmi hükümsüzlüktür. Ancak bu durumda diğer hallerle, söz konusu hal arasında ufak bir ayrım vardır. Genel işlem koşullarının içerik denetimine takılarak yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımına çarptırılması zorunludur. Her ne kadar diğer hallerde de biz söz konusu görüşü kabul ediyor olsak da ifade ettiğimiz üzere burada bir görüş söz konusudur. Ancak genel işlem koşullarının söz konusu olduğu hallerde diğer hükümlerin geçerliliğini koruyacağı gerekçede de ifade edilmiştir. **KIRBEŞOĞLU**, s.206, 286; **AYAN**, GİK, s.32; **YELMEN**, s.157-158.

³³⁴ Sözleşmedeki belli hükümler yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımına çarptırıldığında hükümsüz kılınan hükümlerin yerini hâkimin tamamlaması durumunda kısmi hükümsüzlüğün bu türüne doktrinde değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük denmektedir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.392; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s.604.

³³⁵ **YÜNLÜ**, s.509; **AKINCI**, s.248; **SEROZAN**, İfa, s.283; **KIRKBEŞOĞLU**, s.46.

yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir³³⁶. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, genel işlem koşulu vasıtasıyla yapılmış olan sözleşmelerde dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması halinde genel işlem koşullarının dikte eden üstün bir konumda bulunan borçlunun korunmuş olacağını ifade etmektedir³³⁷. Bireysel sözleşmelerde yer aldığı takdirde dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımı ile ayakta tutulmaya çalışılacak olan bir hükmün genel işlem koşulları vasıtasıyla sözleşmeye dâhil edildiği durumlarda yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması doğrudur. Zira bireysel sözleşmelerde tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması ile bir sözleşmenin yapıldığı ifade edilebilirse de genel işlem koşullarının söz konusu olduğu durumlarda taraf iradelerinden ziyade genel işlem koşullarını düzenleyen tek taraflı iradesinden bahsedilebilir. Bu durumda bireysel sözleşmelerde korunması gereken sözleşme özgürlüğü olurken; genel işlem koşulları vasıtası ile gerçekleştirilen sözleşmelerde korunması gereken güçsüz taraf -yani kural olarak- alacaklı olmaktadır. Bu nedenle de üstün konumda olan genel işlem koşullarının öne süren tarafı daha dikkatli sözleşme yapmaya zorlamak için söz konusu hükümlerin budanarak ayakta tutulmak yerine geçersiz sayılması ve sözleşmenin ayakta tutulması yerinde olacaktır.

Yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımı bakımından önemli olan bir diğer mesele de genel işlem koşullarına ilişkin bir denetim türü olan içerik denetimidir. İçerik denetimini geçemeyen hükümler geçersiz kabul edilecektir. Ancak bu hükümlerin geçersiz kabul edilmesi sözleşme üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır. Eş söyleyişle genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün içerik denetiminden geçememesi durumunda genel işlem koşulları düzenleyen taraf “söz konusu hüküm olmasaydı ben sözleşmeyi yapmayacaktım” şeklinde bir savunma ileri süremeyecek, sürse dahi dinlenmeyecektir. İçerik denetiminde dürüstlük kuralına önemli ölçüde ihlal teşkil eden hükümlerin varlığı söz konusu ise bu durumda ihlal teşkil eden hükümler geçersiz kabul edilecek sözleşme ise ayakta tutulacaktır. İçerik denetiminde dürüstlük kuralının önemli ölçüde ihlal edildiğini kabul edebilmek için sözleşmenin bir bütün olarak incelenmesi gerekmektedir. Sözleşmenin bir hükmüne bakıldığında dürüstlük kuralı önemli ölçüde ihlal edilmiş gibi gözükebilecekken sözleşme bir bütün olarak incelendiğinde sözgelimi

³³⁶ KIRKBEŞOĞLU, s.52; YAĞCI, s.181; AYAN, GİK, s.28; KAYA ÖZGÜR, s.68.

³³⁷ KIRKBEŞOĞLU, s.52, 280; BAŞALP, s.395; YAĞCI, s.181; AYAN, GİK, s.28; KAYA ÖZGÜR, s.68. Dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağını yani sınırı aşan şekilde bir hükümler koyduğu hallerde söz konusu hükümlerin sınıra çekileceğini kabul edersek adeta düzenleyeni sınırı aşan hükümler koymaya itmiş oluruz.

sorumsuzluk anlaşması karşılığında alacaklının hizmeti çok daha ucuza aldığı veya sigortadan yararlandığı durumlardan artık dürüstlük kuralına aykırılık olduğu gerekçesiyle hüküm geçersiz kabul edilmeyecektir.

Tekrar ifade etmeliyiz ki bireysel sözleşmelerde korunması gereken sözleşme özgürlüğü iken; genel işlem koşulları vasıtası ile yapılan sözleşmelerde korunması gereken taraf alacaklıdır. Bu sebeple sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin bir inceleme yaparken de genel işlem koşulları vasıtası ile yapılmış sorumsuzluk anlaşmaları bireysel sözleşmelerle yapılmış sorumsuzluk anlaşmalarından daha sıkı denetime tabi tutulmalıdır.

E. Yazılmamış Sayılma

Genel işlem koşullarına ilişkin yürürlük denetimini aşır sözleşmenin kapsamına dâhil olamamış hükümler ile sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Yazılmamış sayılma yaptırımı hakkında doktrinde farklı görüşler söz konusu olsa da bizim katıldığımız görüşe göre yazılmamış sayılma ile kanun koyucunun kast ettiği yokluktur³³⁸. Kanun koyucu tarafından TBK m.22’de ifade edildiği üzere bahsi geçen hükümlerin yazılmamış sayıldığı durumlarda düzenleyen yazılmamış sayılan hükümler

³³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPUZ**, Kapsam, s.1154 vd. Doktrinde yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği konusunda ciddi bir tartışma mevcuttur. Doktrinde Antalya tarafından ileri sürülen ve savunulan görüşe göre üzere yazılmamış sayılma ne yokluktur ne kesin hükümsüzlüktür, kesin hükümsüzlükten daha ağır, yokluğa yaklaşan kendine özgü, ayrı bir geçersizlik çeşididir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ANTALYA/TOPUZ**, s.229 ve s. 229’daki dn.112; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 1, s.139-140, 143 ve 429; **YELMEN**, s.104 vd. Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız görüş yazılmamış sayılmanın yokluk olduğu yönündedir. Bir hüküm yazılmamış sayılırsa üzerinde irade beyanları uyumamış olacağı için bu yaptırımın yokluk olarak nitelendirilmesi gerekir. **ŞEKER, M.**, Yazılmamış Sayılma, İstanbul 2015, s.235 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.164-165; **EREN**, Genel, s.221-222; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s.132; **ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU**, s.142; **AKÇAAL**, s.56-57; **TUNÇSİPER**, s.47. Ayrıca **TOPUZ**’a göre burada bir faraziye söz konusudur bu faraziye “irade uyumsuzluğu faraziyesi” denebilir. Söz konusu faraziye göre bu durumda tarafların iradelerinin uyduğu –bir faraziye söz konusu olduğu için- ispat edilemez ve buna bağlanan sonuç da yazılmamış sayılmadır. Yazılmamış sayılma ile kast edilen sözleşme kapsamına dâhil etmemek, sözleşme kapsamına dâhil etmemek de yok saymaktır. **TOPUZ**, Kapsam, s.1165. yokluk bağlamında ifade edebileceğimiz son görüş ise olması gereken hukuk ile olan hukuk arasında bir ayırım yaparak nitelendirmeyi de bu ayrıma göre yapan görüştür. **OĞUZMAN/BARLAS**’a göre yazılmamış sayılma olması gereken hukuk açısından kesin hükümsüzlük iken olan hukuk bağlamında olaya bakıldığında yokluk olduğu savunulur. **OĞUZMAN/BARLAS**, s.221-222. Doktrinde ileri sürülen üçüncü görüş, yazılmamış sayılmanın sözleşme içeriğine dâhil olmama şeklinde anlaşılması gerektiğini savunur. Yazılı şekil şartı aranmayan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasının mantıksız olacağı bunun söz konusu hükümlerin sözleşme içeriğine dâhil olmadığı şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. **ATAMER**, GİK, s.325; **AYAN**, GİK, s.16; **KAŞAK**, GİK, s.424 ve 426; **KAYA ÖZGÜR**, s.51.

olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecektir³³⁹. Sözleşmedeki diğer hükümler yazılmamış sayılan hükümler -sanki hiç olmamış gibi- geçerli olmaya devam edecektir.

Genel işlem koşulları vasıtasıyla sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı bir durumda bahsi geçen hükümleri sözleşmenin kapsamına girebilmesi yani yürürlük denetimini geçebilmesi düzenleyenin hükümler hakkında bilgi vermesi ve bu hükümlerin içeriğini öğrenme imkânını karşı tarafa sağlamasına bağlıdır. Düzenleyenin hükümler hakkında bilgi vermesi ve bu hükümlerin içeriğini öğrenme imkanı da karşı tarafa sağladığı durumlarda alacaklının hükümleri incelemeyi kabul ettiği veya imzaladığı durumlarda global kabul söz konusu olacaktır. Bu durumda her ne kadar genel işlem koşulları kapsamındaki hükümler yürürlükte denetimine geçip sözleşme kapsamına dâhil olmuş olacaklarsa da sözleşme içinde yer alan ancak sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Sözleşme niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları hakkında da bilgi verilip öğrenme imkânı tanınması ve karşı taraftan bir bilgiye vakıf olduktan sonra söz konusu hükümleri onaylarsa bu durumda ne olacaktır? Artık bu durumda söz konusu hükümler alışılmamış hüküm sayılamayacakları için yazılmamış da sayılamayacaktır³⁴⁰ ancak söz konusu hükümlerin içerik denetimi vasıtasıyla hükümler yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması pek ala mümkündür.

³³⁹ Her ne kadar kanun koyucu yazılmamış sayılmış hükümler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyecekse de ve diğer hükümler geçerliliğini koruyacak olsa da yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşmenin esaslı unsuru olması durumunda artık söz konusu hükümler yazılmamış sayıldığında esaslı unsurları olmadan bir sözleşme de olamayacağı için diğer hükümler bu durumda ayakta tutulamaz. Ancak diğer hallerde boşluk hâkim tarafından tarafların farazi iradeleri ve hakkaniyet gözetilerek doldurulacaktır. **TOPUZ**, Kapsam, s.1155, 1155'teki dn.65; **YELMEN**, s.109-110; **TUNÇSİPER**, s.49-50.

³⁴⁰ **TOPUZ**, Kapsam, s.1153; **KAŞAK**, GİK, s.419; **KARADAĞ**, s.52; **AYAN**, GİK, s.15.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASININ VEYA KALDIRILMASININ TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNE ETKİSİ VE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. FİİL VE ZARAR

Alacaklı ile arasında bir borç ilişkisi bulunan borçlu yardımcı kişi kullanabileceği bir borcun ifasında ya da bir hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanmışsa söz konusu yardımcı kişi de bizim tercih ettiğimiz görüşe göre ister borca aykırı ister haksız bir fiille alacaklıya borçluya yüklenebilecek bir zarar vermişse ve borçlu ile alacaklı arasında sorumsuzluk anlaşması da yoksa veya bir sorumsuzluk anlaşması olmasına rağmen geçersizse tazminat yükümlülüğü doğacaktır. Tazminatın azami sınırını da zarar oluşturacağı için³⁴¹ ilk önce tazminat yükümlülüğünün üst sınırını teşkil eden zarar kavramına değineceğiz, sonrasında tazminatın belirlenmesine geçeceğiz.

Borçlunun yardımcı kişilerin vermiş oldukları hangi zararlardan sorumlu olacaklarını ilk bölümde ifade etmiş olsak da³⁴² hem zarar başlığı altında da önem taşıdığı için hem can alıcı noktalardan biri olduğu için bu konuya örneklerle tekrar değineceğiz.

³⁴¹ **TOPUZ, M.**, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s.207; **GÜLERYÜZ, M. T./ ZORLUOĞLU YILMAZ, A.**, “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi”, TBBD, C.31, S.141, Y.2019 (Mart), s.340; **ÜNLÜTEPE, M.**, “TBK’nın 55/1. Maddesi Çerçevesinde Ölüm Halinde Uğranılan Zararların Ve Bedensel Zararların Belirlenmesi”, THD, C.13, S.141, Y.2018 (Mayıs), s.69; **KILIÇOĞLU, M.**, Sorumluluk Hukuku C.1 Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002, s.23; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.454; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.114. Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise ileride ayrıntılı şekilde değineceğimiz üzere meydana gelen her zararın muhakkak tazmin edilmesinin gerekmeyeceğidir. Kural olan zararın tümünün tazmin edilmesi olsa da zarar görenin de kusurunun bulunması, zarar verenin kusurunun azlığı veya diğer indirim sebeplerinin yahut da illiyet bağıını kesen sebeplerin bulunduğu ihtimallerde zararın bir kısmının tazmin edilmesine hükmedilebileceği gibi zararın tazmin edilmesine gerek olmadığına hükmedilebilecektir. **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.234-235; Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir: “Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin mal varlığında oluşan eksilmeyi gidermekle yükümlüdür. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan “tam tazmin” ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu düşünceden hareketle, bazı hâllerde somut olayda gerçekleşen özel durumlar nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceği kabul edilmektedir.” Yargıtay HGK, E. 2017/4-1493, K. 2019/386, T. 2.4.2019, www.kazanci.com, (E.T. 12.02.2020); yine aynı yönde: “Hükmedilecek tazminat, hiçbir şekilde zarar miktarından fazla olamaz. Zarar miktarı tazminatın azami sınırını teşkil eder.” Yargıtay HGK, E. 2013/4-1706, K. 2015/1205, T. 15.4.2015, www.kazanci.com, (E.T. 12.02.2020).

³⁴² Bkz. Birinci Bölüm II.C başlığı.

A. Fiil

Kanun koyucu tarafından vaz edilmiş TBK m.116 hükmünü okuduğumuzda borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olacağını anlayabilsek de söz konusu sorumluluğun hangi fiillerin neticesi olduğunu aynı açıklıkla tespit edemiyoruz³⁴³. Bu problem de doktrinde bir tartışma doğurmaktadır³⁴⁴.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilki, borçlunun yardımcı kişinin yalnızca borca aykırılık teşkil eden fiillerinden dolayı sorumlu olacağını savunmaktadır³⁴⁵. Borçlunun yalnızca yardımcı kişinin borca aykırı fiillerinden sorumlu olması durumunda borçlu ile sözleşme yapmasına rağmen hizmeti borçludan değil de borçlunun yardımcı kişisinden alan alacaklıya yardımcı kişinin haksız fiille zarar vermesi durumunda borçluya başvurmasına imkân verilemeyecek ve alacaklının büyük ihtimalle daha önce hiç görmediği bir kişinin peşine borca aykırılığa göre daha elverişsiz bir sorumluluk türü olan haksız fiil sorumluluğu ile düşmek dışında bir imkân tanımamaktadır.

Doktrinde ifade edilen bizim de katıldığımız, Alman hukukunda hâkim görüş olan diğer görüş ise, borçlunun yardımcı kişinin ifa vesilesiyle gerçekleştirmiş olduğu gerek borca aykırı gerek haksız tüm fiillerden dolayı sorumlu olması gerektiğini ifade etmektedir³⁴⁶. Borçlu alacaklının hâkimiyet alanına alacaklının daha önce hiç tanımadığı bir kişiyi kendi işini görmesi veya yardımcı olması için sokmaktadır. Artık bu durumda borçlu alacaklının hâkimiyet sahasına soktuğu kişinin faaliyetlerinin sonucuna katlanmalıdır. Burada da borçlunun sorumluluğu, yardımcı kişinin fiilinin ifa esnasında gerçekleştirmesi ile sınırlı olsa da ifa esnasında ifadesinin geniş yorumlanması gerekir. İfa esnasının nasıl tayin edileceği noktasında da şu örnek verilmektedir: eğer ki yardımcı kişi evin içinde alacaklının telefonunu çalarsa borçlu bundan sorumlu olmalıdır yine bunun gibi kapının önündeki bisikleti çalarsa da

³⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.422.

³⁴⁴ Tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, s.170 vd.; YAĞCI, s.116 vd.; YÜNLÜ, s.293 vd.

³⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.419; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.677; SEROZAN, İfa, s.291; KARAHASAN, s.1401; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.896; REİSOĞLU, Genel, s.365; NOMER, Genel, s.312; İNAN/YÜCEL, s.616; GÜLERCİ, s.553; AKINCI, s.251; BELEN, s.275; YILDIRIM, s.304; GÜNDOĞDU, s.243; KAHVECİ, s.937; YAĞCI, s.119; YÜNLÜ, s.251 vd.; TANDOĞAN, s.441-442; ŞENOCAK, s.170 vd; EKİCİ, s.87; KARACA, s.52; ÖZDEMİR, s.274; AÇIKGÖZ, İnternet Bankacılığı, s.68.

³⁴⁶ EREN, Genel, s.1080; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.315; SEROZAN, İfa, s.291-292; TUNÇOMAĞ, s.844; KAHVECİ, s.937-938; YÜNLÜ, s.255 vd.; YAĞCI, s.120 vd.; ŞENOCAK, s.186 vd; ZEYTİN, s.451-452; EKİCİ, s.87-88.

borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi gerekir zira bu halde ifadan doğan imkanla gerçekleştirilen bir fiil söz konusudur. Ancak yardımcı kişinin alacaklıyı, ifa anındaki bir tartışmadan ötürü ifadan birkaç gün sonra başka bir yerde haksız fiille yaralaması halinde doğrudan yardımcı kişinin sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

Hâkim görüş, borca aykırı eylemin bazı durumlarda haksız fiil teşkil edeceğini kabul etmekte ve ancak söz konusu durumlarda haksız fiilden dolayı –ki bu durumda fiil hem haksız hem borca aykırıdır- borçlunun TBK m.116 uyarınca sorumluluğuna gidilebileceğini kabul etmektedir³⁴⁷. Örnek olarak saklama sözleşmesinin mevcut olduğu bir durumda yardımcı kişilerin gerçekleştirdiği bir hırsızlıktan dolayı borçlunun sorumlu olacağını ama tesisat işini görmek için giden yardımcı kişinin hırsızlık yapması durumunda borçlunun sorumlu olmayacağını söylemektedirler yine bunun gibi mobilya teslimi sırasında yardımcı kişi tarafından taşınan eşyalardan birinin kırılması durumunda borçlunun sorumlu olacağını ancak meydana gelen bir tartışma sonucunda bir eşyanın kırılması ihtimalinde borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğuna gidilemeyeceğini savunmaktadırlar³⁴⁸.

Doktrinde çoğunluk tarafından savunulan görüş, alacaklının yeteri kadar korunmasını sağlamadığı gibi tersine adeta borçluyu korumaktadır. Ticari işletmesini genişletmek, daha fazla kar sağlamak için ifayı yardımcı kişi marifetiyle gerçekleştiren borçlunun alacaklıda bir güven uyandırdığı ve bu güvenin korunması gerektiği açıktır. Örnekle açıklayım: bir hırsızın yoldan geçmekte olduğunu ve borçlunun mobilya teslimatı yaptığını düşünelim. Borçlu adamlarından birinin rahatsızlanması üzerine mobilyayı taşımak için yoldan geçen hırsızdan ricada bulunsa –hatta para vermiş olsun- hırsız da bu ricayı kabul edip mobilyayı taşısa ve çıkarken de evden gözüne kestirdiği birkaç eşyayı çalsa hâkim görüş bu durumda alacaklının yoldan geçen ve şans eseri olaya dâhil olan hırsızın haksız fiil sorumluluğuna gitmesi gerektiğini söylemektedir. Oysa olayımıza dikkatlice baktığımızda hırsızın eve böylesine kolayca girebilmesinin sebebi, alacaklı tarafından hırsızın borçlunun yardımcı kişisi olarak görülüyor olmasıdır. Aksi takdirde yoldan geçmekte olan bir insanı alacaklı neden evine alsın? Örneğimizde de açıkça belirttiği üzere bu durumda borçluyu yalnızca yardımcı kişinin borca aykırı fiillerinden sorumlu tutmak adilane bir yaklaşım olmaz. Borçlunun yoldan geçen bir

³⁴⁷ TANDOĞAN, s.442; KARAHASAN, s.1404-1405.

³⁴⁸ TANDOĞAN, s.442; KARAHASAN, s.1405.

kişiyi bile birkaç dakikalığına dahi olsa yardımcı kişisi kılma iktidarının ve bu kişiyi alacaklının hâkimiyet alanına sokabilme gücünün sorumluluğunu alması gerekir, bu da borçluyu yardımcı kişinin ifa esnasında gerçekleştirdiği her türlü fiilinden sorumlu tutmakla mümkün olur.

Bir başka olayda ise yardımcı kişinin kendi iradesi dışında uyuşturucuya maruz kaldığını ve ayırt etme gücüne sahip olmadığını ve bu halde işe gittiğini –bu durumda borçlunun seçmede ve talimat vermede bir kusurunun olmadığını da- düşünelim. Borçlunun edimini yerine getirirken de alacaklıya ya da alacaklının mal varlığına haksız fiille bir zarar vermiş olsun. Bu durumda hâkim görüş, borçlunun sorumlu tutulamayacağını söyler ve bizi haksız fiil hükümlerine göre doğrudan yardımcı kişiye yönlendirir ama olayımızda yardımcı kişiye sorumluluk yüklenemeyecektir zira iradesi dışında uyuşturucuya maruz kalmıştır³⁴⁹. Öyle alacaklının bu zarara katlanması gerekir. Peki, burada bu zarara katlanmaya borçlu mu yoksa alacaklı mı daha layıktır? Söz konusu yardımcı kişi borçlunun yardımcı kişisi olduğu ve onun üzerinde etkide de ancak borçlu bulunabildiği için elbette bu zarara birisi katlanacaksa bunun borçlu olması daha adil olandır. Nasıl ki yardımcı kişinin borcu doğru bir şekilde ifa etmesi halinde bundan borçlu kazançlı çıkacaksa olumsuz bir sonuç meydana geldiğinde de buna borçlunun katlanması gerekir.

Doğrusu hâkim görüş de kabul ettiği sınırları genişletme eğilimindedir. Hâkim görüş, meydana getirilen zararlar gerçekleştirilen ifa arasında fonksiyonel bir bağlantı olması gerektiğini söylemektedir³⁵⁰. Fonksiyonel bağlantı şöyle bir özellik arz eder: yardımcı kişi görevlendirildiği işi değil de görevlendirilmediği başka bir işi yapıyorsa ve zarar da yardımcı kişinin görevlendirilmediği işi yaparken meydana gelmişse bu zarardan borçlu sorumlu olacak mıdır? Örneğin ütücünün kendi eşyalarını ütülerken yangına sebebiyet vermesi sonucunda ortaya çıkan zarardan borçlu sorumlu olacak mıdır yoksa olmayacak mıdır³⁵¹? Hâkim görüş içinde fonksiyonel bağın geniş yorumlanması gerektiği ve borçlunun yardımcı kişinin borca aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir³⁵². Bizim

³⁴⁹ Ayırt etme gücünün kaybindan sorumlu olmadığını ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.

Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.60.

³⁵⁰ ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.315; SEROZAN, İfa, s.291-292.

³⁵¹ SEROZAN, İfa, s.292.

³⁵² ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.314-315; EREN, Genel, s.1080; SEROZAN, İfa, s.292.

savunduğumuz görüşe göre ise borçlu, bu ihtimalde de yardımcı kişilerin alacaklının hâkimiyete alanına girme sebebi olduğu için yardımcı kişinin eyleminden sorumlu olmalıdır.

Fiil başlığı altında değinmekte yarar gördüğümüz son husus ise illiyet bağı ile alakalıdır. Esasen yukarıda anlattıklarımız da nasıl bir fiille gerçekleştirilen zarardan borçlunun sorumlu olacağına ilişkin olduğundan illiyet bağı ile alakalıdır. Ancak illiyet bağı zarar ve fiil isimli iki ucu birbiri ile ilişkilendiren bağ olduğundan biz yukarıda genellikle illiyet bağının fiil ucuna bağlanan kısmına değindik; illiyet bağının diğer bağlantı noktası ise zarara ilişkindir. Daha açık bir deyişle şunu söylemek istiyoruz: borçlunun sorumlu olacağı bir fiille yardımcı kişinin alacaklıya zarar verdiği ihtimalde söz konusu fiilin zararı doğurmuş ya da doğurmaya elverişli olması gerekir³⁵³. Borçlu yardımcı kişinin ifa esnasında haksız bir fiille bir başka deyişle borçlunun yardımcı kişisi olmasının verdiği kolaylıkla alacaklının hâkimiyet alanına girdikten sonra alacaklının şahıs ya da mal varlığına karşı haksız bir fiille zarar vermişse borçlu bu fiilden dolayı sorumlu olacaktır ancak bu fiilin genel hayat tecrübeleri, olayların normal akışı gibi kıstasları göz önüne alarak zarara sebebiyet vermeye elverişli olması da gerekir³⁵⁴. Ayrıca tıpkı zararda olduğu gibi uygun illiyet bağının da bir başka deyişle yardımcı kişinin söz konusu fiilinin zararı doğurmaya elverişli olduğunun da alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir³⁵⁵.

B. Zarar

Borçlunun yardımcı kişisi tarafından ifa esnasında gerçekleştirilen gerek borca aykırı gerek haksız bir fiil sonucunda tazmin yükümlülüğünün doğması için bir zararın söz konusu olması gerekir³⁵⁶. Yalnızca borca aykırı davranılmış olması ya da haksız bir fiilin işlenmiş olması hatta yardımcı kişi kullanımına izin verilmeyen bir halde yardımcı kişi kullanılmış olması sebebiyle borçlunun şahsi kusurunun doğmuş olduğu hallerde dahi eğer herhangi bir zarar doğmadıysa tazmin yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.

Kanun koyucu tarafından zararın genel bir tanımı yapılmamıştır³⁵⁷, doktrinde de zarar genellikle belli ayrımlara tabi tutulmakta ve bu ayrımların altında tanımlanmaktadır. Zararla

³⁵³ YÜNLÜ, s.319; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.315; EREN, Genel, s.1110.

³⁵⁴ YÜNLÜ, s.319-320; EREN, Genel, s.1110.

³⁵⁵ GÜNDOĞDU, s.279-280.

³⁵⁶ TİFTİK, M., Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s.51; ŞEKER, M., “Borca Aykırı Davranıştan Kaynaklanan Maddi Ve Manevi Zararın Tazmini”, LHD, S.60, Y.2007 (Aralık), s.3765-3766; ÜNLÜTEPE, s.68-69; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.38-39; YÜNLÜ, s.297.

³⁵⁷ ERGÜNE, M. S., Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s.8; ERLÜLE, s.31; YÜNLÜ, s.300.

ilgili olarak çoğunlukla yapılan tanım mal varlığında irade dışında meydana gelen eksilme şeklindedir³⁵⁸. Bu tanım için aynı zamanda maddi zararın tanımı da diyebiliriz, tam da burada zarar denildiği zaman genellikle dar anlamda zarar da denilen maddi zararın kast edildiğini söylemeliyiz³⁵⁹. Biz de doktrinde olduğu gibi zararı belli ayrımlara tabi tutacağız ve bu ayrımlar altında tanımlayacak ve örneklendireceğiz.

Zarara ilişkin olarak yapacağımız ilk ayrım maddi zarar ile manevi zarar arasındaki ayrım ve Alman doktrininde ileri sürülen normatif zarar kavramına ilişkin olacaktır.

Maddi zarar, rıza dışında meydana gelen fiil³⁶⁰ olmasaydı mal varlığının içinde bulunacağı hal ile rıza dışında meydana gelen fiilin gerçekleşmesi sonucu mal varlığının içinde bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder³⁶¹. Daha açık bir ifade ile maddi zarar, farazi durum –rıza dışı fiil gerçekleşmeseydi mal varlığının içinde bulunacağı durum- ile fiili durum –rıza dışı fiil gerçekleştikten sonra mal varlığının içinde bulunduğu durum- arasındaki

³⁵⁸ **NOMER, H. N.**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s.5; **PETITPIERRE, G.**, “Maddi Zarar – Manevi Zarar Ayrımında Yeni Sınırlar”, (Çev. SONAT, K. A.) LHD, C.11, S.129, Y.2013, s.5; **GÜRİSOY, K. T.**, “Manevi Zarar ve Tazmini”, AÜHFD, C.30, S.1, Y.1973, s.7; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.23; **ERLÜLE**, s.31; **ERGÜNE**, s.9; **ÜNLÜTEPE**, s.68; **GÜNDOĞDU**, s.263; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.83; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.39.

³⁵⁹ **ERLÜLE**, s.32; **ERGÜNE**, s.12’deki dn.18; **TİFTİK**, s.51; **KICALIOĞLU**, s.195; **TANDOĞAN**, s.63; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.23; **ÜNLÜTEPE**, s.69; **GÜNDOĞDU**, s.270; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.81; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.320; **TEKİNAY**, s.548; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.40’daki dn.96; **EREN**, s.543; Geniş anlamda zarar denilerek kast edilen ise yalnızca manevi zarar olmayıp hem maddi hem manevi zarardır. **TANDOĞAN**, s.63; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.23; **KICALIOĞLU**, s.195; **ÜNLÜTEPE**, s.69; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.81; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.40’daki dn.96; söz konusu ayrım Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir: “Doktrin ve yargısal içtihatlarda zarar “geniş anlamda zarar”, “dar anlamda zarar” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Geniş anlamda zarar, bir kişinin malvarlığında veya kişi varlığında (manevi varlığında) iradesi dışında meydana gelen eksilmeler olarak tanımlanmaktadır. Buna “karşılık dar anlamda zarar” teknik anlamdaki maddi zararı ifade etmekte olup, bu zarara malvarlığı zararı da denilmektedir.” Yargıtay HGK, E. 2017/14-2008, K. 2019/172, T. 19.2.2019, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020).

³⁶⁰ Azalmanın irade dışı olması gerekmemektedir, azalmaya sebep olan fiilin irade dışı olması gerekir. Bedeni zarara maruz kalması sebebiyle alacaklının tedavi olması halinde mal varlığının azalması irade dışı değildir ve olması da gerekmez, irade dışı olması gereken mal varlığının azalmasına sebep olan fiildir. **PETITPIERRE**, s.8.

³⁶¹ **KARAKAŞ, F.T./SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Ö.**, “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”, BATİDER, C.23, S.3, Y.2006 (Haziran), s.158; **NOMER**, Tazminat, s.8 vd.; **TİFTİK**, s.51; **PETITPIERRE**, s.5; **ERGÜNE**, s.11; **ÜNLÜTEPE**, s.69; **KICALIOĞLU**, s.197; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.86; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.320, 323; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.384; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.39; **EREN**, s.761-762; **YÜNLÜ**, s.301; Yargıtay kararlarında maddi zarar şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark, zararı oluşturur.” Yargıtay HGK, E. 2017/14-2008, K. 2019/172, T. 19.2.2019, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020); Zarar kavramının roma hukukundaki gelişimi için bkz. **KARAKAŞ/ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, s.158 vd.

farktır³⁶². Yaptığımız tanım çerçevesinde maddi zararın kapsamına hem fiili zarar hem yoksun kalınan kar girmektedir³⁶³.

Fiili zarar, mal varlığının önceki durumu ile rıza dışında fiilin meydana gelmesinden sonra geldiği hal arasındaki farkın hesaplanmasıyla tespit edilirken yoksun kalınan kar, fiili durum ile fiil gerçekleşmeseydi mal varlığının içinde bulunacağı durum arasındaki fark hesaplanarak bulunur³⁶⁴. Başka bir deyişle fiili zarar –ister aktifin azalması ister pasifin azalması suretiyle olsun- mal varlığındaki azalmayı ifade ederken yoksun kalınan kar ise mal varlığının artma ihtimalinin ortadan kalkması ile ilgilidir³⁶⁵.

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde maddi zarara sebep olacak rıza dışı fiil, borca aykırı bir fiil olabileceği gibi ifa esnasında gerçekleştirilmiş haksız bir fiil de olabilir.

Eşya taşımak ya da internet tesisatını yerleştirmek için gittiği bir evde yardımcı kişi yanlışlıkla yani borca aykırı bir fiille ya da çıkan bir kavgada kasten atmak suretiyle alacaklının bilgisayarını bozsa ve alacaklının bilgisayarını bozulduğu için ertesi günkü sunumunu gerçekleştiremediğinden muhakkak alacağı bir işi alamasa bu durumda alacaklı bilgisayarının bozulması sebebiyle fiili zarara, sunumu alamaması sebebiyle de yoksun kalınan kara maruz kalmış olur.

³⁶² **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.214-215 ; **ERGÜNE**, s.11; **KICALIOĞLU**, s.195; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.81.

³⁶³ **ŞEKER**, Zarar, s.3767; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.213; **ERGÜNE**, s.10; **ÜNLÜTEPE**, s.69; **KICALIOĞLU**, s.195; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.87; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.324; **EREN**, s.548.

³⁶⁴ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.39; **ERGÜNE**, s.10; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.27; **KICALIOĞLU**, s.198; **GÜNDOĞDU**, s.269; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.93-94; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.41.

³⁶⁵ **ŞEKER**, Zarar, s.3767; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.390; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, s.324; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.41; **YÜNLÜ**, s.305.

Etkilerini mal varlığı alanında değil de kişi varlığı alanında doğuran amacı hakkında çeşitli fikirlerin ileri sürüldüğü³⁶⁶ manevi zarar ise kişilik hakkına karşı³⁶⁷ gerçekleştirilen bir fiilden ötürü kişinin duyduğu elemi, ıstırapı veya yaşam kalitesindeki azalmayı ifade eder³⁶⁸. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında da manevi zarara hükmedilebileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır³⁶⁹. Zira TBK m.114/2'nin atfıyla haksız fiil

³⁶⁶ **ANTALYA, O. G.**, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017, s.24 vd.; **ATLAN, H.**, Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015, s.56 vd.; **GÜL, İ.**, “Manevi Tazminatın İşlevi Ne Olmalı?”, HKÜHFD, S.11, Y.2016 (Ocak), s.127 vd.; **GÜRKAN, M.**, “Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi”, İBD, C.87, S.6, Y.2013, s.94 vd.; **ANTALYA, O. G.**, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması –Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-“, MÜHFHAD, Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3, Y.2016, s.233 vd.; **DEĞERLİYURT, C.**, “Götürü Manevi Tazminat”, Ed. BAYSAL, B., Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, İstanbul 2019, s.130 vd.; **ERLÜLE, s.73** vd.; **ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.149** vd.; ayrıca cezalandırıcı tazminat ve Türk hukukundaki bazı tazminatlarla mukayesesi için bkz. **GÜLERYÜZ/ZORLUOĞLU YILMAZ, s.325** vd.; Yargıtay da kararlarında manevi tazminatın amacına değinmektedir: “22.06.1966 gün ve 7/7 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında “Manevi tazminat, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat, bir ceza olmadığı gibi, mamelek (malvarlığı) hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. “ şeklindeki gerekçesinde manevi tazminatın malvarlığına ilişkin olmadığı ve manevi tazminatın kendine özgü bir tazminat olduğu açıkça vurgulanmıştır. ” Yargıtay HGK, E. 2018/1036, K. 2019/493, T. 30.4.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

³⁶⁷ **ANTALYA, Manevi, s.48** vd.; **ATLAN, s.7** vd.; **KILIÇOĞLU, “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?”, DÜHFD, C.1, S.1, Y.1983, s.288; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.159** vd.; **OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.257** vd.

³⁶⁸ **ANTALYA, Manevi, s.6; GÜLERYÜZ/ZORLUOĞLU YILMAZ, s.343; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.390-391; PETITPIERRE, s.10; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.32; KICALIOĞLU, s.201; DEĞERLİYURT, s.126; YÜNLÜ, s.301-302; ERGÜNE, s.11; ŞEKER, Zarar, s.3774; GÜRSOY, Manevi, s.8; KILIÇOĞLU, Tüzel Kişi, s.293; GÜNDOĞDU, s.270; GÜRKAN, s.94; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.148-149; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.40-41; Yargıtay da kararlarında manevi zarara ilişkin şu şekilde bir tanım yapmaktadır: “Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elemi manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan, acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için Kanunlar manevi tazminat verilebilecek bazı olguları özel olarak düzenlemiştir. (...) Bunlar kişilik değerlerinin zedelenmesi (TMK m.24), isme saldırı (TMK m.26), nişanın bozulması (TMK m.121), evlenmenin butlanı (TMK m.158/2), boşanma (TMK m.174/2) bedensel zarar ve ölüme neden olma (818 Sayılı BK m.47, 6098 Sayılı TBK m56) durumlarından biri ile kişilik haklarının zedelenmesi (818 Sayılı BK m.49, 6098 Sayılı TBK m. 58) olarak sıralanabilir. ” Yargıtay HGK, E. 2017/4-1488, K. 2019/527, T. 7.5.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020); aynı yönde bir diğer karar için bkz. Yargıtay HGK, E. 2017/4-1687, K. 2019/427, T. 9.4.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020); Manevi zarar hakkında diğer görüşlerin de tanımlarına ulaşabilmek için bkz. **ANTALYA, Manevi, s.13** vd.; **ERLÜLE, s.37** vd.; **GÜL, s.123** vd.; **ATLAN, s.47** vd.; **ANTALYA, Öneri, s.227** vd.; Tüzel kişilerin manevi tazminat isteyebilir mi sorusunun cevabı için bkz. **KILIÇOĞLU, Tüzel Kişi, s.292** vd.; **ANTALYA, Manevi, s.22; ANTALYA, Öneri, s.231-232; DEĞERLİYURT, s.126** vd.**

³⁶⁹ **ŞEKER, Zarar, s.3773-3774; GÜNDOĞDU, s.271; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.389; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.253; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.197; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.319; Yargıtay da kararlarında bu durumu ifade etmektedir: “818 Sayılı BK’da borca aykırılıktan doğan sorumluluk nedeniyle manevi tazminat ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşmeye aykırılık tek başına manevi tazminat gerektirmez ise de, özel hâl ve şartlarda davacının kişilik haklarının zedelenmesi hâlinde haksız fiilin neticelerini doğurmakta ve manevi tazminat gerektirmektedir. (...) 818 Sayılı BK’nın 98/2. maddesi gereğince haksız fiillere müteallik hükümler kıyasen sözleşmeye aykırı hareketlere de uygulanır. Borca aykırı herhangi bir davranışın, alacaklının kişilik haklarının zedelenmesine neden olması**

sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla borca aykırılık hallerinde de uygulanacaktır ve manevi zarar da istisna edilmemiştir. İfa esnasında yani borçlunun alacaklının hâkimiyet alanına yardımcı kişiyi sokması sonucunda yardımcı kişinin gerçekleştirdiği haksız fiillerden de borçlunun TBK m.116 çerçevesinde sorumlu olacağını savunduğumuz görüşümüz çerçevesinde manevi zarardan bahsetmek daha olası olacaktır. Ancak hâkim görüşü kabul ederek yardımcı kişinin ifa esnasında gerçekleştirdiği borca aykırı bir fiille alacaklının kişilik hakkına bir zarar vermesi gerekecektir; kabul edilmesi gerekir ki bu oldukça düşük bir olasılıktır. Manevi zarar bakımından da hâkim görüşün kabul edilmesi alacaklının zararına, borçlunun ise karına bir durum meydana getirmektedir.

Manevi zararlar ilgili olarak belirtmemiz gereken son durum, kişilik hakkının ihlal edildiği her durumda yalnızca manevi zararın doğduğu söylenemeyecektir eğer ki kişilik hakkını ihlal eden fiil mal varlığı üzerinde de olumsuz bir etkide bulunmuşsa maddi zarara da sebep teşkil edebilir³⁷⁰. Bir başka deyişle kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda doğacak olan zarar somut olayın şartlarına göre manevi olabileceği gibi maddi de olabilir. Bir başka açıdan değerlendirdiğimizde de şunu söyleyebiliriz: manevi zarar saldırının yalnızca kişi varlığı haklarına yöneldiği hallerde tek başına ortaya çıkabileceği gibi saldırının vücut bütünlüğüne yöneldiği hallerde de maddi zararlar beraber ortaya çıkabilir³⁷¹.

Alacaklının evine bir iş için gelen yardımcı kişinin misafirlerinin yanında alacaklıyı küçük düşürmesi veya aile yadigarı ve ne kadar önemli olduğu belirtilmiş bir vazoyu onarmak için teslim edilen borçlunun yardımcı kişinin çarparak vazoyu kırması durumlarında alacaklının manevi zararı ve manevi tazminat talebi söz konusu olur.

Özellikle Alman doktrinde maddi ve manevi zarar ayrımının yeterli olmadığı ileri sürülerek normatif zarar kavramından bahsedilmektedir. Manevi zarardan bahsedebilmek için kişilik hakkının ihlal edilmiş olması, maddi zarardan bahsedebilmek için de mal varlığının

mümkündür. (...) 818 Sayılı BK'da da borca aykırılıktan doğan sorumluluk nedeniyle manevi tazminat ödeneceğine dair bir hüküm olmaması nedeniyle 818 Sayılı BK'nın 98. maddesi delaletiyle aynı Kanun'un 49. maddesinin olaya uygulanması gerekir." Yargıtay HGK, E. 2017/11-44, K. 2019/508, T. 2.5.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

³⁷⁰ GÜNAY, E., Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara 2017, s.21; KILIÇOĞLU, Tüzel Kişi, s:287; ÜNLÜTEPE, s.70; YÜNLÜ, s.305; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.40.

³⁷¹ ERLÜLE, s.65; KILIÇOĞLU, Tüzel Kişi, s.287-288.

azalmasının ya da artış ihtimalinin ortadan kalkması gerekir. Alman doktrinin de aslında zarar olan bazı hallerin kişilik hakkını ihlal etmediği için manevi zarar, mal varlığı üzerinde de görünür bir etki doğurmadığı için maddi zarar kapsamına dâhil edilemediğini bu sebeple de normatif zarar kavramının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁷². Normatif zarar kavramını destekleyenlerce bazı hallerde mal varlığında bir eksilmenin olup olmadığına bakılmaksızın normatif bir zararın meydana geldiğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁷³. Türk doktrininde desteklenmeyen normatif zarar kavramı ile ilgili olarak bu ayrımı savunanların maddi ve manevi zarar kapsamına dâhil edemediklerini ileri sürdükleri zararların³⁷⁴ aslında maddi veya manevi zarar kapsamına dâhil edilebileceği savunulmaktadır³⁷⁵.

Zararın doğrudan, dolayısıyla veya yansıma yoluyla gerçekleşmesi de zarara ilişkin yapılan ayrımlardan biridir. Borçlunun yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiilden dolayı sorumlu olması ihtimali bakımından zararın doğrudan zarar ya da dolayısıyla zarar hatta yansıma zarar olması arasında bir fark yoktur. Doğrudan zarar, gerçekleştirilen fiil nedeniyle doğrudan uğranılan zararı ifade eder³⁷⁶. Dolayısıyla zarar ise gerçekleştirilen fiil nedeniyle doğrudan değil de dolayısıyla uğranılan, bir başka deyişle fiilin direkt olarak oluşturmadağı ancak fiilden dolayı oluşan zararı ifade eder³⁷⁷. Anlaşılması için bir örnek vermemiz gerekirse, yardımcı kişinin ifa esnasında sinirlenerek alacaklının bilgisayarını kırması ve bilgisayarının kırılmasından dolayı ertesi güne bitirmesi gereken işi bitirememesi sebebiyle işten atılması durumunda bilgisayarın kırılması doğrudan zarara; bilgisayarın kırılmasından dolayı işi teslim edememesi ve bundan dolayı da işten atılması dolayısıyla zarara örnek teşkil eder. Söz konusu

³⁷² **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.24-25; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.42; burada maddi ve manevi zarar yerine bir üçüncü zarar çeşidi mi eklemek gerektiği ya da manevi zarar kavramı içinde bahsi geçen zarar türlerine yer mi açmak gerektiği tartışılmaktadır. Manevi zarar kavramının kendi içinde büyük manevi zarar ve küçük manevi zarar olarak ikiye ayrılıp söz konusu zararların geniş anlamda manevi zarar kavramı kapsamına dâhil etme çabalarının olduğu ama bunun doğru olmadığı, olması gerekenin üçüncü bir zarar çeşidinin yani normatif zararın kabul edilmesi olduğu savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **PETITPIERRE**, s.12 vd.

³⁷³ **PETITPIERRE**, s.12-13; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.42; **YÜNLÜ**, s.315.

³⁷⁴ Ev ve süs hayvanlarına verilen zararın manevi zarar, tatile giden ve tatilden istediği verimi elde edemeyen kişi zararı paket tur sözleşmesine aykırılık teşkil ediyorsa maddi, duyduğu elemi, ıstırapı da şartları varsa manevi zararın tazmini yoluyla talep edebilecektir. Ayrıca boş zaman, tatil ya da kullanamama gibi gerekçelerle tazminat Türk hukukunda maddi bakımdan kabul edilmese de şartları varsa manevi tazminat söz konusu olabilecektir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.101-102.

³⁷⁵ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 3, 320 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.42-43.

³⁷⁶ **KILIÇOĞLU, K.**, Yansıma Yoluyla Zarar, Ankara 2012, s.16; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.29; **GÜRKAN**, s.97; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.96; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.43.

³⁷⁷ **KILIÇOĞLU**, Yansıma, s.16; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.29; **GÜRKAN**, s.97; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.96; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.43.

ayrımındaki son zarar kalemi ise yansıma zarardır. Yansıma zarar, kelime manasından da tahmin edileceği üzere fiilin yöneldiği kişi veya kişilerin dışındakilerin fiilin yöneldiği kişi ile aralarındaki özel bir ilişki sebebiyle fiilden etkilenerek uğradıkları zarardır³⁷⁸. Burada adeta fiile maruz kalanın uğradığı zarar ondan yansıyıp belli özelliklere sahip üçüncü kişilerde de etkisini göstermektedir. Yansıma zarar istisnai niteliktedir³⁷⁹ ve yansıma zarardan bahsedebilmek için kanun koyucu tarafından öngörülmüş olması bir başka deyişle hukuka aykırılık bağının kurulmuş olması gerekir³⁸⁰. Yansıma zarara örnek olarak da yardımcı kişinin ifa esnasında alacaklıyı öldürmesi sonucunda alacaklının desteği olduğu kişilerin borçludan TBK m.53/3 uyarınca talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatını verebiliriz.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bir borca aykırılıktan sorumluluk olduğu için incelememiz gereken son ayrım olumlu zarar ve olumsuz zarar ayrımıdır. Sıkça karıştırılan bu iki zarar kalemini doğumları için neyin gerektiğini düşünerek birbirinden ayırt edebiliriz. Olumlu zarardan bahsedebilmek için olumlu bir şeyin yani bir var olma durumunun söz konusu olması gerekir ve bu var olma durumu da borca aykırılık konusu bağlamında olduğumuz için sözleşmeye yönelir ve sözleşmenin mevcut olmasını ifade eder, öyleyse şunu diyebiliriz: olumlu zararın var olduğunu söyleyebilmemiz için olumlu bir durumun yani geçerli bir sözleşmenin var olması gerekir³⁸¹. Olumsuz zarardan bahsedebilmek için ise olumsuz durumun varlığı – ya da olumlu durumun yokluğu- gerekir ve bu da geçerli bir sözleşmenin olmaması manasına gelir, o zaman burada da şunu söyleyebiliriz: olumsuz zarardan bahsedebilmek için olumsuz bir durumun yani kurulamamış veya geçersiz bir sözleşmenin var olması gerekir³⁸².

³⁷⁸ **ÖZEL, Ç.**, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C.50, S.4, Y.2001, s.84; **KILIÇOĞLU**, Yansıma, s.22; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.30; **GÜRKAN**, s.97; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.97; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.43.

³⁷⁹ **ÖZEL**, s.92 vd.; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.30; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.98.

³⁸⁰ **KILIÇOĞLU**, Yansıma, s.28 vd.; **ÖZEL**, s.104; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.98; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.44.

³⁸¹ **ERGÜNE**, s.55.

³⁸² **ERGÜNE**, s.55; Yargıtay da kararında benzer şeyler söylemektedir: “Menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşme hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. (...) Burada alacaklı sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır. (...) Diğer bir söyleyişle, genel olarak menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder.” Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020); benzer şekilde bir başka kararında ise Yargıtay şöyle demektedir: “Menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder.” Yargıtay HGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, T. 29.9.2010, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

Olumlu zarar, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi durumlarında alacaklının uğradığı zararı ifade eder³⁸³. Bir başka deyişle olumlu zarar, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi durumları söz konusu olmasaydı alacaklının mal varlığının içinde bulunacağı (farazi) durum ile borca aykırılık teşkil eden davranış sebebiyle içinde bulunduğu (fiili) durum arasındaki farkı ifade eder³⁸⁴. Olumlu zararlar alakalı olarak verdiğimiz bilgilerle önceki zarar türleri arasında mukayese yaptığımızda olumlu zararlar maddi zararın benzerliği ve olumlu zararın da bünyesinde fiili zararı ve yoksun kalınan karı barındırdığı fark edilir³⁸⁵.

Maddi zararda örnek olarak verdiğimiz bilgisayarın bozulması sebebiyle muhakkak alınacak bir işin alınamaması örneği olumlu zarar bakımından da örnek olabilir. Zira bu halde ifa gerektiği gibi gerçekleşmiş olsaydı alacaklı böyle bir zarara uğramayacaktı. Yine bunun gibi alacaklının ifa menfaatinin yerine getirilmediği durumlarda olumlu zarar söz konusu olacaktır. Yardımcı kişinin alacaklı ile girdiği tartışma sonucunda eşyalara zarar vermesi ihtimalinde de olumlu zarar söz konusudur.

³⁸³ **ERGÜNE**, s.55; **GÜNDOĞDU**, s.268; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.386; **YÜNLÜ**, s.306; Yargıtay da çeşitli kararlarında olumlu zararı tanımlamış ve örnek de vermiştir: “*Müspet zarar ise, alacaklının gereği gibi ve vaktinde olan ifaya taalluk eden menfaatine tekabül eder. Yani borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne vaziyette bulunacak idi ise bu vaziyet ile mamelekin hali hazır vaziyeti arasındaki farktır. Diğer bir ifadeyle müspet zarar aktin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. (...)Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.*” Yargıtay HGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, T. 29.9.2010, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020); Yargıtay bir başka kararında ise şu örneği vererek olumlu zararı ifade etmeye çalışmıştır: “*Örneğin davacı davalının sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan malı alamayınca başkasından ve daha fazla fiyatla almak zorunda kalması halinde bu iki fiyat arasındaki fark onun müsbet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. İşte müsbet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.*” Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

³⁸⁴ **ERGÜNE**, s.56; **GÜNDOĞDU**, s.268; **TEKİNAY**, s.855; **TANDOĞAN**, s.426; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.386.

³⁸⁵ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.96; **GÜNDOĞDU**, s.268; **YÜNLÜ**, s.307; Yargıtay da kararlarında bu durumu ifade etmektedir: “*Olumlu (müspet) zarar; borçlu edimi (edayı) gereği gibi ve süresinde yerine getirseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark olumlu (müspet) zarardır. Diğer bir anlatımla olumlu zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.*” Yargıtay HGK, E. 2004/13-208, K. 2004/211, T. 7.4.2004, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

Olumsuz zarar ise sözleşmenin kurulacağına ya da geçerli olduğuna güven duyan kimsenin mal varlığında sözleşmenin kurulmaması veya geçerli olmaması halinde doğan zararı ifade etmek için kullanılır³⁸⁶.

Sözleşme görüşmeleri sırasında yetki verilmiş yardımcı kişinin sözleşmeyi yapacağı kişiyi yanlış anlaması sonucu aslında sözleşme yapmayacağı alacaklıyla sözleşme görüşmeleri yapması ve alacaklının bu sebeple zarara uğradığı durumlarda olumsuz zarar söz konusu olacaktır.

Olumlu zarar alacaklının ifadaki menfaatini koruma ve sanki ifa yapılmış gibi bir hale getirme amacı güder³⁸⁷. Olumsuz zararda ise alacaklının ifadaki menfaati değildir korumanın konusunu oluşturan, bu halde alacaklının sözleşmenin kurulduğuna ya da kurulacağına duyduğu güven korunmaktadır³⁸⁸. Gerek doğmalarını sağlayan temeldeki farklılıklardan gerek özgülendikleri koruma amaçlarının farklı olması sebebiyle olumlu zarar ve olumsuz zarar kavramları bir arada bulunması mümkün olmayan, birbirlerini dışlayan kavramlardır bundan dolayı da bir durumda ya olumlu zarar vardır ya da olumsuz zarar, bir arada bulunmaları mümkün değildir³⁸⁹.

Maddi zararı hesaplanırken uygulanması gereken yöntem, zarar olarak zararın meydana geldiği şeyin soyut ya da objektif olarak değerinin değil³⁹⁰, zararın konusunun

³⁸⁶ **ERGÜNE**, s.40; **GÜNDOĞDU**, s.268; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.386; **YÜNLÜ**, s.307-308; Yargıtay kararlarında olumsuz zarardan şu şekilde bahsetmektedir: “Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. (...) Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar Burada, alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar menfi zarardır.” Yargıtay HGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, T. 29.9.2010, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020); aynı yönde bazı kararlar: Yargıtay HGK, E. 2010/13-618, K. 2010/668, T. 15.12.2010; Yargıtay HGK, E. 2004/13-208, K. 2004/211, T. 7.4.2004; Yargıtay HGK, E. 2004/13-208, K. 2004/211, T. 7.4.2004, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

³⁸⁷ **ERGÜNE**, s.56-57; **GÜNDOĞDU**, s.268; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.386.

³⁸⁸ **ERGÜNE**, s.57; **GÜNDOĞDU**, s.268; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.386.

³⁸⁹ **ERGÜNE**, s.70 vd.; **YÜNLÜ**, s.310.

³⁹⁰ Objektif ya da soyut yöntemde zarar, şeyin alacaklının malvarlığında ifade ettiği kıymet önemsenmeksizin objektif olarak veya soyut olarak o şeyin kıymetidir. **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.289; **TANDOĞAN**, s.273; **GÖKCAN**, s.557; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.109; **KICALIOĞLU**, s.204; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.89; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.398.

malikinin mal varlığında somut ya da sübjektif olarak ifade ettiği değerin kabul edilmesidir³⁹¹. Ancak burada kast ettiğimiz manevi zarardan çok daha başka bir şeydir. Zarar verici fiilin yöneldiği şeyin objektif olarak değeri, zarar görenin mal varlığında ifade ettiği değerden daha düşük olabilir ve böyle bir durumda da şeyin objektif ya da soyut değerinin zarar olarak kabul edilmesiyle zarar görenin yani alacaklının zararının telafi edilmemesi gibi bir sonuç doğacaktır. Daha açık olması açısından bir örnek vermemiz gerekirse antika bir takımın tek bir parçasının kırılmasıyla diğer tüm parçalar da anlamsız hale geliyorsa bu durumda borçlunun –zarar sorumlusunun- sorumlu olması gereken zarar, tek bir fincanın bedeli değil, anlamsız hale gelen tüm setin değeri ya da tüm setin değerinde meydana gelen eksilme olmalıdır.

Doktrin ve uygulama zararın hesaplanmaya başlamasında hangi tarihin başlangıç olarak kabul edileceği konusunda ayrılmaktadır. Kanun koyucu TBK m.75’de bedensel zararın belirlenmesi ile ilgili olarak karar verme sırasında belirlenmiyorsa ifadesini kullanmasından yola çıkan hâkim görüş diğer zararlar bakımından da zararın belirlenmesinde hükmün verildiği tarihin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir³⁹². Yargıtay ise uygulamada zararı doğuran fiilin gerçekleştiği zamanı esas alarak tespit etmektedir³⁹³.

Alacaklının yardımcı kişinin fiili sebebiyle uğradığı zarardan borçluyu sorumlu tutabilmesi için zararı ispat etmesi gerekir³⁹⁴. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bir borca aykırılıktan sorumluluk olduğundan TBK m.112 uyarınca kusur karinesi geçerlidir.

³⁹¹ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.294; **TANDOĞAN**, s.275; **GÖKCAN**, s.557; **TEKİNAY**, s.789; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.108; **KICALIOĞLU**, s.205; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.90; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.398.

³⁹² **TEKİNAY**, s.867; **TANDOĞAN**, s.265; **GÖKCAN**, s.514; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.37; **KICALIOĞLU**, s.203; **GÜNDOĞDU**, s.285; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.52; **KORKUSUZ**, s.149; **ERGÜNE**, s.350; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.90-91; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.401; **YÜNLÜ**, s.334.

³⁹³ **GÖKCAN**, s.514; **GÜNDOĞDU**, s.285; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.37; **KICALIOĞLU**, s.203; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.52; **KORKUSUZ**, s.149; **ERGÜNE**, s.351.

³⁹⁴ **GÖKCAN**, H. T., Haksız Fiil Hukuku Ve Maddi - Manevi Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2009, s.513; **KORKUSUZ**, M. H., Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2012, s.148; **KICALIOĞLU**, s.203; **YÜNLÜTEPE**, s.72; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.51; **GÜNDOĞDU**, s.280-281; **ERGÜNE**, s.321; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.202; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 1, s.393; **EREN**, s.558; Yargıtay kararlarında da bu durum ifade edilmektedir: “Zararı ispat etme yükümlülüğü kural olarak iddia edene ait ise de, gerçek zararın ve miktarının ispat edilemediği durumlarda 818 Sayılı BK’nın 42. maddesi gereğince hâkim bu zararı, hâlin olağan gelişimini ve zarar gören tarafın aldığı tedbirleri gözetenek takdir yetkisini kullanmak suretiyle belirler.” Yargıtay HGK, E. 2019/4-85, K. 2019/314, T. 19.3.2019, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020).

Binaenaleyh alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmez, zararını ispat etmesi kafidir.

Kanun koyucu TBK m.50/2’de zararı ispat etmenin her durumda mümkün olmadığını öngörerek zararın net bir şekilde tespit edilemediği hallerde hâkimin olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir biçimde zararın miktarını belirleyeceğini öngörmüştür.

II. TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KAPSAMININ BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Bugün tazminat dediğimiz zaman gerek hukuki ıstılahta gerek günlük kullanımda basitçe söyleyecek olursak zararın tazmin edilmesi anlaşıyor ve bu tazmin de genel olarak parayla gerçekleştiği için zarar karşılığı ödenen para gibi bir anlam kazanıyor³⁹⁵. Oysa tazminat kelimesine köken itibari ile baktığımızda kelimenin tazmin kelimesinin çoğulu olduğunu görebiliyoruz³⁹⁶. Tazmin kelimesi de tazminat kelimesinin bugün kazandığı anlamı yani sebep olunan zararı ödemeyi taşıyordu³⁹⁷. Tazmin kelimesinin kökü olan³⁹⁸ zıman kelimesi ise zarar ve ziyana karşılık olarak ödenen bedel manasına geliyordu³⁹⁹. Öyleyse tazminat kelimesi ile alakalı olarak şunu söyleyebiliriz: bugün tazminat kelimesinin taşıdığı anlam kelimenin kökünün yani zıman kelimesinin taşıdığı anlamdır, tazmin kelimesi ise anlamını korumaya devam etmektedir. Verdiğimiz bilgiler ışığında tazminatı, zarar görenin uğradığı zararı tamamen ya da kısmen telafi etme amacı güden, zarar verici fiilin yaptırımını olarak tanımlayabiliriz⁴⁰⁰.

Tazminattan bahsedebilmek için bir zararın söz konusu olması gerektiğini daha önceki bölümlerde söylemiştik, söylememiş olsak dahi kelimenin anlamından bunu çıkartmamızın mümkün olduğu görebiliyoruz. Zararın tespit edilmesi tazminatın belirlenmesinin

³⁹⁵ Bu kavram Yargıtay tarafından da bu şekilde kullanılmaktadır: “*Maddi tazminat, maddi zararın, yani bir kimsenin mamelekinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi için, sorumlu olan kişi veya şahıslar tarafından yerine getirilmesi gereken edadır. Diğer bir tanımla da tazminat, borçlu tarafından yapılan ve alacaklı mamelekindeki eksilmeyi telafi eden bir edadır.*” Yargıtay HGK, E. 2013/4-1706, K. 2015/1205, T. 15.4.2015, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020).

³⁹⁶ DEVELİOĞLU, F., Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 2013, s.1249.

³⁹⁷ DEVELİOĞLU, s.1249.

³⁹⁸ DEVELİOĞLU, s.1249.

³⁹⁹ <https://www.lugat.com/z%C4%B1man/1/1>.

⁴⁰⁰ TOPUZ, Maddi Zarar, s.232-233; tazminatın amacı hakkındaki diğer görüşler için bkz. TOPUZ, Maddi Zarar, s.228 vd.

başlangıcıdır. Aslında zararın belirlenmesi ile belirlenen kural olarak tazminatın tavanı yani üst sınırıdır⁴⁰¹. Bir başka deyişle tazminat çoğu durumda zararla eşit miktarda olmaz, zararın tespit edilmesi tazminat belirlenmesinde ilk aşamadır⁴⁰².

Tazminat ile zarar arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışırsak zararın tespit edilmesini, herhangi bir dış etki gözetmeksizin zarara uğrayanın kişi varlığında veya mal varlığında meydana gelen eksilmeler, meydana gelemeyen artmalar ya da hukuka aykırılık bağı kanun koyucu tarafından kurulmuş ve zarar görenin yakınlarının uğradığı kabul edilen zararların toplanması olarak ifade edebiliriz. Zararın tespiti işlemi herhangi bir değişkeni dikkate almadan yalnızca kaybı hesaplamaya yönelmiştir. Ancak tazminatın belirlenmesi zararın belirlenmesi işleminden çok daha karmaşık ve içeriğinde pek çok değişken bulundurulur. Zararın hepsinin zarar verene tazmin ettirilebilmesi mümkün olduğu gibi ileride açıklanacak belli gerekçelerle bu oranda indirim yapılması hatta yine ileride açıklanacak belli durumlarda tazmin yükümlülüğünün ortadan kalkması dahi söz konusu olabilecektir. Bu durumda zarar yine söz konusudur ancak tazmin edilmesi gerekmemektedir.

Bir kişiye karşı haksız veya borca aykırı bir fiil gerçekleştirildiğinde zarar veren, zarar görenin uğradığı maddi-manevi-hatta kabul edildiğini varsayarsak normatif, doğrudan-dolaylı-kanun koyucu tarafından ifade edilmişse yansıma ve olumlu-olumsuz yeni her türlü zararını

⁴⁰¹ Kural olarak dememizin sebebi, medeni hukuk cezası olarak adlandırılan ve kanun koyucu tarafından belli hallerde zararı aşan hatta zararı önemsemeksizin, zarardan bağımsız olarak belirlenen tazminatların söz konusu olmasıdır. Bu durumlara örnek olarak İŞK m.17/6'da yer alan kötü niyet tazminatını, STİSK m.25'de yer alan sendikal tazminatı, yine İŞK m.5/6'da yer alan ayrımcılık tazminatını, icra iflas hukukunda yer alan icra inkar ve kötü niyet tazminatını, TTK m.783/3'de yer alan çek tazminatını, TBK m.355/1'de yer alan yeniden kiralama yasağına ilişkin tazminatı verebiliriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜLERYÜZ/ZORLUOĞLU YILMAZ**, s.342 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.114-115.

⁴⁰² **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.32; **KICALIOĞLU**, s.203; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.454; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.119; bu durum Yargıtay tarafından da ifade edilmektedir: “*Hükmedilecek tazminat, hiçbir şekilde zarar miktarından fazla olamaz. Zarar miktarı tazminatın azami sınırını teşkil eder. (...) Kanun kusurun ağırlığını tazminat miktarının belirlenmesinde ölçü olarak aldığına göre, zararın hesabından sonra, sorumlu kişinin kusuru ağır ise, tazminat zarar miktarına eşit olabilir. Sorumlu kişinin kusuru hafif ise, hükmedilecek tazminat miktarı, zarara denk olmayabilir.*” Yargıtay HGK, E. 2013/4-1706, K. 2015/1205, T. 15.4.2015, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020); zararın belirlenmesinin tazminatın hesaplanmasında ilk aşama olduğu Yargıtay tarafından da ifade edilmektedir: “*Tazminatın üst sınırının uğranılan zarar olmasından çıkarılabilecek sonuç, tazminatın her zaman mevcut zararı tamamen karşılayacak nitelikte olmayabileceği ve bununla birlikte kesinlikle zarardan fazla olamayacağıdır. Tazminat davalarında öncelikle zararın hesaplanması yapılacaktır. Zararın hesaplanmasından sonra olayın özellikleri ve uygulanacak indirim sebepleri hâkim tarafından göz önünde bulundurularak tazminata hükmedilecektir.*” Yargıtay HGK, E. 2017/14-2008, K. 2019/172, T. 19.2.2019, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020).

kural olarak tazmin etmesi gerekir. Kanun koyucu ölüm⁴⁰³ veya vücut bütünlüğünün ihlalinde⁴⁰⁴ olduğu gibi bazı durumlarda özellikle belirtme gereği duyduğu zarar kalemlerini tek tek saymış ve zarar verenin bu kalemlerden sorumlu olacağını ifade etmiştir. Kanun koyucu tarafından bahsi geçen durumlarda olduğu gibi bir hükmün vaz edildiği hallerde ifade edilen zarar kalemlerinin öncelikle hesaplanması gerekir.

Tazminatın kapsamının belirlenmesinde başlığı bağlamında değinilmesi gereken konulardan biri de munzam kusur kavramıdır. Yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için gerek borçlunun gerek yardımcı kişinin kusurunun gerekmediğini ancak borçlunun farazi olarak kusurlu kabul edilebilmesi gerektiğini daha önce açıklamıştık⁴⁰⁵. Borçlunun da yardımcı kişinin de kusurunun bulunmadığı ancak yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiili borçlu gerçekleştirseydi borçlunun kusurlu bulunacağı ihtimalde borçlu, değil kendisinin yardımcı kişinin dahi kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulabilecektir. Sorumluluğun doğumu için kusurun gerekmediği durumlarda eğer kusur da varsa bu tip kusura munzam, ek kusur denilmektedir⁴⁰⁶. Eğer munzam kusur olarak adlandırılabilir olan kusur, yardımcı kişi tarafından gerçekleştirilmişse bu kusurun borçluya izafe edilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir⁴⁰⁷. Söz konusu munzam kusurun borçluya ait olması halinde ise TBK m.116 hükümlerine gerek duymadan doğrudan borçlunun sorumluluğuna gidilebilecektir⁴⁰⁸. Ayrıca söz konusu munzam kusur tazminattan indirim sebeplerinin kısmen veya tamamen sonuçsuz kalmasına da sebep olabilecektir⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Kanun koyucu tarafından TBK m.53'te ölüm halinde özellikle denilerek sınırlayıcı şekilde sayılmadığının belirtildiği zarar kalemleri şunlardır: cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından veya kaybedilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalanların bu sebeple uğradığı kayıplar sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKCAN**, s.650 vd.; **KORKUSUZ**, s.137-138; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.86 vd.; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.115 vd.

⁴⁰⁴ Kanun koyucu tarafından TBK m.54'te vücut bütünlüğünün ihlali halinde özellikle diye belirtilerek tüketici şeklinde bir sayım olmadığı ifade edilen zararlar ise şunlardır: tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKCAN**, s.603 vd.; **ŞAHİN, M. Y.**, Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, Ankara 2017, s.63 vd.; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.71 vd.; **KORKUSUZ**, s.139-140; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.108 vd.

⁴⁰⁵ Birinci bölümde II.E.1 başlığı altında.

⁴⁰⁶ **ACAR, B.**, "Yargıtay'ın Ek Kusur Giderimi ile İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi İşlevini Tanımazlığı Görüşünün Eleştirisi", TBBD, S.3, Y.1991, s.342; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.456; **YÜNLÜ**, s.331.

⁴⁰⁷ **NOMER**, Tazminat, s.80; **YÜNLÜ**, s.331.

⁴⁰⁸ **YÜNLÜ**, s.332.

⁴⁰⁹ **ACAR**, s.345-346; **NOMER**, Tazminat, s.77; **TİFTİK**, s.92; **TANDOĞAN**, s.317; **YÜNLÜ**, s.333; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.125; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.109-110.

Manevi tazminatın nasıl hesaplanacağına da ayrıca yer vermenin gerekli olduğu kanısındayız. Maddi zararın aksine manevi zararda somut bir zarar tespit edilemediğinden uygulamada da bu konuda istikrar sağlanamamaktadır. Manevi zararın hesaplanmasında klasik yöntem bu konuyu hâkimin takdirine bırakmaktadır⁴¹⁰. Hâkim takdirini kullanırken hangi kavram ve durumları önemsemesi gerektiğine işaret eden yargı kararlarından ve doktrinden yararlanacaktır⁴¹¹. Klasik görüşe göre hâkimin önemsemesi gereken ölçütleri şu şekilde sıralayabiliriz: saldırının şekli ve özellikleri, zararın boyutu, tarafların kusuru, tarafların sıfatları, tarafların sosyo-ekonomik durumları ve hakkaniyet⁴¹². Doktrinde ise Antalya tarafından manevi zararın iki aşamalı bir yöntemle belirlendikten sonra manevi tazminatın belirlenmesine geçilmesi önerilmektedir. İlk aşamada manevi zararı doğuran fiilin ihlal ettiği kişilik değerinin niteliği ve özelliği dikkate alınarak manevi zararın miktarı belirlenecektir⁴¹³. İkinci aşama ise zararın meydana geldiği kişinin özellikleri ve zarar gören kişide doğurduğu etkiler örneğin ihlalin şiddeti, tarzı, zarar görenin yaşı, zarar görenin sosyo-ekonomik durumu ve konumu gibi ölçütler dikkate alınarak manevi zarar belirlenecektir⁴¹⁴. Manevi zarar belirlendikten sonra manevi tazminatın belirlenmesine geçilecektir ve varsa indirim sebepleri de uygulanarak tazminat belirlenecektir⁴¹⁵.

B. Tazminattan İndirim Sebepleri

Zararın söz konusu olduğu durumlarda aslolan bu zarar ister maddi ister manevi olsun zararın tamamen tazmin edilmesidir. Tazminatın amacı, adeta eski hali geri getirmek ve zarar verici fiil hiç olmamış gibi bir ortam yaratmak olduğundan zararın tümünün ödenmesi gerektiğinin düşünülmesi normaldir. Ancak zararın belirlenmesiyle tazminatın ilk adımı

⁴¹⁰ ANTALYA, Manevi, s.85; ERLÜLE, s.431; ATLAN, s.91 vd.; TANDOĞAN, s.342; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.175.

⁴¹¹ ANTALYA, Manevi, s.85; ERLÜLE, s.432.

⁴¹² ERLÜLE, s.358 vd.; ATLAN, s.113 vd.; GÖKCAN, s.759-760; TANDOĞAN, s.342-343; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.177 vd.; Yargıtay da kararlarında manevi tazminatın belirlenmesi konusunda şunları söylemektedir: “Hâkimin özel hâlleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı, adalete uygun olmalıdır. Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate almalıdır.” Yargıtay HGK, E. 2017/11-44, K. 2019/508, T. 2.5.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

⁴¹³ ANTALYA, Manevi, 96; ANTALYA, Öneri; s.239; ayrıca tazminatın amacı telafi değil de cezalandırma ise ilk aşamada belirlenen miktarın artırılması gereklidir. ANTALYA, Manevi, s.96; ANTALYA, Öneri; s.239.

⁴¹⁴ ANTALYA, Manevi, s.96 vd.; ANTALYA, Öneri; s.240 vd.

⁴¹⁵ ANTALYA, Manevi, s.96; ERLÜLE, s.355 vd.; ATLAN, s.104; TANDOĞAN, s.342.

gerçekleştirilmiş olur, tazminat belirlenmiş olmaz⁴¹⁶. Zararın belirlenmesiyle ortaya çıkmış olan -tazminatın zarardan bağımsız olarak belirlendiği durumları istisna ederek söylersek- tazminatın üst sınırıdır. Ancak tazminatın belirlenmesi aşamasında çoğunlukla zararın tamamının tazmin ettirilmediği de bir gerçektir. Bunun nedeni kanun koyucu tarafından tazminattan indirim sebeplerine kanunda yer verilmesi ve tazminat belirlenirken söz konusu hükümler uyarınca indirim yapılmasıdır. Öyleyse ifade edilen hükümlere ilişkin şartların oluşmadığı veya şartlar oluşmasına rağmen hükümlerin uygulanmayacağı durumlarda zarar verenin ödemesi gereken tazminat zararın tamamı olacaktır. Verdiğimiz bilgiler ışığında tazminatın belirlenmesi için şu tespiti yapabiliriz sanıyoruz: tazminatın belirlenmesi ile kast edilen tespit edilmiş zararın ne kadarının tazmin edileceğinin belirlenmesidir⁴¹⁷.

Zararın belirlenmesi noktasında TBK m.114 tarafından yapılan atıfla borca aykırılık hallerinde haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulandığı gibi indirim sebepleri de atıf gereği borca aykırılık hallerinde de uygulanacaktır⁴¹⁸. İndirim sebeplerini başka bir deyişle tazminatın zararın altında bir miktarda çekilmesine neden olan hükümleri biz çalışmamızda konumuz bağlamında isimlendirerek borçlunun farazi kusurunun hafif kusur derecesinde olması, alacaklının veya alacaklının yardımcı kişilerinin kusurları ve diğer haller başlıkları altında inceleyeceğiz.

1. Borçlunun Farazi Kusurunun Hafif Kusur Derecesinde Olması

Borçlunun yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumlu olması için ne yardımcı kişinin ne borçlunun kusuru gerekir. Bir başka deyişle yardımcı kişinin de borçlunun da kusuru olmasa dahi borçlu yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiil dolayısıyla sorumlu olabilecektir. Ancak

⁴¹⁶ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.234; **GÖKCAN**, s.545; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.122; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.119; **ŞAHİN**, s.81.

⁴¹⁷ **AYDIN ÖZDEMİR**, s.97-98; Yargıtay kararlarında aynı istikamette tespitler bulmak mümkün: “Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmese idi, zarar gören hangi durumda bulunacak idiyse o durumun yeniden kurulmasıdır. Başka bir deyişle maddi tazminat zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı ve zararın tamamını gidermelidir. Zira tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değildir. Ancak zararlı sonucun doğmasına zarar veren yanında zarar görenin kusuru veya bazı durum ve davranışları ya da umulmayan olaylarda katkıda bulunmuşsa tazminattan belirli bir indirim yapılması hakkaniyete daha uygun düşmektedir. Bu düşünce ile tazminattan indirim sebepleri 818 Sayılı BK (6098 Sayılı TBK) ve diğer bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir.” Yargıtay HGK, E. 2017/11-129, K. 2019/961, T. 26.9.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

⁴¹⁸ Yargıtay da bu durumu ifade etmektedir: “Tazminattan indirim sebepleri, özel hükümler mevcut olmadıkça akdi sorumlulukta da uygulanacaktır. Zira 818 Sayılı BK'nın 98'inci (6098 Sayılı TBK'nın 114'üncü) maddesi delaletiyle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacaktır.” Yargıtay HGK, E. 2017/11-129, K. 2019/961, T. 26.9.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

gerçek manada kusurun aranmadığı bir sorumluluk türü olsa da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, borçlunun farazi kusuru aranmaktadır. Borçlunun farazi kusuru ile kast edilen de yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiili borçlu gerçekleştirmiş olsaydı borçlunun kusurlu sayılıp sayılamayacağına, yani bir varsayıma dayanan değerlendirmedir⁴¹⁹.

Borçlunun farazi kusurunun hafif kusur⁴²⁰ derecesinde olması şeklinde ifade ettiğimiz indirim sebebi, TBK m.51'de ifade edilen tazminatın kapsamının ve ödeme biçiminin belirlenmesinde durumun gereklerinin ve kusurun ağırlığının dikkate alınmasının gerekliliğine ilişkin hükümdür ancak biz konumuz bağlamında doğru anlaşılacak bir başlık kullanmayı tercih ettik.

Borçlunun farazi kusurunun hafif olduğu her durumda tazminattan indirim yapılması gerekmeyecektir, hâkim somut olayın şartlarına göre durumu ve kusurun ağırlığını göz önünde bulunduracak ve buna göre bir sonuca varacaktır⁴²¹. Borçlunun kusuru hafif olmasına rağmen ekonomik durumu yerinde ve buna karşılık zarar görenin ekonomik durumu iyi değil ise hâkim tazminattan indirim yapmayabilir. Zira ister hafif kusurla gerçekleştiriliyor olsun ister ağır kusurla zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilme yani zarar bakımından bir farklılık görülmemektedir, tazminatın da amacı telafi etmek olduğundan hafif kusurun söz konusu olduğu her durumda indirim yapması gerektiğini söylemektense şartları değerlendirmek ve gerekli hallerde indirim yapılabileceğini söylemek doğru olandır⁴²².

⁴¹⁹ Ayrıntılı bilgi için Birinci Bölüm II.E.1 başlığı.

⁴²⁰ TBK ağır kusur ve hafif kusur ayrımını benimsemiştir. Mezkûr ayrıma göre hafif kusur ile kast edilen hafif ihmaldir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.38. hafif ihmal, herkesin değil de ancak çok dikkatli kimselerin göstereceği özenin gösterilmemiş olmasıdır, model davranıştan bu durumda bir sapma söz konusu olsa da bu sapma önemsiz, ufak bir sapmadır. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.36; **EREN**, Genel, s.605.

⁴²¹ **TANDOĞAN**, s.317; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.456; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.120.

⁴²² **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.240-241; **NOMER**, Tazminat, s.74-75; **GÖKCAN**, s.551; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.124; **TANDOĞAN**, s.316-317; **KICALIOĞLU**, s.225; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.101; **GÜNDOĞDU**, s.294; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.456; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.120-121; **ŞAHİN**, s.86; doktrinde indirimin hafif kusur veya hafif ihmalin söz konusu olduğu hallere özgülenmesi gibi bir durum söz konusu olsa da doktrinde Antalya tarafından kusurun her derecesi için durum gereklerine göre mezkur madde uyarınca indirimin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.456; Orta kusurun söz konusu olduğu durumlarda indirim yapılabileceği ifade edilmiştir. **NOMER**, Tazminat, s.72-73; **TİFTİK**, s.92; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.456-457; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.121; Yargıtay da kararlarında bu durumu gözetmektedir: “Zarar görenin kusuru ağır ise, bu durum illiyet bağıni kesen bir sebeptir. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşulları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için bundan indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır.” Yargıtay HGK, E. 2010/4-

Zarar verenin ya da tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuru ile sebep olduğu hallerde bu durumun tazminattan indirim sebebi kabul edilebilmesi için sorumlu olduğu tazminatın kusur sorumluluğundan kaynaklanması gerekmektedir⁴²³. Eş söyleyişle eğer sorumluluğun doğumu bakımından kusurun aranmadığı bir sorumluluk rejimi söz konusu ise bu sorumluluk rejiminden dolayı sorumlu olunacak tazminattan hafif kusur sebebiyle indirim yapılması mümkün olmayacaktır zira kusur sorumluluğun doğumu açısından dahi gerekli değildir⁴²⁴. TBK m.116 uyarınca doğacak olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk da borçlunun ve yardımcı kişinin kusurunun aranmaması bakımından kusursuz bir sorumluluk rejimi öngörüyor olsa da diğer yandan borçlunun farazi kusurunu aramaktadır. Bu durumda söz konusu indirim hükmünün borçlunun farazi kusuru üzerinden değerlendirilerek yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hakkında da uygulanması mümkündür⁴²⁵.

Borçlunun TBK m.116 uyarınca sorumlu olabilmesi için gereken farazi kusurdur. Borçlunun farazi kusuru belirlenirken de yardımcı kişinin kusurundan bahsedilemese dahi yardımcı kişinin fiilini borçlu gerçekleştirseydi kusurlu kabul edilecek idiyse farazi olarak kusurlu sayılacak ve sorumlu tutulacaktı. Örnek vermek gerekirse yardımcı kişinin iradesi dışında ayırt etme gücünü kaybettiğini ve bu sebeple de alacaklıya bir zarar verdiğini düşünelim. İfade ettiğimiz olayda yardımcı kişiye bir kusur yüklenemeyecek olsa dahi borçlu farazi olarak kusurlu kabul edilerek sorumlu tutulabilecektir. Borçlunun farazi kusurunun hafif ihmal derecesinde olması bakımından da bahsi geçen görüşün takip edilmesi gerekir. Öyleyse şunu söyleyebiliriz: meydana gelen olayda yardımcı kişinin kusurunun varlığı, derecesi veya yokluğu önemli olmaksızın doğrudan borçlunun farazi kusuruna odaklanılmalı ve farazi kusur hafif kusur derecesinde ise indirim yapılması değilse yapılmamalıdır⁴²⁶. Doktrinde ifade edilen diğer bir görüş ise indirimin ancak yardımcının kusurunun hafif kusur ve borçlunun farazi kusurunun da hafif kusur olarak kabul edildiği hallerde uygulanacağını söylemekte⁴²⁷, bir diğeri

130, K. 2010/161, T. 17.3.2010, www.kazanci.com, (E.T. 12.02.2020); bir başka kararında ise: “*Kanun kusurun ağırlığını tazminat miktarının belirlenmesinde ölçü olarak aldığına göre, zararın hesabından sonra, sorumlu kişinin kusuru ağır ise, tazminat zarar miktarına eşit olabilir. Sorumlu kişinin kusuru hafif ise, hükmedilecek tazminat miktarı, zarara denk olmayabilir.*” Yargıtay HGK, E. 2013/4-1706, K. 2015/1205, T. 15.4.2015, www.kazanci.com, (E.T. 12.02.2020).

⁴²³ TANDOĞAN, s.316; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.124; ŞAHİN, s.87; AYDIN ÖZDEMİR, s.101; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.455.

⁴²⁴ TANDOĞAN, s.317; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.125; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.202.

⁴²⁵ GÜNDOĞDU, s.294.

⁴²⁶ NOMER, Tazminat, s.80; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.126; GÜNDOĞDU, s.295.

⁴²⁷ YÜNLÜ, s.350-351.

ise yardımcı kişinin kusurunun hafif kusur olduğu hallerde bu indirim sebebinin uygulama alanı bulacağını⁴²⁸ savunuyor olsa da biz bu görüşlere katılmıyoruz. Nasıl ki borçlunun sorumlu olup olmaması aşamasında yardımcı kişinin kusurlu olup olmaması önem arz etmiyorsa borçlunun sorumlu olacağı tazminatın belirlenmesi aşamasında da yardımcı kişinin kusurunun derecesinin önem arz etmemesi gerektiği kanısındayız. Somut olayda -eğer mümkünse- yardımcı kişinin fiili ağır kusur⁴²⁹ ya da kast⁴³⁰ derecesinde olsa dahi söz konusu fiili borçlu gerçekleştirseydi borçlunun farazi kusuru, hafif kusur olarak değerlendirilecek idiyse bu durumda da indirimin uygulanması gerektiğini savunuyoruz.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bir borca aykırılık hali olduğundan kanun koyucu tarafından TBK m.112’de de ifade edildiği üzere borca aykırılık hallerinde kusur karinesi kabul edilmiş olduğundan borçlunun konu başlığımız bağlamında hafif kusurunu ispat etmesi gerekecektir⁴³¹.

Borçlu bakımından farazi kusurun hafif kusur derecesinde olması sebebiyle indirim yapılması hali, borçlu ile yardımcı kişisi arasındaki ilişkide de yardımcı kişinin kusurunun hafif kusur olması halinde gündeme gelebilir⁴³². Daha açık bir şekilde ifade edersek yardımcı kişi bakımından hafif kusur olarak nitelendirilebilecek bir fiili borçlu gerçekleştirseydi ağır farazi kusurlu sayılacak olması sebebiyle zararın tamamını ödediği olayda borçlu, yardımcı kişiye rücu ettiğinde yardımcı kişinin kusuru hafif kusur seviyesinde olduğundan tazminatın belirlenmesi aşamasında indirim yapılması gerekecektir.

2. Alacaklının veya Alacaklının Yardımcı Kişilerinin Kusurları

Alacaklının veya alacaklının yardımcı kişilerinin kusurları demek suretiyle konumuz bağlamında özel olarak isimlendirerek ifade ettiğimiz indirim sebebi, doktrinde zarar görenin kusuru ya da müterafik, birlikte kusur⁴³³ olarak adlandırılan ve TBK m.52/1’de yer alan hükme

⁴²⁸ GÜNDOĞDU, s.294-295.

⁴²⁹ TBK ağır kusur ve hafif kusur ayrımını benimsemiştir. Mezkûr ayrıma göre ağır kusur ile kast edilen ağır ihmal ve kasttır. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.38. Ağır ihmal, aynı durumdaki kişilerin göstermesi gereken sıradan, basit, normal, herkesin göstereceği özenin gösterilmemesidir. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.37; **EREN**, Genel, s.605.

⁴³⁰ Kast ise zararlı sonucun doğacağını öngörerek ve bu sonucu isteyerek davranmaktır. **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.28.

⁴³¹ YÜNLÜ, s.351.

⁴³² KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.126; **NOMER**, Tazminat, s.80.

⁴³³ Müterafik ya da birlikte kusur şeklinde yapılan adlandırmanın doğru olmadığı ifade edilmektedir. Zira sorumluluk için sorumlu olanın kusurunun gerekmediği hallerde zarar görenin kusuru söz konusu olabilecektir

dayanır. TBK m.52/1’de ifade edildiği üzere zarar görenin kusuru sebebiyle tazminattan indirim yapılabileceği gibi tazminatın hâkim tarafından tamamen kaldırılması da mümkündür.

Kanun koyucu mağdurun kusurunun çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir. Buna göre zarar gören fiile razı olmuş olabilir⁴³⁴, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş olabilir veya tazminat yükümlüsünü durumunu ağırlaştırmış olabilir.

Zarar görenin kusuru ile kast edilen zarar görenin kendi menfaati için zararın doğmaması ya da zararın artmaması için yapması gerekli olan makul işlemleri yapmamasıdır⁴³⁵. Bu nedenle de esasen zarar görenin kusurunu oluşturan olayın hukuka aykırı olması gerekmez⁴³⁶, ayrıca bu durumda tam manasıyla bir kusurun söz konusu olmadığı da söylenmektedir⁴³⁷. Zarar görenin kusurlu olmasının sebebi en temelde TMK m.2/1’de yer alan dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağıdır⁴³⁸. Dürüstlük kuralına göre zarar görenin zararın doğmaması veya artmaması için gerekli olan tedbirleri alması gerekir, söz konusu

ancak sorumlu olanın kusuru olmadan zarar görenin kusurunu birlikte kusur olarak adlandırmak doğru olmayacaktır. Ayrıca birlikte kusurun illiyet bağıını kestiği durumda artık bir birliktelikten bahsedilemeyecektir. Aynı yönde bkz. **BAYSAL**, s.34-35; **TANDOĞAN**, s.319; **NOMER**, Tazminat, s.86.

⁴³⁴ Elbette zarar görenin bahsi geçen rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyen, geçersiz bir rızadır. İkinci Bölüm III.1 ve yine İkinci Bölüm IV. B.1 başlıkları altında mağdurun rızasını etraflıca incelediğimiz için burada üzerinde durmayacağımızı belirterek atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁴³⁵ **BAYSAL**, s.10, 36, 105; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.241; **TANDOĞAN**, s.319; **NOMER**, Tazminat, s.83-84; **GÖKCAN**, s.552; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.127; **GÜNDOĞDU**, s.296; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.464; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.123; **ŞAHİN**, s.90; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.103; Yargıtay kararlarında ise ortak kusur şu şekilde ifade edilmektedir: “*Makul bir insanın aynı şartlarda kendi yararı gereğince yapmaması gereken harekette bulunması da, zarar görenin ortak kusurunu ifade etmektedir. Zarar görenin bu kusuru, illiyet bağıını kesmeyecek yoğunlukta ise tazminattan bir indirim sebebidir. Burada da hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hakkaniyet düşüncesiyle indirim yapabilecektir.*” Yargıtay HGK, E. 2010/4-130, K. 2010/161, T. 17.3.2010, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020); Yargıtay bir başka kararında ise şöyle demektedir: “*Zarar görenin kendi kusurunda, kişinin kendisine zarar veren bir hareket tarzı söz konusudur. Zarar görenin kendi kusuru, akılcıca iş gören, mantıklı bir kişinin, kendi yararı gereği zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçması gereken bir eylemi olarak nitelendirilmelidir. (...) Müterafik (ortak) kusur, makul bir kimsenin kendi yararına sakınmak zorunda olduğu düşüncesiz, dikkatsiz bir hareket tarzıdır. Müterafik (ortak) kusur kasdi olabileceği gibi ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir.*” Yargıtay HGK, E. 2017/11-129, K. 2019/961, T. 26.9.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

⁴³⁶ **BAYSAL**, s.31 vd., 104-105; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.250; **NOMER**, Tazminat, s.86-87.

⁴³⁷ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.249; **NOMER**, Tazminat, s.87; **TANDOĞAN**, s.319-320; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.105; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.464; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.124; **ŞAHİN**, s.91; ayrıntılı bilgi ve zarar görenin kusurunun gerçekten de kusur olduğu görüşü için bkz. **BAYSAL**, s.31 vd.

⁴³⁸ **KURT, L. M.**, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, AÜHFD, S.64, C.3, Y.2015, s.778; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.245; **TANDOĞAN**, s.319; **NOMER**, Tazminat, s.87; **GÖKCAN**, s.552; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.127; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.106; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.471; **ŞAHİN**, s.91.

yükümlülükleri gerçekleştirmeyen zarar görenin bir de üstüne üstlük söz konusu zararların tazminini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması olacaktır⁴³⁹.

Dürüstlük kuralı gereğince zarar meydana geldikten sonra⁴⁴⁰ ortaya çıkan ancak kanunda normatif bir şekilde yer almayan külfet⁴⁴¹ zarar görenin zararı azaltma külfetidir⁴⁴². Zararı azaltma külfetini yerine getirmeyen zarar gören bu durumdan yararlanamayacak ve zararın artışına sebep olduğu ölçüde tazminattan indirimle gidilebilecektir⁴⁴³. Zarar görenin kusuru eğer zarar veren fiil ile olay arasındaki illiyet bağıni kesecek kadar güçlüyse artık illiyet bağı kesildiği için tazminata hükmedilemeyecektir⁴⁴⁴.

Alacaklının –yani yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı durumlardaki nitelikli zarar görenin- kusurlu olarak hareket ettiğini kabul ettiğimiz durumlarda borçlunun tazminat yükümlülüğünden indirimle gidilecektir. Alacaklı alması gereken makul tedbirleri⁴⁴⁵ almamasıyla illiyet bağı bulunan zararın doğmasına veya artmasına sebep olduğu ölçüde indirimle katlanacaktır⁴⁴⁶.

Alacaklının zararın doğmasına neden olmasından ötürü tazminattan indirim yapılması gereken bir duruma örnek olarak taşıma esnasında taşınacak kolilerle alakalı olarak fazladan özen gösterilmesi gereken kolileri belirtmemesi sebebiyle kolilerin içindekilerin zarara uğradığı

⁴³⁹ **KURT**, s.778; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.249-250; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.106; bu durum Yargıtay tarafından da ifade edilmektedir: “Zararlı sonucun doğmasına zarar veren yanında zarar görenin kusuru veya bazı durum ve davranışları ya da umulmayan olaylar da katkıda bulunmuşsa tazminattan belirli bir indirim yapılması hakkaniyete daha uygun düşmektedir. Bu düşünce ile tazminattan indirim sebepleri 818 Sayılı BK ve diğer bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir. (...) “Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı” yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle düzenlenmiştir. Buna göre zarar görenin rızası ile zarar görenin kendi kusuru tazminattan indirim sebebi olarak öngörülmüştür.” Yargıtay HGK, E. 2017/11-153, K. 2019/916, T. 19.9.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

⁴⁴⁰ Zarar meydana gelmeden önce zararı azaltma külfeti söz konusu olmayacağı için ancak zararın meydana geldiği durumlarda zararı azaltma külfetinden bahsedilebilir. **KURT**, s.779.

⁴⁴¹ **KURT**, s.779; **BAYSAL**, s.43; **NOMER**, Tazminat, s.85.

⁴⁴² **KURT**, s.778; **BAYSAL**, s.41; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.131; **GÜNDOĞDU**, s.295.

⁴⁴³ **BAYSAL**, s.40-41; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.242; **TANDOĞAN**, s.318; **GÖKCAN**, s.553; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.464; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.124; **KORKUSUZ**, s.142.

⁴⁴⁴ **BAYSAL**, s.164 vd.; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.242; **GÖKCAN**, s.552-553; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.466; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.124; **ŞAHİN**, s.92; **TANDOĞAN**, s.318.

⁴⁴⁵ Burada da hangi tedbirlerin makul olarak sınıflandırılacağına ileride kusur bakımından ifade edeceğimiz gibi objektif bir yaklaşımın kabul edilmesiyle dürüstlük kuralı uyarınca makul bir insanın alacağı tedbirler değerlendirilerek anlayabiliriz. **BAYSAL**, s.101 vd., 303 vd.; **KURT**, s.780 vd.; **NOMER**, Tazminat, s.11; **GÖKCAN**, s.552; **GÜNDOĞDU**, s.296; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.466.

⁴⁴⁶ **BAYSAL**, s.43, 158; **KURT**, s.804; **TANDOĞAN**, s.322-323; **YÖNET**, s.273.

durumu veya alacaklının borçluyu ya da yardımcı kişiye tahrik ederek kendisine saldırılmasına sebep olmasını örnek olarak verebiliriz.

Alacaklının zararın artmasına sebep olması dolayısıyla tazminattan indirim yapılması gereken bir duruma örnek olarak borçlunun veya borçlunun yardımcı kişinin alacaklının bedensel bütünlüğünü ihlal ettiği ancak alacaklının da önerilen tedaviyi veya hastaneye gitmeyi reddederek zararın artmasına sebep olduğu durumları buna örnek verebiliriz.

Alacaklının hareketinin kusur olup olmadığının tespitini yapacak olan hâkimdir. Ancak hâkim bu yargıda bulunurken alacaklının yaptığı hareketi objektifleştirilmiş bir hareket ile kıyaslayarak sonuca varacaktır, alacaklı ile benzer özellikleri taşıyan normal ve makul bir kişinin yapacağı hareket ile alacaklının yaptığı hareket arasında sapma olup olmadığına bakılacak ve eğer varsa ikinci aşamaya geçilecektir⁴⁴⁷. İkinci aşama alacaklının kusuru sebebiyle yapılacak indirim oranının hesaplanmasıdır, alacaklının kusuru zarar üzerinde ne oranda etkide bulunmuşsa o oranda da bir indirim yapılması gerekir. Eş söyleyişle somut olay incelenerek meydana gelen zararın ne kadarının borçlu –zarar veren- ne kadarının da alacaklı –zarar gören- kaynaklı olduğu tespit edilmeli ve bu tespit neticesine göre indirim uygulanmalıdır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ **BAYSAL**, s.107; **TANDOĞAN**, s.322; **NOMER**, Tazminat, s.87; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.466, ayıca tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için **BAYSAL**, s.106 vd.; **KURT**, s.781; Yargıtay da şöyle söylemektedir: “Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçütlerle (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur sayılıp sayılamayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. ” Yargıtay HGK, E. 2010/4-130, K. 2010/161, T. 17.3.2010, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020); yine bir başka kararında ise Yargıtay şunları söylemektedir: “Zarar görenin müterafik (ortak) kusuru tespit edilirken, aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalı, yani objektifleştirilmiş kusur kavramı esas alınmalıdır. ” Yargıtay HGK, E. 2017/11-129, K. 2019/961, T. 26.9.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

⁴⁴⁸ **KURT**, s.801; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.249; **TANDOĞAN**, s.322-323; **GÖKCAN**, s.553; Yargıtay bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Türk pozitif hukukunda Borçlar Kanunu’nun 44/1. maddesinin (hiç bir kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bu ilke hak ve adalet düşüncesine de (M.K. md. 2) uygun düşmektedir. Zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise bu zarar başkasına yüklenmemeli, payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tespit edilmelidir. (...) Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; gerçek amacın ortak kusur halinde zararın bu kusura isabet payının indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise, istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir. İşte maddenin belirlenen bu amacı altında bir değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olay içindeki ortak kusurlu davranışlarının nedeni, çeşidi (kast-ihmal) ve zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucu olayda ortak kusurun etki ağırlığı o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağı) tamamen kesmemekle beraber, ikinci plana itsin; istisnai amaç (tazminat hükmünden tamamen sarfınazar edilmesi) hak ve adalete uygun hale gelsin.” Yargıtay HGK, E. 2010/4-13, K. 2010/161, T. 17.3.2010, www.kazanci.com,

Alacaklının kusuru ile zararın doğmasına veya zararın artmasına sebep olduğu durumların tazminattan indirim sebebi olması gibi kusurları alacaklıya izafe edilebilecek kişilerin⁴⁴⁹ özellikle alacaklının yardımcı kişilerinin zararı doğuran veya artıran kusurlu hareketlerinden dolayı da tazminattan indirim yapılabilir⁴⁵⁰. Bu duruma örnek vermek gerekirse, evdeki bir tesisat için ustayla anlaşılan babanın kullanma yardımcısı durumundaki oğlunun ustaya bozuk bir uzatma kablosu getirmesi sebebiyle ustanın aletini fişe taktığı anda yangın çıktığı olayda kullanma yardımcısı olan oğulun kusuru babaya izafe edilecek ve bu kusur tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır⁴⁵¹.

3. Farazi Kusuru Hafif Kusur Seviyesinde Olan Borçlunun Tazminatı Ödemesi Halinde Yoksulluğa Düşecek Olması

Kanun koyucu tarafından TBK m.52/2’de özel olarak düzenlenmiş bir diğer indirim sebebi ise hafif kusurlu zarar veren tazminatın tamamını öderse yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de indirim yapılmasını gerektirmesi halidir.

Her ne kadar TBK m.51/1’deki kusurun ağırlığı ifadesi gereğince hafif kusurun söz konusu olduğu durumlarda indirim yapılabilecek olsa da kanun koyucu zarar verenin tazminatın ödediği durumlarda yoksulluğa düşecek olmasını özel olarak düzenleme gereği duymuştur⁴⁵². Mezkûr indirim sebebi gereğince indirim yapılabilmesi için öncelikle borçlunun –konumuz bağlamındaki nitelikli zarar sorumlusunun- farazi kusurunun hafif kusur olması eş söyleyişle ağır ihmal veya kast teşkil etmemesi gerekir⁴⁵³. Ancak borçlunun hafif kusurlu olması yeter şart değil, gerek şarttır. Ayrıca hafif kusurlu borçlunun tazminatın tamamını ödemesi halinde

(E.T.12.02.2020); Yargıtay bir başka kararında ise bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Zarar görenin müterafik (ortak) kusuru illiyet bağıni kesecek yoğunlukta ise zarar veren sorumluluktan kurtulacak ve tazminat ödemeyecektir. Buna karşılık zarar görenin müterafik (ortak) kusuru bu yoğunlukta değilse ortak sebep olarak tazminattan indirim sebebi teşkil edecektir. Zira bu halde zarar görenin kusuru, diğer ortak sebepler arasında kısmi bir sebep olarak zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmuştur. Başka bir deyişle zarar görenin davranışının illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olup olmadığı tespit edildikten sonra zarar görenin müterafik (ortak) kusuru belirlenerek sorumluluk paylaştırılıp tazminattan indirim yapılacaktır.” Yargıtay HGK, E. 2017/11-129, K. 2019/961, T. 26.9.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

⁴⁴⁹ Bu kişiler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYSAL, s.49 vd.

⁴⁵⁰ YAĞCI, s.147-148; BAYSAL, s.54; TANDOĞAN, s.324; ÖZDEMİR, s.282; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.467; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.126-127.

⁴⁵¹ BAYSAL, s.54-55.

⁴⁵² ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.456.

⁴⁵³ TOPUZ, Maddi Zarar, s.251; TANDOĞAN, s.326; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.460; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.138; KICALIOĞLU, s.226; GÖKCAN, s.554; AYDIN ÖZDEMİR, s.117; GÜNDOĞDU, s.296; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.127-128; KORKUSUZ, s.144.

yoksulluğa düşecek olması da gerekir⁴⁵⁴. Borçlunun yoksulluğa düşmesi ile kast edilen hayat standartlarındaki bir alçalma değil, hayatını sürdürebilmesi⁴⁵⁵ için gerekli olan ihtiyaçları tek başına karşılayamayacak duruma gelmesidir⁴⁵⁶. Borçlunun yoksulluğa düşecek olması sebebiyle indirim yapabilmek için gerekli olan son şart ise hakkaniyetin bu indirimi gerektirmesidir⁴⁵⁷. Hakkaniyetin bu indirimi gerektirmemesi hakkında bir örnek vermemiz gerekirse alacaklının –konumuz bağlamındaki zarar göreninin- da tazminatı gerektiren olay sebebiyle yoksulluğa düştüğü veya alacaklının olaydan önce de yoksul olduğu durumlarda hâkimin indirim yapmaması gerekir⁴⁵⁸. Ayrıca borçlunun tazminatın ödenmesi gerekçesiyle değil de başka bir sebeple yoksulluğa düşmüş olması halinde mesela iflas etmişse indirim sebebinin şartları sağlanmamış olacaktır⁴⁵⁹. Bununla beraber borçlunun tazminatı ödmeden önce yoksul bir kişi olması da indirim sebebi olamayacaktır⁴⁶⁰. Bahsi geçen indirim sebebinin uygulanabilmesi için tazminatın ödenmesi sebebiyle yoksulluğa düşülecek olması gerekir.

Kanun koyucu tarafından TBK m.52/2’de hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmış olsa da TBK m.52/1’in aksine tazminatı kaldırma yetkisi tanınmamış, bahsedilen sebebin yalnızca indirim sebebi olduğunu ifade etmiştir.

4. Diğer İndirim Sebepleri

Diğer indirim sebepleri başlığı altında yer vereceğimiz sebepler kanun koyucunun TBK m.51/1’de “durumun gereği” diyerek hâkime verdiği takdir yetkisinin sınırları içerisine giren hallerdir.

⁴⁵⁴ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.251; **TANDOĞAN**, s.326; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.460; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.138; **KICALIOĞLU**, s.226; **GÖKCAN**, s.554; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.117; **GÜNDOĞDU**, s.296; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.127-128; **KORKUSUZ**, s.144.

⁴⁵⁵ Geçici olarak yoksulluğa düşecek olmasının indirime sebep olmaması gerekir, **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.252.

⁴⁵⁶ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.251’deki dn.141; **NOMER**, Tazminat, s.151; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.460; **KICALIOĞLU**, s.226; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.138; **GÖKCAN**, s.554; kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **NOMER**, Tazminat, s.151 vd.; tüzel kişiler için söz konusu indirim sebebinin geçerli olmayacağı eş söyleyişle bu sebebe dayanarak tüzel kişilerin ödeyecekleri tazminattan indirim yapılamayacağı ifade edilmektedir. **TANDOĞAN**, s.326; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.138.

⁴⁵⁷ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.251; **TANDOĞAN**, s.326; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.460-461; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.124; **KICALIOĞLU**, s.226; **GÖKCAN**, s.554; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.118; **GÜNDOĞDU**, s.296; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.128.

⁴⁵⁸ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.251; **NOMER**, Tazminat, s.152; **TANDOĞAN**, s.326; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.461.

⁴⁵⁹ **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.461; **GÖKCAN**, s.554.

⁴⁶⁰ **TİFTİK**, s.96; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.117’teki dn.91.

Zararın belirlenmesi aşamasında hiçbir önemi olmayan tarafların ekonomik durumları kural olarak tazminatın belirlenmesi aşamasında da önem arz etmez mamafih diğer şartlarla beraber ve durumun gereği göz önüne alınarak önem kazanabilir⁴⁶¹. Borçlunun –zarar sorumlusunun- ekonomik durumu iyiye artık yoksulluğa düşeceği gerekçesiyle indirimin yapılması söz konusu olamayacaktır. Yine bunun gibi alacaklının –zarar görenin- ekonomik durumu kötüye borçlunun ekonomik durumu kötü ve zararı hafif kusuru ile vermiş olsa dahi indirim yapılamayacaktır⁴⁶².

Alacaklının alışılmışın üzerinde bir gelire sahip olması durumunda hâkim durumun gereği ifadesinin sağladığı takdir yetkisi çerçevesinde tazminatta bir indirim gidebilir⁴⁶³. Borçlunun tesisat işi için görevlendirdiği yardımcısının yanlışlıkla bir vazoyu düşürüp kırması ve bu vazonun da beklenmedik derecede pahalı olması ihtimalinde hakkaniyet gereği bir indirim yapılması lazımdır⁴⁶⁴.

Tazminatı doğuran fiilin hatır için gerçekleştirilen bir işten doğması halinde de hâkimin tazminattan indirim yapabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁵. Hatır işlemi olarak kabul edilecek işler karşılıksız olarak⁴⁶⁶ veya cüzi bir bedel karşılığında iyilik, nezaket veya yardım etme amacıyla yapılan işlerdir⁴⁶⁷. Hatır işleminin söz konusu olduğu durumlarda indirim

⁴⁶¹ **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.251; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.138; **GÖKCAN**, s.556; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.116; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.475; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.127.

⁴⁶² **TOPUZ**, Maddi Zarar, s.251; **NOMER**, Tazminat, s.152; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.116; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.475-476.

⁴⁶³ **NOMER**, Tazminat, s.157; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.138; **GÖKCAN**, s.556; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.476.

⁴⁶⁴ **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.138.

⁴⁶⁵ **TANDOĞAN**, s.327; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.136; **KICALIOĞLU**, s.227; **GÖKCAN**, s.556; **AYDIN ÖZDEMİR**, s.119; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku 2, s.129; Yargıtay da bunu kabul etmektedir: “Bunun yanında olayın yakın arkadaşlık ilişkileri içerisinde gerçekleşmiş bulunmasından kaynaklanan özellikler de gözetildiğinde davalının zararın tamamından sorumlu tutulması hakkaniyete uygun düşmez ise de, bu durum davalının sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaz. Sadece BK. 43. maddesi uyarınca tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirilebilir.” Yargıtay HGK, E. 2010/4-130, K. 2010/161, T. 17.3.2010, www.kazanci.com, (E.T. 12.02.2020).

⁴⁶⁶ **NOMER**, Tazminat, s.160; **KILIÇOĞLU**, Sorumluluk, s.136; **KICALIOĞLU**, s.227; **ANTALYA**, Borçlar Hukuku 2, s.476.

⁴⁶⁷ **AYDIN ÖZDEMİR**, s.119; Yargıtay bir başka kararında durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Zararlı sonuç doğuran olayın, failin, zarar gören yararına bir davranışta (hatır işinde) bulunduğu sırada meydana gelmesi de gösterilebilir. Gerçekten de zarar, zarar verenin hiçbir karşılık almadan, zarar gören yararına yaptığı bir iş, bir eylem sonucunda meydana gelmişse, hakim, olayın bu oluş tarzını da gözетerek tazminattan indirim yapabilecektir.” Yargıtay HGK, E. 2010/4-130, K. 2010/161, T. 17.3.2010, www.kazanci.com, (E.T.12.02.2020).

yapabilmek için zarar verenin zarara kast veya ağır ihmalle sebep olmaması bir başka deyişle hafif kusurunun söz konusu olması da gerekecektir⁴⁶⁸.

Borçlu ile yardımcı kişisi arasındaki ilişki bakımından da hatır işlemi sebebiyle indirim gündeme gelebilir. Borçlunun yardımcı kişisini görevlendirildiği iş dışında başka bir görevde kullandığı durumda yardımcı kişinin bir zarara sebep olması halinde yardımcı kişinin borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkide sorumlu olacağı tazminattan indirim yapılması gerekir⁴⁶⁹.

Zararın meydana gelmesine ve artmasına sebebiyet veren ancak zarardan sorumlu olan kişiye –konumuz bağlamında borçluya- de isnat ettirilemeyen hallere beklenmedik hal denir⁴⁷⁰. Beklenmedik bir halin zararın doğmasına veya artmasına sebep olması halinde borçlunun – zarar sorumlusunun- sorumluluğunda durumun gereğince bir indirime gidilecektir⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.137; AYDIN ÖZDEMİR, s.119.

⁴⁶⁹ KICALIOĞLU, s.227.

⁴⁷⁰ TOPUZ, Maddi Zarar, s.254; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.134; KICALIOĞLU, s.227; GÖKCAN, s.555; AYDIN ÖZDEMİR, s.111-112; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.477; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.128; Yargıtay kararında da kaçınılmazlıktan bahsedilmektedir: “Kaçınılmazlık (beklenmedik durum, fevkalade hâl, kaza, kötü tesadüf, umulmayan hâl) sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız olarak herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kaçınılmaz surette ihlali sonucunu doğuran olaydır. (...) Kaçınılmazlıktan bahsedilebilmesi için öncelikle irade dışı olarak nitelendirilebilecek bir olayın meydana gelmesi gerekmektedir. Yağmur, fırtına, sel, buzlanma gibi olaylar, hastalık gibi psiko-fizyolojik olaylar kaçınılmaz bir olay olarak kabul edilebilir. (...) Kaçınılmazlığın son ve en önemli unsuru ise genel davranış normunun veya sözleşmeden doğan borcun ihlalinin önlenemez (kaçınılamaz) olmasıdır. Önlenemezlik, alınabilecek tüm tedbirlerin alınmış olmasına karşılık davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlal edilmiş olduğunu ifade etmektedir. Olay önlenemez olmasına karşılık bir davranış kuralına veya sözleşmeden doğan borca aykırılık önlenabiliyorsa kaçınılmazlıktan söz edilemeyeceği kuşkusuzdur. (...) Örneğin; bir inşaat işçisinin üzerinde çalışacağı tabiyeyi hazırlamak için duvara beton çivisi çakarken çivinin başının kırılıp gözüne kaçması olayında çivinin kırılması irade dışı ve önlenemez bir olay olmakla birlikte kırılan bu çivinin işçinin gözüne kaçması önlenemez bir olay değildir. Zira çalışma esnasında gözlük kullanılarak bu neticenin önüne geçilebilir. O hâlde böylesi bir durumda olayın önlenemez olduğu gerekçesiyle kaçınılmazlıktan bahsetme imkanı yoktur.” Yargıtay HGK, E. 2015/21-983, K. 2019/252, T. 7.3.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

⁴⁷¹ TOPUZ, Maddi Zarar, s.254; TANDOĞAN, s.327; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.477; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.134; KICALIOĞLU, s.228; KICALIOĞLU, s.227-228; GÖKCAN, s.554; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.129; burada indirimin zarar verenin kusuru ile beklenmedik halin zarara sebep olması arasındaki orana göre bir indirim yapılması gerekir. Eğer zararın %60’ı zarar verenin kusuru dolayısıyla %40’ı ise beklenmedik halden dolayı meydana gelmişse tazminattan %40 tutarında bir indirim yapılması gerekir. Bkz. TİFTİK, s.151; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.134; AYDIN ÖZDEMİR, s.113; ayrıca Antalya indirim miktarının zarara sebebiyetteki payın uygun illiyet bağı çerçevesinde dikkate alınarak belirleneceğini ifade etmiştir. ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.478; Yargıtay’ın bir kararında bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Kaçınılmazlık 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 51. vd. maddelerinde tazminatın kapsamı belirlenirken durumun gereğini, yani olayın özelliklerini göz önüne almakla yükümlü tuttuğundan, bazı hallerde zararın ortak ve kısmi sebebini oluşturan beklenmedik olaylar tazminattan indirim sebebi olabilir. Hakim kaçınılmaz olayları indirim sebebi olarak kabul etmelidir.” Yargıtay HGK, E. 2015/21-983, K. 2019/252, T. 7.3.2019, www.kazanci.com, (E.T.14.02.2020).

Beklenmedik halden başka bir şey olan mücbir sebep ise karşı konulması ve kaçınılması mümkün olmayan, meydana gelen zarar ile zarar verenin fiili arasındaki illiyet bağına keserek tek başına zarara sebep olan insan iradesi ile alakasız olağanüstü bir olaydır⁴⁷². Beklenmeyen hal zararın sebeplerinden biri iken mücbir sebep zararın tek sebebidir⁴⁷³. Bu sebeple de beklenmedik halin söz konusu olduğu durumlarda tazminattan indirim yapılacakken mücbir sebebin söz konusu olduğu durumlarda artık zarar veren fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilmiş olacağından sorumluluk doğmayacaktır⁴⁷⁴. Beklenmedik halin mücbir sebep seviyesine çıktığı durumlarda da illiyet bağı kesilecek ve sorumluluk ortadan kalkacaktır⁴⁷⁵.

Beklenmedik hal kapsamında değerlendirilebilecek ancak ayrıca incelenen bir diğer indirim sebebi alacaklının –zarar görenin- yapısal yatkınlığıdır. Alacaklının yardımcı kişinin zarar verici fiilinden aşırı derecede etkilenen bir bünyeye sahip olması da yardımcı kişi ve borçlu bakımından beklenmeyen hal teşkil edecektir⁴⁷⁶. Alacaklının yapısal yatkınlığı her ne kadar onun kusuru olmasa da borçlunun –zarar sorumlusunun- mezkûr yatkınlığı bilmediği durumlarda tazminatın tamamından sorumlu olması da hakkaniyete uygun düşmeyeceğinden tazminattan indirim yapılabilir⁴⁷⁷.

Gerek zarar sorumlusu olan borçlunun gerek zarar gören olan alacaklının fiillerinden sorumlu olmadığı kişi veya kişiler tarafından zararın doğumunda veya artmasında etkili olan bir fiil söz konusu ise buna üçüncü kişinin kusuru denir ve tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilir⁴⁷⁸. Üçüncü kişinin kusuru eğer zararın tek sebebi ise illiyet bağına kesecek ve borçlunun sorumluluğu doğmayacaktır⁴⁷⁹. Ancak üçüncü kişinin kusuru zararın tek sebebi değilse ve yardımcı kişinin –zarar verenin- üçüncü kişiye göre daha hafif kusurlu olması şartıyla üçüncü kişinin kusuru yardımcı kişinin davranışı bakımından hafifletici bir sebep olarak

⁴⁷² TANDOĞAN, s.328; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.477.

⁴⁷³ TOPUZ, Maddi Zarar, s.254; AYDIN ÖZDEMİR, s.112; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.477.

⁴⁷⁴ TOPUZ, Maddi Zarar, s.254; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.134; AYDIN ÖZDEMİR, s.112; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.477-478.

⁴⁷⁵ TANDOĞAN, s.328; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.478; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.134; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.128-129.

⁴⁷⁶ KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.135; KICALIOĞLU, s.228; AYDIN ÖZDEMİR, s.114; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.473.

⁴⁷⁷ TANDOĞAN, s.327; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.135; KICALIOĞLU, s.228; AYDIN ÖZDEMİR, s.114-115; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.129.

⁴⁷⁸ ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.478; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.139; AYDIN ÖZDEMİR, s.110.

⁴⁷⁹ TANDOĞAN, s.329; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.135; AYDIN ÖZDEMİR, s.111; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.478.

görülebiliyorsa tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir ve üçüncü kişinin kusuru oranında bir indirim yapılabilir⁴⁸⁰.

Diğer indirim sebepleri başlığı altında yer verdiğimiz indirim sebepleri ile daha önce ifade edilen indirim sebepleri arasında bir astlık üstlük ilişkisi yoktur. İfade edilen indirim sebeplerinin bir arada değerlendirilmesi ve aynı sebebe dayanarak birden çok indirime yol açmayacak şekilde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin beklenmedik halin meydana gelmesi sebebiyle kusurun hafıflediği gerekçesiyle indirim yapıldıktan sonra bir de borçlunun farazi kusurunun hafif kusur derecesinde kalmasına dayanarak indirim yapılmaması gerekir⁴⁸¹. Ancak hafif kusurdan dolayı bir indirim yapıldıktan sonra borçlunun –zarar sorumlusunun- yoksulluğa düşecek olması sebebiyle tekrar indirim yapılabilir çünkü bu durumda ilk indirim sebebinin yeter şartı olan hafif kusur, ikinci indirim sebebinin gerek şartlarından yalnızca biri olduğundan aynı sebebe dayanarak iki kez indirim yapılmış olmayacaktır⁴⁸². Aynı sebepten dolayı iki defa indirim yapmamak için olayın ve sebeplerin bir adım geriye atarak tüm resmi görececek şekilde değerlendirilmesi ve sonuca varılması gerekir.

C. Sorumsuzluk Anlaşmalarının Tazminat Yükümlülüğüne Etkisi

Borçlunun alacaklıya karşı borçlandığı edimin yardımcı kişi tarafından tam ve doğru bir biçimde ifa edilmesi durumunda veya yardımcı kişinin kullanımına izin verilen bir şeye zarar vermeden kullanması durumunda borçlunun herhangi bir sorumluluğu doğmayacak, tazminatla da yükümlü olmayacaktır. Ancak bahsettiğimiz durumun tersinin gerçekleştiği varsayımda borçlunun yardımcı kişinin fiili sebebiyle sorumluluğu, tazminat yükümlülüğü doğacaktır.

Sorumsuzluk anlaşmaları etkilerini doğrudan tazminat yükümlülüğü üzerinde gösterir⁴⁸³. Sorumsuzluk anlaşmasının yapılması asli edim veya yan edim yükümlülüklerini

⁴⁸⁰ GÜRSOY, K. T., “Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu”, AÜHFD, C.30, S.1, Y.1973, s.62; TANDOĞAN, s.329; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.139; ANTALYA, Borçlar Hukuku 2, s.479; AYDIN ÖZDEMİR, s.110-111; yukarıda ifade ettiğimiz durum esas kural değildir, kural olarak üçüncü kişinin kusuru tazminattan indirim sebebi teşkil etmez. Eğer üçüncü bir kişinin de kusurunun söz konusu olduğu söylenebiliyorsa artık zararın tamamından sorumlu olan kişilerin sayısının arttığı söylenebilecektir. GÜRSOY, Sorumluluk, s.58 vd.; HELVACI, s.151; TOPUZ, Maddi Zarar, s.254-255; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.139; AYDIN ÖZDEMİR, s.110; TANDOĞAN, s.329.

⁴⁸¹ NÖMER, Tazminat, s.141; TİFTİK, s.151; KILIÇOĞLU, Sorumluluk, s.134; AYDIN ÖZDEMİR, s.113.

⁴⁸² OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 2, s.128.

⁴⁸³ BAŞALP, s.17; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.827-828, 863; AKMAN, s.8-9; MERAL, s.1144; TEKELİOĞLU, s.5; BAŞ, s.758; SARIÇAM, s.9.

etkilenmez. Bir başka deyişle borçlunun bunları tam ve doğru bir şekilde ifa etme yükümlülüğü devam eder⁴⁸⁴. Mamafih yardımcı kişinin ifayı tam ve doğru bir şekilde yerine getirmediği durumlarda sorumsuzluk anlaşması önem kazanır. Böyle bir durumda eğer sorumsuzluk anlaşması varsa ve geçerliyse etkilerini doğuracak ve alacaklının borçluya yönelteceği taleplerini ya ortadan kaldıracak ya da sınırlandıracaktır⁴⁸⁵.

Sorumsuzluk anlaşmalarını doğurdıkları etki bakımından ikiye ayıracağız: sorumluluğu kaldıran sorumsuzluk anlaşmaları ve sorumluluğu sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmaları⁴⁸⁶.

1. Sorumluluğu Kaldıran Sorumsuzluk Anlaşmaları

Borçlunun kendi fiillerine ilişkin olarak sorumluluğunu kaldırarak şekilde bir sorumsuzluk anlaşması yapmasına kanun koyucu tarafından TBK m.115’te ifade edildiği üzere izin verilmemiştir. Ancak borçlunun TBK m.116 uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğunu diğer bazı şartların⁴⁸⁷ da mevcut olması halinde kaldırması mümkündür.

Borçlu ile alacaklı arasında borçlunun yardımcı kişinin hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşmanın bulunduğu durumlarda borçlu yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumluluğunu kaldırmış, alacaklının ona TBK m.116 çerçevesinde yönelteceği tazminat taleplerini engellemiş olacaktır. Ancak borçlunun kendi kusuru da söz konusuysa TBK m.112’ya göre yöneltilecek bu tazminat talebini –eğer kendi kusuru için de ayrı bir sorumsuzluk anlaşması söz konusu değilse- engelleyemeyecektir⁴⁸⁸.

Borçlunun sorumsuzluk anlaşmasıyla sorumluluğunun kaldırıldığı durumlarda tazminat yükümlülüğü doğmayacaktır⁴⁸⁹. Sorumsuzluk anlaşması hâkim tarafından resen dikkate alınarak borçlunun sorumluluğunun doğmasına engel olunacaktır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ BAŞALP, s.17, 122; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.828, 863; AKMAN, s.9; MERAL, s.1144-1145; BAŞ, s.758.

⁴⁸⁵ BAŞALP, s.17; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.829; AKMAN, s.6; TEKELİOĞLU, s.5; BAŞ, s.758.

⁴⁸⁶ BAŞALP, s.48; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.829; MERAL, s.1152; BAŞ, s.758.

⁴⁸⁷ Sorumsuzluk anlaşmasını, geçerli olmaları için taşımaları gereken şartları ikinci bölümde derinlemesine incelediğimizden ötürü yalnızca “İkinci Bölüm” özellikle de II ve IV numaralı başlıklara atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁴⁸⁸ BAŞALP, s.49; AKMAN, s.77-78; ERTEN, s.180.

⁴⁸⁹ BAŞALP, s.121; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.827-828; AKMAN, s.75; ERTEN, s.89-90; MERAL, s.1152.

⁴⁹⁰ BAŞALP, s.122.

Sorumsuzluk anlaşmasının söz konusu etkileri doğurabilmesi için geçerli olması gerekir. Aksi takdirde mağdurun rızasında olduğu gibi geçersiz olmasına rağmen etki doğuramayacaktır.

2. Sorumluluğu Sınırlandıran Sorumsuzluk Anlaşmaları

Borçlu, alacaklı ile yapacağı bir sözleşmeyle sorumluluğunun sınırlandırılması konusunda da anlaşabilir. Borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılması çeşitli şekillerde olabilir. Çoklukla karşımıza çıkan örnek olan kusur türüne bağlı olarak sorumluluğun sınırlandırılması, sorumluluğu sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmalarının sadece bir örneğidir⁴⁹¹. Esasen alacaklının borçlu karşısındaki hukuki durumunu dezavantajlı duruma sokan her türlü anlaşma geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması tanımına dâhil olarak sorumluluğu sınırlandıran anlaşmalar olarak kabul edilebilir⁴⁹².

Sorumluluğunu sınırlandıran anlaşmaların belli türleri şunlardır: sorumluluğu kusur türü bakımından sınırlandıran anlaşmalar, konu bakımından sınırlandıran anlaşmalar, kişi bakımından sınırlandıran anlaşmalar, mal varlığı değerleri bakımından sınırlandıran anlaşmalar, miktar itibarıyla sınırlandıran anlaşmalar, zaman itibarıyla sınırlandıran anlaşmalar ve birden fazla açıdan sınırlandıran anlaşmalardır⁴⁹³. Yardımcı kişinin sorumluluğunun kusur türü bakımından sınırlandırılarak hafif ihmâl bakımından borçlunun sorumsuz tutulduğu bir durumda zarar da hafif ihmalle gerçekleşmişse borçlu sorumluluktan kurtulacaktır. Yine miktar bakımından sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşması söz konusuysa bu miktar tazminatın azami sınırını teşkil edecektir⁴⁹⁴. Müşterek borçluların söz konusu olduğu durumda yapılmış bir sorumsuzluk anlaşmasıyla müşterek borçlulardan birinin sorumlu tutulabileceği kabul edilmiş olabilir, bu da sorumluluğu kişi bakımından sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşması teşkil eder⁴⁹⁵.

Sorumluluğu sınırlandıran bir anlaşmanın da kendisinden beklenen etkileri doğurması için geçerli olması gerekir. Sorumluluğu sınırlandıran sorumsuzluk anlaşması da eğer geçerli

⁴⁹¹ BAŞ, s.758; BAŞALP, s.44; TEKELİOĞLU, s.4.

⁴⁹² TEKELİOĞLU, s.4; BAŞALP, s.44; BAŞ, s.758.

⁴⁹³ BAŞALP, s.49 vd.; KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.829 vd.; AKMAN, s.23 vd.; MERAL, s.1152 vd.; TEKELİOĞLU, s.5; BAŞ, s.758.

⁴⁹⁴ KARABAĞ BULUT, Sorumsuzluk, s.829; BAŞALP, s.50-51; AKMAN, s.23; MERAL, s.1153.

⁴⁹⁵ BAŞALP, s.50.

ise hâkim tarafından resen dikkate alınacak ve sorumluluk anlaşıldığı üzere sınırlandırılacaktır⁴⁹⁶.

III. ZAMANAŞIMI

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin olarak özel bir zamanaşımı düzenlemesi kanun koyucu tarafından vaz edilmiş değildir. Borç ilişkisine dayanan ve bir borca aykırılıktan doğan sorumluluk türü olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun zamanaşımına ilişkin genel düzenleme olan TBK m.146'ya tabi olacağı ve zamanaşımı süresinin de borca aykırı ya da haksız fiilin gerçekleştiği tarihten⁴⁹⁷ itibaren 10 yıl olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁸.

IV. YARDIMCI KİŞİ İLE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ VE MÜŞTEREK BORÇLULUK HALİ

A. Yardımcı Kişi ile Borçlu Arasındaki İlişki

Kanun koyucu tarafından TBK m.116'da yardımcı kişilerin fiillerinden ötürü alacaklı karşısında borçlunun sorumlu tutulmasının gerekçesi kanun koyucunun yardımcı kişiyi koruma gayesi gütmesi değildir. Bir başka deyişle kanun koyucunun çoğunlukla yardımcı kişinin kusurundan dolayı eksik ya da yanlış bir biçimde gerçekleştirilen bir ifadan veya kullanımdan borçluyu sorumlu tutmasının sebebi, alacaklı karşısında sosyo-ekonomik anlamda daha güçlü bir sorumlu konumlandırarak alacaklıyı korumaktır. Alacaklıyı koruduktan yani alacaklı alacağını elde ettikten sonra yardımcı kişi ile borçlu arasındaki iç ilişki gündeme gelir. Borçlunun, alacaklının zararını ödemesiyle yardımcı kişi de sorumluluktan kurtulmamaktadır.

⁴⁹⁶ BAŞALP, s.122.

⁴⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.433; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.345; ZEVLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/AYDOĞDU/CUMALIOĞLU, s.315; biz zamanaşımının borca aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacağını kabul etsek de zamanaşımının ne zaman başlayacağı konusunda doktrinde tartışma vardır. Diğer görüş borca aykırılık halinde gündeme gelen tazminatın sözleşmenin konusu olan asıl edimin yerine geçtiğini ve bu sebeple de sözleşmenin konusu olan edimin ifa talebinin muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlayacağını ifade etmektedir. Diğer görüş için bkz. ERDEM, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s.163-164; MEMİŞOĞLU, S. Ö., Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu (II), LHD, C.8, S.88, Y.2010, 1188; EREN, s.1315; TEKİNAY, s.904 vd.; YAĞCI, s.151.

⁴⁹⁸ ÇELİK, A. Ç., Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Ankara 2018, s.495; ÖZKAYA, E., Özel Hukukumuzda Zamanaşımı Ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara 2012, s.227; SARI, M., Takip Hukukunda Zamanaşımı, 4. Baskı, Ankara 2013, s.37; KARACA, s.58; TANDOĞAN, s.533; MEMİŞOĞLU, İkinci Kısım, s.1188; KARAHASAN, s.1414; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku 1, s.433; ANTALYA, Borçlar Hukuku 3, s.345; ÖZDEMİR, s.287; İNAN/YÜCEL, s.617; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.176; UYGUR, s.744.

Eş deyişle borçlu alacaklının zararını ödemekle yardımcı kişiye karşı şartları da varsa rücu imkânına sahip olacaktır.

Yardımcı kişi kullanması sebebiyle daha geniş bir etki alanına kavuşan ve bu sayede de karını maksimize eden borçlunun yardımcı kişilerinin fiillerinden dolayı alacaklı karşısında sorumlu olması doğal ve adildir. Ancak yardımcı kişilerin kusurlarıyla hatta kastlarıyla verdikleri zararlarından dolayı borçluyu nihai sorumlu olarak kabul etmek ne doğaldır ne adil. Bu sebeple borçlu, alacaklının zararının karşıladıktan sonra yardımcı kişiye rücu edebilecektir⁴⁹⁹.

Her ne kadar borçlunun yardımcı kişisine rücu edebileceğini söylesek de adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi özel bir rücu düzenlemesi söz konusu değildir⁵⁰⁰. Bu nedenle de rücu ilişkisinin borçlu ile yardımcı kişisi arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak gerçekleşeceği ifade edilmektedir⁵⁰¹. Bu durumda taraflar aralarındaki hukuki ilişkide yardımcı kişinin hafif ihmal teşkil edecek davranışlarından dolayı sorumlu olmayacağını kararlaştırmışsa ve zarar da yardımcı kişinin hafif ihmali ile gerçekleşmişse artık her ne kadar kusuru söz konusu olsa dahi aralarındaki hukuki ilişkide yer alan sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak rücu talebinden kurtulabilecektir⁵⁰².

Yardımcı kişi ile borçlu arasında her zaman sözleşmesel bir ilişki olmayabileceği gibi buna gerek de yoktur. Sözleşmesel ilişkinin bulunmadığı durumlarda borçlunun yardımcı kişiye TBK m.62 uyarınca rücu etmesi mümkündür⁵⁰³. Burada sözleşmesel bir ilişki mevcutsa sözleşmesel ilişkiye dayanarak rücu talebinde bulunmanın kusur karinesi gereğince TBK

⁴⁹⁹ ŞENOCAK, s.261; YÜNLÜ, s.371; YAĞCI, s.187-188; KARACA, s.56; MEMİŞOĞLU, İkinci Kısım, s.1186; ÖZDEMİR, s.282; KARAHASAN, s.1408; TANDOĞAN, s.451-452; TUNÇOMAĞ, s.848; EREN, Genel, s.1084; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.678; REİSOĞLU, Genel, s.367; AKINCI, s.254; UYGUR, s.741.

⁵⁰⁰ YÜNLÜ, s.372; YAĞCI, s.188; ÖZDEMİR, s.283; İNAN/YÜCEL, s.616.

⁵⁰¹ ŞENOCAK, s.261; MEMİŞOĞLU, İkinci Kısım, s.1186; YÜNLÜ, s.372; YAĞCI, s.188; KARACA, s.56; ÖZDEMİR, s.283; KARAHASAN, s.1408; TANDOĞAN, s.451; TEKİNAY, s.900; TUNÇOMAĞ, s.848; EREN, Genel, s.1084; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.678; REİSOĞLU, Genel, s.367; İNAN/YÜCEL, s.616; AKINCI, s.254; UYGUR, s.742.

⁵⁰² ŞENOCAK, s.261-262; YÜNLÜ, s.374; YAĞCI, s.188; MEMİŞOĞLU, İkinci Kısım, s.1187.

⁵⁰³ ŞENOCAK, s.262; YAĞCI, s.189; KARACA, s.56-57; MEMİŞOĞLU, İkinci Kısım, s.1186; ÖZDEMİR, s.283; KARAHASAN, s.1408; TANDOĞAN, s.451-452; TEKİNAY, s.900; TUNÇOMAĞ, s.848; EREN, Genel, s.1084; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.678; REİSOĞLU, Genel, s.367; İNAN/YÜCEL, s.616; AKINCI, s.254; UYGUR, s.742.

m.62'ye dayanmaktan daha elverişli olduğunu ifade etmeliyiz⁵⁰⁴. Zira sözleşmesel ilişkinin söz konusu olduğu durumda kusur karinesi gereğince yardımcı kişinin kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerekecekken TBK m.62'ye dayanıldığı durumlarda borçlunun yardımcı kişinin kusurunu ispat etmesi gerekir⁵⁰⁵.

Borçlu ister yardımcı kişi ile arasındaki hukuki ilişkiye dayansın ister TBK m.62'ye dayansın yardımcı kişiye rücu edemeyeceği durumlar söz konusu olabilir⁵⁰⁶. Örneğin borçlu ile yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişkide yardımcı kişi lehine sorumsuzluk anlaşması varsa ya da yardımcı kişinin herhangi bir kusuru söz konusu değilse⁵⁰⁷.

Yardımcı kişiye rücu edilebilmesi için kural olarak yardımcı kişinin zarara kusuruyla sebep olması gerekir⁵⁰⁸. Ayrıca borçlunun yardımcı kişiye rücu edebileceği miktar da yine kural olarak yardımcı kişinin kusurunun oranına göre belirlenecektir⁵⁰⁹.

Borçlunun yardımcı kişinin yardımcı kişiye başvurduğu eş söyleyişle alt yardımcı kişinin söz konusu olduğu durumlarda kendisiyle sözleşmesel ilişki içerisinde olmayan alt yardımcının fiilinden kaynaklanan alacaklının zararı TBK m.116 uyarınca tazmin ettikten sonra TBK m.61'e dayanarak müteselsil sorumluluk hükümleri çerçevesinde rücu yoluna gidebilecektir⁵¹⁰.

B. Yardımcı Kişi ile Alacaklı Arasındaki İlişki

TBK m.116 bir başka deyişle yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk çerçevesinde sorumlu olmak için gereken şartlardan biri de taraflar arasında bir borç ilişkisinin mevcut olmasıydı. Yardımcı kişi ile alacaklı arasında ise kural olarak bir borç ilişkisi olmaz. Bu nedenle de alacaklının yardımcı kişinin sorumluluğuna TBK m.116'ya göre gitmesi mümkün

⁵⁰⁴ Sözleşmeye aykırılıkta kusur karinesi ve haksız fiil sorumluluğu karşısında sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin üstünlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KAYA, E. B.**, "Sözleşmeye Aykırılıkta Kusur Karinesi", Ed. BAYSAL, B., Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, İstanbul 2019, s.282 vd.

⁵⁰⁵ **KAYA**, s.285.

⁵⁰⁶ **YÜNLÜ**, s.373; **YAĞCI**, s.189; **MEMİŞOĞLU**, İkinci Kısım, s.1186; **KARACA**, s.57; **ÖZDEMİR**, s.283; **TUNÇOMAĞ**, s.848-849; **EREN**, Genel, s.1084; **İNAN/YÜCEL**, s.616; **AKINCI**, s.254.

⁵⁰⁷ **YÜNLÜ**, s.372, 374; **MEMİŞOĞLU**, İkinci Kısım, s.1186; **KARACA**, s.57; **ÖZDEMİR**, s.283; **TANDOĞAN**, s.452; **TEKİNAY**, s.901; **TUNÇOMAĞ**, s.848-849; **EREN**, Genel, s.1084; **AKINCI**, s.254.

⁵⁰⁸ **ŞENOCAK**, s.262; **YÜNLÜ**, s.372; **YAĞCI**, s.189; **MEMİŞOĞLU**, İkinci Kısım, s.1186; **KARACA**, s.57; **ÖZDEMİR**, s.283; **KARAHASAN**, s.1408; **TANDOĞAN**, s.452; **TEKİNAY**, s.901; **TUNÇOMAĞ**, s.848; **EREN**, Genel, s.1084; **AKINCI**, s.254.

⁵⁰⁹ **YAĞCI**, s.189; **ÖZDEMİR**, s.283; **AKINCI**, s.254.

⁵¹⁰ **YÜNLÜ**, s.372-373; **ŞENOCAK**, s.262; **UYGUR**, s.741.

değildir⁵¹¹. Meğerki yardımcı kişinin gerçekleştirdiği ve borçlunun sorumlu olmasına yol açan fiil, haksız bir fiil ise alacaklı doğrudan yardımcı kişinin sorumluluğuna gidebilecektir⁵¹². Böyle bir durum söz konusu olduğunda borçlu alacaklıya karşı yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk hükümlerine göre yardımcı kişi ise yine alacaklıya karşı ve yine aynı zarardan dolayı haksız fiil hükümlerine göre müteselsilen sorumlu olacaktır⁵¹³.

Her durumda alacaklının hem borçlunun hem yardımcı kişinin sorumluluğuna gitme imkânı olmaz. Alacaklı ile borçlu arasında sorumsuzluk anlaşmasının olduğu bir durumda borçlu, sorumsuzluk anlaşması vasıtasıyla sorumluluktan kurtulabilecekken yardımcı kişi sorumlu olmaya devam edecektir. Her ne kadar bu durumda alacaklının elinde sözleşmeye dayanan sorumluluk hükümlerine nazaran daha elverişsiz sözleşme dışı sorumluluk hükümleri kalsa da.

Alacaklının hem borçlunun hem yardımcı kişinin sorumluluğuna gidebildiği durumlarda her iki tarafında da sorumlu olduğu zarar aynı olsa da alacaklının taraflardan elde edebileceği tazminat miktarı eşit olmayabilir, zira bir taraf bakımından gerçekleşmiş tazminattan indirim sebepleri diğer taraf bakımından gerçekleşmemiş olabilir⁵¹⁴. Bu tip durumlara örnek olarak, taraflardan birinin hafif kusurlu diğer tarafın ise ağır kusurlu olmasını veya büyük ihtimalle borçluya nazaran daha düşük bir sosyo-ekonomik düzeye sahip olan yardımcı kişinin tazminatın tamamını ödemesi durumunda yoksulluğa düşeceği gerekçesiyle tazminattan indirim yapılmasını verebiliriz⁵¹⁵. Yardımcı kişinin aynı zamanda alacaklının da yardımcı kişisi olduğu durumlarda da indirim söz konusu olabilir⁵¹⁶. TBK m.114/1 gereğince iş borçlu açısından yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilebilecektir⁵¹⁷. Ayrıca burada alacaklının her ne kadar hem borçluyu hem yardımcı kişiyi takip edebilmesi

⁵¹¹ YÜNLÜ, s.378; YAĞCI, s.184; ÖZDEMİR, s.283; TANDOĞAN, s.452; KARAHASAN, s.1409; TEKİNAY, s.901; TUNÇOMAĞ, s.849; EREN, Genel, s.1084; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.678; REİSOĞLU, Genel, s.367; UYGUR, s.741.

⁵¹² ŞENOCAK, s.263; YÜNLÜ, s.378; YAĞCI, s.184; MEMİŞOĞLU, İkinci Kısım, s.1188; ÖZDEMİR, s.283; TANDOĞAN, s.452; KARAHASAN, s.1409; TEKİNAY, s.901; TUNÇOMAĞ, s.849; EREN, Genel, s.1084-1085; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.678; REİSOĞLU, Genel, s.367; UYGUR, s.741.

⁵¹³ ŞENOCAK, s.263; YÜNLÜ, s.378; YAĞCI, s.184; MEMİŞOĞLU, İkinci Kısım, s.1188; KARAHASAN, s.1409; EREN, Genel, s.1085; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s.678; UYGUR, s.741.

⁵¹⁴ ŞENOCAK, s.264; YAĞCIOĞLU, A. H., Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014, s.207 vd.; İŞİK, S., Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi, Yayımlanmamış YLT, Ankara 2019, s 57 vd.; YÜNLÜ, s.381; YAĞCI, s.186.

⁵¹⁵ YAĞCIOĞLU, s.209, 213; İŞİK, s.62; ŞENOCAK, s.264; YÜNLÜ, s.381, 384; YAĞCI, s.186-187.

⁵¹⁶ YÜNLÜ, s.382-383.

⁵¹⁷ YAĞCIOĞLU, s.214-215; YÜNLÜ, s.382; YAĞCI, s.186.

mümkünse de alabileceği azami tazminat miktarı zararı ile sınırlıdır ve bir taraftan aldığı tazminat miktarı kadar diğer taraf sorumluluktan kurtulmuş olur⁵¹⁸.

Borçlunun yardımcı kişinin yardımcı kişi kullandığı eş söyleyişle alt yardımcı kişinin söz konusu olduğu durumlarda, alacaklının alt yardımcı kişiyi kullanan yardımcı kişiye her ne kadar aralarında bir borç ilişkisi olmasa da en azından dürüstlük kuralı gereğince yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla başvurabilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹⁹.

C. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumlulukta Müşterek Borçluluk

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda borçluların birden fazla olması durumunda borçluların müteselsilen sorumluluğu söz konusu olur. Müteselsil sorumluluğun ya da borçluluğun söz konusu olduğu durumların en temel ve aynı zamanda en önemli özelliği, alacaklının zararının tamamını veya bir kısmını dilediği borçludan talep etmesine imkân vermesidir⁵²⁰. Müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu durumda alacaklının elindeki imkânlar ve zararını talep edebileceği kişi sayısı artmıştır. Müteselsil borçluluk TBK m.162’de ifade edildiği üzere ya borçluların böyle bir kabulü yani sözleşme ya da kanunda böyle bir hükmün vaz edilmiş olması durumunda doğar. Müteselsil borçlular kural olarak borcun tamamından sorumludur⁵²¹. İç ilişkide aralarında sorumluluğa ilişkin bir anlaşma yapılmış olsa dahi bu anlaşmayı üçüncü kişi konumunda bulunan alacaklıya karşı ileri süremeyeceklerdir⁵²². Her ne kadar tüm borçlular zararın tamamından sorumlu olsa ve alacaklının talep edebileceği kişi sayısı artmış olsa da zararın bir defa tazmin edilmesiyle borç sona erecektir⁵²³.

Müteselsil borçluluğun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında söz konusu olacağı ilk ihtimal, alacaklı ile sözleşmesel ilişki içine girmiş birden çok borçlunun aynı yardımcı kişiyi kullanması sebebiyle müteselsil sorumlu olmasıdır⁵²⁴. Bu durumda ifade

⁵¹⁸ ARAT, A., “Müteselsil Borçlarda Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm Ve Sonuçları”, SÜHFD, C.26, S.2, Y.2018, s.327; YAĞCIOĞLU, s.69-70; IŞIK, s.26-27.

⁵¹⁹ YÜNLÜ, s.385.

⁵²⁰ ARAT, s.326-327; IŞIK, s.4; YAĞCIOĞLU, s.8; YÜNLÜ, s.387; YAĞCI, s.190.

⁵²¹ IŞIK, s.26; YAĞCIOĞLU, s.187; ARAT, s.329; YÜNLÜ, s.389; YAĞCI, s.190.

⁵²² YAĞCIOĞLU, s.188; ARAT, s.329; IŞIK, s.26; YÜNLÜ, s.389; YAĞCI, s.190.

⁵²³ ARAT, s.327; YAĞCIOĞLU, s.69-70; IŞIK, s.26-27.

⁵²⁴ ŞENOC AK, s.257-258; YÜNLÜ, s.389; YAĞCI, s.192.

ettiğimiz üzere borçluların hepsi zararın tamamından müteselsilen sorumlu olacaktır ve kendi aralarında yani iç ilişkide bir paylaşım yapmış olsalar dahi alacaklıya karşı zararın tamamından sorumlu olacaklardır.

Müteselsil borçluluğun doğumuna ilişkin olarak doktrinde verilen ikinci örnek, birden fazla borçlunun, borçlu sıfatlarının yanında yardımcı kişi sıfatına da sahip olması ihtimalinde söz konusu olacağı ifade edilmektedir⁵²⁵. Bu duruma örnek olarak tıbbi bir operasyonun yapılmasını birlikte borçlanarak borçlu sıfatına sahip olan doktorların, ameliyat sırasında da birbirlerinin yardımcı kişileri olacakları gerekçesiyle her birinin diğeri bakımından yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında sorumlu olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵²⁶. Ancak bu gibi durumların dikkatlice incelenmesi ve beraber çalışan her grup veya kişiler hakkında bu saptamanın yapılmaması gerektiği de ifade edilmektedir⁵²⁷.

⁵²⁵ ŞENOCAK, s.258; YÜNLÜ, s.390; YAĞCI, s.190.

⁵²⁶ YÜNLÜ, s.390; ŞENOCAK, s.259; YAĞCI, s.190-191.

⁵²⁷ YAĞCI, s.191; ŞENOCAK, s.260; YÜNLÜ, s.391.

SONUÇ

Tezimizde ulaştığımız sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1) Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun üzerinde doğduğu kişi olan borçlu sıfatına sahip olabilmek için ne işveren gibi iş sözleşmesi uyarınca birisini çalıştırmak ne de adam çalıştıran sıfatına sahip olabilmek için çalıştırdığı kişinin kendisine tabi olması gibi bir şart gerekmez. Bir alacaklı ile herhangi bir borç ilişkisi içine girmiş ve mezkûr borç ilişkisinin ifasında veya bir hakkın kullanılması sırasında yardımcı kişi kullanan, TBK m.116 çerçevesindeki sorumluluk hükümleri bağlamında borçlu olarak kabul edilir.

2) Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğması için gerekli olan en temel şart, yardımcı kişidir. Herhangi bir borç ilişkisinden doğan bir ifade veya hakkın kullanılmasında başvuru olan kişinin yardımcı kişi olarak nitelendirilebilmesi için herhangi bir bağlılık şartı aranmamaktadır. Yardımcı kişi olarak nitelendirilebilmek için borçlunun açık veya örtülü rızasıyla borcun ifasına veya hakkın kullanımına kısmen veya tamamen katılmak yeterlidir. İfade ettiğimiz şartlar bağlamında borçlunun yanında hizmet sözleşmesiyle ona bağlı olarak çalışan kişi de adam yetersizliği sebebiyle yoldan çevirip ricada bulunarak ifade kendisine yardım eden kişi de yardımcı kişi sıfatına sahip olabilecektir. Yardımcı kişinin başvurulduğu işe göre ismi ifa yardımcısı veya kullanma yardımcısı olarak da özelleştirilebilecektir.

3) Yardımcı kişi kullanılmasına izin verilmeyen veya yardımcı kişi kullanılmayacak bir durumda yardımcı kişinin kullanılması halinde caiz olmayan yardımcı kişi söz konusu olur. Caiz olmayan yardımcı kişinin söz konusu olduğu durumlarda borçlu, caiz olmamasına rağmen yardımcı kişi kullanmış olması sebebiyle doğrudan şahsi kusurundan sorumlu olacak ve TBK m.112'ye göre sorumlu tutulacaktır.

4) Yardımcı kişinin borçluya bağlı olup olmaması yardımcı kişi sıfatını kazanması açısından önem teşkil etmez. Ancak bağımsız yardımcı kişinin tespit edilmesinde bazı problemler meydana gelebilmektedir. Burada yardımcı kişi belirlenirken yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanımına katılıp katılmadığı hususu üzerinde durmak gerekir. İfa ile uzaktan alakalı olan ve geri planda kalan faaliyetleri gerçekleştirenlerin -mesela satılan bir maldaki üretim hatasından dolayı üreticinin- borçlunun yardımcı kişisi olarak değerlendirilmemesi gerekir. Borçlunun tekel durumundaki bir yardımcı kişiye başvurduğu durumlarda ise eğer borçlunun tekel durumundaki yardımcı kişiyi kullanıp kullanmama

konusunda bir tercih hakkı söz konusu ise borçluyu, söz konusu tekel yardımcı kişinin fiillerinden dolayı TBK m.116 uyarınca sorumlu tutmak ancak herhangi bir tercih hakkından söz edilemiyorsa da sorumlu tutmamak gerekir.

5) Günümüzde hızlı bir şekilde gelişen teknolojinin hukuk sahasında en çok yankı uyandıran gelişmesi olan robotlara yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında baktığımızda ise otonom ve yarı-otonom robotlar hakkında ekstra bir inceleme ve değerlendirme yapmaya gerek olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu iki robot türü, araç olarak değerlendirilecek ve kullanıcı hatasından kaynaklanan bir durumdan bahsedilebiliyorsa kullanıcı, üreticiden kaynaklanan bir hatadan bahsedilebiliyorsa ise üretici sorumlu olabilecektir. Akıllı robotlar yani dış dünya ile etkileşime girebilen ve bu etkileşim neticesinde belli sonuçlara varabilen robotlar hakkında ise doktrinde hukuki kişilik tanınması gibi görüşler olsa da bu görüşleri isabetli bulmuyoruz. Mal varlığından bahsedilemeyecek robota hukuki kişilik tanınması halinde tazmin nasıl sağlanacaktır? Hukuki kişiliğin sağlanması problemimizi çözmemektedir. Ancak akıllı robotlarla diğer robot türlerinin birbirinden ayrılması gerektiği de bir gerçektir. Söz konusu hükümler çerçevesinde yarı-otonom, otonom ve akıllı robotlar hakkında bir ayırımdan bahsedilemeyecek ve her birinde kullanıcı hatası varsa kullanıcı bizzat kendi fiilinden dolayı sorumlu olacak, üretim hatası varsa da üretici kendi hatasından sorumlu olacaktır. Ayrıca akıllı robotun dış dünya ile etkileşime girmesi sonucunda borcun ifasında kullanıldığı alacaklıya zarar vermesinin kendiliğinden üretim kusuru olduğunu da ifade etmemiz gerekir. Bir başka deyişle akıllı robot bu karara kendisi varıyor olsa dahi üretim amacı olan hizmet etmenin dışına çıkmakta ve alacaklıya zarar vererek üretim hatası olduğunu göstermektedir.

6) Vekil yardımcı kişiye kendi çıkarları için bir başka deyişle örneğin faaliyet sahasını genişletmek için başvuruyorsa yardımcı kişiden, vekâlet verenin çıkarı için, vekâletin gereği gibi ifa edilebilmesi için başvuruyorsa alt vekilden söz edilecektir. İfade edilen ayırım uygulanacak sorumluluk hükümleri bakımından önemlidir.

7) Borçlunun yardımcı kişiye bir borcun ifasında veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında başvurması gerekir. Buradaki borç ilişkisi sözleşmeden doğabileceği gibi haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, diğer kanundan doğan borç ilişkilerinden ve hatta sözleşme öncesi görüşmelerden de doğabilir. Yardımcı kişinin borcu ifa ederken veya hakkı kullanırken yalnızca edim yükümlülüklerine değil, yan yükümlülüklerle ve olumsuz edim yükümlülüklerine de dikkat edilmesi gerekecektir.

8) Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğması için yardımcı kişinin alacaklıya illa ki borca aykırı bir fiille zarar vermiş olması gerekmez. Yardımcı kişinin borcu ifa ettiği veya hakkını kullandığı esnada, alacaklıya gerek borca aykırı gerek haksız fiille vermiş olduğu zararlardan dolayı borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu doğar. Borçluyu, yardımcısının sadece borca aykırı fiillerinden dolayı sorumlu tutmak TBK m.116'yı kısıtlamak manasına geldiği kanaatindeyiz. Zira borçlunun kendisi yerine veya kendisi ile birlikte görevlendirdiği yardımcı kişinin borca aykırı fiillerinden dolayı sorumlu olması doğaldır. Bu durumda TBK m.116 hükmünü işlevsel hale getirebilmek ve gerektiği şekilde kullanıp alacaklıyı gerekli şekilde koruyabilmek için borçluyla girmiş olduğu borç ilişkisinden dolayı hakimiyet sahasına kabul ettiği borçlunun yardımcı kişinin alacaklıya ifa veya hakkın kullanılması esnasında haksız fiille dahi vermiş olduğu zararlardan borçlu sorumlu olmalıdır. Burada ifa veya kullanma esnasının tespiti önemlidir. Örneğin yardımcı kişinin ara verdiği sırada balkonda sigara içerken yangına sebebiyet vermesi halinde bu zararın ifa esnasında meydana geldiğinin ve borçlunun sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekirken; ifadan birkaç gün sonra ifa günü meydana gelen bir sebepten dolayı alacaklıyı haksız bir fiille yaralaması durumunda artık bu fiilin ifa esnasında meydana gelmediğinin ve borçlunun sorumlu olmadığının kabul edilmesi gerekir.

9) Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk her ne kadar borca aykırılıktan kaynaklanan kusursuz bir sorumluluk olarak ifade edilse ve gerek yardımcı kişinin gerek borçlunun kusuru gerekse de sorumluluğun doğabilmesi için yardımcı kişinin gerçekleştirdiği fiili, borçlu gerçekleştirseydi borçlunun kusurlu sayılabilmesi bir başka deyişle borçlunun farazi kusurunun olması gerekir. Burada kusur tespit edilirken borçlunun kural olarak objektifleştirilmesi gerekecektir. Borcun niteliğine, kapsamına ve içeriğine göre objektifleştirilmiş model tespit edilecek ve somut olayda modelin hareketi ile yardımcı kişinin hareketi arasında sapma söz konusu ise borçlu kusurlu tespit edilecektir. Ancak bununla beraber borçlu yetenekleri ile ön plana çıkmış ve tercih sebebi olmuş bir kişi ise bu durumda borçludan beklenecek hareket model hareketten daha üst seviyede ve borçludan beklenen özen seviyesi de objektifleştirilmiş modelden daha yukarıda olacağı için kusur tespitinin sübjektif olarak doğrudan borçlu üzerinde yapılması gerekecektir. Kusurun tespitinde borçluyu objektifleştirme kural olsa da borçlunun niteliklerine göre buna gerek duyulmayabilir.

10) Yardımcı kişilerinin fiillerinin sorumluluğundan kurtulmak veya mezkur sorumluluğu sınırlandırmak isteyen borçlunun, alacaklı ile zarar meydana gelmeden önce

tasarruf işlemi niteliğini haiz kural olarak şekle tabi olmayan bir sorumsuzluk anlaşması yapması gerekecektir. Sorumsuzluk anlaşması, gerek hukuka uygunluk sebebi olan veya tazminattan indirim sebebi olan rızadan gerek de birlikte kusurdan farklıdır. Hukuka uygunluk sebebi olan rıza fiili hukuka uygun hale getirirken; sorumsuzluk anlaşmasında fiil hukuka uygun hale gelmez. Eğer sorumluluğu kaldıran bir anlaşma yapılmışsa yalnızca sorumluluğun doğması engellenmiş olur, işlem ise hukuka aykırılık vasfını taşımaya devam eder. Birlikte kusurun söz konusu olduğu durumlarda da kural olarak tazminattan indirim söz konusu olur. Ancak burada birlikte kusur niteliğine sahip fiilde bulunanın bu hareketi ile tazminatın inmesi amacı taşıması söz konusu olmadığından bu da sorumsuzluk anlaşmasından başka bir şeydir. İbra ile sorumsuzluk anlaşmaları arasındaki fark ise yapılaş zamanından kaynaklanır. Sorumsuzluk anlaşması zarar meydana gelmeden önce yapılırken ibra zarar meydana geldikten sonra yapılan anlaşmalara denir.

11) Sorumsuzluk anlaşması hem tüm sözleşmelerin tabi olduğu sınırlara hem TBK m.115 ve m.116'da özel olarak ifade edilmiş sorumsuzluk anlaşmasının kendi özel sınırlarına tabidir. Yapılmış bir sorumsuzluk anlaşmasının öncelikle emredici kurallara aykırı olmaması gerekir. Bundan sonra kişilik hakkına da aykırı olmaması gerekecektir. Ancak burada şöyle bir kırılma noktası söz konusudur. Kişilik hakkına aykırı bir nitelik taşıyan rıza beyanı geçersiz olsa dahi tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmekte ve geçerli olmadığını ifade etmek dahi tazminat üzerinde bir etki doğurmaktadır. Oysa sorumsuzluk anlaşmalarının sorumluluk üzerinde etkisi olabilmesi için bu anlaşmaların geçerli olmaları gerekmektedir. Görüldüğü üzere aynı amacı taşıyan, biri tek taraflı diğeri çift taraflı iki işlemde, tek taraflı olana geçersizliği halinde dahi etki imkânı bahşedilmişken, çift taraflı olan işlemle buna izin verilmemiştir. Bizce de kişilik hakkına aykırı olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamamalıdır ancak mevcut düzenlemelere bakılarak bu görüşün savunulması güçleşmiştir. Sorumsuzluk anlaşmalarını düzenleyen maddeye kişilik hakkına aykırı olarak sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağına ilişkin bir hüküm eklenirse bu problemin çözüleceği kanaatindeyiz.

12) Sorumsuzluk anlaşmaları kanun koyucunun hoş bakmadığı ve kullanım alanını daraltmak adına düzenlemeler yaptığı bir kurumdur. Yine sorumsuzluk anlaşmaları gibi genel işlem koşulları da kanun koyucu tarafından hoş bakılmayan kademeli olarak incelemeye tabi tutulmuş ve etki alanı daraltılmaya çalışılan bir kurumdur. Ayrıca kanun koyucunun hoş bakmadığı mezkûr iki kurumun çoğunlukla bir arada bir başka deyişle sorumsuzluk anlaşmalarının genellikle genel işlem koşulları arasında yer aldığını söylersek durum daha net

ifade edilmiş olur. Genel işlem koşulları arasında yer alan bir sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak kabul edilebilmesi için sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin şartı karşı tarafa bildirmesi, bu şartı, önemini ve içeriğini anlayabilmesi için ona imkân vermesi gerekir. Mafafih şartın dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte de olmaması gerekir. Genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk şartı ifade edilen aşamaları geçmesi suretiyle geçerlilik kazanabilecektir. Ancak yukarıdaki aşamaları geçmiş olsa da ahlaka aykırılık aşamasında tekrar ve son kez incelenip yukarıdaki aşamalarda elenememiş şartların elenmesi mümkündür.

13) Sorumsuzluk anlaşmasının emredici hükümlere aykırılık, kişilik hakkına aykırılık, genel işlem koşullarına aykırılık, ahlaka aykırılık, kötüye kullanma yasağına aykırılık, kamu düzenine aykırılık gibi tüm sözleşmelerin tabi olduğu sınırların dışında özel sınırlar olan hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğe ilişkin ve işçi aleyhine veya işveren lehine olmaması şartı ile uzmanlığı gerektiren bir işin kanunun veya yetkili makamın izniyle gerçekleştirilmediği bir durumun söz konusu olması şartlarına da tabidir. Buna göre sorumsuzluk anlaşmaları genel sınırlar dışında hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğe ilişkin olmaması veya hizmet sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülüğe ilişkin olsa dahi işçi lehine olması durumunda geçerli kabul edilecektir. Yine bunun gibi işin uzmanlığı gerektirmediği veya uzmanlığı gerektirse dahi kanunun veya yetkili makamın izninin gerekmediği hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir.

14) Sorumsuzluk anlaşmasının tabi olduğu sınırlar farklı olduğu gibi bu sınırlara aykırı davranılması halinde meydana çıkacak sonuçlar da farklıdır. Sorumsuzluk anlaşmasının tek başına bir sözleşme olduğu ve emredici hükümlere, kişilik hakkına, ahlaka, kamu düzenine, kötüye kullanma yasağına ve sorumsuzluk anlaşmasının özel sınırlarından herhangi birine aykırı olduğu durumlarda kural olarak kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır. Genel işlem koşulları arasında yer alan bir sorumsuzluk anlaşmasının kapsam denetimini aşmasına rağmen manasının açık olmaması sebebiyle yorum denetimine takılması halinde de aleyhe yorumlanarak adeta bir yaptırıma çarptırılacaktır. Sorumsuzluk anlaşmasının tek başına bir sözleşme olmadığı, bir sözleşmenin içinde yer alan bir hüküm olduğu hallerde ise dikey ve yatay kısmi hükümsüzlük yaptırımları söz konusu olacaktır. Bazı durumlarda sözleşmede yer alan hükmün budanması ve böylece hükmün kurallara uygun olması söz konusu olabilir. İşte böyle durumlarda dikey kısmi hükümsüzlük söz konusu olacaktır. Mesela alacaklı ile borçlu, borçlunun yardımcısının her türlü haksız fiilinden sorumsuz olduğunu kararlaştırırlarsa hükmün

kişi varlığına ilişkin olan kısmı budandır ve mal varlığına ilişkin olan kısım için sorumsuzluk anlaşması geçerli olmaya devam eder. Yatay kısmi hükümsüzlük halinde ise sözleşmede yer alan sorumsuzluk anlaşması hükmünün bölünerek sınırlara uygun bir hale getirilmesi mümkün olmadığından şart hükümsüz kabul edilerek sözleşme ayakta tutulacaktır. Ayrıca budanabilecek nitelikteki bir hükmün genel işlem koşulları arasında yer alması durumunda hükmün budanmaması ve yatay kısmi hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hükümler içerik denetimini aşp sözleşmenin kapsamına dâhil olamamışsa veya sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancıysa yazılmamış sayılacaktır.

15) Borçlu, yardımcısının ifa esnasında veya hakkı kullanırken alacaklıya gerek borca aykırı gerek haksız bir fiille vermiş olduğu tüm zararlardan kural olarak sorumludur. Borçlunun yardımcısının alacaklıya vermiş olduğu ve borçlunun sorumlu olduğu zarar, maddi-manevi, olumlu-olumsuz, fiili-yoksun kalınan kar, doğrudan-dolayısıyla-yansıma olabilir ve borçlu kural olarak bu zararların hepsinden sorumludur.

16) Borçlu kural olarak alacaklının zararının tamamından sorumlu olsa da çoğu durumda hükmedilen tazminat, zarardan daha düşük olur. Zararın tespiti bir aşama, tazminatın belirlenmesi ise bir diğer aşamadır. Tazminatın belirlenmesi aşamasını borçlunun tazminatın ne kadarlık kısmından sorumlu olduğunun belirlenmesi aşaması olarak ifade edebiliriz. Borçlunun sorumlu olacağı tazminattan indirim sebeplerini borçlunun farazi kusurunun hafif kusur derecesinde olması, alacaklının veya alacaklının yardımcı kişilerinin kusurlu bulunması, borçlunun farazi kusurunun hafif kusur derecesinde olması ve tazminatın tamamını ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olması, alacaklının alışılmışın üzerinde gelire sahip olması, işin hatır için yapılıyor olması, beklenmedik hal, alacaklının bünyesinin aşırı etkilenen bir bünyeye sahip olması ve üçüncü kişinin kusuru olarak sayabiliriz. Burada saydığımız sebepler alacaklının borçludan talep edeceği tazminatta gündeme geldiği gibi borçlunun yardımcı kişisine rücu ettiği hallerde de uygulanacaktır.

17) Sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak yapıldığı hallerde sorumsuzluk anlaşması türüne göre tazminat üzerinde etki doğuracaktır. Sorumluluğu sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşması söz konusuysa tazminat sorumluluğunu sınırlandıracakken sorumluluğu kaldıran bir sorumsuzluk anlaşmasından bahsediliyorsa tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.

18) Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında nihai sorumlu değildir. Kanun koyucunun yardımcıların fiillerinden borçluyu sorumlu tutmasının sebebi alacaklıyı korumak ve ona karşısında ekonomik bakımdan daha güçlü bir sorumlu vererek tazminatını elde etmesine imkân sağlamaktır. Borçlu alacaklının zararını tazmin ettikten sonra yardımcı kişisine rücu edebilir. Burada rücu ederken aralarında herhangi bir hukuki ilişki varsa ona göre, yoksa TBK m.62 uyarınca rücu edebilecektir. Aralarında hukuki ilişki varsa öncelikle orada yer alan kurallara göre rücu ilişkisi belirlenecektir. TBK m.62'ye rücu edildiği hallerde ise borçlu her durumda yardımcı kişiye rücu edemeyecektir. Borçlunun yardımcı kişiden ödediği tazminatı talep edebilmesi için yardımcı kişinin söz konusu zarara kusuruyla sebep olması gerekir. Ancak borçlu ile yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişkide kusur söz konusu olmasa dahi borçlunun yardımcı kişiye rücu edebileceği söylenmişse ya da yardımcı kişi lehine bir sorumsuzluk anlaşması söz konusuysa bu durumda rücu hukuki ilişkiye göre belirleneceğinden ilk durumda borçlu rücu edebilecekken ikinci durumda rücu edemeyecektir.

19) Alacaklının her durumda öncelikle veya yalnızca borçluya başvurması gerekmez. Ancak şunu da ifade etmeliyiz ki alacaklı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında yalnızca borçluya başvurabilecektir. Yardımcı kişinin zararı gerçekleştiren ve borçlunun sorumluluğunu doğuran fiili haksız fiil niteliği taşıyorsa alacaklı doğrudan yardımcı kişiye de başvurabilecektir. Yardımcı kişi birden fazla kişinin yardımcı kişisi ise alacaklı birden fazla borçluya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında başvurabilecek ve tüm borçlular da müteselsilen zararın tamamından sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACAR, B.** “Yargıtay’ın Ek Kusur Giderimi İle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi İşlevini Tanımazlığı Görüşünün Eleştirisi”, TBBD, S.3, Y.1991, s.341-346.
- AÇIKGÖZ, O.** “İnternet Bankacılık Hizmetlerinin Sağlanmasına Yönelik Borcun İfasında Mobil Haberleşme (GSM) Şirketinin Hukuki Konumu ve Banka ile Mevduat Sahibine Karşı Sorumluluğu”, KHÜHFD, C.3, S.2, Y.2015 (Aralık). s.59-76 (İnternet Bankacılığı).
- AÇIKGÖZ, O.** “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilmesi ve İnternet Bankacılığında Kullanılması Sonucu Malvarlığı Zarara Uğratılan Bankaya Karşı Mevduat Sahibinin Hukuki Sorumluluğu”, MÜHF-HAD, C.22, S.1, Y.2016, s.389-432 (Kişisel Veri).
- AKBIYIK, C.** “Temsil Yetkisi Ve Temel İlişki”, İÜHFM, C.55, S.4, Y.1997, s.217-232.
- AKBİLEK, M.** “Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukuki Kişilikleri(!) ve Hukuki Sorumlulukları”, BÜHFD, C.3, S.6, Y.2017 (Aralık), s.215-236.
- AKÇAAL, M.** “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD, C.18, S.1, Y.2014, s.49-70.
- AKDAĞ, Ş. Y.** “Yapay Zekanın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, Ed. BAYSAL, B., Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, İstanbul 2019, s.1-22.
- AKINCI, Ş.** Borçlar Hukuku Bilgisi, 7. Baskı, Konya 2013.
- AKINTÜRK, T./ ATEŞ, D.** Medeni Hukuku, 31. Baskı, İstanbul 2017.
- AKİPEK, J. G./ AKINTÜRK, T./ ATEŞ KARAMAN, D.** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku 1. C., Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2014.
- AKMAN, G. S.** Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- AKSU, M.** “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, Journal of Yaşar University, , C.8 (Özel Sayı), Y.2013, s.97-130.
- AKYOL, Ş.** Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.

- ALNIAK, M. İ.** “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları: (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, İÜHFM, C.35, S.1-4, Y.1969, s.320-351.
- ALTAY, S.** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (66/3)”, MÜHF-HAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s.171-187.
- ALTUNÇ, S.** “Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku”, https://www.academia.edu/37812174/Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku.
- ANTALYA, O. G.** “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması –Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-“, MÜHF-HAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3, Y.2016, s.221-250 (Öneri).
- ANTALYA, O. G.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, İstanbul 2017 (Borçlar Hukuku 2).
- ANTALYA, O. G.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.3, İstanbul 2017 (Borçlar Hukuku 3).
- ANTALYA, O. G.** Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017 (Manevi).
- ANTALYA, O. G./ DOĞANCI, E. D.** “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, MÜHF-HAD, C.24, S.2, Y.2018 (Aralık), s.823-860.
- ANTALYA, O. G./ TOPUZ, M.** Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- ARAS, T.** “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, TNBHD, C.2, S.1, Y. 2015, s.63-88.
- ARAT, A.** “Müteselsil Borçlarda Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm Ve Sonuçları”, SÜHFD, C.26, S.2, Y.2018, s.325-366.
- ARIKAN, M.** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, MÜHF-HAD, Özel Hukuk Sempozyumu

- Özel Sayısı, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s.67-72.
- ATAMER, Y. M.** “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004 (GİK).
- ATAMER, Y. M.** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2001, 2. Bası, İstanbul 2001 (Sözleşme Özgürlüğü).
- ATEŞ, D.** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007.
- ATLAN, H.** Manevi Zararı Tazmin Yolları, İstanbul 2015.
- AVCI, M. Ö.** "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu". MÜHFAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3, Y.2016, s.303-322.
- AYAN, E.** “Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C.20, S.3, Y.2016, s.3-36 (GİK).
- AYAN, E.** Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Yayımlanmamış YLT, Ankara 2013, (Sorumluluğun Sınırlandırılması).
- AYAN, M.** Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11. Baskı, Ankara 2016 (Borçlar).
- AYAN, M./ AYAN, N.** Kişiler Hukuku, 8.Bası, Konya 2016.
- AYDIN ÖZDEMİR, E.** Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, 2.Baskı, Ankara 2017.
- AYDOĞDU, M.** Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.
- BAŞ, B.** “Sorumsuzluk Anlaşması”, FHD, S.111, Y.2019 (Şubat), s.757-765.
- BAŞALP, N.** Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- BAYAMLIOĞLU, E.** “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan C.2, 2008, s.131-140.
- BAYSAL, B.** Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2017.

- BELEN, H.** 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), İstanbul 2014.
- BERKİ, Ş.** “Türk Borçlar Kanununda Temsil”, BATİDER, C.8, S.1, Y.1975 (Haziran), s.15-32.
- BOZKURT YÜKSEL, A. E.** “Robot Hukuku”, TAAD, Y.7, S.29, Y.2017 (Ocak), s.85-112.
- BOZKURT, S.** Akreditif Uygulaması, Ankara 2006.
- BRYSON, J. J.** “Robots Should Be Slaves”, <http://www.cs.bath.ac.uk/~jjb/ftp/Bryson-Slaves-Book09.html>.
- CANSEL, E./ ÖZEL, Ç.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Ankara 2014.
- ÇAĞLAYAN AKSOY, P.** Hukuka Ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.
- ÇELİK, A. Ç.** Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk Ve Zamanaşımı, Ankara 2018.
- ÇELİK, N./ CANIKLIOĞLU, N./ CANBOLAT, T.** İş Hukuku Dersleri, 29.Baskı, İstanbul 2016.
- ÇINAR, Ö.** Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
- ÇİÇEK, B.** Türk Borçlar Hukukunda İradi Temsil Yetkisinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2010.
- ÇOLAK, B.** “Otonom Araçların Yasal Sorumluluğu”, <https://medium.com/deep-learning-turkiye/otonom-ara%C3%A7lar%C4%B1n-yasal-sorumlulu%C4%9Fuf9efcf1a18>.
- DEĞERLİYURT, C.** “Götürü Manevi Tazminat”, Ed. BAYSAL, B., Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, İstanbul 2019, s.119-160.
- DEMİR, E. K.** “Yapay Zeka’nın Keşfi: Turing Testi (Günümüzden önce gelecek için de bazı önlemler alındı)”, <http://www.enformasyonrafinerisi.com/enformativite/yapay-zekanin-kesfi-turing-testi>.
- DEMİRCAN, U.** “Bir Yapay Zeka Turing Testini Geçmeyi Başardı”, <https://onedio.com/haber/bir-yapay-zeka-turing-testini-gecmeyi-basardi-317017>.

- DEMİRCİOĞLU, H. R.** Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, Yayınlanmamış DT, Ankara 2007.
- DENİZ, M.** Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacaklarından Doğan Sorumlulukları, Yayınlanmamış YLT, Konya 2019.
- DEVELİOĞLU, F.** Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 2013.
- DOĞAN, V.** Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, Ankara 2012.
- DUMAN, İ. H.** “İnşaat Hukuku Sorunlarında Sözleşme ile Sorumluluktan Kurtulma (Sorumluluk Anlaşması)”, İBD, C.85, S.5, Y.2011, s.243-256.
- DURAL, M./ ÖĞÜZ, T.** Türk Özel Hukuku C.2 Kişiler Hukuku, 17. Basım, İstanbul 2016.
- DURAL, M./ SARI, S.** Türk Özel Hukuku C.1 Temel Kavramlar Ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, İstanbul 2016.
- DÜLGER, M. V.** “Bir Hukuk-Kurgu Denemesi: Yapay Zekalı Varlığın Hukuki Sorumluluğu (Olabilir mi?)”, https://www.academia.edu/34075787/Bir_Hukuk-Kurgu_Denemesi_Yapay_Zekal%C4%B1_Varl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n_Hukuk_i_Sorumlulu%C4%9Fu_Olabilir_Mi_, s.7 (Hukuki Sorumluluk).
- DÜLGER, M. V.** “Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve 'Robot Yargıç/Avukat' Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor mu?”, https://www.academia.edu/35763984/G%C3%BCn%C3%BCm%C3%BCz_Yapay_Zeka_Teknolojisi_ve_Robot_Yarg%C4%B1%C3%A7_Avukat_Ger%C3%A7e%C4%9Fi.
- DÜLGER, M. V.** “Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansıması: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.142, Y.2018 (Haziran), s.82-87 (Hukuki Statü).
- ECİR, H. G.** Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2018.
- EKİCİ, İ.** Tıbbi Müdahalelerde İfa Yardımcısının Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2016.

- ERCOŞKUN ŞENOL, H. K.** “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, İÜHFM, C.74, S.2, Y.2016, s.709-738.
- EREN, F.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (Genel).
- EREN, F.** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2015 (Özel).
- ERGÜN, Ö.** Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul 2010.
- ERGÜNE, M. S.** Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- ERİŞGİN SÖĞÜTLÜ, Ö.** “Roma Hukukunda Hamile Kadın Kölenin Çocuğunun (Partus Ancillae) Hukuksal Yazgısı Hakkında”, AÜHFD, C.61, S.4, Y.2012, s.1407-1436.
- ERLÜLE, F.** Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2.Baskı, Ankara 2015.
- ERMAN, H./İNAL, E./ BAYSAL, B.** Karşılaştırmalı – Gerekçeli 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.
- ERSOY, Ç.** Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, 3.Baskı, İstanbul 2018.
- ERTEN, A.** Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.
- GEÇER, A. E.** “Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk V. Kusursuz Sorumluluk”, TBBD, S.129, Y.2017 (Mart), s.107-132.
- GÖKCAN, H. T.** Haksız Fiil Hukuku Ve Maddi - Manevi Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2009.
- GÜL, İ.** “Manevi Tazminatın İşlevi Ne Olmalı?”, HKÜHFD, S.11, Y.2016 (Ocak), s.121-157.
- GÜLERCİ, A. F.** Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), 2. Baskı, İstanbul 2018.
- GÜLERYÜZ, M. T./ ZORLUOĞLU YILMAZ, A.** “Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri İle Mukayesesi”, TBBD, C.31, S.141, Y.2019 (Mart), s.325-362.

- GÜLTEKİN, F.** “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, TAAD, C.9, S.35, Y.2018 (Temmuz), s.375-403.
- GÜNAY, E.** Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara 2017.
- GÜNDOĞDU, F.** Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- GÜRKAN, M.** “Ölüm Halinde Manevi Tazminat Talebi”, İBD, C.87, S.6, Y.2013, s.93-110.
- GÜRSOY, K. T.** “Birden Fazla Kimselerin Ayni Zarardan Sorumluluğu”, AÜHFD, C.30, S.1, Y.1973, s.57-83 (Sorumluluk).
- GÜRSOY, K. T.** “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku”, AÜHFD, C.31, S.1, Y.1951, s.149-184.
- GÜRSOY, K. T.** “Manevi Zarar Ve Tazmini”, AÜHFD, C.30, S.1, Y.1973, s.7-56 (Manevi).
- GÜVEL, Ö.** “Roma Hukukunda Sorumluluk”, SÜHFD, C.25, S.2, Y.2017, s.375-404.
- HAMAMCIOĞLU, G. V.** Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.
- HAN, I. A.** “Kişisel Verilerin İşlenmesi Bağlamında Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Veri Sahibinin Rızası”, GÜHFD, C.1, Y.2019, s.417-459.
- HATEMİ, H./GÖKYAYLA, E.** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- HATEMİ, H.** Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2017.
- HAVUTÇU, A.** Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- HELVACI, İ.** Hukuki Mütalaalar (2000-2010), İstanbul 2010.
- İŞİK, S.** Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi, Yayımlanmamış YLT, Ankara 2019.
- İNAL, T.** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Ankara 2015.
- İNAN, A. N./ YÜCEL, Ö.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

- İNCEOĞLU, M. M.** Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.
- KAHVECİ, N.** “Sorumluluğun ve Giderim Borcunun Kapsamı – Sorumsuzluk Anlaşması – Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk m. 114–116”, Ed. SEROZAN, R./ÖZ, T./ACAR, F./GÖKYAYLA, K. E./DEVELİOĞLU, H. M. İstanbul Şerhi – Türk Borçlar Kanunu – Yürürlük Kanunu, İstanbul 2018, s.905-942.
- KAPANCI, K. B.** Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49/2), İstanbul 2016.
- KARABAĞ BULUT, N.** “Sorumluluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan C.1, İstanbul 2009, s.826-883 (Sorumluluk).
- KARABAĞ BULUT, N.** Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014 (Kişilik Hakkı).
- KARACA, M.** “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, S.49, Y.2010 (Eylül), s.47-62.
- KARADAĞ, Ö.** Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Ankara 2015.
- KARAHASAN, M. R.** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 1989 İstanbul.
- KARAKAŞ, F.T./ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Ö.** “Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi”, BATİDER, C.23, S.3, Y.2006 (Haziran), s.158
- KAŞAK, E.** “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliklerine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, İÜHFD, C.3, S.1, Y.2012, s.415-429 (GİK).
- KAŞAK, F. E.** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, İstanbul 2019 (Emredici).
- KAŞKAYA, H.** “Üçüncü Kişinin İfası”, İBD, C.91, S.3, Y.2017, s.182-192.
- KAYA, E. B.** “Sözleşmeye Aykırılıkta Kusur Karinesi”, Ed. BAYSAL, B., Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, İstanbul 2019, s.279-302.
- KAYA ÖZGÜR, G.** Genel İşlem Koşulları Ve Benzer Kurumlar, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2018.

- KAYIHAN, Ş.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara 2014.
- KAYIHAN, Ş./ ÜNLÜTEPE, M.** Medeni Hukuka Giriş Ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2016.
- KICALIOĞLU, M.** Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2015 (Tazminat).
- KILIÇOĞLU, A. M.** “Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırıları Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler”, TBBD, C.3, Y.1990 s.371-400 (Kişilik).
- KILIÇOĞLU, A. M.** “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?”, DÜHFD, C.1, S.1, Y.1983, s.287-294 (Tüzel Kişi).
- KILIÇOĞLU, A. M.** Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2016 (Medeni Hukuk)
- KILIÇOĞLU, A. M.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Hukuku).
- KILIÇOĞLU, K.** Yansıma Yoluyla Zarar, Ankara 2012 (Yansıma).
- KILIÇOĞLU, M.** Sorumluluk Hukuku C.1 Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002 (Sorumluluk).
- KILIÇOĞLU, M.** Tazminat Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 2006 (Tazminat).
- KIRKBEŞOĞLU, N.** Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.
- KOCAAĞA, K.** “Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar”, TBB Dergisi, S.79, Y.2008, s.73-102.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (HATEMİ, H./ SEROZAN, R./ ARPACI, A).** Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.1, Yenilenmiş, Genişletilmiş, Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Basım, İstanbul 2017.
- KORKUSUZ, M. H.** Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2012.
- KORUR, E.** İş Sahibinin Yardımcı Şahsın Fiilinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 1976.
- KURKA, R.** “The Man Who Invented The Word “Robot”: Karel Čapek”, <http://www.scififantasynetwork.com/man->

- invented-word-robot-karel-capek/ ; <https://history-computer.com/Dreamers/Capek.html>.
- KURT, L. M.** “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, AÜHFD, S.64, C.3, Y.2015, s. 775-814.
- KÜÇÜKYALÇIN, A.** “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, , C.53, S.4, Y.2004, s.101-124.
- MEMİŞOĞLU, S. Ö.** Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu (I), LHD, C.8, S.87, Y.2010, s.835-863 (İlk Kısım).
- MEMİŞOĞLU, S. Ö.** Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu (II), LHD, C.8, S.88, Y.2010, s.1169-1193 (İkinci Kısım).
- MERAL, Ö. O.** “Türk Borçlar Kanunu Ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.1139-1206.
- MUNROE, M.** “Understanding the Difference Between a Bot, a Chatbot, and a Robot”, <https://blog.hubspot.com/customers/understanding-the-difference-between-a-chat-bot-and-robot>.
- NOMER, H. N.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Basım, İstanbul 2015 (Genel).
- NOMER, H. N.** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996 (Tazminat).
- OĞUZ, C.** “Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları”, Yayınlanmamış DT, Ankara 1993.
- OĞUZMAN, M. K./ BARLAS, N.** Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 23. Baskı, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. K./ ÖZ, T.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, İstanbul 2018 (Borçlar Hukuku 1).
- OĞUZMAN, M. K./ ÖZ, T.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2018 (Borçlar Hukuku 2).
- OĞUZMAN, M. K./ SELİÇİ, Ö./ OKTAY-ÖZDEMİR, S.** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15.Bası, İstanbul 2015.
- OSMANOĞLU, M.** “Birlikte Kusur”, İBD, C.93, S.2, Y.2019, s.111-128.

- ÖRS, M. N.** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2004.
- ÖZDEMİR, H.** “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay’ın Görüşü”, TBBD, S.105, Y.2013, s.263-290.
- ÖZDEMİR TÜRKÖĞLU, G.** “Roma Hukukunda Actio De Peculio”, DEÜHFD, C.7, S.2, Y.2005, s.103-136.
- ÖZEL, Ç.** “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar Ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, AÜHFD, C.50, S.4, Y.2001, s.81-106.
- ÖZKAYA, E.** Özel Hukukumuzda Zamanaşımı Ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara 2012.
- PAPPAS, S.** “Karel Čapek and the Origin of the Word Robot”, <https://blog.bookstellyouwhy.com/karel-%C4%8Dapek-and-the-origin-of-the-word-robot>.
- PARLAK, Ş./BÖRÜ, L.** “Alt Vekalet”, TBBD, S.96, Y.2011, s.17-48.
- PETITPIERRE, G.** “Maddi Zarar – Manevi Zarar Ayırımında Yeni Sınırlar”, (Çev. SONAT, K. A.) LHD, C.11, S.129, Y.2013, s.3-16.
- POLAT, A.** Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul 2019.
- REİSOĞLU, S.** “Hukuki Açidan Akreditif ve Uygulama Sorunları”, Bankacılar Dergisi, Y.16, S.52, Y.2005 (Mart), s.39-55 (Akreditif).
- REİSOĞLU, S.** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25.Bası, İstanbul 2014 (Genel).
- RUHİ, A. C.** Sözleşmeler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.
- SOMUNCUOĞLU, Ü.** Türk Borçlar Kanunu Işığında Akreditif Hukuku, Ankara 2017.
- SARAÇ, S.** Akreditifin Hukuki Niteliği, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2014.
- SAĞLAM, İ.** “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, MÜHFHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s.151-160.

- SARI, M.** Takip Hukukunda Zamanaşımı, 4. Baskı, Ankara 2013.
- SARIÇAM, E.** Türk Borçlar Hukukunda Sorumsuzluk Anlaşmaları, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 1998.
- SEROZAN, R.,
(KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N./
HATEMİ, H./ARPACI, A.).** Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C.3, Gözden Geçirilmiş 7. Basım, İstanbul 2016 (İfa).
- SEROZAN, R.** “"Culpa İn Contrahendo", "Akdin Müsbet İhlali" Ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İÜMHAD, C.2, S.3, Y.1968 s.108-129 (Edim Yükümlülüğü).
- SOLAK, G.** “Turing Testini Geçen ve İnsandan Ayırt Edilemeyen İlk Yapay Zeka Google Assistant”, <https://listelist.com/google-assistant-turing-testi/>.
- SÜZEK, S.** İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.
- SÜZEN, B.** Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Yayınlanmamış DT, İstanbul 2019.
- ŞAHİN, İ.** Sözleşme Özgürlüğü Ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları, Yayınlanmamış YLT, İstanbul 2008.
- ŞAHİN, M. Y.** Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, Ankara 2017.
- ŞEKER, M.** “Borca Aykırı Davranıştan Kaynaklanan Maddi Ve Manevi Zararın Tazmini”, LHD, S.60, Y.2007 (Aralık), s.3763-3778 (Zarar).
- ŞEKER, M.** Yazılmamış Sayılma, İstanbul 2015.
- ŞEKER, Ş. E.** “Turing Testi”, <http://bilgisayarkavramlari.sadievrenseker.com/2013/04/02/turing-testi/>.
- ŞENOCAK, Z.** Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
- ŞİMŞEK, A.** Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Ankara 2012.
- TAHİROĞLU, B.** “Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik”, İÜHFM, C.45, S.1-4, Y.2011, s. 649-676.

- TANDOĞAN, H.** Türk Mesuliyet Hukuku, 1961 yılındaki 1. Basıdan tıpkı bası, İstanbul 2010.
- TAY, S.** “Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Şahsen İfa Borcu”, Yayınlanmamış YLT, Ankara 2017.
- TEKELİOĞLU, N.** “Sorumluluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, SDÜHFD, C.6, S.1-2, Y.2016, s.1-34.
- TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.** Tekinay Borçlar Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- TİFTİK, M.** Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- TOPUZ, M.** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi”, Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2014, s.1138-1174 (Kapsam).
- TOPUZ, M.** İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011 (Maddi Zarar).
- TUHR, A.V.** Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C.: 1-2, (Çev.: EDEGE, C.), Ankara 1983.
- TUNÇOMAĞ, K.,** Türk Borçlar Hukuku 1.C. Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6.Bası, İstanbul 1976.
- UYGUR, T.,** Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.1, 3. Baskı, Ankara 2013.
- ÜNLÜTEPE, M.,** “TBK’nın 55/1. Maddesi Çerçevesinde Ölüm Halinde Uğranılan Zararların Ve Bedensel Zararların Belirlenmesi”, THD, C.13, S.141, Y.2018 (Mayıs), s.68-93.
- YAĞCI, M.** Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116), İstanbul 2018.
- YAĞCIOĞLU, A. H.** Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014.
- YALMAN, S.** Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

- YAVUZ, C./ ACAR, F./ ÖZEN, B.,** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13.Baskı, İstanbul 2014.
- YAVUZ, N.** Sözleşmedeki Haksız Şartlar, 3. Basım, Ankara 2012 (Haksız Şart).
- YAVUZ, N.** Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1.C., 2.Baskı, Ankara 2015 (Şerh).
- YELMEN, A.** Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.
- YENİOCAK, U.** Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.
- YILDIRIM, A.** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2017.
- YÖNET, Y. Ö.** Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, Yayımlanmamış YLT, Ankara 2019.
- YÖRÜK, İ.** Türk Borçlar Hukukunda İbra, Yayımlanmamış YLT, İstanbul 2018.
- YÜNLÜ, S.** Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2019.
- ZEVLİLER, A./ ERTAŞ, Ş./ HAVUTÇU, A./ AYDOĞDU, M./ CUMALIOĞLU, E.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, 2. Baskı, İzmir 2013.
- ZEVLİLER, A./ ERTAŞ, Ş./ HAVUTÇU, A./ GÜRPINAR, D.** Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 9.Bası, Ankara 2015.
- ZEYTİN, Z.** “İfa Yardımcısının –Sağlık Çalışanlarının- Fiillerinden Sorumluluk”, Tıp Hukuku Dergisi, S.10, Y.2016, s.439-462.
- ZİLELİOĞLU, H.** “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD, C.39, S.1, Y.1987, s.241-264.

İnternet Kaynakları

<http://www.tdk.gov.tr>.

<https://www.kazanci.com>.

<http://or2020.ch/>.

