



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Özel Hukuk Anabilim Dalı

## **ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU (TBK M.66)**

Dila OKYAR KARAOSMANOĞLU

Doktora Tezi

Ankara, 2019

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU (TBK M.66)

Dila OKYAR KARAOSMANOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ankara, 2019

## KABUL VE ONAY

Dila Okyar KARAOSMANOĞLU tarafından hazırlanan "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m.66)" başlıklı bu çalışma, 13.06.2019 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Ali ERTEN (Başkan)

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT (Danışman)

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR (Üye)

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Üye)

Dr. Öğr. Üyesi Derya ATEŞ (Üye)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylıyorum.

Prof. Dr. Musa Yaşar SAĞLAM

Enstitü Müdürü

## YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kağıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinleri yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayınlanan "**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**" kapsamında tezim aşağıda belirtilen koşullar haricince YÖK Ulusal Tez Merkezi / H.Ü. Kütüphaneleri Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

- Enstitü / Fakülte yönetim kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir. <sup>(1)</sup>
- ✗ Enstitü / Fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 6. ay ertelenmiştir. <sup>(2)</sup>
- Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir. <sup>(3)</sup>

01/07/2019

**Dila OKYAR KARAOSMANOĞLU**

<sup>1</sup>"**Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge**"

- (1) Madde 6. 1. Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.
- (2) Madde 6. 2. Yeni teknik, materyal ve metotların kullandığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.
- (3) Madde 7. 1. Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir \*. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.  
Madde 7.2. Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

\* Tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu tarafından karar verilir.

## ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında zgn olduğunu, **Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT** danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

**Arş. Gör. Dila OKYAR KARAOSMANOğLU**

## ÖZET

OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila. *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m.66)*, Doktora Tezi, Ankara, 2019.

Bu çalışmanın amacı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunun incelenmesidir. Bir kusursuz haksız fiil sorumluluğu teşkil eden bu sorumluluk, bir kimsenin, kendisi ile bağımlılık (tâbiyet) arz eden bir çalıştırma ilişkisi içerisinde iş gören yardımcı kişinin işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumlu tutulmasını ifade eder. Bu çalışmada; adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukuki niteliği, işlevleri, tarihsel kökeni incelenmiş; karşılaştırmalı bakış açısıyla başlıca yabancı ülke hukuklarında adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler değerlendirilmiş ve sorumluluğun temel kavramlarının anlamı doktrin ve içtihatlar ışığında belirlenmek suretiyle sorumluluğun şartları ayrıntılı olarak irdelenmiştir. Ayrıca, adam çalıştırmanın sorumluluğu ile başlıca diğer sorumluluk hâlleri arasındaki uygulama ilişkisi incelenmek suretiyle adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulama alanı tespit edilmeye çalışılmıştır.

### **Anahtar Sözcükler**

Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu, Adam Çalıştırma, Çalışan, Bağımlılık, Özen Yükümlülüğü, Kurtuluş Kanıtı

## ABSTRACT

OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila. *Liability of Employer Under Article 66 of Turkish Code of Obligations*, Ph. D. Dissertation, Ankara, 2019.

This study aims to analyse the liability of employer which is regulated under Article 66 of the Turkish Code of Obligations, Law No. 6098. This strict tort liability means the liability of a person against third persons for damages caused by unlawful acts of his/her dependent auxiliaries during their employment. In this study, the legal nature, functions, historical origins of this liability is examined; regulations under the legal systems of major foreign countries are evaluated with comparative perspective and conditions of this liability is analysed in detail by determining the meaning of basic concepts of this liability in the light of doctrinal and jurisprudential views. Also, the scope of application of this liability is determined by examining its relationship with other types of liabilities.

### **Keywords**

Strict Liability, Tort Liability, Employer, Employee, Subordination, Duty of Care, Proof of Liberation

## İÇİNDEKİLER

<b>KABUL VE ONAY .....</b>	<b>i</b>
<b>YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI .....</b>	<b>ii</b>
<b>ETİK BEYAN.....</b>	<b>iii</b>
<b>ÖZET.....</b>	<b>iv</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>v</b>
<b>İÇİNDEKİLER .....</b>	<b>vi</b>
<b>KISALTMALAR .....</b>	<b>xix</b>
<b>GİRİŞ .....</b>	<b>1</b>
<b>1. KONUNUN TAKDİMİ.....</b>	<b>1</b>
<b>2. İNCELEME PLANI VE YÖNTEMİ .....</b>	<b>3</b>
<b>3. KAVRAMSAL ÇERÇEVE .....</b>	<b>5</b>
<b>BİRİNCİ BÖLÜM.....</b>	<b>8</b>
<b>ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN SORUMLULUK</b>	
<b>HUKUKUNDAKİ YERİ, TARİHSEL KÖKENİ VE KARŞILAŞTIRMALI</b>	
<b>HUKUKTA DÜZENLENMESİ.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN SORUMLULUK</b>	
<b>HUKUKUNDAKİ YERİ .....</b>	<b>8</b>
1.1.1. Hukuki Sorumluluk Kavramı ve Türleri .....	8
1.1.1.1. Kusur Sorumluluğu .....	9
1.1.1.2. Kusursuz Sorumluluk.....	10
1.1.1.2.1. Kusursuz Sorumluluk Kavramı.....	10
1.1.1.2.2. Kusursuz Sorumluluk Hâllerinin Tasnifi .....	11
1.1.1.2.3. Kusursuz Sorumluluk Hâlleri İçerisinde Olağan Sebep	
Sorumluluklarının Yeri ve Özellikleri .....	14
1.1.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Hukuki Niteliği .....	16
1.1.2.1. Kusurun Rolü Bakımından Doktrinde İleri Sürülen Görüşler .....	16



1.1.2.1.1. Kusur Karinesine Dayanan Kusur Sorumluluğu Görüşü.....	16
1.1.2.1.2. Olağan Sebep Sorumluluğu Niteliğinde Kusursuz Sorumluluk Görüşü.....	17
1.1.2.2. Sorumluluğu Doğuran Fiilin Kime Ait Olduğu Bakımından Doktrinde İleri Sürülen Görüşler .....	20
1.1.2.2.1. Adam Çalıştıranın Kendi Fiilinden Sorumluluğu Görüşü .....	20
1.1.2.2.2. Adam Çalıştıranın Çalışanın Fiilinden Sorumluluğu Görüşü .....	21
1.1.2.3. Değerlendirme ve Görüşümüz .....	21
1.1.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Esası ve İşlevleri .....	25
1.1.3.1. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Esası .....	25
1.1.3.1.1. Adam Çalıştıranın Sorumluluğuna Dayanak Olarak Gösterilen Esaslar .....	25
1.1.3.1.1.1. Hakkaniyet Esası .....	25
1.1.3.1.1.2. Hâkimiyet Esası .....	25
1.1.3.1.1.3. Risk-Menfaat Esası .....	26
1.1.3.1.1.4. Tehlike Esası .....	26
1.1.3.1.2. Değerlendirme ve Görüşümüz .....	27
1.1.3.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun İşlevleri .....	28
1.1.3.2.1. Maddi Hukuk İşlevi .....	28
1.1.3.2.2. İspat Hukuku İşlevi .....	29
1.1.3.2.3. Ekonomik İşlevi .....	30
1.1.3.2.3.1. Genel Olarak Haksız Fiil Hukukunun Amacı .....	30
1.1.3.2.3.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Zararı Telâfi İşlevi .....	31
1.1.3.2.3.3. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Zararı Önleme İşlevi .....	32
<b>1.2. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL KÖKENİ.....</b>	<b>33</b>
1.2.1. Roma Hukuku Sistemi .....	33
1.2.1.1. Başkasının Fiilinden Sorumluluk Hâllerinin Ortaya Çıkışı .....	33
1.2.1.2. Gemi, Han ve Ahr İşletenlerin Çalıştırdıkları Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğu.....	34
1.2.1.2.1. Praetor Hukuku .....	34
1.2.1.2.2. Iustinianus Hukuku .....	35
1.2.2. İslâm Hukuku Sistemi .....	36

1.2.2.1. Klasik İslâm Hukuku Doktrini .....	36
1.2.2.2. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye .....	37
1.2.3. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi .....	38
1.2.4. Sosyalist Hukuk Sistemi .....	39

### **1.3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ADAM ÇALIŞTIRANIN**

<b>SORUMLULUĞU.....</b>	<b>39</b>
1.3.1. İngiliz Hukuku .....	40
1.3.2. Fransız Hukuku .....	43
1.3.2.1. Fransız Medeni Kanunu .....	43
1.3.2.2. Reform Tasarıları .....	45
1.3.2.2.1. Fransız Borçlar Hukuku Reformu Öntasarısı.....	45
1.3.2.2.2. Fransız Hukuki Sorumluluk Reform Tasarısı .....	46
1.3.3. Avusturya Hukuku .....	46
1.3.3.1. Avusturya Medeni Kanunu .....	46
1.3.3.2. Reform Tasarıları .....	48
1.3.3.2.1. Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı .....	49
1.3.3.2.2. Avusturya Tazminat Hukuku Karşı Tasarısı.....	49
1.3.3.2.3. Avusturya Tazminat Hukuku Füzyon Tasarısı .....	49
1.3.4. Alman Hukuku .....	50
1.3.4.1. Alman Medeni Kanunu .....	50
1.3.4.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Bakımından Benimsenen Sorumluluk Modelinin Eleştirisi ve §831 BGB Hükümünü Bertaraf Etmek için Başvurulan Çeşitli Yollar.....	52
1.3.5. İsviçre Hukuku .....	54
1.3.5.1. İsviçre Borçlar Kanunu .....	54
1.3.5.2. Reform Önerileri .....	55
1.3.5.3. Reform Tasarıları .....	56
1.3.5.3.1. Widmer/Wessner Tasarısı .....	56
1.3.5.3.1.1. Art.49 VE-OR .....	56
1.3.5.3.1.2. Art.49a VE-OR .....	57
1.3.5.3.2. OR-2020 Tasarısı .....	59
1.3.5.3.2.1. Art.58 OR-2020 .....	59

1.3.5.3.2.2. Art.59 OR-2020 .....	60
1.3.6. Çin Hukuku .....	60
1.3.7. Avrupa Haksız Fiil Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları .....	62
1.3.7.1. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (PETL) .....	62
1.3.7.2. Avrupa Hukuku İlkeleri-Başkasına Verilen Zarardan Sözleşme Dışı Sorumluluk (PEL Liab. Dam.).....	63
1.3.8. Değerlendirme.....	66
<b>İKİNCİ BÖLÜM.....</b>	<b>70</b>
<b>ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI .....</b>	<b>70</b>
<b>2.1. ADAM ÇALIŞTIRAN İLE ÇALIŞAN ARASINDA BİR ÇALIŞTIRMA İLİŞKİSİ BULUNMASI.....</b>	<b>70</b>
2.1.1. Adam Çalıştıran Kavramı .....	70
2.1.1.1. Genel Olarak .....	70
2.1.2.1. Benzer Kavramlar ile İlişkisi .....	71
2.1.2.1. İşveren Kavramı ile İlişkisi .....	71
2.1.2.2. İşveren Vekili Kavramı ile İlişkisi .....	72
2.1.2.3. Alt İşveren Kavramı ile İlişkisi .....	72
2.1.1.3. Adam Çalıştıran Sınıfının Tespitinin Özellik Arz Ettiği Bazı Durumlar ...	75
2.1.1.3.1. Ödünç Çalıştırma İlişkisinde Adam Çalıştıran .....	75
2.1.1.3.2. Hiyerarşik Kademe İlişkisinde Adam Çalıştıran.....	77
2.1.1.3.3. Birlikte Adam Çalıştırma İlişkisinde Adam Çalıştıran .....	77
2.1.1.3.4. Alt Adam Çalıştırma İlişkisinde Adam Çalıştıran .....	79
2.1.1.4. Tüzel Kişilerin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu.....	80
2.1.1.4.1. Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bakımından.....	80
2.1.1.4.1.1. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Organlarının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu .....	80
2.1.1.4.1.1.1. Genel Olarak .....	80
2.1.1.4.1.1.2. Ticaret Hukuku Tüzel Kişileri Bakımından.....	82
2.1.1.4.1.2. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu .....	83

2.1.1.4.2. Kamu Tüzel Kişileri Bakımından .....	85
2.1.1.4.2.1. Kamu Tüzel Kişilerinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu	85
2.1.1.4.2.2. Mahkeme İçtihatlarında Sık Karşılaşılan Olay Grupları.....	87
2.1.1.4.2.2.1. Tren Kazaları.....	87
2.1.1.4.2.2.2. Yapı Çalışmaları .....	88
2.1.1.4.2.2.3. Haksız El Atmalar .....	89
2.1.2. Çalışan Kavramı.....	90
2.1.2.1. Genel Olarak .....	90
2.1.2.2. Benzer Kavramlar ile İlişkisi .....	91
2.1.2.2.1. İşçi Kavramı ile İlişkisi .....	91
2.1.2.2.2. Organ Kavramı ile İlişkisi .....	92
2.1.2.2.3. İfa Yardımcısı Kavramı ile İlişkisi.....	92
2.1.2.2.4. Ortak Kavramı ile İlişkisi.....	92
2.1.3. Çalıştırma İlişkisi .....	93
2.1.3.1. Çalıştırma İlişkisinin Genel Özellikleri .....	93
2.1.3.2. Çalıştırma İlişkisinin Karakteristik Özelliği: Bağımlılık .....	95
2.1.3.2.1. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Bağımlılık Kavramı.....	95
2.1.3.2.1.1. Modern İstihdam Modellerinin Bağımlılık Kavramına Etkisi .....	96
2.1.3.2.1.2. Çalıştırma İlişkisinin Kaynaklandığı Sözleşmenin Hukuki Niteliğinin Bağımlılık İlişkisine Etkisi.....	98
2.1.3.2.1.3. Çalışanın Adam Çalıştırandan Teknik Bağımsızlığının Bağımlılık İlişkisine Etkisi .....	100
2.1.3.2.1.4. Adam Çalıştıran ile Çalışan Arasındaki Hiyerarşik Mesafenin Bağımlılık İlişkisine Etkisi .....	101
2.1.3.2.2. Bağımsız Çalışanları Adam Çalıştıranın Sorumluluğuna Dâhil Etme Eğilimi .....	102
<b>2.2. HUKUKA AYKIRI FİİL NETİCESİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARAR GÖRMESİ .....</b>	<b>103</b>
2.2.1. Hukuka Aykırı Fiil Bulunması.....	103
2.2.1.1. Genel Olarak Hukuka Aykırı Fiil Kavramı.....	103
2.2.1.1.1. Fiil Kavramı .....	103
2.2.1.1.2. Hukuka Aykırılık Kavramı .....	104

2.2.1.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırı Fiiller .....	105
2.2.1.2.1. Adam Çalıştırmanın Hukuka Aykırı Fiili .....	105
2.2.1.2.2. Çalışanın Hukuka Aykırı Fiili .....	105
2.2.1.3. Çalışanın Fiili ile Gördüğü İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması .....	106
2.2.2. Üçüncü Kişinin Zarar Görmesi .....	111
2.2.2.1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Üçüncü Kişi Kavramı .....	111
2.2.2.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Zarar Kavramı .....	112
2.2.3. Hukuka Aykırı Fiil ile Zarar Arasında İliyet Bağı Bulunması .....	112
2.2.3.1. Genel Olarak İliyet Bağı Kavramı .....	112
2.2.3.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Çifte İliyet Bağı .....	113
<b>2.3. ADAM ÇALIŞTIRANIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLÂL ETMESİ ..</b>	<b>114</b>
2.3.1. Adam Çalıştırmanın Özen Yükümlülüğünün Ölçüsü ve Kusur ile İlişkisi .....	114
2.3.2. Adam Çalıştırmanın Çalışana Özen Yükümlülüğü .....	115
2.3.2.1. Kanundaki Düzenleme Şekli .....	115
2.3.2.2. Adam Çalıştırmanın Çalışana Özen Yükümlülüğünün Kapsamı .....	117
2.3.2.2.1. Seçme .....	117
2.3.2.2.2. Talimat Verme .....	118
2.3.2.2.3. Gözetim ve Denetim .....	119
2.3.2.2.4. Uygun Araç-Gereç ve Malzeme Sağlama .....	120
2.3.3. Adam Çalıştırmanın İşletme Organizasyonuna (Çalışma Düzenine) Özen Yükümlülüğü .....	120
2.3.3.1. Türk Hukukunda Genel Olarak Organizasyon Yükümlülüğü Kavramı ..	120
2.3.3.2. TBK 66/3 Hükmüne İlişkin Temel Kavramlar .....	123
2.3.3.2.1. İşletme ve İşletme Faaliyeti Kavramları .....	123
2.3.3.2.1.1. Genel Olarak .....	123
2.3.3.2.1.2. İktisat Biliminde İktisadi İşletme ve Girişim Kavramları .....	123
2.3.3.2.1.3. Türk Hukukunda İşletme Kavramına İlişkin Başlıca Düzenlemeler .....	124
2.3.3.2.1.3.1. Türk Ticaret Kanununda Ticari İşletme Kavramı .....	124
2.3.3.2.1.3.2. İş Kanununda İşyeri ve İşletme Kavramları .....	126
2.3.3.2.1.3.3. Genel Tehlike Sorumluluğunda İşletme Kavramı .....	127
2.3.3.2.1.4. TBK 66/3 Hükmü Bakımından Değerlendirme .....	128

2.3.3.2.1.4.1. İşletme ve İşletme Faaliyetinin Tanımı ve Özellikleri.....	128
2.3.3.2.1.4.2. İşletmenin Mekânsal Kapsamı .....	131
2.3.3.2.2. İşletmede Adam Çalıştıran Kavramı .....	132
2.3.3.2.3. İşletme Faaliyetinden Doğan Zarar Kavramı .....	134
2.3.3.3. TBK 66/3 Hükümünün Hukuki Niteliği .....	136
2.3.3.3.1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler .....	136
2.3.3.3.1.1. Adam Çalıştıranın İşletme Organizasyonuna Özen Yükümlülüğü Görüşü .....	136
2.3.3.3.1.2. Yeni ve Bağımsız İşletme Sorumluluğu Görüşü.....	138
2.3.3.3.2. Değerlendirme ve Görüşümüz .....	141
2.3.3.3.2.1. TBK 66/3 Hükümünün Hukuki Niteliğine İlişkin Tartışmanın Değerlendirilmesi .....	141
2.3.3.3.2.2. Görüşümüz Doğrultusunda TBK 66/1,2 ile TBK 66/3 Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi .....	144
2.3.3.3.2.3. Görüşümüz Doğrultusunda Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Uygulama Alanına Kısa Bir Bakış .....	146
2.3.3.4. Adam Çalıştıranın İşletme Organizasyonuna (Çalışma Düzenine) Özen Yükümlülüğünün Kapsamı .....	148
2.3.3.4.1. İşletme Organizasyonuna Özen ile Diğer Özen Yükümlülükleri Arasındaki İlişki.....	148
2.3.3.4.1.1. Borçlar Kanunu Dönemi .....	148
2.3.3.4.1.2. Türk Borçlar Kanunu Dönemi .....	149
2.3.3.4.2. Adam Çalıştıranın Organizasyona Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması .....	150
2.3.3.5. Makineleşen ve Robotlaşan İşletmelerde Adam Çalıştıranın Sorumluluğu.....	151
2.3.3.5.1. Bilimsel ve Teknolojik Gelişmelerin Sorumluluk Hukukuna Etkisine Genel Bakış.....	151
2.3.3.5.2. Bilimsel ve Teknolojik Gelişmelerin İfa Yardımcısının Fiillerinden Sorumluluğa Etkisi .....	153
2.3.3.5.3. Bilimsel ve Teknolojik Gelişmelerin Adam Çalıştıranın Sorumluluğuna Etkisi .....	154

2.3.3.6. Karşılaştırmalı Hukukta İşletme Sorumluluğu ile Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Arasındaki İlişki.....	157
2.3.3.6.1. Karşılaştırmalı Hukukta İşletme Sorumluluğu .....	157
2.3.3.6.1.1. Fransız Hukuku .....	157
2.3.3.6.1.1.1. Fransız Medeni Kanunu .....	157
2.3.3.6.1.1.2. Reform Tasarıları .....	158
2.3.3.6.1.2. İsviçre Hukuku .....	159
2.3.3.6.1.3. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (PETL) .....	159
2.3.3.6.2. Karşılaştırmalı Hukukta İşletme Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemelerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi.....	161

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM .....163**

### **ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ SONUÇLARI VE SORUMLULUKTAN KURTULMA .....163**

#### **3.1. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ SONUÇLARI 163**

3.1.1. Adam Çalıştırmanın Tazminat Sorumluluğu .....	163
3.1.1.1. Zararın ve Tazminat Miktarının Belirlenmesi.....	163
3.1.1.1.1. Genel Olarak .....	163
3.1.1.1.1.1. Zararın Belirlenmesi .....	164
3.1.1.1.1.2. Tazminat Miktarının Belirlenmesi .....	164
3.1.1.1.2. Kusurun Tazminat Sorumluluğuna Etkisi.....	165
3.1.1.1.2.1. Adam Çalıştırmanın Kusurunun Etkisi .....	165
3.1.1.1.2.2. Çalışanın Kusurunun Etkisi .....	167
3.1.1.1.2.3. Üçüncü Kişinin Kusurunun Etkisi .....	167
3.1.1.1.3. Tazminatın Belirlenmesinde Rol Oynayan Başlıca İndirim Sebepleri .....	168
3.1.1.1.3.1. Zarar Görenin Rızası .....	168
3.1.1.1.3.2. Zarar Görenin Kusuru .....	169
3.1.1.1.3.3. Beklenmedik Hâl.....	170
3.1.1.1.3.4. Zarar Görenin Bünyevi Yatkınlığı .....	171
3.1.1.2. Tazminatın Türü.....	171

3.1.1.2.1. Maddi Tazminat .....	171
3.1.1.2.2. Manevi Tazminat .....	174
3.1.1.3. Sorumluluk Davasının Tarafları.....	176
3.1.1.3.1. Davacı .....	176
3.1.1.3.1.1. Maddi Tazminat Davasında Davacı .....	176
3.1.1.3.1.2. Manevi Tazminat Davasında Davacı .....	177
3.1.1.3.2. Davalı .....	178
3.1.1.3.2.1. Maddi Tazminat Davasında Davalı.....	178
3.1.1.3.2.2. Manevi Tazminat Davasında Davalı.....	179
3.1.1.4. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Tâbi Olduğu Zamanaşımı .....	179
3.1.2. Adam Çalıştırmanın Müteselsil Sorumluluğu.....	181
3.1.2.1. Genel Olarak .....	181
3.1.2.2. Adam Çalıştırmanın Müteselsilen Sorumlu Olduğu Durumlar.....	182
3.1.2.2.1. Adam Çalıştırmanın Çalışan ile Müteselsil Sorumluluğu.....	182
3.1.2.2.2. Adam Çalıştırmanın Üçüncü Kişi ile Müteselsil Sorumluluğu.....	182
3.1.2.2.3. Birden Fazla Adam Çalıştırmanın Müşterek Çalışanın Fiilinden Müteselsil Sorumluluğu.....	183
3.1.3. Adam Çalıştırmanın Rücu Etmesi.....	183
3.1.3.1. Genel Olarak .....	183
3.1.3.2. Adam Çalıştırmanın Rücu Hakkı .....	184
3.1.3.2.1. Adam Çalıştırmanın Çalışana Rücu Hakkı .....	184
3.1.3.2.1.1. Rücu Hakkının Hukuki Dayanağı.....	184
3.1.3.2.1.2. Rücu Hakkının Şartları ve Kapsamı.....	186
3.1.3.2.2. Adam Çalıştırmanın Üçüncü Kişiye Rücu Hakkı .....	188
3.1.3.2.3. Adam Çalıştırmanın Birbirlerine Rücu Hakkı .....	188
3.1.3.3. Rücu Hakkının Tâbi Olduğu Zamanaşımı .....	189
<b>3.2. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUKTAN KURTULMASI.....</b>	<b>190</b>
3.2.1. Kurtuluş Kanıtı.....	190
3.2.1.1. Kurtuluş Kanıtı Kavramı ve Hukuki Niteliği.....	190
3.2.1.2. Fiil Karinesinin Çürütülmesine İlişkin Kurtuluş Kanıtı.....	191
3.2.1.3. İlliyet Karinesinin Çürütülmesine İlişkin Kurtuluş Kanıtı.....	191
3.2.1.3.1. Borçlar Kanunu Dönemi .....	191



3.2.1.3.1.1. Genel Olarak .....	191
3.2.1.3.1.2. Sorumluluk Hukukundaki İşlevine İlişkin Görüşler .....	191
3.2.1.3.1.2.1. İlliyet Karinesine İlişkin Kurtuluş Kanıtının Kanunda Açıkça Düzenlenmesine İhtiyaç Olmadığı Görüşü .....	191
3.2.1.3.1.2.2. İlliyet Karinesine İlişkin Kurtuluş Kanıtının İşlevinin İlliyet Bağını Kesen Sebeplerle Sınırlı Olmadığı Görüşü .....	193
3.2.1.3.2. Türk Borçlar Kanunu Dönemi .....	194
3.2.1.3.2.1. İlliyet Karinesine İlişkin Kurtuluş Kanıtına Kanunda Yer Verilmemesinin Etkisine İlişkin Görüşler .....	194
3.2.1.3.2.2. Değerlendirme ve Görüşümüz .....	195
3.2.2. Sorumsuzluk Anlaşması.....	198
3.2.2.1. Genel Olarak Sorumsuzluk Anlaşması Kavramı ve Haksız Fiil Hukukunda Geçerliliği Meselesi .....	198
3.2.2.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Sorumsuzluk Anlaşması..	200

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM .....204**

### **ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA ALANI .....204**

#### **4.1. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA ALANININ TESPİTİ.....204**

4.1.1. Genel Olarak Sorumluluk Sebepleri Arasındaki İlişkinin Tespiti Meselesi ...	204
4.1.2. TBK 60 Hükmünün Sorumluluk Hukukundaki İşlevi .....	205
4.1.3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğuna İlişkin Hükmün Genel Norm Niteliği .....	207

#### **4.2. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN BAŞLICA DİĞER SORUMLULUK HÂLLERİ İLE İLİŞKİSİ.....207**

4.2.1. Kusura Dayanan Genel Haksız Fiil Sorumluluğu ile İlişkisi .....	207
4.2.2. Ev Başkanının Ev Halkının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu ile İlişkisi .....	208
4.2.3. Yapı Mâlikinin Sorumluluğu ile İlişkisi .....	210
4.2.4. İş Kazasında İşçinin Uğradığı Zarardan İşverenin Sorumluluğu ile İlişkisi ...	211
4.2.4.1. Genel Olarak İşverenin İşçiyi Koruma Yükümlülüğü .....	211
4.2.4.2. İş Kazasında İşçinin Uğradığı Zarardan İşverenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği .....	212

4.2.4.3. İşverenin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumlu Tutulması .....	215
4.2.4.3.1. Genel Olarak .....	215
4.2.4.3.2. İşverenin Sorumluluğunu Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerine Tâbi Tutan TBK 417/3 Hükümünün Adam Çalıştıranın Sorumluluğuna Etkisi .....	216
4.2.5. Genel Tehlike Sorumluluğu ile İlişkisi .....	219
4.2.5.1. Genel Olarak Tehlike Sorumluluğu ile Olağan Sebep Sorumluluğunun Karşılaştırılması .....	219
4.2.5.2. Genel Tehlike Sorumluluğu ile Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Arasındaki İlişki .....	221
4.2.5.2.1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler .....	221
4.2.5.2.2. Değerlendirme ve Görüşümüz .....	222
4.2.6. Hatalı Ürünün Neden Olduğu Zarardan Üreticinin Sorumluluğu ile İlişkisi ..	223
4.2.6.1. Genel Olarak .....	223
4.2.6.2. Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı Olarak Değerlendirilen Düzenlemeler .....	223
4.2.6.2.1. Tüketici Hukuku Bakımından .....	224
4.2.6.2.1.1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun .....	224
4.2.6.2.1.1.1. 4077 sayılı Kanun Dönemi .....	224
4.2.6.2.1.1.2. 6502 sayılı Kanun Dönemi .....	225
4.2.6.2.1.2. Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanması Hakkında Kanun .....	226
4.2.6.2.1.3. Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlar Hakkında Yönetmelik ....	226
4.2.6.2.2. Borçlar Hukuku Bakımından .....	227
4.2.6.2.2.1. Kusura Dayanan Genel Haksız Fiil Sorumluluğu .....	227
4.2.6.2.2.2. Genel Tehlike Sorumluluğu .....	229
4.2.6.3. Üreticinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumlu Tutulması .....	229
4.2.6.3.1. İsviçre Hukuku .....	230
4.2.6.3.1.1. Ürün Sorumluluğu Kanunu Öncesi Dönemde Üreticinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu .....	230
4.2.6.3.1.2. Ürün Sorumluluğu Kanununa Göre Üreticinin Sorumluluğu ....	232
4.2.6.3.2. Türk Hukuku .....	233

4.2.6.3.2.1. Borçlar Kanunu Dönemi .....	233
4.2.6.3.2.2. Türk Borçlar Kanunu Dönemi .....	234
4.2.6.3.3. Yargıtay'ın <i>Beton Direk</i> Kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin <i>Menfez Çerçevesi</i> Kararının Karşılaştırmalı Bir İncelemesi.....	234
4.2.6.4. Değerlendirme ve Görüşümüz .....	236
4.2.7. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Özel Hüküm ile Düzenlendiği Başlıca Hâller.....	238
4.2.7.1. Motorlu Araç İşletenin Sorumlu Tutulduğu Kişilerin Haksız Fiillerinden Sorumluluğu.....	238
4.2.7.2. Noterin Noter Çalışanlarının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu .....	240
4.2.7.3. Yayın Sahibinin Çalıştırdığı Kişilerin Basın Yoluyla İşledikleri Haksız Fiillerden Sorumluluğu .....	242
4.2.7.4. Donatanın Gemi Adamlarının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu .....	244
4.2.7.5. Konaklama Yeri İşletenin Çalıştırdıkları Kişilerin Haksız Fiillerinden Sorumluluğu.....	246
<b>4.3. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU İLE İFA YARDIMCISININ FİİLLERİNDEN BORÇLUNUN SORUMLULUĞU ARASINDAKİ İLİŞKİ .....</b>	<b>248</b>
4.3.1. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İfa Yardımcısının Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğunun Düzenlenmesine Genel Bir Bakış .....	248
4.3.2. Türk Hukukunda İfa Yardımcısının Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu ile Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Arasındaki İlişki .....	250
4.3.2.1. İki Sorumluluk Normunun Karşılaştırılması.....	250
4.3.2.1.1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği.....	250
4.3.2.1.2. Sorumlu Kişi ile Zarar Gören Kişi Arasındaki İlişkinin Niteliği.....	251
4.3.2.1.3. Yardımcı Kişinin Niteliği.....	251
4.3.2.1.4. Sorumluluktan Kurtulma İmkânı .....	252
4.3.2.1.5. Sorumsuzluk Anlaşmasının Geçerliliği.....	254
4.3.2.1.6. Zamanaşımı .....	254
4.3.2.2. İki Sorumluluk Normu Arasındaki Yarışma İlişkisi .....	255
4.3.2.2.1. Genel Olarak .....	255
4.3.2.2.2. Zarar Gören Açısından Daha Elverişli Normun Tespiti .....	256

4.3.2.2.3. Yargıtay'ın TBK 66 Hükümünü Tercih Etme Eğilimi .....	257
4.3.3. Sözleşme Hukukunun Uygulama Alanını Haksız Fiil Hukuku Aleyhine Genişletme Eğilimi Çerçevesinde Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisinin Adam Çalıştırmanın Sorumluluğuna Etkisi.....	258
<b>SONUÇ.....</b>	<b>260</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>267</b>
<b>EK-1: ORJİNALLİK RAPORU.....</b>	<b>295</b>
<b>EK-2: ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU .....</b>	<b>297</b>

**KISALTMALAR**

aOR	: altes Schweizerisches Obligationenrecht
Art.	: Artikel/Article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
Bkz./bkz.	: bakınız
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerisches Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bkz./bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
çev.	: çeviren
dn.	: dipnot
Diss.	: Dissertation
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas Numarası
E.T	: Erişim Tarihi
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
ed./eds.	: editör /editörler
eTKHK	: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ff.	: und folgende Seiten
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Hrsg.	: Herausgeber
İşK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İSGK	: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

İÜMHE	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar Numarası
m.	: madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Randnummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht
OR 2020	: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil
PrHG	: schweizerisches Produktehaftpflichtgesetz
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'u
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VE	: Vorentwurf eines Bundesgesetzes über Revision und Vereinlichung des Haftpflichtrechts
Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

- YKD : Yargıtay Kararları Dergisi  
yTKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun  
ZGB : schweizerisches Zivilgesetzbuch  
ZSR : Zeitschrift für Schweizerisches Recht

# GİRİŞ

## 1. KONUNUN TAKDİMİ

Adam çalıştırmanın sorumluluğu hem Türk hem de yabancı ülke sorumluluk hukuklarında oldukça köklü bir tarihsel geçmişe sahiptir. Roma hukukunda gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğunda izlerine rastlanan bu sorumluluk, 17. yüzyıl İngiltere’inde ise deniz yoluyla eşya taşımacılığına ilişkin *Boson v. Sandford (1691)* davasında kendini gösterir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, yardımcı kişinin fiilinin neden olduğu zarardan sözleşme dışı sorumluluk bakımından genel norm niteliğindedir. Bu niteliği sayesinde özellikle Türk-İsviçre sorumluluk hukukunun gelişiminde, çeşitli sorumluluk hâlleri bakımından bulunan düzenleme boşluklarının doldurulmasında kullanılmak suretiyle önemli rol oynamıştır. Bu sorumluluğa ilişkin temel kavramlar doktrinde ve mahkeme içtihatlarında esnek ölçütlerle yorumlandığından, adam çalıştırmanın sorumluluğu günümüzde oldukça geniş bir uygulama alanına kavuşmuştur. Günümüzde klâsik istihdam anlayışının farklılaşmasıyla çalışma ilişkilerinin yer ve zaman unsuru da esnekleşmiştir. Böylelikle ortaya çıkan yeni istihdam modelleri karşısında adam çalıştırmanın sorumluluğunda bağımlılık unsuru da yeniden tanımlanmaktadır.

Sanayi devrimi öncesinde kırsal ekonomiye dayalı geleneksel toplumunun küçük ölçekli iktisadi faaliyetleri, sanayileşme ile birlikte yerini hızla iş bölümü, uzmanlaşma ve hiyerarşiye dayalı büyük ölçekli işletmelere; “Endüstri 4.0 Devrimi” olarak adlandırılan günümüzün dijital çağında ise en ileri düzeyde teknolojinin hâkim olduğu yapay zekâlı robot teknolojisi ile donatılmış akıllı işletmelere bırakmıştır. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna vücut veren bağımlı çalışma ilişkileri de en basit nitelikteki ev işlerinden bu akıllı işletmelere kadar uzanan oldukça geniş bir yelpazede ortaya çıkar. Bu noktada, adam çalıştırmanın sorumluluğunun teknolojik gelişmeler doğrultusunda değerlendirilmesi önem arz eder.

Günümüzde sorumluluk hukuku alanında gerek ulusal düzeydeki reform çalışmalarında gerekse Avrupa birliği haksız fiil hukukunu yeknesaklaştırmaya yönelik *soft law*



niteliğindeki hukuki metinlerde adam çalıştırmanın sorumluluğu, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ışığında yeni bir bakış açısıyla düzenlenmektedir. Böylelikle, adam çalıştırmanın sorumluluğunun geçmişten getirdiği geleneksel yapısı, hızla makineleşen ve robotlaşan modern işletme yapısı ile uyumlu hâle getirilmeye çalışılmaktadır.

Vurgulamak gerekir ki, robotik teknolojisindeki tüm çığır açan gelişmelere rağmen insan faktörü önemini korumaya devam etmektedir. Nitekim Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan 16 Şubat 2017 tarihli Robotlar Hakkında Medeni Hukuk Kurallarına (*Civil Law Rules on Robotics*) ilişkin İlke Kararında<sup>1</sup>; robotik ve yapay zekâ teknolojisindeki gelişmelerin insanların yerine geçmeyi değil onları tamamlamayı amaçlaması gerektiği; diğer bir ifadeyle, insanların akıllı makineler üzerinde her zaman kontrol yetkisine sahip olması gerektiği vurgulanmıştır (madde 3). Bu bağlamda, bir işletme faaliyetinde kullanılan robotların neden olduğu zarardan sorumluluk bakımından adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir hukuki zemin oluşturup oluşturamayacağı çalışmamızda incelenecek meseleler arasındadır.

Dünyadaki genel eğilim, özellikle işletmelerde adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün kapsamının genişletilmesi suretiyle sorumluluğun ağırlaştırılması yönündedir. Hatta günümüzde Avrupa ülkeleri başta olmak üzere dünyada adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından hâkim olan sorumluluk modelinde, bu sorumluluk, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne değil, çalışanın şahsi sorumluluğuna yol açan bir hukuka aykırı fiilin varlığına bağlanmaktadır.

Türk sorumluluk hukukunda 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) m.55’de düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.66’da yer almaktadır. Türk kanun koyucusu TBK m.66/3 hükmünde, İsviçre’de kanunlaşmayan, “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Federal Kanun Öntasarısı”nın (*Widmer/Wessner Tasarısı, VE-OR*) Art.49a hükmünden esinlenerek, 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan ve fakat yıllar içerisinde doktrin ve mahkeme içtihatlarında geliştirilen yaklaşımlar doğrultusunda yeni bir düzenlemeye yer vermiştir. Ancak söz konusu hüküm, hukuki

<sup>1</sup> “[...] *the development of robot technology should focus on complementing human capabilities and not on replacing them*”. Bkz. [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf) (E.T: 02.05.2019).

niteliğine ilişkin yoğun doktrinsel tartışmaları beraberinde getirmiştir. TBK 66/3 hükmünde yer alan düzenlemeye sorumluluk hukuku sistemimizde nasıl bir anlam verilmesi gerektiğinin belirlenmesi, çalışmamızda değinilecek meseleler arasındadır.

## 2. İNCELEME PLANI VE YÖNTEMİ

Çalışmamız dört bölümden oluşacaktır.

Birinci bölümde, adam çalıştırmanın sorumluluğu ana hatları itibariyle ortaya konulmaya çalışılacaktır. İlk olarak adam çalıştırmanın sorumluluğunun sorumluluk hukundaki yeri incelenecektir. Sorumluluğun hukuki niteliği, dayandığı esaslar ve işlevleri bu bölümün başlıkları arasındadır. Bölümün devamında, modern ülkelerin borçlar hukuku düzenlemelerine yön veren dört temel hukuk sisteminde adam çalıştırmanın sorumluluğu fikrinin nasıl ortaya çıktığı üzerinde durulacaktır. Bunu takip eden başlıkta ise, bu hukuk sistemlerine dâhil olan başlıca ülkelerin yürürlükteki hukuklarında adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, adam çalıştırmanın sorumluluğunun şartları incelenecektir. Sorumluluğun temel kavramlarından olan adam çalıştırıcı, çalışan, çalıştırma ilişkisi ve işlevsel bağlılık kavramları, bu bölümde ayrı başlıklar altında açıklanacaktır. Alt işverenlik, ödünç çalıştırma ilişkisinde, birlikte çalıştırma ilişkisinde adam çalıştırıcı sıfatının tespiti ile kamu tüzel kişilerinin adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumluluğu bu bölümde yer verilen başlıklar arasındadır. Bölümün devamında, adam çalıştırıcının özen yükümlülüğünün derecesi ve kapsamının nasıl tespit edilmesi gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu noktada özellikle TBK 66/3 hükmünün hukuki niteliğine ilişkin doktrinsel tartışmalar detaylandırılacak ve bu hükmün sorumluluk hukuku sistemimizin bütünü içerisinde nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin görüşümüz açıklanacaktır. Günümüzdeki teknolojik gelişmeler doğrultusunda hızla makineleşen ve robotlaşan işletmeler bakımından adam çalıştırıcının sorumluluğu bağlamında ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde ise yine bu bölümde ayrı bir başlık altında durulacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümü, adam çalıştırıcının sorumluluğunun hukuki sonuçlarına ve sorumluluktan kurtulmasına ayrılacaktır. Adam çalıştırıcının tazminat yükümlülüğü, tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayan başlıca indirim sebepleri, sorumluluk

davasının tarafları ve zamanaşımı bu bölümde ele alınacak başlıklar arasındadır. Bölümün devamında, uygulamada ortaya çıkabilecek müteselsil sorumluluk ilişkilerine ve adam çalıştırmanın müteselsil sorumlulara rücu imkânına değinilecektir. Adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulması başlığı altında ise öncelikle kurtuluş kanıtı kavramı üzerinde durulacaktır. Ardından, adam çalıştırmanın sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması ile bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi değerlendirilecektir.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise, adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulama alanı tespit edilmeye çalışılacaktır. İlk olarak, sorumluluk sebepleri arasındaki ilişki ve bu bağlamda TBK 60 hükmünün sorumluluk hukuku sistemimizdeki işlevi üzerinde durulduktan sonra, adam çalıştırmanın sorumluluğunun genel norm niteliğine değinilecektir. Ardından, adam çalıştırmanın sorumluluğunun Türk hukukundaki başlıca diğer sorumluluk hâlleri ile uygulama ilişkisi ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu kapsamda, çalışmanın konusu ile yakın ilgisi nedeniyle, iş kazasında işçinin uğradığı zarardan işverenin sorumluluğu ile hatalı ürünün neden olduğu zarardan üreticinin sorumluluğu konunun gerekli kıldığı ölçü ile sınırlı olarak, detaylandırılacaktır. Bu başlık altında ayrıca, adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği başlıca sorumluluk hâlleri üzerinde de durulacaktır. Bölümün devamında ise, adam çalıştırmanın sorumluluğunun sözleşme hukukundaki yansıması olan borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu ile arasındaki ilişki ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Çalışmamız, yapılacak inceleme neticesinde ortaya çıkan birtakım önemli hususların değerlendirildiği sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

Çalışmamızın amacı; Türk hukukunda TBK 66 hükmünde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunun, günümüzdeki ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmeler ile sorumluluk hukukundaki güncel eğilimler doğrultusunda değerlendirilmesidir. Bu doğrultuda izlenecek yöntem; başlıca yabancı ülkelerin yürürlükteki hukuk sistemlerinde ve müzakereye açılan kanun tasarılarında, ayrıca Avrupa haksız fiil hukukunu yeknesaklaştırma amacıyla hazırlanan metinlerde adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin, Türk hukuku bakımından incelenmesidir.

### 3. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, bir kimsenin, kendisi ile bağımlılık (tâbiyet) arz eden bir çalıştırma ilişkisi içerisinde iş gören yardımcı kişinin işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluğu ifade eder.

Türk sorumluluk hukukunda kusursuz sorumluluk hâlleri genellikle sorumluluğun süjesini ifade eden kavram esas alınarak adlandırılır<sup>2</sup>. Sorumluluğun süjesinden hareketle, eBK 55 hükmü “istihdam edenlerin mes’uliyeti”, TBK 66 hükmü ise “adam çalıştırmanın sorumluluğu” olarak başlıklandırılmıştır. Doktrinde; *adam çalıştırın*<sup>3</sup>, *çalıştırın*<sup>4</sup>, *başkalarını çalıştırın*<sup>5</sup>, *adam kullanan*<sup>6</sup>, *iş gördüren*<sup>7</sup>, *iş yaptıran*<sup>8</sup>, *iş sahibi*<sup>9</sup> kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. TBK 66 hükmünde ise “adam çalıştırın” kavramı tercih edilmiştir. Burada geçen “adam” kelimesi, erkek-egemen, cinsiyetçi bir çağrışıma sahip olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>10</sup>. Esasında, “adam çalıştırın” ifadesindeki adam kelimesi, çalıştırın kişiye değil, çalışan kişiye yöneliktir. Dolayısıyla, ilk bakışta çağrıştırdığının aksine, erkeğin çalıştırın konumunda olduğu bir çalıştırma ilişkisi söz konusu değildir. Ayrıca, Arapça *âdem* kelimesinden türetilmiş olan *adam*, sözlükte ilk sırada yer alan temel anlamı itibariyle *insanı* ifade eder<sup>11</sup>. Bu nedenle, artık galat-ı meşhur olmuş adam kelimesinin, adam çalıştırın sorumluluğu bağlamında, herhangi bir cinsel kimlikten bağımsız olan bu yaygın anlamında kullanıldığının kabul edilerek, çalıştırılan kişi olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Çalıştırma ilişkisinin diğer tarafı ise, eBK 55 hükmünde “maiyyetinde istihdam ettiği kimseler ve amesi”, TBK

<sup>2</sup> Örneğin; yapı mâliki, hayvan tutucusu, motorlu taşıt işleten.

<sup>3</sup> Arık, s. 118, dn.2; Birsen, s. 243.

<sup>4</sup> Aybay, s. 95.

<sup>5</sup> Feyzioğlu I, s. 614 vd.; Reisoğlu, Borçlar, s. 117.

<sup>6</sup> Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 7; YİBGK, T.27.03.1957, E.1957/1, K.1957/3, Kazancı, E.T.18.03.2016.

<sup>7</sup> Y4HD, T.02.10.1978, E.1977/11751, K.1978/10809, Kazancı, E.T.18.03.2016 (kararda hem “adam kullanan”, hem “iş gördüren” kavramları kullanılmıştır).

<sup>8</sup> Bakırcı, s. 44.

<sup>9</sup> Tunçomağ, Borçlar, s. 534; Şenocak, İfa Yardımcısı, s. 135 vd.; Hatemi, §8 N.16; Hatemi/Gökyayla, §19 N.8; Özdemir, s. 285; Kılıçoğlu, Sorumluluk, s. 383. İş sahibi kavramının Türk hukukunda eser sözleşmesi bağlamında kullanılması nedeniyle karışıklığa neden olabileceği hakkında bkz. Ünlütepe, s. 11, dn. 30.

<sup>10</sup> Bakırcı, s. 45 vd. Benzer bir eleştiri, İngiliz dilinde adam çalıştırın sorumluluğu bağlamında kullanılan “master-servant” kavram çifti bakımından da dile getirilmiştir. *Wagner*, bu kavramların çağın gerisinde kaldığını vurgulamak amacıyla, İngilizce kaleme aldığı çalışmasında kişi ve nesne zamirlerini (*he/she, his/her*), kadın çalıştırın ile erkek çalışırın esas olarak seçtiğini, ancak hiç şüphesiz, tam aksi bir durumun da söz konusu olabileceğini belirtmiştir (*Wagner*, s. 903, dn.1). *Master* kelimesi, sözlük anlamı itibariyle, başkaları üzerinde otorite ve kontrol sahibi olan erkek kişiyi ifade etmektedir (bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/english>).

<sup>11</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

66 hükmünde ise “çalışan” olarak ifade edilmiştir. Doktrinde, *çalışan*<sup>12</sup> yerine *müstahdem*<sup>13</sup>, *çalıştırılan*<sup>14</sup>, *iş gören*<sup>15</sup> şeklinde çeşitli kavramların da kullanıldığı görülmektedir.

Yabancı ülke hukuklarında ise, adam çalıştırmanın sorumluluğuna tekabül eden sorumluluk, genellikle ya sorumluluğun süjesi<sup>16</sup> ya da bağımlı iş gören yardımcı kişi<sup>17</sup> esas alınarak adlandırılmaktadır. Çalıştırma ilişkisinin tarafları ise; İngiliz hukukunda *employer-employee*, Fransız hukukunda *commettant-prépose*, Avusturya hukukunda *Geschäftsherr-Besorgungsgehilfen*, Alman hukukunda *Geschäftsherr-Verrichtungsgehilfen*, İsviçre hukukunda ise *Geschäftsherr-Hilfsperson/l'employeur-auxiliarie* kavram çiftleri ile ifade edilmektedir. Bu kavramlar, dar ve teknik anlamda iş sözleşmesi ilişkisi dâhil olmak üzere bağımlılık arz eden tüm çalıştırma ilişkilerini kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Nitekim İsviçre hukukunda Art.55 OR hükmünde geçen “işçi veya diğer yardımcı kişi” (*Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen*) ifadesi, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından yardımcı kişi kavramının işçi ile sınırlı olmadığını açıkça vurgulamaktadır.

Kanaatimizce; “(bir kimseyi) çalıştıran-çalışan” kavram çifti, hem eşitlikçi bir çağrışıma sahip olması, hem de sorumluluğa vücut veren çalıştırma ilişkisini dar ve teknik anlamda iş sözleşmesi ile sınırlandırmayarak bağımlılık arz eden tüm çalıştırma ilişkilerini kapsayacak genişlikte olması bakımından daha isabetlidir. Çalışmamızın bütününde ise; kanunun lafzına sadık kalarak, inceleme konusu sorumluluk hâli “adam çalıştırmanın sorumluluğu”, sorumluluğa kaynaklık eden ilişki “çalıştırma ilişkisi”, bu ilişkinin tarafı olan sorumluluğun süjesi “adam çalıştıran”, ilişkinin diğer tarafı ise “çalışan” olarak ifade edilecektir. Çalışmamızda incelenecek yabancı ülke hukuklarına ait metinlerin çevirisinde ise, yabancı kavramların mümkün olduğunca birebir Türkçe karşılığı tercih edilmeye çalışılacaktır.

<sup>12</sup> Eren, Genel, s. 642 vd.; Feyzioğlu I, s. 617.

<sup>13</sup> Berki, s. 62.

<sup>14</sup> Oğuzman/Öz II, s. 143 vd.; Çelik, s. 20.

<sup>15</sup> Hatemi/Gökyayla, §19 N.8 vd.

<sup>16</sup> İngiliz hukukunda “*vicarious liability of employers*”, Alman ve İsviçre hukukunda “*Geschäftsherrenhaftung*”, Fransız hukukunda “*responsabilité des commettants*” ifadesi kullanılmaktadır.

<sup>17</sup> Avusturya hukukunda “*Besorgungsgehilfenhaftung*”, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde “*liability for auxiliaries*”, Avrupa Hukuku İlkeleri-PEL Liab. Dam. hükümlerinde “*accountability for damage caused by employees and representatives*” ifadesi kullanılmaktadır.

Çalışmamızın kavramsal çerçevesi bakımından önem arz eden bir diğer mesele ise, haksız fiil sorumluluğu niteliğindeki TBK 66 hükmünün sözleşme hukukundaki yansımaları teşkil eden TBK 116 hükmü ile arasındaki kavramsal ilişkidir. TBK 116 hükmünde, *borçlu ve yardımcı kişi* kavramlarına yer verilmiştir. İsviçre hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin Art.55 OR, “*Haftung des Geschäftsherrn*” kenar başlığı altında; borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğuna ilişkin Art.100 OR ise, “*Haftung für Hilfspersonen*” kenar başlığı altında düzenlenmiştir. İsviçre doktrininde, *Geschäftsherr* (iş sahibi) ve *Hilfsperson* (yardımcı kişi) kavramları her iki sorumluluk normu bakımından da müştereken kullanılmakta; yardımcı kişinin ise Art.55 OR özelinde *Verrichtungsgehilfe*, Art.101 OR özelinde ise *Erfüllungsgehilfe* kavramı ile ifade edildiği görülmektedir<sup>18</sup>. Buna benzer şekilde çalışmamızın bütününde de her iki sorumluluk bakımından bir üst kavram olarak “yardımcı kişi”, TBK 66 bakımından “çalışan”, TBK 116 bakımından ise “ifa yardımcısı” ifadesi kullanılacaktır.

---

<sup>18</sup> Schwenger, N.23.01; Gauch/Schluemp/Emmenegger, N.3072.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ, TARİHSEL KÖKENİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DÜZENLENMESİ

#### 1.1. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ

##### 1.1.1. Hukuki Sorumluluk Kavramı ve Türleri

Hukuki sorumluluk, borç ilişkisinin müeyyidesi olup, bir kimsenin kendisinin ya da sorumlu olduğu kişilerin fiilleriyle bir başkasına vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğünü ifade eder<sup>19</sup>. *Sorumluluk hukuku* kavramı kapsamına göre çeşitli anlamlarda sahip olup<sup>20</sup>, Türk-İsviçre doktrininde genellikle, sadece haksız fiil sorumluluğunu ifade edecek şekilde dar anlamda kullanılmaktadır<sup>21</sup>.

Sorumluluğu doğuran borç ilişkisinin kaynağından hareketle yapılan bir diğer ayırım, *sözleşme sorumluluğu-sözleşme dışı sorumluluk* şeklinde olup, *sözleşme dışı sorumluluk hukuku* kavramı hem kusura dayanan hem de kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâllerini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır<sup>22</sup>. Bu ayırım, hukuki sorumluluk kaynaklarının sözleşme ve haksız fiil ile sınırlı olduğunu çağrıştırmaktadır. Oysa hukukumuzda sorumluluk sebepleri, sözleşme ve haksız fiil ile sınırlı değildir; sözleşme dışı başkaca<sup>23</sup> sorumluluk sebepleri de bulunmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda; “sözleşme dışı sorumluluk” yerine, çalışma konumuzun da dâhil olduğu daha sınırlı bir alanı kapsayan, “haksız fiil sorumluluğu” kavramı tercih edilecek; “sorumluluk hukuku” kavramı ise hem

<sup>19</sup> Feyzioğlu I, s. 440.

<sup>20</sup> Geniş anlamda sorumluluk hem sözleşme hem de haksız fiil sorumluluğunu, dar anlamda sorumluluk sadece haksız fiil sorumluluğunu, en dar anlamda sorumluluk ise sadece kusursuz haksız fiil sorumluluğunu ifade eder (Keller/Gabi/Gabi, s. 2-3; Eren, Genel, s. 510-511).

<sup>21</sup> Eren, Genel, s. 511; Rey/Wildhaber, N.3; Roberto, Haftpflichtrecht, N.02.07.

<sup>22</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 7; Hatemi, §1 N.21; İmre, s. 8; Tiftik, Tazminat, s. 34.

<sup>23</sup> Sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan hukuka uygun müdahaleden sorumluluk gibi.

kusura dayanan hem de kusursuz haksız fiil sorumluluğunu kapsayacak şekilde dar anlamda kullanılacaktır.

Tazmin yükümlülüğünün taraflar arasındaki mevcut bir hukuki ilişkiden (çoğunlukla sözleşme ilişkisinden) kaynaklanması durumunda borca aykırı davranıştan sorumluluk, genel davranış normlarına aykırılıktan kaynaklanması durumunda ise haksız fiilden sorumluluk söz konusu olur. Haksız fiil sorumluluğu, genel davranış normlarına aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğüdür<sup>24</sup>. Bu durum, “-den sorumluluk” olarak ifade edilmektedir. Sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranışın aynı zamanda genel davranış normlarına aykırılık teşkil etmesi durumunda ise sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarışmasından<sup>25</sup> bahsedilir. Alacaklının, yetkili devlet organları aracılığıyla borçlunun malvarlığına el koymak suretiyle alacağını elde etme imkânına sahip olması da “ile sorumluluk” olarak adlandırılır<sup>26</sup>. Türk hukukunda kural, malvarlığı ile sorumluluktur<sup>27</sup>.

#### 1.1.1.1. Kusur Sorumluluğu

Sorumluluk hukukunda kural, hukuken korunan bir varlığın ihlâli neticesinde meydana gelen zarara bizzat zarar görenin katlanmasıdır (*casum sentit dominus*)<sup>28</sup>. Ancak zaman içerisinde zararın zarar görenden başkasına yükletilebilmesini sağlayan çeşitli sorumluluk ilkeleri kabul edilmiştir. Bunların başında, 19. yüzyıldan itibaren yapılan kodifikasyonlarda genel bir ilke olarak düzenlenen kusur ilkesi gelir<sup>29</sup>. Roma hukuku kaynaklı kusur ilkesi, Alman ve İsviçre hukukunun iktibas edilmesi suretiyle Türk hukukunda da benimsenmiştir. Türk hukukunda hem sözleşme (TBK 112 vd.) hem de haksız fiil sorumluluğunda (TBK 49 vd.) kural, kusur sorumluluğudur.

Romalı hukukçu Ulpianus’a göre hukukun üç buyruğundan biri, başkasını zarara uğratmamaktır (*alterum non laedere*). Kusur sorumluluğu, bir kimsenin kusurlu fiili ile neden olduğu zararın, zarar görenin omuzlarından alınarak faile yükletilmesini öngörür.

<sup>24</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 475.

<sup>25</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §11, II, B.

<sup>26</sup> Eren, Genel, s. 510; Oğuzman/Öz I, s. 16-17.

<sup>27</sup> Malvarlığı ile sorumluluğun çeşitleri hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, §2 N.49-52.

<sup>28</sup> Oftinger/Stark I, §1 N.10; Fellmann/Kottman, N.5; Deutsch/Ahrens, §1 N.1.

<sup>29</sup> Bkz. §1295/1 ABGB, §823 BGB, Art.41 OR.



Kusursuz tazminat olmaz (*nulla indemnitas sine culpa*) ilkesi gereği zararı tazmin etmekle yükümlü olan, kusurlu faildir. Kusuru olmayan bir kimseyi tazminatla yükümlü kılmak ise, ceza hukuku bakımından bir masumu cezaya mahkûm etmekten farksızdır<sup>30</sup>.

Kusur, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kimse hakkında hukuk düzeni tarafından yürütülen bir değer yargısı olup, sübjektif bir kınama içerir<sup>31</sup>. Bu nedenle, kusur sorumluluğu, *sübjektif sorumluluk* olarak da ifade edilir. Sorumluluk hukukunda kusur, ağırlık derecesine göre ikiye ayrılır: Bir kimsenin, hukuka aykırı neticeyi öngörerek ve isteyerek hareket etmesi durumunda “kasıt”, bu neticeyi istememekle birlikte önlemek için iradesini yeter derecede kullanmayarak hâl ve şartların gerektirdiği özeni göstermemesi durumunda ise “ihmâl” söz konusu olur<sup>32</sup>. Bir kimsenin sadece öngörebileceği ve önleyebileceği zararlardan sorumlu tutulması, ahlaki açıdan da uygundur<sup>33</sup>.

#### 1.1.1.2. Kusursuz Sorumluluk

##### 1.1.1.2.1. Kusursuz Sorumluluk Kavramı

Zaman içerisinde tekniğin gelişmesi, makineleşme, iş bölümü ve karmaşık yapıli sosyal ilişkiler karşısında kusur ilkesi modern toplumun ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalmıştır. Bu nedenle, kusur esası sorumluluğun tek temeli olmaktan çıkarılarak birtakım kusursuz sorumluluk hâlleri de kabul edilmeye başlamıştır. Türk-İsviçre doktrininde

<sup>30</sup> Oğuzman/Öz II, s. 2.

<sup>31</sup> Brehm, Art.41 OR N.168; Schönerberger, Art.41 OR N.29; Tunçomağ, s. 439; Eren, Genel, s. 594; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 492; Oğuzman/Öz II, s. 54; Nomer, Borçlar, s. 152; Aybay, s. 88.

<sup>32</sup> TBK’da çeşitli hükümlerde “ağır kusur” (TBK 115/1, 221, 294/1, 478) ve “hafif kusur” (TBK 52/2, 115/3) kavramları kullanılmıştır. Ağır kusur kavramının, kasıt ve ağır ihmali; hafif kusur kavramının ise hafif ihmali karşıladığı kabul edilmektedir (Oğuzman/Öz II, s. 58; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 322). Hukuk terminolojisine uygun olmayan bu kavramların TBK’da kullanılmış olmasının eleştirisi için bkz. Atamer, Değerlendirme, s. 10.

<sup>33</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 1; Arık, s. 109.

kusursuz sorumluluk hâlleri, *objektif*<sup>34</sup> sorumluluk, *sonuç*<sup>35</sup> ya da *sebepe*<sup>36</sup> sorumluluğu olarak da ifade edilir. Ayrıca, kusursuz sorumluluk hâllerine sadece sorumluluk hukukunda değil, sözleşme hukukunda da rastlanmaktadır<sup>37</sup>.

Kusursuz sorumluluk, kusur ilkesi karşısında istisnai niteliktedir<sup>38</sup>; mutlaka açık ve tereddüde mahal bırakmayacak bir kanuni dayanağa ihtiyaç gösterir<sup>39</sup>. “Kanunsuz kusursuz sorumluluk olmaz” ilkesi gereği, kusursuz sorumluluk, sadece kanunda öngörülen hâllerde söz konusu olabilir<sup>40</sup>. Öte yandan son yıllarda kusursuz sorumluluk hâllerinin sayılarındaki artış nedeniyle istisnai nitelikleri sorgulanmaktadır<sup>41</sup>.

#### 1.1.1.2.2. Kusursuz Sorumluluk Hâllerinin Tasnifi

Türk doktrininde kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâlleri farklı şekillerde tasnif edilmektedir. Yazarlardan bir kısmı, *olağan sebep sorumluluğu-tehlike sorumluluğu* şeklinde ikili bir ayırım benimserken<sup>42</sup>; bir diğer kısmı, kusursuz sorumluluk hâllerini dayandıkları esasa göre *hakkaniyet-özen-tehlike sorumluluğu* şeklinde üçe ayırarak

<sup>34</sup> Objektif sorumluluk kavramı (*objektive Haftung*); sorumluluğun objektif şartı olan hukuka aykırı fiil neticesinde zarar doğmasının yeterli olmasına, subjektif şartı olan kusurun varlığına ihtiyaç olmamasına vurgu yapmaktadır (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 497). Sorumluluğun kaynağını kişinin dışında gören bir sorumluluk anlayışına dayanan kusursuz sorumluluklarda, “sorumluluk doğurucu etken ön sıraya geçmekte, sorumlunun şahsı geri plana itilmekte ve böylece sorumluluğun subjektif niteliği mümkün olduğunca azaltılmaktadır” (**Koçhisarlıoğlu**, s. 219).

<sup>35</sup> Sonuç sorumluluğu kavramı (*Erfolgshaftung*), zarar neticesinin varlığını ve bu zararın tazminini vurgulamaktadır (**Tandoğan**, Mesuliyet, s. 96 dn.23).

<sup>36</sup> Sebep sorumluluğu kavramı (*Kausalhaftung*), sorumluluğun bağlandığı olgu ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı göz önünde bulundurularak geliştirilmiştir (**Oftinger/Stark I**, §1 N.105; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 8; **İmre**, s. 55). Ancak, zarara sebep olmak, sorumluluğun doğması için başlı başına yeterli değildir (**Koçhisarlıoğlu**, s. 246; **Oğuzman/Öz II**, s. 3). Ayrıca sebep olma ilkesi, illiyet bağı görünümünde hem kusur hem de kusursuz sorumluluğun bir unsurudur (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 4). Gerçek illiyet bağı ölçüt alan sebep sorumluluğu kavramı, hukuka uygun fiillerden sorumluluğu da kapsadığından, kusursuz sorumluluk kavramından daha geniştir (**Hatemi**, §8 N.7). Sebep sorumluluğu kavramının yanıtıcı olduğu görüşü için bkz. **Schwenzer**, N.49.09; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 6.

<sup>37</sup> Sözleşme hukukunda öngörülen kusursuz sorumluluk hâlleri için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 887 vd.; **Schwenzer**, N.22.34-38.

<sup>38</sup> **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N.13; **Keller/Gabi/Gabi**, s. 5; **Rey/Wildhaber**, N.27; **Tunçomağ**, s. 428.

<sup>39</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s. 5; **Oğuzman/Öz II**, s. 5; **Eren**, Genel, s. 521; **Koçhisarlıoğlu**, s. 189; **Altop**, s. 204.

<sup>40</sup> **Oğuzman**, İş Kazası, s. 337; **Tekinay**, s. 91. Kusursuz sorumluluk hâllerinin sadece kanunda öngörülen hâller ile sınırlı olmadığı, hâkimin bir kanun boşluğunu TMK 1 uyarınca yeni bir kusursuz sorumluluk ihdas etmek suretiyle doldurma yetkisinin olduğu görüşü için bkz. **Gürsoy**, İşveren, s. 195-196.

<sup>41</sup> **Eren**, Genel, s. 513-514; **Schwenzer**, N.49.08; **Giliker**, Avant-projet, s. 295; **Koçhisarlıoğlu**, s. 190-191. Özellikle tehlike sorumluluğu hâllerinin sayısındaki artış hakkında bkz. **Kaneti**, Kusur, s. 673. “Tehlike sorumluluğu, kusur sorumluluğunun istisnasıdır” dogmasının eleştirisi için bkz. **Erişgin**, Kıyas, s. 95 vd.

<sup>42</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 22 vd.; **Nomer**, Borçlar, s. 155-156; **Kırca**, Ürün, s. 122-123.

incelemektedir<sup>43</sup>. Bazı yazarlar, özen sorumluluğunu kendi içerisinde *olağan sebep-ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu* şeklindeki ikiye ayırarak; özen yükümlülüğüne dayanan ve kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunan kusursuz sorumluluk hâllerini ilk grupta, kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmayan hâlleri ise ikinci grupta incelemektedir<sup>44</sup>. Öte yandan *ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu* kavramını, tehlike sorumluluğu ile eş anlamda kullanan yazarlar da bulunmaktadır<sup>45</sup>. Türk kanun koyucusu, 6098 sayılı TBK’da, “Kusursuz Sorumluluk” üst başlığı altında<sup>46</sup>, “Hakkaniyet Sorumluluğu, II. Özen Sorumluluğu, III. Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme” şeklinde yaptığı sınıflandırma ile sorumluluğun dayandığı esasa göre yapılan üçlü ayrımı benimsemiştir<sup>47</sup>.

İsviçre doktrininde genel olarak haksız fiil sorumluluğu hâlleri, *Haftungstrilogie*<sup>48</sup> olarak ifade edilen, “kusur sorumluluğu-olağan sebep sorumluluğu-tehlike sorumluluğu” şeklinde üçlü bir ayrıma tâbi tutulur. Bu doğrultuda kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâlleri, Almanca eserlerde *gewöhnliche/einfache/milde Kausalhaftung – Gefährdungshaftung*<sup>49</sup>, Fransızca eserlerde ise *les responsabilités objectives simples- les responsabilités objectives aggravées*<sup>50</sup> şeklinde tasnif edilir. *Gewöhnliche Kausalhaftung* üst başlığı altındaki sorumluluk hâllerinden sadece kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunanları ifade etmek üzere *milde Kausalhaftung*; kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmayan sorumluluk hâllerini ifade etmek üzere ise *scharfe Kausalhaftung* kavramına da rastlanmaktadır<sup>51</sup>. Yazarların bir kısmı, *scharfe/strengen Kausalhaftung* ya da *les*

<sup>43</sup> Eren, Genel, s. 518 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 498 vd.; Antalya, s. 543; Tiftik, Tazminat, s. 40 vd.

<sup>44</sup> Antalya, s. 543; Eren, Genel, s. 519-520 (yazar, *olağan özen/olağan kusursuz* sorumluluk ile *ağırlaştırılmış özen* sorumluluğu kavramlarını kullanmaktadır); Baçoğlu, s. 38 vd. (yazar, *olağan objektif* ve *ağırlaştırılmış objektif* kavramlarını kullanmaktadır). Türk hukukunda kabul edilen *ağırlaştırılmış sebep sorumlulukları*, yapı mülkiyetinin (TBK 69) ve taşınmaz mülkiyetinin (MK 730) sorumluluğudur. *Ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu hâlleri*, kurtuluş kanıtı getirme imkânı olmaması bakımından tehlike sorumluluğuna yaklaşırsa da (Eren, Genel, s. 520) tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmeleri doğru değildir (Yılmaz, Motorlu Araç, s. 11). *Serozan*’a göre, yapı mülkiyetinin sorumluluğu ile taşınmaz malikinin sorumluluğu, “küçük (minyatür) tehlike sorumluluğu” niteliğindedir (Serozan, Borçlar Özel, N.786).

<sup>45</sup> Oğuzman/Öz II, s. 7-8; Ulusan, Genel Tehlike, s. 2897.

<sup>46</sup> Bu başlığın eklenmesiyle, eBK’deki bir sistematik eksiklik giderilmiştir (Sağlam, s. 162; Akkayan-Yıldırım, s. 203; Akartepe, s. 160).

<sup>47</sup> Sanlı, Kusursuz Sorumluluk, s. 63, dn. 5; Sağlam, s. 162. Kusursuz sorumluluk hâllerinin TBK’da kategorize edilmiş olması yerindedir (Altop, s. 203).

<sup>48</sup> Beck, s. 25.

<sup>49</sup> Keller/Gabi/Gabi, s. 5 vd.; Fellmann/Kottmann, N.21 vd.; Beck, s. 25; Brehm, Art.55 OR N.32.

<sup>50</sup> Deschenaux/Tercier, §2 N.30-39; Werro, Responsabilité, N.27 vd.; Müller, N.9.

<sup>51</sup> Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.228; Rey/Wildhaber, N.1055-1056; Huguenin, N.1835.

*responsabilités objectives aggravées* kavramlarını tehlike sorumluluğu ile eş anlamda kullanırken<sup>52</sup>, bir diğer kısmı, tehlike sorumluluğu ifadesini kullanmaktan bilhassa kaçınarak, bu kavramları tehlike sorumluluğu *yerine* kullanmaktadır<sup>53</sup>. Öte yandan son yıllarda, olağan sebep sorumlulukları ile kusur sorumluluğu arasındaki ayrıma şüpheyle yaklaşan bazı yazarlar, olağan sebep sorumluluklarını kusur sorumluluğunun bir türü olarak değerlendirerek, kusur sorumluluğu-tehlike sorumluluğu şeklinde ikili bir ayrım yapmaktadır<sup>54</sup>.

Alman doktrininde haksız fiil sorumluluğu *Verschuldenshaftung-Gefährdungshaftung* şeklinde ikiye ayrılarak incelenir<sup>55</sup>. Bu ayrımında, tehlike sorumluluğu ifadesi, kusursuz sorumluluk hâllerinin tümünü kapsayacak şekilde kullanılmaktadır<sup>56</sup>. Bu iki sorumluluk türü arasındaki *gri alanda* başkaca<sup>57</sup> sorumluluklar da bulunmakta olup, bunlardan biri de kusur karinesine dayanan sorumluluk hâlleridir (*die Haftung aus vermutetem Verschulden*)<sup>58</sup>.

Çalışmamızda, “kusursuz sorumluluk” kavramı, sorumlu kişinin kusurunun aranmadığı haksız fiil sorumlulukları bakımından bir üst kavram olarak kullanılacaktır. Kusursuz sorumluluk hâlleri ise, aralarındaki yapısal farklılıklar nedeniyle, “hakkaniyet sorumluluğu-olağan sebep sorumluluğu-ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu-tehlike sorumluluğu” şeklindeki dörtlü ayrıma göre nitelendirilecektir.

<sup>52</sup> **Kramer/Probst**, N.410; **Müller**, N.19; **Schwenzer**, N.49.08.

<sup>53</sup> **Keller**, s. 51; **Deschenaux/Tercier**, §2 N.39.

<sup>54</sup> **Roberto**, *Haftpflichtrecht*, N.02.21; **Schwenzer**, N.49.09; **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N.23; **Schönenberger**, *Vor Art.41-61 OR* N.9.

<sup>55</sup> **Deutsch/Ahrens**, N.6-7. Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu hâlleri “dar anlamda haksız fiil”, tehlike sorumluluğu hâlleri ise “geniş anlamda haksız fiil” olarak nitelendirilir (**Medicus/Lorenz**, BT, N.1229).

<sup>56</sup> *Deutsch*, tehlike sorumluluğunu ikiye ayırarak, sorumluluğun temel sebebinin tipik tehlikenin oluşturduğu hâlleri “dar (klâsik) anlamda tehlike sorumluluğu”, tehlikenin sorumluluğun saiki olduğu hâlleri ise “genişletilmiş tehlike sorumluluğu” olarak adlandırmaktadır (**Deutsch**, s. 76 vd.).

<sup>57</sup> **Fedtke/Magnus**, s. 147 vd.; **Faure**, s. 364.

<sup>58</sup> Kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi, kusur bakımından ispat güçlüğüne üstlenecek olan tarafın da değişmesine neden olur. Böylelikle, kusuru bulunduğu karineten kabul edilen kişi, kusursuzluğunu ispat edemediği takdirde sorumlu tutulduğundan, esasında fiilen bir kusursuz sorumluluk hâli ortaya çıkmış olur. Bu nedenle, kusuru ispat yükünün ters çevrildiği sorumluluk hâlleri, kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasındaki *gri alanda* yer alır (**Faure**, s. 364).

### 1.1.1.2.3. Kusursuz Sorumluluk Hâlleri İçerisinde Olağan Sebep Sorumluluklarının Yeri ve Özellikleri

Kusursuz sorumluluk hâllerinin karakteristik özelliği, sorumluluğun kusur yerine kanunun öngördüğü belli bir olguya bağlanmasıdır<sup>59</sup>. Bu olgu, olağan sebep sorumluluklarında özen yükümlülüğünün ihlâlidir ve bu tür sorumlulukları tehlike sorumluluğundan keskin bir şekilde ayırır<sup>60</sup>. Olağan sebep sorumluluklarının bir diğer ortak özelliği, sorumlu kişiye tanındıkları *kurtuluş kanıtı* getirme imkânıdır. Bu nedenle olağan sebep sorumlulukları, kurtuluş kanıtı ile *yumuşatılmış*<sup>61</sup> olup, kusursuz sorumluluğun *en hafif şekli*<sup>62</sup> oluşturur.

Sorumluluk hukukunun tarihsel gelişim sürecine bakıldığında, günümüzde olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edilen sorumluluk hâllerinin, başlangıçta kusur sorumluluğu olarak nitelendirildikleri, zaman içerisinde ise kusursuz sorumluluğa “evrildikleri” görülür<sup>63</sup>. Özen yükümlülüğüne dayanan bu sorumluluklar, tipik (*stricto sensu*) bir kusursuz sorumluluk hâli teşkil etmeyip, kusur sorumluluğuna daha yakındır<sup>64</sup>. Bu yakınlığın sebebi, olağan sebep sorumluluklarının temelinde yer alan özensizlik isnadıdır. Zira bu tür sorumluluklar, sorumlu kişinin özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği varsayımına dayanır. Olağan sebep sorumluluklarının, *özen sorumluluğu* olarak da ifade edilmesinin sebebi budur<sup>65</sup>. Özen, kusurun tespitinde kullanılan bir ölçüt olduğundan, özen yükümlülüğüne aykırılık gerçekten de çoğu zaman kusur olarak ortaya çıkar<sup>66</sup>. Özensizlik isnadı kusurun sadece biraz daha objektifleştirilmiş hâlden ibarettir<sup>67</sup>.

<sup>59</sup> **Oftinger/Stark I**, §1 N.105. “haksız fiil tabirini yalnızca kusura müstenid mes’uliyet hallerine hasretmek münasip olur [...] Sebep mes’uliyeti hallerinde [...] böyle bir tasnif, bu gibi hallerde mes’uliyet bir fiile bağlanmadığı cihetle pek yerinde değildir; meğer ki bu hallerde objektif ihtimam vazifesinin yerine getirilmemesi bir içtinap ve dolayısıyla bir fiil sayılsın” (**Tandoğan**, Mesuliyet, s. 9). Olağan sebep sorumluluklarında fiil, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklinde ortaya çıkar (**Oftinger/Stark I**, §1 N.37). Tehlike sorumluluklarında ise zarara sebep olan, bir insan davranışı değil, işletmenin kendisi ya da işletmede kullanılan araç-gereç, malzeme ya da enerji olduğundan, haksız *fiil* sorumluluğundan bahsedilemez (**Eren**, Genel, s. 524; **Erişgin**, Tehlike, s. 82; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 6, 12).

<sup>60</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §17 N.6; **Uluslan**, Tehlike, s. 39.

<sup>61</sup> **Oser/Schönenberger**, Art.55 N.24.

<sup>62</sup> **Eren**, Genel, s. 519.

<sup>63</sup> **Widmer**, Haftung, N.2.17; **Widmer**, Switzerland, s. 324; **Eren**, Genel, s. 519.

<sup>64</sup> **Nater**, s. 6; **Eren**, Genel, s. 520; **Koçhisarlıoğlu**, s. 204.

<sup>65</sup> Özen sorumluluğu ifadesinin eleştirisi için bkz. **Koçhisarlıoğlu/Erişgin**, s. 1259.

<sup>66</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 54; **Nater**, s. 6; **Antalya**, s. 552; **Sağlam**, s. 161.

<sup>67</sup> **Eren**, Genel, s. 520.

Objektifleştirilmiş kusur teorisi<sup>68</sup>, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa büyük ölçüde yaklaştırmışsa da<sup>69</sup>, “objektifleştirilmiş kusur” ile “objektif özen yükümlülüğü” kavramları birbirinden farklıdır<sup>70</sup>. Öte yandan kusur, olağan sebep sorumluluklarının kurucu unsuru olmasa da zararın öngörülebilirliğine ilişkin bir kavram olan kurtuluş kanıtı aracılığıyla esasında bu tür sorumlulukların da bünyesine dâhil edilmiştir<sup>71</sup>.

Olağan sebep sorumlulukları, hukuki olgu olarak hem sınırları belirlenmiş objektif bir duruma hem de bir insan davranışına dayandıklarından *ne bir balık ne de kuş (weder Fisch nor Vogel)*<sup>72</sup> teşkil eder. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından, adam çalıştırma objektif bir durum, adam çalıştırmanın özen eksikliği ise kınanması gereken bir insan davranışı olarak ortaya çıkar. Ayrıca, olağan sebep sorumluluklarının kurucu unsuru ne kusur ne de tipik tehlikedir. Bu nedenle bu tür sorumluluklar, kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu arasında, bir nevi *arafta*<sup>73</sup> yer alan, kusur sorumluluğundan kusursuz sorumluluğa *geçiş köprüsü*<sup>74</sup> ya da bu geçiş sürecinde ortaya çıkmış *hibrit*<sup>75</sup> yapıda *gelişim fosilleri*<sup>76</sup> olarak değerlendirilir. Hukuk politikası bakımından bir yandan *muğlak*<sup>77</sup> bir sorumluluk türü olarak görülen olağan sebep sorumluluklarının diğer yandan *işlevsel*<sup>78</sup> bulunmaktadır.

Öte yandan son yıllarda İsviçre doktrininde bazı yazarlar, kusur sorumluluğu ile olağan sebep sorumluluğu arasındaki ayrımın suniliğine dikkat çekerek, olağan sebep

---

<sup>68</sup> Kusur, ortalama davranış tipinden sapmayı ifade eder. Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre, kusur değerlendirmesinde model alınacak davranış tipi belirlenirken, somut olayda sorumlu tutulmak istenen kişinin subjektif özellikleri değil; bu kişinin mensubu olduğu sosyal sınıf, meslek ve yaş grubuna dâhil olan makûl bir kişinin özellikleri esas alınır (Eren, Genel, s. 595-596). *Oğuzman/Öz*'e göre ise, bu şekilde objektifleştirilme, kusur olmadan kusura dayanan sorumluluktan bahsedilmiş olacağından, kusur kavramı ile bağdaşmaz (Oğuzman/Öz II, s. 59). *Oğuzman*'a göre, “objektif kusur mefhumu kusursuz mesuliyet hallerini hala kusur fikri ile izah gayretinin bir ifadesidir ve Fransız hukukunda, haksız fiildeki ‘hukuka aykırılık’ unsurunun, kusurun bir unsurunu teşkil etmesinde kendisine bir destek bulmaktadır [...] Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında ‘hukuka aykırılık’ haksız fiilin ‘kusur’ dışında ayrı ve objektif bir unsuru olması hasebiyle, bizim hukukumuzda objektif kusur mefhumunun yeri olamaz” (Oğuzman, Kusur, s. 192, dn. 15).

<sup>69</sup> Stark, N.833; Eren, Genel, s. 602; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 54; İmre, s. 38.

<sup>70</sup> “[...] Objektifleştirilmiş ihmal kavramı kabul edildiği zaman dahi ayırtım gücü şarttır; bundan başka adam çalıştırmanın, işlerin yönetimini iyi seçtiği ve talimat verdiği kimselere bırakırsa, bunların kendi astlarına (maiyetindekilere) gözetimde gerekli özeni göstermemesi halinde adam çalıştırmanın objektif kusurundan dahi söz edilemez, fakat o, BK md.55’e göre sorumlu tutulabilir” (Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 54).

<sup>71</sup> Oftinger/Stark I, §1 N.39.

<sup>72</sup> Widmer, Haftung, N.2.13.

<sup>73</sup> Keller, s. 48; Beck, s. 62.

<sup>74</sup> Koçhisarhoğlu, s. 185.

<sup>75</sup> Widmer, Switzerland, s. 323.

<sup>76</sup> Widmer, Haftung, N.2.17.

<sup>77</sup> Kramer/Probst, N.402.

<sup>78</sup> Widmer, Haftung, N.2.13.

sorumluluklarını, kusur sorumluluğunun ispat yükü tersine çevrilmiş bir türü olarak değerlendirmektedir<sup>79</sup>. Ayrıca sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin bu tartışmanın teorik düzeyde kaldığı da belirtilmektedir<sup>80</sup>.

### 1.1.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

TBK 66 hükmünde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu niteliğinde<sup>81</sup> bir hukuki sorumluluktur<sup>82</sup>. TBK 66 hükmü, adam çalıştırmanın sorumluluğunun hangi şartlar altında doğacağını belirlediğinden, başlı başına bir sorumluluk normu (*Haftungsnorm*), diğer bir ifadeyle, bağımsız bir talep temeli (*selbständige Anspruchsgrundlage*) teşkil eder<sup>83</sup>.

Aşağıda, adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukuki niteliği bakımından doktrinde görüş ayrılığı bulunan iki mesele incelenecektir. Bunlardan biri, adam çalıştırmanın kusurunun sorumluluktaki rolüne, diğeri ise sorumluluğa yol açan fiilin kime ait olduğuna ilişkindir.

#### 1.1.2.1. Kusurun Rolü Bakımından Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

##### 1.1.2.1.1. Kusur Karinesine Dayanan Kusur Sorumluluğu Görüşü

Bu görüşe göre, adam çalıştırmanın sorumluluğu, kusur sorumluluğu niteliğindedir. Bu sorumluluğu, genel haksız fiil sorumluluğundan ayıran tek fark, kusur karinesine

<sup>79</sup> **Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N.23; **Schwenzer**, N.49.09; **Roberto**, *Haftpflichtrecht*, N.02.19 vd.; **Schönenberger**, *Vor Art.41-61 OR N.9*. Olağan sebep sorumlulukları; başlı başına bir sorumluluk türü teşkil etmeyip, kusur sorumluluğunun kanun tarafından somutlaştırılmış ve sorumluluk şartları modifiye edilmiş formlarıdır (**Roberto**, *Unterscheidung*, s. 1327).

*Sanlı*'ya göre, kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek için sorumlu tutulan kişiye yükletilen davranışın özenli, özensiz gibi normatif bir ölçüte göre değerlendirilmemesi gerekir. Oysa bir kimsenin özenli davranıp davranmadığının dikkate alınması kusur analizinden başka bir şey olmadığından, olağan sebep sorumlulukları, kusur sorumluluğunun ispat yükü çerçevesinde ağırlaştırılmış bir türüdür (**Sanlı**, *Ekonomik Analiz*, s. 479 vd.).

<sup>80</sup> **Schwenzer**, N.23.13; **Schönenberger**, Art.55 OR N.2; BGE 131 III 115.

<sup>81</sup> **Rey/Wildhaber**, N.1058; **Schwenzer**, N. 23.12; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.1; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, N.232; **Kessler**, Art.55 OR N.1; **Hatemi**, §8 N.18; **Kılıçoğlu**, *Borçlar*, s. 336; **Antalya**, s. 557.

<sup>82</sup> **Birsén**, s. 244-245. Çalışanın hukuka aykırı fiili aynı zamanda suç teşkil ediyor olsa bile, çalışanın bu fiili nedeniyle adam çalıştırmanın cezai sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu durum, Anayasa 38/7'de güvence altına alınan "cezai sorumluluğunun şahsiliği" ilkesinin bir sonucudur. Öte yandan, adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermemesi şeklinde tezahür eden *kendi* fiilinin başlı başına bir suç teşkil etmesi mümkündür.

<sup>83</sup> **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3070.

dayanmasıdır. Kurtuluş kanıtı da hukuki niteliği itibariyle, kusur karinesinin çürütülmesinden ibarettir. Bu nedenle adam çalıştıran, özen yükümlüğünü yerine getirdiğini ispatlamak suretiyle esasında kendi kusuru bulunmadığını ortaya koyar.

İsviçre doktrininde, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ilk olarak 1886 yılında *Bieder* tarafından savunulmuş olan kusur karinesi görüşü<sup>84</sup>, bir dönem İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir<sup>85</sup>. Son yıllarda İsviçre doktrininde yeniden canlanan bu görüşün<sup>86</sup>, Türk doktrininde de savunulduğu görülmektedir<sup>87</sup>.

#### 1.1.2.1.2. Olağan Sebep Sorumluluğu Niteliğinde Kusursuz Sorumluluk Görüşü

Türk<sup>88</sup>-İsviçre<sup>89</sup> doktrininde hâkim görüşe göre, adam çalıştıranın sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu niteliğinde bir kusursuz sorumluluk teşkil eder. Tarihsel gelişim süreci içerisinde, diğer olağan sebep sorumlulukları gibi, adam çalıştıranın sorumluluğu da önceleri kusur karinesine dayandırılmış; ancak zaman içerisinde kusursuz sorumluluk niteliğinde olduğu fikri hâkim olmuştur<sup>90</sup>. TBK 66 hükmünün, kanun sistematigi içerisinde, “kusursuz sorumluluk” üst başlığı altında düzenlenmiş olması da kanun koyucunun bu hâkim görüşü benimsediğini göstermektedir<sup>91</sup>.

Adam çalıştıran bakımından bir kusur karinesi bulunmadığı gibi, adam çalıştıranın gerekli özeni gösterdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirmesi de kusursuzluğunu ispatlaması

<sup>84</sup> *Bieder*, s. 345 vd. Aynı yönde bkz. *Homberger*, s.8a-9a.

<sup>85</sup> BGE 29 II 489.

<sup>86</sup> “Sınırlandırılmış bir kusur sorumluluğu” teşkil eder (*Honsell/Isenring/Kessler*, §13 N.5; *Kessler*, Art.55 OR N.1); özen yükümlülüğü ihlâli karinesine dayalı bir kusur sorumluluğu teşkil eder (*Roberto*, *Haftpflichtrecht*, N.08.02); *Schwenzer*, N.49.09.

<sup>87</sup> *Serozan*, Borç İlişkisi, s. 116; *Sanlı*, Ekonomik Analiz, s. 479, dn. 2078; *Sanlı*, Kusursuz Sorumluluk, s. 66; *Baysal*, s. 246. eBK 55 hükmünü kusur karinesine dayanan bir sorumluluk olarak nitelendiren görüşler için bkz. *Reisoğlu*, *İstihdam Eden*, s. 50-55.

<sup>88</sup> *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 503; *Tandoğan*, Kusura Dayanmayan, s. 53; *İmre*, s. 155; *Eren*, Genel, s. 643-644; *Oğuzman/Öz II*, s. 138, 152; *Aybay*, s. 95-96; *Feyzioğlu I*, s. 620 vd.; *Tunçomağ*, Borçlar, s. 535; *Antalya*, s. 558; *Hatemi*, §8 N.17; *Hatemi/Gökayla*, §19 N.11; *Kılıçoğlu*, Borçlar, s. 335; *Arık*, s. 118; *Reisoğlu*, Borçlar, s. 118; *İnan/Yücel*, s. 415; *Şenocak*, İfa Yardımcısı, s. 138; *Nomer*, Borçlar, 162 vd.; *Kara Kılıçarslan*, s. 21; *Kılınc*, s. 97.

<sup>89</sup> *Rey/Wildhaber*, N.1062; *von Büren*, s. 255; *Stark*, N.556; *Brehm*, Art.55 OR N.31-32; *Fellmann/Kottmann*, N.733; *Tercier/Pichonnaz*, N.1899; *Keller/Gabi/Gabi*, s. 168-169; *Deschenaux/Tercier*, §9 N.7; *Schnyder/Portmann/Müller-Chen*, N.232; *Beck*, s. 62; *Müller-Chen*, Art.55 OR N.2; *Huguenin*, N.2027; *Fischer/Iten*, Art.55 OR N.2.

<sup>90</sup> *Oftinger/Stark II/1*, §20 N.2; *Nater*, s. 8-12; *Fellmann/Kottmann*, N.669; *Tandoğan*, Kusura Dayanmayan, s. 56; *Eren*, Genel, s. 519-520; *Kaneti*, Kusur, s. 674-675.

<sup>91</sup> Böylelikle, kusursuz sorumluluk hâllerinin, kusuru ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu niteliğinde olup olmadıklarına ilişkin tartışmanın sonlandırıldığı hakkında bkz. *Antalya*, s. 551.



anlamına gelmez<sup>92</sup>. Zira kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle çürütülen kusur karinesi değil, *sorumluluk karinesidir*. Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere, “[...] *adam kullananın tedbirleri almış olduğunu ispat etmesi imkânı kusursuzluğunu ispat etme imkânı değildir*”<sup>93</sup>; “*adam kullanan yalnız kusursuz olduğunu değil, ayrıca böyle bir zararın doğmaması için objektif yönden zorunlu olan tüm önlemleri aldığını kanıtlaması koşuluyla sorumluluktan kurtulabilir*”<sup>94</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı yaklaşımı benimseyerek, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulma imkânını kusursuzluk kanıtı (*Exculpationsbeweis*) olarak değil, kurtuluş kanıtı (*Exceptionsbeweis*) olarak nitelendirmektedir<sup>95</sup>.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, özen yükümlülüğünün ihlâline dayanır<sup>96</sup>. Kanun tarafından karineten kabul edilen, adam çalıştırmanın kusuru değil, bu objektif özensizliğidir. Ancak TBK 66 hükmünde yer alan “özen” kavramı, kusurun bir derecesi olan ihmâl kavramının zıddı değildir<sup>97</sup>. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğuna yol açan, özen yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlâl etmiş olması değil<sup>98</sup>, gerekli özeni *hangi sebeple olursa olsun* göstermemiş olmasıdır<sup>99</sup>. “Kusur işlenmemesi” ile “gerekli özenin gösterilmesi” farklı olgulardır<sup>100</sup>. Bu nedenle adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için, kusurunun bulunmadığını ispatlaması yeterli değildir; gerekli özeni gösterdiğini *objektif bir durum olarak* ortaya koymalıdır<sup>101</sup>.

<sup>92</sup> **İmre**, s. 149; **Arık**, s. 120; **Hatemi/Gökyayla**, §19 N.11; **Eren**, Genel, 652; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 326; **Aybay**, s. 96; **Olgaç**, s. 447.

<sup>93</sup> YİBGK, T.27.03.1957, E.1957/1, K.1957/3, Kazancı. Benzer şekilde, “[...] sorumluluktan kurtulma nedenlerinin yasaya konuluşu ile güdülen tek amaç, iş sahiplerinin sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirleri [almaya] teşvik ederek sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir; yoksa yasa metnine kusur unsurunu sokma düşüncesi değil[dir]” (Y4HD, T.02.10.1978, E.1977/11751, K.1978/10809, Kazancı, E.T.01.04.2016).

<sup>94</sup> Y19HD, T.06.06.1994, E.1993/6578, K.1994/5749, Kazancı, E.T.01.04.2016.

<sup>95</sup> BGE 50 II 493. Ayrıca bkz. BGE 97 II 223.

<sup>96</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.32; **Eren**, Genel, s. 643; **Oğuzman/Öz II**, s. 139; **Reisoğlu**, Borçlar, s. 118; **İmre**, s. 144.

<sup>97</sup> **von Tuhr**, s. 353.

<sup>98</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 503; **Oğuzman**, Kusur, s. 192; **Oğuzman/Öz II**, s. 138.

<sup>99</sup> **Aybay**, s. 96; “[...] ‘nezaret yükümünü yerine getiremedim, ne var ki bunda kusurlu olmadığımı kanıtlayabilirim’ tarzında bir savunma kabul edilmeyecektir. Çünkü iş sahibinin sorumluluğunda ‘iş sahibinin kusurlu olduğu karinesi’ değil, bundan daha ileride, nezaret ödevinin -kusursuz da olsa- yerine getirilmemiş olmasından doğan bir ‘kusursuz sorumluluk’ kabul edilmiştir. Ancak ‘nezaret ödevimi yerine getirdim’ tarzındaki bir iddia kanıtlanırsa yeterli olur, ‘getirmedim ise de..., getirmedim ancak... getirmedim, lakin...’in yararı yoktur” (**Hatemi**, §8 N.27).

<sup>100</sup> **Feyzioğlu I**, s. 623.

<sup>101</sup> **Oser/Schönenberger**, Art.55 OR N.24; **Brehm**, Art.55 OR N.32; **Reisoğlu**, İstihdam Eden, s. 43; **Gönensay**, s. 139; **İmre**, s. 149; **Feyzioğlu I**, s. 623-624.

Kusursuz sorumlu adam çalıştırmanın aşağıdaki hâllerde<sup>102</sup> de sorumlu tutulabilmesi, “kusur” ile “objektif özen eksikliği” kavramları arasındaki teorik ayrımın pratik önemini göstermektedir:

- ° Uygulamada nadiren rastlanmakla birlikte<sup>103</sup>, adam çalıştırmanın ayırt etme gücü bulunmaması<sup>104</sup>
- ° Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlâl etmesinin kusur derecesine ulaşmamış olması<sup>105</sup>
- ° Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü beklenmedik hâl yüzünden yerine getirememiş olması<sup>106</sup>.
- ° Adam çalıştırmanın, özen yükümlülüğünü yerine getirmek üzere görevlendirdiği kişiyi özenle seçmiş olmasına, dolayısıyla bu hususta kusuru olmamasına rağmen, görevlendirdiği kişinin sorumluluk alanında bulunan kişilere yönelik özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi<sup>107</sup>. Böyle bir durumda adam çalıştırmanın objektif bir kusurundan dahi söz edilemez<sup>108</sup>.

<sup>102</sup> Adam çalıştırmanın sorumluluğunun bu mülahazalardan hareketle bir kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesinin eleştirisi için bkz. **Sanlı**, Ekonomik Analiz, s. 483 vd., s. 485 dn.2097.

<sup>103</sup> **Beck**, s. 62, dn. 188.

<sup>104</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.3; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.2; **Kessler**, Art.55 OR N.15; **Brehm**, Art.55 OR N.32; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 53; **Eren**, Genel, s. 652; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 548; **İmre**, s. 149; **Tiftik**, Tazminat, s. 43; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 509.

<sup>105</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.3; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 53; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 548; **Tiftik**, Tazminat, s. 43.

<sup>106</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.32; **Eren**, Genel, s. 652; **Tiftik**, Tazminat, s. 43; “İstihdam edenin gerekli tedbirleri almasına engel olan bir kaza onu kusurlu olmaktan çıkarır; fakat sorumlu olmaktan değil!” (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 509).

<sup>107</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.3; **İmre**, s. 149; **Tiftik**, Tazminat, s. 43.

<sup>108</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 54.

Doktrinde<sup>109</sup> ve mahkeme içtihatlarında<sup>110</sup> kabul edildiği üzere, çalışanın kusuru da adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir şartı değildir. Dolayısıyla çalışan, kusuru bulunmadığı gerekçesiyle zarar görene karşı şahsen sorumlu olmasa bile<sup>111</sup> adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulabilir. Vurgulamak gerekir ki, adam çalıştırmanın sorumluluğuna kusursuz sorumluluk niteliğini veren, çalışanın değil, sorumluluğun süjesi olan adam çalıştırmanın kusurunun aranmamasıdır<sup>112</sup>.

### 1.1.2.2. Sorumluluğu Doğuran Fiilin Kime Ait Olduğu Bakımından Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

#### 1.1.2.2.1. Adam Çalıştırmanın Kendi Fiilinden Sorumluluğu Görüşü

Sorumluluk hukukunda kural herkesin, kendi fiilinin sebep olduğu zarardan sorumlu tutulmasıdır (doğrudan sorumluluk). Adam çalıştırın da çalışanın fiilinden değil, kendi fiilinden sorumlu tutulur<sup>113</sup>. Bu görüşe göre, çalışanın fiili, sorumluluk bakımından sadece bir olgudan ibarettir; adam çalıştırmanın sorumluluğuna yol açan, aslında kendisine yükletilen özen yükümlülüğünü yerine getirmeme şeklinde tezahür eden kendi menfi fiildir<sup>114</sup>. Adam çalıştırmanın, gerekli özeni gösterdiğini ya da özen yükümlülüğünü ihlâl

<sup>109</sup> **Tercier/Pichonnaz**, N.1900; **von Tuhr**, s. 352; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, N.232; **Oser/Schönenberger**, Art.55 N.18; **Homberger**, s. 7a; **Brehm**, Art.55 OR N.40a; **Fellmann/Kottmann**, N.770; **Roberto**, Haftpflichtrecht, N.08.06; **Keller/Gabi/Gabi**, s. 171; **Kessler**, Art.55 OR N.14; **Rey/Wildhaber**, N.1084; **Eren**, Genel, s. 651; **Oğuzman/Öz II**, s. 143; **Hatemi/Gökyayla**, §19 N.10; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 55; **Nomer**, Borçlar, s. 173; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 506; **Feyzioğlu I**, s. 620; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 544; **Birsen**, s. 244. İlliyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtının varlığından hareketle, çalışanın kusurunun adam çalıştırmanın sorumluluğunun bir şartı olduğu, aksi hâlde adam çalıştırmanın bu kurtuluş kanıtını getirerek her zaman sorumluluktan kurtulabileceği görüşü için bkz. **von Büren**, s. 254. Çalışanın kusurunun sorumluluğun bir şartı olup olmadığı hususunda TBK 66 hükmünde açıklık olmadığı görüşü için bkz. **Koçhisarlıoğlu/Erişgin**, s. 1261.

<sup>110</sup> eBK döneminde, adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için çalışanın kusurunun aranıp aranmayacağı konusunda Yargıtay daireleri arasında çıkan içtihat ayrılığı, çalışanın kusurunun şart olmadığı kabul edilerek giderilmiştir (YİBGK T.27.03.1957, E.1957/1, K.1957/3, Kazancı, E.T.18.03.2016). Akıl hastası çobanın hayvanları otlatığı esnada neden olduğu yangından sürü sahibi adam çalıştırın sıfatıyla sorumludur (Y4HD, T.02.11.1998, E.1998/4966, K.1998/8313, **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s. 390).

<sup>111</sup> Örneğin, çalışanın ayırt etme gücünden yoksun olması, kendisine verilen iş bakımından gerekli fikri veya bedeni kabiliyeti haiz olmaması, adam çalıştırmanın çalışana yanlış talimat ya da bozuk malzeme, araç-gereç vermesi, çalışanın tüm dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen zararın ortaya çıkması.

<sup>112</sup> **Oğuzman**, Kusur, s. 188-189.

<sup>113</sup> **Schwenzer**, N.23.12; **Honsell/Isenring/Kessler**, §13 N.4; **Petrin**, s. 20; **Nater**, s. 33-34; **Homberger**, s. 7a; **Furrer/Müller-Chen**, s. 368; **Zirlick**, s. 194; **Widmer/Wessner**, s. 125; **Oğuzman**, Kusur, s. 192 vd.; **Oğuzman/Öz II**, s. 148; **Serozan**, İfa, §22 N.4.

<sup>114</sup> **Oğuzman**, Kusur, s. 192 vd.; **Oğuzman/Öz II**, s. 148; **Tiftik**, Tazminat, s. 46; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 150.

etmesi ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olması<sup>115</sup> ve çalışanın kusurunun, sorumluluğun bir şartı olmaması<sup>116</sup>, adam çalıştırmanın kendi fiilinden sorumlu tutulduğunu kanıtlar niteliktedir.

#### 1.1.2.2.2. Adam Çalıştırmanın Çalışanın Fiilinden Sorumluluğu Görüşü

Sorumluluk hukukunda kural, bir kimsenin kendi fiilinden sorumlu tutulmasıdır. Ancak zaman içerisinde bir başkasının fiilinden sorumluluk hâlleri de kabul edilmiştir. Başkasının fiilinden sorumluluk, yabancı doktrinde *vicarious liability*, Türk hukukunda ise *dolaylı/dolayısıyla/vasıtalı sorumluluk*<sup>117</sup> olarak ifade edilmektedir. Türk<sup>118</sup>-İsviçre<sup>119</sup> doktrininde hâkim görüşe göre, adam çalıştırmanın başkasının (çalışanın) fiilinden sorumludur. Bu nedenle, adam çalıştırmanın sorumluluğu, bir dolaylı sorumluluk hâli teşkil eder.

#### 1.1.2.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Yukarıda, adam çalıştırmanın sorumluluğunun hukuki niteliği bakımından tartışmalı iki mesele incelenmiştir. Bunlardan ilki, adam çalıştırmanın sorumluluğunda kusurun rolü, ikincisi ise sorumluluğu doğuran fiilin kime ait olduğudur. Kusurun rolü konusundaki görüş ayrılığı, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulma imkânının hukuki nitelendirmesindeki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Kusur karinesi görüşünü savunanlar, bu imkânı kusursuzluğun ispatı olarak değerlendirirken; olağan sebep sorumluluğu görüşünü savunanlar bunu, kusursuzluğun ispatı ile eşdeğer olmayan bir kurtuluş kanıtı olarak nitelendirmektedir. Sorumluluğu doğuran fiil konusundaki görüş ayrılığı ise, adam

<sup>115</sup> Oğuzman/Öz II, s. 148; Antalya, s. 568.

<sup>116</sup> Oğuzman, Kusur, s. 193.

<sup>117</sup> Birsen, s. 241; Koçhisarlıoğlu, s. 187; Reisoğlu, Borçlar, s. 117; Feyzioğlu I, s. 458 vd. Çalışmamızda, “başkasının fiilinden sorumluluk” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>118</sup> Eren, Genel, s. 643; Birsen, s. 241; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 79; Gönensay, s. 135; Arık, s. 118; Feyzioğlu I, s. 613 vd.; Kara Kılıçarslan, s. 68. Adam çalıştırmanın kendi fiilinden mi yoksa başkasının fiilinden mi sorumlu olduğu meselesinin TBK 66 hükmünde çözülmeyip askıda bırakıldığı görüşü için bkz. Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1261.

<sup>119</sup> Oftinger/Stark II/1, §17 N.4; Fellmann/Kottmann, N.730; Rey/Wildhaber, N.1058; Keller/Gabi/Gabi, s. 5; Müller-Chen, Art.55 OR N.1.

çalıştırmanın kusurlu (olduğu varsayılan) kendi fiilinden doğrudan mı, yoksa çalışanın fiilinden dolayı olarak mı sorumlu tutulduğuna ilişkindir.

Farklı gözüken bu iki mesele, esasında birbiriyle yakından ilgilidir. Zira bir kimsenin kendi fiilinden sorumluluğu genellikle kusur sorumluluğu, başkasının fiilinden sorumluluğu ise kusursuz sorumluluk olarak düzenlenir<sup>120</sup>. Ancak bu durum, adam çalıştırmanın kendi fiilinden kusura dayanmaksızın sorumlu tutulmasına engel teşkil etmez; bir kimsenin kendi fiilinden sorumluluğu mutlaka kusur sorumluluğu olarak düzenlenmek zorunda değildir. Nitekim, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hakkaniyet esasına dayanan sorumluluğu (TBK 65), bir kimsenin kendi fiilinden kusursuz sorumlu tutulabileceğinin<sup>121</sup> iyi bir örneğidir.

Türk hukukunda kabul edilen kusursuz sorumluluk sisteminde, olağan sebep sorumlulukları kusur sorumluluğuna, ağırlaştırılmış sebep sorumlulukları da tehlike sorumluluğuna oldukça yaklaşır; ancak yine de birbirleriyle tam olarak örtüşmezler. Kurtuluş kanıtı getirme imkânı adam çalıştırmanın sorumluluğunu kusur sorumluluğuna yaklaştırır da tam bir kusur sorumluluğuna dönüştürmez. Tüm diğer olağan sebep sorumlulukları gibi, adam çalıştırmanın sorumluluğunun da kusur ilkesini çağrıştırmamasının sebebi, sorumluluğun temelinde yer alan özen yükümlülüğüdür. Olağan sebep sorumlusundan kurtulabilmek için, gerekli özeni gösterdiğini objektif bir durum olarak ispatlamalıdır. Bu, çoğu zaman kusursuzluğun da ispatı anlamına gelmekle birlikte, aksi her zaman doğru değildir. Ayrıca, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından aranan özen ölçüsü, ortalama davranışın esas alındığı kusur sorumluluğuna nazaran yüksektir. Bu nedenle, (gerekli özenin gösterildiğine ilişkin) kurtuluş kanıtı getirmek, kusursuzluğun ispatından daha zordur<sup>122</sup>.

Kanaatimizce; adam çalıştırmanın, gerekli özeni göstermeme şeklinde ortaya çıkan kendi fiilinden kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır. Her ne kadar ilk bakışta çalışanın

<sup>120</sup> **Matusche-Beckmann**, s. 285; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 11; **Tiftik**, Tazminat, s. 38; **Antalya**, s. 551. *Koçhisarlıoğlu*'na göre, "müeyyide haksız fiili işleyen kişiye değil de onunla hukuk düzeninin belirlediği bir ilişki içerisinde bulunan bir başka kişiye karşı yöneltildiğinde, söz konusu sorumluluk daima bir sonuç sorumluluğu, bir başka deyişle bir objektif sorumluluktur" (**Koçhisarlıoğlu**, s. 176).

<sup>121</sup> **Koçhisarlıoğlu**, s. 249; **Feyzioğlu I**, s. 459-460; **Keller/Gabi/Gabi**, s. 5.

<sup>122</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s. 168; **Stark**, N.834; **Fellmann/Kottmann**, N.670, 783; **Schwenzer**, N.23.13; **Öztan**, İmalatçı, s. 206; **Petek**, s. 91; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.18. Aksi görüş için bkz. **Roberto**, Unterscheidung, s. 1324-1325.

fiilinden sorumlu tutulduğu izlenimi uyansa da sorumluluğun yapısı ve özellikleri yakından incelendiğinde, sorumluluğa yol açanın esasında adam çalıştırmanın kendi fiili olduğu görülmektedir. Şayet adam çalıştırın, çalışanın fiili *dolayısıyla* sorumlu tutuluyor olsaydı, ortaya çıkan zarardan -kendisine kanun tarafından yükletilen özen yükümlülüğünü ihlâl etmiş olsun olmasın- *her halükârda* sorumlu tutulurdu. Halbuki adam çalıştırın, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle, özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini, böylelikle hukuka uygun davrandığını, daha iyi bir ifadeyle, *kendi* sorumluluğuna yol açacak hukuka aykırı bir fiili bulunmadığını ispat etmektedir. Bu nedenle, kurtuluş kanıtı getirme imkânı, adam çalıştırının *kendi* fiilinden sorumlu tutulduğunun başlıca göstergesi olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan, sorumluluktan kurtulma imkânının, hukuki niteliği itibariyle kusursuzluğun ispatı mı (kusur sorumluluğu görüşü), yoksa kurtuluş kanıtı mı (olağan sebep sorumluluğu görüşü) olduğuna ilişkin tartışma büyük ölçüde<sup>123</sup> teorik düzeyde kalmaktadır. Tüm dünyada genel eğilim, adam çalıştırının özen yükümlülüğünün kapsamını genişletmek suretiyle sorumluluğunu ağırlaştırmak yönündedir. Bu nedenle adam çalıştırının kurtuluş kanıtı getirmesi, teoride mümkün fakat pratikte gerçekleşmesi neredeyse imkânsız derecede zor<sup>124</sup>, *Widmer*'in deyimiyle bir *serap (fata morgana)*<sup>125</sup> görmeye benzer. Adam çalıştırının sorumluluğunun pratikte mutlak bir kusursuz sorumluluğa dönüştüğünden bahsedilmesinin<sup>126</sup> sebebi budur.

Adam çalıştırının sorumluluğunu bu şekilde mutlaklaştırma yaklaşımını destekleyen bazı yazarlar, adam çalıştırının kurtuluş kanıtı getirmiş sayılmasında gösterilen büyük çekingenliğin kanunun amacına uygun düştüğünü<sup>127</sup>; hatta, adam çalıştırana gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmasının, 19. yüzyıl *laissez-faire (bırakınız yapınlar)* ekonomisinin bir yansıması olup, günümüzün

<sup>123</sup> Adam çalıştırının sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesi, özellikle şu durumlarda pratik öneme sahiptir: (1) Birtakım istisnai durumlarda adam çalıştırının sorumlu tutulabilmesine zemin oluşturur ; (2) adam çalıştırının ve adam çalıştırana izafe edilen çalışanın kusuru “ek kusur” olarak değerlendirilir; (3) İsviçre hukukunda varlığını sürdüren eksik teselsül ilişkisinde rücu sırası (Art.51/2 OR) bakımından pratik önem taşır (**Roberto**, Unterscheidung, s. 1323; **Furrer/Müller-Chen**, s. 368). Eksik-tam teselsül ayrımı ve eksik teselsülde rücu sırasına ilişkin düzenleme TBK’da kaldırılmış olmakla birlikte, rücu sırasının, kusur ilkesine dayanan sorumluluk hukuku sisteminde varlığını korumaya devam ettiği ileri sürülmektedir (bkz. Üçüncü Bölüm, §7, III, A).

<sup>124</sup> **von Tuhr**, s. 351; **von Bar**, PEL, s. 632; **Erişgin**, Tehlike, s. 75 dn. 66.

<sup>125</sup> **Widmer**, Urteilsanmerkung, s. 56.

<sup>126</sup> Art.55 OR bakımından bkz. **Widmer**, Swiss Law, s. 263-264; §831 BGB bakımından bkz. **van Dam**, s. 1606.

<sup>127</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 508.

ekonomik gerçekleri ile bağdaşmadığını ve “Avrupalı olmadığını”<sup>128</sup>; *de lege feranda* özen yükümlülüğüne ilişkin kurtuluş kanıtı imkânının kaldırılarak mutlak bir sorumluluk modeli benimsenmesi gerektiğini<sup>129</sup>; sosyal adalete daha uygun düşecek olan bu modelde, sorumlulukla karşı karşıya kalabilme fikrinin adam çalıştırıcı azami ölçüde dikkat ve özen göstermeye teşvik edeceğini<sup>130</sup> ileri sürmektedir.

Bir sorumluluk olgusu bakımından benimsenecek olan sorumluluk rejiminin tespiti, elbette bir hukuk politikası tercihidir. Ancak kanaatimizce, kanunda (açıkça kurtuluş kanıtı imkânı tanınması suretiyle) düzenlenen âdi sorumluluk karinesini fiilen kesin karineye dönüştürerek, sorumlu kişiye tanınan bu imkânı bertaraf etmek; hem sorumluluğun hukuki niteliğini *contra legem* değiştirmek hem de her halükârda sorumlu tutulacağını düşünen adam çalıştırıcı gerekli tedbirleri alma konusunda duyarsızlaştırmak tehlikesini taşımaktadır. Günümüzün ileri tekniği ve modern imkânları karşısında, özellikle işletme sahiplerinden beklenen özenin ölçüsü yüksek olmakla birlikte bu beklenti, işletme sahiplerini, “nasıl olsa her halükârda sorumlu tutulacakları” fikrine kapılıp, gerekli tedbirleri alma konusunda umursamazlığa sürüklememelidir. Bir Yargıtay kararında da vurgulandığı üzere, “*esasen mesuliyetten kurtulma sebeplerinin kanuna konuluşu ile güdülen tek hedef, iş sahiplerini mesuliyetten kurtulacakları düşüncesiyle zararları önleyici tedbirlere teşvik ederek içtimai tehlikeyi azaltma düşüncesidir; yoksa metne kusur unsurunu sokma düşüncesi değil[dir]*”<sup>131</sup>. Bu noktada özellikle işletmelerin faaliyet özgürlükleri ile bu işletme faaliyetinden zarar görme ihtimali bulunan kişilerin güvenlik menfaatleri dengelenmelidir.

<sup>128</sup> **Werro**, Reform, s. 86. Adam çalıştırıcının sorumluluğu konusunda Avrupa ülkelerinde hâkim olan, başkasının fiilinden sorumluluk modelidir. Bu modelde, adam çalıştırıcının gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. Bkz. Birinci Bölüm, §3, VIII.

<sup>129</sup> **Petrin**, s. 55-56.

<sup>130</sup> **Tunc**, s. 91; **Gönensay**, s. 141-142.

<sup>131</sup> YİBGK T.27.03.1957, E.1957/1, K.1957/3, Kazancı, E.T.18.03.2016.

### 1.1.3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Esası ve İşlevleri

#### 1.1.3.1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Esası

##### 1.1.3.1.1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğuna Dayanak Olarak Gösterilen Esaslar

###### 1.1.3.1.1.1. Hakkaniyet Esası

Hakkaniyet hem hukuk felsefesinde hem de sorumluluk hukukunda kullanılan bir kavramdır<sup>132</sup>. Hakkaniyet, sorumluluk hukukunda tazminatın belirlenmesinde, fail ile zarar görenin ekonomik durumları başta olmak üzere somut olayın tüm koşullarının dikkate alınmasını ifade eder<sup>133</sup>. Hakkaniyet esası, aynı zamanda tüm kusursuz sorumluluk hâllerinin temelinde dolaylı<sup>134</sup> da olsa yer alır<sup>135</sup>. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun temeli de hakkaniyet esasına dayanır<sup>136</sup>.

###### 1.1.3.1.1.2. Hâkimiyet Esası

Egemenlik alanı ya da sorumluluk alanı kavramlarıyla da ifade edilen hâkimiyet esası, kişinin hâkimiyet alanında bulunan kişi ve/veya şeylerin verdiği zarardan sorumlu tutulması gerektiği düşüncesine dayanır<sup>137</sup>. Bu esas, kusursuz sorumluluğun dayanağını en mükemmel şekilde açıklayan kıstas olarak görülür<sup>138</sup>. Adam çalıştırın da çalıştırdığı kişiler aracılığıyla egemenlik alanını iradi olarak genişlettiğinden, çalışanlarının başkalarına verdiği zarardan sorumlu tutulmalıdır<sup>139</sup>.

<sup>132</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **İmre**, s. 79 vd.

<sup>133</sup> **İmre**, s. 85; **Tiftik**, Tazminat, s. 40.

<sup>134</sup> Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hakkaniyet sorumluluğu (TBK 65) ise doğrudan hakkaniyet esasına dayanır; burada hakkaniyet, sorumluluğun kurucu unsurudur (**İmre**, s. 86; **Tiftik**, Tazminat, s. 40).

<sup>135</sup> **Hatemi/Gökyayla**, §19 N.1.

<sup>136</sup> **Deschenaux/Tercier**, §9 N.8; **Eren**, Genel, s. 644; **Oğuzman/Öz II**, s. 140.

<sup>137</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 5; **Oğuzman/Öz II**, s. 4.

<sup>138</sup> **Koçhisarlıoğlu**, s. 270-273.

<sup>139</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.11; **Oğuzman/Öz II**, s. 4, dn.10; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 55; **Türkmen**, s. 260.



#### 1.1.3.1.1.3. Risk-Menfaat Esası

Bu esas, “nimet, külfete göredir” ya da “yarar ile zarar arasındaki bağıllık” olarak da ifade edilir<sup>140</sup>. Bir işten menfaat elde eden kimse, bu işin neden olduğu zararlara da katlanmalıdır (*ubi emolumentum ibi onus*). Çalışanlar, adam çalıştıranın uzatılmış kolları (*verlängerten Arms*)<sup>141</sup> niteliğindedir. Adam çalıştıran, kendi menfaatine olan bir işte çalıştırdığı kimselerden faydalanırken, üçüncü kişilerin zarara uğrama rizikosunu da arttırmaktadır. Görülen işten menfaat elde eden kişi olarak, zarar rizikosunu taşıması gereken de adam çalıştırandır<sup>142</sup>.

#### 1.1.3.1.1.4. Tehlike Esası

Adam çalıştıranın sorumluluğunu, tehlike esasına dayandırarak, “*içtimai tehlike dolayısıyla kabul edilmiş [bir] hüküm*”<sup>143</sup>, “*işverenin mal varlığına risk yükleyen tehlike esasına dayanan sorumluluk*”<sup>144</sup> olarak nitelendiren Yargıtay kararları doktrinde eleştirilmektedir. Bu çerçevede, adam çalıştırmak suretiyle çalışanın iş görmesinden faydalanmanın başlı başına tehlike arz eden bir durum olmadığı<sup>145</sup>; araya teknik ve tehlikeli araçlar girmedikçe bir başkasının iş görmesinin, adam çalıştıranın işi bizzat görmesine nazaran tehlikeli bir durum yaratmadığı<sup>146</sup> belirtilmektedir. Adam çalıştıranın özel bir tehlike yaratmadığına vurgu yapan *Kaneti* ise, “seçiminde, talimat vermede ya da denetlenmesinde bozukluk ve eksiklik olan adamın çevre için özel bir tehlike yarattığı[nı]” savunmaktadır<sup>147</sup>.

<sup>140</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 5; **Oğuzman/Öz II**, s. 4; **Ünal**, s. 141.

<sup>141</sup> **Widmer/Wessner**, s. 125.

<sup>142</sup> **von Büren**, s. 253; **Honsell/Isenring/Kessler**, §13 N.1; **Roberto**, Haftpflichtrecht, N.08.01; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.3; **Brehm**, Art.55 OR N.4; **Eren**, Genel, s. 644; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 56; **İmre**, s. 144; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 335; **Birsen**, s. 244.

<sup>143</sup> YİBGK T.27.03.1957, E.1957/1, K.1957/3, Kazancı, E.T.18.03.2016. Söz konusu kararında Yargıtay, “[...] bunlara kusursuz mesuliyet hükümleri yabut tehlike esasına dayanan mesuliyet hükümleri denilmektedir” ifadesi ile, aslında tüm kusursuz sorumluluk hâllerini tehlike esasına dayandırmış gözükmektedir (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 24-25; **Tandoğan**, Tehlike, s. 10-11).

<sup>144</sup> YHGK, T.12.11.2003, E.2003/21-673, K.2003/641, Kazancı, E.T.12.03.2017.

<sup>145</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 56; **Eren**, Genel, s. 643.

<sup>146</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 140

<sup>147</sup> **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s.7 dn. 29.

### 1.1.3.1.2. Değerlendirme ve Görüşümüz

Her kusursuz sorumluluk hâli, bünyesinde birden çok sorumluluk esasını barındırır. Bu nedenle tüm kusursuz sorumluluk hâllerinin tek bir esasa dayandırılması mümkün değildir<sup>148</sup>. Belli bir sorumluluk hâli bakımından hangi esasın öne çıktığı, diğer bir ifadeyle, sorumluluğa niteliğini veren esasın hangisi olduğu<sup>149</sup> belirlenmelidir.

Hakkaniyet esası, kusursuz sorumluluk hâllerinin tümünde olduğu gibi adam çalıştırmanın sorumluluğunun da temelinde yer alır. Hatta ekonomik bakımdan güçlü konumdaki işletmelerde adam çalıştıranların sorumluluğunu ağırlaştırarak TBK 66/3 hükmünde hakkaniyet esası daha da belirginleşmiştir. Ancak kusursuz sorumlulukların, hakkaniyet dışında başkaca esaslarla da desteklenmesi gerekir<sup>150</sup>.

Benzer şekilde, tehlike arz eden durumlar da kusursuz sorumluluk hâllerinin tümünde değişen ölçülerde bulunur. Ancak sorumluluk hukukunda dar ve teknik anlamda tehlike esası, özel ağırlıkta tehlike taşıyan tipik olgular için öngörülmüş sorumlulukların isnat temelini oluşturur<sup>151</sup>. Tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilen bu tür sorumluluklar, sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli bir tehlikeli faaliyet yürüten kişilerin, bu faaliyetin sebep olduğu zararlı sonuçlara katlanması gerektiği düşüncesine dayanır<sup>152</sup>. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun tehlike esasına dayandırılması ise çeşitli nedenlerle mümkün gözükmemektedir. Her şeyden önce, sorumluluğun yapısı, buna elverişli değildir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, özen yükümlülüğünün ihlâl edildiği karinesi üzerine kuruludur; adam çalıştırın, gerekli özeni gösterdiğini ya da gerekli özeni gösterseydi bile zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispatlayarak bu karineyi çürütme ve böylelikle sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir. Oysa tehlike sorumluluğu, özen yükümlülüğünün ihlâlüne değil; aksine, gerekli tüm özenin gösterilmesine *rağmen* sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli bir nesne ya da faaliyete dayanır. Ayrıca, ileri sürüldüğü üzere, bir çalışanın gerekli özen gösterilmeksizin

<sup>148</sup> **İmre**, s. 101.

<sup>149</sup> **Başoğlu**, s. 34.

<sup>150</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 4.

<sup>151</sup> **Tiftik**, Tehlike, s. 32.

<sup>152</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 5; **Tiftik**, Tehlike, s. 30 vd.

çalıştırılması üçüncü kişiler bakımından tehlikeli bir durum teşkil etse de bu, tehlike sorumluluğuna vücut verebilecek nitelikte özel bir tehlike kaynağı değildir.

Kanaatimizce; adam çalıştırmanın sorumluluğuna karakterini veren, hâkimiyet ve risk-menfaat esaslarıdır. Adam çalıştırmanın hâkimiyet alanında ve kendisi ile bağımlılık ilişkisi içerisinde iş gören kişilerin hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumlu tutulmasının temelinde hâkimiyet esası bulunur. Adam çalıştırana yükletilen objektif özen yükümlülüğünü meşrulaştıran da bu hâkimiyettir. Bu doğrultuda adam çalıştırın, kendisinin gerekli özeni göstermek suretiyle engelleyebileceği zararlardan sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca, çalışanın gördüğü işin adam çalıştırmanın menfaatine bir iş olması gereği de risk-menfaat esasına işaret eder.

### 1.1.3.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun İşlevleri

#### 1.1.3.2.1. Maddi Hukuk İşlevi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, zarar görene, tazminat talebini yöneltebileceği ve ekonomik bakımdan çalışana nazaran güçlü (olduğu varsayılan) bir muhatap sağlar. Ayrıca Türk hukukunda kabul edilen sorumluluk modelinde adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışanın şahsi sorumluluğuna bağlı değildir. Böylelikle, çalışanın kusurunun (ya da çalışan bakımından bir kusursuz sorumluluk hâlinin) bulunmadığı durumlarda bile zarar gören adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurabilir.

Öte yandan, adam çalıştırmanın sorumlu tutulması, zarar görenin, (çalışanın da zarardan şahsen sorumlu olduğu durumlarda) doğrudan çalışanın sorumluluğuna başvurmasına engel değildir. Böyle bir durumda adam çalıştırın ile çalışan aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle müteselsilen sorumlu olur<sup>153</sup>. Müteselsil sorumluluk, zarar gören açısından oldukça elverişli bir rejimdir<sup>154</sup>. Zarar gören böylelikle tazminat talebini hem birden fazla

<sup>153</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, §7, II, B, 1.

<sup>154</sup> **Nomer**, Tazminat, s. 173; **Cane**, s. 230.

kişiyeye yöneltebilir<sup>155</sup> hem de çalışanın ödeme güçsüzlüğü riskini taşımak zorunda kalmaksızın zararın tamamını adam çalıştırandan tazmin etme imkânına sahip olur.

#### 1.1.3.2.2. İspat Hukuku İşlevi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından zarar gören; zarar verenin adam çalıştırmanın bir çalışana olduğunu (çalıştırma ilişkisinin varlığını), çalışanın hukuka aykırı fiili neticesinde zarara uğradığını, çalışanın bu fiili ile uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ve çalışanın bu zararı bir işletme faaliyeti çerçevesinde verdiği durumlarda TBK 66/3 anlamında bir işletmenin varlığını ispatlaması gerekir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, zarar görene çeşitli açılardan ispat kolaylığı sağlar. Bunlardan ilki, zarara sebep olan çalışanın kim olduğunun ispatına ilişkindir. Zarar gören, özellikle büyük ölçekli işletmelerin karmaşık işletme yapısına çoğu zaman yabancıdır; kendisine hangi çalışanın zarar verdiğini tespit etmesi oldukça zordur<sup>156</sup>. Zarar gören sadece, zararın hangi işletmeden kaynaklandığını bilir<sup>157</sup>. Bu nedenle, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından zarar gören, çalışanın kim olduğunu kesinlik derecesinde ortaya koymak zorunda değildir; zarara neden olan kişinin, adam çalıştırmanın *herhangi* bir çalışana olduğunu ispatlaması<sup>158</sup>, hatta bir diğer görüşe göre<sup>159</sup>, zarara kaynaklık eden sebebin adam çalıştırmanın iş alanına dâhil olduğunu ortaya koyması yeterli kabul edilmektedir.

İkinci olarak, Türk hukukunda kabul edilen sorumluluk modelinde çalışanın kusuru sorumluluğun bir şartı olmadığından, zarar gören, bu hususu da ispatlamak zorunda değildir. Bu durum, hayatın gerçeklerine de uygun düşer. Zira meydana gelen zarar adam çalıştırmanın hâkimiyet alanında gerçekleştiğinden, zarar gören, çalışanın kusurunu ortaya koyabilmek için gerekli ispat vasıtalarından çoğunlukla yoksundur. Adam çalıştırmanın,

<sup>155</sup> Zarar gören, adam çalıştırın ile çalışana karşı birlikte dava açmak zorunda değildir (Y4HD, T.05.05.1958, E.1958/5044, K.1958/2986, **Olgaç**, s. 460).

<sup>156</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.11; **Honsell/Isenring/Kessler**, §13 N.2; **Fellmann/Kottmann**, N.732; **Williams**, s. 438; **Harpwood**, s. 353; **Wagner**, s. 909.

<sup>157</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.11.

<sup>158</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.83; **Widmer**, Swiss Law, s. 271; **Schönenberger**, Art.55 OR N.7; **Nater**, s. 34; **Brehm**, Art.55 OR N.20; **Kessler**, Art.55 OR N.10; **Cane**, s. 231-232.

<sup>159</sup> **Honsell/Isenring/Kessler**, §13 N.21; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.15.

ispat vasıtalarını sağlamak konusunda zarar gören ile iş birliği yapma ihtimali de oldukça düşüktür<sup>160</sup>.

Son olarak, zarar gören, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğini de ispat etmek zorunda değildir. Sorumluluğun olumlu şartlarının (çalışanın hukuka aykırı fiili, zarar, çalışanın fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı) zarara gören tarafından ispatlanması ile adam çalıştırana aleyhine bir sorumluluk karinesi meydana gelir. Buna göre, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği ve zararın bu ihlâlden kaynaklandığı kanun tarafından karineten kabul edilir. Bu âdi karinenin aksini ispat ise kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle adam çalıştırana düşer. Böylelikle, ispat imkansızlıklarına ya da güçlüklerine adam çalıştırana katlanır<sup>161</sup>.

#### 1.1.3.2.3. Ekonomik İşlevi

##### 1.1.3.2.3.1. Genel Olarak Haksız Fiil Hukukunun Amacı

Sorumluluk hukuku, toplum hâlinde yaşayan kişilerin özgürlükleri ile yükümlülükleri arasında bir denge kurulması fikrine dayanır<sup>162</sup>. Bu denge kurulurken, birbirini tamamlayan iki temel amacın gerçekleştirilmesine hizmet edilmiştir<sup>163</sup>. Bunlardan ilki, zararın tazmin edilmesi suretiyle telâfîsidir (telâfî amacı)<sup>164</sup>. Böylelikle bir kimsenin hukuka aykırı olarak bir başkasına verdiği zararın tamamı ya da bir kısmı, zarar görenin omuzlarından alınarak zarar verene aktarılır. Sorumluluk hukukunun ikinci temel amacı ise zararın önlenmesidir (önleme amacı)<sup>165</sup>. Bu amaç, kusursuz sorumluluk hâllerinden sadece objektif özen yükümlülüğü öngören sorumluluklarda kendisini gösterir<sup>166</sup>. Telâfî amacının odak noktasında, zarar gören; önleme amacının odak noktasında ise, zarar veren yer alır<sup>167</sup>. Bu iki amaç, gerçekleşme zamanları bakımından farklılık arz eder. Telâfî amacı, zararlı sonucun gerçekleşmesinden sonraki (*ex post*) bir aşama olan tazminatın

<sup>160</sup> Williams, s. 438.

<sup>161</sup> Koçhisarlıoğlu, s. 185.

<sup>162</sup> Tunc, s. 14.

<sup>163</sup> Sorumluluk hukukunun diğer işlevleri hakkında bilgi için bkz. Tunc, s. 87 vd.; Nomer, Tazminat, s. 33 vd.

<sup>164</sup> Tunc, s. 93 vd.; Eren, Genel, s. 537; Tandoğan, Mesuliyet, s. 315; Nomer, Tazminat, s. 33; Oğuzman/Öz II, s. 111.

<sup>165</sup> Tunc, s. 88 vd.; Eren, Genel, s. 538; Nomer, Tazminat, s. 35.

<sup>166</sup> Eren, Genel, s. 538; Tiftik, Tazminat, s. 62.

<sup>167</sup> Sanlı, Ekonomik Analiz, s. 154.

belirlenmesinde, önleme amacı ise zararın gerçekleşmesinden önceki (*ex ante*) bir aşamada, sorumlu kişinin davranışları üzerinde etki gösterir<sup>168</sup>.

Modern hukuk ve ekonomi doktrininin temel eleştiri noktalarından biri; hukuki sorumluluğun, başlı başına sosyal refah yaratan bir olgu değil, sadece taraflar arasındaki geliri yeniden dağıtan, hatta yargılama vb. masraflar nedeniyle sosyal açıdan oldukça maliyetli bir mekanizma olmasıdır<sup>169</sup>. Halbuki hukuk kurallarına ekonomik bir amaç atfedilmesini savunan “hukukun ekonomik analizi yöntemi” benimsenerek, haksız fiil hukukunun aslî amacı zararın telafisi değil, haksız fiillerin neden olduğu sosyal maliyetleri asgariye indirmek suretiyle sosyal refahın artırılması olmalıdır<sup>170</sup>. Zararın önlenmesi odaklı bu *ex ante* yaklaşım, haksız fiil hukukunun önleyicilik işlevini ön plana çıkarmaktadır<sup>171</sup>.

#### 1.1.3.2.3.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Zararı Telâfi İşlevi

Adam çalıştıranın sorumluluğu, haksız fiil hukukunun bu iki temel amacının da yerine getirilmesine hizmet eder. Bir hukuk kuralının insan davranışlarını belli bir yönde değiştirebilmesi için zarar verenin, söz konusu kuralın öngördüğü mâli yaptırımını karşılayabilecek malvarlığına sahip olması gerekir<sup>172</sup>. Adam çalıştıranın sorumluluğu, zarar görene, maddi gücü çalışana nazaran fazla olduğu varsayılan, ekonomik olarak güçlü bir muhatap sağlamak suretiyle<sup>173</sup> zararı tazmin işlevini büyük ölçüde yerine getirir. Çalışanını gerek seçmek, denetlemek ve ona talimat vermek gerekse çalışma düzenini sağlamak suretiyle onun davranış şeklini belirleyen, aslında onu çalıştıran kişidir<sup>174</sup>. Bu nedenle, bir işin görülmesi esnasında üçüncü kişilerin zarara uğrama rizikosunu, görülen işten yarar ve çoğunlukla kâr elde eden kişi olarak adam çalıştıranın üstlenmesi makûldür.

Adam çalıştıranın sorumluluğu, hukuk ve ekonomi doktrini bakımından, riskin etkin bir şekilde tahsisine de hizmet eder. Özellikle büyük ölçekli işletmeler, zarar riskini,

<sup>168</sup> Eren, Genel, s. 538; Sanlı, Ekonomik Analiz, s. 154.

<sup>169</sup> Schäfer/Ott, s. 111; Sanlı, Ekonomik Analiz, s. 159-160.

<sup>170</sup> Schäfer/Ott, s. 113; Sanlı, Ekonomik Analiz, s. 161 vd.

<sup>171</sup> Sanlı, Ekonomik Analiz, s. 170.

<sup>172</sup> Sanlı, Ekonomik Analiz, s. 462.

<sup>173</sup> Deschenaux/Tercier, §9 N.8; Fellmann/Kottmann, N.731; Welser/Zöchling-Jud, N.1523; Posner, s. 188; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 56; Eren, Genel, s. 644.

<sup>174</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.11; Fellmann/Kottmann, N.732.

doğrudan ya da dolaylı olarak sorumluluk sigortası<sup>175</sup> aracılığıyla, zarar görene nazaran daha kolay üstlenebilecek konumdadır<sup>176</sup>. Sorumluluk sigortaları, tazminatı karşılamak bakımından adam çalıştırmanın sahip olduğu ekonomik gücü perçinlemektedir<sup>177</sup>. Ayrıca, bir işletmede çalışanlardan her birinin ayrı ayrı sorumluluk sigortası yaptırmasından ziyade, işletmenin sorumluluk sigortası yaptırıp, sigorta primini çalışanların ücretlerine yansıtması, ekonomik açıdan daha etkin bir yöntemdir<sup>178</sup>. Sigorta primleri, ek bir üretim mâliyeti olarak, mal/hizmet fiyatına yansıtıldığından, riziko, aslında adam çalıştırın yerine, nihai olarak müşteriler/tüketiciler tarafından üstlenilmektedir<sup>179</sup>. Böylelikle, riskin topluma yayılması suretiyle ekonomik etkinliğin gerçekleşmesine katkı sağlanmaktadır.

Öte yandan çalışan tarafından verilen zararın işletmenin sorumluluk sigortası tarafından karşılanması durumunda, zarar görenin adam çalıştırının sorumluluğuna başvurmasına gerek kalmadığı, bu nedenle, adam çalıştırının ilgili kanun hükmüne göre sorumlu olup olmadığının tespitinin de önemini kaybettiği belirtilmektedir<sup>180</sup>.

#### 1.1.3.2.3.3. Adam Çalıştırının Sorumluluğunun Zararı Önleme İşlevi

Adam çalıştırının sorumluluğu bakımından olağan sebep sorumluluğu modelinin benimsenmiş olması özellikle *zararı önleme işlevinin* gerçekleşmesine hizmet eder. Ekonomik açıdan bakıldığında adam çalıştırın, yürüttüğü işletme faaliyetinin zarar riskini önleme ve/veya azaltma bakımından, çalışanlara ve üçüncü kişilere nazaran, çoğunlukla en elverişli konumda olan kişidir<sup>181</sup>. Öte yandan, verdiği zarardan bir başkasının sorumlu tutulacağı fikri, çalışanın, işini görürken özen gösterme saikini zayıflatarak zararın ortaya çıkma olasılığını arttırabilir. Adam çalıştırın, böyle bir olumsuz etkiyi (*moral hazard*)

<sup>175</sup> *Sanlı*ya göre, sigorta sistemi, haksız fiil hukukuna nazaran riski daha etkin bir şekilde dağıtmakta olup, riskin sigorta himayesinde olduğu durumlarda, zarar görenin uğradığı zarar, uzun, masraflı ve belirsiz yargılama süreci yerine sigorta şirketi tarafından süratli bir şekilde tazmin edilir ve mâli fondan karşılandığı için zarar verenin mâli yetersizlik riskiyle karşılaşmaz (*Sanlı*, Ekonomik Analiz, s. 187).

<sup>176</sup> *Tunc*, s. 91; *Elliott/Quinn*, s. 319.

<sup>177</sup> Sorumluluk sigortası, özellikle sorumlu kişinin malvarlığını aşan zararlar bakımından zarar gören açısından bir güvence teşkil eder (*Oğuzman/Öz II*, s. 6; *Faure*, s. 389).

<sup>178</sup> *Schäfer/Ott*, s. 251.

<sup>179</sup> *Williams*, s. 440.

<sup>180</sup> *Müller-Chen*, Art.55 OR N.4; *Stark*, N.577; *Widmer/Wessner*, s. 125. Bu durumda, zararı karşılayan sigorta şirketinin çalışana rücu meselesi önem kazanır.

<sup>181</sup> *Sanlı*, Ekonomik Analiz, s. 479 dn.2078.

asgari düzeye indirmek için, çalışanlarını özenli davranmaya yöneltecek, teşvik edici çeşitli yöntemlere başvurmalıdır<sup>182</sup>.

## 1.2. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL KÖKENİ

### 1.2.1. Roma Hukuku Sistemi

#### 1.2.1.1. Başkasının Fiilinden Sorumluluk Hâllerinin Ortaya Çıkışı

Roma hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel bir norm bulunmamaktadır. *Ius civile*'nin sözleşme hukuku alanındaki yaklaşımına paralel olarak, haksız fiil hukukunda da genel bir sorumluluk normu yerine, “münferit haksız fiiller hukuku” sistemi benimsenmiştir<sup>183</sup>. Bazı fiiller *ius civile*'de haksız fiil olarak düzenlenmiş, bazıları ise zaman içerisinde *Praetorlar* tarafından dava hakkı tanınmak suretiyle haksız fiil olarak kabul edilmiştir<sup>184</sup>. Modern hukuk sistemlerinin aksine, Roma hukukunda suç ve haksız fiil kavramları arasında keskin bir ayrım yoktur. Hususi şahısların menfaatlerini ihlal eden özel hukuk alanındaki haksız fiiller, cezai müeyyidelere bağlanmış olup suç teşkil eder. *Delicta privata* olarak adlandırılan bu fiillerin “hususî suç” olarak ifade edilmesinin sebebi budur. Hususî suçların müeyyidesi ise, zararın belli katları olarak belirlenmiş cezai tazminat niteliğindeki para cezalarıdır. Bu para cezalarının Devlet hazinesi yerine doğrudan zarar görene ödenmesi öngörülmüş, ödenmemesi durumunda ise faile karşı ceza davası (*actio poenalis*) açma hakkı tanınmıştır. Suç ve cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle, ceza davalarının failin mirasçılara ya da bir başkasına karşı açılması mümkün değildir.

Özel hukuk alanındaki haksız fiiller için başlangıçta sadece cezai nitelikte müeyyideler öngörülmüşken, zaman içerisinde açılacak davaların niteliği değişmiş ve bazı haksız fiiller bakımından tazminat davası açma hakkı da tanınmıştır<sup>185</sup>. Bu değişim, Roma

<sup>182</sup> Posner, s. 188. Ücretlerin, gösterilen özen seviyesine göre derecelendirilmesi (örneğin, dikkatli çalışanlara daha yüksek ücret ödenmesi) bir örnek olarak düşünülebilir (Schäfer/Ott, s. 251).

<sup>183</sup> Rado, s. 188.

<sup>184</sup> Honig, s. 283; Kaser/Knütel, §50 N.5; Akıncı, s. 195.

<sup>185</sup> Di Marzo, s. 468-470; Mousourakis, Origins, s. 143; Kaser/Knütel, §50 N.5-6; Karadeniz Çelebican, s. 247-251.



borçlar hukukunda kabul edilen şahsi sorumluluk prensibine istisna teşkil eden başkasının haksız fiilinden sorumluluk fikrinin ortaya çıkmasında da etkili olmuştur<sup>186</sup>. Bu tür sorumlulukların başlıca<sup>187</sup> örnekleri; aile evladı ve kölenin haksız fiilinden aile babasının sorumluluğu<sup>188</sup> ile gemi, han ve ahır işletenlerin çalıştırdıkları kişilerin fiillerinden sorumluluğudur.

#### 1.2.1.2. Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Çalıştırdıkları Kişilerin Fiillerinden Sorumluluğu

Roma hukukunda, adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen genel bir norm bulunmamaktadır. Modern anlamda adam çalıştırmanın sorumluluğuna temel teşkil edebilecek nitelikte bir düzenleme ise; gemi, han ve ahır işletenlerin (*nautas, caupones, stabularios*) çalıştırdıkları kişilerin fiillerinden sorumluluğudur. Bu sorumluluk, Praetor hukuku ve Iustinianus dönemi olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

##### 1.2.1.2.1. Praetor Hukuku

Gemi, han ve ahır işletenler, yanlarında çalıştırdıkları<sup>189</sup> kişiler tarafından müşterilerin/yolcuların kişisel eşyalarına verilen zarardan kusursuz<sup>190</sup> olarak sorumlu tutulmuştur<sup>191</sup>. Bu sorumluluk, çalışanların sadece hırsızlık (*furtum*) ve mala zarar verme (*damnum iniuria datum*) fiilleri ile sınırlıdır. Praetorlar, bu tür fiiller neticesinde eşyası

<sup>186</sup> Akıncı, s. 213.

<sup>187</sup> Diğer örnekler için bkz. Mousourakis, Fundamentals, s. 266 vd.; Buckland, s. 331 vd.; Van Zyl, s. 346 vd.

<sup>188</sup> Bir aile evladı (*filius familias*) ya da kölenin (*servus*) haksız fiili ile bir başkasına vermiş olduğu zarardan, aile babası (*pater familias*) ya da efendinin (*dominus*), bir kusursuz sorumluluk niteliğindeki *noxal* sorumluluğu kabul edilmiştir (Kaser/Knütel, §50 N.12; Buckland, s. 332; Zimmermann, Roman, s. 1126; Mousourakis, Origins, s. 149). Bu dava, adeta eşyaya bağlı borç düşüncesi ile suçlunun şahsını takip etmesi prensibine (*noxæ caput sequitur*) dayanır ve buna göre, davanın açılması sırasında suçluyu hakimiyeti altında bulunduran kişiye karşı açılır (Buckland, s. 333; Nicholas, s. 223; Akıncı, s. 215; Rado, s. 213). *Noxal* sorumluluğun ihdas edilmesinin sebebi; azat edilmedikçe köleye karşı haksız fiil nedeniyle dava açılmaması, aile evladına karşı dava açmanın ise, para cezasını ödeyebileceği şahsi malı bulunmadığından, pratik açıdan faydasız olmasıdır, Iustinianus döneminde aile evlatlarının şahsi malvarlığına sahip olabileceği kabul edildiğinden, haksız fiilleri nedeniyle kendilerine karşı doğrudan dava açılabilirdi. Böylelikle *noxal* sorumluluk sadece köleler bakımından uygulanan bir prensibe dönüşmüştür (Koschaker/Ayiter, s. 262; Di Marzo, s. 471; Zimmermann, Roman, s. 1119). Efendi ya da aile babası, kendisine karşı açılan davada (*actio noxalis*) para cezasını ödemek ya da suçluyu zarar görene teslim etmek (*noxæ deditio*) hususunda seçimsel bir yetkiye sahiptir. On İki Levha Kanunlarında sadece hırsızlık ve mala zarar verme fiilleri bakımından kabul edilen *noxal* sorumluluk, praetorlar tarafından tüm ceza davalarında uygulanacak şekilde genişletilmiştir (Rado, s. 212).

<sup>189</sup> Han işletenlerin sorumluluğu, sadece çalıştırdıkları kişilerin değil, aynı zamanda handa daimî olarak konaklayanların fiillerini de kapsar (Mousourakis, Origins, s. 149).

<sup>190</sup> Descheemaeker, s. 9; Zimmermann, s. 17; Söğütü-Erişgin, s. 144.

<sup>191</sup> Mousourakis, Fundamentals, s. 267; Buckland, s. 332; Erdoğan, s. 148.

zarara uğrayan müşterilere/yolculara, doğrudan gemi, han ve ahır işleten aleyhine dava (*actio in factum*) açma hakkı tanımış ve zararın iki misline (*in duplum*) mahkûmiyet öngörmüştür. Böyle bir sorumluluğun ihdas edilmesinin toplumsal gerekçesi; eski dönemlerde gemi, han ve ahır gibi geniş kitlelere hizmet veren yerlerin güvenli olmaması, deniz taşımacılığının yaygınlaştığı dönemlerde özellikle uzun deniz yolculuklarında gemi adamlarının korsanlarla iş birliği yaparak yolcuların eşyalarını çalması ya da yağmalaması olaylarına sıklıkla rastlanmasıdır<sup>192</sup>.

Gemi, han ve ahır işletenler ile yolcular/müşteriler arasında bir istisna sözleşmesi varken, bu sorumluluğun neden haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmasına ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelebilir. Bunun nedeni; yolcuların/müşterilerin kişisel eşyalarının uğradığı zararın, bu tür yerleri işletenlerin istisna sözleşmesinden doğan *custodia* (gözetim) sorumluluğunun kapsamı dışında kalmasıdır. Handa konaklayan müşterilerin/gemideki yolcuların şahsının ve taşınmak üzere gemiye bırakılan eşyaların/ahıra bırakılan hayvanların uğradığı zarar *custodia* sorumluluğu kapsamındayken, müşterilerin beraberinde getirdikleri (gemi, han, ahırda bulunan ve fakat taraflar arasındaki istisna sözleşmesinin konusunu oluşturmayan) kişisel eşyaların uğradığı zarar, bu sorumluluğun kapsamında değildir<sup>193</sup>.

#### 1.2.1.2.2. Iustinianus Hukuku

Praetorlar tarafından dava hakkı tanınan gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğu, Iustinianus'un *Institutiones* adlı eserinde, "haksız fiil benzerlerinden doğan borçlar"dan (*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*)<sup>194</sup> biri olarak düzenlenmiştir. Iustinianus tarafından bu sorumluluğun, çalışanların seçilmesinde kusur (*culpa in eligendo*) esasına dayandırılmış olması ise, kusur sorumluluğu niteliğinin mi atfedildiği sorusunu gündeme

<sup>192</sup> Söğütlü-Erişgin, s. 106-107.

<sup>193</sup> Kaser/Knütel, §46 N.7-8; Söğütlü-Erişgin, s. 100. Kişisel eşyalar bakımından daha geniş bir koruma sağlayan *receptum* sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaser/Knütel, §46 N.6; Yeşiller, s. 181 vd.

<sup>194</sup> Praetorlar tarafından dava hakkı tanınan dört sorumluluk olgusu, Iustinianus'un *Institutiones* adlı eserinde bu başlık altında toplanmıştır (bkz. Iustinianus *Institutiones* 4.5.3). Haksız fiil (*delictum*)-haksız fiil benzeri (*quasi-delictum*) ayrımının hangi temele dayandığı, haksız fiil benzerlerini ortak bir paydada buluşturabilecek hukuki nitelendirmenin ne olabileceği, doktrinde uzun zamandır yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zimmermann, Roman, s. 19-20, 1128-1130; Descheemaeker, s. 4 vd.; Söğütlü-Erişgin, s. 121 vd. Haksız fiil benzerlerini ortak paydada buluşturacak müşterek bir özellik bulunmadığı hakkında bkz. Di Marzo, s. 483; Van Zyl, s. 346.

getirmiştir. Sorumluluğun niteliğinde bir değişiklik olmadığını savunan *Descheemaeker*'e göre, kusur kıstasının bu şekilde gemi, han ve ahır işletenlerin sorumluluğuna tatbik edilmeye çalışılması sorumluluk hukukunda kusur esasını kabul eden Iustinianus'un "ex-post rasyonelleştirme" çabasından ibarettir<sup>195</sup>. Kaldı ki, gemi, han ve ahır işletenlere, çalışanlarını seçmede gerekli özeni gösterdiklerini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınıp tanınmadığı da bilinmemektedir<sup>196</sup>.

## 1.2.2. İslâm Hukuku Sistemi

### 1.2.2.1. Klasik İslâm Hukuku Doktrini

Roma borçlar hukukunda olduğu gibi, İslâm borçlar hukukunda da şahsi sorumluluk (*mas'ulliyah shakšiyah*) ilkesi geçerlidir. Buna göre kural, haksız fiil sonucu meydana gelen zararın zarar veren tarafından bizzat karşılanmasıdır<sup>197</sup>. Ancak bu kuralın katı bir şekilde uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açtığından, zaman içerisinde, başkasının fiilinden sorumluluk hâlleri de kabul edilmiştir<sup>198</sup>. Klasik İslâm hukuku doktrini tarafından kabul edilen bu istisnai sorumluluk hâllerinden biri de adam çalıştıranın sorumluluğudur<sup>199</sup>.

İşveren (*müstecir/sahibü'l-amel*), belli bir ücret mukabilinde çalışanın (*ecîr*<sup>200</sup>), kendisine tanınan yetki dahilinde kusuru olmaksızın işlediği haksız fiilden<sup>201</sup> kendi fiiliymiş gibi

<sup>195</sup> *Descheemaeker*, s. 9.

<sup>196</sup> *Descheemaeker*, s. 9.

<sup>197</sup> *Akgündüz*, s. 253; *Mohamad*, s. 197; *Karaman*, s. 514; *Aydın*, İtlaf, s. 133. Öte yandan, İslâm ceza hukukunda cinayetler bakımından kolektif mesuliyet kabul edilmiştir. Âmden (taammüden) katl dışında işlenen adam öldürme ve yaralama suçları bakımından ödenen para cezası olan diyet, *âkile* adı verilen akraba topluluğu tarafından ödenmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ekinci*, s. 362-363; *Mohamad*, s. 197, dn. 1.

<sup>198</sup> *Mohamad*, s. 197; *Aydın*, İtlaf, s. 134; *Karaman*, s. 514.

<sup>199</sup> *Akgündüz*, s. 255; *Mohamad*, s. 200 vd.; *Karaman*, s. 516-517.

<sup>200</sup> İslâm hukukunda *icare* sözleşmesi; iş, kira ve kısmen eser sözleşmesini karşılayan bir üst kavram olup, *ecîr* kavramı, ücret karşılığında iş gören, diğer bir ifadeyle kendini kiraya veren kimse olarak tanımlanır (*Bardakoğlu*, s. 384).

<sup>201</sup> Roma hukukunda olduğu gibi İslâm hukukunda da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel bir kural bulunmamakta olup, her bir haksız fiil tipi münferit olarak düzenlenmiştir. Klasik fıkıh kitaplarında, haksız fiillerin bir kısmı ceza hukukunda (*ukubât*), bir kısmı ise borçlar hukukunda (*muâmelât*) incelenmektedir. Şahsa yönelik haksız fiiller ile mala yönelik fiillerden hırsızlık ceza hukukunda yer almakta olup, bu tür fiiller bakımından cezai ve hukuki sorumluluk bir arada düzenlenmiştir. Örneğin, şahsa yönelik haksız fiiller bakımından söz konusu para cezası olan *diyet* hem ceza hem de tazminat işlevine sahiptir. Borçlar hukukunda ise sadece, mala yönelik haksız fiillerden gasp ve itlaf ele alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Akgündüz*, s. 247; *Aydın*, Haksız Fiil, s. 210.

sorumludur<sup>202</sup>. İslâm hukukunda çalışanlar, *ecîr-i hâs* ve *ecîr-i müşterek* olarak ikiye ayrılmakta olup, adam çalıştırmanın sorumluluğu emeğini sadece bir işverenin hizmetine tahsis eden ve işverenin emir ve talimatlarına tâbi olarak iş gören *ecîr-i hâs* niteliğindeki çalışanlar ile sınırlıdır<sup>203</sup>. Benzer şekilde, terzi, marangoz, demirci atölyelerinde çalışan çırakların da işlerini gördükleri sırada başkalarına verdikleri zarardan ustalarının (*ustadh*) sorumluluğu kabul edilmiştir<sup>204</sup>.

Sorumluluk bakımından önemli olan, meydana gelen zararın işverene fayda sağlayan bir işin görülmesi esnasında ortaya çıkmış olmasıdır. Örneğin, işverenin isteği üzerine işçinin umumi bir yola su dökmesi neticesinde bir başkasına ait malın telef olmasından işveren sorumludur; ancak aynı zararın, işçinin, şahsi ihtiyacını gidermek üzere ellerini yıkarken umumi yola haddinden fazla su dökmesinden kaynaklanması durumunda bizzat işçi sorumlu tutulur<sup>205</sup>.

İşverenin işçisine yanlış bilgi vermesi ya da işçisini yanıltması (*tağrir*) durumunda ise farklı bir değerlendirme yapılır. Örneğin; bir işçi, başkasına ait bir koyunu, işverenin yanıltması nedeniyle işverenine ait zannederek onun talimatıyla keserse, koyunun sahibine karşı sorumlu olan işçidir; zararı tazmin eden işçi, yanıltma esasına dayanarak işverene rücu edebilir<sup>206</sup>.

#### 1.2.2.2. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye

Adam çalıştırmanın sorumluluğu klasik İslâm hukuku doktrini tarafından kabul edilmiş olmasına rağmen, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de [Mecelle] düzenlenmemiştir. Mecelle’de yer alan sorumluluk kuralları incelendiğinde de çalışanın fiilinden adam çalıştırmanın sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı görülür. Mecelle’de yer alan sorumluluk hukuku sisteminin anlaşılabilmesi için, İslam hukukunda haksız fiiller bakımından yapılan bir ayırım önem arz eder. İslâm hukukunda haksız fiiller, doğrudan (*mübâşeret*) ve dolaylı

<sup>202</sup> Mohamad, s. 201-203; Karaman, s. 517.

<sup>203</sup> Mohamad, s. 201. Bu istihdam ilişkisi günümüzdeki iş sözleşmesindeki bağımlılık unsurunu karşılamaktadır (Bardakoğlu, s. 384). Adam çalıştırmanın sorumluluğunun çalıştırma ilişkisine yaklaşımı sınırlı olsa da modern anlayışa oldukça yakındır (Aydın, İtlaf, s. 137).

<sup>204</sup> Aydın, İtlaf, s. 138; Karaman, s. 517.

<sup>205</sup> Aydın, İtlaf, s. 138.

<sup>206</sup> Ekinci, s. 513; Aydın, İtlaf, s. 137; Mohamad, s. 204

(*tesebbüben*) olarak işlenmelerine göre iki çeşittir<sup>207</sup>. Haksız fiil işleyen kişi, ilk durumda *mübaşir*, ikinci durumda *mütesebbib* olarak adlandırılır. “*Mübaşir, müteammid*<sup>208</sup> *olmasa da zâmin olur*” (Mecelle 93) ve “*mütesebbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz*” (Mecelle 94). Görüldüğü üzere, doğrudan işlenen haksız fiiller bakımından kusursuz sorumluluk, dolaylı işlenen haksız fiiller bakımından ise kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir<sup>209</sup>. Ayrıca, “*mübâşir ya’ni bizzat fail ile mütesebbib müctemi oldukta hükm ol fâile muzaf kılınır*” (Mecelle 90).

Bu hükümler ışığında bir değerlendirme yapıldığında ortaya çıkan sonuç şöyledir: Bir gayrimümeyyiz çocuk ya da akıl hastası, doğrudan işlediği bir haksız fiil sonucu meydana gelen zarardan bizzat sorumludur; kural olarak<sup>210</sup>, veli ya da vasisinin sorumluluğuna başvurulamaz. Bu durumda zarar, zarar verenin malvarlığından karşılanır<sup>211</sup>. Bir çalışanın kendisine verilen işi gördüğü esnada başkasına verdiği zararlar bakımından ise fiili işleyen çalışan *mübaşir* konumunda olacağından, Mecelle m.90 gereği içtima olur ve zarardan, adam çalıştıran değil, çalışan sorumlu tutulur<sup>212</sup>.

### 1.2.3. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi

Temel ilkeleri İngiliz hukukunda geliştirilmiş olan Anglo-Sakson hukuk sisteminde (*common law*) adam çalıştıranın sorumluluğu, *respondeat superior (let the master answer)* ilkesine dayanır ve adam çalıştıran çalışanın fiilinden kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur. Bu sorumluluğun temeli, 17. yüzyıl sonlarında, *Boson v. Sandford (1691)* davasında atılmıştır<sup>213</sup>. Deniz yoluyla eşya taşımacılığında doğan bir uyuşmazlığa ilişkin

<sup>207</sup> Fiil ile zarar arasındaki ilişkinin kuvvetine göre yapılan bu ayırım, esasında illiyet bağı meselesine ilişkindir (**Karaman**, s. 490). Fiilin, araya başkaca bir sebep/fiil girmeksizin zararı doğrudan ortaya çıkarması durumunda *mübâşeret* halinden, dolaylı olarak zarara sebep olması durumunda ise *tesebbüb* halinden bahsedilir. Örneğin, hırsızın bir evi soyması durumunda *mübâşeret*, hırsıza soyacağı evi gösterilmesi durumunda ise *tesebbüb* söz konusu olur. Bu ayırım başlangıçta itlaf fiiline ilişkin olarak yapılmış olup, zaman içerisinde ise tüm haksız fiiller bakımından sorumluluk esasının belirlenmesinde kullanılmıştır (**Aydın**, Haksız Fiil, s. 211). İtlaf, bir başkasının malını kısmen ya da tamamen telef etmek, ortadan kaldırmak anlamına gelir (**Aydın**, İtlaf, s. 82).

<sup>208</sup> Mecellenin ilgili hükümlerinde geçen *teammüd* (kasıt), ihmali de kapsayacak şekilde kusur olarak anlaşılmalıdır (**Aydın**, İtlaf, s. 111).

<sup>209</sup> **Aydın**, Haksız Fiil, s. 211; **Akgündüz**, s. 252.

<sup>210</sup> İstisnai olarak, velinin ya da bir başka büyüğün çocuğun fiillerinden sorumlu tutulması hakkında bkz. **Karaman**, s. 515-516.

<sup>211</sup> Çocuğun malvarlığının bulunmadığı durumlarda, mal sahibi oluncaya kadar (*hal-i yüsr*) bekleneceği kabul edilir (Mecelle, m. 916).

<sup>212</sup> **Reisoğlu**, İstihdam Eden, s. 14.

<sup>213</sup> **Zimmermann**, s. 1136; **Giliker**, Vicarious, s. 12.

bu davada; gemi kaptanına emanet edilen eşyaların uğradığı zarardan gemi sahibinin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Hâkim Holt bu sorumluluğu, bir başkasını çalıştırmak suretiyle ondan faydalananın, çalıştırdığı kişinin gözetimini de üstlenerek, onun fiillerinden sorumlu olması gerektiği fikrine dayandırmıştır. Ayrıca bu dava Anglo-Sakson hukuk sisteminin Roma hukukunun etkisi dışında geliştiği kabulünün mutlak olmadığını; Roma hukukunda kabul edilen sorumluluk anlayışının, denizcilik mahkemeleri ve *lex mercatoria* aracılığıyla, İngiliz hukukunu da etkilediğini göstermesi bakımından önemlidir<sup>214</sup>.

#### 1.2.4. Sosyalist Hukuk Sistemi

Her hukuk sisteminde hukuk kuralları ve hukuki sorunlara yaklaşım tarzı, o sistemin temel felsefesine göre şekillenir. Sosyalist hukuk sisteminde de hukuk kurallarına yön veren, özellikle üretim araçları üzerinde kabul edilen kolektif mülkiyet anlayışı olmuştur. Nüfusun büyük çoğunluğunun kamu işletmelerinde işçi olarak çalıştığı bu düzende, işletmenin gerçek mâliki toplum, işçiler de vatandaş sıfatıyla (anayasa hukukuna göre) paydaş kabul edilir<sup>215</sup>. İşçilerin fiili ile işletme tüzel kişiliği özdeş kabul edildiğinden, işçilerin haksız fiillerinden işletmenin doğrudan sorumluluğu esası benimsenmiştir<sup>216</sup>. Buna göre işletme, zarar görene karşı münhasıran sorumlu olup, (kasten işlenen ya da suç teşkil eden fiiller hariç) işçinin sorumluluğuna başvurulması mümkün değildir<sup>217</sup>.

### 1.3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Adam çalıştıranın sorumluluğu meselesi hem yabancı ülkelerin ulusal hukuklarında hem de Avrupa haksız fiil hukukunu yeknesaklaştırma çalışmaları kapsamında hazırlanan metinlerde genellikle ayrı bir hükümde özel olarak düzenlenmektedir.

<sup>214</sup> Holdsworth, s. 474 vd.

<sup>215</sup> Eörsi, s. 11.

<sup>216</sup> Eörsi, s. 13.

<sup>217</sup> Eörsi, s. 15.

Çalışmamızın bu kısmında sırasıyla, Anglo-Sakson hukuk sistemine öncülük eden İngiliz hukukunda; Romanist geleneğe sahip Kıta Avrupası hukuk sistemine (*civil law*) dâhil olan Fransız, Avusturya, Alman ve İsviçre hukukunda; bu iki hukuk sistemini uzlaştırma çabasıyla yürütülen Avrupa haksız fiil hukukunu yeknesaklaştırma çalışmalarının ürünleri olan, *soft law* niteliğindeki bazı model hukuk metinlerinde ve son olarak yakın geçmişte, dünyadaki gelişmeler ışığında revize edilen Çin haksız fiil hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler incelenecektir.

### 1.3.1. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda başkasının fiilinden sorumluluk (*vicarious liability*<sup>218</sup>) hâllerinin başında, işçinin haksız fiillerinden işverenin sorumluluğu gelir<sup>219</sup>. Bu sorumluluk, işçinin fiilinden fayda sağlayan işverenin zararı da üstlenmesi gerektiği (*qui sentit commodum debet sentire et onus*) ve zarar görenin karşısına ekonomik yönden güçlü (*deep pocket*) ve sorumluluk sigortası yaptırmış olması muhtemel bir muhatap olarak çıkarılması düşüncesine dayanır<sup>220</sup>. Kusursuz sorumluluk (*strict liability*) niteliğindeki<sup>221</sup> bu sorumlulukta, işverenin işçilerini seçmede ya da denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır<sup>222</sup>. Bu sorumluluğun temeli, işverenin özen yükümlülüğünü ihlâl etmiş olmasına değil, işçinin şahsi sorumluluğuna yol açan bir haksız fiilin varlığına dayanır. Bu nedenle, işçinin şahsen sorumlu tutulmadığı durumlarda, işverenin sorumluluğuna da başvurulamaz<sup>223</sup>. İşverenin işçisi aracılığıyla hareket ettiği kabul edildiğinden, işçinin fiili işverene izafe

<sup>218</sup> Anglo-Sakson hukuk doktrininin yerleşik kavramlarından olan *vicarious liability*, esasında yanıtıcı bir ifadedir; *vicarious* kelimesi, “başkasının yerine, vekâleten” anlamına gelir. Halbuki işveren, işçinin yerine sorumlu tutulmaz; ikisi birlikte sorumludur. Bu nedenle işverenin işçinin haksız fiillerinden sorumluluğu, işçinin şahsi sorumluluğunu sadece tamamlayıcı niteliktedir (von Bar, Torts, N.337; von Bar, PEL, s. 566).

<sup>219</sup> Markesinis/Deakin, s. 541, 554; van Gerven/Lever/Larouche, s. 475; Harpwood, s. 353; Salmond/Heuston, s. 444; Akipek/Küçükgüngör, s. 741. İşçinin işini gördüğü sırada bir başka işçiye vermiş olduğu zararlar da bu sorumluluğa dahil olup, bu tür durumlarda işçisine karşı özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle, işverenin kişisel kusuru nedeniyle doğrudan sorumluluğuna başvurulması da mümkündür (Winfield/Jolowicz, N.20.1; Clerk/Lindsell, N.6.57). İşçinin işini gördüğü sırada bizzat uğradığı zarardan işverenin sorumluluğu ise farklı bir meseledir.

<sup>220</sup> van Gerven/Lever/Larouche, s. 476; Nolan/Davies, N.2.376.

<sup>221</sup> Markesinis/Deakin, s. 554; Wagner, 907; Stanton, s. 127; O’Sullivan, s. 65.

<sup>222</sup> Wagner, s. 907-908.

<sup>223</sup> Markesinis/Deakin, s. 566; Salmond/Heuston, s. 445-446; Rogers, s. 70.

edilir ve böylelikle işveren, işçinin fiilinden kendi fiiliymiş gibi sorumlu tutulur (*qui facit per alium facit per se*)<sup>224</sup>.

Sorumluluğun ilk şartı, zarara yol açan fiilin, işçi konumundaki bir çalışana ait olmasıdır. İngiliz hukukunda çalışanlar, işçi (*employee*<sup>225</sup>) ve bağımsız çalışan (*independent contractor*) olarak ikiye ayrılır. İşverenin sorumluluğu sadece işçi konumundaki kişilerin fiillerinden doğar; bağımsız çalışanların fiilleri kural olarak işverenin sorumluluğuna yol açmaz. Mahkeme içtihatlarında, bir kimsenin hangi statüde istihdam edildiğinin tespitinde kullanılmak üzere birtakım ölçütler geliştirilmiştir. Bu bağlamda yapılan başlıca değerlendirmeler şöyledir<sup>226</sup>: Çalışanın sadece *ne* yapacağını değil aynı zamanda işi *nasıl* yapacağını işverenin belirleyip belirlemediği (hâkimiyet ölçütü-*control test*); yapılan işin işletmeyle bütünlük arz edip etmediği (bütünleşme ölçütü-*integration test*); yatırım ve mâli risk bakımından üstlenilen sorumluluğun derecesi ve iş görülürken kullanılan aletlerin kime ait olduğu gibi hususlar değerlendirildiğinde çalışanın başkası için mi yoksa kendi hesabına mı iş gördüğü (ekonomik gerçeklik ölçütü-*economic reality test*). Bu ölçütlerin hiçbiri tek başına yeterli değildir; somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılır<sup>227</sup>. Özellikle hâkimiyet ölçütü mesleki bilgi, beceri ve uzmanlık gerektiren meslekleri icra eden kişiler bakımından tartışılmıştır. Bu tartışmanın ana eksenini, mesleklerini aldıkları talimat doğrultusunda icra etmeyen hekimlerin bu ölçüte göre bağımsız çalışan olmaları nedeniyle, hekimlerin fiilleri dolayısıyla hastanelerin sorumluluğuna başvurulamaması oluşturmuştur. Ancak hâkimiyet ölçütü zaman içerisinde belirleyici olmaktan çıkmış ve hekim, hemşire, röntgen uzmanı vb. hastane personelinin, işverenin sorumluluğu bakımından işçi statüsünde olduğu kabul edilmiştir<sup>228</sup>. Bu nedenle İngiliz hukukunda işverenin işçinin fiillerinden sorumluluğunun başlangıçta sadece basit nitelikteki işlerde çalışanların verdikleri zarardan sorumluluk bakımından uygulandığı ancak zaman içerisinde, mesleki ve teknik bilgi gerektiren işleri

<sup>224</sup> **van Gerven/Lever/Larouche**, s. 476. İşverene izafe edilenin işçinin *fiili* değil, *sorumluluğu* olduğu hakkında bkz. **Nolan/Davies**, N.2.367; **Tettenborn**, s. 154.

<sup>225</sup> *Employee* kavramı iş, sosyal güvenlik, vergi, fikri hak sahipliği gibi çeşitli hukuki çerçevelerde kullanıldığından, haksız fiil hukukunda işverenin sorumluluğu bakımından işçi statüsünde kabul edilen bir kimsenin, bir başka hukuki çerçevede farklı bir statüde yer alması mümkündür (**Stanton**, s. 130; **O'Sullivan**, s. 68 vd.).

<sup>226</sup> **Clerk/Lindsell**, N.6.06 vd.; **Harpwood**, s. 354 vd.; **Elliott/Quinn**, s. 308 vd.; **O'Sullivan**, s. 72 vd.

<sup>227</sup> **Clerk/Lindsell**, N.6.13; **Stanton**, s. 130; **Harpwood**, s. 354.

<sup>228</sup> *Gold v. Essex County Council (1942)*; *Collins v. Herts CC (1947)*; **Markesinis/Deakin**, s. 557; **Winfield/Jolowicz**, N.20.6; **Salmond/Heuston**, s. 451-452; **Clerk/Lindsell**, N.6.19-20; **O'Sullivan**, s. 73.



icra edenleri de kapsayacak şekilde genişlediği belirtilmektedir<sup>229</sup>. İngiliz mahkemelerinin, sorumluluğun kapsamına giren çalışanların niteliği bakımından benimsediği esnek yaklaşım son yıllarda da devam etmektedir<sup>230</sup>. Örneğin, *kilise papazı* kararında<sup>231</sup>, bir papazın, kilise tarafından işletilen bakımevinde kalan çocuklara yönelik cinsel istismar niteliğindeki fiilinden, papaz ile kilise arasında işçi-işveren ilişkisine *benzer* bir ilişki (*akin to employment*) bulunduğu gerekçesiyle, kilise sorumlu tutulmuştur.

İkinci olarak, işçinin fiilinin, bir haksız fiil teşkil etmesi gerekmekte olup, haksız fiilin kaynağı ya da niteliği önemli değildir<sup>232</sup>. Roma hukukunda olduğu gibi İngiliz hukukunda da münferit haksız fiil tipleri kabul edilmiştir; haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel bir norm bulunmamaktadır<sup>233</sup>. Kusursuz sorumluluk hâlleri hariç olmak üzere, haksız fiillerin çoğunda ihmâl (*negligence*<sup>234</sup>) derecesinde kusur aranır.

Üçüncü olarak, işçi söz konusu haksız fiili iş gördüğü sırada (*in the course of employment*) işlemiş olmalıdır. İşçi, söz konusu fiili işleme fırsatını kendisine verilen iş vesilesiyle elde etmiş olsa bile, işçinin fiili ile görülen iş arasında sıkı bir bağlantı (*close connection*) bulunmadığı takdirde, işveren sorumlu değildir<sup>235</sup>. İşçinin, hırsızlık, cinsel taciz gibi kasten işlediği fiiller bakımından ise işveren, bu fiillerin işçiye emanet edilmiş olan kişi ya da şeye yönelik olması durumunda sorumlu tutulur<sup>236</sup>.

Kusursuz sorumlu işveren ile kusurlu işçi, meydana gelen zarardan müteselsilen sorumludur<sup>237</sup>. Tazminatı ödeyen işveren, işini özenle yerine getirme yükümlülüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle sözleşme temelinde<sup>238</sup> ya da sözleşme ilişkisinin bulunmadığı

<sup>229</sup> Cane, s. 229.

<sup>230</sup> Cane, s. 229; Nolan/Davies, s. 2.378.

<sup>231</sup> *JGE v Trustees of the Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trust*, 2012. Benzer bir başka karar için bkz. *E. v. English Province of Our Lady of Charity*, 2013.

<sup>232</sup> van Gerven/Lever/Larouche, s. 476; Nolan/Davies, s. 2.367.

<sup>233</sup> Bu nedenle İngiliz hukukunda, haksız fiil hukuku (*tort law*) yerine, haksız fiiller hukukundan (*law of torts*) bahsedilir (Nolan/Davies, N.2.07; Winfield/Jolowicz, N.1.15).

<sup>234</sup> Winfield/Jolowicz, N.3.1. İngiliz hukukunda *negligence* kavramı, hem haksız fiilin manevi unsuru olarak hem de müstakil bir haksız fiil tipi (*tort of negligence*) olarak iki farklı anlamda kullanılır (Winfield/Jolowicz, N.3.4; Markesinis/Deakin, s. 105).

<sup>235</sup> Elliott/Quinn, s. 315. Bir temizlik şirketinde çalışan işçinin, temizlik yaptığı bürodaki telefonda yaptığı uluslararası görüşmeler nedeniyle uğranılan zarardan işverenin sorumluluğuna ilişkin davada, işçinin fiili ile görülen iş arasında sıkı bir bağlantı olduğu kabul edilmiştir (*Heasman v Clarity Cleaning Co.*, 1987).

<sup>236</sup> Winfield/Jolowicz, N.20.15; Clerk/Lindsell, N.6.51.

<sup>237</sup> Rogers, s. 71; Elliott/Quinn, 307; Markesinis/Deakin, s. 581; Stanton, s. 127.

<sup>238</sup> *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, 1957.

durumlarda haksız fiil temelinde işçiye rücu hakkına sahiptir. Öte yandan, uygulamada, hem zarar görenler doğrudan işçinin sorumluluğuna başvurmayı hem de işveren işçiye rücu etmeyi genellikle tercih etmemekte; benzer şekilde, işveren sigortacıları arasında da (işçinin kastı ya da danişıklılık hâlleri hâriç olmak üzere) işçiye rücu etmeme konusunda uzun süredir bir centilmenlik anlaşması bulunmaktadır<sup>239</sup>.

### 1.3.2. Fransız Hukuku

#### 1.3.2.1. Fransız Medeni Kanunu

Fransız Medeni Kanunu [*nouveau Codé Civil-nCC*<sup>240</sup>] Art.1242/5 nCC hükmüne göre âmirler (*maîtres*) ve çalıştıranlar (*commettants*), hizmetli/müstahdem (*domestiques*) ve çalışanların (*préposés*) istihdam edildikleri iş kapsamında verdikleri zarardan sorumludur<sup>241</sup>. Başlangıçta, çalışanı seçme ve denetlemede kusur esasına dayandırılan bu sorumluluk zaman içerisinde kusursuz sorumluluğa (*responsabilité de plein droit*) dönüşmüştür. Çalıştırmanın, çalışanı seçmede ya da denetlemede kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur<sup>242</sup>. Bu nedenle çalıştırın kendi fiilinden değil, başkasının fiilinden (*responsabilité du fait d'autrui*) sorumlu tutulmaktadır<sup>243</sup>. Risk esasına dayandırılan bu sorumluluğun temelinde, çalıştırının, yardımcı kişi kullanmak suretiyle arttırdığı zarar riskini üstlenmesi gerektiği fikri yatar<sup>244</sup>.

Sorumluluğun ilk şartı, çalıştırın ile çalışan arasında bağımlılık (*subordination*) arz eden bir çalıştırma ilişkisinin (*lien de préposition*) varlığıdır. Genellikle iş sözleşmesinden (*contrat de travail*) doğan bu ilişki, iş görme ya da vekâlet sözleşmesinden de doğabilir; hatta çalıştırana yardım eden bir aile üyesi, arkadaş ya da tesadüfen bir başkası için iş

<sup>239</sup> Markesinis/Deakin, s. 582; Elliott/Quinn, s. 317; Giliker, Vicarious, s. 32 vd.

<sup>240</sup> Bu kısaltma, 1 Ekim 2016 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme Hukuku Reformu (*réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Ordonnance no. 2016-131*) sonrası Fransız Medeni Kanununun yeni metnini ifade etmektedir. Önceden Art.1384/5 CC hükmünde düzenlenen çalıştırının sorumluluğunun madde numarası Art.1242/5 nCC olarak değiştirilmiştir.

<sup>241</sup> Art.1242/ CC hükmünde yer alan *commettant-préposés* kavramları, *maîtres-domestiques* kavramlarını da kapsayan üst kavramlardır (Bourassin, s.198, dn.820). Bu nedenle, işçi-işveren ilişkisinden daha geniş bir çalıştırma ilişkisi söz konusudur (Galand-Carval, s. 93).

<sup>242</sup> Viney/Jourdain, N.791-1; van Gerven/Lever/Larouche, s. 469; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N.157; Bourassin, N.391, 403; Bacache-Gibeili, s.343; Albrecht, s. 15-16.

<sup>243</sup> Galand-Carval, s. 93, Bacache-Gibeili, s.343; Ferid/Sonnenberger, N.2 O 221.

<sup>244</sup> Bourassin, N.390; Viney/Jourdain, N.791-1; Albrecht, s. 16.

gören kimse de somut olayda çalışan olarak nitelendirilebilir<sup>245</sup>. Çalıştırma ilişkisinin geçici ya da ivazsız olması, çalışanın mesleğini, mesleki ve teknik bağımsızlık çerçevesinde icra etmesi ya da çalıştırmanın talimat verebilecek teknik bilgiden yoksun olması çalıştırma ilişkisinin varlığına engel değildir<sup>246</sup>. Sorumluluğun ikinci şartı ise çalışanın kusurlu<sup>247</sup> bir fiilinin varlığı olup, çalışanın bu fiilinden şahsen sorumlu tutulabiliyor olması gerekir<sup>248</sup>.

Öte yandan, Fransız Yüksek Mahkemesinin içtihatları, çalışanın şahsi sorumluluğuna başvurulmasını oldukça zorlaştırmıştır. Bu konuda emsal teşkil eden *Rochas* kararında<sup>249</sup> çalışanın sorumluluğuna sadece şahsi kusurunun (*faute personnelle*<sup>250</sup>) bulunduğu durumlarda başvurulabileceği kabul edilmiştir. *Costedoat*<sup>251</sup> kararında ise çalışanın görevinin sınırları dâhilinde hareket ettiği müddetçe zarardan sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu karara konu olayda; havadan tarımsal ilaçlama sektöründe faaliyet gösteren bir şirkette çalışan pilot, Fransa'nın güneyindeki bir pirinç tarlasına rüzgârlı bir günde helikopter ile ilaçlama yaparken, etrafa sıçrayan ilaç, komşu arazide zarara neden olur. Komşu arazi sahibinin (ilaçlama şirketi iflas ettiği için çalışana karşı) açtığı tazminat davasında Yüksek Mahkeme, pilotun, ihmali bulunmasına rağmen görev sınırlarını aşmadığı gerekçesiyle meydana gelen zarardan şahsen sorumlu olmadığına hükmetmiştir. Bu içtihadını *Cousin*<sup>252</sup> kararı ile bir adım daha ileriye taşıyan Yüksek Mahkeme, çalışanın sorumluluğunu sadece kasten hareket ettiği durumlar ile sınırlandırmıştır.

Sorumluluğun üçüncü şartı ise, çalışanın fiili ile gördüğü iş arasında objektif bir bağ bulunmasıdır. Çalışanın, “gördüğü iş dışında, yetkisi olmaksızın ve işine yabancı (şahsi) bir amaçla hareket etmiş olması” durumunda çalıştırmanın sorumlu olmayacağı kabul

<sup>245</sup> Viney/Jourdain, s. 795-796; Garand-Calval, s. 97; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N.160.

<sup>246</sup> Bourassin, s. 199; Viney/Jourdain, N.793; Zweigert/Kötz, s. 636; Galand-Carval, s. 93; Giliker, Vicarious, s. 67.

<sup>247</sup> Bu konuda Art.1242/ CC hükmünde açıklık olmamakla birlikte, çalışanın kusurunun bulunması gerektiği kabul edilmektedir (Wagner, s. 909; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N.161). Fransız hukukunda çalışanın akli dengesinin yerinde olmaması, çalıştırmanın sorumlu tutulmasına engel değildir (Art.424-3 nCC).

<sup>248</sup> Viney/Jourdain, N.807; Zweigert/Kötz, s. 635.

<sup>249</sup> Cour de cassation, Chambre commerciale, 12.10.1993, n° 91-10.864, Dalloz, E.T.10.07.2017.

<sup>250</sup> Yüksek Mahkeme, böylelikle, Fransız idare hukukunda yapılan hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımı çerçevesinde, kamu görevlilerinin şahsi sorumluluğu bakımından kullanılan bu kavramı, özel hukuk sorumluluğu alanına da taşımıştır.

<sup>251</sup> Cour de cassation, Assemblée plénière, 25.02.2000, n° 97-17.378 97-20.152, Dalloz, E.T.10.07.2017; Giliker, Vicarious, s. 36 vd.

<sup>252</sup> Cour de cassation, Assemblée plénière, 14.12.2001, n° 00-82.066, Dalloz, E.T.10.07.2017.

edilmektedir<sup>253</sup>. Bunun tespitinde, fiilin gerçekleştiği yer, zaman ve kullanılan araç-gereç dikkate alınarak, görülen işin, söz konusu fiil için gerekli fırsat ya da vasıtayı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilir. Hırsızlık, tecavüz, adam öldürme gibi çalışanın kasıtlı olarak işlediği fiiller bakımından da çalıştırana sorumlu tutulması mümkündür<sup>254</sup>.

Çalışanın çalıştırana ait araç-gereci kullanırken verdiği zarardan çalıştırana sorumluluğunun hukuki dayanağı ise farklıdır. Böyle bir durumda çalıştırana Art.1242/5 nCC hükmüne göre dolaylı olarak değil, kendi gözetimindeki araç-gerecin neden olduğu zarardan Art.1242/1 nCC hükmüne göre doğrudan sorumlu tutulur<sup>255</sup>.

Çalıştırana ile kusurlu çalışan, meydana gelen zarardan, kural olarak, müteselsilen sorumludur. Çalışanın doğrudan sorumluluğuna başvurulması genellikle tercih edilmese de özellikle çalıştırana dava tarihi itibarıyla iflas etmiş olması durumunda bu imkân önem taşır<sup>256</sup>. Çalışanın işçi olması durumunda ise, adam çalıştırana ve adam çalıştırana sigortacısının işçiye rücu hakkı işçinin kasten hareket ettiği hâller ile sınırlandırılmıştır<sup>257</sup>.

### 1.3.2.2. Reform Tasarıları

#### 1.3.2.2.1. Fransız Borçlar Hukuku Reformu Öntasarısı

Pierre Catala'nın başkanlığındaki komisyon tarafından 2005 yılında Fransa Adalet Bakanlığı'na sunulan Fransız Borçlar Hukuku Reformu Öntasarısında<sup>258</sup> (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription-Apr*) çalıştırana sorumluluğu, başkasının fiilinden sorumluluk üst başlığı altında Art.1359 ve Art.1359-1 Apr hükümlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede çalıştırana, işin/görevin yerine getirilmesi ile ilgili olarak çalışana talimat verme yetkisi olan kişi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca çalıştırana, çalışanın kendisi adına hareket ettiğini zarar görenin varsaymasının makul olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Kasten hareket etmiş olmadıkça doğrudan çalışanın sorumluluğuna başvurulamayacağı; zararını

<sup>253</sup> Viney/Jourdain, N.804; Galand-Carval, s. 93.

<sup>254</sup> Bourassin, s. 207; Zweigert/Kötz, s. 637.

<sup>255</sup> Galand-Carval, s. 93; Viney/Jourdain, N.807; Ferid/Sonnenberger, N.2 O 230.

<sup>256</sup> Galand-Carval, s. 95.

<sup>257</sup> Galand-Carval, s. 95, dn.40,41; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N.165.

<sup>258</sup> [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)

çalıştırandan ya da sigortacısından karşılayamayan zarar görenin ise doğrudan çalışanın sorumluluğuna başvurabileceği kabul edilmiş (Art.1359-1 Apr). Böylelikle, *Costedoat* kararında benimsenen yaklaşım yumuşatılmıştır<sup>259</sup>.

#### 1.3.2.2.2.Fransız Hukuki Sorumluluk Reform Tasarısı

13 Mart 2017 tarihinde Fransa Adalet Bakanlığı tarafından sunulan Hukuki Sorumluluk Reform Tasarısında (*Projet de Reforme de la Responsabilite Civile-Pr*), çalıştırının sorumluluğu müstakil bir maddede (Art.1249 Pr) düzenlenmiştir. “Başkasının verdiği zararın izafe edilmesi” (*l'imputation du dommage causé par autrui*) başlığı altında yer alan bu düzenlemede, çalıştırının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiştir. Çalıştırın, gördüğü iş ile ilgili olarak çalışana emir ve talimat verme yetkisi olan kişi olarak tanımlanmıştır (Art.1249/1 Pr). Çalışanın gördüğü iş ile meydana gelen zarar arasındaki objektif bağ meselesi ise, çalıştırının sorumluluktan kurtulma imkanlarından biri olarak düzenlenmiştir. Çalıştırın, çalışan ile zarar gören arasında danışıklılık olduğunu kanıtlayarak da sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir (Art.1249/3 Pr). Çalışan, kasıtlı hareket etmedikçe ya da yetkisi dışında, işine yabancı bir amaç gütmedikçe, meydana gelen zarardan şahsen sorumlu tutulamaz (Art.1249/4 Pr).

#### 1.3.3. Avusturya Hukuku

##### 1.3.3.1. Avusturya Medeni Kanunu

İş sahibinin sorumluluğu, Avusturya Medeni Kanununun [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch-ABGB*] §1315 ABGB hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, işinin ehli olmayan ya da bilerek tehlikeli bir kimseyi kendisine ait bir işte çalıştırın, onun bu sıfatla üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumludur. İş sahibinin sorumluluğu, ehil olmayan yardımcı kişiler bakımından kusursuz bir sorumluluktur<sup>260</sup>. İş sahibinin yardımcı kişiyi seçmede, denetlemede kusuru sorumluluk bakımından belirleyici olmadığından, iş sahibi,

<sup>259</sup> Giliker, Avant-projet, s. 297.

<sup>260</sup> Welser/Zöchling-Jud, N.1534; Reischauer, §1315 ABGB, N.3; Huber, §1315 ABGB, N.4; Schacherreiter, §1315 ABGB, N.17.

en üst düzeyde özen gösterdiğini ispat ederek bile sorumluluktan kurtulamaz<sup>261</sup>. Tehlikeli kişiler bakımından ise; hükmün lafzında geçen bilerek çalıştırma ifadesi kusur sorumluluğunu çağırırsa da çalışanın tehlikeliliğini bilen iş sahibi, muhtemel bir zararı engellemek için en üst düzeyde özen gösterdiğini ispatlarsa bile sorumlu olacağından, tehlikeli yardımcı kişiler bakımından da iş sahibi kusursuz olarak sorumludur<sup>262</sup>. Yardımcı kişinin kusuru da sorumluluğun bir şartı değildir<sup>263</sup>. Yardımcı kişinin ayırt etme gücü bulunmadığı gerekçesiyle haksız fiilinden sorumlu olmaması iş sahibinin sorumluluğuna engel değildir<sup>264</sup>.

§1315 ABGB hükmünün uygulanabilmesi için çalışanın, iş sahibinin kontrol ve denetimine tâbi olması yeterli olup, iş sözleşmesi çerçevesinde iş gören bir işçi olması zorunlu değildir<sup>265</sup>. Çalışan, yüksek nitelikli bir kişi de olabilir<sup>266</sup>. Bağımsız çalışanlar ise bu sorumluluğun kapsamı dışındadır<sup>267</sup>. §1315 ABGB hükmünde düzenlenen sorumluluğun uygulama alanı, ehil olmayan çalışanlar ve tehlikeli çalışanlar ile sınırlıdır. Ehillik, yardımcı kişiye verilen işe göre değerlendirilen göreceli bir kavramdır<sup>268</sup>. Tehlikelilik ise, yardımcı kişinin fiziksel, ruhsal ya da kişilik özelliğine ilişkin olabilir (alkolizm, akıl hastalığı, kleptomani gibi)<sup>269</sup>.

Üçüncü kişilerin zarara uğrama tehlikesi, işinin ehli olmayan kişilerin çalıştırılması suretiyle ortaya çıkarken, tehlikeli kişiler bakımından bu tehlike her zaman mevcuttur; ancak iş sahibi, yardımcı kişinin işini gördüğü sırada verdiği her türlü zarardan değil, sadece kendisi bakımından söz konusu olan içkin tehlikenin somutlaştığı durumlarda ortaya çıkan zarardan sorumludur<sup>270</sup>. Örneğin, bulaşıcı hastalığı olan yardımcı kişinin bu hastalığını başkasına bulaştırması ya da kleptoman yardımcı kişinin bir başkasının eşyasını çalması durumunda, içkin tehlike somutlaşmış olur ve iş sahibi meydana gelen zarardan sorumlu olur<sup>271</sup>. Öte yandan araba kullanmaya ehil olmayan bir kişiyi şoför

<sup>261</sup> Welser/Zöchling-Jud, N.1522; Huber, §1315 ABGB, N.4.

<sup>262</sup> Koziol/Vogel, s. 12.

<sup>263</sup> Huber, §1315 ABGB, N.2; Reischauer, §1315 ABGB, N.3, 13; Schacherreiter, §1315 ABGB, N.17, 21.

<sup>264</sup> Koziol/Vogel, s. 24.

<sup>265</sup> Koziol/Vogel, s. 18.

<sup>266</sup> Çalışanın bu niteliği, iş sahibinin çalışana rücu etmesi bakımından önem taşır (Koziol/Vogel, s. 21).

<sup>267</sup> Posch, s. 65; Koziol/Vogel, s. 18.; Huber, §1315 ABGB, N.3.

<sup>268</sup> Reischauer, §1315 ABGB, N.4; Schacherreiter, §1315 ABGB, N.13; Huber, §1315 ABGB, N.4.

<sup>269</sup> Reischauer, §1315 ABGB, N.10; Huber, §1315 ABGB, N.6.

<sup>270</sup> Koziol/Vogel, s. 19; Welser/Zöchling-Jud, N.1538; Huber, §1315 ABGB, N.4.

<sup>271</sup> Koziol/Vogel, s. 19.

olarak çalıştıran iş sahibi, bu kişinin işlediği hırsızlık fiilinden sorumlu değildir. Tehlikeli kişiler bakımından zarara yol açan fiilin görülen iş vesilesiyle işlenmesi yeterliken, işinin ehli olmayan kimseler bakımından, görülen iş ile zarar arasında daha sıkı bir bağ aranır.

§1315 ABGB hükmünde düzenlenen iş sahibinin sorumluluğu, ehil olmayan ya da tehlikeli kişilerin fiilleriyle sınırlandırılmış olması doktrinde eleştirilmekte, modernize edilerek genel bir sorumluluk normu niteliğine kavuşturulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>272</sup>. Hükmün dar lafzından kaynaklanan hukuki güçlükler ise borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğuna ilişkin §1313a ABGB hükmünün uygulama alanının genişletilmesiyle aşılmaya çalışılmaktadır<sup>273</sup>.

İş sahibinin sorumluluğu, çalışanın şahsi sorumluluğunu ortadan kaldırmadığından, zarar görenin iş sahibi ile birlikte çalışanın sorumluluğuna da başvurması mümkündür. Tazminatı ödeyen iş sahibinin çalışana rücu hakkı bulunmaktadır<sup>274</sup>. Çalışanın işçi olduğu durumlarda ise, işverenin hafif kusurlu işçiye rücu hakkı bulunmadığı kanunda düzenlenmiştir<sup>275</sup>.

### 1.3.3.2. Reform Tasarıları

Avusturya Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan çalışma grubu tarafından hazırlanan Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısının (*Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts-E*) gözden geçirilmiş versiyonu 2007 yılında; bu tasarıya karşı hazırlanan Avusturya Tazminat Hukuku Karşı Tasarısı (*Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht-GE*) ise 2008 yılında sunulmuştur. Bu iki tasarı tartışmalara yol açtığından, Adalet Bakanlığı tarafından 2011 yılında Füzyon Tasarı (*Fusionsentwurf-FE*) olarak adlandırılan bir başka tasarı hazırlanmıştır. Aşağıda, bu üç tasarıda adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere kısaca değinilecektir.

<sup>272</sup> Posch, s. 65; Koziol/Vogel, s. 26.

<sup>273</sup> Zarar görenlerin mağduriyetini önlemek için, §1313a ABGB hükmünün uygulama alanı *culpa in contrabendo* ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanan sorumluluğu da kapsayacak şekilde mahkeme içtihatlarıyla genişletilmiştir (von Bar, Torts, N.184; Huber, §1315 N.1). Posch, bu durumu “contract shopping” olarak nitelendirmektedir (Posch, s. 67).

<sup>274</sup> Koziol/Vogel, s. 25-26; Welser/Zöchling-Jud, N.1543.

<sup>275</sup> Bkz. §4(3) DHG (*Dienstnehmerhaftpflichtgesetz*).

#### 1.3.3.2.1. Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı

Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı'nda iş sahibinin sorumluluğu, “üçüncü kişilerden ve teknik ekipmandan sorumluluk” üst başlığı altında, “diğer yardımcı kişiler” başlıklı §1306 E hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, iş sahibi ile zarar gören arasında bir borç ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, iş sahibinin yardımcı kişinin fiillerinden sorumlu olabilmesi için, zarar görenin yardımcı kişinin ehil olmadığını veya iş sahibinin yardımcı kişinin seçiminde özensiz ya da denetiminde yetersiz davranmış olduğunu ispatlamış olması gerekir (§1306/1 E). İş sahibinin bir işletme olduğu durumlarda ise, bunun aksini ispat yükü işletmeye aittir. Bağımsız olarak bir iş görmeyi üstlenen kimseler ise yardımcı kişi değildir (§1306/3 E).

İş sahibi tarafından kullanılan teknik araçlardaki arızalardan sorumluluk bakımından ise §1306/4 E hükmünde ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Burada iş sahibi, yardımcı kişi gibi kullandığı teknik araçlardaki arızalardan sorumlu tutulmuştur. Kullanılan teknik aracın görülen işe elverişli olmadığını, iş sahibinin teknik aracın seçiminde ya da denetiminde gerekli özeni göstermediğini ispat, zarar görene düşer. İş sahibinin bir işletme olduğu durumlarda ise ispat yükü işletmeye aittir.

#### 1.3.3.2.2. Avusturya Tazminat Hukuku Karşı Tasarısı

Avusturya Tazminat Hukuku Karşı Tasarısı'nda ise iş sahibinin sorumluluğu, “üçüncü kişilerin fiillerinden doğan tazminat sorumluluğu” üst başlığı altında §1315 GE hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, kendisine ait bir işin görülmesinde bir başkasını kullanan, bu kişinin yardımcı kişi sıfatıyla üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumludur. İş sahibi işi şahsen kendisi görmüş olsaydı göstermekle yükümlü olacağı özeni göstermekle yükümlüdür (§1315/1 GE). Bir işin görülmesinde, sorumluluk kendisine ait olmak üzere bağımsız hareket eden ise yardımcı kişi değildir (§1315/2 GE).

#### 1.3.3.2.3. Avusturya Tazminat Hukuku Füzyon Tasarısı

Avusturya Tazminat Hukuku Füzyon Tasarısı ise, iş sahibinin sorumluluğuna ilişkin § 1314 FE hükmünde, önceki iki tasarı hükümleri arasında orta bir yol öngörmektedir. Buna



göre, kendisine ait bir işin görülmesinde bir başkasını kullananın, bu kişinin yardımcı kişi sıfatıyla üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, yardımcı kişinin ehil olmadığını ya da iş sahibinin yardımcı kişinin seçiminde özensiz ya da denetiminde yetersiz davranmış olduğunu ispat etmesi gerekir. İş sahibinin bir işletme olduğu durumlarda ise iş sahibi, yardımcı kişinin tüm hukuka aykırı fiillerinden sorumludur (§1314/1 FE). Görüldüğü üzere, işletmeler bakımından sorumluluk ağırlaştırılmış, kurtulma imkânı bulunmayan mutlak bir sorumluluk öngörülmüştür. Başkasına ait bir işin görülmesinde, sorumluluk kendisine ait olmak üzere bağımsız hareket eden ise yardımcı kişi değildir (§1314/3 FE).

### 1.3.4. Alman Hukuku

#### 1.3.4.1. Alman Medeni Kanunu

Alman hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu, “*Haftung für den Verrichtungsgehilfen*” başlıklı §831 BGB hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; “bir kimseyi bir iş görmekle görevlendiren, bu yardımcı kişinin işini görürken üçüncü kişiye hukuka aykırı olarak verdiği zarardan sorumludur. İş sahibi, yardımcı kişinin seçiminde ve işin görülmesi için araç-gereci sağlaması ya da çalışanı denetlemesi gereken durumlarda, gerekli özeni gösterdiğini veya gerekli özeni gösterseydi bile zararın ortaya çıkacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” (§831/1 BGB)<sup>276</sup>.

Bu sorumluluğun doğması için çalışanın üçüncü kişiye zarar veren hukuka aykırı bir fiilinin varlığı yeterlidir; çalışanın kusuru sorumluluğun bir şartı değildir<sup>277</sup>. Dolayısıyla, §831 BGB hükmünde öngörülen sorumluluk modelinde, adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışanın şahsi sorumluluğuna bağlanmamıştır<sup>278</sup>. Adam çalıştırın, çalışanın kusurundan

<sup>276</sup> **Art.831 BGB Haftung für den Verrichtungsgehilfen**

(1) *Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.*

(2) *Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.*

<sup>277</sup> **Deutsch/Ahrens**, N.443, 448; **Markesinis/Unberath**, s. 698. Ancak söz konusu haksız fiil bakımından kasit derecesinde kusur, sorumluluğun bir şartı olarak öngörülmüş olabilir. (**Fedtke/Magnus**, s.122).

<sup>278</sup> **Spindler/Rieckers**, s. 70.

değil, hukuka aykırı fiilinden sorumludur. Esasında §831 BGB hükmüne göre adam çalıştıran, çalışanın fiilinden değil, özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi şeklinde ortaya çıkan kendi fiilinden sorumlu tutulmaktadır.

§831 BGB hükmünde düzenlenen sorumluluk, adam çalıştıranı yükletilen özen yükümlülüğüne dayanır. Bu yükümlülük, yapısı itibariyle, tehlikeyi önleme yükümlülüğü (*Verkehrssicherungspflicht*) niteliğindedir<sup>279</sup>. Adam çalıştırandan beklenen özenin derecesi, işin niteliği ve zarar doğurma potansiyeli göz önüne alınarak değerlendirilir<sup>280</sup>. §831 BGB hükmünde adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlâl ettiği karineten kabul edilir. Öte yandan adam çalıştıranı, bu kusur karinesini çürütme imkânı (*Exkulpationsmöglichkeit*) tanınmıştır. Adam çalıştıranın gerekli özeni gösterdiğini (ya da özen gösterseydi bile zararın ortaya çıkacağını) ispatlamak suretiyle çürüttüğü aslında kendi kusuruna<sup>281</sup> ilişkin karinedir. Bu doğrultuda §831 BGB hükmünün, hukuki niteliği itibariyle, kusuru ispat yükünün ters çevrildiği, kusur karinesine dayanan (*vermutetes Geschäftsherrenverschulden*) bir sorumluluk öngördüğü kabul edilmektedir<sup>282</sup>.

§831 BGB hükmünün kapsamı, adam çalıştıranın menfaatine ve onun talimatları doğrultusunda iş gören bağımlı çalışanlar ile sınırlıdır; gördükleri işin zaman ve kapsamını belirleme yetkisine sahip olan bağımsız yardımcıları ise hükmün kapsamı dışındadır<sup>283</sup>. Bağımlı çalıştırma ilişkisi bakımından belirleyici olan, adam çalıştıranın çalışana emir ve talimat verme yetkisinin varlığıdır. Sorumluluğun doğması için fiili nitelikte bir hâkimiyet ilişkisinin varlığı yeterli olduğundan<sup>284</sup>, çalışanın kusurunun bulunmaması (örneğin, ayırt etme gücünden yoksun olması) §831 BGB hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmez<sup>285</sup>. Avukat, hekim gibi yüksek nitelikli kişilerin de adam çalıştıranın organizasyonel alanına dâhil oldukları takdirde §831 BGB anlamında çalışan olarak nitelendirilebilecekleri kabul edilmektedir<sup>286</sup>.

<sup>279</sup> **Katzenmeier**, §831 BGB N.1. “Tehlike kuralı” olarak da ifade edilen bu kavram hakkında bkz. İkinci Bölüm, §6, III, 2, c.

<sup>280</sup> **Wagner**, §831 BGB N.39.

<sup>281</sup> **Medicus/Lorenz**, AT, N.372; **Katzenmeier**, §831 BGB N.1; **Spindler/Rieckers**, s. 67.

<sup>282</sup> **Katzenmeier**, §831 BGB N.1; **van Dam**, s. 448; **Deutsch/Ahrens**, s. 140.

<sup>283</sup> **Wagner**, §831 BGB N.16.

<sup>284</sup> **Wagner**, §831 BGB N.14.

<sup>285</sup> **Katzenmeier**, §831 BGB N.31.

<sup>286</sup> **Fedkte/Magnus**, s. 119; **Katzenmeier**, §831 BGB N.24.

Sorumluluğun bir diğer şartı ise, çalışanın hukuka aykırı fiilinden zarar görenin üçüncü kişi konumunda olmasıdır. Ayrıca, çalışanın hukuka aykırı fiili ile kendisine verilen iş arasında da doğrudan bir iç bağlantı olması, ayrılmaz bir bağlantı bulunması gerekir<sup>287</sup>. Çalışan, kendisine verilen talimatlara açıkça aykırı hareket etmiş, keyfi davranmış, hatta kasten zarar vermiş olsa bile adam çalıştırmanın sorumlu tutulması mümkündür<sup>288</sup>. Bu noktada, çalışanın görevlendirilmiş olmasının zarar riskini arttırıp arttırmadığı ve adam çalıştırmanın, çalışanın somut olaydaki fiili bakımından, “garantör” olup olmadığı belirleyici ölçütlerdir<sup>289</sup>.

Yine Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, büyük ölçekli işletmeler bakımından, §831 hükmünde düzenlenen özen yükümlülüklerini üst kademelerde istihdam ettiği kişilere devreden adam çalıştırmanın, bu kişileri seçmede ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak, alt kademede bir çalışanın verdiği zarardan sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir. Bu sorumluluktan kurtulma imkânı, “ademi merkeziyet kurtuluş kanıtı”<sup>290</sup> (*dezentralizierter Entlastungsbeweis*) olarak adlandırılmaktadır<sup>291</sup>.

Çalışanın meydana gelen zarardan §823 BGB hükmüne göre şahsi sorumluluğunun da bulunduğu durumlarda ise, adam çalıştırın ile çalışanın müteselsil sorumluluğu (§840 BGB) söz konusu olur<sup>292</sup>.

#### 1.3.4.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Benimsenen Sorumluluk Modelinin Eleştirisi ve §831 BGB Hükmünü Bertaraf Etmek için Başvurulan Çeşitli Yollar

Her ne kadar §831 BGB hükmünde adam çalıştırana kusursuzluk kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmışsa da adam çalıştırandan beklenen özen derecesi uygulamada oldukça yüksek bir şekilde belirlendiğinden, sorumluluktan kurtulması oldukça zordur<sup>293</sup>.

<sup>287</sup> Kötz/Wagner, N.276.

<sup>288</sup> Katzenmeier, §832 BGB N.28.

<sup>289</sup> Spindler/Rieckers, s. 69.

<sup>290</sup> Kılınç, s. 150.

<sup>291</sup> Wagner, §831 BGB N.44; Markesinis/Unberath, s.700.

<sup>292</sup> Wagner, §831 BGB N. 12.

<sup>293</sup> Katzenmeier, §831 BGB N.3; Kötz/Wagner, N.282; Markesinis/Unberath, s.700.

Ancak buna rağmen, §831 BGB hükmünde adam çalıştırana sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmış olması, modern ihtiyaçlara uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>294</sup>. Bu doğrultuda, uygulamada, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulma imkânını “nötralize” etmek amacıyla §831 BGB hükmünü “by-pass” etmeyi sağlayacak çeşitli hukuki yollara başvurulmaktadır<sup>295</sup>.

Bu hukuki yollardan biri, adam çalıştırmanın §823/1 BGB hükmü çerçevesinde geliştirilen “organizasyon kusuru” (*Organisationsverschulden*) kavramına dayanarak sorumlu tutulmasıdır<sup>296</sup>. Özellikle işletmeler bakımından kabul edilen bu yaklaşım, adam çalıştırmanın, üçüncü kişilerin zarar uğramasını önleyecek nitelikte tedbirler almadığı gerekçesiyle organizasyon yükümlülüğünü (*Organisationspflicht*) ihlâl ettiği düşüncesine dayanır. Alman sorumluluk hukukunda organizasyon yükümlülüğü kavramı, §823/1 BGB temelinde bir genel davranış yükümlülüğü olarak geliştirilmiştir. Bu yükümlülüğe “devredilemez” nitelik atfedildiğinden, adam çalıştırmanın §831 BGB çerçevesinde kabul edilen ademi merkeziyet kurtuluş kanıtı getirme imkânı da böylelikle bertaraf edilmiş olmaktadır<sup>297</sup>. Ayrıca, §823/1 BGB hükmü kapsamında adam çalıştırın, zararın belirli bir çalışanın fiilinden kaynaklanmadığı durumlarda da sorumlu tutulabilmektedir<sup>298</sup>. Zarar gören bakımından kusuru ispat engeli ise, ilk görünüş ispatı ya da kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi suretiyle aşılmaya çalışılmaktadır.

İkinci yol, üçüncü kişilerin uğradıkları sözleşme dışı zararların tazminini mümkün olduğunca sözleşme alanına çekmek amacıyla ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğa ilişkin §278 BGB hükmünün uygulanmasıdır<sup>299</sup>. Özellikle *culpa in contrahendo* ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorileri ile uygulama alanı oldukça genişletilen §278 BGB hükmü, adam çalıştırmanın §831 hükmüne dayanan sorumluluğunu bertaraf etmek bakımından önemli bir role sahiptir.

Üçüncü yol ise, tüzel kişilerin organlarının ve temsilcilerinin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin §31 BGB hükmünün uygulanmasıdır. Bu noktada, §31 BGB hükmünün tercih

<sup>294</sup> van Dam, s. 79; Katzenmeier, §831 BGB N.2.

<sup>295</sup> Wagner, §831 BGB N.2; Markesinis/Unberath, s. 701 vd.

<sup>296</sup> Spindler/Rieckers, s. 73; Markesinis/Unberath, s. 702; Medicus/Lorenz, BT, N.1353; van Dam, s. 450; Wagner, §831 BGB N.97; Katzenmeier, §831 BGB N.148; Kötz/Wagner, N.292-293.

<sup>297</sup> Wagner, §831 BGB, N.45; Katzenmeier, §831 BGB N.8.

<sup>298</sup> Katzenmeier, §831 BGB N.8.

<sup>299</sup> Spindler/Rieckers, s. 73; Markesinis/Unberath, s. 703-705; van Dam, s. 451.

edilmesinin sebebi, sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmayan mutlak bir sorumluluk öngörmesidir.

### 1.3.5. İsviçre Hukuku

#### 1.3.5.1. İsviçre Borçlar Kanunu

İsviçre hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu, 1881 tarihli ilk İsviçre Federal Borçlar Kanununda Art.62 aOR hükmünde, yürürlükte bulunan 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda ise Art.55 OR hükmünde düzenlenmiştir. İş sahibinin sorumluluğu (*Haftung des Geschäftsherrn*) başlıklı Art.55 OR hükmüne göre; “(1) iş sahibi, çalışanların ve diğer yardımcı kişilerin hizmetlerini ya da işlerini yerine getirirken verdikleri zarardan, zararın meydana gelmesini engellemek için koşulların gerektirdiği tüm özeni gösterdiğini ya da gerekli özeni gösterseydi bile zararın meydana geleceğini ispatlamadıkça sorumludur. (2) İş sahibi, zarara sebep olan kimseye, sorumlu olduğu ölçüde rücu etme hakkına sahiptir”<sup>300</sup>.

Art.55 OR hükmü, genel norm niteliği sayesinde, İsviçre hukukunda bir dönem henüz özel düzenleme bulunmayan birtakım<sup>301</sup> kusursuz sorumluluk hâllerine ilişkin boşluğun doldurulmasında kullanılmak suretiyle sorumluluk hukukunun gelişiminde önemli rol oynamıştır. Öte yandan, zaman içerisinde çok sayıda sebep sorumluluğu hâlinin kabul edilmesi ile birlikte Art.55 OR hükmünün eski önemini kaybettiği, ancak özel hüküm bulunmayan durumlar bakımından uygulama alanını koruduğu belirtilmektedir<sup>302</sup>.

---

#### <sup>300</sup> Art.55/1 OR Haftung des Geschäftsherrn

(1) *Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.*

(2) *Der Geschäftsherr kann auf denjenigen, der den Schaden gestiftet hat, insoweit Rückgriff nehmen, als dieser selbst schadenersatzpflichtig ist.*

<sup>301</sup> İsviçre hukukunda Art.55 OR hükmü; Karayolları Trafik Kanununun yürürlüğünden önceki dönemde motorlu araçların verdiği zararlardan sorumluluk (**Oftinger/Stark** II/1, §20 N.2) ve PrHG'nin yürürlüğünden önceki dönemde hatalı ürünlerin neden olduğu zarardan üreticinin sorumluluğu bakımından uygulanmıştır (**Jaun**, s. 582-584). Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, VI, C, 1, a.

<sup>302</sup> **Widmer/Wessner**, s. 125.

### 1.3.5.2. Reform Önerileri

Art.55 OR hükmünün, modern organizasyon yapısına uygun düşmediğini savunan *Jäggi*, 1967 yılında İsviçre Hukukçular Günü'nde yaptığı bir konuşmada organizasyon sorumluluğu fikrini ortaya atmıştır<sup>303</sup>. *Jäggi*'ye göre, kusur sorumluluğu dışında kusursuz sorumluluk normlarına da ihtiyaç olduğunu gösteren iki temel olgu vardır. Bunlardan ilki, tehlikeleri de beraberinde getiren modern teknik olup, bu olguya uygun düşen tehlike sorumluluğudur. İkincisi ise, organizasyon olgusudur. Zarar verici olaylara, bireylerden ziyade, insan ve eşyanın organizasyonu sebep olur. Organizasyon fikrini karakterize eden de belirli bir tehlike değil, bu birlik ve güç toplamıdır. Özellikle büyük ölçekli modern işletmelerde bireysel kusurun tespiti güçlük arz ettiğinden, organizasyon sorumluluğu, bir işletmedeki kolektif ve objektif özen eksikliği (*kolektif özensizlik*) şeklinde tezahür eden işletme ayıbına (*Betriebsmängel*) dayanır. Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından da belirleyici olan, çalışanı seçmede, talimat vermede ve denetlemede özen gösterilmesi değil, bir işletmede herhangi bir kimse tarafından objektif özenin gösterilip gösterilmediği olmalıdır. Böylelikle Art.55 OR hükmü, üreticinin sorumluluğunu da kapsayacak şekilde genel bir organizasyon sorumluluğu normuna dönüştürülmelidir.

Benzer şekilde *Waespi* de mevzuatta dağınık hâlde bulunan çeşitli sorumluluk normlarını (Art.55 OR, Art.101 OR, Art.55 ZGB) bünyesinde toplayacak şekilde tek ve genel bir organizasyon sorumluluğu normunun kabul edilmesini önermektedir<sup>304</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi de 1993 tarihli Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun (*Produkthaftungsgesetz-PrHG*) yürürlüğünden önceki dönemde, üreticiyi adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tuttuğu içtihatlarında, Art.55 OR hükmü çerçevesinde “organizasyon sorumluluğu” fikrini geliştirmiştir<sup>305</sup>. Bu konuda dönüm noktası teşkil eden *Menfez Çerçevesi* kararında benimsenen yaklaşım, üründeki üretim hatasının, ürünün üretildiği işletmedeki kötü organizasyondan kaynaklandığı anlayışına dayanmaktadır<sup>306</sup>.

<sup>303</sup> *Jäggi*, s. 754 vd.

<sup>304</sup> *Waespi*, s. 366 vd.; *Ünlütepe*, s. 466-468.

<sup>305</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, VI, C, 1, a.

<sup>306</sup> *Altay*, s. 176.

### 1.3.5.3. Reform Tasarıları

#### 1.3.5.3.1. Widmer/Wessner Tasarısı

İsviçre sorumluluk hukukunun revizyonu için İsviçre Adalet Bakanlığı tarafından başlatılan çalışmalar neticesinde, Pierre Widmer ve Pierre Wessner tarafından hazırlanan, “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Federal Kanun Ön Tasarısı” (*Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines Bundesgesetzes, VE-OR*) 2000 yılında tamamlanarak kamuoyuna sunulmuştur. Söz konusu Ön Tasarı, uluslararası alanda yenilikçi karakteri nedeniyle övgüyle karşılanmış olmasına<sup>307</sup>, hatta Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri üzerinde de etkili olmuş olmasına rağmen<sup>308</sup>, İsviçre Adalet Bakanlığı tarafından 21 Ocak 2009 tarihinde, üzerinde yeterince uzlaşma sağlanamadığı gerekçesiyle gündemden kaldırılmıştır<sup>309</sup>.

VE-OR Ön Tasarısı’nda, yardımcı kişilerden sorumluluk (*Haftung für Hilfspersonen*) üst başlığı altında, sorumluluğun süjesi ve sorumluluktan kurtulma imkânının zorluğu bakımından birbirinden farklılık arz eden iki genel sorumluluk normuna yer verilmiştir<sup>310</sup>. Bunlardan ilki, “Genel Olarak” başlıklı Art.49 VE-OR hükmünde, ikincisi ise “İşletmelerde” başlıklı Art.49a VE-OR hükmünde yer almaktadır.

#### 1.3.5.3.1.1. Art.49 VE-OR

Art.49 VE-OR, geleneksel anlamda adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin Art.55 OR hükmüne tekabül etmektedir. Buna göre; “yardımcı kişi kullanan, bu kişinin kendisine verilen işi görürken verdiği zarardan, yardımcı kişiyi seçmede, talimat vermede ve denetlemede, söz konusu zararı önlemek üzere gerekli tüm tedbirleri aldığını ispatlamadıkça sorumludur”<sup>311</sup>.

<sup>307</sup> Büyüksağış, s. 46.

<sup>308</sup> Werro, Reform, s. 81 vd.

<sup>309</sup> <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2009/2009-01-21.html> (E.T: 01.08.2018).

<sup>310</sup> Widmer/Wessner, s. 125.

<sup>311</sup> Art.49 VE-OR

II. Haftung für Hilfspersonen

1. Im Allgemeinen

İktisadi veya mesleki amaçlı işletmeler bakımından sorumluluk Art.49a VE-OR hükmünde öngörüldüğünden, Art.49 VE-OR hükmünün uygulama alanı, iktisadi veya mesleki işletme dışında meydana gelen zararlar ile sınırlandırılmıştır<sup>312</sup>. Ayrıca, Art.55 OR hükmündeki “durumun gerektirdiği tüm özen” şeklindeki genel ifade yerine, doktrinde ve uygulamada geliştirilen klâsik üç özen ölçütü (seçme, talimat, denetim) hükümde açıkça belirtilmiştir. Böylelikle, adam çalıştırmanın Art.49 VE-OR hükmü bakımından özen yükümlülüğü, Art.49a VE-OR hükmünde işletmeler bakımından öngörülen ağır özen yükümlülüğünden ayırt edilmek istenmiştir.

Ayrıca, Art.55 OR hükmünden farklı olarak, illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtına, illiyet bağıını kesen sebeplere ilişkin olduğu gerekçesiyle madde metninde yer verilmediği gibi, adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkı da genel hükümlerden kaynaklandığı gerekçesiyle düzenlenmemiştir.

#### 1.3.5.3.1.2. Art.49a VE-OR

“Yardımcı kişilerden sorumluluk” üst başlığı altında yer alan “İşletmelerde” başlıklı Art.49a VE-OR hükmüne göre; “iktisadi veya mesleki amaçla faaliyet gösteren bir işletmede bir ya da birden fazla yardımcı kişi kullanan, bu faaliyet çerçevesinde meydana gelen zarardan, işletme organizasyonunun söz konusu zararı önlemeye elverişli olduğunu ispatlamadıkça sorumludur”<sup>313</sup>. Burada, işletmeler bakımından organizasyon hatasına (*Organisationsfehler*)<sup>314</sup> ya da organizasyon ayıbına (*Organisationsmangel*)<sup>315</sup> dayanan organizasyon sorumluluğu (*Organisationshaftung*) öngörülmüştür<sup>316</sup>. Böyle bir sorumluluk anlayışı geliştirilmesinin nedeni, karmaşık yapıda iş bölümü esasına göre faaliyet gösteren büyük ölçekli işletmelerde bireysel kusurun artık yeterli bir sorumluluk

---

*Wer sich einer Hilfsperson bedient, haftet für den Schaden, den diese in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht, es sei denn, er beweise, dass er bei der Auswahl, bei der Unterweisung und bei der Überwachung dieser Hilfsperson alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um den Schaden zu verhüten.*

<sup>312</sup> Widmer/Wessner, s. 127.

<sup>313</sup> Art.49a VE-OR

#### 2. In Unternehmungen

*Die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet für den Schaden, der im Rahmen dieser Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.*

<sup>314</sup> Widmer/Wessner, s. 21.

<sup>315</sup> Widmer/Wessner, s. 131.

<sup>316</sup> Widmer/Wessner, s. 129.



dayanağı olarak kabul edilmemesidir<sup>317</sup>. Art.55 OR hükmü, el işçiliği ile üretim yapılan ve tarımsal işletmelerin hâkim olduğu bir dönemin ürünü olup, modern işletme yapısına uygun değildir<sup>318</sup>.

Art.49a VE-OR hükmünde öngörülen bu sorumluluk, bir işletmede sadece çalışanların fiillerinden kaynaklanan zararlar ile de sınırlı değildir; şeyden sorumluluğu da kapsar. Bu doğrultuda, işletmede kullanılan ekipmandaki teknik bir arızadan kaynaklanan zararlar ile ürün sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin kapsamı dışında kalan hâllerde hatalı ürünün neden olduğu zararlardan sorumluluk da bu hükmün kapsamındadır<sup>319</sup>. Öte yandan, bu hüküm, bir işletmede tek başına çalışan kişilerin neden olduğu zararlar bakımından uygulanmaz<sup>320</sup>.

Burada, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin Art.49 VE-OR hükmüne nazaran daha ağır bir sorumluluk öngörülmüş olmakla birlikte, işletme sahibine, işletmede zararı önlemeye elverişli bir organizasyon kurduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı tanındığından, olağan sebep sorumluluğu söz konusudur. Zira sorumluluktan kurtulma imkânı getirmeyen bir düzenlemenin, küçük ve orta ölçekli işletmeler bakımından çok ağır bir yük getireceği düşünülmüştür<sup>321</sup>. Öte yandan, doktrinde İFM'nin konuya ilişkin içtihatları ile bağlantılı olarak düşünüldüğünde, pratikte getirmenin imkânsız olduğu bu kurtuluş kanıtı imkânından vazgeçilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir<sup>322</sup>.

Adam çalıştırın, zararın bir çalışanın fiilinden kaynaklandığı durumlarda, sorumluluktan kurtulabilmek için, öncelikle Art.49 VE-OR hükmündeki asgari üç özen ölçütüne (seçme, talimat, denetim) göre gerekli özeni gösterdiğini ve buna ek olarak işletmedeki organizasyonun ayıpsız/hatasız (*mängelfrei*) olduğunu ispatlamalıdır<sup>323</sup>.

---

<sup>317</sup> Widmer, Switzerland, s. 264.

<sup>318</sup> Widmer/Wessner, s. 125.

<sup>319</sup> Widmer/Wessner, s. 131.

<sup>320</sup> Widmer/Wessner, s. 130.

<sup>321</sup> Widmer/Wessner, s. 126; Widmer, Switzerland, s. 264.

<sup>322</sup> Honsell, s. 758.

<sup>323</sup> Widmer/Wessner, s. 132.

### 1.3.5.3.2. OR-2020 Tasarısı

Claire Huguenin ve Reto M. Hilty başkanlığındaki çalışma grubu tarafından, “kendini kanıtlamış olanı korumak, yeniye yer açmak” (*Bewährtes ist zu erhalten, Neuem ist Raum zu verschaffen*) sloganıyla, dört dilde, İsviçre borçlar hukukuna ilişkin yeni bir genel hükümler tasarısı hazırlanmıştır. “İsviçre Borçlar Kanunu Genel Bölüm 2020 Tasarısı” (*Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für eine neuen allgemeinen Teil-OR 2020*)<sup>324</sup> olarak adlandırılan bu çalışma 2013 yılında yayımlanmıştır.

Söz konusu Tasarıda, “Organizasyon Sorumluluğu” (*Organisationshaftung*) üst başlığı altında iki ayrı düzenlemeye yer verilmiştir. Bunlardan ilki, “Genel Olarak” başlıklı Art.58 OR-2020 hükmünde, diğeri ise, “Ticari İşletmelerde” başlıklı Art.59 OR-2020 hükmünde yer almaktadır.

#### 1.3.5.3.2.1. Art.58 OR-2020

Art.58 OR-2020 hükmüne göre; “adam çalıştıran, işçilerin veya diğeri yardımcı kişilerin işlerini görürken verdikleri zarardan, söz konusu zararı önlemek için durumun gerektirdiği özeni gösterdiğini ya da bu özeni gösterseydi bile zararın ortaya çıkacağını ispatlamadıkça sorumludur”<sup>325</sup>.

Burada, Art.55 OR hükmüne tekabül eden, klâsik ve dar anlamda, adam çalıştıranın çalışanın fiilinden sorumluluğu düzenlenmiştir<sup>326</sup>. VE-OR Ön Tasarısı’ndan farklı olarak, adam çalıştıranın özen yükümlülüğü klâsik üç özen ölçütüyle somutlaştırılmamış, bunun yerine, doktrinde geliştirilen diğeri ölçütleri de kapsayacak şekilde, Art.55 OR hükmündeki gibi genel bir ifade tarzı benimsenmiştir<sup>327</sup>. Yine VE-OR Ön Tasarısı’ndan farklı olarak, illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtının yeniden metne dâhil edildiği

<sup>324</sup> Bkz. <http://or2020.ch> (E.T.01.01.2016).

<sup>325</sup> Art.58 OR-2020

**C. Organisationshaftung**

**I. Im Allgemeinen**

*Der Geschäftsberr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht beweist, dass er die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.*

<sup>326</sup> Fellmann/Müller/Werro, Art.58 OR-2020, N.2.

<sup>327</sup> Fellmann/Müller/Werro, Art.58 OR-2020, N.5.

görülmektedir. Adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkına ilişkin düzenlemeye ise, özel bir rücu imkânı olmadığı, genel hükümlerdeki düzenleme karşısında gereksiz olduğu gerekçesiyle yer verilmemiştir<sup>328</sup>.

#### 1.3.5.3.2.2. Art.59 OR-2020

Art.59 OR-2020 hükmüne göre; “bir ticari işletme, işletme faaliyeti çerçevesinde meydana gelen zarardan, işletmedeki organizasyonun söz konusu zararı önlemeye elverişli olduğunu ispatlamadıkça sorumludur”<sup>329</sup>. Burada, Art.49a VE-OR hükmündeki “iktisadi veya mesleki amaçlarla faaliyet gösteren işletme” kavramı daraltılarak, hükmün uygulama alanı sadece ticari işletmelerle sınırlandırılmıştır<sup>330</sup>. Ticari işletmeler bakımından sorumluluk ağırlaştırılmış olmakla birlikte<sup>331</sup>, öngörülen bu sorumluluğun işletmedeki objektif özen eksikliğine bağlanmış olması ve böylelikle sorumlu kişiye kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınması, modern eğilimlere uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>332</sup>.

Bağımlı çalıştırma ilişkisinin varlığı aranmaksızın, bir işletme faaliyetinin neden olduğu zararlardan sorumluluk öngören bu hükmün uygulama alanı oldukça geniş olup, sadece ürün sorumluluğu değil, işletmenin sunduğu hizmetlerden sorumluluk da bu hüküm kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>333</sup>.

#### 1.3.6. Çin Hukuku

Haksız fiil hukukuna ilişkin kuralların ilk defa bir bütün olarak kodifiye edildiği<sup>334</sup> Çin Haksız Fiil Sorumluluğu Kanunu (侵权责任-CTL) 1 Temmuz 2010 tarihinde yürürlüğe

<sup>328</sup> Fellmann/Müller/Werro, Art.58 OR-2020, N.6.

<sup>329</sup> Art.59 OR-2020

**II. Bei kaufmännischen Unternehmen**

*Ein kaufmännisches Unternehmen haftet für den Schaden, der im Rahmen der Tätigkeit des Unternehmens verursacht wird, wenn es nicht beweist, dass die Organisation des Betriebs geeignet war, den Schaden zu verhüten.*

<sup>330</sup> Fellmann/Müller/Werro, Art.59 OR-2020, N.2.

<sup>331</sup> Werro/Müller, s. 353.

<sup>332</sup> Werro/Müller, s. 354; Peifer, s. 264.

<sup>333</sup> Fellmann/Müller/Werro, Art.59 OR-2020, N.6.

<sup>334</sup> Zhang, s. 417.

girmiştir<sup>335</sup>. Burada kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun kural olduğu (Art.6/1 CTL), kanunda öngörülen hâller ile sınırlı olmak üzere kusursuz sorumluluğun da söz konusu olabileceği (Art.7 CTL) düzenlenmiştir. Kanunda öngörülen kusursuz sorumluluk hallerinden biri de işverenin sorumluluğudur (Art.34, 35 CTL).

İşveren kurum<sup>336</sup>, çalıştırdığı işçinin işini görürken bir başkasına verdiği zarardan sorumludur (Art.34/1 CTL); bu sorumluluk, gerçek kişiler arasındaki çalıştırma ilişkileri bakımından da geçerlidir (Art.35/c.1 CTL). Hâkimiyet esasına dayanan bu sorumluluk bakımından<sup>337</sup> işverenin kusuru sorumluluğun bir şartı olmadığından, kusursuz sorumluluk söz konusudur<sup>338</sup>. Burada işverenin sorumluluğu, işçinin haksız fiilinden kaynaklanmaktadır<sup>339</sup>. Diğer bir ifadeyle, işverenin sorumluluğu işçinin şahsi sorumluluğuna yol açabilecek bir haksız fiilin varlığına bağlandığından, *başkasının fiilinden sorumluluk modeli* benimsenmiştir<sup>340</sup>. Dolayısıyla, işverenin sorumlu tutulabilmesi için işçi ya kusurlu olmalı ya da fiili bakımından öngörülmüş bir kusursuz haksız fiil sorumluluğu bulunmalıdır<sup>341</sup>.

Uygulamada, özellikle istihdam mâliyetlerini azaltmak amacıyla sıklıkla başvuru alan ödünç (geçici) iş ilişkisinde sorumluluk meselesi ise Art.34/2 CTL hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ödünç işçinin bir başkasına verdiği zarardan kural olarak sorumluluk, ödünç alan işveren kuruma aittir; ödünç veren kurumun sorumluluğu ise kusur esasına bağlı olup, ödünç alan işveren kurumun sorumluluğunu tamamlayıcı niteliktedir.

İşverenin işçiye rücu hakkı ve işçinin alacaklıya karşı şahsi sorumluluğunun olup olmayacağı hakkında kanunda açıklık yoktur<sup>342</sup>. İşverenin işçiye rücu meselesinin,

<sup>335</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bu**, s. 118 vd. Kanunun İngilizce metni için bkz. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn136en.pdf>

<sup>336</sup> Art.34 CTL hükmünde kullanılan ve sosyalist ideolojinin bir kalıntısı olan “işveren kurum” (work unit, *yongren danwei*) kavramı hakkında bkz. **Ding**, s. 77.

<sup>337</sup> **Bu**, s. 150.

<sup>338</sup> **Bu**, s. 150.

<sup>339</sup> **Bu**, s. 150.

<sup>340</sup> **Zhang**, s. 451; **Ding**, s. 85.

<sup>341</sup> **Bu**, s. 151.

<sup>342</sup> Çin haksız fiil hukukunun önemli kaynaklarından biri olan 2003 tarihli Bedensel Zarar Davalarında Hukukun Uygulanmasına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında Çin Yüksek Halk Mahkemesi'nin Yorumları'nda yer alan düzenlemede, işverenin işçi ile birlikte müteselsil sorumluluğu öngörülmüş, işverenin işçiye rücu hakkı ise sadece, işçinin kasıt ya da ağır ihmal derecesinde kusurunun bulunduğu hâller ile sınırlı olarak kabul edilmiştir (Art.9/1 IPI).

kanunda düzenlenmeyerek çözümünün yargı uygulamasına bırakıldığı kabul edilmektedir<sup>343</sup>. Zarar görenin doğrudan işçiye başvurma imkânının ise, uluslararası eğilim ile uyumlu olarak, artık mümkün olmadığı ileri sürülmektedir<sup>344</sup>.

### 1.3.7. Avrupa Haksız Fiil Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları

#### 1.3.7.1. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (PETL)

Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (*Principles of European Tort Law- PETL*), Jaap Spier ve Helmut Koziol başkanlığındaki Avrupa Haksız Fiil Hukuku Grubu (*European Group of Tort Law*) tarafından hazırlanarak 2005 yılında yayımlanmıştır<sup>345</sup>. Bu ilkelerde çalıştırının sorumluluğu ayrı bir maddede özel olarak düzenlenmiştir. Başkalarından sorumluluk (*liability for others*) üst başlığı altında, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk (*liability for auxiliaries*) başlığını taşıyan Art.6:102 PETL hükmüne göre: “(1) Bir kimse, yardımcı kişilerinin görevleri kapsamında hareket ederken davranış kurallarını ihlâl etmek suretiyle verdikleri zarardan sorumludur. (2) Bağımsız çalışan ise, bu hüküm bakımından yardımcı kişi değildir”<sup>346</sup>.

Art.6:102 PETL uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için çalıştırının kusuru aranmadığından, bir kusursuz sorumluluk söz konusudur<sup>347</sup>. Ayrıca, çalıştırının sorumluluğu, yardımcı kişinin şahsi sorumluluğuna bağlandığından, çalışanın kusuru olmadığı gerekçesiyle kendi sorumluluğuna başvurulmadığı durumlarda, çalıştırın da sorumlu tutulamamaktadır<sup>348</sup>. Dolayısıyla, Art.6:102 PETL hükmünde başkasının fiilinden sorumluluk modeli benimsenmiştir<sup>349</sup>. Örneğin, ameliyat esnasında hekimin

<sup>343</sup> Bu, 152; Ding, s. 93.

<sup>344</sup> Bu, s. 150.

<sup>345</sup> Metin için bkz. [www.egtl.org](http://www.egtl.org)

<sup>346</sup> Art.6:102 PETL hükmü, yardımcı kişinin başkasına verdiği zararın, adam çalıştırana isnat edilebilmesini sağlayan bir düzenlemedir. “Temel norm” başlıklı Art.1:101 PETL hükmüne göre, “(1) Bir başkasının uğradığı zarar hukuken kendisine isnat edilebilen kişi, o zararı tazminle yükümlüdür. (2) Zararın, özellikle şu üç durumda isnat edilebileceği kabul edilir: (a) zarar kusuruyla sebep olan, (b) zarara yürüttüğü aşırı derecedeki tehlikeli faaliyeti ile sebepolan, (c) görev kapsamı çerçevesinde hareket eden yardımcısı kişisi zarara sebep olan”. Art.6:102 PETL hükmü de (c) bendinde öngörülen bir hâl teşkil eder.

<sup>347</sup> Moréteau, PETL, N.2.

<sup>348</sup> Moréteau, PETL, N.17.

<sup>349</sup> Wagner, s. 916.

kalp krizi geçirmesi durumunda (*kalp krizi olayı*)<sup>350</sup>, hastanenin yardımcı kişisi konumundaki hekimin kusuru olmadığından, hekimi çalıştıran hastane Art.6:102 PETL hükmüne göre hastanın uğradığı zarardan sorumlu tutulamayacaktır<sup>351</sup>.

Art.6:102 PETL hükmünde düzenlenen sorumluluk, dar ve teknik anlamda işçi konumundaki kişilerin fiilleri ile sınırlı değildir; sorumlu tutulan kişinin hem ticari hem de şahsi ya da ailevi hayatına dâhil olan tüm çalışma ilişkileri bakımından uygulanır. Söz konusu hükümde işçi (*employee*) yerine yardımcı kişi (*auxiliary*) kavramının kullanılmış olması da bunun göstergesidir. Sorumlu tutulan kişiye, sürekli ya da tesadüfi, ivazlı ya da ivazsız olarak yardım edenler dahi, Art.6:102 PETL anlamında yardımcı kişi olarak nitelendirilebilir. Bağımsız çalışanların verdiği zarardan sorumluluk açıkça hükmün kapsamında bırakılmış olmakla birlikte, bağımsız çalışan olarak kabul edilen bir kişinin, somut olayda, bir başkasının denetim ya da kontrolü altında, bağımlılık ilişkisi çerçevesinde faaliyet gösterdiğine ilişkin bir emare varsa, bu kişi Art.6:102 hükmü anlamında bir yardımcı kişi niteliğini kazanabilir<sup>352</sup>. Zarar görenin, kendisine zarar verenin, çalıştırmanın istihdam ettiği bir kimse olduğunu ispatlaması yeterli olup, yardımcı kişinin kimliğini tespit etmesi zorunlu değildir<sup>353</sup>. Görülen iş ile meydana gelen zarar arasındaki bağ ise, en geniş şekilde anlaşılmalı, her somut olayda değerlendirilmelidir.

### 1.3.7.2. Avrupa Hukuku İlkeleri-Başkasına Verilen Zarardan Sözleşme Dışı Sorumluluk (PEL Liab. Dam.)

Prof. Dr. Christian von Bar başkanlığında Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu (*Study Group on a European Civil Code*) tarafından hazırlanan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı'nın (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*) altıncı kitabını, 2009 yılında yayımlanan Avrupa Hukuku İlkeleri-Başkasına Verilen Zarardan Sözleşme Dışı Sorumluluk (*Principles of European Law- Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another-PEL Liab. Dam.*) oluşturur. Kasıt ya da ihmâl aranmayan

<sup>350</sup> Örnek için bkz. **Moréteau**, PETL, N.17-18.

<sup>351</sup> Hekimi istihdam eden hastanenin, işgücü maliyetini azaltmak amacıyla yetersiz personel çalıştırdığı ve söz konusu hekimin de aşırı yoğun tempoda çalıştırılması nedeniyle kalp krizi geçirdiği tespit edilirse, bu durumda hastane Art.4:202 PETL hükmüne göre sorumlu tutulabilecektir. Bkz. İkinci Bölüm, §6, III, F, 1, c.

<sup>352</sup> **Moréteau**, PETL, N.12.

<sup>353</sup> Hükümde yardımcı kişi kavramının auxiliaries şeklinde çoğul olarak kullanılmasının sebebi budur (**Moréteau**, PETL, N.6).

sorumluluk (*accountability without intention or negligence*) üst başlığı altında düzenlenen “Çalışanların ve temsilcilerin verdiği zarardan sorumluluk” (*accountability for damage caused by employees and representatives*) başlıklı Art.3:201(1) PEL Liab. Dam. hükmüne göre: “bir kişiyi çalıştıran ya da benzer şekilde bir kişiye iş gördüren, bu kişinin kendisine verilen işi gördüğü esnada, kasten veya ihmâlen ya da bir başka sebeple sorumluluğuna yol açacak şekilde üçüncü kişiye verdiği zarardan sorumludur”.

Art.3:201(1) PEL Liab. Dam. hükmünde düzenlenen sorumluluk bakımından, üst başlığından da anlaşıldığı üzere, çalıştıranın kusuru aranmaz<sup>354</sup>. Ancak çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için, çalışanın kasıt ya da ihmâl derecesinde kusurunun bulunması ya da meydana gelen zarardan bir başka objektif sorumluluk sebebiyle<sup>355</sup> sorumlu tutulabiliyor olması gerekir<sup>356</sup>. Çalıştıranın, çalışanı seçmede, denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispat suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır<sup>357</sup>.

Dar ve teknik anlamda iş ilişkileri başta olmak üzere, benzer (“*or similarly engages*”) nitelikteki çalıştırma ilişkileri de hükmün uygulama alanına dâhildir. Çalıştıranın sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, çalıştıranın bağlayıcı nitelikteki talimatları aracılığıyla çalışanın fiilini asgari düzeyde yönlendirme ve denetleme imkânına soyut olarak dahi olsa sahip olması gerekli ve yeterlidir<sup>358</sup>. “Talimatsal bağımlılık ilişkisi” (*relationship of instructional dependence*) olarak ifade edilen bu durumu izah eden çeşitli örnekler<sup>359</sup> verilmektedir: Uçuş eğitmeninin denetim ve gözetimi altında öğrenci pilot tarafından kumanda edilen uçağın, eğitmenin talimat ve denetleme yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle düşmesi senaryosunda uçuş eğitmeninin uçuş eğitim merkezini işleten şirketin çalışanı olmamasına ve hatta uçuş dersleri için şahsi makbuz düzenlemesine rağmen, eğitmenlerini seçme ve denetlemede oldukça yüksek standartlar uygulayan bu merkez bünyesinde sürekli olarak faaliyet gösteriyorsa, çalıştıran sıfatıyla uçuş eğitim

<sup>354</sup> von Bar, PEL, s. 566.

<sup>355</sup> Örneğin, hayvan bulunduranın sorumluluğu (Art.3:203 PEL Liab. Dam.) ya da motorlu taşıt işletenin sorumluluğu (Art.3:205 PEL Liab. Dam.).

<sup>356</sup> Bu şartın, çalıştıranın sorumluluğunun çalışanın şahsi sorumluluğuna bağlanması anlamına gelmediği; ilgili ulusal hukukta çalışanın şahsi sorumluluğuna başvurulabilmesi için kasıt ya da ağır ihmâl gibi nitelikli bir kusur aranyorsa bile çalıştıranın sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir (von Bar, PEL, s. 637). Her halükârda, çalışanın ya kusuru ya da fiili bakımından bir kusursuz sorumluluk hâlinin varlığı arandığından, başkasının fiilinden sorumluluk modelinden uzaklaşmadığı kanaatindeyiz.

<sup>357</sup> Söz konusu düzenleme, gerekli özenin gösterildiğine ilişkin kurtuluş kanıtı imkânı tanımaması bakımından, Avrupa ülkelerinin çoğunda benimsenen model ile uyumludur (Werro, Reform, s. 98).

<sup>358</sup> von Bar, PEL, s. 634.

<sup>359</sup> Örnekler için bkz. von Bar, PEL, s. 634-635.

merkezinin sorumluluğuna başvurulabilir. Benzer şekilde, faaliyet alanı ve çalışma saatleri çalıştığı özel hastane tarafından belirlenen bir jinekolog hekimin ihmâli davranışı neticesinde yeni doğan bebekte meydana gelen görme kaybı nedeniyle meydana gelen zarardan hastanenin çalıştırıcı sıfatıyla sorumluluğuna başvurulabilecektir. Öte yandan, bir kurumsal tahkim yargılamasında lehine hüküm elde eden tarafın, hakemlerin fahiş bir usulî hatası nedeniyle hakem kararını davalının bulunduğu ülkede tenfiz edememesi durumunda, söz konusu kurumsal tahkim merkezi (hakem listesini yayımlamış olsa bilse) hakem heyetinin çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu tutulamaz.

Çalıştırma ilişkisinin süresi ya da ivazlı olup olmaması, Art.3:201 PEL Liab. Dam. hükmünün uygulanması bakımından önem taşımaz. Ancak günlük hayatta kendiliğinden gelişen dostça yardım ilişkileri çalıştırma ilişkisi değildir. Örneğin, evdeki misafirinden sıcak tencereyi taşıması konusunda yardım isteyen ev sahibi, misafirin tencereyi devirerek bir başka misafire verdiği zarardan bu hükme göre sorumlu tutulamaz<sup>360</sup>. Bağımsız çalışanların fiilleri ve bir çalışanın başka bir çalışana verdiği zararlar (Art.7:104 PEL Liab. Dam.) ise sorumluluğun kapsamı dışındadır.

Görülen iş ile meydana gelen zarar arasında bağ olup olmadığı tespit edilirken, çalışanın, çalıştırıcının etki alanı dâhilinde mi yoksa münhasıran şahsi amaçlarla mı hareket ettiği değerlendirilir. Çalıştırıcının sorumlu tutulabilmesi için üçüncü kişinin zarara uğrama rizikosunun kaynağı çalıştırma ilişkisinde bulunmalıdır. Örneğin, görev tanımında vasiyetname ile ilgili işler bulunmayan bir avukat stajyerinin, ölümcül bir hastalığı bulunan müvekkili yanlış yönlendirmesi neticesinde şekle aykırı olarak düzenlenen vasiyetnamenin geçersizliği nedeniyle zarara uğrayan mirasçılar, Art.3:201 PEL Liab. Dam. hükmüne göre, stajyeri çalıştırıcı sıfatıyla avukatın sorumluluğuna başvurabilir<sup>361</sup>. Stajyerin, kendisine verilen talimatlara kasten aykırı davranması, avukatın adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

<sup>360</sup> von Bar, PEL, s. 636.

<sup>361</sup> Örnek için bkz. von Bar, PEL, s. 636.



### 1.3.8. Değerlendirme

Çalışmamızın bu kısmında, çeşitli hukuk sistemlerine dâhil olan başlıca yabancı ülke hukuklarında adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Yapılan incelemede, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından benimsenen iki temel model olduğu görülmektedir. Bunlardan ilkinde adam çalıştırıcı, başkasının (çalışanın) fiilinden (*dolaylı sorumluluk*), kusuru aranmaksızın sorumlu tutulmaktadır [*model 1*]. İkincisinde ise adam çalıştırıcı, kendi fiilinden (*doğrudan sorumluluk*), kusur esasına göre sorumlu tutulmaktadır [*model 2*].

*İlk modelde adam çalıştırıcı, çalışanın haksız fiilinden sorumlu tutulmaktadır.* Burada adam çalıştırıcının sorumlu tutulabilmesinin önkoşulu, çalışanın haksız fiili nedeniyle şahsi sorumluluğuna başvurulabiliyor olmasıdır. Dolayısıyla, çalışanın (örneğin, kusuru olmadığı gerekçesiyle) sorumlu tutulamadığı durumlarda, adam çalıştırıcı da sorumlu tutulamaz. Sorumluluğun odak noktası, çalışanın şahsi sorumluluğuna yol açan bir haksız fiilin varlığıdır; adam çalıştırıcının çalışana yönelik özen yükümlülüğünü ihlâl etmiş olması değildir. Çalışanın fiili adam çalıştırıcıya *izafe edilir* ve adam çalıştırıcı, çalışanın fiilinden *kendi fiiliymiş gibi* sorumlu tutulur. Bu nedenle sorumluluk mutlaktır; adam çalıştırıcının, çalışana seçmede, denetlemede ve ona talimat vermede gerekli özeni gösterdiğini, zararın doğmasını engellemek için gerekli tüm tedbirleri aldığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. Adam çalıştırıcının kusuru sorumluluğun bir şartı olmadığından, kusursuz sorumluluk söz konusudur.

Bu modelde çalışanın kusurunun varlığı, sorumluluğun en temel şartıdır. Adam çalıştırıcının sorumlu tutulabilmesi için, çalışanın somut olayda (kusursuz sorumluluğunu gerektiren bir durum bulunmadığı müddetçe) kusurlu hareket etmiş olması gerekir. Çalışanın kusurunu ispat ise zarar görene düşer. Bu sorumluluk modelini zarar gören açısından elverişsiz kılan özellik budur. Örneğin, inşaat alanında çalışan bir işçinin, ağır bir metal levhayı, duvara gelişigüzel bir şekilde yaslayıp bıraktığını ve çıkan rüzgârın etkisiyle levhanın düşerek, o esnada yoldan geçmekte olan bir kişinin yaralanmasına neden olduğunu varsayalım (*metal levha olayı*)<sup>362</sup>. Böyle bir durumda işçinin levhayı,

<sup>362</sup> Bu örnek olayın çeşitli ülke hukukları bakımından karşılaştırmalı bir değerlendirmesi için bkz. **Werro/Palmer/Hahn**, s. 144 vd.

düşmesine neden olacak şekilde özensizce yerleştirdiğini zarar görenin ispatlaması gerekir. Söz konusu ispat güçlüğü'nün, hayat tecrübelerinden hareketle ilk görünüş ispatı ile aşılması düşünülebilir<sup>363</sup>. Öte yandan *kalp krizi olayında*, hekimin kusuru bulunmadığından, hastanenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulması mümkün değildir.

*İkinci modelde ise, adam çalıştıran, kendi fiilinden sorumlu tutulmaktadır.* Sorumluluğun odak noktası, adam çalıştıranın çalışana yönelik özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi şeklinde ortaya çıkan kendi kusurlu fiilidir. Adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlâl etmekte kusurlu olduğu karineten kabul edilir; adam çalıştıran bu karinenin aksini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir. Burada, çalışan nezdinde hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterli olup, çalışanın bu fiili nedeniyle şahsen sorumlu tutulup tutulamaması önemli değildir. İlk modelin aksine, adam çalıştıran ile çalışanın sorumluluğu birbirine bağlanmadığından, kusuru olmadığı gerekçesiyle çalışanın şahsi sorumluluğuna başvurulmadığı durumlarda da adam çalıştıran sorumlu tutulabilir. Çalışanın kusuru sorumluluğun bir şartı olmadığından, zarar gören, çalışanın kusurunu ispatlamak zorunda değildir. Ancak adam çalıştıranın kusurunun varlığı şarttır.

### Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Sorumluluk Modelleri

**Kusur Karinesine Dayanan Kusur Sorumluluğu**  
*Almanya*

**Olağan Sebep Sorumluluğu Niteliğinde Kusursuz Sorumluluk**  
*İsviçre*  
*Türkiye*

**Kurtuluş Kanıtı İmkânı Bulunmayan (dar anlamda) Kusursuz Sorumluluk**  
*İngiltere, Fransa, Çin, PETL, PEL Liab. Dam.*

Kendi Fiilinden Sorumluluk Modeli, Doğrudan Sorumluluk  
(*Direct Liability*)

Başkasının Fiilinden Sorumluluk Modeli, Dolaylı Sorumluluk  
(*Vicarious Liability*)

<sup>363</sup> Werro/Palmer/Hahn, s. 157.

Yapılan karşılaştırmalı incelemede, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından hâkim modelin, *başkasının fiilinden kusursuz sorumluluk* olduğu görülmektedir. Bu model, İngiltere ve Fransa başta olmak üzere Avrupa ülkelerinin çoğunda<sup>364</sup>, Avrupa haksız fiil hukukunu yeknesaklaştırma çalışmaları kapsamında hazırlanan PETL ve PEL Liab. Dam. hükümlerinde ve Çin hukukunda benimsenmiştir. Alman hukukunda benimsenen ise, adam çalıştırmanın kusur karinesine dayalı kendi fiilinden sorumluluk modelidir.

Görüldüğü üzere, bir ülke hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından benimsenen modelde belirleyici olan, o ülkenin dâhil olduğu hukuk sistemi değildir. Örneğin, başkasının fiilinden sorumluluk modeli Anglo-Sakson hukuk sistemi kaynaklı olmasına rağmen, bu modeli benimseyen ülkeler arasında, Fransa gibi Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkeler yanında, Çin gibi “hibrid” bir hukuk sistemine sahip ülkeler de bulunmaktadır.

**Türk-İsviçre hukukunda benimsenen karma modelde ise, adam çalıştırın kendi fiilinden kusuru aranmaksızın sorumlu tutulmaktadır.** Bu karma model, adam çalıştırmanın kendi fiilinden sorumlu tutulması bakımından ikinci modele benzer; ancak adam çalıştırmanın kusurunun aranmaması bakımından farklılık gösterir. Burada, adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermediği ve üçüncü kişinin bu nedenle zarara uğradığı kanun tarafından karineten kabul edilir. Gerekli özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle kurtuluş kanıtı getirmek ve böylelikle sorumluluk karinesini çürütmek adam çalıştırana düşer. Ancak bu kurtuluş kanıtının getirilmesi, kusursuzluğun ispatına eşdeğer değildir. Adam çalıştırın, gerekli özeni gösterdiğini objektif bir durum olarak ispatlamak zorundadır; gerekli özeni göster(e)memekte kusuru bulunmadığını ispatlaması yeterli değildir. Kurtuluş kanıtı getirilmesi kusursuzluğun ispatından zor olduğundan, burada öngörülen sorumluluk, kusur sorumluluğundan daha ağırdır. Bu karma modeli ilk modelden ayıran en temel fark ise, adam çalıştırının sorumluluğunun, çalışanın şahsi sorumluluğundan bağımsız olmasıdır. Dolayısıyla adam çalıştırın, çalışanın kusuru olmadığı gerekçesiyle şahsi sorumluluğuna başvurulamadığı durumlarda bile sorumlu tutulabilmektedir. Karma modelin uygulama alanı, bu bakımdan, başkasının fiilinden sorumluluk modelinden geniştir. Örneğin, *kalp krizi olayında* hekimin kusurunun bulunmaması Art.6:102 PETL bakımından özel hastanenin sorumlu tutulmasına engel

<sup>364</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Werro/Palmer/Hahn**, s. 393 vd.; **Koch**, Experiences, s. 27.

teşkil ederken, TBK 66 bakımından böyle bir engel söz konusu olmayacağından, kurtuluş kanıtı getiremeyen hastane, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir.

Son olarak, yapılan karşılaştırmalı incelemede, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde dikkat çeken başlıca ortak hususlar şöyledir:

1. Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından çalışan kavramı, dar ve teknik anlamda işçi kavramını da kapsayan ve fakat bundan daha geniş bir anlama sahiptir. Adam çalıştıran ile çalışan arasında hâkimiyet ilişkisi bulunduğu müddetçe, ticari, mesleki, ailevi vb. her türlü çalıştırma ilişkisi kapsamında görülen işin, adam çalıştıranın sorumluluğuna kaynaklık edebileceği kabul edilmektedir.

2. Çalışanın, yüksek niteliklere sahip olması, teknik bilgisinin, mesleki tecrübesinin adam çalıştırandan fazla olması, adam çalıştıranın sorumluluğunun uygulanmasına engel değildir.

3. Bazı yabancı ülke hukuklarında, zarar görenin, doğrudan çalışanın sorumluluğuna başvurma imkânı ya sınırlandırılmış (örneğin, Fransa) ya da tamamen kaldırılmıştır (örneğin, Çin). Benzer bir eğilim, adam çalıştıranın çalışana rücu hakkı bakımından da söz konusudur. Adam çalıştıranlar çalışana rücu haklarını kullanmayı uygulamada genellikle tercih etmemektedir. Öte yandan bazı ülkelerde (*İngiltere, Fransa, Avusturya*) özellikle işçi statüsündeki çalışanlar bakımından, işverenin ve/veya işverenin sigortacısının çalışana rücu hakkını sınırlandıran birtakım hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa'da hâkim olan modelde, adam çalıştıranın sorumluluğu, çalışanın şahsi sorumluluğu üzerine kurulu olmakla birlikte, bu gelişmeler çalışanın şahsi sorumluluğunun zayıfladığını göstermektedir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

#### 2.1. ADAM ÇALIŞTIRAN İLE ÇALIŞAN ARASINDA BİR ÇALIŞTIRMA İLİŞKİSİ BULUNMASI

##### 2.1.1. Adam Çalıştıran Kavramı

###### 2.1.1.1. Genel Olarak

TBK 66 hükmünde düzenlenen sorumluluğun süjesi “adam çalıştıran” kişidir. Adam çalıştıran kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Ancak sorumluluğun amacı ve esası doğrultusunda bu kavramın içeriği tespit edilebilir<sup>365</sup>. Adam çalıştıran, öncelikle bağımlılık ilişkisinden hareketle tanımlanır<sup>366</sup>. Zira bir kimseye adam çalıştıran niteliği veren, bu kimsenin bir başkası (çalışan) üzerinde sahip olduğu fiili hâkimiyet yetkisi ve buna kaynaklık eden bir bağımlı çalışma ilişkisinin varlığıdır. Ayrıca, çalışan, adam çalıştırana ait bir işi onun menfaatine gördüğünden, tanım yapılırken, bu menfaat unsuru da dikkate alınır.

Adam çalıştıran kavramı, doktrinde ve uygulamada oldukça geniş bir şekilde tanımlanır. Buna göre adam çalıştıran; bir kimseyi kendisine ait bir işte, emir ve talimatları doğrultusunda çalıştırmak suretiyle, onun hizmetinden kendi menfaati için yararlanan kişidir<sup>367</sup>. Adam çalıştıran; iş sahibi (*Geschäftsinhaber*)<sup>368</sup>, iş faaliyetini yürüten kişi (*Träger des Geschäftsbetriebs*)<sup>369</sup>, hiyerarşik olarak daima en üst konumda olandır<sup>370</sup>.

<sup>365</sup> von Büren, s. 252.

<sup>366</sup> Fellmann/Kottmann, N.735-736.

<sup>367</sup> von Tuhr, s. 351; Widmer/Wessner, s. 127; Eren, Genel, s. 647; Reisoğlu, Borçlar, s. 119; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 56; Antalya, s. 556; Aybay, s. 95; Feyzioğlu I, s. 617.

<sup>368</sup> Brehm, Art.55 OR N.52.

<sup>369</sup> Brehm, Art.55 OR N.6; Fischer/Iten, Art.55 OR N.10.

<sup>370</sup> Honsell, §13 N.12; Schwenzler, N.23.17; Kessler, Art.55 OR N.11; Müller-Chen, Art.55 OR N.8; Fischer/Iten, Art.55 OR N.18; Rey/Wildhaber, N.1067.

Adam çalıştıran gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir<sup>371</sup>. Ayrıca, tüzel kişiliği bulunmayan bir âdi ortaklık, miras ortaklığı, elbirliği ortaklığı, paylı mülkiyet ya da kat mülkiyeti ilişkisi çerçevesinde de adam çalıştırma ilişkisi ortaya çıkabilir.

### 2.1.2.1. Benzer Kavramlar ile İlişkisi

#### 2.1.1.2.1. İşveren Kavramı ile İlişkisi

Bireysel iş hukukunun temel kavramlarından biri olan işveren, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” olarak tanımlanır (İŞK 2/1). İşveren, iş sözleşmesine dayanarak bir işçiyi, ücret karşılığında bağımlı olarak çalıştıran kişi olup, iş görme ediminin yerine getirilmesini isteme ve işçiye en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahiptir<sup>372</sup>. Genellikle tek bir kişinin uhdesinde bulunan bu iki yetkinin, farklı kişilere ait olması durumunda, soyut işveren-somut işveren ayrımı yapılır. Bu ayrım, en belirgin şekilde tüzel kişi işverenlerde ortaya çıkar: İşin görülmesini talep etme yetkisine sahip olan tüzel kişinin kendisi soyut işveren, yönetim hakkına ve talimat verme yetkisine sahip olan tüzel kişinin organını oluşturan gerçek kişiler ise somut işveren olarak nitelendirilir<sup>373</sup>. Böyle bir ayrımın bulunduğu durumlarda, hukuki sorumluluk soyut işverene aittir.

TBK 66 anlamında adam çalıştıran da gerçek kişi ya da tüzel kişi olabileceği gibi, tüzel kişiliğe sahip olmayan bir yapılanmada da (örneğin, âdi ortaklık) adam çalıştırma ilişkisi ortaya çıkabilir. Öte yandan, TBK 66 anlamında adam çalıştırandan bahsedilebilmesi için, işverenden farklı olarak, çalışan ile arasında sözleşme ilişkisi bulunması şart olmadığı gibi, ücret de bu çalıştırma ilişkisinin zorunlu unsuru değildir. Bu açıdan adam çalıştıran, işveren kavramını da içeren ve fakat ondan daha geniş bir kavramdır<sup>374</sup>. Ayrıca, tüzel kişiler bakımından adam çalıştıran sıfatı, tüzel kişiliğe aittir; tüzel kişinin organını

<sup>371</sup> Brehm, Art.55 OR N.6a; Kessler, Art.55 OR N.5; Müller-Chen, Art.55 N.6; Fellmann/Kottman, N.737; Oğuzman/Öz II, s. 140; Eren, Genel, s. 648; Antalya, s. 556; Reisoğlu, Borçlar, s. 120;

<sup>372</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 153; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 29.

<sup>373</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 154; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 30; Senyen-Kaplan, s. 32.

<sup>374</sup> Eren, Genel, s. 647; Antalya, s. 556.

oluşturan gerçek kişiler, TBK 66 bakımından ne adam çalıştıran ne de çalışan konumundadır.

#### 2.1.1.2.2. İşveren Vekili Kavramı ile İlişkisi

İş hacminin genişlemesi, işverenin tüzel kişi olması, uzmanlaşma ihtiyacı gibi çeşitli gerekçelerle işi tek başına yönetmesi mümkün olmayan işveren, yönetim yetkisini değişik düzeylerde görevlendirdiği kişiler aracılığıyla kullanır. Bu tür kişiler, iş hukukunda “işveren vekili” olarak adlandırılır. İşveren vekili, “işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler”dir (İŞK 2/4). Örneğin, fabrika müdürü, insan kaynakları yöneticisi, şef, teknik amir, ustabaşı, genel müdür, genel müdür yardımcısı gibi unvanlarla anılan kişiler işveren vekili niteliğindedir<sup>375</sup>. Bir kimsenin işveren vekili olarak işveren adına hareket edebilmesi için, işveren tarafından kendisine temsil yetkisi verilmiş olması ve bu yetki çerçevesinde yönetimde görevlendirilmesi gerekir. İşveren vekilinin bu temsil yetkisi, genellikle işveren ile arasındaki iş sözleşmesine dayanır<sup>376</sup>. Böyle bir durumda işveren vekilliği çift görünümlü bir hukuki nitelik arz eder: İşveren vekili, işverene karşı işçi, işçilere karşı da işveren vekili sıfatına sahip olur<sup>377</sup>. “İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur” (İŞK 2/4). İşveren vekili ile işveren arasında genellikle bir iş sözleşmesi bulunur.

Kanaatimizce; bireysel iş hukuku bakımından işveren vekili konumundaki kişiler, TBK 66 bakımından adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü yerine getirmekte kullandığı yardımcı kişiler olup, adam çalıştıran niteliğine sahip olmadıkları kabul edilmelidir.

#### 2.1.1.2.3. Alt İşveren Kavramı ile İlişkisi

Çalışma hayatındaki tipik istihdam modelinde işveren, işyerindeki mal ya da hizmet üretimi faaliyetini kendi işçileri ile yürütür. Ancak günümüzde teknolojik ve ekonomik

<sup>375</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 155; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 42; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 51-52.

<sup>376</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 198; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 43; Senyen-Kaplan, s. 32; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 52.

<sup>377</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 198.

gelişmelerin etkisiyle atipik istihdam modelleri ortaya çıkmış olup, uygulama sıklıkla başvurulan bu modellerden biri de alt işverenlik ilişkisidir<sup>378</sup>. Üçlü iş ilişkisi niteliğindeki alt işverenlik ilişkisinde, bir işverenin iş organizasyonu dâhilinde kendi işçileri ile birlikte bir başka işverenin işçilerinin de çalışması söz konusudur.

Alt işverenlik ilişkisi; bir işverenin (asıl işveren) işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin olarak asıl işin bir bölümünü ya da asıl işe yardımcı bir işi üstlenen diğer işverenin (alt işveren), bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırmasıdır (İŞK 2/7). Bu ilişki, asıl işveren ile alt işveren arasındaki eser, kira, taşıma vb. nitelikteki bir sözleşmeye dayanır; aralarındaki bir iş ilişkisi değildir<sup>379</sup>. Burada önemli olan hem asıl hem de alt işverenin kendi işçilerini çalıştırmak suretiyle işveren sıfatlarını devam ettirmeleridir. Ayrıca, alt işverenin üstlendiği iş, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü iş ile ilgili olmalıdır. Bu doğrultuda, asıl işin bir bölümünde “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” ya da asıl işe yardımcı işler alt işverene verilebilir. Bir işverenin yürüttüğü işin tamamını bir başkasına bıraktığı durumlarda (anahtar teslimi iş)<sup>380</sup> ya da söz konusu işi, işi üstlenen kimsenin, işçi çalıştırmaksızın bizzat yerine getirdiği durumlarda alt işverenlik ilişkisi doğmaz.

Alt işveren; asıl işverenden aldığı işi kendi adına ve bağımsız bir şekilde, kendi işçileri aracılığıyla yürüten, asıl işverenden ayrı bir işverendir<sup>381</sup>. İş hukuku doktrininde tartışmalı olmakla birlikte<sup>382</sup>, alt işverenin iş yaptığı (asıl işverene ait) işyeri bölümü, alt işveren açısından ayrı bir işyeri olarak değerlendirilir<sup>383</sup>. Alt işveren işçileri, kendi işverenleri olan alt işverenin emir ve talimatları ile bağlıdırlar; iş görme borçlarını alt işverenin yönetimine tâbi olarak yerine getirirler. Asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur<sup>384</sup>.

Öte yandan, iş sağlığı ve güvenliği bakımından konuya farklı bir şekilde yaklaşılır. Alt işverenlik ilişkisinde kural olarak her işveren kendi işçilerine yönelik olarak iş sağlığı ve

<sup>378</sup> Aydınlı, s. 176 vd.; Ekonomi, s. 21 vd.

<sup>379</sup> Akın, Alt İşverenlik, s. 87-88; Ekonomi, s. 28.

<sup>380</sup> Senyen-Kaplan, s. 35; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 33; Akın, Alt İşverenlik, s. 176 vd.

<sup>381</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 164; Aydınlı, s. 181; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 33; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 56; Narmanlioğlu, s. 57.

<sup>382</sup> Doktrindeki farklı görüşler için bkz. Aydınlı, s. 181, dn.67.

<sup>383</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 164; Aydınlı, s. 181; Narmanlioğlu, s. 60.

<sup>384</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 164; Narmanlioğlu, s. 60.



güvenlik tedbirleri almakla yükümlüdür. Ancak alt işverenin işyeri, her ne kadar bağımsız bir işyeri niteliği taşısa da aslında asıl işverenin işyeri içinde yer alır. Alt işveren işçileri asıl işverene ait bir işi üstlenmekte olup, asıl işverenin iş organizasyonu dâhilinde ve hâkimiyet alanında faaliyet gösterirler<sup>385</sup>. Dolayısıyla, iş gördükleri çalışma ortamında “fiziken baskın ve etkili, hukuken de asıl yetkili”<sup>386</sup> olan, asıl işverendir. Bu nedenle, alt işverenlik ilişkisinde iki ayrı işyeri yaklaşımı teorik düzeyde kaldığından, işyerlerindeki sağlık ve güvenlik risklerini keskin sınırlarla ayırmak mümkün değildir<sup>387</sup>. Birden fazla işverenin bulunduğu iş sahalarında koordinasyon sağlama yükümlülüğü ve iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin, alt işverenin faaliyet gösterdiği bölüm de dâhil olmak üzere işyerinin tamamında uygulanmasından sorumluluk asıl işverene aittir; bu kapsamda asıl işveren, alt işveren işçilerine talimat verme yetkisine sahiptir<sup>388</sup>.

Çalışma konumuz açısından tespit edilmesi gereken; alt işverenlik ilişkisi çerçevesinde yürütülen bir iş görme faaliyeti esnasında, alt işveren işçisinin üçüncü kişiye verdiği zarardan, TBK 66 hükmüne göre hangi işverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulacağıdır. Burada ilk akla gelen, zarar veren işçinin iş ilişkisi içerisinde olduğu alt işverenin adam çalıştıran sıfatına sahip olmasıdır. Öte yandan, yukarıdaki açıklamalar, iş sağlığı ve güvenliği bakımından asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında, bir sözleşme ilişkisi bulunmasa bile, aynı işyerini paylaşmaktan kaynaklanan fiili bir hâkimiyet ilişkisi olduğunu göstermektedir. Alt işverenlik ilişkisinde yapılan işten nihai faydayı sağlayan da asıl işveren olduğu gibi, alt işveren işçisinin çalıştığı işyeri de esasında asıl işverenin kurduğu iş organizasyonunun bir parçasıdır. Bu doğrultuda kanaatimizce; asıl işverene ait işyerinde gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle alt işverenin bir işçisinin üçüncü kişiye verdiği zarardan, alt işveren ile birlikte asıl işveren de adam çalıştıran sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulmalıdır.

Önemle belirtmek gerekir ki, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatından doğan yükümlülükler temelde işçilerin ve diğer çalışanların korunmasına yöneliktir. Öte yandan, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri ve önlemeye çalıştığı riskler, işyerinde faaliyet gösteren işçiler

---

<sup>385</sup> Akın, Alt İşverenlik, s. 213.

<sup>386</sup> Aydınli, s. 257.

<sup>387</sup> Akın, Alt İşverenlik, s. 171.

<sup>388</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Alt İşverenlik, s. 90 vd.

kadar üçüncü kişileri de etkiler<sup>389</sup>. Bu nedenle, söz konusu kanunda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması, adam çalıştırmanın TBK 66/3 kapsamında çalışma düzenine ilişkin kurtuluş kanıtı getirmesine de engel olacaktır<sup>390</sup>.

### 2.1.1.3. Adam Çalıştırın Sıfatının Tespitinin Özellik Arz Ettiği Bazı Durumlar

#### 2.1.1.3.1. Ödünç Çalıştırma İlişkisinde Adam Çalıştırın

Vasıflı iş gücü temini, mâli sorunlar gibi gerekçelerle adam çalıştırının çalışanını geçici ve belirli bir süreliğine bir başkasının hizmetine tahsis etmesi mümkündür. Bu tür durumlarda, geçici çalışanın hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan kimin adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulacağına tespiti gerekir. Hâkim görüşe göre, bu tür durumlarda adam çalıştırın sıfatı, çalışanın, zararın meydana geldiği an itibariyle bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunduğu kişiye; diğer bir ifadeyle, ödünç alan kişiye ait olmalıdır<sup>391</sup>. Buna göre ödünç alan adam çalıştırın, çalışanın seçiminde rol oynamamış olsa bile, çalışanı kendisinin seçmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz<sup>392</sup>. Çalışanın görülecek işe uygun olarak seçilmemiş olması, ödünç alan ve ödünç veren adam çalıştırın arasındaki sözleşme ilişkisinin ihlâli teşkil eder<sup>393</sup>. Öte yandan, çalışanın ödünç veren adam çalıştırın ile bağımlılık ilişkisinin devam ettiği bazı istisnai durumlarda her iki adam çalıştırının da müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>394</sup>. Aksi görüş ise sorumluluğun paylaşılması esasından hareket eder. Buna göre, meydana gelen zararın çalışanın seçiminden kaynaklandığı durumlarda ödünç veren adam çalıştırın, çalışana talimat verme ve denetim eksikliğinden kaynaklandığı durumlarda ise ödünç alan adam çalıştırın sorumlu tutulmalıdır<sup>395</sup>. İlk görüş, somut olayın özelliklerini

<sup>389</sup> Akın, Alt İşverenlik, s. 85.

<sup>390</sup> Kılıç, s. 336.

<sup>391</sup> Schwenzler, N.23.18; Eren, s. 645; Antalya, s. 557; Müller-Chen, Art.55 OR N.10; Kessler, Art.55 N.9; Furrer/Müller-Chen, s. 370.

<sup>392</sup> Eren, Genel, s. 648.

<sup>393</sup> Furrer/Müller-Chen, s. 370. Ödünç veren adam çalıştırının çalışanın seçiminde kusurlu olması durumunda, her iki çalıştırın da müteselsilen sorumlu olup zarar gören dilediğine başvurabilmelidir; ödünç alan ile ödünç veren arasındaki ilişkiye göre rücu söz konusu olacaktır (Brehm, Art.55 OR N.19a).

<sup>394</sup> Antalya, s. 557

<sup>395</sup> Keller, s. 173.

ikinci görüşe nazaran daha az dikkate alarak, zarar göreni hangi adam çalıştırana karşı dava açması gerektiği belirsizliğinden kurtarmaktadır<sup>396</sup>.

İş hukukunda “geçici iş ilişkisi” ise, bir işverenin (ödünç veren işveren) kendisine iş sözleşmesi ile bağlı bir işçisinden olan iş görme edimini isteme ve yönetim hakkını belirli bir süreliğine geçici olarak bir başka işverene (geçici işveren) devretmesi durumunda söz konusu olur. Böyle bir ilişki, özel istihdam bürosu aracılığıyla (meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi) ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle (meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi) kurulabilir (İŞK 7/1). Geçici iş ilişkisi ile kurulan üçlü ilişkide; ödünç veren işveren ile geçici işçi arasındaki iş sözleşmesi varlığını devam ettirmekle birlikte, işin görülmesini isteme ve yönetim hakkı, işçi ile arasında bir iş sözleşmesi kurulmamasına rağmen, geçici işverene geçer<sup>397</sup>. Bu doğrultuda, geçici işveren, işin gereğine ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme yetkisine sahiptir (İŞK 7/9/a, İŞK 7/son). Öte yandan, İK 7 hükmünün kapsamı dışında kalan hâllerde de işveren, işin görülmesini isteme hakkını, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, TBK’nın alacağın devri hükümlerine göre, geçici olarak bir başka işverene devredebilir. Ancak bu durumda bu ilişki İŞK 7 hükmüne tâbi olmayacaktır<sup>398</sup>.

Kanaatimizce; bir ödünç çalıştırma ilişkisi çerçevesinde geçici çalışanın işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan TBK 66 bakımından adam çalıştıran sıfatı, zararın meydana geldiği anda çalışanın bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunduğu kişiye ait olmalıdır. Bu kişi, kural olarak ödünç alan adam çalıştırandır; ödünç verenin çalışanın seçimindeki özen eksikliği ise, ödünç alan ve ödünç veren adam çalıştıran arasındaki sözleşme ilişkisini ilgilendiren bir iç mesele olarak değerlendirilmelidir. Öte yandan, ödünç verenin de istisnaen çalışan üzerinde hâkimiyet yetkisinin devam ettiği durumlar ile karşılaşılabilir. Bu tür durumlarda hem ödünç alan hem de ödünç verenin adam çalıştıran sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği görüşünü paylaşıyoruz.

<sup>396</sup> Brehm, Art.55 OR N.18.

<sup>397</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 315.

<sup>398</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 321.

### 2.1.1.3.2. Hiyerarşik Kademe İlişkisinde Adam Çalıştıran

Hiyerarşik kademelendirmenin bulunduğu işletmelerde adam çalıştıran, en alt kademelerde yer alan çalışanlarına yönelik özen yükümlülüğünü ara kademelerde istihdam ettiği kişiler aracılığıyla yerine getirir. Ara kademelerde yer alan bu kişiler adam çalıştıranın yardımcı kişisi olup, adam çalıştıran sıfatına sahip değildir<sup>399</sup>. Zira bir kimsenin, çalışana nazaran hiyerarşik olarak üst konumda bulunması, o kimsenin TBK 66 anlamında adam çalıştıran olarak nitelendirilmesi için tek başına yeterli değildir<sup>400</sup>. Adam çalıştıran daima, hiyerarşik olarak en üst konumdaki kişi olup, hiyerarşik kademelendirmenin bulunduğu durumlarda, adam çalıştıran ile alt kademelerde yer alan çalışanlar arasındaki bağımlılık ilişkisi dolaylı niteliktedir<sup>401</sup>.

### 2.1.1.3.3. Birlikte Adam Çalıştırma İlişkisinde Adam Çalıştıran

*Âdi ortaklık*, iki veya daha fazla kişinin, ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere emeklerini veya<sup>402</sup> mallarını bir sözleşme ile birleştirmeyi üstlenerek oluşturdukları bir ilişkidir (TBK 620/1). Bu ortak amaç, iktisadi ya da ideal nitelikte olabilir. Âdi ortaklık, ticaret şirketlerinden farklı olarak, tüzel kişiliğe sahip değildir. Kanunda düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımayan bir ortaklık, âdi ortaklık sayılır (TBK 620/2). Uygulamada âdi ortaklık temeline dayanan çok çeşitli yapılanmalara rastlanır<sup>403</sup>.

Bir âdi ortaklık ilişkisinde ortaklar, ortaklıkla ilgili bir işin görülmesi için bir çalışan istihdam etmiş olabilir. Böyle bir durumda, adam çalıştıran sıfatı tüm ortaklara ait olur ve çalışanın işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan ortakların tümü, özen yükümlülüğünü kimin ihlâl ettiğinden bağımsız olarak, müteselsilen sorumlu

<sup>399</sup> Nater, s. 15; Furrer/Müller-Chen, s. 369.

<sup>400</sup> Rey/Wildhaber, N.1067; Brehm, Art.55 OR N.9; Schnyder, Art.55 OR N.10.

<sup>401</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §4, III, B, 1, d.

<sup>402</sup> TBK 620 hükmünde geçen “ve” bağlacı, “veya” olarak anlaşılmalıdır (Barlas, N.23).

<sup>403</sup> Âdi ortaklığın uygulamadaki örnekleri için bkz. Barlas, N. 206 vd.

tutulur<sup>404</sup>. Ortakların sorumluluğu, kişisel, birinci derecede ve sınırsızdır<sup>405</sup>. Ortaklar, kendi aralarındaki iç ilişkiye göre zararı paylaşırlar<sup>406</sup>.

Benzer şekilde, bir *miras ortaklığı* da adam çalıştıran sıfatına sahip olabilir. Miras ortaklığına ait bir işin için, ortaklar tarafından istihdam edilen çalışanın işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan miras ortaklığına dâhil olan tüm mirasçılar müteselsilen sorumlu olur<sup>407</sup>. Yine, *kat mülkiyeti*<sup>408</sup>, *elbirliği mülkiyeti* ya da *paylı mülkiyet* ilişkisinde, mülkiyet konusu şeyin tamirat, bakım, temizlik, güvenlik işleri için bir kimseyi çalıştıran kat mâlikleri kurulu, elbirliği ortakları yahut paylı mâlikler, çalışanın işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan adam çalıştıran sıfatıyla müteselsilen sorumlu olur.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bir diğer adam çalıştırma ilişkisi ise, iş hukukunda *birlikte istihdam* olarak nitelendirilen hâllerde ortaya çıkar. Ülkemizde birlikte istihdam uygulamasıyla genellikle bir şirket topluluğu ilişkisinde karşılaşılr. Birden fazla şirketi bünyesinde bulunduran bir şirket topluluğunda, yönetim düzeyinde birbiriyle bağlantılı olan her şirket birbirinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptir. Topluluğa bağlı bu şirketlerden her biri, iş sözleşmesi ile çalıştırdıkları işçiler karşısında, ayrı birer işveren niteliğindedir<sup>409</sup>. Bu doğrultuda, bir işçinin hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluk bakımından adam çalıştıran sıfatı da şirket topluluğuna değil, iş sözleşmesinin tarafı olan şirket tüzel kişiliğine ait olacaktır. Öte yandan, böyle bir şirket yapılanması içerisinde, aynı işçinin birden fazla şirkete karşı aynı anda birlikte hizmet

<sup>404</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.80; **Stark**, N.531a; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.9; **Kessler**, Art.55 OR N.11; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 60; **Eren**, Genel, s. 650; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 342; **Antalya**, s. 556; **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, N.100a. Bu sorumluluğun hukuki dayanağı, TBK 638/3 değil, TBK 61 hükmüdür. Zira TBK 638/3 hükmünde öngörülen müteselsil sorumluluk esası, ortaklık ilişkisi çerçevesinde ortakların birlikte veya bir temsilci aracılığıyla üçüncü kişilere karşı üstlendikleri borçlardan sorumluluğa ilişkin olup, haksız fiillerden sorumluluğu kapsamaz.

<sup>405</sup> **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, N.100.

<sup>406</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.80; **Kessler**, Art.55 OR N.11; **Fischler/Iten**, Art.55 OR N.19.

<sup>407</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 60; **Eren**, Genel, s. 650.

<sup>408</sup> Kat mülkiyetine tâbi bir apartmanda, kalorifer kazanının sökülmesi işi için çalıştırılan kişinin neden olduğu yangından kat mâlikleri adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur (Y11HD, T.11.01.2010, E.2008/8845, K.2010/133, Kazancı, E.T.12.03.2017). Ancak kararda, kat mâliklerinin arsa payları oranında sorumlu tutulmaları isabetli olmamıştır; birden çok adam çalıştıran zarara görene karşı müteselsilen sorumludur. Ayrıca burada yapı mâlikinin sorumluluğunun da değerlendirilmesi mümkündür. Bir başka kararda ise bir site görevlisinin, çıkan otopark kavgasında sitede kiracı olarak oturan bir kişiyi öldürmesinden, site görevlisini çalıştıran kat mâlikleri adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur (Y3HD, T.03.07.2018, E.2018/3521, K.2018/7474, Kazancı, E.T.10.03.2017).

<sup>409</sup> **Süzek**, s. 158.

vermeyi üstlenmesi mümkündür. Topluluk şirketlerinin birlikte kullandığı binalarda güvenlik, temizlik, kafeterya işletmesi ya da şirket personelinin ulaşımı hizmetlerinin, birden fazla şirkete karşı aynı işçi tarafından üstlenilmesi buna örnek teşkil eder. Böyle bir durumda, birlikte istihdam ilişkisinden söz edilir. Bu ilişki, her bir işveren ile ayrı bir sözleşme kurmak suretiyle ya da aynı iş sözleşmesinde birden fazla işverene karşı aynı anda, aynı nitelikteki bir işin üstlenilmesi ile ortaya çıkabilir. Bu durumda, ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmelerinden bahsedilmesi mümkün olmadıkça, aynı işçi ile birden fazla işveren arasında tek bir iş ilişkisinin bulunduğu kabul edilir<sup>410</sup>. Kanaatimizce, birden fazla kişinin menfaatine olan bir işi, birlikte istihdam ilişkisi çerçevesinde gören çalışanın, hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zararlardan, birlikte işverenler TBK 66 uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olmalıdır<sup>411</sup>.

#### 2.1.1.3.4. Alt Adam Çalıştırma İlişkisinde Adam Çalıştıran

Bir başkası ile bağımlılık arz eden bir ilişki çerçevesinde iş gören çalışanın kendisinin de bir başka çalışan istihdam etmesi mümkündür. Böyle bir durumda, bağımlılık arz eden iki ayrı çalıştırma ilişkisinden bahsedilir ve ilk çalıştırma ilişkisindeki adam çalıştıran (“asıl adam çalıştıran”) karşısında çalışan konumunda olan kişi, ikinci çalıştırma ilişkisinde kendi çalışanı karşısında adam çalıştıran (“alt adam çalıştıran”<sup>412</sup>) sıfatına sahip olur. Ancak, alt adam çalıştırma ilişkisinden bahsedilebilmesi için, ilk çalıştırma ilişkisindeki çalışanın kendisinin bir başka kişiyi çalıştırması, asıl adam çalıştıranın bilgisi ve onay dâhilinde olmalıdır<sup>413</sup>. Alt adam çalıştıranın istihdam ettiği çalışanın hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan, her iki adam çalıştıran da müteselsilen sorumludur<sup>414</sup>. Örneğin, elektrik şebekesi yapımına ilişkin eser sözleşmesi çerçevesinde yürütülen kazı çalışmaları esnasında, yüklenicinin çalışanı olan kepçe operatörünün üçüncü kişiye ait kabloları verdiği zarardan sorumluluk davasında Yargıtay

<sup>410</sup> Süzek, s. 158.

<sup>411</sup> İşletme faaliyetinden doğan zararın bir bütün olarak holding faaliyetine atfı mümkün ise, holding bünyesinde yer alan şirketler arasında bir âdi ortaklık ilişkisinin varlığından hareketle bu ortaklığın birlikte adam çalıştıran olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Kılınç, s. 309.

<sup>412</sup> Kavram için bkz. Oğuzman/Öz II, s. 145.

<sup>413</sup> Antalya, s. 563. İşin niteliğinin gerektirdiği durumlarda, böyle bir onayın var olduğu kabul edilir (Oğuzman/Öz II, s. 145, dn.41).

<sup>414</sup> Oğuzman/Öz II, s. 145; Çelik, s. 172.

hem iş sahibinin hem de yüklenicinin adam çalıştıran sıfatıyla mütelselsilen sorumluluğuna hükmetmiştir<sup>415</sup>.

Ancak, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü yerine getirmekte kullandığı yardımcı kişilerin alt adam çalıştıran sıfatına sahip olmadığı vurgulanmalıdır. Örneğin, bir fabrikada atölye şefinin gözetiminde çalışan işçiler bakımından adam çalıştıran, fabrikanın sahibidir; atölye şefi alt adam çalıştıran değildir.

#### 2.1.1.4. Tüzel Kişilerin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu

##### 2.1.1.4.1. Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bakımından

##### 2.1.1.4.1.1. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Organlarının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu

##### 2.1.1.4.1.1.1. Genel Olarak

Tüzel kişilerin organlarının fiillerinden sorumluluğunu düzenleyen TMK 50/2 hükmüne göre, organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar<sup>416</sup>. Burada geçen “diğer bütün fiiller” ifadesi, borca aykırı davranışlar ile haksız fiilleri kapsar<sup>417</sup>.

TMK 50/2 hükmü, organ-kişilerin (*Organperson*) fiilleriyle sınırlı bir sorumluluk öngördüğünden, somut olayda öncelikle, haksız fiili işleyen kişinin organ niteliğinde olup olmadığının tespiti gerekir. Tüzel kişilik teorisine göre organ; tüzel kişinin örgütü içerisinde yer alan, tüzel kişinin iradesinin oluşmasını ve açıklanmasını sağlayan kişi ya da kişi topluluklarıdır<sup>418</sup>. Organ, tüzel kişinin “gerçek anlamda eli, kolu, ağzı (uzvu)”<sup>419</sup> olup, organın iradesi, tüzel kişinin iradesi; organın fiili de tüzel kişiye izafe/isnat edilerek

<sup>415</sup> Y7HD, T.09.02.2010, E.2009/6855, K.2010/516, Kazancı, E.T.10.02.2017. Ancak söz konusu kararda, asıl adam çalıştıran-alt adam çalıştıran şeklinde bir nitelendirme yapılmamıştır.

<sup>416</sup> Bu hüküm, kanun koyucunun tüzel kişiler bakımından gerçeklik teorisini benimsediğinin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir (**Tuor/Schnyder/Schmid**, §15 N.9,14; **Hofer**, N.14.31; **Özsunay**, Tüzel Kişiler, s. 71).

<sup>417</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s. 177; **Hofer**, N.14.30; **Dural/Öğüz**, N.1186; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 554.

<sup>418</sup> **Öztan**, Organ, s. 81-82; **Dural/Öğüz**, N.1157; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 269.

<sup>419</sup> **Serozan**, Tüzel Kişiler, s.41.

onun fiili sayılır<sup>420</sup>. Bu nedenle organın fiilinden tüzel kişinin sorumluluğu “başkasının fiilinden sorumluluk” değil, “kendi fiilinden sorumluluk” hâlidir<sup>421</sup>. TMK 50/2 hükmü, TBK 66 hükmünden farklı olarak, başlı başına bir sorumluluk normu (*Haftungsnorm*) teşkil etmez; bir isnadiyet normudur (*Zurechnungsnorm/Zuweisungsnorm*)<sup>422</sup>. Dolayısıyla, öncelikle, organın fiili bakımından maddi hukuk normlarına göre haksız fiil sorumluluğunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilir ve sonrasında organın fiili TMK 50/2 hükmüne göre tüzel kişiye izafe edilir<sup>423</sup>.

Organ kavramı, doktrin ve uygulamada oldukça geniş yorumlanmaktadır. Bir tüzel kişinin organları, kanunda öngörülen zorunlu ya da kuruluş statüsünde öngörülen ihtiyari organlar ile sınırlı değildir; tüzel kişinin amacı bakımından önemli konularda bağımsız şekilde karar alma yetkisi kullanmak suretiyle tüzel kişinin iradesinin oluşumuna fiilen ve etkin bir şekilde katılan kişilerin de “fiili organ (*faktisches Organ*)” sıfatıyla tüzel kişinin sorumluluğuna yol açacağı kabul edilmektedir<sup>424</sup>.

Tüzel kişinin TMK 50/2 hükmüne göre haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için organın, hukuka aykırı fiili bakımından ya kusuru ya da kusursuz sorumluluk öngören bir kanun hükmü bulunmalı<sup>425</sup> ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Organın kusurlu fiilinden tüzel kişinin sorumluluğunun hukuki nitelik itibarıyla kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu tartışması<sup>426</sup> ise sadece teorik öneme sahiptir<sup>427</sup>. Tüzel kişinin sorumluluğu için ayrıca, organın fiili ile görevini yerine getirmesi arasında işlevsel bir bağlılık aranır; bu bağlılığın, yer ve zaman açısından sadece

<sup>420</sup> **Schwenzer**, N.23.27; **Dural/Öğüz**, N.1161; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 656.

<sup>421</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.18; **Keller/Gabi/Gabi**, s. 177; **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 42; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 130.

<sup>422</sup> **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N.3071; **Hofer**, N.14.33; **Öztan**, Organ, s. 116 vd.; **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 43; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.31.

<sup>423</sup> **Dural/Öğüz**, N.1190.

<sup>424</sup> Fiili organ kavramı hakkında bkz. **Dural/Öğüz**, N.1162 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 270-271. 2003 tarihli bir HGK kararında Yargıtay, “madem ki, organ tüzel kişinin (varsayılan) iradesinin oluşmasına ve açıklanmasına yol açmaktadır, şu halde kanun veya kuruluş belgeleri dolayısıyla belirli konularda karar verebilme ve icra edebilme yetkisine haiz olan kişileri de organ sayabiliriz” ifadesiyle, fiili organ kavramını da TMK 50 anlamında organ kavramına dahil etmiştir (YHGK, T.11.06.2003, E.2003/4-359, K.2003/406, Kazancı, E.T.20.04.2017).

<sup>425</sup> **Dural/Öğüz**, N.1190; **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 42-43. TMK 50/2, kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâllerini de kapsar (**Öztan**, Organ, s. 127)

<sup>426</sup> Kusur sorumluluğu görüşü, tüzel kişinin tıpkı bir canlı varlık gibi iradeye sahip olmasından hareketle tüzel kişinin iradesi ile organın iradesi arasında ayniyet bulunması fikrine dayanırken; kusursuz sorumluluk görüşü, tüzel kişinin iradesinden bahsedilemeyeceğinden hareketle tüzel kişinin, organın kusurlu fiilinden kusursuz olarak sorumlu tutulması fikrine dayanır. Bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan**, Organ, s. 113 vd.

<sup>427</sup> **Öztan**, Organ, s. 116; **Dural/Öğüz**, N.1190; **Oğuzman/Öz II**, s. 62.



görünüşte, tesadüfi olması yeterli değildir<sup>428</sup>. Bu husus tespit edilirken, organın kendisine iç ilişkide tanınan yetkileri aşıp aşmadığına bakılmaksızın, haksız fiili işlerken organ sıfatıyla hareket edip etmediği dikkate alınır<sup>429</sup>. Kusuru bulunan organ, tüzel kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (TMK 50/3)<sup>430</sup>.

#### 2.1.1.4.1.1.2. Ticaret Hukuku Tüzel Kişileri Bakımından

TMK 50 hükmü, ticaret hukuku tüzel kişileri de dâhil olmak üzere<sup>431</sup>, tüm tüzel kişiler bakımından genel hüküm niteliğindedir. Öte yandan, ticaret hukuku tüzel kişilerinin organlarının fiillerinden sorumluluğu bakımından öngörülen özel hükümler<sup>432</sup> öncelikli olarak uygulanır<sup>433</sup>.

Ticaret hukuku tüzel kişilerinin sorumluluğu bakımından önem arz eden bir mesele, yetki devri hâlidir. Bir tüzel kişinin organının kendisine ait bir yetkiyi, kanunun elverdiği ölçüde, bir kişi ya da kişilere devretmesi mümkündür. Örneğin, yönetimin devrine ilişkin TTK 367/1 uyarınca bir anonim şirket yönetim kurulu, yönetim yetkisini, üyelerinden birine ya da yönetim kurulu üyesi olmayan bir üçüncü kişiye devredebilir. Bu yetkinin usulüne uygun devri hâlinde, yönetim yetkisi kendilerine devredilen yöneticilerin fiil ve kararlarından yönetimi devreden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK 553/2 hükmüne<sup>434</sup> tâbi olur. Söz konusu hükümde, yöneticinin sadece seçiminde özenden bahsedilmiş olmasına rağmen, yönetim yetkisini devreden yönetim kurulu üyelerinin

<sup>428</sup> Dural/Öğüz, N.1189; Serozan, Tüzel Kişiler, s. 44-45.

<sup>429</sup> Tuor/Schnyder/Schmid, §15 N.21; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 278; Öztan, Organ, s. 134-135.

<sup>430</sup> Oftinger/Stark II/1, §16 N.15; Tuor/Schnyder/Schmid, §15 N.18; Hofer, N.14.32; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 277; Özsunay, Tüzel Kişiler, s. 81. Organın kusurunu ispat zarar görene düşer (Oftinger/Stark II/1, §20 N.22).

<sup>431</sup> Öztan, Organ, s. 12; Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), N.126. TTK 126 hükmü de bu sonucu desteklemektedir.

<sup>432</sup> Bkz. TTK 234/2 (kollektif şirket, TTK 317 atfı ile komandit şirket), TTK 371/5 (anonim şirket), TTK 632 (limited şirket).

<sup>433</sup> Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), N.126.

<sup>434</sup> TTK 553/2: “Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar”.

sorumluluktan kurtulabilmeleri için, talimat vermede ve gözetimde de gerekli özeni gösterdiklerini ispatlamaları gerektiği kabul edilmektedir<sup>435</sup>.

TTK 553/2 hükmü, sorumluluktan kurtulma imkânı bakımından adam çalıştırmanın sorumluluğunu çağrıştırmakla birlikte, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme değildir<sup>436</sup>. Burada düzenlenen yönetimin devri, işin niteliği gereği organa özgü yetkilerin, diğer bir ifadeyle, organsal işlevin devrini ifade eder<sup>437</sup>. Yöneticiler, kendilerine yönetim yetkisi devredilmekle organ sıfatını iktisap ederler<sup>438</sup>; işçi sayılmazlar<sup>439</sup>. Yönetici ile anonim şirket arasında bir iş sözleşmesi bulunsa bile<sup>440</sup>, bu kimse şirketin TBK 66 anlamında çalışanı değildir.

#### 2.1.1.4.1.2. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adam Çalıştırma Sıfatıyla Sorumluluğu

Tüzel kişi, iradesini organ-kişiler aracılığıyla açıklamakla birlikte, bir tüzel kişi için faaliyette bulunan kişiler, organ-kişiler ile sınırlı değildir. Temsilci, ifa yardımcısı, çalışan gibi organ sıfatını taşımayan kişilerin de fiilleriyle tüzel kişinin sorumluluğuna yol açmaları mümkündür. Tüzel kişi adına hareket eden bir kimsenin organ mı yoksa çalışan mı olduğu hususunda tereddüt varsa, öncelikle bu kişinin organ olarak nitelendirilmesinin

<sup>435</sup> Yöneticinin gözetiminde özen, mehzat İsviçre hükmünden farklı olarak ayrı bir fıkrada (TTK 553/3) düzenlenmiştir. Şirketin üst düzeyde yönetimi ile ilgili talimat vermek (TTK 375/1/a) ve yönetimde görevli kişilerin üst gözetimini yapmak (TTK 375/1/e) yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görev ve yetkilerinden olduğundan, yönetim yetkisi tamamen devredilmiş olsa bile, yönetim kurulunun bu yükümlülüklerine aykırılıktan sorumluluğu devam eder. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca/Şehirali Çelik-Manavgat**, s. 611 vd.

<sup>436</sup> TBK 66 ile TTK 553/2 hükümlerinin ortak noktaları bulunmamakta olup, bu hükümler arasında bir yarışmadan bahsedilemez (**Kara Kılıçarslan**, s. 40). TTK 553/2, yardımcı kişilerden yararlanılması (TBK 116) hâlinde uygulanmaz (**Kırca/Şehirali Çelik-Manavgat**, s. 611, dn.607).

<sup>437</sup> **Kırca/Şehirali Çelik-Manavgat**, s. 592.

<sup>438</sup> **Kırca/Şehirali Çelik-Manavgat**, s. 593; **Helvacı**, s. 79.

<sup>439</sup> “Tüzel kişi şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını taşıyan kişiler, doğrudan somut işveren olduğundan işçi sayılmazlar” (Y9HD, T.07.07.2011, E.2011/2810, K.2011/23208, Kazancı, E.T.10.09.2018); “Türk Ticaret Kanunu'nun 319 uncu maddesine göre anonim şirketler yönünden yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde bu kişi veya kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Tüzel kişi şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını taşıyan kişiler, doğrudan somut işveren olduğundan işçi sayılmazlar” (Y9HD, T.24.10.2011, E.2009/24493, K.2011/39002, Kazancı, E.T.10.09.2018).

<sup>440</sup> Yönetim yetkisinin devredildiği üçüncü kişi ile şirket arasında çoğunlukla bir iş sözleşmesi bulunur (**Kırca/Şehirali Çelik-Manavgat**, s. 597); ancak tüzel kişinin organını oluşturan kişiler, iş sözleşmesi çerçevesinde çalışsa bile, tüzel kişinin organının fiilinden sorumluluğa ilişkin özel sorumluluk hükmü bulunduğu (TMK 50), bu kişiler, tüzel kişinin TBK 66 uyarınca sorumlu olmasına yol açmazlar (**Oğuzman/Öz II**, s. 145).

mümkün olup olmadığı araştırmalı, bu mümkün değilse, TBK 66 bakımından çalışan kavramının gerektirdiği şartları taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir<sup>441</sup>.

Organ sıfatı taşımayan bir kişiyi bağımlılık ilişkisi çerçevesinde istihdam eden tüzel kişinin, bu kişinin hukuka aykırı fiiliyle üçüncü kişilere verdiği zarardan adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulması mümkündür<sup>442</sup>. Adam çalıştıranın TBK 66 hükmüne göre göstermesi gereken özen yükümlülüğü, tüzel kişi adına organları tarafından yerine getirilir<sup>443</sup>. Özen yükümlülüğünü yerine getirmekte organın (varsa) kusuru, tüzel kişinin ek kusuru olarak değerlendirilir<sup>444</sup>.

TMK 50/2 anlamında “organ” ve TBK 66 anlamında “çalışan” kavramları birbirlerini bertaraf eder; organ, tüzel kişinin TBK 66 anlamında çalışmanı değildir<sup>445</sup>. Bu nedenle bu iki sorumluluk birbiriyle yarışmaz<sup>446</sup>. Tüzel kişi ile organı arasında iş sözleşmesi bulunsa bile<sup>447</sup>, organın hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan tüzel kişinin sorumluluğu TMK 50/2 hükmüne tâbi olur; TBK 66 uygulanmaz<sup>448</sup>.

Özel hukuk tüzel kişinin TMK 50/2 hükmüne göre sorumluluğunun uygulama alanını genişleten yaklaşım, TBK 66 hükmünün uygulama alanını daraltmaktadır. Özellikle şu iki hâlde böyle bir yaklaşım söz konusudur: (1) tüzel kişinin organının, üçüncü kişilerin zarara uğramasını önlemek için gerekli güvenlik tedbirlerini almayı ihmâl etmesi

<sup>441</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 127; **Öztan**, Organ, s. 93. Öte yandan, organ olarak nitelendirilemeyen her kişi de mutlaka TBK 66 anlamında çalışan değildir (**Feyzioğlu I**, s. 634).

<sup>442</sup> **Tuor/Schnyder/Schmid**, §15 N.17; **Hofer**, N.14.35; **Dural/Öğüz**, N.1193; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 279; **Oğuzman/Öz II**, s. 140, dn.16; **Feyzioğlu I**, s. 632; **Özsunay**, Tüzel Kişiler, s. 77; **Eren**, Genel, s. 649; **Öztan**, Organ, s. 139 vd. Bir dernek tarafından işletilen plajda çalışan görevlinin hakaret ve yaralama fiillerinden dernek adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (Y4HD, T.09.05.2016, E.2015/16041, K.2016/6390, Kazancı, E.T.11.09.2018). Bir tüzel kişi, organ sıfatını taşımayan bir kişiyi bir borcun ifasında yardımcı kişi olarak kullanmışsa, bu kişinin borca aykırı davranışından tüzel kişinin sorumluluğu TBK 116 hükmüne tâbi olur (**Dural/Öğüz**, N.1193; **Tuor/Schnyder/Schmid**, §15 N.17).

<sup>443</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s. 178; **Öztan**, Organ, s. 139.

<sup>444</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.19; **Nater**, s.7; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.33; **Öztan**, Organ, s. 139.

<sup>445</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.14; **Brehm**, Art.55 OR N.13; **Schwenzer**, N.23.29; **Schönenberger**, Art.55 OR N.7; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.12; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 76; **Eren**, Genel, s. 649; **Öztan**, Organ, s. 93; **Feyzioğlu I**, s. 634; **Antalya**, s. 561.

<sup>446</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.19; **Schwenzer**, N.23.29; **Nater**, s. 7; **Hofer**, N.14.36; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.31.

<sup>447</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 145.

<sup>448</sup> **Kramer/Probst**, N.406, dn.55; **Eren**, Genel, s. 649; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 337; **Oğuzman/Öz II**, s. 145. TMK 50/2 ile TBK 66 hükümlerinde düzenlenen sorumluluklar arasındaki pratik farklılık özellikle kusur ve kurtuluş kanıtı imkânı bakımından ortaya çıkar. TMK 50/2 bakımından organın (kural olarak) kusurlu olması gerekirken, TBK 66 bakımından çalışanın kusuru sorumluluğun bir şartı değildir. TMK 50/2 hükmü bakımından, TBK 66 hükmünün aksine, tüzel kişinin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır.

(örneğin, bir hokey maçı düzenleyen hokey kulübü başkanının, izleyicilerin zarara uğramasını önleyici gerekli güvenlik tedbirlerini almadan maçı oynatması<sup>449</sup>); (2) tüzel kişinin, yetkili ve sorumlu bir kişiyi (TBK 66 anlamında bir çalışan ya da organ-kiş) görevlendirmemiş olması nedeniyle organizasyon yükümlülüğüne aykırılıktan sorumluluğu (örneğin, vakıf hastanesinin kan tahlili servisinin başına AIDS uzmanı bir yetkili kişi atamaması ya da bir spor kulübünün stadyum güvenliğini sağlamak üzere bir güvenlik uzmanı atamaması<sup>450</sup>). Verilen örnek olaylarda tüzel kişi tarafından görevlendirilmiş bir kişi bulunsaydı, bu kişinin fiili nedeniyle tüzel kişi (sorumluluğun diğer şartları da gerçekleşmişse) adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulacakken, tüzel kişinin organının böyle bir görevlendirmeyi yapmamış olması nedeniyle sorumluluk TMK 50/2 hükmüne göre tesis edilmektedir<sup>451</sup>.

#### 2.1.1.4.2. Kamu Tüzel Kişileri Bakımından

##### 2.1.1.4.2.1. Kamu Tüzel Kişilerinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu

Kamu tüzel kişileri kural olarak kamu hukuku kurallarına göre faaliyet gösterirler. Bu nedenle, kamu görevlilerinin üçüncü kişilere vermiş oldukları zarardan kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu kamu hukuku kurallarına tâbidir<sup>452</sup>. Ne idarenin hizmet kusuru ne de kamu görevlisinin şahsi kusuru<sup>453</sup> bakımından kamu tüzel kişilerinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğuna başvurulamaz.

Öte yandan kamu tüzel kişinin sorumluluğunun özel hukuk hükümlerine tâbi olduğu çeşitli durumlarda, adam çalıştıranın sorumluluğunun uygulanması mümkündür<sup>454</sup>. Kamu tüzel kişinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu başlıca şu üç durumda söz konusu olur: (1) kamu tüzel kişinin özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesi; (2) kamu

<sup>449</sup> BGE 79 II 70.

<sup>450</sup> **Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 47.

<sup>451</sup> Böylelikle TBK 66 hükmünün tanıdığı kurtuluş kanıtı yolu da kapatılmış olmaktadır (**Serozan**, Tüzel Kişiler, s. 47-48).

<sup>452</sup> Bkz. 1982 Anayasası, m.40/3, m.129/5; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13

<sup>453</sup> Salt kişisel kusuru bulunan kamu personeli, TBK 49 vd. hükümlerine göre yalnız başına sorumlu olur; idarenin sorumluluğuna başvurulamaz (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 505). Kişisel kusur durumunda, TBK 66 bakımından aranan işlevsel bağlılıktan söz edilemez (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 115 vd.).

<sup>454</sup> **Eren**, Genel, s. 648; **Oğuzman/Öz** II, s. 141; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 506; **Birsen**, s. 246-247.

tüzel kişinin bir özel hukuk sözleşmesinin tarafı olması (3) kamu yetkisi kullanan kamu görevlisinin haksız fiil teşkil eden bir fiilde bulunması.

İlk durum özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT)<sup>455</sup> ile mahalli idareler (özellikle büyükşehir belediyeleri) tarafından kurulan ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren kamu kurumları<sup>456</sup> bakımından gündeme gelir. İkinci durum özellikle bir kamu tüzel kişisinden ihale ile aldığı işi özel hukuk sözleşmesi çerçevesinde yürüten özel hukuk kişinin hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan kamu tüzel kişinin sorumluluğu bakımından söz konusu olur<sup>457</sup>. Üçüncü durum ise özellikle, kamu görevlisinin bir tesis yapımına ilişkin plan, proje veya şartnameye aykırı hareket etmek suretiyle üçüncü kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaza verdiği zarardan kamu tüzel kişinin sorumluluğu bakımından ortaya çıkar.

Uygulamada sık karşılaşılan bu üç olay grubundan her birine sırasıyla örnek teşkil etmek üzere; tren kazaları, yapı çalışmaları ve haksız el atmadan kaynaklanan davalarda adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanması meselesi aşağıda kısaca incelenecektir.

<sup>455</sup> KİT'lerin hem sundukları hizmetlerden yararlananlar hem de üçüncü kişiler ile aralarındaki ilişki özel hukuk hükümlerine tâbidir (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 96; **Gözler**, s. 250). Öte yandan, bu tür uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine ilişkin Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına rastlanmaktadır. TCDD'nin kamu hizmeti gereği sahip olduğu taşınmazda gerekli önlemleri almaması nedeniyle bir çocuğun su kuyusuna düşüp ölmesine ilişkin uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesi gerekir (Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T.06.12.1996, E.1993/773, K.1996/599, Kazancı, E.T.20.02.2017); elektrik dalgalanmaları nedeniyle işyerinde meydana gelen maddi zararın tazmini için açılan davanın, TEDAŞ'ın bölgesel dağıtım şirketlerinden olan Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş., özelleştirilmiş olmakla birlikte olay tarihinde kamu kuruluşu niteliğinde bulunduğundan, idari yargıda görülmesi gerekir (UM, T.01.07.2013, E.2013/986, K.2013/1147, RG.T.01.08.2013, S.28725, Mükerrer); elektrik panosunun yanından geçerken yüksek voltaja kapılan kişinin ölümü nedeniyle meydana gelen zararın tazmini için açılan davanın, TEDAŞ'ın bölgesel dağıtım şirketlerinden olan Dicle Elektrik Dağıtım A.Ş., özelleştirilmiş olmakla birlikte olay tarihinde kamu kuruluşu niteliğinde bulunduğundan, idari yargıda görülmesi gerekir (UM, T.13.05.2013, E.2012/80, K.2013/620, RG. T.18.06.2013, S.28681 Mükerrer).

<sup>456</sup> Su borusunun patlaması sonucu davacının deposundaki malların uğradığı zarardan ASKİ özel hukuk hükümlerine göre sorumludur (YHGK, T.21.09.1983, E.83/11-2721, K.83/823, Kazancı, E.T.20.02.2017). Belediyeye bağlı İ.E.T.T. İşletmeleri Genel Müdürlüğü özel hukuk hükümlerine göre idare edilmekte olup, yardımcı kişi niteliğindeki görevlilerinin fiillerinden adam çalıştırın sıfatıyla sorumludur (Y4HD, T.22.01.1975, E.73/11399, K.75/903, Kazancı, E.T.20.02.2017). Öte yandan, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, bu tür uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi gerektiğine ilişkin kararlarına rastlanmaktadır. Aşırı yağış nedeniyle evini su basan davacının uğradığı zarardan SASKİ Genel Müdürlüğü'nün sorumluluğuna ilişkin davanın hizmet kusuru esasına göre idari yargıda görülmesi gerekir (UM, T.04.02.2013, E.2013/167, K.2013/275, RG.22.03.2010, S.28597, Mükerrer).

<sup>457</sup> Adam çalıştırmanın sorumluluğu, idarenin iş sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı kişilerin üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluk bakımından da uygulanır. Belediyede kanal kazıcı olarak çalışan kişinin işini görürken üçüncü kişiye ait haberleşme kablolarına verdiği zarardan Belediye adam çalıştırın sıfatıyla sorumludur (Y4HD, T.13.03.2002, E.2001/11865, K.2002/2913, Kazancı, E.T.14.01.2017).

## 2.1.1.4.2.2. Mahkeme İçtihatlarında Sık Karşılaşılan Olay Grupları

### 2.1.1.4.2.2.1. Tren Kazaları

6461 sayılı Kanuna<sup>458</sup> göre, ülkemizde demiryolu tren işletmecisi sıfatıyla yolcu ve yük taşımacılığı, bir iktisadi devlet teşekkülü niteliğindeki Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün (TCDD) bağlı ortaklığı olarak kurulan TCDD Taşımacılık A.Ş. tarafından yürütülmektedir. Bu Kanuna göre, TCDD Taşımacılık A.Ş., 233 sayılı KHK'ya tâbi bir kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindedir (m.4). Bağlı ortaklıklar kural olarak özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterirler (KHK m.23/2).

eBK döneminde tren kazalarından TCDD'nin haksız fiil<sup>459</sup> sorumluluğuna hukuki dayanak olarak kabul edilen sorumluluk sebeplerinden biri de adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Tren garında raylar üzerinde oynayan çocukların trenin altında kalarak ölmesinden<sup>460</sup>, tren istasyonunda meydana gelen tren kazasında bir çocuğun ayaklarını kaybetmesinden<sup>461</sup>, tren-otobüs kazasında otobüs yolcusunun ölmesinden<sup>462</sup> TCDD adam çalıştırınan sıfatıyla sorumlu tutulmuştur. Yargıtay'ın eBK dönemindeki yerleşik içtihadına göre TCDD, demiryolu ile karayolunun kesiştiği ve böylelikle trenlerin karayolu trafiğine karıştığı hemzemin geçitlerde meydana gelen tren-motorlu araç kazalarından KTK 85

<sup>458</sup> Türkiye Demiryolu İşletmesinin Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun, RG. T.01.05.2013, S.28634.

<sup>459</sup> Tren kazalarından sorumluluğun hukuki dayanağı tespit edilirken, zarar görenin yolcu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yolcu sıfatına sahip bir kişinin uğradığı zarardan taşıyıcının sözleşmeye dayanan sorumluluğu, TTK 906 vd. hükümlerine tâbidir. Örneğin; yolcunun, trenin devrilmesi nedeniyle ölmesi (Y11HD, T.31.12.1976, E.1976/5361, K.1976/5740, Kazancı) ya da hareket halindeki trene binmek isterken dengesini kaybederek düşüp tren ile peron arasına sıkışması (Y11HD, T.24.12.1996, E.1996/8552, K.1996/9094, Kazancı, E.T.14.01.2017). Yolcu sıfatına sahip olmayan bir kişinin uğradığı zarardan sorumluluk ise haksız fiil hükümlerine tâbi olur.

<sup>460</sup> Y4HD, T.22.12.1977, E.1977/7057, K.1977/12298 (Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s.54, dn.4).

<sup>461</sup> UM, T.03.07.1971, E.1969/126, K.1971/15 (RG. T.26.11.1971, S.14024).

<sup>462</sup> UM, T.03.07.1971, E.1969/166,168, K.1971/16,17 (RG. T.26.11.1971, S.14024).

hükmüne göre motorlu araç<sup>463</sup> işleten sıfatıyla<sup>464</sup>; hemzemin geçit dışında meydana gelen kazalardan ise eBK 55 hükmüne göre adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur.

Yargıtay'ın bu içtihadı doğrultusunda, KTK 110 hükmünde 2011 yılında yapılan değişiklik ile hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarından sorumluluk da KTK hükümlerine tâbi tutulmuştur<sup>465</sup>. Öte yandan eBK döneminde, eBK 55 hükmünün gerçek tehlike sorumluluğunun yerini tutmayacağı, demiryolu işletmesi gibi tehlikeli işletme faaliyetleri bakımından kurtuluş kanıtı imkânı bulunan bir sorumluluğunun yetersiz olduğu dile getirilmiştir<sup>466</sup>. Nitekim TBK döneminde demiryolu işletmeciliği, TBK 71 anlamında önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti olarak değerlendirilmektedir<sup>467</sup>.

#### 2.1.1.4.2.2.2. Yapı Çalışmaları

Bir kamu tüzel kişisinden ihale ile iş alan özel hukuk tüzel kişisinin, aralarındaki özel hukuk sözleşmesi kapsamında üstlendiği yapı çalışmalarını (alt geçit, su kanalı, baraj, yol, meydan, kaldırım yapımı vs.) yürütürken, üçüncü kişilere verdiği zarardan kamu tüzel kişisinin sorumluluğu iddiası ile adli yargıda<sup>468</sup> açılan tazminat davalarına

<sup>463</sup> KTK'nın uygulanabilmesi için ön şart, bir veya birden fazla motorlu aracın karıştığı bir trafik kazasının meydana gelmesidir. KTK'da motorlu araç tanımına yer verilmemiştir; kanunun diğer hükümlerinden dolayı olarak ulaşılan tanıma göre "motorlu araç", karayolunda makine gücüyle hareket edebilen araçtır (**Yılmaz**, Motorlu Araç, s. 28 vd.; **Uyumaz/Tokat**, s. 977). Mehz İsviçre Karayolları Trafik Kanunundaki motorlu taşıt tanımında yer alan "raylardan bağımsız hareket edebilme" unsuruna KTK'da yer verilmemesi, özellikle tren ve tramvayların motorlu taşıt niteliği konusunda tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay, tramvayları da KTK kapsamında motorlu araç kabul ederek tramvay kazalarından belediyeleri motorlu araç işleten sıfatıyla sorumlu tutmaktadır (YHGK, T.15.04.2011, E.2011/17-13, K.2011/191, Kazancı; Y17HD, T.29.04.2010, E.2009/10702, K.2010/4034, Kazancı, E.T.14.02.2017).

<sup>464</sup> Y19HD, T.17.5.1993, E.1993/3224, K.1993/3814, Kazancı; Y19HD, T.06.06.1994, E.1993/6578 K.1994/5749, Kazancı; Y4HD, T.1.7.1997, E.1997/2856, K.1997/7335, Kazancı, E.T.14.02.2017.

<sup>465</sup> KTK'da2011 yılında yapılan değişiklik ile belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarının sahibi olduğu ya da işlettiği araçların sebep olduğu zararlardan sorumluluğun KTK'ya tâbi olduğu ve bu uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceği de açıkça düzenlenmiştir (KTK 106, 110).

<sup>466</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 34-35, 171-172; **Ulusan**, Tehlike, s. 48-49.

<sup>467</sup> **Uyumaz/Tokat**, s. 980 vd.; **Yılmaz**, Motorlu Araç, s. 33; **Üçışık**, s. 141.

<sup>468</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay'ın, bu tür davalarda adli yargının görevli olduğuna dair kararları için bkz. YHGK, T.28.04.2010, E.2010/7-216, K.2010/231, Kazancı; YHGK, T.02.02.2011, E.2010/7-673, K.2011/2, Kazancı; Y3HD, T.17.11.2012, E.2012/14897, K.2012/23001, Kazancı, E.T.14.02.2017. "Davacıya ait taşınmazın içerisinde bulunan dikili ağaçların davalı şirketin baraj yapımı sırasında kullandığı dinamitlerin patlaması sonucunda fırlattığı taş ve kaya parçalarının çarpması nedeniyle zarara uğranıldığından bahisle, oluştuğu ileri sürülen maddi zararın davalı şirket tarafından ödenmesi istemiyle açılan davanın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır" (UM, T.11.03.2013, E.2012/483, K.2013/329, RG T.18.04.2018, S.28622 Mükerrer). Aksi yönde bir YHGK kararı için bkz. YHGK, T.05.03.2014, E.2013/4-415, K.2014/199, Kazancı, E.T.14.02.2017.

uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bu tür davalarda, kamu tüzel kişinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle kamu tüzel kişisi ile yüklenici arasında bağımlılık arz eden bir eser sözleşmesinin bulunması gerekir<sup>469</sup>. Yargıtay, iş sahibi (kamu tüzel kişisi) ile yüklenici (özel hukuk kişisi) arasındaki sözleşmeyi bir bütün olarak değerlendirerek, ilgili sözleşmeye göre iş sahibinin, yüklenici üzerinde talimat, denetim ve gözetim yetkisinin bulunduğu durumlarda, taraflar arasında TBK 66 anlamında bağımlılık ilişkisinin kurulduğuna hükmetmektedir<sup>470</sup>. Bu tür uyuşmazlıklara çoğunlukla, yüklenici tarafından yürütülen kazı çalışmaları sırasında üçüncü kişilere ait kablolarla verilen zarardan idarenin sorumluluğu iddiası ile açılan davalarda rastlanmaktadır<sup>471</sup>.

#### 2.1.1.4.2.2.3. Haksız El Atmalar

Kamu yetkisi kullanan kamu personelinin, bir tesis yapımına ilişkin plan, proje veya şartnamenin dışına çıkmak suretiyle üçüncü kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlara verdiği zarardan kamu tüzel kişinin sorumluluğu iddiası ile adli yargıda<sup>472</sup>

<sup>469</sup> Taşocağında kullanılan patlayıcıların meydana getirdiği sarsıntı nedeniyle civardaki bir köy evinde meydana gelen zarardan sorumlu olan kişinin tespit edilebilmesi için taşocağını işleten şirket ile idare arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir (Y4HD, T.10.05.2006, E.2005/6824, K.2006/5586, Kazancı, E.T.15.02.2017); kanalizasyon çalışmaları sırasında kepçenin yüksek gerilim hattını koparması nedeniyle faaliyetlerini durdurmak zorunda kalan şirketin uğradığı zarardan İZSU Genel Müdürlüğü'nün adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, kanalizasyon çalışmalarını yürüten şirket ile arasındaki sözleşmede kendisine kontrol ve denetim yetkisi tanınıp tanınmadığının tespit edilmesi gerekir (Y7HD, T.18.04.2005, E.2005/1067, K.2005/1171, Kazancı, E.T.15.02.2017).

<sup>470</sup> İş sahibi ASKİ Genel Müdürlüğü, yüklenici tarafından yürütülen yol çalışmaları esnasında davacının aracının uğradığı zarardan adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (Y3HD, T.24.06.2010, E.2010/10363, K.2010/11287, Kazancı, E.T.15.02.2017); iş sahibi İSKİ Genel Müdürlüğü, yüklenici tarafından yürütülen kanal inşaatı sırasında davacının tesislerinde meydana gelen zarardan adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (Y7HD, T.26.01.2010, E.2010/404, K.2010/338, Kazancı; ayrıca bkz. Y7HD, T.18.01.2011, E.2010/7458, K.2011/98, Kazancı, E.T.15.02.2017); iş sahibi İSKİ Genel Müdürlüğü, yüklenici ve alt yükleniciler ile birlikte müteselsilen sorumludur (Y7HD, T.23.03.2010, E.2009/8153, K.2010/1575, Kazancı, E.T.15.02.2017); iş sahibi Karayolları Genel Müdürlüğü, yüklenici tarafından yürütülen yol yapım çalışmaları sırasında davacının uğradığı zarardan adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (Y7HD, T.21.09.2010, E.2010/2809, K.2010/4791, Kazancı, E.T.15.02.2017).

<sup>471</sup> İş sahibi İstanbul Büyükşehir Belediyesi, kanal yapım inşaatı sırasında yüklenicinin, davacının tesis ve kablolarına verdiği zarardan adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (YHGK, T.28.04.2010, E.2010/7-216, K.2010/231, Kazancı, E.T.15.02.2017); iş sahibi İstanbul Büyükşehir Belediyesi, alt geçit-yol düzenleme inşaatı sırasında yüklenicinin, davacının tesis ve kablolarına verdiği zarardan adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (YHGK, T.02.02.2011, E.2010/7-673, K.2011/2, Kazancı, E.T.15.02.2017); iş sahibi İZSU Genel Müdürlüğü, kanat inşaatı sırasında yüklenicinin, davacının tesis ve kablolarına verdiği zarardan adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (YHGK, T.30.05.2007, E.2007/7-302, K.2007/317, Kazancı, E.T.15.02.2017).

<sup>472</sup> İdare tarafından yol yapımı sırasında taşınmazların kamulaştırma yapılmayan kısmına taş ve hafriyat dökümü yapılarak, menfez inşa edilerek taşınmaz üzerinde bulunan meyve ağaçlarının ve bahçe sulamasında kullanılan kaynak suyunun üstünün kapanmasından kaynaklanan zararın tazminine ilişkin davanın adli yargıda görülmesi gerekir (Y4HD, T.11.02.2016, E.2015/15861, K.2016/1656, Kazancı, E.T.15.02.2017). İdarenin haksız eylem



açılan davalara rastlanmaktadır. Araziye hafriyat dökülmesi, araziden kum, toprak, çakıl gibi dolgu malzemesi alınması, kamulaştırmatsız el atma davaları bu tür uyuşmazlıklara örnek teşkil etmektedir. İdarenin, usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararı olmaksızın özel mülkiyete tâbi bir taşınmaza kısmen ya da tamamen el koyması olarak tanımlanan kamulaştırmatsız el atma idari fiil değil, haksız fiil teşkil eder<sup>473</sup>.

## 2.1.2. Çalışan Kavramı

### 2.1.2.1. Genel Olarak

TBK 66 hükmünde, adam çalıştıran gibi çalışan kavramı da tanımlanmamıştır. Çalışan kavramına verilmesi gereken anlam tespit edilirken, adam çalıştıran kavramından istifade edilir. Buna göre, adam çalıştıran ile bir bağımlılık ilişkisi içerisinde, onun emir ve talimatları doğrultusunda iş gören her kişi, TBK 66 bakımından “çalışan” teşkil eder. Klâsik doktrin, çalışanın mutlaka bir gerçek kişi olması gerektiğini kabul ederken<sup>474</sup>; modern doktrin ve uygulamaya göre tüzel kişilerin de çalışan konumunda olması mümkündür<sup>475</sup>. Hukukumuzda çalışan kavramı, çeşitli hukuk dallarında farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Bu nedenle bir kimsenin istihdam edildiği statünün tespitinin hangi hukuki çerçevede yapıldığı önem arz eder.

---

ile taşınmazına çakıl, taş ve benzeri malzeme dökmesi sebebiyle oluşan zararının tazminine ilişkin davanın adli yargıda görülmesi gerekir (Y4HD, T.27.10.2016, E.2016/7066, K.2016/10525, Kazancı, E.T.15.02.2017). Kamulaştırma yapılmaksızın başkasına ait araziden yol geçirilmesi nedeniyle davacının evinin, bahçesinin uğradığı zarardan idare, adamlarının haksız fiili nedeniyle sorumludur (Y4HD, T.11.09.1980, E.1980/4756, K.1980/5928, Kazancı, E.T.15.02.2017).

<sup>473</sup> **Günday**, s. 236.

<sup>474</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 143; **Berki**, s. 62; **Karan**, s. 735.

<sup>475</sup> **Ünlütepe**, s. 249; **Petrin**, s. 68; **Çelik**, s. 20. Uygulamada bir kamu tüzel kişisinden ihale ile iş alan tüzel kişi yükleniciler (bağımlı eser sözleşmesinin varlığından hareketle) TBK 66 bağlamında çalışan olarak kabul edilmektedir. Bkz. İkinci Bölüm, §4, I, D, 2, b, ii.

## 2.1.2.2. Benzer Kavramlar ile İlişkisi

### 2.1.2.2.1. İşçi Kavramı ile İlişkisi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında kullanılan çalışan kavramı ile iş hukukunda kullanılan çalışan kavramı birbiriyle büyük ölçüde örtüşmekle birlikte farklı anlamlara sahiptir. İş hukuku bakımından çalışanlar, bağımlı ve bağımsız çalışanlar olarak ikiye ayrılır. Bağımlı çalışanlar, işçi, memur ve diğer kamu görevlilerini ifade eder. İş hukuku kuralları ise, bağımlı çalışanlardan sadece işçilerin işverenleri ile olan ilişkilerini düzenler.

4857 sayılı İş Kanunununa (İŞK) göre işçi, “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiyi” (İŞK 2/1); iş sözleşmesi de “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmeyi” ifade eder. Ailevi ya da arkadaşlık ilişkisine dayanan, yardımlaşma, hatır ya da ahlâki amaçla yapılan ücretsiz çalışmalar ise iş sözleşmesine dayanmadığından iş hukukunun kapsamı dışındadır<sup>476</sup>. Çıraklar<sup>477</sup> ve stajyerler<sup>478</sup> de İŞK anlamında işçi sayılmazlar.

TBK 66 anlamında çalışan kavramı ise, dar ve teknik anlamda işçiyi de kapsayan daha geniş bir kavramdır<sup>479</sup>. Zira TBK 66 anlamındaki bağımlı çalıştırma ilişkisinin bir sözleşmeye dayanması zorunlu değildir; bir ailevi ilişki ya da hatır ilişkisi de söz konusu olabilir. Ayrıca bu çalıştırma ilişkisinin, iş sözleşmesinden farklı olarak, ivazlı olması da şart değildir. Yine, işçinin bir gerçek kişi olması zorunluysen, TBK 66 anlamında çalışan bir tüzel kişi de olabilir.

<sup>476</sup> Güzel, s. 96; Süzek, İş Hukuku, s. 144, 248.

<sup>477</sup> Çırak, mesleki eğitim görmek, bir meslek veya sanatı öğrenmek amacıyla çıraklık sözleşmesine göre çalışan kişidir. İŞK 4/f gereği, iş kanunu çıraklar bakımından uygulanmaz. TBK 393/3 hükmünde, özel hükümler saklı kalmak üzere, genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen çıraklık sözleşmesine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Buradaki özel düzenleme ile kastedilen 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’dur.

<sup>478</sup> Stajyer, çıraktan farklı olarak, bir meslek hakkında sahip olduğu teorik bilgisini, uygulamayı izleyerek pratik açıdan da güçlendirmek amacıyla işyerine kabul edilen öğrencilerdir. Stajyerler, işçi sayılmazlar (Süzek, İş Hukuku, s. 151; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 28; Senyen-Kaplan, s. 30-31).

<sup>479</sup> Brehm, Art.55 OR N.11. İsviçre hukukunda Art.55 OR hükmünde, “işçi ve diğer yardımcı kişi” (*Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen*) ifadesine yer verilmiş olması da bu hususu vurgulamaktadır. Art.49 VE-OR hükmünde sadece yardımcı kişi ifadesi kullanılmışken, Art.58 OR-2020 hükmünde Art.55 OR hükmündeki ifade benimsenmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda (İSGK) ise çalışan, “kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişiyi” olarak tanımlanmıştır (İSGK 3/1-b). İşverenler, bu kanun çerçevesinde, (bazı istisnalar saklı kalmak üzere) işçiler, kamu görevlileri, çıraklar ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm bağımlı çalışanlara yönelik olarak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri almakla yükümlüdürler (İSGK 2/1). TBK 66 anlamında çalışan kavramına işçiler, çıraklar ve stajyerler dâhil olmakla birlikte, kamu görevlileri kapsam dışıdır. TBK 66 anlamında çalışan kavramı bu bakımdan, İSGK anlamında çalışan kavramından daha *dardır*.

#### 2.1.2.2.2. Organ Kavramı ile İlişkisi

Bu başlığa, çalışmamızın sistematigi açısından yer verilmiş olup, çalışan ile ortak kavramı arasındaki ilişki, yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

#### 2.1.2.2.3. İfa Yardımcısı Kavramı ile İlişkisi

Bu başlığa, çalışmamızın sistematigi açısından yer verilmiş olup, çalışan ile ifa yardımcısı kavramı arasındaki ilişki, önemine binaen, aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

#### 2.1.2.2.4. Ortak Kavramı ile İlişkisi

Ortaklar arasında bağımlılık arz eden bir ilişki bulunmadığından<sup>480</sup>, TBK 66 hükmü ortaklar arası ilişkide uygulanmaz<sup>481</sup>. Ortaklık sözleşmesinde ortaklar birbirleriyle eşit konumda olup, biri diğerinin çalışanı değildir<sup>482</sup>. Bu nedenle bir ortağın haksız fiilinden diğer ortaklar adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulamaz. Haksız fiili işleyen ortağın yönetici ortak sıfatına sahip olması durumunda da sonuç değişmez<sup>483</sup>. Âdi ortaklık sözleşmesine ilişkin TBK 630/1 hükmüne göre, kanunda veya ortaklık sözleşmesinde

<sup>480</sup> Eren, Genel, s. 649; Oğuzman/Öz II, s. 145; Antalya, s. 556; YHGK, T.30.10.1985, E.1984/9-246, K.1985/861, Kazancı, E.T.19.09.2018.

<sup>481</sup> Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), N.100a; Barlas, N.176; Fischer/Iten, Art.55 OR N.17.

<sup>482</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 59; Antalya, s. 563; Arık, s. 119 dn.1.

<sup>483</sup> Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), N.100a; Barlas, N.176.

aksine hüküm bulunmadıkça, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tâbidir. Bu hüküm, TTK 126 gereği, ticaret hukuku şirketleri bakımından da kıyasen uygulanır. Birbirlerine karşı çalışan konumunda olmayan ortaklar, âdi ortaklık karşısında da TBK 66 anlamında çalışan sıfatına sahip değildir<sup>484</sup>.

### 2.1.3. Çalıştırma İlişkisi

#### 2.1.3.1. Çalıştırma İlişkisinin Genel Özellikleri

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanabilmesi için, adam çalıştırıcı ile çalışan arasında öncelikle bir özel hukuk ilişkisi bulunmalıdır<sup>485</sup>. Bu ilişki, hukuki ya da fiili nitelikte olabilir. Çalıştırma ilişkisinin bir sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda, hukuki bir ilişki söz konusu olur. Bu sözleşmenin hukuki niteliği aşağıda ayrıca değerlendirilecektir. Ancak çalıştırma ilişkisi, bir sözleşmeye dayanmak zorunda değildir<sup>486</sup>. Adam çalıştırıcı ile çalışan arasında bir sözleşmenin bulunmadığı durumlarda sadece fiili (*rein faktisch*) nitelikte bir çalıştırma ilişkisinden bahsedilir<sup>487</sup>. Herhangi bir sebeple geçersiz<sup>488</sup> bir sözleşmeye dayanarak çalışma<sup>489</sup> (örneğin, adam çalıştırıcının, ayırt etme gücünden yoksun bir kişiyle sözleşme yapmış olması<sup>490</sup> veya sınırlı ehliyetsizin yapmış olduğu sözleşme bakımından yasal temsilcisinin rızasının bulunmaması<sup>491</sup>); aile içi dayanışma çerçevesinde yardım amacıyla çalışma<sup>492</sup> (örneğin, çocuğun ana-

<sup>484</sup> **Rey/Wildhaber**, N.1066; **Brehm**, Art.55 OR N.10.

<sup>485</sup> **Eren** Genel, s. 640; **Oğuzman/Öz II**, s. 140. Hatta bir kamu hukuku ilişkisi çerçevesinde çalışanların, tâbi oldukları üstlerinin şahsi işlerini görmek üzere çalıştırılmaları durumunda da (örneğin, bir askeri personelin, askeri komutanının şahsi bir işini görmesi) adam çalıştırıcının sorumluluğunun uygulanacağı kabul edilmektedir (**Oftinger/Stark II/1**, §20 N.66; BGE 66 II 122, **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 58; **Oğuzman/Öz II**, s. 145 dn.35).

<sup>486</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.7; **Kessler**, Art.55 OR N.8; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.7; **Huguenin**, N.2031.

<sup>487</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 58; **Eren**, Genel, s. 648; **Brehm**, Art.55 OR N.7; **Schwenzer**, N.23.16; **von Tuhr**, s. 351.

<sup>488</sup> Söz konusu sözleşme kesin hükümsüz olabileceği gibi irade sakatlığı sebebiyle iptal edilmiş de olabilir.

<sup>489</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 58; **Oğuzman/Öz II**, s. 145; **Nomer**, Borçlar, s. 162; **Arık**, s. 119.

<sup>490</sup> **Eren**, Genel, s. 649-650; **Antalya**, s. 562.

<sup>491</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 58.

<sup>492</sup> **Schwenzer**, N.23.16; **Birsén**, s. 243.

babasına<sup>493</sup>, eşlerden birinin diğerine<sup>494</sup> ait işyerinde yardım etmesi); adam çalıştırmanın bilgisi dâhilinde ve talimatı doğrultusunda olmak kaydıyla bir hatır ilişkisine dayanarak çalışma<sup>495</sup> (örneğin, bir kimsenin arkadaşına eşya taşımada yardım etmesi<sup>496</sup>) durumlarında fiili bir çalıştırma ilişkisi söz konusudur.

Çalıştırma ilişkisi bir defaya mahsus, rastlantısal, geçici ya da sürekli olabileceği gibi<sup>497</sup>, ivazlı ya da ivazsız<sup>498</sup> da olabilir. Çalışanın, sigortasız olarak kayıt dışı çalıştırılması da çalıştırma ilişkisinin varlığına engel değildir<sup>499</sup>.

Çalıştırma ilişkisinin önemli özelliklerinden biri, çalışanın gördüğü işin, adam çalıştırmanın menfaatine yönelik olmasıdır<sup>500</sup>. Çalışanın gördüğü iş, adam çalıştırmanın ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında olabileceği gibi sadece boş vakitleri değerlendirmeye yönelik eğlence amaçlı faaliyetler de dâhil olmak üzere tamamen şahsi ya da ailevi nitelikte de olabilir<sup>501</sup>.

Çalıştırma ilişkisi nitelik ve içerik itibarıyla oldukça geniş kapsamlı olmakla birlikte, adam çalıştırmanın sorumluluğunun sınırını, görülecek işin hukuka ve ahlâka uygun olması teşkil eder. Örneğin, bir kimsenin bir başkasını öldürmek üzere istihdam edilmesinde

<sup>493</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s. 172; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 57-58; **Eren**, Genel, s. 650; **Antalya**, s. 562. Babasının hayvanlarına çobanlık yapan reşit oğlu ile babası arasında adam çalıştırma ilişkisi vardır; oğlunun hayvanları olatırken neden olduğu yangında bir başkasına ait meyva bahçesindeki meyvaların uğradığı zarardan baba adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumludur (Y4HD, T.20.11.1984, E.1984/7770, K.1984/8597, Kazancı, E.T.19.09.2018); arazisindeki fidanları ilaçlaması için oğlunu görevlendiren baba, başkasına ait hayvanların zehirli otları yiyerek ölmesinden adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumludur; hayvanlarını başkasının arazisinde izinsiz olarak otlatan davacının ise kusuru oranında tazminattan indirim yapılmalıdır (Y4HD, T.13.03.1985, E.1984/9973, K.1985/2112, Kazancı, E.T.19.09.2018); ormandan tomruk istihali kooperatifinin üyesi baba ile bu işte kendisine yardımcı olması için nezaretinde çalıştırdığı oğlu arasında adam çalıştırma ilişkisi vardır; tomruk yuvarlanması neticesinde meydana gelen zarardan baba adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumludur (Y4HD, T.16.06.1986, E.1986/4100, K.1986/4720, **Uygur**, s. 2625);

<sup>494</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.70; **Eren**, Genel, s. 650.

<sup>495</sup> **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 336; **Antalya**, s. 562. Hatır ve dostluk ilişkilerinden doğan iş görmelerde bağımlılık unsuru genellikle zayıftır (**Antalya**, s. 563).

<sup>496</sup> **Widmer/Wessner**, s. 127.

<sup>497</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.72; **Brehm**, Art.55 OR N.6; **Fischer/Iten**, Art.55 OR N.16; **Eren**, Genel, s. 647; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 336; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 60; **Reisoğlu**, s. 120; **Antalya**, s. 562.

<sup>498</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 60; **Reisoğlu**, s. 120; **Eren**, Genel, s. 647-648; **Antalya**, s. 562; **Petrin**, s. 68; **Brehm**, Art.55 OR N.7; **Furrer/Müller-Chen**, s. 369.

<sup>499</sup> Y4HD, T.12.11.1984, E.1984/7360, K.1984/8310, Kazancı.

<sup>500</sup> **Eren**, Genel, s. 648; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 58.

<sup>501</sup> **Fischer/Iten**, Art.55 OR N.16; **Birsén**, s. 243; **İnan/Yücel**, s. 416; **Antalya**, s. 562; **Olgaç**, s. 446.

olduğu gibi çalıştırma ilişkisi TBK 27 uyarınca hukuka aykırı bir sözleşmeye dayanıyorsa, adam çalıştırmanın sorumluluğu uygulanmaz<sup>502</sup>.

### 2.1.3.2. Çalıştırma İlişkisinin Karakteristik Özelliği: Bağımlılık

#### 2.1.3.2.1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Bağımlılık Kavramı

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, adam çalıştırma ile bağımlılık ilişkisi (*Subordinationsverhältnis/Unterordnungsverhältnis*) içerisinde olan kişilerin hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere verdikleri zararlar ile sınırlıdır; bağımsız çalışanlar, sorumluluğun kapsamı dışındadır. Art.55 OR hükmünde yer alan “*Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen*” ifadesinde, “yardımcı kişi” kavramı ile yetinilmeyerek “işçi” kavramına da özellikle yer verilmesinin sebebi, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından aranan bu bağımlılık ilişkisini vurgulamaktır<sup>503</sup>. Çalıştırma ilişkisinin bağımlılık arz etmesi, adam çalıştırmanın sorumluluğunun belkeğini oluşturur. Adam çalıştırana kanun tarafından yükletilen özen yükümlülüğünü meşrulaştırılan da bu bağımlılıktır<sup>504</sup>.

Bağımlılık; adam çalıştırmanın çalışan üzerinde talimat ve denetim yetkisine sahip olmasını, bağımsız karar verme yetkisine sahip olmayan çalışanın da bu talimatlar ile bağlı olmasını ifade eder. Bağımlılık ilişkisinin varlığının tespitinde temel ölçüt, yardımcı kişinin karar/takdir yetkisinin düzeyi/derecesi (*Grad des Entscheidungsspielraum*<sup>505</sup>), diğer bir ifadeyle hareket alanının (*Handlungsspielraum*<sup>506</sup>) genişliğidir. Yardımcı kişinin tek başına karar alma özgürlüğü ne kadar genişse, bu kişinin TBK 66 anlamında çalışan olarak nitelendirilme ihtimali de o kadar düşüktür<sup>507</sup>. Öte yandan, yardımcı kişinin salt talimatlara muhatap olması, başlı başına, bağımlılık ilişkisinin varlığına işaret etmez;

<sup>502</sup> Berki, s. 61-62; Çelik, s. 23.

<sup>503</sup> Brehm, Art.55 OR N.12. Bu iki kavrama yer verilmekle iki farklı kategori yaratılmış değildir; Art.55 OR anlamında her yardımcı kişinin adam çalıştırma ile ilişkisi bakımından aynı ölçütler belirleyicidir (Oftinger/Stark II/1, §20 N.85).

<sup>504</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 59; Oğuzman/Öz II, s. 144; Kessler, Art.55 OR N.7; Huguenin, N.2030.

<sup>505</sup> Müller-Chen, Art.55 OR N.11; Honsell/Isenring/Kessler, §13 N.11.

<sup>506</sup> Fellmann/Kottmann, N.758.

<sup>507</sup> Müller-Chen, Art.55 OR N.11; Fischer/Iten, Art.55 OR N.17.

önemli olan, adam çalıştıranın talimatlarının, çalışanın işin görülmesine ilişkin takdir yetkisini ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır<sup>508</sup>.

#### 2.1.3.2.1.1. Modern İstihdam Modellerinin Bağımlılık Kavramına Etkisi

Bilindiği üzere bağımlılık, iş hukukunun da temel kavramları arasında yer alır. İş sözleşmesinde işçi, işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenir (İşK 8/1; TBK 393/1). Bağımlı iş görme unsurunun varlığı, iş sözleşmesinin ayırt edici özelliğidir. Bu noktada, iş sözleşmesi bağlamında bağımlılık kavramından ne anlaşılması gerektiği, diğer bir ifadeyle, ne tür bir bağımlılığın aranması gerektiği tespit edilmelidir. İş hukukunun kişi bakımından uygulama alanını ekonomik açıdan zayıf kişiler ile sınırlayan yaklaşıma göre belirleyici olan, işçinin işverene *ekonomik* bağımlılığıdır. Ancak bağımsız çalışanlar bakımından da ekonomik bağımlılık söz konusu olabileceğinden (örneğin, bir bağımsız çalışanın yalnızca tek bir müşterisinin bulunması), bunun ayırt edici bir ölçüt olmadığı belirtilmektedir<sup>509</sup>. Benzer şekilde, işçinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmesinden hareketle önerilen *teknik* bağımlılık ölçütü de özellikle uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren meslekleri iş sözleşmesi çerçevesinde icra edenler bakımından yetersiz kalmaktadır. Hatta günümüzde işyerlerine hâkim olan yüksek teknoloji neticesinde, bilgisayar ve yapay zekâ uygulamalarına dayalı çalışmalar bakımından işçinin değil bilakis işverenin işçiye teknik bağımlılığından bahsedilmektedir<sup>510</sup>. Kabul gören anlayışa göre, işçinin işverene bağımlılığı, *hukuki* bağımlılıktır<sup>511</sup>. Hukuki bağımlılık; hukuki bir hiyerarşi ilişkisi içerisinde, işverenin işçiye emir ve talimatlar vermesi, işçinin de bu talimatlara uyma yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkar. İşverenin, emir ve talimat verme yetkisi, işçinin yapma borcu üzerindeki yönetim hakkının somutlaşmış hâlidir<sup>512</sup>. İşçi de iş görme borcunu işverenin yönetimi altında yerine getirir.

<sup>508</sup> **Fellmann/Kottmann**, N.758; **Fischer/Iten**, Art.55 OR N.17. Örneğin, vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin talimatlarına uygun ifade bulunmakla yükümlüdür (TBK 505); ancak bu talimatlar vekalet konusu işin somutlaştırılmasına ilişkin olup, vekilin bağımsız niteliği gereği, vekalet verenin vekile işin organizasyonuna ilişkin davranışsal nitelikte talimatlar verme hakkı yoktur.

<sup>509</sup> **Güzel**, s. 104.

<sup>510</sup> **Güzel**, s. 105.

<sup>511</sup> **Güzel**, s. 105 vd.; **Süzek**, İş Hukuku, s. 249 (yazar, kişisel-hukuki bağımlılık kavramını kullanmaktadır).

<sup>512</sup> **Güzel**, s. 106 vd.

Öte yandan, ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmelerin etkisiyle değişen modern çalışma hayatının dinamiklerine uyum sağlamak amacıyla, hukuki bağımlılık ilişkisinin tespitinde farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir. Sanayi toplumundaki fabrika modeline dayalı klâsik istihdam anlayışı, iş görme ediminin işyerinde tam gün süreyle ifası üzerine kuruludur. Ancak günümüzde bu anlayış yerini hızla yeni ve esnek istihdam modellerine bırakmaya başlamıştır. Uzaktan çalışma (*tele-çalışma*), evden çalışma (*home-office*) çalışma yeri bakımından; kısmi süreli çalışma (*part-time*), çağrı üzerine çalışma (*work on-call*), yoğunlaştırılmış iş haftası (*compressed work week*) ise çalışma süresi bakımından esnek çalışma modellerinin başlıca örnekleridir. Özellikle hizmet sektöründe yaygınlık kazanan bu tür atipik istihdam modelleri sayesinde çalışma ilişkileri geleneksel işyeri olan fabrikanın sınırları dışına taşarak işçinin evine kadar ulaşmıştır<sup>513</sup>.

İş sözleşmesinin yer ve zaman unsurunda büyük değişimler yaratan bu tür atipik iş sözleşmelerinin ortaya çıkışı ile birlikte iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun varlığı da sorgulanmaya başlanmıştır. Günümüzün değişen çalışma dinamikleri karşısında, işçi-bağımsız çalışan ayrımının keskinliğini kaybettiği<sup>514</sup>; bağımlılık unsurunun, bu gelişmeler neticesinde varlığını korumakla birlikte esnekleştiği; dolayısıyla bu unsura, yeni istihdam modellerine uyum sağlayacak yeni bir içerik kazandırılması gerektiği<sup>515</sup> dile getirilmiştir. İşveren, hukuki bir hiyerarşi içerisinde işçiye verdiği talimatlarla işçinin faaliyetini, çalışma şekil, yer ve zamanını belirlemek suretiyle işin görülme sürecini organize eder<sup>516</sup>. Bu doğrultuda geliştirilen başlıca ölçüt, “işverenin yönetimi altındaki iş organizasyonuna (*Arbeitsorganisation*) tâbi olarak iş görme” olarak ifade edilmektedir<sup>517</sup>. “İşin organizasyonu” ölçütü, hukuki bağımlılığı dışlamayan, aksine tamamlayan bir niteliğe sahiptir<sup>518</sup>. İş sözleşmesinde hukuki bağımlılığın varlığı tespit edilirken, işçinin işverene ait organizasyon çerçevesinde, işverenin yararına iş görüp görmediği değerlendirilir. Bu değerlendirme yapılırken dikkate alınan başlıca hususlar şöyledir<sup>519</sup>: İşin, işveren tarafından belirlenen yer ve zamanda yapılması; işçinin ücretini kendisinin ödediği yardımcı kişi çalıştırmaması; işveren tarafından sağlanan araç-gereç ve

<sup>513</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 251; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 118.

<sup>514</sup> Winfield/Jolowicz, N.20.2; Nolan/Davies, s. 2.283.

<sup>515</sup> Güzel, s. 108; Süzek, İş Hukuku, s. 252.

<sup>516</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 250.

<sup>517</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 252; Güzel, s. 109 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 119.

<sup>518</sup> Güzel, s. 109.

<sup>519</sup> Güzel, s. 120 vd.



hammadenin kullanılması; işçinin işin sonucuna ilişkin hesap verme yükümlülüğü vb. Böylelikle bağımlılık kavramı, atipik iş sözleşmeleri çerçevesinde belirli bir serbestiye sahip olan kimseleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir<sup>520</sup>.

Tüm bu gelişmeler adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından değerlendirildiğinde, bu tür atipik istihdam modellerin yaygınlaşmasıyla iş hukukunun düzenlediği işçi-işveren ilişkilerinde bile bağımlılık unsurunun zayıfladığı durumlarda esnek ölçütlere başvurulurken, daha geniş bir sorumluluğu düzenlemeyi amaçlayan adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından sıkı bir bağımlılık ilişkisi aranması amaca aykırı düşecektir<sup>521</sup>. Nitekim bu doğrultuda adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında “*ekonomik-organizasyonel bağımlılık*” kavramı<sup>522</sup> geliştirilerek iş hukukundakine benzer bir yaklaşım benimsenmiştir.

#### 2.1.3.2.1.2. Çalıştırma İlişisinin Kaynaklandığı Sözleşmenin Hukuki Niteliğinin Bağımlılık İlişisine Etkisi

Çalıştırma ilişkisinin bir sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda, bu sözleşmenin hukuki niteliği, çalıştırma ilişkisinin bağımlılık arz edip etmediğinin tespitinde önemli rol oynar. Adam çalıştırıcı ile çalışan arasındaki sözleşme ilişkisi, genellikle bir iş sözleşmesine dayanır<sup>523</sup>. Bu tür durumlarda, bağımlılık ilişkisinin varlığı karineten kabul edilir<sup>524</sup>. Zira iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran karakteristik özelliği, bağımlılıktır<sup>525</sup>. İş sözleşmesinde işçinin işverene bağımlı olarak iş görme unsuru, TBK 393 ve İşK 8/2 hükümlerinde de vurgulanmıştır.

Eser sözleşmesinde ise yüklenici, iş sahibinin talimatlarıyla bağlı olsa da işin görülmesi konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve temelde iş sahibinden bağımsız olarak iş görür. Bu nedenle iş sahibi ile yüklenici arasında TBK 66 anlamında bağımlılık arz eden

<sup>520</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 252.

<sup>521</sup> Bakırcı, s. 47-48.

<sup>522</sup> Rey/Wildhaber, N.1066; Fellmann/Kottmann, N.739; Müller-Chen, Art.55 OR N.7; Furrer/Müller-Chen, s. 369.

<sup>523</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 56; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 336; Reisoğlu, s. 120; Nomer, Borçlar, s. 162; Antalya, s. 562; von Büren, s. 253; Brehm, Art.55 OR N.7; Kessler, Art.55 N.8.

<sup>524</sup> Schwenger, N.23.16; Schönerberger, Art.55 OR N.7; Fellmann/Kottmann, N.757; Brehm, Art.55 OR N.7; Furrer/Müller-Chen, s. 369; Eren, Genel, s. 649.

<sup>525</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 248; Güzel, s. 84.

bir çalıştırma ilişkisi kural olarak bulunmaz<sup>526</sup>. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir<sup>527</sup>. Kural bu olmakla birlikte, somut olaydaki eser sözleşmesinin özellikleri gereği iş sahibinin, yüklenici karşısında adam çalıştırın sıfatına sahip olabileceği doktrinde<sup>528</sup> ve mahkeme içtihatlarında<sup>529</sup> kabul edilmektedir. İş sahibine yüklenici üzerinde talimat ve denetim yetkisinin tanındığı bu tür durumlarda “bağımlı eser sözleşmesinden”<sup>530</sup> bahsedilir ve yüklenicinin işi yürütürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan iş sahibi, adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulur. Böylelikle, şekli nitelikteki emir-talimat ilişkisinin bile adam çalıştırının sorumluluğu bakımından aranan bağımlılık ilişkisi için yeterli kabul edilmektedir<sup>531</sup>.

<sup>526</sup> **Rey/Wildhaber**, N.1066; **Fellmann/Kottmann**, N.740; **Fischer/Iten**, N.17; **Schwenzer**, N.23.16; **Oğuzman/Öz II**, s. 145; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 57; **Nomer**, Borçlar, s. 162-163; **Reisoğlu**, s. 119. Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında da bir çalıştırma ilişkisi yoktur (**Schwenzer**, N.23.16; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.11; **Keller**, s. 174; **Fischer/Iten**, N.17).

<sup>527</sup> Araç sahibi ile tamirci arasında eser sözleşmesi bulunduğundan, tamir eden kişi araç sahibinin çalışanı değildir. Bu nedenle, tamircinin araç sahibinden habersiz kullandığı araçla yaptığı kazadan araç sahibi adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu değildir (Y4HD, T.16.12.2002, E.2002/9648, K.2002/14129, Kazancı, E.T.19.09.2018; YHGK, T.02.07.1982, E.1979/11-1735, K.1982/769, Kazancı, E.T.19.09.2018; Y4HD, T.01.12.1977, E.1977/11263, K.1977/11369, **Uygur**, s. 2632; Y3HD, T.03.12.1962, E.1962/10951, K.1962/9385, **Olgaç**, s. 461). Bir hastane inşaatının temel kazısı ve hafriyat işleri için yapılan hafriyat sözleşmesi, eser sözleşmesi niteliğinde olmasına rağmen, iş sahibine, sözleşme konusuna giren işleri kontrol, denetleme ve yükleniciye talimat verme yetkisi tanınmadığından iş sahibi adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulamaz (Y7HD, T.07.04.2009, E.2008/6736, K.2009/1124, Kazancı, E.T.19.09.2018). Bir şehir stadında duvara yaslı vaziyette bırakılan bırakılan kapının düşmesi neticesinde bir çocuğun ölümünden, stad sahibi, yapıdaki eksiklikleri tamamlama işinin üstlenen yüklenicinin çalıştırın sıfatıyla sorumlu değildir (Y4HD, T.29.04.1980, E.1980/2764, K.1980/5650, **Uygur**, s. 2637).

<sup>528</sup> **Rey/Wildhaber**, N.1066; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 56; **Eren**, Genel, s. 649.

<sup>529</sup> Bu tür kararlara çoğunlukla, bir eser sözleşmesi çerçevesinde yürütülen kazı faaliyetleri sırasında üçüncü kişilere ait kablolarla verilen zarardan sorumluluk davalarında rastlanmaktadır. Söz konusu kararlarda genellikle, iş sahibi adam çalıştırın sıfatıyla, yüklenici ise genel haksız fiil sorumluluğu (TBK 49) çerçevesinde sorumlu tutulmaktadır. Örneğin; doğalgaz kazı çalışmaları sırasında üçüncü kişiye ait kabloların uğradığı zarardan, iş sahibi adam çalıştırın sıfatıyla, yüklenici ise genel haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre müteselsilen sorumludur (Y4HD, T.01.12.2016, E.2016/7897, K.2016/11774, Kazancı, E.T.14.05.2017); kazı çalışması nedeniyle davalı üçüncü kişiye ait fiber optik kablolarında meydana gelen zarardan, iş sahibi adam çalıştırın, yüklenici de genel haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre müteselsilen sorumludur (Y4HD, T.16.12.2015, E.2014/18143, K.2015/14823, Kazancı, E.T.14.05.2017); kazı çalışması nedeniyle üçüncü kişiye ait kablo tv hattında meydana gelen zarardan, iş sahibi adam çalıştırın, yüklenici de genel haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre müteselsilen sorumludur (Y4HD, T.09.04.2014, E.2014/4394, K.2014/6036, Kazancı, E.T.14.05.2017). Öte yandan, elektrik şebekesi yapım çalışmaları esnasında kepçe operatörünün üçüncü kişiye ait kablolarla verdiği zarardan sorumluluğa ilişkin bir davada hem iş sahibi hem de yüklenici adam çalıştırın sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulmuştur (Y7HD, T.09.02.2010, E.2009/6855, K.2010/516, Kazancı, E.T.14.05.2017). *Öğütçü*’e göre ise, (kusur esasına göre sorumlu olan) yüklenici ile birlikte sorumlu tutulmak istenen iş sahibi bakımından, adam çalıştırının sorumluluğuna başvurmaya gerek olmaksızın, iş sahibinin sorumluluğunun tehlike kuralı uyarınca TBK 49 hükmüne göre kurulması mümkündür (**Öğütçü**, s. 845-846). Tarafı oldukları özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde kamu tüzel kişilerinin de benzer şekilde adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulduğu kararlar için bkz. İkinci Bölüm, §4, I, D, 2, b, ii.

<sup>530</sup> Kavram için bkz. **Eren**, Genel, s. 649.

<sup>531</sup> **Bakırcı**, s. 49.

Benzer şekilde, somut olayın özelliklerine göre, vekâlet<sup>532</sup> ya da kira<sup>533</sup> sözleşmesi, hatta ticaret hukukunda bağımsız ticari işletme faaliyeti olarak değerlendirilen acentelik<sup>534</sup> ve franchise<sup>535</sup> ilişkisi bile TBK 66 anlamında adam çalıştırma ilişkisine kaynaklık edecek şekilde yorumlanabilir. Bayililik sözleşmesinde ise bu tür bir ilişki bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>536</sup>.

### 2.1.3.2.1.3. Çalışanın Adam Çalıştırandan Teknik Bağımsızlığının Bağımlılık İlişkisine Etkisi

Çalışanın gördüğü iş bakımından bilgi birikimi ve mesleki tecrübesinin adam çalıştırana nazaran daha fazla olduğu durumlar ile karşılaştırılması mümkündür. Özellikle teknik ya da mesleki açıdan özel bilgi ve tecrübe gerektiren bazı meslekleri (hekimlik, avukatlık, mühendislik, mimarlık gibi) iş sözleşmesi çerçevesinde icra edenler bakımından durum böyledir. Bu tür meslek mensupları, bir başkasının çalışanı sıfatıyla iş sözleşmesi hükümlerine tâbi olarak çalışsalar bile, mesleklerini işverenleri ile *maddi* bir bağımlılık ilişkisi çerçevesinde icra ettiklerinden bahsedilemez<sup>537</sup>. Öte yandan, bu tür kimselerin teknik bağımsızlık içerisinde iş görmesi, adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanmasına engel değildir. Bir kimsenin emir ve talimatlarına bağlı olarak çalışmaktan bahsedilebilmesi için, adam çalıştırın konumundaki kişinin mutlaka, çalışana nazaran daha bilgili olması gerekmez<sup>538</sup>. Buradaki bağımlılık mutlak değil, göreceli bir kavramdır; derecesi de her çalışana ve meslek grubuna göre farklılık gösterir<sup>539</sup>. Uzmanlık gerektiren meslekleri icra eden çalışanlar bakımından adam çalıştırandan beklenen; çalışanını mesleki bilgi açısından bir kontrole tâbi tutmak<sup>540</sup> ya

<sup>532</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.7; **Eren**, Genel, s. 649; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 56.

<sup>533</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.7. Bir halı sahayı kira sözleşmesi ile işleten kişinin burada bir kişiyi yaralaması olayında, sözleşme hükümleri incelendiğinde kiracılık ilişkisinden ziyade halı sahayı işletenin kârdan pay olarak çalıştığına söz konusu olduğuna ve bu doğrultuda halı saha sahibinin adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluğuna hükmedilmiştir (Y4HD, T.10.04.2007, E.2006/5874, K.2007/4738, Kazancı, E.T.19.01.2018).

<sup>534</sup> BGE 61 II 339.

<sup>535</sup> Bir markete ait reklam tabelasının yoldan geçen bir kimsenin üzerine düşmesi sonucu yaralanmasına ilişkin olayda, franchise veren şirket, franchise sözleşmesi gereği marketi işleten şirket üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu gerekçesiyle meydana gelen zarardan adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulmuştur (Y3HD, T.16.04.2014, E.2013/21206, K.2014/6181, Kazancı, E.T.19.01.2018).

<sup>536</sup> Y4HD, T.22.02.1978, E.1978/1710, K.1978/2220, **Uygun**, s. 2627-2629.

<sup>537</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 57.

<sup>538</sup> **Reisoğlu**, Borçlar, s. 119; **Petek**, s. 88.

<sup>539</sup> **Güzel**, s. 108; **Süzek**, İş Hukuku, s. 251.

<sup>540</sup> **Özcan**, İmalatçı, s. 199;

da işin yürütülmesine ilişkin ayrıntılı talimatlar vermek<sup>541</sup> değildir. Burada önemli olan söz konusu çalışanın, adam çalıştıran tarafından önceden belirlenen iş koşulları (işin yapılacağı yer, zamanı belirleme, kullanılacak araçları sağlama vb.) çerçevesinde, diğer bir ifadeyle, adam çalıştıranın organizasyonuna tâbi olarak, onunla hukuki bir bağımlılık içerisinde iş görmesidir<sup>542</sup>. Dolayısıyla, çalışan, işin görülmesi bakımından teknik açıdan bağımsız bile olsa, kendisine iş gördüren kişi ile hukuki bağımlılık ilişkisi içerisinde olduğu müddetçe adam çalıştıranın sorumluluğu uygulanabilecektir. Öte yandan, teknik bağımsızlık çerçevesinde iş gören çalışanlar bakımından adam çalıştıranın talimat ve denetleme yükümlülüğünün kapsamının daralacağı vurgulanmalıdır<sup>543</sup>.

#### 2.1.3.2.1.4. Adam Çalıştıran ile Çalışan Arasındaki Hiyerarşik Mesafenin Bağımlılık İlişkisine Etkisi

Adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü bizzat yerine getirmesi zorunlu değildir; bu yükümlülüğünü başkaları aracılığıyla da yerine getirebilir<sup>544</sup>. Nitekim günümüzde özellikle hiyerarşik bir düzenin bulunduğu büyük ölçekli işletmelerde, adam çalıştıran konumundaki işletme sahibi, en alt kademede yer alan çalışanlarına yönelik özen yükümlülüğünü, birtakım ara kademelerde istihdam ettiği çalışanları (personel sorumlusu, bölüm şefi, ustabaşı, müdür, kontrolör vb.) aracılığıyla yerine getirir. Hatta işletmenin büyüklüğüne göre, yönetsel işleri tek başına yerine getirmesi mümkün olmayan adam çalıştıranın, özen yükümlülüğünü yerine getirmek üzere bu tür ara kademelerde uygun kişileri görevlendirmesi zorunludur<sup>545</sup>. Bu tür durumlarda, adam çalıştıran ile alt kademede yer alan çalışanlar arasındaki bağımlılık ilişkisi *dolaylı* niteliktedir. Adam çalıştıran ile çalışan arasında *doğrudan* bir bağımlılık ilişkisi bulunması zorunlu değildir.

---

<sup>541</sup> Güzel, s. 108.

<sup>542</sup> Güzel, s. 109 vd.

<sup>543</sup> Güzel, s. 108; Öztan, İmalatçı, s. 199.

<sup>544</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.122; Rey/Wildhaber, N.1108; Fischer/Iten, Art.55 OR N.11; Fellmann/Kottmann, N.787.

<sup>545</sup> Fellmann/Kottmann, N.787; Brehm, Art.55 OR N.52.

Bu tür durumlarda, adam çalıştıran, dolaylı bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunduğu alt kademedeki çalışanlarının fiilleriyle verdikleri zarardan sorumludur<sup>546</sup>. Zira adam çalıştıran görev ve yetkilerini devretmekle birlikte, sorumluluk kendisine ait olmaya devam eder<sup>547</sup>. Kanun, gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü adam çalıştıranaya yüklemiştir; bu yükümlülüğü bizzat mı yoksa birtakım yardımcı kişiler aracılığıyla mı yerine getirdiği önemli değildir<sup>548</sup>.

Bu noktada adam çalıştıran, üst kademelerdeki yardımcı kişileri seçmede, talimat vermede ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini; ancak zarara sebep olan çalışanı bizzat kendisinin seçmediğini, denetlemediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz<sup>549</sup>. Adam çalıştıran, hiyerarşik olarak daima en üst konumda bulunan kişi olarak, tüm hiyerarşik kademelerdeki özen eksikliğinden sorumludur<sup>550</sup>. Bu doğrultuda, adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için, zarara sebep olan çalışana nazaran üst kademede bulunan yardımcı kişilerin de gerekli özeni gösterdiğini ispatlaması gerekir<sup>551</sup>.

#### 2.1.3.2.2. Bağımsız Çalışanları Adam Çalıştıranın Sorumluluğuna Dâhil Etme Eğilimi

Adam çalıştıranın sorumluluğuna karakterini veren, adam çalıştıranın bağımlılık ilişkisi gereği çalışan üzerinde sahip olduğu hâkimiyettir. Adam çalıştıranaya yükletilen özen yükümlülüğü de bu hâkimiyet esasına dayanır. Bu nedenle, gördüğü işi bağımsız olarak organize eden, mâli riskleri bizzat üstlenen bağımsız çalışanların (*independent contractors*) fiilleri, TBK 116 hükmünden farklı olarak<sup>552</sup>, geleneksel olarak adam çalıştıranın sorumluluğunun kapsamı dışında kabul edilir.

<sup>546</sup> Deschenaux/Tercier, §9 N.36; Schwenger, N.23.17; Nater, s. 15; Kessler, Art.55 OR N.10; Eren, Genel, s. 648; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 60; Şenocak, Adam Çalıştıran, s. 71.

<sup>547</sup> Brehm, Art.55 OR N.52.

<sup>548</sup> Brehm, Art.55 OR N.54.

<sup>549</sup> Stark, N. 837.

<sup>550</sup> Brehm, Art.55 OR N.9; Fellmann/Kottmann, N.738; Müller-Chen, Art.55 OR N.8; Fischer/Iten, Art.55 OR N.11, 18; Rey/Wildhaber, N.1067.

<sup>551</sup> Keller/Gabi/Gabi, s. 174; Fellmann/Kottmann, N.788.

<sup>552</sup> *von Büren*'e göre, iki sorumluluk rejimi arasındaki bu farkın nedeni, sorumluluğun temelinde yatan düşüncedir. TBK 116 hükmü, borcun tek tarafı olarak nakledilememesi düşüncesine dayanır. Borçlunun, borcun ifasında yardımcı kişileri görevlendirmesi, borcun ifasını organize etme yetkisinin bir sonucu olup, borcun devri anlamına gelmez. Borçlu görevlendirdiği bağımsız ifa yardımcılarının fiillerinden sorumlu tutulmamış olsaydı, bu kural ihlâl edilmiş olacaktı. Borçlunun, etkisinin olmadığı bağımsız ifa yardımcılarının fiillerinden de sorumlu

Bu yaklaşım günümüzde Avrupa ülkelerinin çoğunda benimsenmekle birlikte, son yıllarda bağımsız çalışanları da adam çalıştırmanın sorumluluğuna dâhil etme eğilimi bulunmaktadır. Bu eğilimin başlıca iki gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan biri, bağımlı-bağımsız çalışan ayrımı yapmanın pratik zorluğu; ikincisi ise, adam çalıştıranların, istihdamı dışsallaştırmak suretiyle bağımsız çalışanlara başvurarak sorumluluktan kurtulmalarını engellemektir<sup>553</sup>. Bu doğrultuda bazı ülkelerde, ya kanun hükmünde açıkça zikretmek suretiyle doğrudan<sup>554</sup> ya da yargı içtihatlarıyla geliştirilen birtakım teoriler çerçevesinde dolaylı olarak<sup>555</sup> bağımsız çalışanların da hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı adam çalıştırana başvurabilmenin yolu açılmaktadır.

## 2.2. HUKUKA AYKIRI FİİL NETİCESİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ZARAR GÖRMESİ

### 2.2.1. Hukuka Aykırı Fiil Bulunması

#### 2.2.1.1. Genel Olarak Hukuka Aykırı Fiil Kavramı

##### 2.2.1.1.1. Fiil Kavramı

Haksız fiil hukukunda fiil, insan davranışını ifade eder. Bu davranış, bir şeyi yapma şeklinde müspet bir fiil olabileceği gibi, yapmama şeklinde menfi bir fiil de olabilir. Sorumluluk hukukumuzda başkalarının zarara uğramasını önlemeye yönelik genel bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle, hareketsiz kalmak suretiyle ortaya çıkan menfi fiilin hukuka aykırı kabul edilebilmesi için, belli bir şekilde davranmayı emreden bir davranış

---

tutulmasının nedeni budur. Adam çalıştırana ise sadece etkisi altında bulunan kişilerin fiillerinden sorumludur. Bkz. **von Büren**, s. 252-253.

<sup>553</sup> **Werro/Palmer/Hahn**, s. 397.

<sup>554</sup> Bkz. Hollanda Medeni Kanunu Art.6:171.

<sup>555</sup> İngiliz hukukunda bağımsız çalışanların fiilleri kural olarak adam çalıştırmanın sorumluluğuna yol açmaz. Ancak devredilemez yükümlülükler (*non-delegable duties*) teorisi çerçevesinde, zarar görene karşı bu nitelikte bir yükümlülüğü bulunan adam çalıştırana, bağımsız çalışan kullanmış olsa bile, gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmaması nedeniyle meydana gelen zarardan şahsen sorumlu olur. Bu durumda adam çalıştırana her ne kadar kendisine ait bir yükümlülüğü ihlâl ettiği gerekçesiyle doğrudan sorumlu tutuluyorsa da netice itibarıyla bağımsız çalışanın fiilinden sorumlu tutulmuş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Clerk/Lindsell**, N.6.60; **Elliott/Quinn**, s. 317; **Winfield/Jolowicz**, s.729; **Markesinis/Deakin**, s. 583.

kuralının hukuk düzeni tarafından öngörölmüş olması gerekir<sup>556</sup>. Bu nedenle, olumsuz davranışlar bakımından fiil ile hukuka aykırılık unsurları iç içe geçmiştir.

#### 2.2.1.1.2. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuk aykırılık, insandan sadır olan fiil hakkında hukuk normları açısından yürütölen objektif bir değer yargısıdır<sup>557</sup>. Hukuka aykırılığı açıklayan başlıca iki teori bulunur. Hukuka aykırılığı zarar verme olgusundan hareketle tanımlayan “sübjektif teori”ye göre, bir hakka dayanmaksızın başkasına zarar veren kimsenin fiili, hukuka aykırıdır. Günümüzde hâkim<sup>558</sup> olan “objektif teori” ise hukuka aykırılığı failin davranışından hareketle tanımlar. Buna göre, sadece bir zararın ortaya çıkmış olması yeterli olmayıp, söz konusu fiilin emredici bir hukuk normunu ihlâl etmiş olması gerekir. Sorumluluk hukuku bakımından ihlâl edilen bu norm, bir davranış normu niteliğinde olmalıdır. Davranış normu, bir mutlak hakkı koruyan “temel koruma normu” niteliğinde olabileceği gibi mutlak hak dışında başkaca bir hak ya da menfaati koruyan “özel koruma normu” niteliğinde de olabilir. Hukuka aykırılığa ilişkin bu iki teori arasındaki pratik fark özellikle salt malvarlığı zararlarının tazmini noktasında ortaya çıkar<sup>559</sup>.

Ayrıca, fiilin bir davranış normuna aykırı olması yeterli olmayıp, ihlâl edilen norm ile meydana gelen zarar arasında “hukuka aykırılık bağı” da bulunmalıdır<sup>560</sup>. Haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından önemli bir işlev üstlenen hukuka aykırılık bağı çerçevesinde, meydana gelen zararın, ihlâl edilen “normun koruma amacı”na dâhil olup olmadığı değerlendirilir. Hukuka aykırılık bağı, hukuka aykırı fiil ile zarar arasında bulunması gereken uygun illiyet bağından farklı bir kavram olmakla birlikte, her ikisi de birbirini tamamlayıcı niteliktedir<sup>561</sup>.

Hukuka aykırılığın olumsuz unsuru ise, bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olmamasıdır<sup>562</sup>. Sorumluluk hukukumuzda kabul edilen hukuka uygunluk sebepleri

<sup>556</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 13 vd.; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 123.

<sup>557</sup> Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 34.

<sup>558</sup> Eren, Genel, s. 610.

<sup>559</sup> Kırca, Bilgi Verme, s. 18 vd.

<sup>560</sup> Oğuzman/Öz II, s. 15 vd.

<sup>561</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 576.

<sup>562</sup> Eren, Genel, s. 612.

şöyledir: Zarar görenin rızası, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, haklı savunma, hakkını kendi gücüyle koruma, zorunluluk hâli, üstün nitelikte kamu yararı ve özel yarardır.

## 2.2.1.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırı Fiiller

### 2.2.1.2.1. Adam Çalıştıranın Hukuka Aykırı Fiili

Adam çalıştıranın sorumluluğu, iki ayrı hukuka aykırı fiilin varlığı üzerine kuruludur<sup>563</sup>. Bunlardan ilki, adam çalıştıranın kendi hukuka aykırı fiilidir<sup>564</sup>. Olağan sebep sorumluluklarında, sorumlu kişiye kanun tarafından yükletilen özen yükümlülüğü, hukuk düzeninin öngördüğü bir davranış kuralı niteliğindedir. Bu kural, olağan sebep sorumlusuna, özenli davranma konusunda doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan bir yapma borcu yükler<sup>565</sup>. Ancak olağan sebep sorumluluklarında hukuka aykırılık, özen yükümlülüğünün ihlâli kavramı içinde erimiştir<sup>566</sup>. Bu nedenle adam çalıştıran bakımından hukuka aykırı fiil, objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmeme şeklinde, menfi bir fiil olarak tezahür eder<sup>567</sup>. Bu nedenle, adam çalıştıranın gerekli özeni göstermemesi, kusur unsuru ile değil, hukuka aykırılık unsuru ile ilgili bir meseledir.

### 2.2.1.2.2. Çalışanın Hukuka Aykırı Fiili

Adam çalıştıranın sorumluluğunun doğabilmesi için, çalışanın fiilinin de hukuka aykırı olması gerekir<sup>568</sup>. Bu şart, diğer olağan sebep sorumluluğu hâllerinde olduğu gibi, TBK 66 hükmünde açıkça öngörülmemiştir. Ancak adam çalıştıranın sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan, çalışanın fiilinin de hukuka aykırı olması şarttır.

Türk hukukunda kabul edilen sorumluluk modelinde, çalışanın üçüncü kişiyi zarara uğratan hukuka aykırı bir fiilinin bulunması yeterli olup, kusurlu olması ve bu fiili

<sup>563</sup> Çelik, s. 93 vd.

<sup>564</sup> Bkz. Birinci Bölüm, §1, II, C.

<sup>565</sup> Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 124.

<sup>566</sup> Deschenaux/Tercier, §2 N.24.

<sup>567</sup> Oftinger/Stark I, §1 N.37.

<sup>568</sup> Honsell/Isenring/Kessler, §13 N.6; Schönenberger, Art.55 OR N.9; Müller-Chen, Art.55 OR N.15; Oğuzman/Öz II, s. 144; Antalya, s. 552; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 64; Eren, Genel, s. 650.



nedeniyle şahsen sorumlu olması zorunlu değildir. Çalışanın fiili, yapma şeklinde müspet bir fiil ya da yapmama şeklinde menfi bir fiil şeklinde ortaya çıkabilir<sup>569</sup>.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, çalışanın ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar vermesi durumunda (TBK 49/2) ise, işlevsel bağıllık bulunmadığı gerekçesiyle, adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanmayacağı kabul edilmektedir<sup>570</sup>.

Çalışanın fiili bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bulunması durumunda ise, çalışanın hukuka aykırı bir fiilinden bahsedilemeyeceğinden adam çalıştırmanın sorumluluğu da doğmaz<sup>571</sup>. Ancak çalışanın fiili bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bulunması, adam çalıştırmanın fiili bakımından da hukuka aykırılığı kendiliğinden bertaraf etmez; bu durum sadece adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını gösterir<sup>572</sup>.

### 2.2.1.3. Çalışanın Fiili ile Gördüğü İş Arasında İşlevsel Bağıllık Bulunması

Adam çalıştırın, çalışanın her türlü fiili neticesinde meydana gelen zarardan sorumlu değildir<sup>573</sup>. Hâkim görüşe göre, adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için, çalışanın zarar verici fiili ile gördüğü iş arasında amaç bakımından doğrudan doğruya sıkı bir ilişki bulunmalıdır<sup>574</sup>. Bu ilişki, “işlevsel (fonksiyonel) bağıllık” (*funktioneller Zusammenhang*) kavramı ile ifade edilir. Çalışanın fiili ile gördüğü iş arasındaki sadece tesadüfi nitelikteki bir yer, zaman ve/veya iş aracı ilişkisi, bu tür bir bağıllığın varlığına emare teşkil etmekle birlikte<sup>575</sup>, sadece bu ölçütler işlevsel bağıllığın kurulması için yeterli değildir<sup>576</sup>. Bu nedenle, TBK 66 hükmündeki “kendisine verilen işin yapılması sırasında” ifadesi, işlevsel bağıllık şartı bakımından dar kalmaktadır<sup>577</sup>. Zira adam

<sup>569</sup> Werro, Art.55 OR N.12; Oğuzman/Öz II, s. 147; Eren, Genel, s. 650; Şenocak, Adam Çalıştırın, s. 52.

<sup>570</sup> Çelik, s. 96.

<sup>571</sup> Oğuzman/Öz II, s. 144; Eren, Genel, s. 650.

<sup>572</sup> Oğuzman, Kusur, s. 195, dn.24; Oğuzman/Öz II, s. 144.

<sup>573</sup> Werro, Art.55 OR N.14; Huguenin, N.2033.

<sup>574</sup> Keller/Gabi/Gabi, s. 170; Müller-Chen, Art.55 OR N.13; Schwenzler, N.23.20; Huguenin, N.2033; Oğuzman/Öz II, s. 146; Eren, Genel, s. 650; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 506-507.

<sup>575</sup> Schönenberger, Art.55 OR N.8; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 62.

<sup>576</sup> von Tuhr, s. 352; Müller-Chen, Art.55 OR N.13; Werro, Art.55 OR N.14; Huguenin, N.2033; Brehm, Art.55 OR N.24; Eren, Genel, s. 650-651; Gönensay, s. 137.

<sup>577</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 62.

çalıştırmanın sorumluluğunun amacı, çalışanın, çalışma saatleri esnasında ve çalışma yerinde verdiği tüm zararlardan adam çalıştırıcıyı sorumlu tutmak değildir<sup>578</sup>. Adam çalıştırıcının sorumlu tutulabilmesi için, çalışanın yardımcı kişi sıfatıyla hareket etmesi<sup>579</sup> ve gördüğü iş dolayısıyla<sup>580</sup> üçüncü kişilere zarar vermiş olması gerekir. Somut olayda işlevsel bağıllığı ispat etmek zarar görene düşer<sup>581</sup>.

Öte yandan, çalışanın, gördüğü iş ile ilgili olmayan, tamamen şahsi, özel amaçlarla hareket ederek, diğer bir ifadeyle, gördüğü işi sadece fırsat bilerek, iş vesilesiyle (*on occasion, bei Gelegenheit*) verdiği zararlardan adam çalıştırıcının sorumlu olmayacağı kabul edilir. Bu tür durumlarda, sadece çalışanın şahsi sorumluluğu söz konusu olur<sup>582</sup>. Günümüzde, işlevsel bağıllığın “şekilsiz bir kavram” (*konturlosen Begriff*) olduğu, çalışanın sadece iş dolayısıyla verdiği zararlardan da sorumlu tutulması gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir<sup>583</sup>.

Doktrinde genel eğilim, işlevsel bağıllık kavramının geniş yorumlanması gerektiği yönündedir<sup>584</sup>. Bu doğrultuda, çalışanın kendisine verilen talimatları yanlış anlaması, kendi inisiyatifi ile yetkilerini aşması veya işini gereği gibi yerine getirmemesi durumunda da adam çalıştırıcının sorumluluğunun devam edeceği kabul edilir<sup>585</sup>. Zira adam çalıştırıcı, çalışanların kendilerine tanınan yetki alanının dışına çıkmalarını da engellemekle yükümlüdür<sup>586</sup>. Aksi takdirde, TBK 66 hükmünün “uygulama alanını yalnızca çalıştırılan kişinin görevi uyarınca isabetli olarak yapması gereken ve kendisine verilen talimata uygun eylemlerinden doğan zararların tazminiyle sınırlama[k], adam çalıştırıcının sorumluluğunu lüzumundan fazla daraltıcı sonuca götürür”<sup>587</sup>.

<sup>578</sup> Rey/Wildhaber, N.1077; Fellmann/Kottmann, N.764.

<sup>579</sup> Fischer/Iten, Art.55 OR N.12; Kessler, Art.55 OR N.12.

<sup>580</sup> Oğuzman/Öz II, s. 146.

<sup>581</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.83; Werro, Art.55 OR N.14; Kessler, Art.55 OR N.12.

<sup>582</sup> Fischer/Iten, Art.55 OR N.12; Müller-Chen, Art.55 OR N.13; Eren, Genel, s. 652.

<sup>583</sup> Honsell/Isenring/Kessler, §13 N.16.

<sup>584</sup> Huguenin, N.2033; Nater, s. 16; Eren, Genel, s. 651.

<sup>585</sup> Schwenzer, N.23.19; Fellmann/Kottmann, N.763; Kessler, Art.55 OR N.13; Eren, Genel, s. 651; Oğuzman/Öz II, s. 146; Antalya, s. 563.

<sup>586</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.93; Brehm, Art.55 OR N.26; Fischer/Iten, Art.55 OR N.14.

<sup>587</sup> Y4HD, T.20.11.1984, E.1984/7770, K.1984/8597, Kazancı, E.T.14.05.2017. Ancak çalışanın görevi dışında kullandığı motorlu aracı sevk esnasında üçüncü kişilere verdiği zararlar bakımından Yargıtay’ın, çalışanın bu tür fiillerini “görev dışı” olarak nitelendirerek adam çalıştırıcının sorumluluğunu reddettiği çeşitli kararları bulunmaktadır (Olgaç, s. 466; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 63). Hatta görevleri sona ermesine rağmen şoförlerin iş araçlarını şahsi arzularına göre gelişigüzel kullanmalarına engel tedbirleri almayan adam çalıştırıcının

Çalışmaya geçici olarak ara verilen dinlenme molaları da iş görme faaliyetinin bir parçasıdır<sup>588</sup>. Bu noktada özellikle, çalışanın mola esnasında sigara içmesi nedeniyle yangın çıkması örneği üzerinde durulur. Sigara içmek başlı başına şahsi bir faaliyet olmakla birlikte, işyerinde sigara içilmesi işin yürütülmesine ilişkin bir faaliyet teşkil eder<sup>589</sup>. Bu doğrultuda adam çalıştıran, görülen işin tehlikelilik derecesine bağlı olarak, gerekiyorsa mesai aralarında bile çalışanların sigara içmesini önleyecek gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür; aksi takdirde meydana gelen zarardan sorumlu olur<sup>590</sup>.

Çalışanın kasten işlediği fiillerden adam çalıştıranın sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi ise tartışmalıdır. Bu tür fiillerin akla gelen ilk örnekleri; hırsızlık, mala kasten zarar verme, fiziksel veya cinsel saldırıdır. Klâsik görüşe göre, çalışanın kasten işlediği fiiller adam çalıştıranın menfaatine olmadığından, bu tür durumlarda adam çalıştıran sorumlu tutulmamalıdır<sup>591</sup>. Bir başka görüş ise, çalışanın kasten verdiği zararlar bakımından, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi ile zarar arasında illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle, adam çalıştıranın illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabileceğini savunmaktadır<sup>592</sup>. Modern yaklaşım ise, adam çalıştıranın, çalışanın kasıtlı fiillerinden de sorumlu tutulmasının mümkün olduğunu<sup>593</sup>; bu tür fiilleri engellemenin de adam çalıştıranın özen yükümlülüğüne dâhil olduğunu<sup>594</sup>; adam çalıştıranın kasten zarar verebilecek nitelikte bir kimseyi çalıştırmış olmasının

---

meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin bir ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur (Y4HD, T.20.05.1949, E.1949/1876, K.1949/2975, **Olgaç**, s. 466).

<sup>588</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.91; **Brehm**, Art.55 OR N.29.

<sup>589</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.30.

<sup>590</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.91; **Schwenzer**, N.23.19; **Rey/Wildhaber**, N.1081; **Nater**, s. 17; **Brehm**, Art.55 OR N.30; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 62, dn.43. Çobanın hayvanları otlattığı esnada uyuyakalarak elindeki sigara izmaritini düşürmesi nedeniyle çıkan yangından, sürü sahibi, adam çalıştıran sıfatıyla sorumludur (Y4HD, T.02.11.1998, E.1998/4966, K.1998/8313, **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s. 390); “yangın, çoban tarafından, söndürülmeden atılan sigara izmaritinden, yemek yapmak veya ısıtmak veya ısınmak için yakılıp söndürülmeyen ateşten çıkmış ise, çalıştırılan kişi (çoban) bu hallerde hizmetini yürütürken zarara sebebiyet vermemek için amaca elverişli olmayan biçimde davrandığından, onu çalıştıran davalı Borçlar Kanunu madde 55 uyarınca sorumludur” (Y4HD, T.20.11.1984, E.1984/7770, K.1984/8597, Kazancı, E.T.14.05.2017). Ancak bir başka kararda, istihdam edilen çobanın ormanda ateş yakması çobanlık faaliyetinin dışında kabul edilmiştir (Y4HD, T.27.02.1975, E.1973/12114, K.1975/2549, Kazancı, E.T.14.05.2017).

<sup>591</sup> **Arık**, s. 120; **Olgaç**, s. 447; **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s. 387-388.

<sup>592</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 151-152 (yazarlar, el arabası ile yük taşıyan işçinin, arabayı kendisine küfreden kişinin üzerine sürüp onu yaralaması durumunda, çalışanın fiili ile zarar arasında illiyet bağı bulunmasına rağmen, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlâlî ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını belirtmektedir); **Feyzioğlu I** s. 626.

<sup>593</sup> **Schönenberger**, Art.55 OR N.8; **Schwenzer**, N.23.19; **Kessler**, Art.55 OR N.13.

<sup>594</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.27. Otomobil tamircisinde çalışan bir kişinin, tamir için bırakılan bir aracı vazifesi dışında gizlice kullanırken meydana gelen zarardan sorumluluk davasında, tamirci şirket, çalışanı seçmede ve denetlemede gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur (Y15HD, T.22.01.1976, E.1975/4743, K.1976/222, Kazancı, E.T.14.05.2017).

sorumluluğun doğması için yeterli olduğunu<sup>595</sup> savunur. Adam çalıştırmanın ise, çalışanın bu zamana kadar kendisinin güvenini sarsacak bir davranışta bulunmadığını, bu tür bir hadisenin ilk defa gerçekleştiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir<sup>596</sup>.

İş görme esnasında çalışanların kavga etmesi neticesinde birbirlerine veya bir üçüncü kişiye zarar vermesi ise adam çalıştırmanın sorumluluğunun kapsamı dışında kabul edilir<sup>597</sup>. Öte yandan, istihdam edilen çobanın hayvan otlatma sebebiyle çıkan kavgada bir kimseyi tüfekle yaralaması olayında sürü sahibinin<sup>598</sup>, mağaza sorumlusunun, arkadaşının borcunu ödemek için gelen kişiye yumruk atması olayında ise mağaza sahibi şirketin<sup>599</sup> adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulduğu kararlara rastlanmaktadır.

Çalışanın, hangi fiillerinden adam çalıştırının sorumlu tutulacağı belirlenmesi bakımından doktrinde çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Bunlardan ilki, çalışanın zarar verici fiili işlerken, adam çalıştırının menfaatine hareket edip etmediğidir (*menfaat teorisi, Interressentheorie*)<sup>600</sup>. Diğer bir ifadeyle, çalışanın fiili adam çalıştırının kendi menfaatine olan iş alanına girmeli<sup>601</sup>; çalışanın fiili, adam çalıştırana ait bir iş olarak görülmelidir<sup>602</sup>. Ancak bu ölçüt, işlevsel bağlılığı dar bir şekilde yorumlamakta<sup>603</sup>, özellikle çalışanın kasıtlı fiillerini genellikle kapsam dışı bırakmaktadır.

Bir diğer ölçüte göre ise, zarar verici fiilin, çalışana verilen işin riziko alanına dâhil olup olmadığı<sup>604</sup> ya da görülen işin, zarar rizikosunu arttırıp arttırmadığı<sup>605</sup> değerlendirilmelidir. Bu ölçüt kabul edildiği takdirde, çırağın tamir için gittiği evden mücevher çalması olayında yardımcı kişinin bir başkasının evine gönderilmesi çalma

<sup>595</sup> Fellmann/Kottmann, N.766.

<sup>596</sup> Werro, Art.55 OR N.15; Brehm, Art.55 OR N.27.

<sup>597</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.91; Rey/Wildhaber, N.1081; Schwenger, N.23.20; Fischer/Iten, Art.55 OR N.12; Schönerberger, Art.55 OR N.8. İş sırasında iki işçinin kavga etmesi neticesinde bir başka işçinin yaralanmasından adam çalıştırın sorumlu değildir (YHGK, T.05.12.1962, E.1962/4-134, K.1962/102, Olgaç, s. 458).

<sup>598</sup> Y3HD, T.26.02.2014, E.2013/17802, K.2014/2898, Kazancı, E.T.12.02.2016.

<sup>599</sup> Y3HD, T.14.01.2013, E.2012/23133, K.2013/3, Kazancı, E.T.12.02.2016.

<sup>600</sup> Brehm, Art.55 OR N.21; Fischer/Iten, Art.55 OR N.12; Antalya, s. 564.

<sup>601</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 62.

<sup>602</sup> Keller/Gabi/Gabi, s. 170; Tandoğan, Mesuliyet, s. 115; Öğüz, s. 842.

<sup>603</sup> Kara Kılıçarslan, s. 78.

<sup>604</sup> Werro, Art.55 OR N.15; Müller-Chen, Art.55 OR N.14; Kessler, Art.55 OR N.13.

<sup>605</sup> Schwenger, N.23.20.

riskini de içerdiğinden adam çalıştıran bu zarardan sorumlu olacaktır<sup>606</sup>. Bu yaklaşım, adam çalıştıranın sorumluluğunun dayandığı risk-menfaat esası ile de uyumludur.

Kanaatimizce; çalışanın kasıtlı fiillerinin işlevsel bağılılığı ortadan kaldırdığı mutlak olarak kabul edilmemeli, her somut olay özelinde değerlendirme yapılarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu noktada, çalışanın zarar verici fiilini engellemenin, adam çalıştıranın özen yükümlülüğüne dâhil olup olmadığı değerlendirilebilir. Örneğin, çalışanın, iş görmek için gittiği evde hırsızlık yapması; şoförün kendisine iş için tahsis edilen aracı adam çalıştırandan habersiz olarak şahsi işi için kullanırken kaza yapması; bir otelin güvenlik görevlisinin otel müşterisine tecavüz etmesi<sup>607</sup>; mağaza çalışanının, poz cihazına monte ettiği cihaz ile müşterilerin kart bilgilerini kopyalayarak sahte kart düzenlemesi<sup>608</sup>; petrol istasyonu çalışanının, akaryakıt alınmadığı hâlde alınmış gibi sahte belge düzenlemesi<sup>609</sup> olaylarında, esasında adam çalıştıranın güvenilir olmayan, ahlâken zayıf bir kişi çalıştırması ve bu çalışanın kendisine duyulan güven neticesinde erişme imkânı bulduğu bilgi ve/veya araçları kötüye kullanarak zarara sebep olması söz konusudur. Bu tür durumlarda adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından işlevsel bağılılık bulunduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, bir inşaat işçisinin civardaki bahçeden meyva çalması<sup>610</sup>; çatıda kiremit döşeyen işçinin yoldan geçen hasmının başına kiremit atması<sup>611</sup> ya da vinç operatörünün bir kimseyi bıçaklaması<sup>612</sup> ise çalışanın tamamen şahsi nitelikteki fiilleri olup, adam çalıştıranın bu tür zararlardan sorumlu olmamalıdır.

<sup>606</sup> Werro, Art.55 ORN.15; Şenocak, Adam Çalıştıran, s. 67.

<sup>607</sup> Y4HD, T.04.05.2000, E.2000/2062, K.2000/4389, Kazancı, E.T.12.01.2016. Karara konu olayda, güvenlik görevlisinin daha önce çalıştığı işyerinde de bir turiste tecavüz ettiği, önceki işinden bu sebeple ayrıldığı, yeniden işe girerken bu olayı gizlemiş olsa da bu konuda araştırma yapma imkânı bulunduğu hâlde yapmamış olan adam çalıştıranın, çalışanı seçmede özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği belirtilmiştir. Ögüz'e göre karara konu olayda çalışanın tamamen kişisel amaçla hareket ettiğinden, işlevsel bağılılık bulunmamaktadır (Ögüz, s. 843). Öte yandan, yazarın isabetli olarak belirttiği üzere, söz konusu olayda oteli işleten şirketin sorumluluğu TBK 116 hükmü çerçevesinde değerlendirilebilirdi (Ögüz, s. 843-844).

<sup>608</sup> Y19HD, T.21.06.2004, E.2003/10647, K.2004/7469, Kazancı, E.T.12.01.2016.

<sup>609</sup> Y19HD, T.28.12.1993, E.1993/8957, K.1993/9031, Kazancı, E.T.12.01.2016.

<sup>610</sup> Oğuzman/Öz II, s. 146.

<sup>611</sup> Eren, Genel, s. 651.

<sup>612</sup> Müller-Chen, Art.55 OR N.14.

## 2.2.2. Üçüncü Kişinin Zarar Görmesi

### 2.2.2.1. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Üçüncü Kişi Kavramı

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanabilmesi için, zarar gören, adam çalıştırıcı ve çalışan dışında üçüncü bir kişi olmalıdır<sup>613</sup>. TBK 66/1 hükmündeki “çalışanın [...] *başkalarına* verdiği zarar” ifadesi de bu hususu vurgulamaktadır<sup>614</sup>. Zarar gören, bir gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

Adam çalıştırıcı ile zarar gören üçüncü kişi arasında hâlihazırda bir borç ilişkisi bulunması, TBK 66 hükmünün bir şartı olmadığı gibi<sup>615</sup>, uygulanmasına engel değildir<sup>616</sup>. Öte yandan, böyle bir borç ilişkisinin bulunması durumunda, şartları gerçekleşmişse, TBK 66 ile TBK 116 hükümlerinde düzenlenen sorumlulukların yarışması gündeme gelir<sup>617</sup>.

Zarar gören kişi, çalışanın bir çalışma arkadaşı da olabilir. Zira adam çalıştırıcının sorumluluğu bakımından her çalışan yekdiğeri karşısında üçüncü kişi konumundadır. Bu nedenle TBK 66 hükmü, aynı çalıştırıcıya tâbi olarak çalışanlardan birinin diğerine verdiği zararlar bakımından da uygulanır<sup>618</sup>. Buna karşılık, bir çalışanın işini görürken, (başka bir çalışanın fiili bulunmaksızın) *bizzat* uğradığı zarar, adam çalıştırıcının sorumluluğunun kapsamı dışındadır. Buna rağmen, işçinin işini görürken kendi fiili ile uğradığı zarardan işverenin sorumluluğuna ilişkin davalar başta olmak üzere<sup>619</sup>, bir kimsenin çalışanın fiili bulunmaksızın zarara uğradığı durumlarda adam çalıştırıcının sorumluluğunun

<sup>613</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 143; **Eren**, Genel, s. 646; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 337; **Çelik**, s. 106; **Kara Kılıçarslan**, s. 81.

<sup>614</sup> Zarar görenin üçüncü kişi olması şartı, TBK 66/1 hükmünün aksine, eBK 55 hükmünde yeterli açıklıkta ifade edilmemişti. eBK 55/1 hükmüne göre, “başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür”. Öte yandan, zarar görenin üçüncü kişi olması şartı, adam çalıştırıcının çalışana rücu hakkını düzenleyen eBK 55/2 hükmündeki “[...] zâmin olduğu şey ile zararı ika eden şahıs” ifadesinden dolayı da olsa anlaşılırmaktaydı (**Bedük**, s. 40-41).

<sup>615</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 79; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 137.

<sup>616</sup> **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 137-138.

<sup>617</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §11, II, B.

<sup>618</sup> **İmre**, s. 157; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 506, dn.3ğ; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 836; **Oğuzman/Öz II**, s. 146-147; **Feyzioğlu I**, s. 630; **von Tuhr**, s. 524, dn.30; **Brehm**, Art.55 OR, N.5. Bu tür durumlarda sorumluluğun TBK 116 hükmü çerçevesinde de değerlendirilmesi mümkündür. Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, IV, C.

<sup>619</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, IV, C.

uygulandığı mahkeme içtihatlarına rastlanmaktadır<sup>620</sup>. Doğrudan zarar gören, üçüncü kişi konumunda olmadığı müddetçe, yansıma yoluyla zarar görenlerin (örneğin, destekten yoksun kalanların) üçüncü kişi olarak kabul edilip adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanması isabetli değildir.

#### 2.2.2.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda Zarar Kavramı

Çalışanın hukuka aykırı fiili neticesinde üçüncü kişinin uğradığı zarar, maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar<sup>621</sup> da olabilir. Özellikle basın yoluyla işlenen haksız fiiller neticesinde üçüncü kişilerin kişilik hakkının ihlâli manevi zarara neden olur. Üçüncü kişinin uğradığı zarar, şahıs zararı, eşya zararı ya da diğer zararlardan olabilir. Adam çalıştırmanın tazminat sorumluluğu, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

#### 2.2.3. Hukuka Aykırı Fiil ile Zarar Arasında İlliyet Bağı Bulunması

##### 2.2.3.1. Genel Olarak İlliyet Bağı Kavramı

Haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran şartlardan birisi de hukuka aykırı fiil ile zarar arasında bulunması gereken illiyet bağıdır. Zira bir kimse ancak hukuka aykırı fiilinin neden olduğu zararlardan sorumlu tutulabilir. Ancak bir kimsenin fiilinin “olmazsa olmaz şart” teşkil ettiği, diğer bir ifadeyle, hukuka aykırı fiili ile mantıki illiyet içerisinde bulunan her zarardan sorumlu tutulmasını öngören “şart teorisi”; âdil olmayan sonuçlara yol açtığından ve sorumluluğu sınırsız bir şekilde genişlettiğinden kabul görmemektedir<sup>622</sup>.

<sup>620</sup> Örneğin, orman yangınına müdahale esnasında yuvarlanan bir kaya parçasının başına isabet etmesi nedeniyle ölen orman bakım memurunun mirasçıları tarafından davalı orman idaresi aleyhine açılan tazminat davasında Yargıtay, davalının sorumluluğunu eBK 55 hükmü çerçevesinde değerlendirmiş, fakat zarar görenin tam kusuru nedeniyle tazminat talebini reddetmiştir (Y4HD, T.22.09.1976, E.1976/8231, K.1976/7867, YKD, 1978, C.IV, S.5, s. 709-710). Karara konu olayda, çalışanın ölümüne sebep olanın bir başka çalışan olup olmadığı anlaşılmadığından, bu husus tespit edilmedikçe adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin hüküm uygulanması gerekir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 506, dn.3ğ).

<sup>621</sup> Brehm, Art.55 OR N.35a; Birsen, s. 250; Eren, Genel, s. 646; Tunçomağ, Borçlar, s. 554; Oğuzman/Öz II, s. 143; Sağlam, s. 161.

<sup>622</sup> Eren, Genel, s. 563-565; Oğuzman/Öz II, s. 44

Günümüzde hâkim olan “uygun illiyet bağı” teorisine göre; genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre objektif bir değerlendirme yapıldığında, söz konusu fiilin, mantıki illiyet zinciri içerisinde, somut olaydaki zararı meydana getirmek bakımından uygun bir sebep teşkil etmesi gerekir. Dolayısıyla fail, fiilinin sadece uygun illiyet bağı içerisinde olduğu sonuçlarından sorumlu tutulur.

İllyet bağının kurulması bakımından önem arz eden bir mesele, bu değerlendirme yapılırken, hangi şartların göz önüne alınacağıının belirlenmesidir. Bugün kabul gören “sonradan değerlendirme teorisi” ya da “objektif olarak sonradan tahmin görüşü”ne göre; fiilin işlendiği anda fail ya da ideal bir kişi tarafından öngörülmesi mümkün olmayan şartlar dahi, hâkim tarafından saptandığı ölçüde dikkat alınır<sup>623</sup>. Dolayısıyla, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı bakımından *ex post* yaklaşım benimsenir.

#### 2.2.3.2. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda Çifte İllyet Bağı

Adam çalıştıranın sorumluluğu, “çifte illiyet bağı” üzerine kuruludur<sup>624</sup>. Bunlardan ilki, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi ile zarar arasındaki illiyet bağıdır<sup>625</sup>. Bu illiyet bağının varlığı, sorumluluğun olumlu şartlarının zarar gören tarafından ispatlanması durumunda, kanun tarafından karineten kabul edilir (illiyet karinesi). Bu karinenin adam çalıştıran tarafından nasıl çürütüleceği aşağıda ele alınacaktır<sup>626</sup>.

Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından gereken ikinci illiyet bağı ise çalışanın fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıdır. Bu illiyet bağının varlığını ispatlamak zarar görene düşer.

<sup>623</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 78; Eren, Genel, s. 568-569.

<sup>624</sup> Sağlam, s. 165.

<sup>625</sup> Bu illiyet bağının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Tabii illiyet bağı görüşü için bkz. Rey/Wildhaber, N.1115; Felmann/Kottmann I, N.807; Keller/Gabi/Gabi, s. 175; Fischer/Iten, Art.55 OR N.31. Uygun illiyet bağı görüşü için bkz. Oser/Schönenberger, Art.55 OR N.303; Brehm, Art.55 OR N.93; Schoop, Art.55 OR N.8; Feyzioğlu I, s. 625.

<sup>626</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, §8, I, C.



## 2.3. ADAM ÇALIŞTIRANIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ İHLÂL ETMESİ

### 2.3.1. Adam Çalıştırmanın Özen Yükümlülüğünün Ölçüsü ve Kusur ile İlişkisi

Yukarıda izah edildiği üzere, kusursuz sorumluluk hâllerinde sorumlu kişinin kusuru sorumluluğun bir şartı değildir. Adam çalıştırmanın, özen gösterememekte kusurunun olmaması sorumluluktan kurtulması için yeterli bir sebep değildir; gerekli özeni gösterdiğini *objektif bir durum* olarak ispatlayabilmesi gerekir. Burada kullanılan “özen”, kusurun bir derecesi olan “ihmâl” çerçevesinde kullanılan özen kavramını karşılamaz. Zira adam çalıştırandan beklenen özenin ölçüsü, kusur sorumluluğu bakımından yeterli olan ortalama bir özenli davranış ölçüsünden daha yüksektir.

Adam çalıştırandan beklenen özenin ölçüsü, objektiftir<sup>627</sup>. Bu nedenle adam çalıştırmanın kişisel durumu, bilgi ve yetenekleri gibi sübjektif unsurlar değerlendirmede dikkate alınmaz. Bu husus, eBK 55 hükmünde, “hâl ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itina”, TBK 66/2 hükmünde ise “gerekli özen” olarak ifade edilmiştir. Ancak, özenin ölçüsünün objektif olması, özen yükümlülüğünün soyut durum ve koşullara göre belirlenmesi anlamına da gelmez<sup>628</sup>. Adam çalıştırandan beklenen, akla gelebilecek tüm tedbirleri değil, somut olayın şartlarının gerektirdiği tedbirleri almasıdır<sup>629</sup>. Bu doğrultuda, görülen işin mahiyetine ve arz ettiği tehlike derecesine göre, objektif olarak alınması mâkul tedbirlerin alınıp alınmadığı değerlendirilmelidir.

Adam çalıştırandan beklenen özen ölçüsünün belirlenmesinde temel kriterlerden biri de “objektif öngörülebilirlik”tir<sup>630</sup>. Öngörülebilirlik kusur kavramına, dolayısıyla kusur sorumluluğuna ilişkin bir kavramdır. Kusur, olağan sebep sorumluluklarının kurucu unsuru olmasa da zararın öngörülebilirliğine ilişkin bir kavram olan kurtuluş kanıtı aracılığıyla esasında bu tür sorumlulukların bünyesine de dâhil edilmiş olmaktadır<sup>631</sup>.

<sup>627</sup> Brehm, Art.55 OR N.46; Müller-Chen, Art.55 OR N.18; Eren, Genel, s. 652; Antalya, s. 565; Topuz, s. 101.

<sup>628</sup> Eren, Genel, s. 652; Antalya, s. 565.

<sup>629</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 509; Furrer/Müller-Chen, s. 372.

<sup>630</sup> Kara Kılıçarslan, s. 108 vd.

<sup>631</sup> Oftinger/Stark I, §1 N.39.

Adam çalıştırmanın gerekli özeni gösterip göstermediğini, her somut olay bakımından TMK 4 gereği takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirecek olan hâkimdir<sup>632</sup>. Hâkim, bu değerlendirmeyi, zararın meydana gelmesinden önceki bir bakış açısıyla (*ex ante*), zararın meydana geldiği andaki hâl ve şartlar ile bilgi, teknoloji ve standartları dikkate alarak yapmalıdır<sup>633</sup>. Zira işletmelerde bir çalışanın hemen hemen her davranışının, işletme organizasyonuna özen gösterilmesi suretiyle önlenmesi mümkündür<sup>634</sup>. Dolayısıyla meydana gelen zararlandırıcı olaydan edinilen bilgiler ışığında *ex post* değerlendirme yapıldığında, söz konusu zararın ne şekilde önlenebileceği kolaylıkla belirlenebilir hâle gelir<sup>635</sup>. Bu da her türlü zarar riskinin önlenebilecek nitelikte olduğu ve bu nedenle, adam çalıştırmanın neredeyse hiçbir zaman kurtuluş kanıtı getirememesi sonucunu doğurur<sup>636</sup>. Böyle bir sonuç ise TBK 66 hükmünde benimsenen sorumluluk yapısına aykırı düşer. Ancak uygulamada, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmenin, zararın gerçekleşmesinden *sonraki* aşamaya ilişkin bir bakış açısıyla (*ex post*) yapıldığı görülmektedir. İFM'nin *Menfez Çerçevesi* kararı bu durumu çarpıcı bir şekilde göstermektedir.

### 2.3.2. Adam Çalıştırmanın Çalışana Özen Yükümlülüğü

#### 2.3.2.1. Kanundaki Düzenleme Şekli

Olağan sebep sorumluluklarında önem ve güçlük arz eden mesele, kurtuluş kanıtının konusunu oluşturan özen yükümlülüğünün kapsamının tespit edilmesidir<sup>637</sup>. eBK 55 hükmünde adam çalıştırandan beklenen özen bakımından genel bir ifade kullanılmış ve adam çalıştırmanın “hâl ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu” ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği belirtilmiştir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından, “her türlü özensizlik söz konusu olabileceğinden, özensizlik konularını,

<sup>632</sup> Şenocak, Adam Çalıştırın, s. 72.

<sup>633</sup> Brehm, Art.55 OR N.49; Widmer/Wessner, s. 124; Kılınc, s. 330-331; Şenocak, Adam Çalıştırın, s. 72.

<sup>634</sup> Schwenzer, N.23.25.

<sup>635</sup> Brehm, Art.55 OR N.49.

<sup>636</sup> Waespi, s. 252; Kara Kılıçarslan, s. 111.

<sup>637</sup> İmre, s. 144.

kazuistik yöntem ile birer birer belirtmek yerine, daha derli toplu, genel bir ifadenin kullanılması” isabetlidir<sup>638</sup>.

Öte yandan, doktrin ve mahkeme içtihatları, adam çalıştırandan beklenen özen yükümlülüğünün kapsamını yorum yoluyla somutlaştırmıştır. Buna göre adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün, geleneksel olarak, üç aşamadan oluştuğu kabul edilmektedir<sup>639</sup>: çalışanı seçmede özen (*cura in eligendo*), çalışana talimat vermede özen (*cura in instruendo*) ve çalışanı denetlemede özen (*cura in custodiendo*). TBK 66/2 hükmünde, eBK 55 hükmündeki genel ifade tarzı yerine, bu üç klâsik özen yükümlülüğü açıkça belirtilmiştir. Özen yükümlülüğünün bu şekilde somutlaştırılmış olması isabetli bulunmaktadır<sup>640</sup>.

İsviçre hukukunda Art.55 OR hükmünde ise, eBK 55 hükmündeki gibi, “koşulların gerektiği tüm özen” (*alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt*) şeklinde genel bir ifadeye yer verilmiştir. Bu genel ifade kapsamında doktrinde çeşitli özen ölçütleri (seçme, talimat, denetim, araş-gereç sağlama, işi örgütleme) geliştirilmiş olmakla birlikte, somut olayda adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmek için bunlardan hangilerini ispatlaması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre adam çalıştırmanın doktrinde geliştirilen tüm bu özen ölçütlerini kümülatif olarak ispatlaması gerekir<sup>641</sup>; diğer görüşe göre ise, özen yükümlülüğünün ihlâli ile zarar arasında illiyet bağı bulunması gerektiğinden adam çalıştırmanın, somut olayda zarara neden olan husus bakımından gerekli özeni gösterdiğini ispatlaması yeterlidir<sup>642</sup>.

<sup>638</sup> Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1260.

<sup>639</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 67-69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 508; İmre, s. 146-147; Schwenzer, N.23.23; Müller-Chen, Art.55 OR N.19; Keller/Gabi/Gabi, s. 173.

<sup>640</sup> Widmer/Wessner, s. 128; Sağlam, s. 165; Kara Kılıçarslan, s. 35.

<sup>641</sup> Brehm, Art.55 OR N.48.

<sup>642</sup> Bu doğrultuda örneğin; çalışanın gördüğü işe uygunluğundan kaynaklanan bir uyumsuzluk bakımından adam çalıştırmanın çalışmanı seçmede gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (Fellmann/Kottmann, N.804).

### 2.3.2.2. Adam Çalıştırmanın Çalışana Özen Yükümlülüğünün Kapsamı

#### 2.3.2.2.1. Seçme

Çalışanın seçiminde gösterilmesi gereken özenin derecesini belirleyen ölçütlerin başında, görülen işin niteliği, özellikle de işin zarar neden olma potansiyeli gelir. Basit nitelikteki işler bakımından özenin derecesi nisbeten düşükken, görülen iş ne kadar tehlikeli ve yetkinlik gerektiriyorsa özenin derecesi de o kadar yüksektir<sup>643</sup>. Bir diğer ölçüt ise, çalışanın tecrübesidir. İşe yeni başlayanlar bakımından gösterilmesi gereken özenin derecesi, uzmanlık sahibi, tecrübeli çalışanlara nazaran daha yüksektir<sup>644</sup>.

Adam çalıştıran, çalışanı seçerken, çalışanın mesleki (yetenek, bilgi, tecrübe), fiziki (vücut yapısı, yaş, cinsiyet) ve ahlâki (dürüstlük, güvenilirlik) özellikleri bakımından göreceği işe elverişli olduğuna ilişkin gerekli inceleme ve araştırma yapmalıdır<sup>645</sup>. Bu kapsamda, adam çalıştıranın, çalışanın (varsa) önceki işverenlerinden bilgi almak suretiyle tutum ve davranışları hakkında bilgi edinmeli, çalışmalarına ilişkin bilgi almalı (tavsiye mektupları)<sup>646</sup>, çalışanın mesleki bilgi ve tecrübe açısından işe uygunluğunu gösteren belgeleri (diploma, sertifika, ehliyet, teorik ve/veya uygulamalı sınavlar vb.) incelemeli, hatta gerekirse ek araştırma yapmalı, çalışanı deneme süresine ya da yeterlik

<sup>643</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.55; **Kessler**, Art.55 OR N.18; **Fellmann/Kottmann**, N.790.

<sup>644</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 68.

<sup>645</sup> **Schwenzer**, N.23.23; **Eren**, Genel, s. 653. Bir uluslararası nakliyat şirketinde uzun yol şoförü olarak çalışan kişinin seyir halindeyken sollama nedeniyle bir başka kamyon şoförü ile giriştiği kavgada kamyon şoförünü bıçaklayarak öldürmesi olayda “uluslararası nakliyat işi ile iştigal eden davalı şirketin uzun yol şoförü olarak seçtiği adamın trafikte bulunmanın sıkıntılarına katlanabilecek, anlayış gösterebilecek nitelikte olması gerekir. Buna göre davalı şirketin sürücüyü seçme, talimat verme ve denetlemede gereken özeni göstermediği sonucuna varılmaktadır” (Y4HD, T.20.10.2011, E.2010/9216, K.2011/10886, Kazancı, E.T.03.04.2017). Banka çalışanının, banka müşterisinin mevduat hesabında bulunan parayı sahet vekâletname ibraz eden kişiye ödemesine ilişkin olayda “banka benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı. Sabte imza asıl imzaya çok benziyordu. Onun için kendisi yanılmıştır diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, tabiki bir grofoloji uzmanını istibdam etmiyecektir ancak en basit tedbirlere başvurması Bankanın objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir” (Y11HD, T.04.02.1999, E.1998/8627, K.1999/468, E.T.03.04.2017). Söz konusu olayda isabetli bir şekilde eBK 100 hükmü uygulanmışken, ayrıca bankanın adam çalıştırma sıfatıyla da sorumluluğunun değerlendirilmesi isabetli olmamıştır.

<sup>646</sup> “[...] davalya ait işyerinde çalışan dava dışı işçinin daba önce çalıştığı yerde bir yabancı yuruklu turist kadının urzına geçmesi nedeniyle bu işinden ayrılmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar [...] dava dışı işçinin davalya ait otelde işe girerken, urza geçme olayını gizlemiş ise de; yeni işe girerken ayrıldığı işyerinden aldığı sigorta numarasını kullandığından buradan hareketle ayrıldığı işyerinden bu işçinin genel davranış biçimi bakımında gerekli bilgi alınması olanağı mevcut iken buna itibar edilmediği ve bu suretle adam çalıştırma davalının gerekli özeni göstermediği anlaşılmaktadır” (Y4HD, T.04.05.2000, E.2000/2062, K.2000/4389, Kazancı, E.T.03.04.2017).

sınavına tâbi tutmalıdır<sup>647</sup>. Çalışanın daha önce, adam çalıştırmanın ya da bir başkasının yanında uzun süredir aynı işte yetkin bir şekilde çalışmış olması durumunda, çalışanın seçiminde gerekli özenin gösterildiği kabul edilir<sup>648</sup>. Çalışanın daha önce de zarara neden olmuş olması ise, seçimde özen gösterilmediğinin bir belirtisi olarak değerlendirilir<sup>649</sup>.

Adam çalıştıran, çalışana işe alırken gösterdiği özeni, iş bölümü yapılmasında, çalışana yeni iş verilmesinde, terfilerde ve nakillerde de göstermeli<sup>650</sup>, ayrıca işin devamı sırasında da çalışanın gerekli özelliklere sahip olup olmadığını denetlemelidir<sup>651</sup>.

#### 2.3.2.2.2. Talimat Verme

Çalışana verilmesi gereken talimatın içeriği, niteliği ve ayrıntı derecesini, çalışanın tecrübesi ile işin ağırlığı ve tehlikeliliği belirler<sup>652</sup>. Görülen işin tehlikeli olması veya çalışanın tecrübesiz (örneğin, işe yeni başlayanlar, stajyerler) olması durumunda talimatın kapsamı artar<sup>653</sup>. Yürütülen faaliyet ne kadar tehlikeliyse, verilen talimatlar da o kadar açık ve ayrıntılı olmalıdır<sup>654</sup>. Böyle bir durumda çalışan sadece aşikâr tehlikeler hakkında değil, gerçekleşme ihtimali düşük komplikasyonlar hakkında da uyarılmalıdır<sup>655</sup>. Öte yandan tehlike arz etmeyen, basit ve rutin nitelikteki işler bakımından tecrübeli çalışanlara özel olarak talimat verilmesine genellikle gerek yoktur<sup>656</sup>.

Çalışanın tecrübesi ne kadar az ise, talimatın önemi de o kadar artar<sup>657</sup>. Çalışanın uzmanlığı ve tecrübesinin adam çalıştıranı nazaran daha fazla olduğu durumlarda ise talimatın kapsamı nisbeten daralır<sup>658</sup>. Hatta böyle durumlarda adam çalıştıranın çalışana talimat vermesi, güvensizliğe neden olup çalışanın verimliliğini olumsuz yönde

<sup>647</sup> Müller-Chen, Art.55 OR N.20; Fellmann/Kottmann, N.791; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 67; Eren, Genel, s. 653; Topuz, s. 104.

<sup>648</sup> Fellmann/Kottmann, N.793.

<sup>649</sup> Fellmann/Kottmann, N.805.

<sup>650</sup> Brehm, Art.55 OR N.56; Müller-Chen, Art.55 OR N.20; Fellmann/Kottmann, N.794; Eren, Genel, s. 653; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 68.

<sup>651</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 68.

<sup>652</sup> Müller-Chen, Art.55 OR N.21; Fellmann/Kottmann, N.795.

<sup>653</sup> Fellmann/Kottmann, N.797; Rey/Wildhaber, N.1094; Kessler, Art.55 OR N.19.

<sup>654</sup> Topuz, s. 105.

<sup>655</sup> Fellmann/Kottmann, N.797.

<sup>656</sup> Rey/Wildhaber, N.1094.

<sup>657</sup> Kessler, Art.55 OR N.19; Şenocak, Adam Çalıştıran, s. 70.

<sup>658</sup> Müller-Chen, Art.55 OR N.21; Kessler, Art.55 OR N.19; Fellmann/Kottmann, N.796; Brehm, Art.55 OR N.65.

etkileyeceğinden, uygun da düşmeyebilir<sup>659</sup>. Öte yandan, oldukça zor ve tehlikeli bir iş söz konusu olduğunda, özel eğitim almış tecrübeli çalışanlara bile talimat verilmesi gerekir<sup>660</sup>.

### 2.3.2.2.3. Gözetim ve Denetim

Adam çalıştırmanın gözetim ve denetim yükümlülüğü esasında tüm diğer özen yükümlülüklerini de gereği gibi yerine getirmesi bakımından kilit role sahiptir. Adam çalıştırın çalışanlarını etkili bir şekilde denetlemek suretiyle onların talimatlara uygun davranıp davranmadıklarının kontrol etmek ve gereken hâllerde uyarmakla yükümlüdür.

Adam çalıştırmanın, tüm çalışanlarını daimî bir gözetim ve denetim altında tutması beklenemez. Bu nedenle, denetim ve gözetimin yoğunluğu somut olaya göre belirlenmelidir. Bu doğrultuda, görülen işin niteliği ve çalışanın bireysel özelliklerine göre değerlendirme yapılır<sup>661</sup>. Bazı durumlarda adam çalıştırmanın işin görüldüğü yeri düzenli ya da sürekli ziyaret etmesi gerekir<sup>662</sup>. Özellikle işin görüldüğü yerdeki tehlikeli alanlar sürekli denetim altında tutulmalıdır. İşletme merkezinin dışında yürütülen faaliyetler bakımından adam çalıştırmanın denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmesinin zorlaştığı durumlarda, çalışanlara önceden daha sıkı talimatlar verilmesi gerektiği düşünülebilir<sup>663</sup>.

İşin niteliği gereği üçüncü kişilerin zarar görme ihtimali bulunuyorsa ya da çalışan tecrübesiz ise, denetim ve gözetimin yoğunlaştırılması gerekir<sup>664</sup>. Öte yandan, çalışanın yüksek nitelikli, tecrübeli ve güvenilir olması, denetim ve gözetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>665</sup>. Zira tecrübeli ve güvenilir çalışanların bile, sorumluluk duygusu hissetmelerini sağlamak ve sorumsuzca davranmalarını engellemek için, belli bir seviyede de olsa denetlenmesi gerekir<sup>666</sup>.

<sup>659</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.65; **Rey/Wildhaber**, N.1094.

<sup>660</sup> **Kessler**, Art.55 OR N.19.

<sup>661</sup> **Oser/Schönenberger**, Art.55 N.29; **Schwenzer**, N.23.23

<sup>662</sup> **Oser/Schönenberger**, Art.55 N.29.

<sup>663</sup> **Topuz**, s. 107.

<sup>664</sup> **Fellmann/Kottmann**, N.799.

<sup>665</sup> **Topuz**, s. 107.

<sup>666</sup> **Müller-Chen**, Art.55 OR N.22; **Fellmann/Kottmann**, N.799; **Topuz**, s. 106.

#### 2.3.2.2.4. Uygun Araç-Gereç ve Malzeme Sağlama

Adam çalıştıran, çalışanın gördüğü işe uygun araç-gereç ve malzeme sağlamakla da yükümlüdür. TBK 66/2 hükmünde açıkça belirtilmemiş olan bu yükümlülüğü bazı yazarlar talimata özen<sup>667</sup> ya da organizasyona özen<sup>668</sup> kapsamında değerlendirirken, bazıları ise ayrı bir özen yükümlülüğü<sup>669</sup> olarak ele almaktadır. Çalışana sağlanan araç-gereç ve/veya malzemede üretim hatası bulunması durumunda meydana gelen zarardan adam çalıştıranın sorumluluğu ile üreticinin sorumluluğu arasındaki ilişki ise ayrı bir başlık altında ele alınacaktır<sup>670</sup>.

### 2.3.3. Adam Çalıştıranın İşletme Organizasyonuna (Çalışma Düzenine) Özen Yükümlülüğü

#### 2.3.3.1. Türk Hukukunda Genel Olarak Organizasyon Yükümlülüğü Kavramı

Organizasyon kavramı, kelime anlamı itibariyle, “düzenleme, kuruluş, kurum, teşkilat” olarak tanımlanır<sup>671</sup>. İşletme bilimi anlamında organizasyon kavramı ise, bir yapıyı (kurum, örgüt, teşkilat) ya da bir süreci (örgütlenme) ifade edecek şekilde iki farklı anlamda kullanılır. Yapı anlamında organizasyon, esasında bir kurum olarak işletmenin kendisidir<sup>672</sup>. Süreç anlamında organizasyon ise işletme yönetiminin bir parçasını teşkil eder. İşletme yönetimi; planlama, organizasyon (örgütlenme), koordinasyon ve kontrol şeklinde çeşitli aşamalardan oluşan bir bütünü ifade eder.

Hukuki anlamı itibariyle organizasyon yükümlülüğü kavramı ise, sorumlu kişiye yükletilen özen yükümlülüğünün somutlaştırılmış bir hâlidir. Bu yükümlülüğün ihlâlinden doğan sorumluluk ise, “organizasyon sorumluluğu” olarak adlandırılır<sup>673</sup>.

<sup>667</sup> Oser/Schönenberger, Art.55 N.29; Müller-Chen, Art.55 OR N.21; Oğuzman/Öz II, s. 149; Antalya, s. 567.

<sup>668</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 70; Eren, Genel, s. 654.

<sup>669</sup> Fellmann/Kottmann, N.800; Schwenger, N.23.24; Rey/Wildhaber, N.1100; Beck, s. 69.

<sup>670</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, VI, D.

<sup>671</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

<sup>672</sup> Kılınç, s. 46.

<sup>673</sup> Altay, s. 173-174.

Organizasyon sorumluluğu anlayışına hem sözleşme hem de sorumluluk hukuku alanında rastlanır.

Türk sözleşme hukukunda organizasyon yükümlülüğü kavramı özellikle özel hastanelerin tıbbi müdahaleden sorumlulukları çerçevesinde incelenmektedir. Hastanenin organizasyon yükümlülüğü, hastane işletmesinin, zarar gören hasta ile arasındaki hastaneye kabul sözleşmesinden doğan bir edim yükümlülüğü niteliğindedir. Hastanenin klinik organizasyonundaki eksiklikler “organizasyon kusuru” olarak adlandırılmakta olup<sup>674</sup>, bu tür eksikliklerin varlığı, organizasyon yükümlülüğünün ihlâl edildiğini gösterir. Esasında burada, “organizasyon kusuru” kavramı, sözleşme sorumluluğunun kusur unsurundan ziyade borca aykırılık unsuru bağlamında kullanılmaktadır<sup>675</sup>.

Türk sorumluluk hukukunda ise organizasyon sorumluluğu anlayışı, özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğu ve üreticinin sorumluluğu bakımından gündeme gelmiştir. Üreticinin sorumluluğu bağlamında organizasyon sorumluluğu anlayışı, üretim hatalarının çoğunlukla, üretim yapılan işletmedeki organizasyon eksikliğinden kaynaklandığı fikrine dayanır<sup>676</sup>. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında ise, aşağıda inceleneceği üzere, Türk-İsviçre doktrininde, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün kapsamı önceleri, doktrinde geliştirilen üç klâsik özen ölçütü (seçme, talimat, denetim) ile somutlaştırılmış; daha sonra ise bunlara “işin ve işletmenin örgütlenmesine/organizasyonuna özen” ölçütü de eklenmiştir.

Adam çalıştırmanın işletme organizasyonuna özen yükümlülüğü, doktrin ve uygulamada uzun yıllardır kabul gören bu anlayışı yansıtabilecek şekilde TBK 66/3 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Kanaatimizce TBK 66/3 hükmündeki “işletmenin çalışma düzeni” ifadesi, süreç anlamında “organizasyon” kavramını karşılayacak şekilde “işletmenin organizasyonu” olarak okunmalıdır<sup>677</sup>. Mevzuat Art.49a VE-OR hükmünde kullanılan

<sup>674</sup> Demir, s. 258 vd.; Özel/Leblebici, s. 183 vd.

<sup>675</sup> Altay, s. 178. “Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır [...] Somut olay bakımından, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini gereği gibi yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen ‘organizasyon kusuru’ olarak karşımıza çıkmaktadır” (YHGK, T.21.10.2009, E.2009/13-393, K.2009/452, Kazancı, E.T.03.04.2017).

<sup>676</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, VI, C, 2.

<sup>677</sup> Aynı yönde bkz. Kılınc, s. 48.



“işletmenin organizasyonu” (*Organisation der Unternehmung*) kavramı da bu yaklaşımı desteklemektedir. *Altay*'a göre, borca aykırılık bakımından kullanılan organizasyon kusuru kavramı ile haksız fiil hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından kullanılan işletmenin organizasyonunu kurma yükümlülüğü, hukuki yükümlülük yönünden aynı kavramı ifade etmektedir<sup>678</sup>.

Öte yandan TBK 66/3 hükmünün hukuki niteliğine ilişkin tartışma, Türk sorumluluk hukukunda organizasyon sorumluluğu anlayışını, klâsik anlamda adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız, bambaşka bir boyuta taşımıştır. Türk hukukunda savunulan bir görüşe göre, TBK 66/3 hükmü, bir işletme faaliyeti çerçevesinde, işletme organizasyonuna dâhil olan tüm unsurların neden olduğu zarardan sorumluluğa ilişkin genel ve yeni bir kusursuz sorumluluk normu teşkil eder. Çalışmamızda, bu görüş tarafından savunulan sorumluluk anlayışı, yabancı hukuk doktrinindeki karşılığı olan *işletme sorumluluğu (enterprise liability)*<sup>679</sup> kavramı ile ifade edilecektir. Kanaatimizce *de lege lata*, TBK 66/3 hükmü, “adam çalıştırmanın işletme organizasyonuna özen yükümlülüğünü” düzenlemekte olup, müstakil bir sorumluluk normu olarak değerlendirilmeye elverişli değildir. Bu doğrultuda, çalışmamızda, TBK 66/3 hükmünde düzenlenen özen yükümlülüğü kısaca “adam çalıştırmanın organizasyon yükümlülüğü” olarak ifade edilecektir.

Organizasyon yükümlülüğünün ihlâline neden olan olgu doktrininde “organizasyon hatası” (*Organisationsfehler*), “organizasyon ayıbı” (*Organisationsmangel*), “organizasyon kusuru” (*Organisationsverschulden*), “organizasyon rizikosu” (*Organisationsrisiko*), “organizasyon tehlikesi” (*Organisationsgefahr*) gibi çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir. “Kusur” ifadesi kusur sorumluluğunu, “ayıp” ifadesi ayıptan sorumluluğu, “riziko ve tehlike” ifadeleri de tehlike sorumluluğunu çağrıştırdığından, çalışmamızda “organizasyon eksikliği” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>678</sup> *Altay*, s. 178.

<sup>679</sup> Bkz. Art.4:202 PETL; *Büyüksağış*, s. 64 vd. “İşletme sorumluluğu” kavramı aynı zamanda TBK 71 hükmü bakımından da kullanılmaktadır (*Erişgin*, Tehlike, s.75). Ancak tehlike sorumluluğu çerçevesinde “işletme” kavramı, TBK 66/3 hükmünden farklı olarak, örgütlenmiş bağımsız birim anlamına gelmediğinden, burada “işletme”den ziyade “işletilme”den bahsedilmesi düşünülebilir.

### 2.3.3.2. TBK 66/3 Hükümüne İlişkin Temel Kavramlar

#### 2.3.3.2.1. İşletme ve İşletme Faaliyeti Kavramları

##### 2.3.3.2.1.1. Genel Olarak

TBK 66/3 hükmünde; “bir işletmede adam çalıştıran”, “işletmenin çalışma düzeni” ve “işletmenin faaliyetleri” kavramlarına yer verilmiştir. Öncelikle, hükmün uygulama alanını belirleyen tüm bu kavramlarda ortak olan “işletme” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

Her işletmenin teknik, iktisadi, sosyal ve organizasyon boyutu vardır<sup>680</sup>. İşletme; mâli yönü itibariyle iktisat bilimini, malvarlığı yönü itibariyle ticaret hukukunu, işletmede çalışan işçiler itibariyle iş hukukunu ilgilendirir<sup>681</sup>. Sorumluluk hukuku bakımından ise; genel tehlike sorumluluğu bakımından işletmenin teknik boyutu, adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından ise organizasyon boyutu ön plana çıkar<sup>682</sup>.

Aşağıda ilk olarak işletme kavramının çalışma konumuz ile yakın ilgisi bulunan başkaca dallarda ifade ettiği anlam kısaca incelendikten sonra, bu kavramın TBK 66/3 bakımından nasıl anlaşılması gerektiği değerlendirilecektir.

##### 2.3.3.2.1.2. İktisat Biliminde İktisadi İşletme ve Girişim Kavramları

İşletme, sözlük anlamı itibariyle “tarım, sanayi, ticaret, bankacılık vb. iş alanlarında, kâr amacıyla bir sermaye yatırılarak kurulan kurum”u ifade eder<sup>683</sup>. İktisadi işletme, kısaca, ekonomik faaliyet yapılan her türlü birimdir. Ekonomik faaliyet ise, iktisadi amaç doğrultusunda insan ihtiyaçlarını karşılamak üzere mal ya da hizmet üretilmesi ve/veya pazarlanmasıdır. İktisadi amaç, en geniş anlamıyla, “kâr”<sup>684</sup> elde etme amacını da kapsayacak şekilde “gelir” elde etme amacını ifade eder. Dolayısıyla bir işletmeden

<sup>680</sup> Çekin, s. 185.

<sup>681</sup> Taşkın, s. 77.

<sup>682</sup> Çekin, s. 186.

<sup>683</sup> Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

<sup>684</sup> Gelir, iktisadi faaliyet neticesinde elde edilen faydalar toplamıdır. Kâr ise, bu faydalardan maliyetlerin çıkarılması neticesinde elde edilir.

bahsedilebilmesi için, mal ya da hizmetin belirli bir bedel ve/veya başkaca bir menfaat karşılığında sunulması gerekir<sup>685</sup>.

Ekonomik faaliyetin yürütülmesi için üretim faktörleri belli bir sistem dâhilinde bir araya getirilir. Modern iktisat anlayışına göre dört asli üretim faktörü bulunur: İş gücü (insan gücü, emek), doğal kaynaklar, sermaye (bina, makine, araç-gereç vd. unsurlardan oluşan maddi sermaye ile know-how, fikri mülkiyet hakları gibi unsurlardan oluşan gayrimaddi sermaye) ve girişimci. Tüm bu faktörleri bir araya getiren girişimcinin kendisi de bir üretim faktörü olarak değerlendirilir.

Girişimci, üretim faktörlerini sistemli bir şekilde bir araya getirerek kurduğu organizasyonun işletme riskini üstlenen kişidir. İktisat biliminde, işletme (*business*) ve girişim (*teşebbüs, undertaking*) ilişkili olmakla birlikte farklı kavramlar olarak değerlendirilir. İşletme mal ve hizmet üretilen teknik birimi; girişim ise bir ya da birden çok işletmeden oluşan, iktisadi-hukuki-organizasyonel yapıyı ifade eder. Bu nedenle girişim, işletmeye nazaran daha geniş bir kavramdır.

### 2.3.3.2.1.3. Türk Hukukunda İşletme Kavramına İlişkin Başlıca Düzenlemeler

#### 2.3.3.2.1.3.1. Türk Ticaret Kanununda Ticari İşletme Kavramı

Ticari işletme kavramı, ticaret hukukunun merkezi kavramı niteliğindedir. Zira ticaret hukukunun birçok temel kavramı (tacir, ticari iş, ticari hüküm), “ticari işletme” kavramı ile ilişkilendirilerek tanımlanır. Ticari işletme, iktisadi işletmenin bir alt kavramı olarak kullanılır. Her ticari işletme bir iktisadi işletme olmakla birlikte, bu önermenin aksi her zaman doğru değildir; bir iktisadi işletmenin ticari işletme vasfını kazanabilmesi için kanunda sayılan özellikleri taşıması gerekir.

TTK’da yer alan tanıma göre ticari işletme; “esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde

---

<sup>685</sup> Sanlı, Kusursuz Sorumluluk, s. 77.

yürütüldüğü işletme”dir (TTK 11/1). Bu tanımdan hareketle ticari işletmenin dört<sup>686</sup> temel unsuru bulunduğu kabul edilir: Gelir sağlama hedefi, esnaf düzeyini aşan düzeyde gelir elde etme, devamlılık ve bağımsızlık. Öncelikle ticari işletmenin güttüğü ekonomik amaç doğrultusunda gelir elde etmeyi hedeflemesi gerekir; sadece ideal amaçlarla kurulan bir işletme, TTK anlamında ticari işletme teşkil etmez. Gelir sağlamaya yönelik niyetin varlığı ise yeterli olup, bu amacın fiilen gerçekleşmemesi ya da elde edilen gelirin harcanma şekli (ortaklara dağıtma, yeni yatırımlarda, hayır işlerinde kullanma vb.) ticari işletme niteliğini etkilemez<sup>687</sup>. Esnaf sınırını aşan düzeyde gelirin hedeflenmesi ise yeterli değildir; yürütülen faaliyet sonucunda bu sınırı aşan düzeyde gelir elde edilmiş olmalıdır<sup>688</sup>.

Devamlılık unsuru; işletmede yürütülen faaliyetin tek seferlik ya da tesadüfi nitelikte olmamasını, süreklilik arz etmesini ifade eder. İşletme faaliyetinin, niteliği gereği, zaman zaman kesintiye uğraması ise (okul kantini, plaj işletmesi, yazlık sinema vb.) devamlılığını etkilemez. Bağımsızlık unsuru ise işletmenin iç ve dış ilişkilerinde bağımsız hareket edebilmesini ifade eder. Örneğin; iç ilişki bakımından merkeze bağımlı olan şube ayrı bir ticari işletme değilken, acente ve franchise işletmesi bağımsız birer ticari işletme teşkil eder.

Bazı yazarlar, “örgüt (organizasyon)” unsurunu da ticari işletmenin bir parçası olarak değerlendirir. Ticari işletme, yapısı itibariyle insan unsuru (tacir) ile malvarlığı unsurundan (maddi ve gayrimaddi) oluşan bir bütündür. Kanundaki tanımda yer alan “işletme” ifadesi de ticari işletmenin öncelikle bir işletme olması gerektiğini gösterir. Buna göre, ticari işletmeden bahsedilebilmesi için bir girişimci (müteşebbis) tarafından emek ve sermaye unsurları bir araya getirilmiş olmalıdır<sup>689</sup>. Bu nedenle, sadece emek ya da sermaye unsuru kullanılarak yürütülen faaliyetlerin ticari işletme faaliyeti olmadığı kabul edilir.

---

<sup>686</sup> TTK 11/1 hükmünde yer alan tanımda “düzeyde” kelimesinden sonra gelecek şekilde “ve” bağlacı eklenerek, “gelir sağlama hedefi” ve “esnaf sınırını aşan düzeyde gelir elde etme” şeklindeki iki ayrı unsurun vurgulanması gerektiği hakkında bkz. **Demirkapı**, s. 386.

<sup>687</sup> **Demirkapı**, s. 389-390.

<sup>688</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirkapı**, s. 382 vd.

<sup>689</sup> Aksi görüş için bkz. **Demirkapı**, s. 381.

### 2.3.3.2.1.3.2. İş Kanununda İşyeri ve İşletme Kavramları

“İşyeri”; bireysel iş hukukunun yer itibariyle uygulama alanının belirlenmesi bakımından temel bir kavram teşkil eder. İşK’nda yer alan tanıma göre işyeri; “işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim”dir (İşK 2/1). Bu tanıma göre işyerinin üç unsuru bulunduğu kabul edilir: Maddi unsur (bina, makine, hammadde vb.), maddi olmayan unsur (know-how, müşteri çevresi, ticari itibar vb.) ve beşerî unsur (işçiler). Ancak işyerinden bahsedilebilmesi için bu unsurların sadece bir araya getirilmiş olması yeterli değildir; söz konusu unsurlar, işveren tarafından belli bir amaç etrafında sürekli olarak örgütlenmiş olmalıdır. Bu amaç, mal ve hizmet üretimine yönelik teknik amaçtır. Bu teknik amacı gerçekleştirmek üzere işyerinde görülen faaliyet, sınai ve ticari nitelikte olabileceği gibi, hizmet sektörüne ilişkin bir faaliyet ya da serbest meslek faaliyeti de olabilir<sup>690</sup>.

İşyerinin fiziksel kapsamı bakımından iş hukukunda teklik ilkesi benimsenmiştir. İşK 2/3 hükmüne göre işyeri; “işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün”dür. Buna göre işyeri; işin yapıldığı yer, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar olmak üzere dört unsurdan oluşur. “İşyerine bağlı yer”; işyerinde üretilen mal ya da hizmet ile nitelik yönünden (amaçta birlik) ve aynı yönetim altında örgütlenme yönünden (yönetimde birlik) işyeri ile bağlılığı bulunan yerlerdir. Böylelikle, mal veya hizmet üretilen birden fazla yer, tek bir işyeri sayılır. Kanunda, “eklenti” teşkil eden yerlere örnek olarak ise; dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi yerler sayılmıştır (İşK 2/2). İşyerindeki teknik amacın gerçekleştirilmesinde kullanılan sabit veya hareketli her türlü araç (örneğin, kamyon, servis aracı, iş makineleri) da işyerinden sayılır.

İşyerinin kapsamını düzenleyen İşK 2/3 hükmünde *iş organizasyonu* kavramına da yer verilmiştir. İşveren tarafından örgütlenen ve fakat yönetim hakkını fiilen kullanmadığı yerler bile, iş organizasyonu dâhilinde yer aldığı takdirde işyerinden sayılır<sup>691</sup>. Bu kabul, günümüzde işyerinin klâsik sınırlarının dışına taşması ve özellikle modern istihdam usullerinin hızla yaygınlaşması bakımından önem arz eder.

<sup>690</sup> Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 85.

<sup>691</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 208-209.

İş Kanununda bazı hükümlerde<sup>692</sup> *işletme* kavramına da rastlanır. İşyeri ve işletme kavramları, ilişkili olmakla birlikte<sup>693</sup>, özellikle amaç unsuru bakımından birbirinden ayrılır. İşyerinde mal veya hizmet üretimine ilişkin teknik bir amaç, işletmede ise iktisadi bir amaç bulunur<sup>694</sup>. İşletme, işyerinden daha geniş bir kavram olup, birden fazla işyerini kapsar<sup>695</sup>. İşletme, aynı işverene ait birden fazla işyerinden (örneğin, bir otelcilik işletmesine ait oteller) ya da tek bir işyerinden (örneğin, bir işverenin tek bir fabrikasının olması) oluşabilir<sup>696</sup>.

### 2.3.3.2.1.3.3. Genel Tehlike Sorumluluğunda İşletme Kavramı

Genel tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK 71 hükmünde, “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme” kavramına yer verilmiş ve zararın bu işletmenin faaliyetinden kaynaklanması şartı aranmıştır. TBK 71 hükmündeki işletme kavramının, ticari işletmeden daha geniş bir anlama sahip olduğu kabul edilir<sup>697</sup>. İktisadi bir unsur taşımayan faaliyetlerin ise TBK 71 hükmünün kapsamı dışında kaldığı kabul edilir. Bu doğrultuda, örneğin ideal amaçlı bir derneğin çocukları eğlendirmek için sunduğu balon turu esnasında balonun alev alması nedeniyle ölüme sebebiyet vermesi olayında, iktisadi bir menfaat elde etmeyen derneğin sorumluluğu bakımından TBK 71 hükmü uygulanmayacağı belirtilmektedir<sup>698</sup>. Ayrıca, bir işletme dâhilinde yürütülmeyen, bireysel nitelikteki serbest meslek faaliyetleri de TBK 71 hükmünün kapsamı dışındadır<sup>699</sup>.

Öte yandan *Yücel*'e göre, TBK 71 hükmünde ekonomik ve mesleki amaçla yürütülen faaliyet organizasyonu anlamında bir işletmenin varlığı aranmamıştır<sup>700</sup>. Bu doğrultuda,

<sup>692</sup> Örneğin, işveren vekilinin tanımına ilişkin İşK 2/4.

<sup>693</sup> **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 47.

<sup>694</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 210; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 97; **Senyen-Kaplan**, s. 40. İktisadi amacı bulunmayan sendika, dernek ya da vakıf, işçi çalıştırdığı sürece, iş hukuku açısından işletme kabul edilir (**Senyen-Kaplan**, s. 48; **Süzek**, İş Hukuku, s. 210); bu durumda sadece işyerinden sözedilebileceği hakkında bkz. **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 48.

<sup>695</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 208; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 97.

<sup>696</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 210; **Senyen-Kaplan**, s. 40.

<sup>697</sup> **Erişgin**, Tehlike, s. 74; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 376; **Oğuzman/Öz II**, s. 191; **Çekin**, s. 197; **Sanlı**, Kusursuz Sorumluluk, s. 77.

<sup>698</sup> **Çekin**, s. 204.

<sup>699</sup> **Erişgin**, Tehlike, s. 75.

<sup>700</sup> TBK 71 hükmünde önemli ölçüde tehlikelilik ifadesinin “işletme” kelimesini betimleyecek şekilde kullanılması isabetli değildir. Zira tehlike sorumluluğunda “işletme faaliyetinin” önemli ölçüde tehlikeli olması gerekir (**Yücel**, s. 118).

hükmün lafzının aksine, önemli ölçüde tehlikelik, işletmeye değil; işletme faaliyetine ilişkin olarak anlaşılmalıdır<sup>701</sup>.

TBK 71 hükmü bakımından, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen ve yürütülen önemli ölçüde tehlike işletme faaliyetinde uzman bir kişiden beklenen tüm özene rağmen önlenemez nitelikteki zarardan sorumluluk söz konusudur<sup>702</sup>; oysa TBK 66/3 uyarınca bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin organizasyonuna gerekli özeni göstermek suretiyle bertaraf edebileceği zarardan sorumlu tutulmaktadır. Diğer bir ifadeyle, TBK 66/3 hükmündeki işletme kavramı; üçüncü kişilerin zarar görme tehlikesini önleyici tedbirler almak suretiyle bu işletmede zararı önlemeye elverişli bir organizasyon kurmanın mümkün olduğu önkabulü üzerine kuruludur<sup>703</sup>.

#### 2.3.3.2.1.4. TBK 66/3 Hükmü Bakımından Değerlendirme

##### 2.3.3.2.1.4.1. İşletme ve İşletme Faaliyetinin Tanımı ve Özellikleri

TBK 66/3 hükmünde işletme kavramı tanımlanmadığı gibi herhangi bir sınırlandırmaya da tâbi tutulmamıştır. Mevzuat Art.49a VE-OR hükmünde “iktisadi veya mesleki amaçlarla faaliyet gösteren işletme” ifadesine yer verilmiş ve VE-OR Ön Tasarı Raporu’nda bu kavramın geniş yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır<sup>704</sup>. Art.59 OR-2020 hükmünde ise öngörülen sorumluluk “ticari işletme” ile sınırlandırılmıştır.

TBK 66/3 hükmü bakımından kilit role sahip olan “işletme” kavramı yorumlanırken, TBK 66 hükmünün genel norm niteliği<sup>705</sup> göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin diğer temel kavramlar gibi, işletme kavramı da sorumluluğun sınırları dâhilinde mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır. Bu yaklaşım, doktrinde de benimsenmektedir<sup>706</sup>.

<sup>701</sup> Sanlı, Kusursuz Sorumluluk, s. 74; Yücel, s. 118.

<sup>702</sup> Erişgin, Tehlike, s. 67; Erdem, s. 219; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 41.

<sup>703</sup> Erişgin, Tehlike, s. 75.

<sup>704</sup> Widmer/Wessner, s. 130.

<sup>705</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §9, III.

<sup>706</sup> İşletme kavramının zarar gören lehine mümkün olduğunca geniş yorumlanması görüşü için bkz. Türkmen, s. 268; Altay, s. 181; Kara Kılıçarslan, s. 143.

TBK 66/3 bakımında işletme kavramı, ticari işletmeden daha geniştir<sup>707</sup>. Ticaret hukuku ile sorumluluk hukuku farklı dogmatik temellere dayanır. Ticaret hukuku esas itibariyle ticari faaliyetleri düzenler; sorumluluk hukuku ise, bir kimsenin uğradığı zararın çeşitli (sözleşme dışı) sebeplerle bir başkasına yükletilmesini sağlar. TBK 66 bakımından adam çalıştırmanın tacir sıfatı önemli olmadığı gibi, işletme kavramı bakımından da ticari işletmenin varlığı belirleyici olmamalıdır. Söz konusu işletmenin ticaret siciline<sup>708</sup> ya da meslek odasına<sup>709</sup> kayıtlı olması önemli değildir. Benzer şekilde, TBK 66 bakımından bağımlılık unsuru değerlendirilirken de ticaret hukukundakinden farklı sonuca ulaşılması mümkündür. Örneğin, acentelik ve franchise faaliyeti; ticaret hukuku bakımından bağımsız bir ticari faaliyet teşkil ederken, somut olayda adam çalıştırmanın sorumluluğuna vücut veren bir bağımlı çalışma ilişkisi olarak yorumlanabilmektedir<sup>710</sup>.

Doktrinde ayrıca, TBK 66/3 ile TBK 71 hükümlerinde kullanılan “işletme” kavramları karşılaştırılarak, TBK 66/3 bakımından, önemli ölçüde tehlikeli bir işletmenin aranmadığı belirtilmektedir<sup>711</sup>. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, tehlike sorumluluğunun bağlantı noktası, iktisadi amaçla yürütülen faaliyet organizasyonu anlamında bir işletmenin varlığı değil, işletme faaliyetidir<sup>712</sup>. Nitekim Art.50/1 VE-OR hükmündeki “*gefährlichen Tätigkeit [...] die Person [...] betreibt*” ve Art.60/1 OR-2020 hükmündeki “*Wer eine besonders gefährliche Tätigkeit ausübt*” ifadelerinde de tehlikeli faaliyeti işleten/yürüten kişiden bahsedilmektedir. Bu nedenle TBK 71 bakımından varlığı aranan, TBK 66/3 hükmündeki anlamıyla bir “işletme” (*Betrieb, Unternehmung, enterprise*) değildir. Belki bu noktada, tehlike sorumluluğu bakımından “işletme”den ziyade “işletilme”den bahsedilmesi düşünülebilir. Dolayısıyla, TBK 71 bakımından önemli ölçüde tehlikelilik işletme faaliyetinin bir özelliğidir; ancak TBK 66/3 bakımından işletme faaliyetinin niteliği herhangi bir şekilde sınırlandırılmamıştır. Bu bakımdan TBK 66/3 hükmünün uygulama alanı, TBK 71 hükmüne nazaran daha geniştir<sup>713</sup>. Ancak önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti çerçevesinde gerçekleşen karakteristik rizikonun neden

<sup>707</sup> Kılıçoğlu, Borçlar, s. 341; Türkmen, s. 268; Altay, s. 180; Nomer, Borçlar, s. 172; Ünlütepe, s. 232.

<sup>708</sup> Widmer/Wessner, s. 130; Türkmen, s. 268; Ünlütepe, s. 232.

<sup>709</sup> Ünlütepe, s. 232.

<sup>710</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §4, III, B, 1, b.

<sup>711</sup> Nomer, Borçlar, s. 172; Altay, s. 184; Türkmen, s. 268.

<sup>712</sup> Yücel, s. 114 vd.

<sup>713</sup> Çekin, s. 147.



olduğu zarar, bir yardımcı kişinin fiilinden kaynaklansa bile, adam çalıştırmanın sorumluluğuna değil, münhasıran tehlike sorumluluğuna tâbi olmalıdır<sup>714</sup>.

TBK 66/3 hükmünde yer verilen “işletme” kavramı, iktisadi anlamda işletme kavramından daha dar ya da geniş algılanabileceği gerekçesiyle isabetli görülmemektedir<sup>715</sup>. Gerçekten de doktrinde bu konuda bir görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. TBK 66/3 bakımından işletme kavramını bir görüş<sup>716</sup> iktisadi veya mesleki amaçla yürütülen faaliyetler ile sınırlarken; diğer görüş<sup>717</sup>, ideal amaçla karşılıksız yürütülen faaliyetleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır.

Kanaatimizce, TBK 66/3 bakımından işletme kavramı ideal amaçla faaliyet gösteren birimleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Zira adam çalıştırmanın sorumluluğuna esas teşkil eden, adam çalıştırmanın yararına olan bir işletme faaliyetinin onun hâkimiyeti altında yürütülmesidir. Bu doğrultuda, örneğin bir derneğin, ailesinden uzakta eğitim gören yoksul kız çocuklarına ücretsiz konaklama hizmeti verdiği bir pansiyon işletmesiyle; aynı derneğin aynı pansiyonda, geliri yoksul kız çocuklarının eğitiminde kullanılmak üzere, turistlere hizmet vermesi arasında, TBK 66/3 hükmünde öngörülen ek özen yükümlülüğüne tâbi olma bakımından bir fark bulunmamalıdır. Benzer şekilde, bir vakfın, sosyal tesislerindeki açık alanda ücretsiz olarak düzenlediği bahar pikniği etkinliğinde, vakıf çalışanlarının iyice sabitlemeden kurduğu dev şemsiyelerin rüzgârda uçması nedeniyle park hâlindeki araçlarda meydana gelen hasardan vakfın sorumluluğu TBK 66/3 hükmüne tâbi olmalıdır. Bu doğrultuda, insan gücü ile birlikte diğer işletme unsurları bir organizasyon dâhilinde bir araya getirildiği müddetçe, iktisadi ya da ideal amaçla yürütülen her işletme faaliyeti TBK 66/3 hükmünün kapsamında değerlendirilmelidir.

Ayrıca işletmenin büyüklüğü, iş hacmi, çalışan sayısı, işletmedeki hiyerarşik yapının basit ya da karmaşık nitelikte olması, işletme faaliyeti çerçevesinde sunulan hizmetin belirli bir bedel karşılığında yahut karşılıksız olması, işletme faaliyetinin ilk (bir spor derneğinin ilk defa düzenlediği spor turnuvası), tek seferlik (bir defaya mahsus olarak

<sup>714</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, V, B, 2.

<sup>715</sup> **Koçhisarlıoğlu/Erişgin**, s. 1261 (yazarlar, TBK 66/3 bakımından “girişim” kavramının daha uygun olduğunu belirtmektedir).

<sup>716</sup> **Ünlütepe**, s. 231.

<sup>717</sup> **Eren**, *Adam Çalıştırma*, s. 31; **İnan/Yücel**, s. 420.

düzenlenen halka açık sinema gösterisi) ya da sürekli olması (gelenekselleşmiş etkinlikler) da belirleyici olmamalıdır.

TBK 66/3 hükmünde işletme faaliyetinin konusu bakımından da herhangi bir sınırlandırma yapılmamıştır. Başkalarına mal (gıda, ilaç, teknolojik ürün vb.) veya hizmet sunulmasına (sağlık, spor, eğlence, eğitim, taşımacılık, turizm, temizlik, danışmanlık vb.) ilişkin her türlü işletme faaliyeti bu kapsamda değerlendirilebilir. Ayrıca, bir işletme faaliyetinde hem mal hem de hizmet sağlama unsurunun (hastane, otel, lokanta vb.) bir arada bulunması da mümkündür.

Sonuç olarak TBK 66/3 bakımından işletme; iktisadi ya da ideal (iktisadi olmayan, manevi) bir amaç doğrultusunda başkalarına mal ve/veya hizmet sağlamak üzere beşerî iş gücü (çalışanlar) ile (varsa) diğer işletme unsurlarının, asgari düzeyde de olsa bir organizasyon çerçevesinde örgütlendiği, bağımsız her türlü birim olarak anlaşılmalıdır. İktisadi amaç, söz konusu mal ve/veya hizmet sağlama faaliyetinin, belirli bir bedel ve/veya başkaca menfaat karşılığında sunulmasını; diğer bir ifadeyle, gelir elde etme amacını ifade eder. Bu nedenle iktisadi amaç, “kazanç paylaşma amacını” da kapsayan ve fakat bundan daha geniş bir kavramdır<sup>718</sup>. Bu doğrultuda TBK 66/3 bakımından işletme; ticari işletme, esnaf işletmesi veya serbest meslek faaliyeti yürütülen mesleki işletme olabilir. Ayrıca, ideal amaçla faaliyet gösteren dernek<sup>719</sup> ve vakıflar da gerek karşılıksız olarak gerekse amaçlarına ulaşmada mâli kaynak sağlamak üzere düzenledikleri ekonomik faaliyetler ve yürüttükleri ticari işletme faaliyetleri bakımından TBK 66/3 hükmünün kapsamı dâhilinde değerlendirilmelidir.

#### 2.3.3.2.1.4.2. İşletmenin Mekânsal Kapsamı

İşletmenin mekânsal kapsamı, işletmenin fiziksel sınırlarını ifade eder. İşletme, mekân itibarıyla, işletme merkezi ile sınırlı değildir. İşletme faaliyetinin, merkezden başka bir yerde icra edildiği durumlarda, işletme mekânsal olarak burayı da kapsar. Zira TBK 66/3 bakımından işletme faaliyetini “dört duvar arasında icra edilen faaliyete indirgemek” her

<sup>718</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 528; Erten, Sendika, s. 329.

<sup>719</sup> Derneklere ilişkin TMK 56/1 hükmünde yer alan “kazanç paylaşma dışında” ifadesindeki “kazanç paylaşma” kavramının dar yorumlanması gerektiği görüşü için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 529.

zaman mümkün değildir<sup>720</sup>. Örneğin; evden eve asansörlü eşya taşınması ya da mutfağa cam balkon kurulması, niteliği gereği, işletmenin faaliyet merkezinin dışında gerçekleştirilir.

İşletmenin mekânsal kapsamının belirlenmesinde İşK 2/3 hükmünden de faydalanılabilir. Burada işyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçların iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda, adam çalıştıran tarafından çalışana sağlanan araçlar da işletmenin mekânsal kapsamına dâhil edilmelidir. Örneğin, yolcu taşımacılığında kullanılan yolcu otobüsü, hafriyat işinde kullanılan hafriyat kamyonu, inşaat işinde kullanılan iş makineleri TBK 66/3 bakımından işletmenin mekânsal kapsamına dâhildir. Ancak bu motorlu araçların bir yardımcı kişi aracılığıyla karayolunda işletilmesinden doğan zararlardan sorumluluk KTK 85/5 hükmüne tâbi olduğu ölçüde TBK 66 hükmünün devre dışı kalacağını belirtmek gerekir.

#### 2.3.3.2.2. İşletmede Adam Çalıştıran Kavramı

TBK 66/3 hükmünde sorumlu kişi “bir işletmede adam çalıştıran” olarak ifade edilmiştir. Bu ifade kanunda tanımlanmadığı gibi, TBK 71 hükmünden farklı olarak “işletme sahibi” ve “işleten” şeklinde bir ayrıma da gidilmemiştir. Mevzuat Art.49a VE-OR hükmünde sorumlu kişi, “işletmede bir veya birden fazla yardımcı kişi kullanan” olarak düzenlenmiştir. VE-OR Ön Tasarı Raporu’nda, Art.49a VE-OR hükmüne ilişkin açıklamalarda ise “işletmeyi işleten” (*die Person, welche die Unternehmung betreibt*); “işletmenin yöneticisi” (*Leiters der Unternehmung*)” ifadelerine rastlanmaktadır<sup>721</sup>. Benzer şekilde, genel tehlike sorumluluğuna ilişkin Art.50 VE-OR hükmünde de sorumluluğun süjesi, “tehlikeli faaliyeti yürüten/işleten kişi” (*die Person, die eine Tätigkeit betreibt*) olarak belirlenmiştir. Bu ifade, Ön Tasarı Raporu’nda, tehlikeli faaliyeti organizasyonel ve ekonomik yönden kontrol eden ve bu faaliyetten başlıca fayda sağlayan kişi olarak tanımlanmıştır<sup>722</sup>.

<sup>720</sup> TBK 71 hükmü bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz. Çekin, s. 205

<sup>721</sup> Widmer/Wessner, s. 131.

<sup>722</sup> Widmer/Wessner, s. 140.

Bu noktada faydalanılabilecek bir diğer düzenleme ise, motorlu araç işletenin sorumluluğu çerçevesinde kullanılan “araç sahibi” ve “işleten” kavramlarıdır. KTK 3 hükmüne göre “araç sahibi”, aracın kendi adına tescil edildiği veya sahiplik veya satış belgesi düzenlenen kişidir; “işleten” ise, araç sahibi veya aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla alan, uzun süreli kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Dolayısıyla araç sahibi, uzun süreli kira, ariyet ve rehin durumunda, mâlik olarak kalmaya devam etmesine rağmen, işleten sıfatını kaybeder<sup>723</sup>. Ancak bir başka kişinin aracı kendi hesabına, tehlikesi kendisine ait olmak işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufta bulunduğu ispatlanırsa, bu kişi işleten sayılır. KTK 3 hükmünde yer verilen bu “(gerçek) işleten” tanımında, araç üzerindeki menfaat ve hâkimiyet ilişkisinin esas alındığı görülmektedir<sup>724</sup>. Bu doğrultuda doktrinde motorlu araç işleten; motorlu aracı kendi menfaat ve hesabına, işletme tehlikesi ve masrafları üstlenen, aracın işletilmesi için gerekli personel üzerinde doğrudan ve fiilen emir-talimat yetkisine sahip olan kişi olarak tanımlanır<sup>725</sup>.

Hatırlanacağı üzere, adam çalıştırmanın sorumluluğu da hâkimiyet ile risk-menfaat esasları üzerine kuruludur. Adam çalıştırın sıfatı bakımından belirleyici olan da çalışan üzerindeki fiili hâkimiyet yetkisidir. Dolayısıyla, bir işletmenin söz konusu olduğu durumlarda adam çalıştırın sıfatını öncelikle taşıması gereken, işletendir. Zira işleten; işletme riskini üstlenmek ve işletme faaliyetlerini kendi hesabına yürütmek suretiyle işletmedeki organizasyonu en üst düzeyde kontrol ve çalışanlar üzerinde doğrudan doğruya fiili hâkimiyet yetkisine sahip olan kişidir. İşleten ile işletme sahibi (*Betriebsinhaber*) sıfatları genellikle aynı kişide toplanır. Bu tür durumlarda, işletmede adam çalıştırının kim olduğunun tespitinde zorluk yaşanmaz.

Öte yandan, bu sıfatların farklı kişilere ait olması da mümkündür. Bir kimsenin işletmeyi idari bir izinle, kiracılık veya intifa hakkına dayanarak işletmesinde durum böyledir. Kanaatimizce; böyle bir durumda, tıpkı uzun süreli kira ve ariyet gibi durumlarda motorlu araç sahibinin işleten sıfatını kaybetmesi gibi, işletmede adam çalıştırın sıfatı da işletme riskini bizzat üstlenerek işletmeyi fiili hâkimiyeti altında bağımsız olarak işleten kişiye ait olmalıdır. Öte yandan, işletme sahibi hâkimiyeti bir başkasına devretmiş olsa da söz

<sup>723</sup> Eren, Genel, s. 706.

<sup>724</sup> Eren, Genel, s. 705.

<sup>725</sup> Eren, Genel, s. 705.

konusu işletmeden menfaat elde etmeye devam ettiğinden<sup>726</sup>, *de lege ferenda*, işletme sahibi ve işletenin adam çalıştıran sıfatıyla müteselsilen sorumlu tutulması isabetli olacaktır.

TBK 66/3 bakımından işletmede adam çalıştıran; bir gerçek kişi olabileceği gibi (esnaf, gerçek kişi tacir, serbest meslek erbabı), bir özel hukuk tüzel kişisi (ticaret şirketi, dernek, vakıf, sendika, siyasi parti<sup>727</sup>) ya da tüzel kişiliğe sahip olmayan bir topluluk (adi ortaklık); ideal amacına ulaşmak üzere ticari işletme işleten dernek ya da vakıf ile özel hukuk alanında yürüttükleri faaliyetlerle sınırlı olarak kamu tüzel kişisi olabilir. Bu doğrultuda; ideal amacına ulaşmak için gerekli mâli kaynağı sağlamak üzere etkinlikler (kermes, turnuva, konser, gösteri, festival, toplantı vb.) düzenleyen dernek; okul, hastane, yurt işleten ya da nadir bir hastalığın tedavisi için ilaç geliştirmek üzere araştırma laboratuvarı kuran vakıf; miting düzenleyen bir siyasi parti; gösteri düzenleyen bir sendika; spor müsabakası düzenleyen bir spor kulübü, avukatlık ortaklığı; alışveriş merkezi ya da otopark işleten ticaret şirketi TBK 66/3 bakımından tüzel kişi adam çalıştıranlara örnek olarak verilebilir. Mahalle bakkalı işleten esnaf; eczane işleten eczacı; hekimlik, diş hekimliği avukatlık, mühendislik, mimarlık gibi serbest meslek faaliyetlerini yürüten serbest meslek erbabı kişiler de TBK 66/3 bakımından gerçek kişi adam çalıştıranlara örnek olarak verilebilir.

#### 2.3.3.2.3. İşletme Faaliyetinden Doğan Zarar Kavramı

TBK 66/3 hükmünde “işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olun zarar” ifadesine yer verilmiştir. İşletme faaliyeti, bir işletmedeki insan gücü ile sınırlı olmayıp, genellikle birçok işletme unsurunun bir amaç etrafında bir araya getirilmesinden oluşur. Hükümdeki bu geniş ifade karşısında, işletme faaliyetinin neden olduğu tüm zararların, diğer bir ifadeyle, bu faaliyete dâhil olan tüm unsurların neden olduğu zararın mı kastedildiği belirlenmelidir.

<sup>726</sup> TBK 71 hükmü bakımından aynı yönde bkz. **Çekin**, s. 212.

<sup>727</sup> Sendika (**Erten**, Sendika, s. 334-335) ve siyasi partiler, derneğin bir türü olarak değerlendirilir (**Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 574, dn.8).

Kanaatimizce bu ifade, sorumluluğun amacı ve esası doğrultusunda yorumlanmalıdır. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun bağlantı noktasını, bağımlı çalışanların hukuka aykırı fiilleri oluşturur. Adam çalıştırana yükletilen özen yükümlülüğünü meşrulaştırarak sorumluluğa zemin oluşturan, adam çalıştırmanın çalışanlar üzerindeki hâkimiyetidir. Bu nedenle TBK 66/3 hükmünün uygulama alanını, tüm işletme unsurlarının neden olduğu zararlar değil, yalnızca TBK 66 anlamında çalışan niteliğine sahip kişilerin hukuka aykırı fiilleri neticesinde üçüncü kişilerin uğradığı zararlar oluşturur. Belirtmek gerekir ki, söz konusu zarar doğrudan bir çalışanın fiilinden kaynaklanabileceği gibi dolaylı olarak bir çalışanın fiiline de irca edilebilir. Teknik teçhizat kaynaklı zararlarda genellikle bu ikinci durum gündeme gelir.

TBK 66/3 hükmünün sistematik yeri, gerekçesi ve hükmün lafzında kullanılan diğer kavramlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; kanun koyucunun “işletmenin faaliyetleri dolayısıyla zarar” ifadesini bilinçli olarak kullanmadığı açıkça görülür. Bu nedenle, amaca uygun sınırlandırma yöntemi (*teleolojik daraltma*) ile söz konusu ifade, TBK 66/1 hükmü ile de uyumlu olacak şekilde, “bir işletme faaliyeti çerçevesinde çalışanın işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zarar” olarak anlaşılmalıdır. Aksi yönde bir yorum, hem adam çalıştırmanın sorumluluğunun dogmatik temellerine hem de kanun koyucunun amacına aykırı düşecek derecede sınırları geniş ve belirsiz bir sorumluluğun ortaya çıkmasına neden olur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında tazmin edilebilecek zararlar; kişi zararı, eşya zararı ile diğer zararlar çerçevesinde özellikle basın yoluyla işlenen haksız fiiller bakımından gündeme gelen kişilik hakkı ihlâlinden kaynaklanan zararlardır<sup>728</sup>.

---

<sup>728</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, §7, I, B.

### 2.3.3.3. TBK 66/3 Hükümünün Hukuki Niteliği

#### 2.3.3.3.1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

##### 2.3.3.3.1.1. Adam Çalıştıranın İşletme Organizasyonuna Özen Yükümlülüğü Görüşü

Hâkim görüşe<sup>729</sup> göre TBK 66/3 hükmü; adam çalıştıranın sorumluluğu çerçevesinde çalışanın filleri ile neden olduğu zararlar ile sınırlı bir düzenleme olup, işletmelerde adam çalıştırana, işletmenin çalışma düzenine ilişkin özen yükümlülüğü getirmek suretiyle sorumluluğu ağırlaştırmaktadır. Adam çalıştıranın çalışana ilişkin bireysel düzeyde özen yükümlülüğüne (TBK 66/2) ek olarak, işletme düzeyinde de çalışma düzenine özen yükümlülüğü (TBK 66/3) getirilmiştir. İşletmedeki çalışma düzenine ilişkin TBK 66/3 hükmünde öngörülen kurtuluş kanıtı seçimlik<sup>730</sup> değil, TBK 66/2 hükmünde düzenlenen kurtuluş kanıtına ek niteliktedir<sup>731</sup>. Bu doğrultuda, bir işletmede adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için çalışanı seçme, talimat verme ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispatlaması yeterli değildir; bunlara ek olarak<sup>732</sup>, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu, diğer bir ifadeyle, işletmenin organizasyonunda bir eksiklik bulunmadığını da ispatlaması gerekir. TBK 66 maddesinin gerekçesindeki, “işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıranların [...] ikinci fıkradan yararlanamayacakları” ifadesi de bu sonucu desteklemektedir.

<sup>729</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 149-150; **Nomer**, Borçlar, s. 172; **Altop**, s. 203-204; **Akartepe**, s. 163; **Burcuoğlu**, s. 41; **Hatemi/Gökyayla**, §19 N.15; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 341; **Sanlı**, Kusursuz Sorumluluk, s. 67; **Altay**, s. 178 vd. (yazara göre, TBK 66/3, “kanundaki yeri itibarıyla esasında adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir hükümdür”); **Sağlam**, s. 168 (yazar, TBK 66/3 hükmü ile organizasyon sorumluluğu getirildiğini belirtmekle birlikte, “sorumluluktan kurtulmak için adam çalıştıranın sadece TBK 66/2’yi değil; aynı zamanda TBK 66/3’ü de ispatlaması gerekecektir” ifadesinden, bağımsız sorumluluk görüşünü kabul etmediği, TBK 66/3 hükmünü adam çalıştıranın sorumluluğu dâhilinde mütalaa ettiği sonucu çıkmaktadır); **Şenocak**, Adam Çalıştıran, s. 63 (yazar, TBK 66/3 hükmünün “işletmeler açısından yeni bir organizasyon sorumluluğu getirmediği, sadece işletmedeki adam çalıştıran açısından şimdiye kadarki mevcut hukuk uygulamasını teyid eder şekilde, özel bir kurtuluş kanıtı getirdiği” düşüncesindedir). **İnan/Yücel’e** göre ise, organizasyon sorumluluğu bağımsız bir kusursuz sorumluluk niteliğinde olmakla birlikte, Türk kanun koyucusu bu sorumluluğu “adam çalıştıranın sorumluluğu içinde ve sadece adam çalıştıranlara ilişkin bir sorumluluk” şeklinde öngörmek suretiyle uygulama alanını daraltmıştır (**İnan/Yücel**, s. 419).

<sup>730</sup> **Oğuzman/Öz** ise, adam çalıştıranın çalışana ve işletme şartlarına ilişkin karinelere birini çürütmek suretiyle sorumluluktan kurtulabileceği görüşündedir (**Oğuzman/Öz II**, s. 148).

<sup>731</sup> **Hatemi/Gökyayla**, §19 N.15.

<sup>732</sup> **Altay**, s. 179; **Sağlam**, s. 168; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 341.

Bu görüşe göre, TBK 66/3 hükmü ile getirilen düzenleme, Türk hukuku bakımından aslında tam anlamıyla bir yenilik değildir. Zira eBK 55 hükmünde buna benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, doktrin<sup>733</sup> ve uygulamada<sup>734</sup>, adam çalıştırmanın çalışana ilişkin özen yükümlülüğünün geleneksel ölçütlerle (seçme, talimat, denetleme) sınırlı olmadığı; işin organizasyonunu doğru bir şekilde, amaca uygun ve üçüncü kişilerin zarara uğramasını engellemeye elverişli şekilde kurmanın da özen yükümlülüğünün kapsamına dâhil olduğu kabul edilmekteydi. Böylelikle, eBK 55 hükmünün içeriğinde mevcut olduğu yorum yoluyla kabul edilen adam çalıştırmanın işletme organizasyonuna özen yükümlülüğü anlayışı, TBK 66/3 hükmü ile açık bir kanuni dayanağa kavuşturulmuştur<sup>735</sup>. TBK 66 maddesinin gerekçesindeki, “bu yeni düzenleme, uygulama ve öğretilerde savunulan görüşü yansıtmış olmaktadır” ifadesi de bu sonucu desteklemektedir.

Bu doğrultuda TBK 66/3 hükmü, bir işletmede çalışanların fiillerinden doğan zararlar ile sınırlı bir düzenleme olarak anlaşılmalıdır<sup>736</sup>. Çalışanların faaliyetleriyle bağlantılı olmak şartıyla, teknik arızalardan doğan zararlar da hükmün kapsamında kabul edilebilir<sup>737</sup>.

Dolayısıyla, bir işletmede çalışanın fiilinden kaynaklanmayan zararlar (örneğin, işletmedeki kötü fiziksel şartlar nedeniyle duvarın çökmesi sonucu çalışanın yaralanması<sup>738</sup>) ile hiç adam çalıştırılmaksızın salt tek bir kişi tarafından işletilen (örneğin, muayenehanesinde bireysel olarak faaliyet gösteren hekim) işletmelerin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar, TBK 66/3 hükmünün kapsamı dışındadır<sup>739</sup>.

<sup>733</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 69-70; İmre, s. 147; Feyzioğlu I, s. 623; Arık, s. 121 dn.1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 509.

<sup>734</sup> “En önemli olarak da seçim, talimat ve nezaretten maada, istihdam eden kişi, işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakla da ödevli ve yükümlüdür. Çünkü bu yükümlülük doğması muhtemel zararı önleyecek olan en önemli faktörlerdendir” (Y4HD, T.02.10.1978 E.1977/11751 K.1978/10809, Kazancı, E.T.03.04.2017).

<sup>735</sup> Altay, s. 178. Böyle bir düzenlemeye gerek olmaksızın, seçme, talimat verme, denetim-gözetime ilişkin özen yükümlülüğünü, çalışma düzenini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanarak aynı sonuca ulaşılabileceği hakkında bkz. Sanlı, Kusursuz Sorumluluk, s. 68 dn.16.

<sup>736</sup> Oğuzman/Öz II, s. 150; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 341; Altay, s. 182, dn.26; Sanlı, Kusursuz Sorumluluk, s. 67; Altop, s. 203-204.

<sup>737</sup> Altay, s. 181.

<sup>738</sup> Oğuzman/Öz II, s. 150.

<sup>739</sup> Altay, s. 181.



### 2.3.3.3.1.2. Yeni ve Bağımsız İşletme Sorumluluğu Görüşü

Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre ise<sup>740</sup>; TBK 66/3 hükmü, TBK 66/1,2’de düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğundan ayrı ve bağımsız, işletmeler bakımından öngörölmüş yeni ve genel bir işletme sorumluluğu olarak değerlendirilmelidir.

Bu görüşe göre; TBK 66/3 hükmünde öngörölen bu yeni sorumluluk, bir işletmede çalışanın hukuka aykırı fiili neticesinde üçüncü kişilere verdiği zarar ile sınırlı değildir; işletme faaliyeti neticesinde oluşan tüm zararları kapsar<sup>741</sup>. İşletme organizasyonundaki eksiklik, doğrudan bir çalışanın hukuka aykırı fiilinde, işletme faaliyetinde kullanılan eşyanın aybında, teçhizattaki teknik hatada, bakım eksikliğinde veya üretilen ürünlerdeki yapım hatasında kendini gösterebilir<sup>742</sup>. Bu nedenle, işletme sorumluluğu hem kişiden hem şeyden sorumluluk niteliğindedir<sup>743</sup>. Bu görüşe göre, TBK 66/3 çerçevesinde bir işletme faaliyeti kapsamında zarara kaynaklık edebilecek işletme unsurları şöyledir<sup>744</sup>: Çalışanın fiili (sadece bağımlı çalışanlar değil; *de lege feranda*, bağımsız çalışanlar<sup>745</sup>); (bir görüşe göre<sup>746</sup>) bizatihi işletenin fiilleri; (bir görüşe göre<sup>747</sup>) tüzel kişinin organlarının fiilleri; taşınır işletme unsurları (işletme faaliyetinde kullanılan malzeme, araç-gereç, makine vb. teknik teçhizat); taşınmaz işletme unsurları (işletmenin bulunduğu yer ile işletme faaliyetinin yürütüldüğü yapı, bunun bütünleyici parça ve eklentileri); işletme çıktıları olan mal ve hizmet; işletmenin atıkları (kimyevi madde, tıbbi malzeme vb.) ve patlamalar.

<sup>740</sup> **Türkmen**, s. 261 vd. (“organizasyon sorumluluğu”); **Ünlütepe**, s. 125 (“organizasyon sorumluluğu”); **Büyüksağış**, s. 64 vd. (“işletme sorumluluğu”); **Eren**, Adam Çalıştırıcı, s. 26 (“adam çalıştırıcının işletme organizasyonu sorumluluğu”); **Kara Kılıçarslan**, s. 66 (“adam çalıştırıcının işletme organizasyonu nedeniyle sorumluluğu”). *Antalya*’ya göre, TBK 66/3 hükmü, TBK 66/1’deki sorumluluğa ilişkin olarak getirilmiş bir kurtuluş kanıtı değil, adam çalıştırıcının özen sorumluluğuna ilişkin olarak, genel sorumluluğun yanında özel bir sorumluluk olgusu düzenlemektedir. Öte yandan yazar, TBK 66/3 bakımından sorumluluğu doğuran olgunun, çalışanın işletmedeki faaliyetinden zarar doğması olduğunu belirtmektedir (*Antalya*, s. 559-560).

<sup>741</sup> **Türkmen**, s. 264; **Ünlütepe**, s. 314; **Eren**, Adam Çalıştırıcı, s. 33.

<sup>742</sup> **Ünlütepe**, s. 315-316.

<sup>743</sup> **Türkmen**, s. 270; **Kara Kılıçarslan**, s. 147.

<sup>744</sup> Bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünlütepe**, s. 314 vd.

<sup>745</sup> Sadece bağımlı çalışanlar değil, *de lege feranda*, işletme faaliyetinin yürütülmesine ilişkin bir işin bağımsız olarak yerine getirilmesini üstlenen bağımsız çalışanların verdiği zararların da bu sorumluluk kapsamında olması gerektiği görüşü için bkz. **Ünlütepe**, s. 247; **Kılınc**, s. 294.

<sup>746</sup> **Türkmen**, s. 270; **Ünlütepe**, s. 319-320. Aksi görüş için bkz. **Widmer/Wessner**, s. 130; **Kara Kılıçarslan**, s. 148.

<sup>747</sup> **Widmer/Wessner**, s. 132; **Kılınc**, s. 294.

Bu görüşü savunan yazarlar, sorumluluğun süjesinin TBK 66/3 hükmünde “bir işletmede adam çalıştıran” olarak belirlenmiş olmasından hareketle *de lege lata* bağımlı bir adam çalıştırma ilişkisi bulunan işletmenin varlığını, bu sorumluluğun bir şartı olarak kabul etmektedir<sup>748</sup>. Bununla birlikte *de lege ferenda* bu şekilde bir sınırlandırmanın sorumluluğun yapısına aykırı olduğu<sup>749</sup>; adam çalıştırma ilişkisi bulunmayan işletmelerin de (örneğin, tek başına çalışan bir el işçisi, zanaatkar veya tek başına online alışveriş sitesi işleten kişi) başkalarının zarar görmemesi için organizasyonda gerekli özeni göstermemekten sorumlu olması gerektiği<sup>750</sup>; TBK 66/3 hükmünde öngörülen sorumluluğun süjesinin, “bir işletmede adam çalıştıran” yerine, “işleten” olarak tayin edilmesi gerektiği<sup>751</sup> ifade edilmektedir. Kısacası, çalıştırma ilişkisinin varlığı aranmaksızın, sadece bir işletmenin varlığı ve yürütülen işletme faaliyeti neticesinde bir zarar meydana gelmiş olması yeterli olmalıdır<sup>752</sup>.

TBK 66/3 hükmünde düzenlenen işletme sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu gibi, kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunan, kusura dayanmayan bir olağan sebep sorumluluğu niteliğindedir<sup>753</sup>. Bu sorumluluk, zarara kaynaklık eden olguların çeşitliliği nedeniyle, adam çalıştıranın sorumluluğuna nazaran daha ağır bir sorumluluktur<sup>754</sup>. İşletme faaliyeti kaynaklı bir zararın meydana gelmesi durumunda, söz konusu işletmede organizasyona özen yükümlülüğünün ihlâl edildiği karinesi ortaya çıkar (organizasyon eksikliği karinesi)<sup>755</sup>. TBK 66/3 kapsamında organizasyona özen, TBK 66/2 hükmünde sayılan üç klâsik özen ölçütünü de içeren daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle işleten, sadece TBK 66/3 uyarınca organizasyona özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>756</sup>.

Bu yeni sorumluluk, bir yandan işletmelerin sorumluluğunu ağırlaştırırken, diğer yandan da zarar görenleri, uğradıkları zararın hangi işletme unsurundan kaynaklandığını ispat

<sup>748</sup> **Türkmen**, s. 268; **Ünlütepe**, s. 246; **Kara Kılıçarslan**, s. 146; **Kılınç**, s. 293; **Eren**, Adam Çalıştıran, s. 32.

<sup>749</sup> **Ünlütepe**, s. 247; **Kılınç**, s. 293-294.

<sup>750</sup> **Türkmen**, s. 268.

<sup>751</sup> **Ünlütepe**, s. 276. Sorumluluğun süjesi, işletmede adam çalıştıran değil, genel tehlike sorumluluğunda olduğu gibi, işletme sahibi veya varsa işleten (müteselsilen) olmalıdır (**Türkmen**, s. 268-269).

<sup>752</sup> **Ünlütepe**, s. 247.

<sup>753</sup> **Türkmen**, s. 260, 275; **Büyüksağış**, s. 66; **Kara Kılıçarslan**, s. 66.

<sup>754</sup> **Ünlütepe**, s. 194.

<sup>755</sup> **Widmer/Wessner**, s. 132; **Türkmen**, s. 271; **Büyüksağış**, s. 66.

<sup>756</sup> **Ünlütepe**, s. 454; **Kara Kılıçarslan**, s. 150.

zorluğundan kurtarmaktadır<sup>757</sup>. Zira işletmenin karmaşık yapısına yabancı olan zarar görenin, işletme organizasyonu içerisinde hangi unsurun zarara sebep olduğunu tespit etmesi oldukça güçtür<sup>758</sup>. Zarar görenin sadece, bir işletmenin varlığını ve zararın işletme faaliyetinden kaynaklandığını (zararın kaynağının işletme alanı dâhilinde bulunduğunu) ve işletmede bağımlı çalıştırma ilişkisinin varlığını ispatlaması yeterlidir<sup>759</sup>. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak, işletme faaliyeti ile üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında işlevsel bağıllık bulunması da gerekli değildir<sup>760</sup>.

TBK 66/3 hükmünü başlı başına bir sorumluluk normu olarak değerlendiren yazarlar, bu sorumluluğun, TBK 66/1,2 hükümlerinde düzenlenen klâsik anlamdaki adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız olduğu noktasında hemfikir olmakla birlikte; çalışanın fiilinden kaynaklanan zararlar bakımından bu iki sorumluluk normu arasındaki uygulama ilişkisi konusunda görüş ayrılığına düşmektedir. Bir görüşe göre, bir işletmede çalışanın fiilinden kaynaklanan zararlar bakımından, bu iki sorumluluk normu birbiriyle yarışır<sup>761</sup>. Aksi görüşe göre ise, bu iki sorumluluğun uygulama alanları birbirinden farklı olduğundan yarışma gündeme gelmez<sup>762</sup>; TBK 66/1,2 hükmü, karmaşık nitelik arz etmeyen, işletme düzeyine ulaşmamış basit çalıştırma ilişkileri (kapıcı, şoför, sekreter vb.) bakımından uygulanırken; TBK 66/3 hükmü, faaliyet hacmi itibariyle klâsik anlamda adam çalıştırma ilişkisini aşan, karmaşık yapıli iş bölümü esaslı üzerine kurulu olan işletme faaliyetleri bakımından uygulanır. Bu ikinci görüşe göre, TBK 66/3 hükmü, çalışanın fiiliyle neden olduğu zararlar da dâhil olmak üzere, işletme faaliyetinden kaynaklanan tüm zararlar bakımından uygulanır. Ayrıca, TBK 66/3 hükmünde düzenlenen bu sorumluluğun, TBK 114/2 atfı gereği, sözleşme sorumluluğu alanında da uygulanabileceği ileri sürülmektedir<sup>763</sup>.

<sup>757</sup> Ünlütepe, s. 153; Büyüksağış, s. 65.

<sup>758</sup> Türkmen, s. 270; Ünlütepe, s. 313.

<sup>759</sup> Ünlütepe, s. 384. Zarar görenin, çalıştırma ilişkisinin varlığını kanıtlaması gerekmediği hakkında bkz. Büyüksağış, s. 65.

<sup>760</sup> Yer ve zaman ilişkisi yeterlidir (Altay, s. 181; Eren, Adam Çalıştırma, s. 34); yer ve zaman ilişkisi olması, zarara işletmenin kullandığı bir araç-gerecin yol açması yeterlidir (Türkmen, s. 269). Aksi görüşe göre, işlevsel bağıllık, TBK 66/3 bakımından da bir koşul olarak kalmalıdır (Kara Kılıçarslan, s. 147).

<sup>761</sup> Ünlütepe; s. 196-197; Türkmen, s. 271.

<sup>762</sup> Kara Kılıçarslan, s. 66, 150.

<sup>763</sup> Kara Kılıçarslan, s. 26. Ancak doktrinde genel kabul, TBK 114/2 uyarınca sözleşmeye aykırılık hâllerine kıyasen uygulanması öngörülen “haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin”, zarar ve tazminatın tespit, takdir ve kapsamına ilişkin TBK 50 vd. hükümleri olduğu yönündedir (Schwenzer, N.14.02; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 632, 852-853; Eren, Genel, s. 1094).

Öte yandan, bağımsız sorumluluk görüşü; istisnai nitelikte kusursuz sorumluluk hâllerinin mutlaka açık bir kanuni dayanağa ihtiyaç gösterdiği; TBK 66/3 hükmünü, sınırlarını zorlamak suretiyle bir kusursuz sorumluluk olarak kabul etmenin hukuk sistemimize aykırı düşeceği<sup>764</sup> gerekçesiyle eleştirilmektedir. Kanun koyucunun, bağımsız ve tamamen yeni bir kusursuz sorumluluk hâli düzenlemeyi amaçlasaydı, bunu, TBK 66 hükmünün bir fıkrası yerine, müstakil bir kanun maddesinde, tartışmaya yol açmayacak açıklıkta yapmayı tercih edeceği belirtilmektedir.

### 2.3.3.3.2. Değerlendirme ve Görüşümüz

#### 2.3.3.3.2.1. TBK 66/3 Hükmünün Hukuki Niteliğine İlişkin Tartışmanın Değerlendirilmesi

TBK 66/3 hükmünün hukuki niteliğine ilişkin doktrinsel tartışma çerçevesinde iki temel görüş savunulmaktadır. Hâkim görüşe göre, TBK 66/3 hükmü, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olup, eBK döneminde doktrin ve mahkeme içtihatlarında da kabul edilen anlayışın kanun hükmünde somutlaşmasından ibarettir. Azınlık görüşüne göre ise, TBK 66/3 hükmü, bir işletmede çalışanların hukuka aykırı fiil niteliğindeki davranışları dâhil olmak üzere işletmedeki tüm unsurların kaynaklık ettiği zararları kapsayan, adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız, genel ve Türk hukuku bakımından yeni bir işletme sorumluluğu niteliğindedir.

TBK 66/3 hükmünün uygulama alanını oldukça genişleten işletme sorumluluğu görüşü, zarar kaynağı olarak kabul ettiği olgulardaki<sup>765</sup> cömert çeşitlilik ile dikkat çekmektedir. TBK 66/3 bakımından bu görüş kabul edildiği takdirde, söz konusu hüküm, hâlihazırda sorumluluk hukukumuzda mevcut birçok haksız fiil sorumluluğu hâlini<sup>766</sup> bünyesinde toplayan “her derde devâ, devâsa” bir sorumluluk normuna dönüşmektedir.

<sup>764</sup> Altop, s. 204.

<sup>765</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlütepe, s. 314 vd.

<sup>766</sup> İşletme sorumluluğu görüşünün, TBK 66/3 hükmünün uygulama alanına dâhil ettiği başlıca zarar olgularının tekabül ettiği müstakil haksız fiil sorumluluğu hâlleri şöyledir: Genel haksız fiil sorumluluğu (işletenin kendi fiilleri bakımından); adam çalıştırmanın sorumluluğu (bağımlı çalışanların fiilleri bakımından); üreticinin sorumluluğu (üretim yapılan işletmelerde işletme çıktıları bakımından); yapı mülkiyetinin sorumluluğu (taşınmaz işletme unsurları bakımından); çevreyi kirletenin sorumluluğu (işletmenin atıkları bakımından).

Bu durum, sözleşme hukukunda tüm borca aykırılık olgularını (temerrüt, imkânsızlık, ayıp, sözleşmenin müspet ihlâli vb.), “sözleşmeye aykırılık” (*breach of contract*) şemsiye kavramı potasında eriten Anglo-Sakson hukuku kaynaklı anlayışı<sup>767</sup> çağrıştırmaktadır. Böyle bir kucaklayıcı yaklaşım, sözleşme sorumluluğu bakımından kabul edilebilir olsa bile, sorumluluk hukuku bakımından, özellikle de bir kusursuz haksız fiil normunu yorum yoluyla çok çeşitli zarar olgularını kapsayacak şekilde bu şekilde genişletmek, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini tehlikeye düşürecek niteliktedir. Nitekim genel bir tehlike sorumluluğu öngören TBK 71 hükmü de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinden kaynaklanan tüm zarar olgularını kapsayacak şekilde değil, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi neticesinde ortaya çıkan zararlar ile sınırlı olarak anlaşılmaktadır.

TBK 66/3 hükmünün hukuki niteliğine ilişkin doktrinsel tartışma, özü itibariyle, yorum farklılığına dayanır. Bağımsızlık sorumluluk görüşü, amaçsal yorum çerçevesinde, özellikle zamana göre objektif yorum metodunu kullanmaktadır<sup>768</sup>. Bu metoda göre kanun koyucunun iradesinden koparak bağımsızlaşan kanun, dinamik bir varlık kazanır. Bu nedenle kanun koyucunun kanunu koyarken güttüğü amaç değil, kanunun uygulanacağı zamanın şartları ve ihtiyaçları karşısında güdeceği varsayılan farazi amaç tespit edilerek yorum yapılmalıdır<sup>769</sup>. Ancak bu metod, bir hükmün kanun olma gücünü yasama organının iradesinden aldığı, kanunu değiştirme yetkisinin de sadece bu organa ait olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>770</sup>.

Yorum, kanun hükmünün anlamını tespit faaliyetidir. Yorum yapılırken, hükmün sözü ile özü aynı derecede dikkate alınır<sup>771</sup>. TMK 1/1'e göre, “kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır”. Böylelikle lafzi yorumun yetersizliğine işaret eden kanun koyucu, serbest yoruma cevaz vermediğini de ortaya koymuştur. Yorum yapan kişinin, salt ihtiyaçların haklı gösterdiği gerekçesiyle kanunu değiştirme yetkisi yoktur<sup>772</sup>.

<sup>767</sup> Serozan, İfa, §11 N. 15 vd.

<sup>768</sup> Kılınç, s. 341.

<sup>769</sup> Dural/Sarı, N.808 vd.; Oğuzman/Barlas, s. 68; Nomer/Akbulut, s. 18.

<sup>770</sup> Oğuzman/Barlas, s. 68.

<sup>771</sup> Nomer/Akbulut, s. 22.

<sup>772</sup> Oğuzman/Barlas, s. 69.

Ayrıca, bir kanun hükmüne, amacına uygun anlamın atfedilmesini sağlayan amaçsal yorum neticesinde elde edilen sonuç, kanunun bütünüyle ve özellikle kanununa egemen olan ilkelerle ahenk içerisinde olmalıdır<sup>773</sup>. Çalışma konumuz bakımından önem arz eden temel ilkelerin başında, sorumluluk hukukumuzun dayandığı kusur ilkesi ve buna bağlı olarak kusursuz sorumluluk hâllerinin istisnai nitelikte olması gelir. İstisna öngören kanun hükümlerinin dar yoruma tâbi olduğu, uygulama alanlarının yorum yoluyla genişletilemeyeceği de (*singularia non sunt extendenda*) temel bir yorum kuralıdır<sup>774</sup>.

Bu bilgiler ışığında kanaatimizce, *de lege lata*, TBK 66/3 hükmünde yer alan düzenlemenin, kanun koyucu tarafından, “adam çalıştıranın sorumluluğu” kenar başlıklı TBK 66 hükmünün bir fıkrası olarak düzenlenmiş olması; sorumlu kişinin “bir işletmede adam çalıştıran” olarak belirlenmiş olması<sup>775</sup>; “çalışma düzeni” kavramının işletmedeki iş gücü unsurunu çağrıştırmaması; madde gerekçesinde “işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıranların, ikinci fıkradan yararlanamayacaklarının kabul edilmiş olduğunun” belirtilmesi suretiyle TBK 66/2 ve TBK 66/3 hükümleri arasında bir uygulama ilişkisi kurulmuş olması; yine madde gerekçesinde, TBK 66/3 hükmünün kastedilerek “bu yeni düzenlemenin, uygulama ve öğretilerde savunulan görüşü yansıtmış olduğunun” belirtilmesi; burada, doktrinde geliştirilen üç klâsik özen ölçütüne ek olarak benimsenen adam çalıştıranın işin organizasyonuna özen ölçütünün kastedildiği; Türk hukukunda eBK döneminde doktrinde savunulan görüşlerde ve eBK 55 bağlamında geliştirilen Yargıtay içtihatlarında adam çalıştıranın sorumluluğunu -İsviçre hukukundan farklı olarak- özellikle üreticinin sorumluluğu bağlamında, çalışanın fiili ile verdiği zararlar ile sınırlı olmayan bir işletme sorumluluğuna dönüştürme eğiliminin olmaması karşısında, TBK 66/3 hükmü bağımsız bir işletme sorumluluğu olarak değerlendirilmeye elverişli gözükmemektedir.

Öte yandan, *de lege feranda*, çeşitli unsurların iç içe geçtiği ve karmaşık bir organizasyon yapısı içerisinde faaliyet gösteren modern işletmelere uygun yeni ve bağımsız bir sorumluluk modelinin Türk hukukunda da geliştirilmesi elbette düşünülebilir. Ancak

<sup>773</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 124.

<sup>774</sup> Oğuzman/Barlas, s. 71.

<sup>775</sup> Nitekim, TBK 66/3 bakımından işletme sorumluluğu görüşünü savunan yazarlar da bir yandan çalışanın fiilinin sorumluluğun bir şartı olmadığını savunurken; diğer yandan, “bir işletmede adam çalıştıran” ifadesi karşısında, işletmede en az bir bağımlı çalışanın bulunması gerektiği şartını kabul etmek durumunda kalmaktadır.

işletmelerin haksız fiil sorumluluğu bakımından genel hüküm niteliğindeki böyle bir kusursuz sorumluluk normunun uygulama alanı ve sınırları, rizikonun net bir şekilde tespit edilmesi suretiyle titizlikle çizilmeli, kavramlar dikkatlice belirlenmelidir<sup>776</sup>. Böylelikle hem hukuk güvenliği hem de söz konusu sorumluluk normundan beklenen etkin koruma sağlanmış olur.

Kısacası; Türk hukuk doktrini ve içtihatlarında adam çalıştırmanın sorumluluğunun tarihsel gelişimi, TBK 66/3 hükmünün kanun sistematigi içerisindeki yeri, kenar başlığı, lafzı, madde gerekçesinde kanun koyucunun ortaya koyduğu açık iradesi dikkate alındığında, TBK 66/3 hükmünün, adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamından kopararak ve yorum yoluyla “zorlanarak” oldukça kapsamlı bir kusursuz sorumluluk hâline dönüştürülmesi hukuk tekniği açısından isabetli gözükmemektedir. Bu doğrultuda, TBK 66/3 hükmü *de lege lata*, bir işletmede adam çalıştıranlar bakımından sorumluluğu ağırlaştırıcı ve adam çalıştıran işletmedeki çalışma düzenini üçüncü kişilerin zarara uğramasını engellemeye elverişli şekilde kurmaya yönelik organizasyon yükümlülüğü yükleyen, çalışanların hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere verdikleri zararlar ile sınırlı bir düzenleme olarak anlaşılmalıdır.

#### 2.3.3.3.2.2. Görüşümüz Doğrultusunda TBK 66/1,2 ile TBK 66/3 Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi

TBK 66/1,2 ile TBK 66/3 hükümleri arasındaki uygulama ilişkisi belirlenirken, yukarıda tanımlamaya çalıştığımız kavramlar doğrultusunda<sup>777</sup>, zararın bir işletme faaliyeti çerçevesinde meydana gelip gelmediği değerlendirilmelidir. Buna göre, kendisinin sadece şahsi amacına yönelik (diğer bir ifadeyle, işletme faaliyeti teşkil etmeyen) bir işte başkasını bağımlı olarak çalıştıran, çalışanın, işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan TBK 66/1,2 hükümlerine göre sorumlu olmalıdır. Örneğin, bir kimsenin kendisine ait ev işlerinde (temizlik, çocuk bakıcılığı vb.), taşınmazının bakım işlerinde (hasat, sulama, ilaçlama vb.) veya kat mülklerinin, kat mülkiyetine tâbi bir apartmanın işlerinde (kapıcılık hizmetleri, tamirat vb.) bir başkasını bağımlı olarak

<sup>776</sup> Tehlike sorumluluğunun genel hüküm ile düzenlenmesine ilişkin benzer bir yaklaşım için bkz. ÜÇÜŞİK, s. 142-143.

<sup>777</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §6, III, B.

çalıştırmasında durum böyledir. Benzer şekilde, istihdam edilen çobanın idaresi altındaki hayvan sürüsünü, başkasına ait buğday ekili tarlada otlatması nedeniyle ürünlerin tahrip olması<sup>778</sup>; eşya taşımada arkadaşına yardım eden kişinin taşıdığı masayı komşunun ayağına düşürmesi; bir kimsenin evinin bahçesinde düzenlediği mangal partisinde evinde çalışan hizmetlinin mangaldaki ateşi söndürmek isterken su yerine yanlışlıkla benzin bidonunu dökmesi neticesinde çıkan yangında yandaki evin hasara uğraması; şahsi arazilerindeki fidanları ilaçlamada babasına yardım eden çocuğun, ilacı etrafa sıçratması nedeniyle yan arazide otlayan başkasına ait hayvanların zehirlenerek ölmesi<sup>779</sup> olaylarında meydana gelen zarar, TBK 66/3 anlamında işletme faaliyeti dışında meydana gelen bir zarardır.

Öte yandan, başkalarına mal ve/veya hizmet sağlamaya yönelik bir işletme faaliyeti çerçevesinde bağımlı çalışanların işlerini görürken hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere verdikleri zarardan adam çalıştırmanın sorumluluğu ise, TBK 66/1,2 hükümlerine ek olarak TBK 66/3 hükmüne tâbi olmalıdır. Örneğin; bir inşaat şantiyesinde kullanılan kule vincin, yüklenici şirketin işçisi olan operatörü tarafından ağırlık merkezinin dengelenememesi nedeniyle yandaki apartmanın üzerine devrilmesi<sup>780</sup>; yol yapım çalışmaları esnasında yüklenici şirketin kamyonları ile taşınan hafriyattan kalkan toz nedeniyle yol kenarındaki üzüm bağlarının zarar görmesi<sup>781</sup>; evden eve asansörlü nakliye hizmeti veren şirket çalışanının asansör düzeneğine iyi sabitlemediği taşıma eşyasının taşıma esnasında yoldan geçen bir kişinin üzerine düşmesi; havadan tarımsal ilaçlama şirketinde çalışan pilotun bir müşterisinin arazisini ilaçlarken civar arazi sahiplerinin tarlalarındaki mahsullerin zarar görmesi<sup>782</sup> olaylarında ise meydana gelen zarar TBK 66/3 anlamında bir işletme faaliyetinden kaynaklanmaktadır. Bu tür durumlarda adam çalıştırmanın hem çalışana hem de işletme organizasyonuna özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği karinesi ortaya çıkar ve adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için hem

<sup>778</sup> Y4HD, T.05.03.1975, E.1973/12471, K.1975/2847, Kazancı, E.T.12.01.2017. Hayvan sürüsü sahibinin adam çalıştırınan sıfatıyla, başkası için zilyet konumunda olan çobanın ise hayvan bulunduran sıfatıyla sorumlu olacağı hakkında bkz. **Oğuzman/Öz II**, s. 161.

<sup>779</sup> Benzer bir olay için bkz. Y4HD, T.13.03.1985, E.1984/9973, K.1985/2112, Kazancı, E.T.12.01.2017.

<sup>780</sup> İnşaat şantiyesi karayolu teşkil etmediği gibi, vinç de karayolunda hareket eden bir araç olmadığından KTK 3 anlamında motorlu taşıt değildir (**Eren**, Genel, s. 702; **Oğuzman/Öz II**, s. 199).

<sup>781</sup> Y4HD, T.22.05.2014, E.2013/2856, K.2014/8354, Kazancı, E.T.12.01.2017.

<sup>782</sup> Benzer bir olay için bkz. Y4HD, T.08.07.1975, E.1975/9121, K.1975/8859 (**Uygur**, s. 2632-2633).



doğrudan çalışana ilişkin hem de işletme organizasyonuna ilişkin özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmesi gerekir.

### 2.3.3.3.2.3. Görüşümüz Doğrultusunda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Uygulama Alanına Kısa Bir Bakış

TBK 66/3 hükmü, savunduğumuz görüş doğrultusunda, adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamından koparılmadan yorumlansa bile, oldukça geniş uygulama alanını muhafaza etmektedir. Şöyle ki;

1° *Bağımlılık unsuru, özellikle modern istihdam usullerinin yaygınlaştığı günümüzde oldukça esnek yorumlanmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna karakterini veren bağımlılık unsuru, modern istihdam ilişkilerine uyum sağlamak amacıyla, “organizasyonel bağımlılık” şeklindeki esnek ölçüte göre değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, TBK 66 anlamında çalışan olarak nitelendirilebilecek kişilerin alanı oldukça geniştir*<sup>783</sup>.

2° *İşletme faaliyetinden kaynaklanan zararlardan sorumluluk, bir çalışanın fiiline irca edilebildiği ölçüde adam çalıştırmanın sorumluluğuna tâbidir. Azınlık görüşü taraftarlarının TBK 66/3 hükmü bakımından verdikleri bazı örnek durumlarda*<sup>784</sup> meydana gelen zararın zaten bir çalışanın fiilinden kaynaklandığı görülmektedir. Ayrıca, bir işletmedeki teknik teçhizat kaynaklı zararların çoğunun bir çalışanın fiiline irca edilmesi mümkündür<sup>785</sup>. *Şenocak*’a göre, “zarara doğrudan doğruya sebep olan eksik ya da bozuk malzeme, araç-gereç de olsa, dolaylı sebebin adam çalıştırmanın, o malzeme, araç ve gerecin bakım veya kontrolünü ihmâl eden çalışanı veya kendisi olduğu, yani temelde zararın sebebinin ihmâle dayalı bir insan davranışı, bir organizasyon eksikliği olduğu gözden uzak tutulmamalıdır”<sup>786</sup>.

<sup>783</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §4, III, B.

<sup>784</sup> Hemşirenin hastada gelişen komplikasyon hakkında doktoru bilgilendirmemesi, gece çalışan bir doktorun yorgun vaziyette ameliyata katılması, riskli bir doğumu doktor yerine ebenin üstlenmesi örnekleri için bkz. **Türkmen**, s. 264-165.

<sup>785</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §6, III, E, 3.

<sup>786</sup> **Şenocak**, Adam Çalıştırma, s. 65.

3° *Bir işletmede gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmaması nedeniyle üçüncü kişinin zarara uğraması durumunda bile zararın sebebi çoğunlukla bir çalışanın menfi fiilidir.* Günümüzde adam çalıştıranlar, özen yükümlülüklerini bizzat değil, genellikle farklı kademelerde istihdam ettikleri yardımcı kişileri aracılığıyla yerine getirir. Bu yardımcı kişiler çoğunlukla TBK 66 anlamında çalışan statüsünde istihdam edilen kişilerdir. Adam çalıştıran, bu tür kişilerin gerekli güvenlik tedbirlerini almaması nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır.

4° *Bunların hâricinde kalan durumlarda ise, sorumluluk hukuku sistemimizde kabul edilen diğer sorumluluk sebeplerine başvurulmalıdır.* Bu çerçevede, sorumluluk hukukumuzda kabul edilen başkaca kusursuz haksız fiil sorumluluklarının (motorlu araç işletenin sorumluluğu, yapı mâlikinin sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, çevreyi kirletenin sorumluluğu vs.) ya da genel haksız fiil sorumluluğunun (TBK 49, tüzel kişiler bakımından TMK 50/2 ile birlikte) uygulanması değerlendirilmelidir. TBK 49 hükmü bakımından sorumluluğun *tehlike kuralına*<sup>787</sup> dayandırılması da mümkündür. Nitekim Alman Medeni Kanununda özel olarak düzenlenmemiş olan organizasyon sorumluluğu, Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıyla, §823 BGB çerçevesinde kaynağını bir genel davranış yükümlülüğü olarak kabul edilen tehlike kuralından alan bir sorumluluk olarak geliştirilmiştir.

Son olarak, Türk hukukunda, somut olayda uygulanacak hukuki sebebi tespit etmenin, zarar görene değil, hâkime düştüğü<sup>788</sup> de belirtilmelidir.

<sup>787</sup> İsviçre hukukunda *Gefabrensatz*, Alman hukukunda *Verkehrssicherungspflicht* olarak ifade edilen bu kural, Alman hukukunda kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde hukuka aykırılık unsuru bağlamında geliştirilmiş, yazılı olmayan bir davranış normudur. Buna göre; kural olarak bir kimsenin aktif bir davranış göstererek başkalarını zarardan korumaya yönelik genel bir davranış yükümlülüğü bulunmamaktadır; ancak tehlikeli durum yaratanlar, başkalarının zarara uğramasını önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olup, aksi yöndeki menfi fiil hukuka aykırı olur. Böylelikle bu tür davranışların hukuka aykırılığı tehlike kuralı ile temellendirilmiştir. Bkz. **Medicus/Lorenz**, BT, N.340; **Deutsch/Ahrens**, N.365; **Eren**, Genel, s. 614 vd.; **Atamer**, Haksız Fiil, s. 17; **Erişgin**, Kıyas, s. 88 dn.28.

<sup>788</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §9, II.

### 2.3.3.4. Adam Çalıştırmanın İşletme Organizasyonuna (Çalışma Düzenine) Özen Yükümlülüğünün Kapsamı

#### 2.3.3.4.1. İşletme Organizasyonuna Özen ile Diğer Özen Yükümlülükleri Arasındaki İlişki

##### 2.3.3.4.1.1. Borçlar Kanunu Dönemi

eBK 55 hükmünde adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün kapsamı, “hâl ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itina” şeklinde, genel bir ifade ile düzenlenmiştir. Doktrin ve uygulamada ise, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğü önce üç klâsik özen ölçütü (seçme, talimat verme ve denetim) ile somutlaştırılmış; zaman içerisinde ise, bu ölçütlerin yeterli olmadığı, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için, işi/işletmeyi de çalışma amacına elverişli şekilde örgütlediğini, organizasyona gerekli özeni gösterdiğini (*cura in organisando*) de ispatlaması gerektiği kabul edilmiştir<sup>789</sup>.

Adam çalıştırmanın üç klâsik özen yükümlülüğü ile organizasyon yükümlülüğü arasındaki ilişki ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, organizasyona özen şeklinde ayrı bir özen yükümlülüğü geliştirilmesine gerek olmaksızın bunun klâsik özen yükümlülükleri kapsamında da değerlendirilebileceğini<sup>790</sup>, diğer görüş ise bunun ayrı bir özen yükümlülüğü olduğunu savunmaktadır<sup>791</sup>. Bu tartışmanın salt teorik niteliğine dikkat çekilerek, adam çalıştırmanın her halükârda işletmesinde çalışma sürecinin düzenlenmesine özen gösterdiğini ispatlaması gerektiği de belirtilmektedir<sup>792</sup>.

<sup>789</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 69-70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 509; İmre, s. 147; Feyzioğlu I, s. 623; Arık, s. 121 dn.1; Kessler, Art.55 N.21; Werro, Art.55 OR N.24; Schönerberger, Art.55 OR N.12; Müller-Chen, Art.55 OR N.23; Schwenger, N.23.25; Brehm, Art.55 OR N.78; Fellmann/Kottmann, N.801-802.

<sup>790</sup> Yeni bir özen yükümlülüğü değildir (Deschenaux/Tercier, §9 N.54); talimat verme ve/veya denetimde özen kapsamında değerlendirilebilir (Keller/Gabi/Gabi, s. 174; Oser/Schönerberger, Art.55 N.29); kısmen, talimat ve denetim yükümlülüğü kapsamında yer alır (Kessler, Art.55 OR N.21). “Üç aşamada istihdam eden gereken özeni göstermişse iyi bir organizasyon var demektir. İyi bir organizasyon yoksa, üç aşamadan birinde veya birkaçında aksaklık bulunacaktır” (Oğuzman/Öz, 2005, s. 599).

<sup>791</sup> Müller-Chen, Art.55 OR N.23; Beck, s. 69.

<sup>792</sup> Huguenin, N.2040.

### 2.3.3.4.1.2. Türk Borçlar Kanunu Dönemi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında geliştirilen üç klâsik özen ölçütü, günümüzün karmaşık yapıdaki işletmelerinde, çalışanların fiilleri nedeniyle üçüncü kişilerin zarara uğramasını önlemek için yeterli değildir. Zira adam çalıştırın çalışanı seçme, talimat verme ve denetlemede gereken tüm özeni göstermiş olsa bile, işletme düzenindeki organizasyon eksikliği yüzünden üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimali vardır<sup>793</sup>. Örneğin, bir işletmede adam çalıştırın, her bir çalışana yönelik özen yükümlülüğünü eksiksiz olarak yerine getirmiş olsa bile, iş yüküne göre yetersiz personel çalıştırılması nedeniyle bir çalışanın üçüncü kişiye zarar vermesi mümkündür<sup>794</sup>. Bu doğrultuda TBK 66/3 hükmü de doktrin ve uygulamada geliştirilen bu yaklaşımı yansıtacak şekilde, işletmeler bakımından özen yükümlülüğünü ağırlaştırılarak, adam çalıştırının işletmenin çalışma düzenine de özen gösterme yükümlülüğünü kanuni dayanağa kavuşturmuştur.

Adam çalıştırının üç klâsik özen yükümlülüğü ile organizasyona özen yükümlülüğü çoğu zaman birbiriyle iç içe geçer<sup>795</sup>. Bu nedenle bunları birbirlerinden ayırt etmek her zaman kolay değildir. Doktrinde organizasyona özen yükümlülüğünün, üç klâsik özen yükümlülüğünü bünyesinde barındıran ve fakat bunlardan ibaret olmayan, daha geniş bir yükümlülükler bütünü olduğu ifade edilmektedir<sup>796</sup>. Öte yandan, adam çalıştırının, seçme, talimat ve denetim dışında kalan bazı fiilleri ile de çalışanın riskli davranışlarını kontrol edebileceği ya da riskleri azaltabileceğinden hareketle, organizasyona özen yükümlülüğü kapsamında “daha ziyade işletme ile ilgili, doğrudan herhangi bir çalışanın davranışlarının kontrolüne ilişkin olmayan bazı tedbirler”in bulunduğu da düşünülebilir<sup>797</sup>. TBK 66/3 hükmüne mehz teşkil eden Art.49a VE-OR hükmü bakımından ise, bir işletmede zararın çalışanın fiilinden kaynaklandığı durumlarda, adam çalıştırının sorumluluktan kurtulabilmesi için, öncelikle minimum özen yükümlülüğünü (seçme, talimat, denetim) ve buna ek olarak işletmedeki organizasyona özen yükümlülüğünü yerine getirdiği ispatlaması gerektiği belirtilmiştir<sup>798</sup>. TBK 66/3

<sup>793</sup> Oğuzman/Öz II, s. 149.

<sup>794</sup> Oğuzman/Öz II, s. 150.

<sup>795</sup> Türkmen, s. 274.

<sup>796</sup> Antalya, s. 571; Ünlütepe, s. 456; Şenocak, Adam Çalıştırın, s. 63 dn.32.

<sup>797</sup> Sanlı, Kusursuz Sorumluluk, s. 67-68.

<sup>798</sup> Widmer/Wessner, s. 132.

hükümünü, TBK 66/1,2 hükümlerinden bağımsız bir sorumluluk normu olarak değerlendirmedimizden, biz de bu görüşü paylaşmaktayız.

#### 2.3.3.4.2. Adam Çalıştırmanın Organizasyona Özen Yükümlülüğünün Somutlaştırılması

Adam çalıştırmanın organizasyon yükümlülüğü, üçüncü kişilerin zarara uğramasını engelleyecek ya da asgari düzeye indirecek şekilde tedbirler almak suretiyle işletmenin örgütlenmesini, bir işletme düzeni kurulmasını ifade eder. Adam çalıştırmanın işletme organizasyonuna özen yükümlülüğünün kapsamı doktrinde, sınırlayıcı olmamak üzere başlıca şu ölçütlerle somutlaştırılmaktadır<sup>799</sup>:

İşletmenin kuruluşu ve yönetimi (işletmenin kuruluşunda gerekli idari izinlerin alınmış olması ve işletme faaliyetinin diğer idari normlara uygun olarak yürütülmesi); rasyonel bir istihdam politikası izlenmesi (işin niteliğine uygun ve yeter sayıda çalışan istihdamı, uzmanlık alanı dışında çalıştırılmama); iş bölümüne dayalı hiyerarşik düzen oluşturulması (yatak-dikey iş bölümü yapılması, denetleme boşluğu bırakmayacak şekilde bir görev dağılımı yapılması, yöneticinin yokluğunda yerine temsilci bırakması, personel yetki sınırının saptanması); çalışanların eğitimi ve bilgilendirilmesi (çalışanların mesleki gelişimine yönelik kurslar, atölye çalışmaları vb. düzenlenmesi, genel ve sektörel bazda bilgilendirme sistemi kurulması); iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun oluşturulması (çalışma ve dinlenme sürelerine riayet edilmesi, çalışanların mesleki riskler konusunda eğitimi); kalite yönetim standartlarına uygunluğun belgelendirilmiş olması; üçüncü kişilerin zarara uğramasını önleyici diğer güvenlik tedbirlerinin alınması (uyarıcı ve bilgilendirici levhalar asılması).

<sup>799</sup> Widmer/Wessner, s. 132; Waespi, s. 27 vd.; Ünlütepe, s. 458 vd.; Nomer, Genel, s. 172-173; Kara Kılıçarslan, s. 151 vd.; Kılınc, s. 333 vd.; Şenocak, Adam Çalıştırma, s. 72.

### 2.3.3.5. Makineleşen ve Robotlaşan İşletmelerde Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

#### 2.3.3.5.1. Bilimsel ve Teknolojik Gelişmelerin Sorumluluk Hukukuna Etkisine Genel Bakış

Son yıllarda, otomasyon, robotik teknolojisi ve yapay zekâ alanları başta olmak üzere dünyada kaydedilen bilimsel ve teknolojik gelişmeler baş döndürücüdür. Buharlı makinenin icadı ile tetiklenen birinci sanayi devriminden bu yana makineleşmenin bambaşka bir boyut kazandığı günümüzde dünya, “Endüstri 4.0”, “dijital devrim” olarak da ifade edilen dördüncü sanayi devrimine tanıklık etmektedir. Çağımızdaki teknolojik gelişmeler; endüstriyel üretim başta olmak üzere savunma, havacılık, otomotiv, lojistik, inşaat, enerji depolama, veri ve görüntü işleme, sağlık gibi çok çeşitli sektörlerin geleceğini şekillendirmektedir. Günümüzde; üç boyutlu yazıcılardan, insansız hava araçlarından, sürücüsüz araba ve metrolardan, robot askerlerden, avukatlardan<sup>800</sup>, doktorlardan<sup>801</sup>, makine öğrenimi (*machine-learning*) algoritmalarıyla donatılmış yapay zekâli endüstriyel robotların çalıştığı işletmelerden, hatta hiçbir çalışanın olmadığı, sadece makinelerden oluşan ve robotların kendi aralarında konuşarak işletme faaliyetini yürüttüğü akıllı fabrikalardan<sup>802</sup> bahsedilmektedir.

Üretim ve hizmet sektöründeki bu teknolojik gelişmeler, ekonomik, sosyal ve kültürel etkileri yanında birçok etik ve hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Nitekim yakın gelecekte hem endüstrinin hem de günlük hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline geleceği tahmin edilen robotların<sup>803</sup> kullanımından kaynaklanan muhtemel hukuki sorunlara çözüm arayan robot hukuku (*robot law*) adı altında yeni bir hukuk dalı gelişmektedir<sup>804</sup>. Bu gelişmeler doğrultusunda, multidisipliner bir yaklaşımla çözülmesi

<sup>800</sup> [https://www.ntv.com.tr/teknoloji/ilk-robot-avukat-goreve-basliyor,0cvqy\\_XBnUesBjsVu1izQQ](https://www.ntv.com.tr/teknoloji/ilk-robot-avukat-goreve-basliyor,0cvqy_XBnUesBjsVu1izQQ)

<sup>801</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/robot-doktorlara-emanet-olmaya-hazir-misiniz-40317764>

<sup>802</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/endustri-4-0-ve-akilli-fabrikalar-40234176>

<sup>803</sup> Robotlar hem fiziksel hareket kabiliyetine hem de zihinsel faaliyet gösterme kabiliyetine sahip olan, otonom veya yarı otonom makinelerdir. Zihinsel faaliyet ile kastedilen, karar alabilmek, kısacası yapay zekâ düzeyinde olması şart olmasa bile bir çeşit zekaya sahip olmaktır. Örneğin, evin içinde dolaşarak temizlik yapan, insan kontrolüne ihtiyaç duymaksızın bir engelle karşılaştığında yönünü değiştirebilen robot süpürge ya da savaş aş- alanında düşmanı ayırt edebilen, bombaların etkisiz hale getirilmesinde kullanılan askeri robotlar bu tanıma uyarınca, bir fabrikada önündeki bandın boş olup olmadığına ya da bir insan ile temas ettiğinin ayırıcına varmaksızın, sürekli aynı hareketleri tekrarlayan bir robot kol, teknik anlamda bir robot olarak nitelendirilmemektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt-Yüksel**, s. 86 vd.

<sup>804</sup> Doktrinde, robotik hukuku (*robotics law*), robot teknolojileri hukuku (*robotic technologies law*) kavramlarına da rastlanmaktadır.

gereken hukuki sorunların başlıcaları şöyledir<sup>805</sup>: Robotlara ne tür bir hukuki statü tanınmalıdır? Robotlara kişilik atfedilmesi mümkün müdür?<sup>806</sup> Robotlar tarafından üretilen fikri mülkiyet eserlerinde hak sahipliği nasıl belirlenecektir? Kişisel veri toplama, kullanma işlevleri olan robotlar bakımından veri gizliliği nasıl sağlanacaktır? Robotlardaki üretim hatalarından sorumluluk ile robotların insanlarla etkileşimi sonucu insanlara verdikleri zararlardan kim (programcı, üretici, kullanan vb.), hangi hukuki zeminde sorumlu tutulmalıdır? Örneğin, bir fabrikada kullanılan robotun işçilerden birinin ölümüne neden olması<sup>807</sup> ya da bir robotik cerrahi operasyonunda kullanılan Da Vinci robotunun hekimin verdiği komutu algılamaması nedeniyle hastanın zarara uğraması<sup>808</sup> durumunda hukuki sorumluluk nasıl tesis edilecektir?

Günümüzde robotlar, kendi kendilerine harekete geçme kabiliyeti olmayan, “insan üretimi birer eşya” olarak nitelendirildiğinden<sup>809</sup>, robot kullanımından kaynaklı hukuki sorunların, en azından bir kısmının, hâlihazırdaki sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde çözülebileceği düşünülebilir. Ancak yakın gelecekte, yüksek otonomi (özerklik) seviyesi ve yapay zekâları sayesinde öğrenme-karar verme yeteneğine sahip otonom robotlar bakımından, mevcut hukuki düzenlemelerin yetersiz kalacağı, *lex robotica* olarak adlandırılan robotlara özgü hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulacağı belirtilmektedir<sup>810</sup>.

<sup>805</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ersoy**, s. 51 vd., **Bozkurt-Yüksel**, s. 96 vd.

<sup>806</sup> En azından en komplike otonom robotlara “elektronik kişilik” (*electronic personality*) tanınabileceği hakkında bkz. Avrupa Parlamentosu, 16 Şubat 2017 tarihli Robotlar Hakkında Medeni Hukuk Kurallarına (*Civil Law Rules on Robotics*) ilişkin İlke Kararı, madde 59/f.

<sup>807</sup> <https://www.theguardian.com/world/2015/jul/02/robot-kills-worker-at-volkswagen-plant-in-germany>

<sup>808</sup> *Mracek v. Bryn Mawr Hospital* (Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi, No.09-2042) davasına konu olayda; 2005 yılında Amerika'daki bir hastanede *da Vinci* robot kolu ile gerçekleştirilen bir prostat ameliyatında, robot kolunun hata uyarısı vermesi üzerine hekimler robota müdahale eder ancak robotun 45 dakika boyunca verilen komutları algılamaması üzerine ameliyata hekimler tarafından manuel olarak devam edilir. Operasyondan sonra kanama ve ağrı şikayetleri ile hastaneye başvuran hasta, robotun üreticisi şirkete ve hastaneye karşı dava açar. Karar hakkında bkz. **Pagallo**, s. 91 vd.

<sup>809</sup> **Ersoy**, 77.

<sup>810</sup> **Pagallo**, s. 115; **Ersoy**, s. 43; **Bozkurt-Yüksel**, s. 96. Ayrıca bkz. Avrupa Parlamentosu, tarihli Robotlar Hakkında Medeni Hukuk Kuralları, “Liability”, AD-AI.

### 2.3.3.5.2. Bilimsel ve Teknolojik Gelişmelerin İfa Yardımcısının Fiillerinden Sorumluluğa Etkisi

Bilimsel ve teknolojik gelişmelerin sözleşme hukuku alanında birçok yansıması bulunmakla birlikte, özellikle borcun ifasında kullanılan teknik araçların neden olduğu zarardan sorumluluk, ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk bakımından önem arz eder. Bu tür araçlar doktrinde, “ifa yardımcısı *gibi* kullanılan araçlar”<sup>811</sup> ya da “ifa yardımcısı *yerine* kullanılan teknik yardımcı araçlar (*technischer Hilfsmittel, die an Stelle eines Erfüllungsgeliefen eingesetzt werden*)”<sup>812</sup> olarak nitelendirilir.

İçecek otomatının önünde sıcak içeceğin hazırlanmasını bekleyen müşterinin otomatın kaynar su püskürtmesi nedeniyle elinde ağır yanık meydana gelmesi; akaryakıt istasyonundaki otomasyon sisteminde kurşunsuz benzin seçilmesine rağmen araca dizel benzin doldurması; bankamatikte yapılan para çekme işleminde çekilen miktarın hesaptan düşülmesine rağmen bankamatığın parayı vermemesi şeklinde örneklerin çoğaltılması mümkündür. Doktrinde tartışılan; borçlu tarafından borcun ifasında kullanılan bilgisayar, otomat, robot gibi her türlü makine ve diğer teknik araçların ifa esnasında verdiği zararlardan sorumluluk bakımından ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Alman doktrininde, ifa yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğuna ilişkin §278 BGB hükmünün borcun ifasında kullanılan teknik araçlardaki arızalardan kaynaklanan zararlardan sorumluluğa kıyasen uygulanabileceği fikri bir dönem tartışılmış olmakla birlikte, günümüzde aksi yöndeki hâkim görüş<sup>813</sup>, §278 BGB hükmünün uygulama alanının insan kaynaklı davranışlarla sınırlılığına ve ifa yardımcısı bakımından aranan kusur şartının teknik araçlara aktarılmasındaki zorluğa dikkat çekmektedir. Dolayısıyla §278 BGB hükmü, teknik araçtaki arızanın hatalı kullanım ya da hatalı bakım gibi kusurlu bir insan fiiline irca edilebildiği ölçüde uygulanabilir<sup>814</sup>. Diğer durumlarda ise, ya §276

<sup>811</sup> Oğuzman/Öz I, s. 465.

<sup>812</sup> Bkz. §1305 Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısı.

<sup>813</sup> Grundmann, §278 BGB N.46; Westermann/Bydlinski/Weber, N.6.41; Medicus/Lorenz, AT, N.386; Caspers, §278 BGB N.5. 2; Esser/Schmidt, s.102-103.

<sup>814</sup> Westermann/Bydlinski/Weber, N.6.41; Pfeiffer, §278 BGB N.25.



BGB hükmüne istinaden doğrudan borçlunun kendi kusuruna dayanan sorumluluğuna ya da şartları gerçekleşmiş ise, tehlike sorumluluğuna başvurulmalıdır<sup>815</sup>.

İsviçre doktrininde *Spiro* sessiz yardımcıları (*stummen Gehilfen*) olarak adlandırdığı teknik araçlardaki arızalardan dolayı borçlunun Art.101 OR kapsamında sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir<sup>816</sup>. Böyle bir kabul, pratikte makûl olmakla birlikte, Art.101 OR hükmünün lafzıyla çeliştiği<sup>817</sup>, bu tür durumların hükmün kapsamı dışında olduğu belirtilmektedir<sup>818</sup>.

Avusturya doktrininde ise borcun ifasında yardımcı kişi yerine bilgisayar ya da bilgisayar kontrollü teçhizat kullanımından kaynaklanan zarardan borçlunun, ifa yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğuna ilişkin §1313a ABGB hükmüne kıyasen sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>819</sup>. Benzer şekilde Türk hukukunda *Şenocak*, borçlunun ifade kullandığı bilgisayar gibi elektronik araçlardaki hatalardan doğan zarardan sorumluluğu bakımından eBK 100/TBK 116 hükmünün kıyasen uygulanabileceği görüşündedir<sup>820</sup>.

### 2.3.3.5.3. Bilimsel ve Teknolojik Gelişmelerin Adam Çalıştırmanın Sorumluluğuna Etkisi

Günümüz işletmelerinde insan gücünün yerini, baş döndürücü bir hızla, bilgisayar destekli makineler, yapay zekâlı robotlar almaktadır. Bir işletme faaliyetinde kullanılan bilgisayar, robot gibi her türlü makine ve diğer teknik araçtan oluşan teknik teçhizat kullanımına bağlı olarak üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumluluk bakımından acaba adam çalıştırmanın sorumluluğu yeterli bir hukuki zemin teşkil etmekte midir?

Son yıllarda birtakım yabancı ülkelerde hazırlanan kanun tasarılarında ve Avrupa Haksız Fiil Hukukunu yeknesaklaştırma çalışmalarında, adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında teknik araçların neden olduğu zararlara ilişkin düzenlemelere

<sup>815</sup> Caspers, §278 BGB N.5.

<sup>816</sup> Spiro, s. 209 vd.

<sup>817</sup> Gauch/Schlupe/Emmenegger, N.3019.

<sup>818</sup> Wiegand, Art.101 OR N.9.

<sup>819</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ondreasova, s. 157 vd. Avusturya hukukunda ayrıca devletin elektronik bilgi işlem sistemlerinden sorumluluğu ise, sicillerin tutulmasına ilişkin çeşitli kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir (§27 Grundbuchumstellungsgesetz, §37, Firmenbuchgesetz, §453a Zivilprozeßordnung).

<sup>820</sup> Şenocak, İfa Yardımcısı, s. 106 vd.

rastlanmaktadır. Örneğin, Avusturya Tazminat Hukuku Tasarısında, adam çalıştırmanın sorumluluğuna tekabül eden §1306/4 E. hükmünde, iş sahibi yardımcı kişi gibi kullandığı teknik araçlardaki arızalardan da sorumlu tutulmuştur. Benzer şekilde, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinin işletme sorumluluğu başlıklı Art.4:202 PETL hükmünde, bir işletmede yardımcı kişi ya da teknik ekipman kullananın sorumluluğu düzenlenmiştir. Böylelikle Art.4:202 PETL hükmünün, zararın kaynağının işletmedeki bir insan mı yoksa teknik ekipman mı olduğunun tespitinin zarar gören tarafından yapılmasındaki zorluğu ve zarar görenin yanlış bir hukuki sebebe dayanma ihtimalini bertaraf ettiği ifade edilmektedir<sup>821</sup>. Örnek olarak verilen uçakta terör saldırısı olayında<sup>822</sup>; uçakta gerçekleştirilen silahlı terör saldırısında ölen yolcunun mirasçılarının, havalimanı personelinin dikkatsizliğinin mi yoksa silahın havalimanındaki cihazlar tarafından tespit edilememesinin mi zarara neden olduğunu ispatlamak zorunda kalmadan Art.4:202 PETL hükmüne istinaden havalimanı işletmesine karşı tazminat davası açabileceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce, yukarıdaki hukuki metinlerden farklı olarak TBK 66/3 hükmünde işletmede kullanılan teknik teçhizat kaynaklı zararlardan bahsedilmemiş olması hukuki açıdan bir eksiklik değildir. Zira buradaki “işletme faaliyeti” kavramı, hem çalışanlardan teşekkül eden insan kaynaklı iş gücünü hem de teknik teçhizatı kapsar. Kaldı ki, makinelerin doğaları gereği kendilerine ait fiillerinden bahsedilemeyeceğinden, makine kaynaklı zararlar çoğunlukla bir insan fiiline (tasarlayan, üreten, montajını, kurulumunu, bakımını ya da tamirini yapan, kullanan vb.) irca edilebilir niteliktedir<sup>823</sup>. Aynı husus, robotlar bakımından Robotlar Hakkında Medeni Hukuk Kurallarında da dile getirilmiştir<sup>824</sup>.

İşletme faaliyetinde teknik teçhizatı kullanan, genellikle TBK 66 anlamında çalışan olarak nitelendirilen kişilerdir. Çalışanların müspet (örneğin, çalışanın bir makineyi

---

<sup>821</sup> Koch, PETL, N.4.

<sup>822</sup> Koch, PETL, N.23.

<sup>823</sup> Spiro, s. 209; Medicus/Lorenz, AT, N.386. Bir borcun ifasında kullanılan elektronik araçlardaki hataların neden olduğu zarardan borçlunun sorumluluğu meselesini inceleyen *Şenocak'a* göre; “bilgisayar hatalarından kaynaklanan zararlara ilişkin olaylarda, zararın asıl sebebini çoğunlukla bir insanın kusurlu davranışı oluşturur. Örneğin, yanlış programlama, otomatik kontrol mekanizmalarının yeteri derecede gözden geçirilmemesi, bilgisayarın bakımının gereği gibi yapılmaması, elverişsiz araç-gereç, vasıfsız ve tecrübesiz personel seçimi vs.” (Şenocak, İfa Yardımcısı, s. 106). Ayrıca bkz. Şenocak, Adam Çalıştırma, s. 64-65.

<sup>824</sup> Bkz. “Liability”, AD.

kullanma talimatlarına aykırı kullanması, inşaat alanında bir vincin ehil olmayan bir çalışan tarafından kullanılması) ya da menfi (örneğin, makinanın bakımının, o işletmede çalışan mühendis tarafından gereği gibi yapılmaması) fiilleriyle neden olduğu zarardan adam çalıştıran TBK 66 uyarınca sorumludur<sup>825</sup>.

Adam çalıştıranın özen yükümlülüğünün kapsamına; çalışanlarına, gördükleri işe uygun, bozuk olmayan malzeme, araç-gereç ve makine sağlamak da dâhildir. Adam çalıştıran işletme faaliyetinin niteliğine uygun, kaliteli ve güvenilir teknik teçhizat seçmek; bu teçhizatın kullanımından önce gerekli muayeneyi yaptırmak; sadece yetkili ve ehil çalışanlar tarafından kullanılmasını sağlamak; ayrıca kullanımı boyunca tamirini ve bakımını yetkili kişilere düzenli olarak yaptırmak ve bunlar gibi somut olayın koşullarına göre söz konusu olabilecek birçok hususta gerekli özeni göstermekle yükümlüdür<sup>826</sup>. Adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulabilmesi için, tüm bu aşamalarda gerekli özeni gösterdiğini, ancak buna rağmen zararın meydana geldiğini, diğer bir ifadeyle, kendisinin özen eksikliği ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlaması gerekir. Dolayısıyla adam çalıştıran, kendisine düşen özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği takdirde, işletme faaliyetinde kullanılan teknik teçhizattaki salt üretim hatasına dayanarak sorumluluktan kurtulamamalıdır. Bu yaklaşım, zarar görene, mümkün olduğunca kendisine en yakın kişiye başvurma imkânı tanınması fikri ile de uyumludur<sup>827</sup>. Adam çalıştıranın sorumluluğunun veya başkaca bir kusursuz sorumluluk hâlinin şartlarının gerçekleşmediği durumlarda ise, TBK 49 uyarınca işletme sahibinin dar anlamda haksız fiil sorumluluğu değerlendirilebilecektir<sup>828</sup>.

<sup>825</sup> Çalışanların faaliyetleriyle bağlantılı olmak şartıyla, teknik arızalardan doğan zararlar da TBK 66/3 hükmünün kapsamında kabul edilebilir (Altay, s. 181).

<sup>826</sup> Örneğin, bir özel hastanede gerçekleştirilen göz ameliyatında kullanılan lazer cihazının hastanın retinasını parçalaması olayında, görme kaybına uğrayan hastanın ameliyatı gerçekleştiren hekimlere ve hastaneye karşı açtığı tazminat davasında Yargıtay; “ameliyata ait komplikasyonlar içerisinde cihaza ait risk payı da bulunmaktadır. Bu risk payının oranı dosya kapsamından anlaşılamamakta ise de mevcut komplikasyonun cihaza ait risk payı içerisinde gerçekleştiğinin kabulü için, aletin bakımının yapıp yapılmadığı, cihazın aynı gün işlem sayısının ne olduğu, hazırlık için harcanan süre ve diğer yardımcı el[e]manlara dair araştırmaların da yapıp bunlarda bir aksama olmadığının ispat edilmesine bağlı” olduğunu belirtmiştir (Y13HD, T.31.05.2012, E.2012/7386, K.2012/14143, Kazancı).

<sup>827</sup> Buna benzer bir yaklaşım yapı mülîkinin sorumluluğunda da görülür. Yapı mülîki, yapım bozukluğu ya da bakım eksikliğinin sadece kendi yardımcı kişilerinin fiillerinden değil; müteahhit, mimar, önceki mülîk ve bunların yardımcı kişileri ile kiracı gibi üçüncü kişilerin, hatta taşınmaza girip çıkan yabancı kişilerin fiillerinden kaynaklandığı durumlarda bile zarar görene karşı sorumludur.

<sup>828</sup> TBK 49 bakımından zarar gören açısından söz konusu olan kusuru ispat zorluğu, Yargıtay’ın TBK 49 çerçevesinde değerlendirdiği üreticinin sorumluluğu, Alman Federal Mahkemesinin ise §823 BGB çerçevesinde geliştirdiği organizasyon sorumluluğu çerçevesinde kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi suretiyle aşılmaktadır.

### 2.3.3.6. Karşılaştırmalı Hukukta İşletme Sorumluluğu ile Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Arasındaki İlişki

#### 2.3.3.6.1. Karşılaştırmalı Hukukta İşletme Sorumluluğu

##### 2.3.3.6.1.1. Fransız Hukuku

###### 2.3.3.6.1.1.1. Fransız Medeni Kanunu

Art.1384/1 CC (Art.1241/1 nCC) hükmüne göre bir kimse sadece kendi fiilleri ile verdiği zarardan değil, kendi sorumluluğunda bulunan kişilerin verdiği zarardan da sorumludur. Fransız hukukunda organizasyon sorumluluğunun gelişimi, bu hükmün mahkeme içtihatları ile bağımsız bir talep normu olarak uygulanmasına dayanmaktadır. Bu içtihatların başında, haksız fiil hukukunda dönüm noktası teşkil eden 1991 tarihli *Blieck* kararı<sup>829</sup> gelir. Zihinsel engellilere eğitim hizmeti veren özel bir bakımevinde gözetim altında tutulan bir yetişkinin çıkardığı orman yangınından bakımevinin sorumluluğuna ilişkin bu kararda Yüksek Mahkeme, zihinsel engelli kimselerin hayat tarzını organize etmek ve denetlemekle yükümlü olan bakımevinin Art.1384/1 CC hükmü uyarınca kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir. Emsal karar niteliğindeki *Blieck* kararının önemi; Art.1384/1 CC hükmünü, aynı maddenin devamı fıkralarında düzenlenen özel sorumluluk hâlleri bakımından giriş mahiyetinde bir hüküm olarak değil, ilk defa bağımsız bir talep normu olarak değerlendirmiş olmasıdır. Böylelikle başkasının fiilinden sorumluluk hâllerinin bu maddedeki özel düzenlemeler ile sınırlı olmadığı dolaylı olarak kabul edilmiştir<sup>830</sup>.

Fransız mahkemelerinin *Blieck* kararını takip eden cömert içtihatları ile Art.1384/1 CC hükmünün uygulama alanı oldukça genişlemiştir. Bu kapsamda, bazı kurumların sorumlulukları altında bulunan kişilerin fiillerini organize etme, düzenleme ve denetleme yükümlülüğü bulunduğuna hükmedilmiştir. İchtihatların bir kısmı, zihinsel engel ya da yaş

<sup>829</sup> Cour de cassation, Assemblée plénière, 29.03.1991, n° 85-15.231, Dalloz, E.T.01.07.2017.

<sup>830</sup> Galand-Carval, s. 86; Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N.149; Zweigert/Kötz, s. 638; Giliker, Vicarious, s. 134. Art.1242 nCC hükmünde ebeveynler (Art.1242/4 nCC), işverenler (Art.1242/5 nCC), öğretmenler-zanaatkarlar (Art.1242/6 nCC) bakımından yer verilmiştir.

küçüklüğü nedeniyle başkalarına zarar verme ihtimali olanları gözetim altında bulduran kurumların sorumluluğuna ilişkindir. Art.1384/4 CC hükmünde düzenlenen ebeveynlerin sorumluluğuna dâhil edilemeyen bu tür durumlarda sorumluluk Art.1384/1 CC hükmüne dayandırılmıştır. İçtihatların görece daha çok çeşitlilik arz eden diğer kısmı ise, bir tehlike arz etsin ya da etmesin, kolektif etkinlikler düzenleyen kurumların sorumluluğuna ilişkindir<sup>831</sup>. Bu kapsamda rugby kulüplerinin, amatör spor kulüplerinin, avcılık kulüplerinin üyelerinin verdikleri zarardan sorumluluğuna, hatta *Majorettes* kararında<sup>832</sup>, bir gösteride başka bir dansçının değneği ile yaralanan dansçının uğradığı zarardan gösteriyi düzenleyen kurumun kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir<sup>833</sup>.

Böylelikle, Art.1384/5 CC anlamında bir çalıştırma ilişkisi bulunmadığından çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulamayan durumlarda sorumluluk, Art.1384/1 CC hükmü kapsamında organizasyon yükümlülüğüne dayandırılmıştır. Son yıllarda ise mahkemeler bu hükme daha ihtiyatlı yaklaşmaktadır<sup>834</sup>. İçtihatların arz ettiği bu istikrarsızlık ve büyük ölçüde sportif etkinlikler ile sınırlı uygulanması dikkate alındığında, söz konusu hükmün başkasının fiilinden sorumluluğa ilişkin genel bir sorumluluk normu teşkil ettiğinden bahsetmek zordur<sup>835</sup>.

#### 2.3.3.6.1.1.2. Reform Tasarıları

Pierre Catala başkanlığındaki komisyon tarafından 2005 yılında hazırlanan Fransız Borçlar Hukuku Reformu Ön Tasarısı'nda<sup>836</sup> (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription-Apr*) bir başkasının fiilinden sorumluluk, Art.1355-1360 Apr hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler iki sorumluluk modeli üzerine inşa edilmiştir.<sup>837</sup> Bunlardan ilki durumları gereği özel gözetim gerektiren küçük (Art.1356 Apr) ve yetişkinlerin (Art.1357 Apr) hayat tarzını düzenlemekle yükümlü kurumların sorumluluğudur. İkincisi ise, bir kimsenin faaliyetlerini organize eden ve bundan fayda sağlayan kimselerin sorumluluğuna ilişkindir. Bu kapsamda ilk olarak klâsik anlamda

<sup>831</sup> **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N.149; **Giliker**, Vicarious, s. 135.

<sup>832</sup> Cour de cassation, Chambre çivile 2<sup>e</sup>, 12.12.2002, n° 289, Dalloz, E.T.01.07.2017.

<sup>833</sup> Kararların ayrıntılı incelemesi için bkz. **Albrecht**, s. 55 vd.

<sup>834</sup> **Albrecht**, s. 64 vd.

<sup>835</sup> Tartışmalar için bkz. **Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck**, N.149; **Bacache-Gibeili**, N.362.

<sup>836</sup> [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)

<sup>837</sup> **Giliker**, Avant-projet, s. 296.

çalıştırmanın sorumluluğu düzenlenmiş (Art.1359 Apr), bunun bir uzantısı olarak da takip eden hükümde (Art.1360 Apr) iki tür sorumluluğa yer verilmiştir. Bunlardan ilki, bir çalışma ilişkisi söz konusu olmaksızın, bir kimsenin mesleki ya da işletme faaliyetini düzenleyen ya da organize eden ve bundan ekonomik bir menfaat elde edenlerin, bu kimselerin faaliyetlerini yerine getirirken verdiği zarardan sorumluluğudur (Art.1360/1 Apr). Bağımsız çalışan konumundaki kişilerin fiillerinden sorumluluğun düzenlendiği bu hükmün uygulama alanına örnek olarak, hekimlerin fiillerinden hastanenin sorumluluğu verilmiştir. İkincisi ise; kendi hesabına hareket ediyor olsa bile, bir işletme ya da meslek mensubunun ekonomik ya da finansal faaliyetlerini kontrol edenlerin, kendisi ile fiili bir bağımlılık ilişkisi içinde olan bu kimselerin sebep olduğu zarardan sorumluluğudur (Art.1360/2 Apr). Bu hüküm hazırlanırken, özellikle hâkim şirket-bağlı şirket ve franchise alan-franchise veren arasındaki ilişki dikkate alınmıştır.

13 Mart 2017 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından sunulan Hukuki Sorumluluk Reform Tasarısında<sup>838</sup> (*Projet de Reforme de la Responsabilite Civile*) ise, Ön Tasarıdan farklı olarak bağımsız çalışanların ve kendi hesaplarına hareket ediyor olsalar bile fiili bağımlılık ilişkisi içinde faaliyet gösteren kimselerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir.

#### 2.3.3.6.1.2. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukukunda organizasyon sorumluluğu fikrinin ortaya çıkışı, üreticinin sorumluluğunun gelişimi ve reform tasarıları çerçevesinde incelendiğinden burada tekrar değinilmemiştir.

#### 2.3.3.6.1.3. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri (PETL)

Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde, klâsik anlamda adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen Art.6:102 PETL yanında, Art.4:202 PETL hükmünde işletme sorumluluğu (*enterprise liability*) başlıklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Art.49a VE-OR hükmünden esinlenilerek kaleme alınan Art.4:202 PETL hükmüne göre, ekonomik veya mesleki amaç

<sup>838</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)

güden ve süreklilik arz eden bir işletmede yardımcı kişiler veya teknik araç kullanan, işletme ya da işletme çıktılarındaki eksikliğin neden olduğu zarardan sorumludur meğer ki gerekli davranış normlarına uygun davrandığını ispatlasın (Art.4:202(1) PETL). Eksiklik, işletmeden ya da işletmenin ürünleri ya da hizmetlerinden makûl olarak beklenebilecek standartlardan her türlü sapmayı ifade eder (Art.4:202(2) PETL).

Art.6:102 PETL hükmünün aksine burada, kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğu öngörülmüştür<sup>839</sup>. Hükmün, “kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi” (*reversal of the burden of proving fault*) üst başlığı altında düzenlenmesi de bunu göstermektedir. İşletme sahibine bu tür bir sorumluluğun yüklenmesinin sebebi; hem işletmenin faaliyetlerinden fayda sağlayan kişi olması hem de işletme faaliyetlerinden kaynaklanan muhtemel bir zararı, gerekli tedbirleri almak suretiyle engelleyebilmek ya da zararın gerçekleşmesi durumunda en azından yeterli bir sigorta teminatı sağlayabilmek açısından bir doğrudan muhatap (*first-hand addressee*) konumunda olmasıdır.

İşletme sahibi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. İşletme kavramı, ticari işletmelerle sınırlı olmayıp, ekonomik ya da mesleki amaçlarla hareket ettikleri sürece devlet ve kâr amacı gütmeyen kuruluşlar da bu kavrama dâhildir. Yardımcı kişi kavramı ise, Art.6:102 PETL hükmü ile aynı anlamda kullanılmıştır. Zararın işletmedeki bir çalışandan kaynaklandığı durumlarda, Art.6:102 PETL hükmünden farklı olarak, çalışanın kusurlu bir haksız fiilinin varlığı, sorumluluğun bir şartı değildir. Ayrıca, Art.49a VE-OR hükmünden farklı olarak, teknik ekipman ifadesi de hükmün lafzına dâhil edilmiştir. Teknik ekipman; işletmenin amacına tahsis edilen ve böylelikle işletme organizasyonunun yapısına dâhil olan, bilgisayardan makineye, görece basit nitelikteki araç-gereçten karmaşık yapıdaki üretim hattına kadar geniş bir yelpazede yer alan her türlü cihazı ifade eder<sup>840</sup>.

Zarara kaynaklık eden unsur, doğrudan işletmenin kendisinde ya da dolaylı olarak işletme çıktılarında (ürün ve hizmetler) kendisini gösterebilir. İşletme çıktılarının hatalı olmasının sebebi de işletme bünyesindeki (ar-ge, üretim ya da kalite kontrol birimlerindeki) kalite

<sup>839</sup> Koch, PETL, N.1; Wagner, s. 917.

<sup>840</sup> Koch, PETL, N.18.

standartlarından sapma olarak değerlendirildiğinden, üreticinin sorumluluğu meselesi de işletme sorumluluğu çerçevesinde ele alınmıştır<sup>841</sup>.

Görüldüğü üzere Art.4:202 PETL hükmü, hem çalışanın fiilinin ya da teknik aracın hem de işletme çıktılarının neden olduğu zarardan sorumluluk öngörmektedir. Böyle bir düzenlemenin temel gerekçesi olarak, zararın görenin, zararın kaynağını tespit etmesindeki zorluk gösterilmektedir. Öte yandan, uğradığı zararın işletme ya da işletme çıktılarındaki bir eksiklikten kaynaklandığını ortaya koymak suretiyle zararın kaynağının işletme alanında bulunduğunu ispat yükü ise zarar görene yüklenmiştir<sup>842</sup>.

### 2.3.3.6.2. Karşılaştırmalı Hukukta İşletme Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemelerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Fransız haksız fiil hukukunda organizasyon sorumluluğu, Alman ve İsviçre hukukundaki anlayıştan oldukça farklı bir yönde gelişmiştir. Büyük ölçüde mahkeme içtihatları ile şekillenen bu gelişimin, Art.1384/1 CC hükmünün organizasyon yükümlülüğünü ihtiva edecek şekilde bağımsız bir talep normu olarak yorumlanmasına dayandığı görülmektedir. Fransız yüksek mahkemesinin ilgili içtihatlarına konu olan olaylarda, adam çalıştırmanın sorumluluğu anlamında bağımlılık arz eden bir çalıştırma ilişkisi mevcut değildir. Bu tür durumların bir kısmının Türk-İsviçre hukukunda bulunan ev başkanının sorumluluğu kapsamında çözülmesi düşünülebilir. İsviçre hukukunda ise organizasyon sorumluluğu kavramı, üreticinin adam çalıştırma sıfatıyla sorumluluğu bağlamında geliştirilmiştir. Bu gelişim ve Türk hukukundaki durum yukarıda incelenmiştir<sup>843</sup>. Art.4:202 PETL ile TBK 66/3 hükmünü ise karşılaştırmalı olarak kısaca şu üç noktada değerlendirebiliriz:

1. Art.6:102 PETL hükmünde öngörülen çalıştırmanın sorumluluğu başkasının fiilinden sorumluluk modeli üzerine kuruludur; çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için çalışanın kusurlu bir haksız fiilinin bulunması şarttır. Bu şartın, *kalp krizi olayında* olduğu gibi, sağlanamadığı durumlarda ise sorumluluk Art.4:202 PETL hükmüne göre tesis

<sup>841</sup> Ancak bu düzenlemenin amacı, AB Ürün Sorumluluğu Direktifini bertaraf etmek değildir; uygulama alanına giren durumlarda söz konusu Direktif uygulanacaktır (**Koch**, PETL, N.3).

<sup>842</sup> **Koch**, PETL, N.4.

<sup>843</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §10, VI, C.



edilmektedir. Oysa Türk borçlar hukukunda öngörülen sorumluluk sisteminde, bu örnekteki hukuki sorunun çözümü bakımından, böyle bir çift başlı sorumluluk modeline ihtiyaç yoktur. Zira TBK 66 hükmü bakımından ne adam çalıştırmanın ne de çalışanın kusuru arandığından, çalışanın kusurunun bulunmadığı durumlarda da adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulabilmektedir.

2. Art.4:202 PETL hükmünde, bir işletmede çalışanların fiilleri yanında işletmede kullanılan teknik ekipmandan kaynaklanan zararların da sorumluluk kapsamında olduğu vurgulanmıştır. TBK 66/3 hükmünde teknik ekipmandan bahsedilmemiş olması ise hukuki açıdan bir eksiklik değildir. Hükümde yer verilen “işletme faaliyeti” ifadesi, bir işletmedeki hem insan iş gücünü hem de teknik ekipmanı kapsar. Kaldı ki, bir makinenin doğası gereği, kendisine ait bir fiilden bahsedilemez; makine kullanımından kaynaklanan her zarar mutlaka bir insan fiiline atfedilebilir. Söz konusu fiilin TBK 66 anlamında bir çalışana ait olması durumunda, adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulabilecektir.

3. Zarar görenin zararın kaynağını (insan fiili mi teknik ekipman mı) tespit etmesindeki güçlüğe dikkat çekilerek, zarar görenin Art.4:202 PETL hükmü bakımından zararın kaynağını ispatlamak zorunda olmadığı vurgulanmaktadır. Öte yandan, işletmedeki eksikliği, diğer bir ifadeyle, işletmede makûl olarak beklenebilecek standartlardan bir sapma bulunduğunu ispat ise zarar görene yüklenmektedir. Dolayısıyla, *kalp krizi olayında*, zararın hastanenin personel yönetim politikasından kaynaklandığını ispat etmek zarar görene düşecektir. Oysa zararın kaynağını bile tespit etmekte güçlük çeken zarar görenin, işletmenin iç işleyişine tamamen yabancı biri olarak işletmedeki eksikliği ortaya koyması daha mı kolay olacaktır? Buna karşılık TBK 66 hükmünün öngördüğü sorumluluk rejimi, zarar görenin daha lehinedir<sup>844</sup>. Zira TBK 66 kapsamında, zarar görenin zararın işletme faaliyetinden kaynaklandığını ispat etmesi yeterlidir. Bu hususun ispatı ile birlikte, zararın işletmedeki çalışma düzeninden kaynaklandığı karineten kabul edilir. Bu karineyi çürütebilmek için çalışma düzenini zararın doğmasını önlemeye elverişli şekilde kurduğunu ispat ise adam çalıştırana düşer.

---

<sup>844</sup> Aynı yönde bkz. **Büyüksağış**, s. 66.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ SONUÇLARI VE SORUMLULUKTAN KURTULMA

#### 3.1. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

##### 3.1.1. Adam Çalıştırmanın Tazminat Sorumluluğu

##### 3.1.1.1. Zararın ve Tazminat Miktarının Belirlenmesi

##### 3.1.1.1.1. Genel Olarak

Tazminat sorumluluğunun belirlenmesi, zararın ve tazminatın belirlenmesi şeklinde iki farklı aşamadan oluşur<sup>845</sup>. Adam çalıştırmanın sorumluluğunun şartlarının gerçekleştiği tespit edildikten sonra, adam çalıştırmanın tazminat sorumluluğunun kapsamını tayin edebilmek için, öncelikle zarar görenin uğradığı zarar hesaplanır; sonrasında ise tazminatın belirlenmesi aşamasına geçilir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından zararın ve tazminatın belirlenmesi, haksız fiillere ilişkin genel hükümlere (TBK 50 vd.) tâbidir<sup>846</sup>. Kamu tüzel kişilerinin adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olduğu durumlarda da tazminat TBK hükümlerine göre belirlenir<sup>847</sup>.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu zarar görenin (ve kanunun öngördüğü hâllerde üçüncü kişilerin yansıma suretiyle) uğradığı hem maddi hem de manevi zararları kapsar. Adam çalıştırmanın manevi tazminat sorumluluğu, manevi zararın arz ettiği farklı özellikler nedeniyle, aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

<sup>845</sup> Baysal, s. 97; Nomer, Tazminat, s. 1.

<sup>846</sup> Oğuzman/Öz II, s. 137; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 341.

<sup>847</sup> Bu durumun hukuki dayanağı TBK 55/2 hükmü değildir; bu hüküm, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı ölüm ve bedensel zararlara ilişkin davalarda TBK hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Oysa kamu tüzel kişilerinin adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olduğu durumlarda bir idari eylem değil, idarenin özel hukuk hükümlerine tâbi bir faaliyeti söz konusudur.

### 3.1.1.1.1.1. Zararın Belirlenmesi

Tazminat sorumluluğunun temel unsuru, zararın varlığıdır. Zararın bulunmadığı durumda, tazminat sorumluluğu da söz konusu olmaz<sup>848</sup>. Bu nedenle, adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için, özen yükümlülüğünün ihlâli neticesinde üçüncü kişinin mutlaka bir zarara uğramış olması gerekir. Zararın belirlenmesi, tazminat miktarının belirlenmesinin temelini teşkil eder. Zarar görenin uğradığı zarar miktarı, zenginleşme yasağı gereği, hükmedilebilecek tazminatın üst sınırındır; tazminat, zarar miktarını aşamaz<sup>849</sup>.

TBK 50/1 gereği, zararın varlığını ve miktarını ispat zarar görene düşer. Zararın miktarının tam olarak ispatının mümkün olmadığı durumlarda ise hâkim, takdir yetkisini kullanarak, zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (TBK 50/2). Zarar gören, uğradığı haksız fiil neticesinde aynı zamanda birtakım ekonomik yararlar da sağlamış ise, haksız fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunmak şartıyla bu yararlar, zarar miktarından mahsup edilmek suretiyle zararlarla denkleştirilerek net zarar miktarı elde edilir<sup>850</sup>.

### 3.1.1.1.1.2. Tazminat Miktarının Belirlenmesi

Tazminatın belirlenmesi aşamasında, zarar görenin uğradığı zararın ne kadarının tazminat sorumlusu tarafından karşılanması gerektiği tespit edilir<sup>851</sup>. Türk sorumluluk hukukunda tazminat, zarar göreni, mümkün olduğunca, zarar verici fiil gerçekleşmemiş olsa idi hangi konumda olacak idiyse o konuma getirmeyi amaçlar<sup>852</sup>. Tam tazmin ilkesi gereği adam çalıştıran, kural olarak, zararın tamamından sorumludur. Öte yandan, somut olayda zararın bir kısmının zarar gören üzerinde kalmasını haklı kılan birtakım sebepler

<sup>848</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 545-546; Eren, Genel, s. 544.

<sup>849</sup> Oğuzman/Öz II, s. 84; Nomer, Tazminat, s. 63. TBK 55/1/c.3 hükmüne göre, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar bakımından tazminat “hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz”. Tazminatın üst sınırını zarar miktarı oluşturduğundan ne hakkaniyet ne de başka bir gerekçe ile zarardan fazla tazminata hükmedilmesi mümkün değildir; hükümdeki tazminatı artırma yasağı gereksiz ve anlamsızdır (Oğuzman/Öz II, s. 126; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 439). Tazminatta hakkaniyet düşüncesi ile indirim yasağı ise, TBK 52/2 hükmünde bir indirim sebebi olarak öngörülen, hafif kusurlu failin yoksulluğa düşecek olması hâli ile sınırlı olarak uygulanmalıdır (Oğuzman/Öz II, s. 127).

<sup>850</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 586 vd. Oğuzman/Öz II, s. 87 vd.; Eren, Genel, s. 754 vd.

<sup>851</sup> Tiftik, Tazminat, s. 83.

<sup>852</sup> Baysal, s. 96.

bulunabilir. Tazminatın belirlenmesinde rol oynayan bu sebepler, “indirim sebepleri” olarak adlandırılır. Bu sebeplerin bir kısmına TBK 51 hükmünde yer verilmiş olmakla birlikte, bu sebepler burada sayılanlardan ibaret değildir<sup>853</sup>. Her somut olayda hâkim, takdir yetkisini kullanmak suretiyle, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını<sup>854</sup>, indirim sebepleri ile birlikte değerlendirerek tazminatın kapsamını belirler (TBK 51/1). Hâkim bu sebeplere dayanarak tazminat miktarında indirim yapma ya da tazminat talebini tamamen reddetme yetkisine sahiptir (TBK 52/1). Bu doğrultuda hâkim ya zararın tamamının ya da indirim sebepleri uygulanarak tespit edilen indirilmiş miktarın tazminat olarak ödenmesine hükmeder yahut gerektiğinde tazminat talebini tamamen reddeder.

Tazminatın ödenme biçimi de hâkim tarafından belirlenir (TBK 51/1). Buna göre hâkim, durumun gereğini göz önünde bulundurarak, ya zarar görenin malvarlığının eski hâle getirilmesine (aynen tazmin) ya da malvarlığındaki azalmanın değer olarak giderilmesine (nakden tazmin) hükmeder.

### 3.1.1.1.2. Kusurun Tazminat Sorumluluğuna Etkisi

#### 3.1.1.1.2.1. Adam Çalıştıranın Kusurunun Etkisi

Kusursuz sorumluluk hâllerinde kusur, sorumluluğun bir kurucu unsuru olmamakla birlikte, sorumlu kişinin kusurunun bulunması, kusursuz sorumluluk hâlinin uygulanmasına engel değildir<sup>855</sup>. Kusursuz sorumlu kişinin kusuru, “ek (munzam) kusur” olarak değerlendirilir. Ek kusur, kusursuz sorumluluğun doğumunda önem taşımadığı gibi, tazminatın belirlenmesinde de doğrudan etkili değildir; ancak tazminat sorumluluğu üzerinde birtakım dolaylı etkilere sahiptir:

Adam çalıştıranın ek kusuru, tazminat sorumluluğunu dolaylı olarak etkilemek suretiyle şu önemli sonuçları doğurur:

<sup>853</sup> Oğuzman/Öz II, s. 116. Sorumluluk hukukunda indirim sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tiftik, Tazminat, s. 83 vd.

<sup>854</sup> Esasında, kusurun ağırlığı da tazminat sorumlusunun hafif kusuru başlığı altında incelenen bir indirim sebebidir (Tiftik, Tazminat, s. 85). Ayrıca bkz. Nomer, Tazminat, s. 65.

<sup>855</sup> Keller/Gabi/Gabi, s. 5; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 8; Koçhisarlıoğlu, s. 175.

- Adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirmesini<sup>856</sup> ya da uygun illiyet bağıını kesen sebepleri ileri sürmesini<sup>857</sup> engeller.
- Adam çalıştırmanın indirim sebeplerinden yararlanmasına engel olur ya da yararlanma derecesini azaltır<sup>858</sup>. Adam çalıştırmanın ek kusuru, özellikle zarar görenin kusuru<sup>859</sup> ve beklenmedik hâl<sup>860</sup> sebebiyle yapılacak indirimlerde onun aleyhine dikkate alınır<sup>861</sup>.
- Müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde rol oynar<sup>862</sup>. Müteselsil sorumluların rücu hakkının kapsamı belirlenirken, ek kusurun ağırlığı da göz önünde bulundurulur (TBK 62/1). Adam çalıştırmanın çalışan ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu durumlarda, adam çalıştırmanın ek kusuru, çalışana rücu hakkını sınırlar ya da ortadan kaldırır.

Kusursuz sorumlu kişi, hiç kusuru bulunmasa bile zararın tamamından sorumludur<sup>863</sup>. Bu nedenle hafif veya ağır kusurlu olduğu durumlarda evleviyetle zararın tamamından sorumlu tutulur<sup>864</sup>. Dolayısıyla, tazminat belirlenirken sorumlu kişinin kusurunun ağırlığının da dikkate alınacağı esası (TBK 51/1), kusursuz sorumluluk hâllerinde

<sup>856</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 152; **Eren**, Genel, s. 647; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 54. “Ölüm olayı, kuruma ait Yerköy garında 19 adet vagonun manevra yaptığı sırada davalıların desteğinin hareket halindeki trene atlaması ve rampa arasında sıkışması sonucu gerçekleşmiştir [...] Davalı kurumun, trenlerin manevra yaptığı sırada istasyonlarda tehlikeli sonuçları önleyecek tedbirleri alması gerekir. Olayımızda, 10 yaşındaki çocuğun manevra halinde olan vagonlar arasında dolaşması, ona binmesi bu yolda gerekli olan önlemlerin alınmadığını gösterir. İşte kusursuz sorumlu olan davalının bu ek kusuru kurtuluş kanıtı ileri sürülmesini önler” (Y4HD, T. 18.04.1988 E.1988/400 K.1988/3633, **Karahasan**, s. 635).

<sup>857</sup> **Eren**, Genel, s. 647; **Antalya**, s. 543.

<sup>858</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 152; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 55.

<sup>859</sup> Kusursuz sorumlunun ek kusurunun zarar görenin kusuruna etkisi konusunda iki teori bulunmaktadır. Etkisizleştirme teorisine göre (*Kompensationsmethod*), zarar görenin kusuru sorumlu kişinin ek kusuruna eşit ya da ondan daha az ise, ek kusur, zarar görenin kusurunu etkisizleştirir/nötralize eder (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 8; **Eren**, Genel, s. 647). Ancak bu teori, kusursuz sorumluluk hâllerinde zarar görenin kusurlu davranışına sonuç bağlamaması nedeniyle eleştirilmektedir (**Baysal**, s. 250; **Nomer**, Tazminat, s. 99-100). Pasta teorisine göre ise zarar, taraflar arasında paylaştırılması gereken bir pastaya benzetilir (*Kuchendiagramm*) ve hâkimin, zarar gören ile sorumlu kişinin kusurları dâhil olmak üzere olayın tüm özelliklerini dikkate alarak belirlediği orana göre sorumluluğu paylaşması esası kabul edilir. Buna göre, kusursuz sorumluluklarda tazminatın paylaşılmasında kusursuz sorumluya düşen pay, ek kusurun ağırlığına bağlı olarak artar; ancak karşılıklı kusurların birbirini götürmesi ve kusursuz sorumlu kişinin tam tazminat ödemesi söz konusu olmaz (**Nomer**, Tazminat, s. 99). Bu teoriler hakkında bkz. **Kessler**, Art.44 OR N.10; **Baysal**, s. 249-251.

<sup>860</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, §7, I, A, 3, c.

<sup>861</sup> **Nomer**, Tazminat, s. 77

<sup>862</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 152; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 55.

<sup>863</sup> **Nomer**, Tazminat, s. 76; **Tiftik**, Tazminat, s. 139.

<sup>864</sup> **Nomer**, Tazminat, s. 76.

uygulanmaz<sup>865</sup>. Bu nedenle, adam çalıştırmanın kusurunun bulunmaması ya da hafif kusurlu olması indirim sebebi teşkil etmez<sup>866</sup>.

### 3.1.1.1.2.2. Çalışanın Kusurunun Etkisi

Çalışanın kusuru, adam çalıştırmanın sorumluluğunun kurucu unsuru değildir; çalışanın kusurunun derecesi tazminatın belirlenmesinde etkili olmadığı gibi, kusurunun hiç olmaması ya da varsa bile hafifliği indirim sebebi teşkil etmez<sup>867</sup>. Çalışanın kusuru varsa, bu adam çalıştırana izafe edilerek onun ek kusuru olarak değerlendirilir<sup>868</sup>.

### 3.1.1.1.2.3. Üçüncü Kişinin Kusurunun Etkisi

Üçüncü kişinin kusuru, çalışana fiili ile zarar arasındaki illiyet bağına kesecek nitelikteyse, adam çalıştırmanın sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu durumda sorumluluk sadece üçüncü kişi üzerinde doğar. Kusuru illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmayan üçüncü kişi ise adam çalıştırana ile birlikte müteselsilen sorumlu olur.

<sup>865</sup> “[...] mesuliyet, gerek adam kullanan kimse gerekse kullanılan adam bakımından, kusuru şart kılan bir mesuliyet mahiyetinde olmadığından dolayı, Borçlar Kanununun 43. maddesindeki kusurun ağırlığı ile tazminat miktarının mütenasip olacağı hükmü, 55. maddeye ilişkin tazminatlarda tatbik olunmaz” (YİBGK, T.27.03.1957, E.1957/1, K.1957/3, Kazancı, E.T.18.03.2016); “BY.nın 55. maddesi uyarınca adam kullananın tazminat ile sorumlu tutulması halinde, aynı Yasanın 43. maddesi hükmünce ve kusurun hafifliğine dayanarak tazminatın indirilmesi olası değildir. Çünkü, BY. nın 43. maddesi ancak eylem failinin sorumluluğu ve kusuru söz konusu edilebilen hallerde yargıca kusurun derecesini esas alarak tazminatın takdiri yetkisini tanımıştır” (Y19HD, T.06.06.1994, E.1993/6578, K.1994/5749, Kazancı, E.T.18.03.2016).

<sup>866</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.44; **Oğuzman/Öz II**, s. 152; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 479; **Nomer**, Tazminat, s. 78; **Ank**, s. 140; **Beck**, s. 62; **von Büren**, s. 255. İhlâl edilen objektif özen yükümlülüğünün ağırlığına göre tazminatta indirim yapılabileceği görüşü ise, tazminat hesabını özen yükümlülüğünü derecelendirerek yapmanın, kusurun ağırlığına göre yapmak ile aynı anlama geleceği, bunun da kusursuz sorumluluk esası ile çelişki yaratacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir (**Nomer**, Tazminat, s. 79).

<sup>867</sup> **Oser /Schönenberger**, Art.55 OR N.20; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 552; **Nomer**, Tazminat, s. 78; Y4HD, T.09.11.1959, E.1959/8478, K.1959/7952, **Olgaç**, s. 471).

<sup>868</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.156; **Nomer**, Tazminat, s. 78. Çalışanın kusuru, üçüncü kişinin kusuru niteliğinde değildir (**Schoop**, Art.55 OR N.8).

### 3.1.1.1.3. Tazminatın Belirlenmesinde Rol Oynayan Başlıca İndirim Sebepleri

#### 3.1.1.1.3.1. Zarar Görenin Rızası

Bir kimse, kendisine tanınan irade serbestisi çerçevesinde, kendi hukuk alanına başkalarının müdahale etmesine rıza gösterebilir. Bu rıza beyanı, tek taraflı bir hukuki işlem olup, kural olarak, zarar görene tanınan hukuki korumayı kaldırarak bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder (TBK 63/2). Rızanın bu etkiyi doğurabilmesi, geçerli olmasına bağlıdır. Rızanın geçerli olması için, hem içeriği itibariyle kanuna, ahlaka ve kişilik hakkına uygun olması hem de hukuki işlemin diğer geçerlilik şartlarını (ehliyet, iradenin sıhhatli olması, şekil vs.) taşıması gerekir. Ayrıca rıza, sorumluluğu doğuran fiilden önce ya da en geç fiil ile birlikte verilmiş olmalıdır; fiilden sonraki rıza beyanı, tazminat talebinden feragat olarak değerlendirilebilir<sup>869</sup>. Zarar görenin rızası, özellikle tıbbi müdahaleler ve sportif faaliyetler bakımından önem taşır.

Rıza, hukuka uygun değilse ya da sınırları aşılmışsa, geçersiz bir rıza söz konusu olur ve hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez. Geçersiz sayılan rıza beyanı ise, TBK 52/1 uyarınca, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması şartıyla, bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir<sup>870</sup>. Doktrindeki baskın görüş, zarar görenin geçersiz sayılan rızasını, zarar görenin kusurunun özel bir türü olarak değerlendirmektedir<sup>871</sup>. Ayrıca, zarar görenin rızasının indirim sebebi teşkil edebilmesi için zararlı sonuç ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunması gerekir<sup>872</sup>.

<sup>869</sup> **Tiftik**, Tazminat, s. 100; **Feyzioğlu I**, s. 536.

<sup>870</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 119. TBK 52/1 hükmünde zarar görenin kusuru yanında rızasının da ayrıca bir indirim sebebi olarak düzenlenmiş olmasının sebebi, zarar görenin her rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını vurgulamaktadır (**Nomer**, Tazminat, s. 105).

<sup>871</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 321; **Feyzioğlu I**, s. 536; **Nomer**, Borçlar, s. 224. Aksi görüş için bkz. **Baysal**, s. 44 vd. Zarar görenin rızası ile kusuru, hukuki nitelik itibariyle birbirinden farklıdır; zarar görenin rızası irade beyanına, zarar görenin kusuru ise bir fiile dayanır (**Tiftik**, Tazminat, s. 99, dn.103).

<sup>872</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 119.

### 3.1.1.1.3.2. Zarar Görenin Kusuru

Zarar görenin kusuru; orta zekalı, makûl bir kişinin kendi menfaati gereği kaçınacağı ya da kaçınması gereken davranış tarzını ifade eder<sup>873</sup>. TBK 52/1 hükmüne göre zarar görenin kusuru, “zararın doğmasında” ya da “zararın artmasında” etkili olmak şeklinde iki durumda gerçekleşir. Bunlardan ilkinde zarar görenin birlikte (müterafik) kusuru, ikincisinde ise zararı arttırmama külfetine<sup>874</sup> aykırı bir davranışı söz konusudur; ilki zararın ortaya çıktığı anda, ikincisi ise zarar doğduktan sonra gerçekleşir<sup>875</sup>. Zarar görenin kusurlu fiili, zararın doğmasını kolaylaştırmak ya da gerekli makûl tedbirleri almayarak artmasına sebep olmak suretiyle zararın kısmi sebebinin teşkil ediyorsa, bir indirim sebebi olarak dikkate alınır.

Zarar görenin kusuru, kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından da bir indirim sebebi teşkil eder<sup>876</sup>. Kusursuz sorumluluğu kuran olgunun zararı doğurmaya elverişliliği ile zarar görenin kusurlu davranışının zararı doğurmaya elverişliliği karşılaştırılarak bir değerlendirme yapılır<sup>877</sup>. Bu doğrultuda, meydana gelen zararın hangi oranda kusursuz sorumluluğu kuran objektif olguya ve zarar görenin kusuruna isabet ettiği tespit edilerek, zarar, kusursuz sorumlu ile kusurlu zarar gören arasında paylaşılır<sup>878</sup>.

Zarar gören kimsenin yardımcı kişileri, kusurlu fiilleriyle zararın doğmasına ya da artmasına iştirak etmiş ise, yardımcı kişilerin kusuru zarar görene izafe edilerek zarar

<sup>873</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 319; **Tiftik**, Tazminat, s. 109. Bir kimseye kendini koruma yükümlülüğü yükleyen genel bir davranış kuralı bulunmadığından, zarar görenin kendine zarar veren fiili bakımından hukuka aykırılık unsuru bulunmadığı kabul edilmektedir (**Tiftik**, Tazminat, s. 107; **Nomer**, Tazminat, s. 84 vd.; **Baysal**, s. 33). Doktrindeki bazı yazarlar; kusurun, hukuka aykırı bir fiil ile zarara sebep olan kişi hakkında yürütülen bir değer yargısı olduğundan hareketle, zarar görenin gerçek anlamda kusurundan bahsedilemeyeceği, ancak kusura ilişkin kuralların kıyasen uygulanacağı görüşündedir (**Tandoğan**, Mesuliyet, s. 318 vd., **Nomer**, Tazminat, s. 86; **Tiftik**, Tazminat, s. 109 vd.). **Baysal** ise, kusurun hukuka aykırılıktan bağımsız olarak tanımlanması gerektiğine dikkat çekerek zarar görenin kusurunun zarar verenin kusurundan bir farkı olmadığını vurgulamaktadır (**Baysal**, s. 31 vd.; s. 103 vd.).

<sup>874</sup> Burada bir “yükümlülük” değil, “külfet” söz konusudur (**Nomer**, Tazminat, s. 85).

<sup>875</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, s. 36 vd.

<sup>876</sup> **Tiftik**, Tazminat, s. 136. Kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından “birlikte kusur” yerine, “zarar görenin kusuru” ifadesinin kullanılması daha isabetlidir; zira kusursuz sorumlu tutulan kişinin kusuru sorumluluğun bir şartı olmadığından, (ek kusuru bulunmadığı müddetçe) zarar göreninki ile ortaklık oluşturabilecek bir kusurundan bahsedilemez.

<sup>877</sup> **Nomer**, Tazminat, s. 97.

<sup>878</sup> **Tiftik**, Tazminat, s. 136. Esas olan somut olayın özellikleri olmakla birlikte kusurlu davranışlar, olağan sebep sorumluluklarını kuran olguya nazaran genellikle daha ziyade zarara sebep olduğundan, kural olarak, kusurlu davranışlara daha büyük bir payın verilmesi gerekir (**Nomer**, Tazminat, s. 98).



görenin kendi kusuru sayılır<sup>879</sup>. Yardımcı kişinin TBK 66 anlamında çalışan konumunda olduğu durumlarda, zarar görenin TBK 66 hükmünden kıyasen yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Hâkim görüş, zarar görenin, TBK 66 hükmüne kıyasen kurtuluş kanıtı getirerek yardımcı kişinin kusurunu üstlenmekten kurtulabileceğini, böylelikle, yardımcı kişinin kusurunun bir indirim sebebi olarak kendisi aleyhine dikkate alınmasına engel olabileceğini kabul etmektedir<sup>880</sup>.

### 3.1.1.1.3.3. Beklenmedik Hâl

Sorumluluk hukukunda beklenmedik hâl, sorumlu kişiye isnat edilemeyen, genel bir davranış kuralının irade dışı ve kaçınılmaz surette ihlâli sonucunu doğuran olaydır<sup>881</sup>. Buradaki kaçınılmazlık, beklenmedik hâl teşkil eden olayın kendisinden ziyade, olay neticesinde meydana gelen ihlâl ilişkindedir<sup>882</sup>. Kusur sorumluluğu bakımından, kusurlu fiil ile birlikte zararın kısmi sebebinin teşkil eden ve illiyet bağını kesecek yoğunlukta olmayan beklenmedik hâl, indirim sebebi teşkil eder.

Beklenmedik hâl, kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından da indirim sebebi teşkil etmekle birlikte, bu tür sorumluluklar bakımından uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Zira kusursuz sorumlu, sorumluluğu kuran objektif olgu (özen eksikliği, bakım eksikliği, işletme tehlikesi vs.) ile bağlantılı olarak meydana gelen beklenmedik hâllerin sonuçlarından da sorumludur. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk hâlleri, “beklenmedik hâl sorumluluğu” (*Haftung für Zufall*)<sup>883</sup> olarak da ifade edilir. Dolayısıyla, bir kusursuz sorumluluk hâli bakımından, beklenmedik hâl niteliğindeki bir olayın indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesi için, bu olayın kusursuz sorumluluğu kuran objektif olguya yabancı olması gerekir<sup>884</sup>.

<sup>879</sup> **Oftinger/Stark I**, §7 N.28; **Kessler**, Art.44 OR N.10a; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 324; **Tiftik**, Tazminat, s. 127.

<sup>880</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 324; **Tiftik**, Tazminat, s. 128. Aksi görüş için bkz. **Nomer**, Tazminat, s. 122; **Baysal**, s. 55-56.

<sup>881</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 125; **Eren**, İlliyet Bağı, s. 139; **Nomer**, Tazminat, s. 138 vd.

<sup>882</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 462; **Eren**, İlliyet Bağı, s. 143.

<sup>883</sup> **Fellmann/Kottmann**, N.483; **Rey/Wildhaber**, N.87; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 12. Bu kavram özellikle tehlike sorumluluğu hâlleri bakımından kullanılmaktadır (**Tandoğan**, Tehlike, s. 25). İşletme tehlikesi kapsamında gerçekleşen beklenmedik hâl, işletenin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi indirim sebebi de teşkil etmez (**Nomer**, Borçlar, s. 194, 230; **Nomer**, Tazminat, s. 143).

<sup>884</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 328; **Tiftik**, Tazminat, s. 151-152; **Oğuzman/Öz II**, s. 125, dn.418; **Antalya**, s. 542.

Bu doğrultuda, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından, beklenmedik hâlin indirim sebebi olarak değerlendirilebilmesi için, söz konusu olay zararlı sonucun kısmi sebebi (sebeplerinden biri<sup>885</sup>) olmalı ve adam çalıştırmanın özen eksikliğine isnat edilememelidir. Örneğin, *kalp krizi olayında*, hekimin ameliyat esnasında aniden rahatsızlanması bir beklenmedik hâl olarak değerlendirilebilir. Böyle bir durumda adam çalıştırın konumundaki hastane; söz konusu hekimin çalışmasına engel teşkil edecek bilinen bir sağlık problemi bulunmadığını (seçimde özen), olayın gerçekleşmesi üzerine hastanesinde ameliyata devam edebilecek başka bir hekim yoksa derhal acil durum yetkilileriyle irtibata geçerek civardaki hastanelerden tercihen aynı, bu mümkün değilse, yakın bir branştan hekim talebinde bulunduğunu, hekim bulunamaması ihtimalinde de hastayı ameliyatı tamamlanmadan nakle uygun hale getirdiğini (organizasyonda özen) ve somut olay bakımından özellik arz eden başkaca hususları da ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir.

#### 3.1.1.1.3.4. Zarar Görenin Bünyevi Yatkınlığı

Zarar görenin bünyevi yatkınlığı (alerji, hemofili, ruhsal rahatsızlık vb.), zararın meydana gelmesini kolaylaştırmış ya da meydana gelen zararın artmasına neden olmuş olabilir. Her iki durumda da zarar görenin zarara elverişli bu yapısı, beklenmedik hâlin bir türü teşkil eder<sup>886</sup> ve tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır. Bünyevi yatkınlık, kusursuz sorumluluğu kuran olgunun daima haricinde bir durumdur ve bu tür sorumluluklarda mutlaka bir indirim sebebi olarak dikkate alınır<sup>887</sup>.

#### 3.1.1.2. Tazminatın Türü

##### 3.1.1.2.1. Maddi Tazminat

Adam çalıştırmanın TBK 66 hükmü gereğince maddi tazminat sorumluluğu, doğrudan zarar görenin uğradığı maddi zarar ile kanunun açıkça öngördüğü hâllerde üçüncü

<sup>885</sup> Beklenmedik hâl, zararlı sonucun tek sebebini teşkil ediyorsa, adam çalıştırmanın sorumluluğu ortadan kalkar. Bkz. Üçüncü Bölüm, §7, I, A, 3, c.

<sup>886</sup> **Tiftik**, Tazminat, s. 155; **Nomer**, Tazminat, s. 144.

<sup>887</sup> **Tiftik**, Tazminat, s. 155.

kişilerin yansıma suretiyle uğradığı maddi zararı da kapsar. Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Türk-İsviçre hukukunda kabul gören fark teorisine göre maddi zarar; malvarlığının, haksız fiilden sonra gösterdiği durum ile haksız fiil meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir<sup>888</sup>. Dolayısıyla, zarar görenin biri gerçek diğeri farazi nitelikteki iki malvarlığı durumunun karşılaştırılması suretiyle tespit edilen fark, zarar görenin uğradığı zararı ifade eder.

Maddi zarar, değişik ölçütlere göre farklı ayrımlara tâbi tutulur. Zarar, haksız fiil neticesinde aktifin azalması ya da pasifin artması şeklinde olabileceği gibi (*fiili zarar*), aktifte artmaya ya da pasifte azalmaya engel olma şeklinde de (*kâr mahrumiyeti*) ortaya çıkabilir. Bir başka ayırım ise, “doğrudan-dolaylı-yansıma zarar” ayırımıdır. Haksız fiilin yöneldiği kişinin bu fiilin ilk ve en yakın neticesi olarak uğradığı zarar *doğrudan zarar*; bu zarara bağlı olarak eklenen bir sebep neticesinde uğradığı zarar *dolaylı zarar*; haksız fiile maruz kalan kişi dışındakilerin bu fiil yüzünden uğradığı zarar ise *yansıma zarar* olarak adlandırılır. Kanunda açıkça öngörülerek hukuka aykırılık bağı kurulmadıkça, haksız fiil hukukunda failin yansıma zararlardan kural olarak sorumlu olmadığı kabul edilmektedir<sup>889</sup>.

Maddi zarar, bir malvarlığı değerini ihlâl eden haksız fiil neticesinde ortaya çıkabileceği gibi, bir şahısvarlığı değerinin ihlâlinde de söz konusu olabilir<sup>890</sup>. Bu nedenle, maddi zarar kavramının karşılığı olarak “malvarlığı zararı” kavramının kullanılması yanıltıcı olabilir<sup>891</sup>. Bu bakımdan, ortaya çıkan zararın türünden ziyade, haksız fiil neticesinde ihlâl edilen hukuki değeri esas alan “şahıs zararı-eşya zararı-diğer zararlar” ayırımı<sup>892</sup> daha isabetlidir. Kişi zararı (*Personenschaden*) kavramı, bedensel bütünlüğün ihlâli neticesinde meydana gelen bedensel zarar ile ölüm sebebiyle meydana gelen zararı ifade eder. Bedensel bütünlüğün ihlâli, fiziksel bütünlüğün ya da ruhsal bütünlüğün ihlâli şeklinde ortaya çıkabilir. Eşya zararı (*Sachschaden*), bir malvarlığı değerinin yok olması,

<sup>888</sup> **Brehm**, Art.41 OR N.70b; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 548; **Eren**, Genel, s. 546; **Oğuzman/Öz II**, s. 38; **Nomer**, Tazminat s. 8 vd.

<sup>889</sup> **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 309; **Antalya**, s. 462.

<sup>890</sup> **Antalya**, s. 465; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 305.

<sup>891</sup> Benzer şekilde, manevi zarar kavramı da “şahısvarlığı zararı” kavramını tam karşılamamaktadır; bir malvarlığı değerinin ihlâli neticesinde de manevi zarar doğabilir.

<sup>892</sup> **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, N.35 vd.; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 69; **Eren**, Genel, s. 552. TBK’da da bu ayırımın temel alındığı hakkında bkz. **Antalya**, s. 465.

kaybolması ya da hasara uğramasından kaynaklanan zararı ifade eder. Diğer zararlar (*sonstiger Schaden*) ise, şahıs ve eşya zararları dışında kalan zararlar olup, yaşam ve bedensel bütünlük dışındaki diğer kişilik hakkı değerlerinin ihlâlinden doğan zararlar. Diğer zarar kalemlerinden olan salt malvarlığı zararlarının ise TBK 66 kapsamında tazmini mümkün değildir<sup>893</sup>.

Bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan başlıca maddi zarar kalemleri TBK 54 hükmünde düzenlenmiştir. *Tedavi giderleri* (TBK 54/1/b.1); zarar görenin sağlık durumunun iyileşmesini sağlamaya yönelik olarak yapılan, ambulans, doktor, hastane, ameliyat, ilaç, fizik tedavi, protez, psikoterapi vb. masraflarını ifade eder. Bu masraflar, zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmalıdır. *Kazanç kaybı* (TBK 54/1/b.2), kâr mahrumiyeti niteliğinde bir zarar olup, haksız fiil neticesinde zarar görenin yoksun kaldığı kazancı ifade eder. Burada düzenlenen, zarar görenin sadece hükmün verileceği tarihe kadar uğramış olduğu, geçmişe ilişkin kazanç kayıplarıdır. Zarar görenin çalışma gücünün kaybının gelecekte neden olacağı, farazi zarar niteliğindeki kazanç kaybı ise, *çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar* olarak, TBK 54/1/b.3'te düzenlenmiştir. Çalışma gücü, zarar görenin beden ve fizik gücünden oluşan iş gücünü kazanç getirici şekilde kullanmasını ifade eder. Çalışma gücünü yitirilmesi hâlinde tam kayıp, azalması hâlinde ise kısmı kayıp söz konusu olur. Çalışma gücünün yitirilmesi, niteliği gereği, sürekli niteliktedir; çalışma gücünün azalması ise geçici ya da sürekli nitelikte olabilir. *Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar* (TBK 54/1/b.4) ise, zarar gören çalışma gücünü korusa bile, haksız fiilin ekonomik geleceği üzerinde yarattığı menfi ekonomik sonuçlardan kaynaklanan maddi kayıpları ifade eder.

Ölüm neticesinde meydana gelen başlıca maddi zarar kalemleri ise TBK 53 hükmünde düzenlenmiştir. Ölümün yol açtığı masrafların başında *cenaze giderleri* gelir (TBK 53/1/b.1). Naaşın nakli, yıkanması, cenaze merasimi ve ilânı için yapılan masraflar, mezarlık harcamaları ve yöredeki örf ve adetlere uygun olarak yapılan diğer masraflar bu kapsamdadır. *Ölüm hemen gerçekleşmemişse* tedavi giderleri ile çalışma gücü kayıplarından doğan zararlar ise (TBK 53/1/b.2), ölen kimsenin ölümünden önce TBK 54

<sup>893</sup> Genel davranış yükümlülüklerine ilişkin normlar, salt malvarlığı zararları bakımından koruma normu olarak kabul edilmediğinden (**Kırca**, Bilgi Verme, s. 20, dn.102), bir genel davranış normu niteliğindeki TBK 66 bakımından da adam çalıştırmanın üçüncü kişilerin uğradığı salt malvarlığı zararlarından sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir (**Kılınç**, s. 100).

gereği doğan tazminat talebinin konusunu oluşturan zararlardır. Bir diğer maddi zarar kalemi ise, *ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradığı zarardır* (TBK 53/1/b.3). Niteliği itibariyle yansıma zarar niteliğindeki bu zarar<sup>894</sup>, destekten yoksun kalma tazminatı ile talep edilir. Destekten yoksun kalan kişiye fiilen, sürekli ve düzenli bir şekilde bakan kimse gerçek destek, ona ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kimse ise farazi destek olarak adlandırılır. Uygulamada özellikle eşlerden biri bakımından diğerinin, çocuk bakımından ana-babasının gerçek destek; nişanlılardan biri bakımından diğerinin, ana-baba bakımından küçük çocuklarının ise farazi destek durumuna dayanan destekten yoksun kalma tazminatı talepleriyle karşılaşmaktadır.

### 3.1.1.2.2. Manevi Tazminat

Adam çalıştıranın TBK 66 hükmü gereğince manevi tazminat sorumluluğu, doğrudan zarar görenin uğradığı manevi zarar ile kanunun açıkça öngördüğü hâllerde üçüncü kişilerin yansıma suretiyle uğradığı manevi zararı da kapsar.

Kişilik hakkı; kişiliği meydana getiren değerlerin tümü üzerinde bulunan<sup>895</sup>, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı, vazgeçilemez ve devredilemez, mutlak bir şahısvarlığı hakkıdır<sup>896</sup>. Bir çerçeve norm niteliğindeki TMK 24 hükmünde, genel ve tek bir kişilik hakkı düzenlenmiştir; zamanın değişen ihtiyaçları doğrultusunda yeni değerlerin de kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilmesini sağlamak amacıyla, münferit kişilik değerleri teker teker sayılmayarak hakkın içeriğini tespit hâkime bırakılmıştır<sup>897</sup>. Doktrinde, kişilik değerleri bakımından üçlü bir ayırım yapılır<sup>898</sup>: Maddi/fiziksel kişilik değerleri (yaşam, bedensel bütünlük, sağlık, cinsel özgürlük vb.), manevi/duygusal kişilik değerleri (evlilik birliği, aile bütünlüğü vb.) ve sosyal kişilik değerleri (şeref ve haysiyet, isim, resim, özel hayat, ekonomik özgürlük vb.).

Kişilik hakkı hukuka aykırı bir fiil neticesinde ihlâl edilmek suretiyle zarar gören kimsenin açabileceği kişiliği koruyucu davalardan biri de tazminat davasıdır. Kişilik

<sup>894</sup> Oğuzman/Öz II, s. 100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 619; Hatemi, §9 N.14; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 309.

<sup>895</sup> Oğuzman/Öz II, s. 257; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 398.

<sup>896</sup> Dural/Öğüz, N.516-521.

<sup>897</sup> Dural/Öğüz, N.500.

<sup>898</sup> Eren, Genel, s. 827; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 402.

hakkının ihlâli hâlinde hem maddi hem de manevi zarar doğabileceği gibi, sadece manevi zarar da doğabilir<sup>899</sup>. Manevi zarar; kişilik değerlerinde iradesi dışında azalma meydana gelen kimsenin duyduğu acı, elem ve ızdırabı ifade eder; manevi tazminat davası da bu zararın telafisi amacını güder<sup>900</sup>. Manevi tazminat davası, ihlâl edilen kişilik değerinin türüne göre TBK’da iki ayrı hükümde düzenlenmiştir: TBK 56, yaşam ve bedensel bütünlüğün ihlâlinde manevi tazminat sorumluluğu bakımından özel hüküm teşkil eder; bu ikisi dışındaki kişilik değerlerinin ihlâlinde manevi tazminat sorumluluğu ise, genel sorumluluk normu niteliğindeki TBK 58 hükmüne tabidir.

Manevi tazminat davası açılabilmesi için hukuka aykırı bir fiil neticesinde kişilik hakkının ihlâl edilmesi, bu fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde bir manevi zararın meydana gelmesi ve sorumlu kişinin ya kusurunun ya da kusursuz sorumluluğunun bulunması gerekir<sup>901</sup>. Bu şartlar hem TBK 56 hem de TBK 58 hükmüne dayanan manevi tazminat talepleri bakımından geçerlidir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda kişilik hakkı ihlâli, özellikle ölüm ya da bedensel zarara uğrama şeklinde ortaya çıkar. Bu tür durumlarda manevi tazminat talebi TBK 56 hükmüne dayanır. Şeref ve haysiyet ile özel hayat başta olmak üzere diğer kişilik değerlerinin özellikle basın yolu ile ihlâlden kaynaklanan manevi tazminat taleplerinin dayanağı olarak da uygulamada en sık karşılaşılan kusursuz sorumluluk hâli, adam çalıştırmanın sorumluluğudur<sup>902</sup>. Bu tür durumlarda ise manevi tazminat talebi TBK 58 hükmüne dayanır. Adam çalıştırmanın gerek TBK 56 gerekse TBK 58 hükmüne dayanan manevi tazminat sorumluluğu bakımından ne kendisinin ne de çalışanın kusuru aranır<sup>903</sup>.

<sup>899</sup> Eren, Genel, s. 806.

<sup>900</sup> Dural/Öğüz, N.794; Oğuzman/Öz II, s. 253; Tandoğan, Mesuliyet, s. 330. Tüzel kişilerin ve (kişilik hakkı ihlâl edildiği anda) ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Oğuzman/Öz II, s. 264 vd.; Eren, Genel, s. 556 vd. Tüzel kişilerin sosyal kişilik değerleri üzerindeki kişilik hakkının ihlâli halinde manevi tazminat talep edebilecekleri görüşü için bkz. Zevkliler/Atabey/Gökyayla, s. 429; Eren, Genel, s. 824; Hatemi/Gökyayla, §20 N.48; Feyzioğlu I, s. 611-612.

<sup>901</sup> Oğuzman/Öz II, s. 267, 279; Dural/Öğüz, N.801; Nomer, Borçlar, s. 233.

<sup>902</sup> Oğuzman/Öz II, s. 267-268. Basın çalışanlarının basın yoluyla gerçekleştirdikleri kişilik hakkı ihlallerinden eser ve yayın sahibinin haksız fiil sorumluluğu, önemine binaen, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

<sup>903</sup> TBK 58 hükmüne tekabül eden eBK 49 hükmünün 3444 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki metninde, “hatanın hususi ağırlığı”, manevi tazminat sorumluluğunun bir şartı olarak aranmaktaydı. Buradaki “hata” ifadesinin, “kusur” anlamında kullanıldığı kabul edilmekteydi (Oğuzman/Öz, 2005, s. 677, dn.4). TBK 56 hükmüne tekabül eden eBK 47 hükmünde ise, kusurun ağırlığına ilişkin böyle bir şart bulunmamasına rağmen,

Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde hâkim geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Tazminatın belirlenmesi ve indirim sebeplerine ilişkin TBK 51-52 hükümleri manevi tazminat bakımından da kural olarak uygulanır<sup>904</sup>. Hâkimin hükmedebileceği manevi tazminat türleri ise, ihlâl edilen kişilik değerinin türüne göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Hâkim, adam öldürülmesi veya bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan talepler bakımından manevi tazminat olarak sadece bir miktar paranın ödenmesine hükmedebilirken (TBK 56/1), bu ikisinin dışında kalan kişilik değerlerinin ihlâli bakımından ise, davacının talebi ile bağlı olmaksızın, nakden tazmin yerine ya da buna ek olarak başka bir tazmin şekline (saldırımı kınama kararının yayımlanması, hayır kurumuna ödeme yapılması vb.) karar verme konusunda takdir yetkisine sahiptir (TBK 58/2). Her iki durumda da davacının manevi tazminat olarak sadece belli bir miktar paranın ödenmesini talep hakkı bulunmaktadır. Manevi tazminat davasında zamanaşımı ise, maddi tazminat davasındaki esaslara tâbidir<sup>905</sup>.

### 3.1.1.3. Sorumluluk Davasının Tarafları

#### 3.1.1.3.1. Davacı

##### 3.1.1.3.1.1. Maddi Tazminat Davasında Davacı

Tazminat talep etme hakkı, kural olarak, sadece haksız fiilden doğrudan zarar gören kişi ya da kişilere aittir. Maddi tazminat talebi, malvarlığına ilişkin bir alacak hakkı niteliğinde olduğundan, herhangi bir alacak gibi devredilebilir (TBK 183). Bu alacak hakkını devralanlar sorumlu kişiye karşı maddi tazminat talebinde bulunabilirler. Bu durumda davacı sıfatı, alacağı devralan kişiye ait olur. Zarar görenin maddi tazminat talep etmeden önce ölmesi hâlinde, tazminat talebinde bulunma hakkı mirasçılara geçer. Haksız fiil neticesinde ölüm hâlinde, ölüm dolayısıyla yapılan masraf kalemlerinden biri

---

eBK 47 hükmüne dayanan manevi tazminat talepleri bakımından adam çalıştırmanın kusurunun aranıp aranmayacağı konusunda Yargıtay daireleri arasındaki içtihat ayrılığı, YİBK kararı ile giderilmiş ve adam çalıştırmanın manevi tazminat sorumluluğu bakımından ne kendisinin ne de çalışanın kusurunun gerekli olmadığına hükmedilmiştir. Bkz. YİBK, T.22.06.1966, E.1966/7, K.1966/7, Kazancı, E.T.12.01.2017.

<sup>904</sup> **Oftinger/Stark I**, §8 N.31; **Nomer**, Tazminat, s. 3; **Eren**, Genel, s. 821.

<sup>905</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 271.

olan cenaze giderleri terekeye dâhil olup (TMK 507/2), bu giderlerin tazminini talep etme hakkı, ölen kişinin mirasçılarına aittir<sup>906</sup> (TBK 53/1/b.1).

Öte yandan kanun koyucu, bir kimsenin haksız fiil neticesinde ölmesi hâlinde, onun desteğinden yoksun kalanlara tazminat talebinde bulunma hakkı tanımıştır (TBK 53/1/b.3)<sup>907</sup>. “Destekten yoksun kalma tazminatı” olarak adlandırılan bu tazminatı talep hakkı, doğrudan doğruya destekten yoksun kalanların şahsında doğar; mirasçılık sıfatına bağlı değildir<sup>908</sup>. Bu nedenle, destekten yoksun kalanların çevresi, mirasçılarının çevresinden daha geniştir.

Haksız fiil neticesinde ölüm derhal gerçekleşmemişse, ölen kişinin, ölümünden önce uğradığı bedensel zararlara ilişkin TBK 54 hükmünden kaynaklanan tazminat talep etme hakkı, ölümü üzerine, terekeye dâhil bir alacak olarak, mirasçılarına geçer (TBK 53/1/b.2).

### 3.1.1.3.1.2. Manevi Tazminat Davasında Davacı

Manevi tazminat davası açma hakkı, kişilik hakkı ihlâl edilmek suretiyle zarar gören kişiye aittir. Manevi tazminat talep hakkı, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez (TMK 25/4).

Öte yandan, kanun koyucu, haksız fiil neticesinde ölen kimsenin yakınları ile ağır bedensel zarar hâlinde zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat talep hakkı tanımıştır (TBK 56/2). Söz konusu hüküm, ölen ya da ağır bedensel zarara uğrayan kimsenin yakınlarına, yansıma yoluyla uğradıkları manevi zararın tazminini talep hakkı sağlamaktadır<sup>909</sup>. TBK 56/2 anlamında “yakın”; ölen ya da bedensel bütünlüğü zedelenen kimsenin bu durumundan, manevi tazminatı gerektirecek düzeyde manevi acı çekmesi

<sup>906</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 298. Cenaze masraflarını, mirasçı olmayan bir kimse terekeye başvurmadan yapmışsa, bu masrafların tazminini isteme hakkı da ona ait olmalıdır (**Oğuzman/Öz II**, s. 100).

<sup>907</sup> Destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakkının, TBK 114/2 atfı ile sözleşme sorumluluğunda da uygulanacağı; böylelikle, ölen ile sorumlu kişi arasındaki sözleşme ilişkisine taraf olmasalar bile, destekten yoksun kalanların bu sözleşme temelinde talepte bulunabilecekleri kabul edilmektedir (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 632; **Gürsoy**, Destek, s. 144-145).

<sup>908</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 299; **Oğuzman/Öz II**, s. 101; **Eren**, Genel, s. 778; **Hatemi**, §9 N.13; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 428.

<sup>909</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 279; **Eren**, Genel, s. 829; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 309.



normal ve beklenebilen kişiyi ifade eder<sup>910</sup>. Bir kimsenin çocuğu, eşi, ana-babası, kardeşi onun yakını olduğu gibi, soybağı ilişkisi bulunmayan bir kimsenin de yakın sayılması mümkündür. Bu tazminat talebi, ölüm ya da ağır bedensel zarar koşuluna bağlıdır. Ağır bedensel zararın başlıca örneklerini, öldürmeye teşebbüs, cinsel saldırı, işkenceye uğrama, sakat kalma oluşturur<sup>911</sup>; ölüm ise en ağır bedensel zarardır<sup>912</sup>.

### 3.1.1.3.2. Davalı

#### 3.1.1.3.2.1. Maddi Tazminat Davasında Davalı

Tazminat davası, somut olayda uygulanacak olan sorumluluk normunda zarar sorumlusu olarak belirlenmiş kişiye karşı açılır<sup>913</sup>. TBK 66 hükmüne dayanan maddi tazminat talebi bakımından bu kişi, adam çalıştırandır. Adam çalıştırının müteselsil sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda ise dava, müteselsil sorumlulardan birine, birkaçına ya da hepsine karşı açılabilir.

Adam çalıştırana karşı açılan maddi tazminat davası, malvarlığı hakkına ilişkin bir dava niteliğindedir. Bu nedenle gerçek kişi adam çalıştırının ölümü halinde tazminat yükümlülüğu, külli halefiyet ilkesi (TMK 599) gereği mirasçılara geçer. Adam çalıştırın, henüz kendisine karşı dava açılmadan ölürse, tazminat davası mirasçılara karşı açılır; dava devam ederken ölürse, açılmış olan dava mirasçılara karşı devam ettirilir. Adam çalıştırının bir tüzel kişi olması durumunda, dava bu tüzel kişiye karşı açılır. Davanın açılacağı an itibariyle tüzel kişilik son bulmuş ise, malvarlığı haklarına ilişkin davalar, bu tüzel kişinin kanuni halefi konumundaki tüzel kişiye karşı açılır<sup>914</sup>.

<sup>910</sup> Oğuzman/Öz II, s. 281.

<sup>911</sup> Kılıçoğlu, Borçlar, s. 450.

<sup>912</sup> Oğuzman/Öz II, s. 284.

<sup>913</sup> Tiftik, Tazminat, s. 168.

<sup>914</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz, s. 250. Derneklerin tasfiyesi, 5253 sayılı Dernekler Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; “Genel kurul kararı ile feshedilen veya kendiliğinden sona erdiği tespit edilen derneğin para, mal ve haklarının tasfiyesi, tüzüğünde gösterilen esaslara göre yapılır. Tüzükte tasfiyenin ne şekilde yapılacağına genel kurul kararına bırakıldığı hallerde, genel kurul tarafından bir karar alınmamış veya genel kurul toplanamamışsa yahut dernek mahkeme kararı ile feshedilmişse, derneğin bütün para, mal ve hakları, mahkeme kararıyla derneğin amacına en yakın ve kapatıldığı tarihte en fazla üyeye sahip derneğe devredilir” (m.15/1). Vakfın tasfiyesi, TMK 53 uyarınca, terekenin resmi tasfiyesine ilişkin hükümlere (TMK 632 vd.) tabidir. Ticaret şirketlerinin tasfiye şekli ise, TTK’da her bir ticaret şirketi için özel olarak düzenlenmiştir.

### 3.1.1.3.2.2. Manevi Tazminat Davasında Davalı

TBK 66 hükmüne dayanan manevi tazminat davası, zarar sorumlusu olan adam çalıştırana karşı açılır. Müteselsil sorumluluğun şartları gerçekleşmiş ise, manevi tazminat davası birden çok kişi aleyhine de açılabilir. Adam çalıştıran, henüz kendisine karşı dava açılmadan önce ölürse, tazminat davası mirasçılarına karşı açılır; adam çalıştıranın dava devam ederken ölmesi durumunda ise açılmış olan dava mirasçılarına karşı devam ettirilir.

### 3.1.1.4. Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Tâbi Olduğu Zamanaşımı

Zamanaşımı, alacaklının hakkını elde etme konusunda belli bir süre hareketsiz kalması nedeniyle borçlunun ifadan kaçınma hakkına sahip olmasını sağlayan süreyi ifade eder. Zamanaşımı sadece alacak hakları bakımından söz konusu olur<sup>915</sup>. Zamanaşımına uğrayan alacak hakkı sona ermez; eksik borca dönüşür<sup>916</sup>. Böylelikle alacaklının ifa talebine karşı borçlu, zamanaşımı def'i ileri sürmek suretiyle borcu ifadan kaçınabilir. Zamanaşımı def'i borçlu tarafından ileri sürülmedikçe, hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz (TBK 161).

Haksız fiil sorumluluğu bakımından zamanaşımı süresi TBK 72 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir<sup>917</sup>. Burada öngörülen süreler, genel haksız fiil sorumluluğu ile sınırlı değildir; kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâlleri bakımından da kural olarak uygulanır<sup>918</sup>. TBK 66 hükmünde adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından TBK 66 hükmünde özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle adam çalıştıranın hukuki sorumluluğu TBK 72/1 hükmünde yer alan zamanaşımı sürelerine tâbidir.

Haksız fiillerde zamanaşımı süresini düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK 72/1 hükmünde üç tür zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bunlardan ilki, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan iki yıllık nisbi zamanaşımı süresidir. Zararın öğrenilmesinden anlaşılması gereken, sadece zarar verici

<sup>915</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1034; Nomer, Borçlar, s. 391; Hatemi/Gökyayla, §35 N.4.

<sup>916</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1030; Hatemi/Gökyayla, §35 N.2.

<sup>917</sup> Buradaki özel düzenleme, zamanaşımı sürelerinin ve bu sürelerin başlangıç anı ile sınırlı olup, zamanaşımının durması, kesilmesi gibi diğer hususlar genel hükümlere tâbidir (Eren, Genel, s. 855).

<sup>918</sup> Eren, Genel, s. 855; Nomer, Borçlar, s. 240.

olayın değil; zararın varlığı, niteliği, temel unsurları ve kapsamının öğrenilmesidir<sup>919</sup>. Öte yandan, tazminat hesabına yarayacak tüm ayrıntıların bilinmesi şart değildir<sup>920</sup>. Kusursuz haksız fiil sorumlulukları bakımından tazminat yükümlüsü ise, kanunun kendisine tazminat yükümlülüğü bağladığı olayı gerçekleştiren kişiyi ifade eder<sup>921</sup>. Bu unsurların öğrenilememesi nedeniyle iki yıllık nisbi süre başlamamış olsa bile, mutlak zamanaşımı süresi uygulanır ve tazminat talebi her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK 72/1/c.1).

Adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından bu süre zarar gören tarafından sadece zararın ve tazminat yükümlüsü olan adam çalıştıranın değil, aynı zamanda çalıştırma ilişkisinin ve çalışanın öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlar<sup>922</sup>.

Üçüncü tür süre ise, olağanüstü ya da istisnai süre olarak nitelendirilen ceza zamanaşımı süresidir. Bir haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve söz konusu suç için ceza kanunlarının öngördüğü ceza davası zamanaşımı süresi daha uzunsa, haksız fiil sorumluluğu da bu zamanaşımı süresine tâbi olur (TBK 72/1/c.2). Ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan kısa ise, sadece iki yıllık nisbi zamanaşımı süresi yerine uygulanır ve on yıllık mutlak zamanaşımı süresi etkisini sürdürür. On yıldan uzun olan ceza davası zamanaşımı süresi ise hem nisbi hem de mutlak zamanaşımı süresinin yerini alır<sup>923</sup>. Ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için haksız fiilin suç teşkil etmesi yeterli olup, ceza kovuşturması yapılmış olması gerekli değildir.

Ceza zamanaşımı süresi sadece suç teşkil eden fiili işleyen kişinin sorumluluğu bakımından uygulanır. Bu nedenle, adam çalıştıranın sorumluluğunun ceza davası zamanaşımı süresine tâbi olabilmesi için, çalışanın fiilinin değil, adam çalıştıranın (gerekli özeni göstermeme şeklinde tezahür eden) *kendi* fiilinin suç teşkil etmesi gerekir<sup>924</sup>. Çalışanın hukuka aykırı fiilinin suç teşkil etmesi, adam çalıştıranın

<sup>919</sup> Eren, Genel, s. 856; Oğuzman/Öz II, s. 72.

<sup>920</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 718-719; Oğuzman/Öz II, s. 72.

<sup>921</sup> Eren, Genel, s. 857.

<sup>922</sup> Oğuzman/Öz II, s. 152-153.

<sup>923</sup> Oğuzman/Öz II, s. 75-76; Eren, Genel, s. 861.

<sup>924</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 725; Oğuzman/Öz II, s. 153; Eren, Genel, s. 861-862.

sorumluluğunun da bu suç bakımından öngörülen uzun ceza davası zamanaşımı süresine tâbi olması için yeterli değildir<sup>925</sup>.

### 3.1.2. Adam Çalıştırmanın Müteselsil Sorumluluğu

#### 3.1.2.1. Genel Olarak

Günümüzde belli bir zarardan sadece tek bir kişinin sorumlu tutulması seyrek rastlanan bir durumdur; aynı zarardan genellikle birden fazla kişinin, aynı ya da farklı hukuki sebeplerle sorumluluğu söz konusu olur<sup>926</sup>. Türk hukukunda, aynı zarardan birden fazla kişinin kısmi sorumluluğu kural, müteselsil sorumluluğu istisnadır<sup>927</sup>. Haksız fiil sorumluluğunda aynı zarardan birden fazla kişinin zararın tamamından sorumlu olması, “müteselsil sorumluluk” olarak adlandırılır. Haksız fiillerde müteselsil sorumluluk, TBK 61-62 hükümlerinde düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme, kanundan doğan özel bir müteselsil sorumluluk hâli (TBK 162/2) olup, müteselsil borçluluğa ilişkin genel hükümler (TBK 162-168), niteliğine uygun düştüğü ölçüde müteselsil sorumluluğa da uygulanır<sup>928</sup>.

Müteselsil sorumlular arasındaki dış ilişki müteselsil sorumluluk esasına (TBK 61), iç ilişki ise kısmi sorumluluk esasına (TBK 62) dayanır. eBK’da, birden fazla kişinin aynı haksız fiilin işlenmesine katılması ile aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumluluğu bakımından öngörülen ve doktrinde tam teselsül-eksik teselsül olarak nitelendirilen ayırım (eBK 50, 51) TBK’da terk edilmiş ve tek bir teselsül yapısı olarak tam teselsül sistemi benimsenmiştir<sup>929</sup>.

<sup>925</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 363; YHGK, T.07.11.1962, E.1962/4-54, K.1962/86, Kazancı, E.T.12.01.2017.

<sup>926</sup> **Erten**, Müteselsil, s. 113.

<sup>927</sup> **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 465.

<sup>928</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 293.

<sup>929</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapancı**, s. 654 vd.

### 3.1.2.2. Adam Çalıştırmanın Müteselsilen Sorumlu Olduğu Durumlar

#### 3.1.2.2.1. Adam Çalıştırmanın Çalışan ile Müteselsil Sorumluluğu

Avrupa ülkelerindeki hâkim modelden farklı olarak, Türk hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu, çalışanın zarar verici fiilinden (ne kusur ne bir kusursuz sorumluluk sebebine dayanan) şahsi sorumluluğuna bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle, çalışanın kusurlu olmadığı durumlarda da adam çalıştırmanın sorumlu tutulması mümkündür.

Öte yandan, meydana gelen zarardan çalışanın da şahsen sorumlu tutulabildiği durumlarda ise adam çalıştırın ile çalışanın, aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle müteselsil sorumluluğu (TBK 61) gündeme gelir. Çalışanın şahsi sorumluluğu bakımından, akla ilk gelen ve uygulamada en sık rastlanan, kusura dayanan genel haksız fiil sorumluluğudur (TBK 49)<sup>930</sup>. Öte yandan, nadiren rastlanabilecek olmakla birlikte, çalışanın şahsi sorumluluğu bir kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâlinde de kaynaklanabilir<sup>931</sup>.

#### 3.1.2.2.2. Adam Çalıştırmanın Üçüncü Kişi ile Müteselsil Sorumluluğu

Adam çalıştırın, çalışan dışında bir üçüncü kişi (üretici<sup>932</sup>, yapı mâliki, motorlu araç işleten vb.) ile de müteselsilen sorumlu olabilir. Üçüncü kişinin sorumluluğu kusur esasına ya da bir kusursuz sorumluluk hâline dayanabilir. Meydana gelen zarardan çalışanın da şahsen sorumlu olduğu durumlarda, müteselsil sorumlu sayısı üçe çıkar.

<sup>930</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.39; **Kessler**, Art.55 N.14; **Keller**, s. 172; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, N.232; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 562; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 341; **Hatemi/Gökyayla**, N.10; **Nomer**, Borçlar, s. 174.

<sup>931</sup> TBK 66/4 hükmünde, çalışanın “kusurlu olduğu ölçüde” yerine, “onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde” ifadesine yer verilmiş olması, çalışanın kusursuz sorumluluğunun da söz konusu olabileceğini desteklemektedir. Çalışanın, ev başkanı ya da hayvan bulunduran sıfatıyla sorumluluğu bulunabileceği gibi, ayırt etme gücünden yoksun çalışanın üçüncü kişilere verdiği zarardan hakkaniyet sorumluluğu da gündeme gelebilir (**Brehm**, Art.55 OR N.107, **Werro**, Responsabilité, N.532).

<sup>932</sup> Çalışanın verdiği zarar, adam çalıştırın kendisinin üretmeyip bir başkasından tedarik ettiği teknik teçhizat ya da malzemedeki üretim hatasından kaynaklanıyorsa, (kurtuluş kanıtı getiremeyen) adam çalıştırın ile üreticinin müteselsil sorumluluğu söz konusu olur.

Üçüncü kişinin adam çalıştıran ile müteselsilen sorumlu tutulabilmesi için üçüncü kişinin fiili, çalışanın fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağına kesmemiş olmalıdır. Aksi takdirde, zararın tek sorumlusu üçüncü kişi olur<sup>933</sup>.

### 3.1.2.2.3. Birden Fazla Adam Çalıştıranın Müşterek Çalışanın Fiilinden Müteselsil Sorumluluğu

Çalışanın gördüğü işin birden fazla kişiye ait olması mümkündür. Bu tür durumlarda, birden fazla adam çalıştıran, müşterek çalışanın verdiği zarardan zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olur<sup>934</sup>.

### 3.1.3. Adam Çalıştıranın Rücu Etmesi

#### 3.1.3.1. Genel Olarak

Rücu, kendisine veya başkasına ait bir borcu ifa ederek alacaklıyı tatmin eden kişinin, alacaklıya yaptığı ödemenin tamamını veya bir kısmını bir başka kişiden talep etmesidir<sup>935</sup>. Rücu hakkı, borcun ifa edilmesiyle doğan ve fakat ifa edilen borçtan bağımsız olarak, rücu eden ile rücu edilen arasındaki ayrı bir ilişkiye (rücu ilişkisi) dayanan yeni bir alacak hakkı niteliğindedir<sup>936</sup>. Bu hak, rücu eden ile rücu edilen arasındaki mevcut bir sözleşme ilişkisinden doğabileceği gibi, haksız fiilden de kaynaklanabilir<sup>937</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunda, müteselsil sorumluların iç ilişkide birbirlerine rücu hakkının dayanağını TBK 62 hükmü oluşturur. Burada öngörülen rücu hakkı, aynı zamanda, zarar görenin haklarına halefiyet<sup>938</sup> ile güçlendirilmiştir. TBK 62 hükmüne göre, müteselsil

<sup>933</sup> Çelik, s. 273.

<sup>934</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.80; Rey/Wildhaber, N.1067; Müller-Chen, Art.55 OR N.9; Werro, Art.55 OR N.11; Kessler, Art.55 OR N.11; Eren, Genel, s. 650; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 60. Müteselsil sorumluluğun dayanağı hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, §7, III, B, 3.

<sup>935</sup> Nomer, Rücu, s. 246.

<sup>936</sup> Nomer, Rücu, s. 246.

<sup>937</sup> Nomer, Rücu, s. 246.

<sup>938</sup> Halefiyet, hukuki anlamı itibarıyla, bir kimsenin yerine geçmeyi ifade eder. Bir rücu hakkının halefiyet ile güçlendirilmesi için, bu durumun kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekir. TBK 62/2 hükmünde, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip olan sorumlunun, zarar görenin haklarına da halef olacağı düzenlenmiştir. Burada halefiyet, diğer sorumlular tarafından tazminat alacaklısına gösterilen teminatlardan,

sorumluların iç ilişkide birbirlerine karşı rücu hakkının varlığını ve içeriğini, takdir yetkisi dâhilinde, hâkim tespit eder. Hâkim bu tespiti yaparken, somut olayın tüm koşullarını, özellikle müteselsil sorumlulardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu<sup>939</sup> göz önünde tutar (TBK 62/1). Eksik teselsül ilişkisi bakımından eBK 51/2 hükmünde öngörülen rücu sırasına ise TBK’da yer verilmemiştir<sup>940</sup>.

### 3.1.3.2. Adam Çalıştırmanın Rücu Hakkı

#### 3.1.3.2.1. Adam Çalıştırmanın Çalışana Rücu Hakkı

##### 3.1.3.2.1.1. Rücu Hakkının Hukuki Dayanağı

Adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkının hukuki dayanağı, aralarındaki iç ilişkiye göre belirlenir. Adam çalıştırın ile çalışan arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda, çalışanın fiilinin bu sözleşmeden doğan borcuna aykırılık teşkil ettiği ölçüde, adam çalıştırmanın rücu talebi bu sözleşmeye dayanır<sup>941</sup>. Bu durumda adam çalıştırın, özel hükümlere (örneğin, genel hizmet sözleşmesine ilişkin TBK 400) ya da genel borca aykırılık hükümlerine göre (TBK 112 vd.) rücu eder. Sözleşmeye aykırılık temelinde rücu etmek, adam çalıştırın açısından daha elverişlidir<sup>942</sup>. Adam çalıştırın ile çalışan arasında

---

ödemede bulunan sorumlunun yararlanabilmesini ifade eder. Bir rücu hakkının halefiyet ile güçlendirilmesi durumunda, birbiriyle yarışan ve fakat birbirinden ayrı iki alacak hakkı söz konusu olur. Bunlardan ilki, tazminat borcunun ifa edilmesiyle doğan, ifa edilen borçtan bağımsız bir talep içeren ve rücu eden ile rücu edilen arasındaki ayrı bir ilişkiye dayanan rücu hakkı; diğeri ise, halefiyet gereği teminatlarla birlikte ifade bulunan sorumluya intikal eden alacak hakkıdır. Yapılan bu ayırım çerçevesinde, ödeme bulunan sorumlunun bu alacak haklarından hangisine dayandığı, teminatlara başvurma imkânı ve alacak hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresi bakımından önem arz eder. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer**, Rücu, s. 246 vd. Öte yandan, haksız fiil sorumlusunun tazminat alacaklısına teminat göstermesine günlük hayatta rastlanmadığından, tazminat alacaklısını tatmin eden sorumlunun onun haklarına halef olmasının da pratik önemi yoktur (**Nomer**, Tazminat, s. 176).

<sup>939</sup> “Yaratılan tehlikenin yoğunluğu” ibaresi, “zarar vermeye elverişlilik (uygunluk) derecesi” olarak anlaşılmalıdır. Bu doğrultuda hâkim, her bir sorumlu bakımından sorumluluğu doğuran olayın, zararın meydana gelmesinde ne derece uygun sebep olduğunu değerlendirir (**Nomer**, Borçlar, s. 202).

<sup>940</sup> eBK 51/2 hükmüyle aynı doğrultuda düzenlemeler içeren TBK 66/4 ve TBK 67/3 hükümlerinin varlığını sürdürmesinden hareketle, eBK 51/2 hükmünde öngörülen rücu sırasının TBK döneminde de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. **Nomer**, Borçlar, s. 203; **Kapancı**, s. 683.

<sup>941</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.154; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 512; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 72; **Kessler**, Art.55 OR N.24; **Keller/Gabi/Gabi**, s. 175; **Deschenaux/Tercier**, §9 N.13; **Rey/Wildhaber**, N.1132 (rücu talebi, sözleşmenin kötü ifasına dayanır).

<sup>942</sup> **Rey/Wildhaber**, N.1132; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.26; **Fellmann/Kottmann**, N.817; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 73; **Oğuzman/Öz** II, s. 153; **Feyzioğlu** I, s. 636; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 561. Adam

bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, çalışan zarar görene karşı şahsen sorumlu ise, adam çalıştırmanın rücu talebi haksız fiil hükümlerine dayanır.

Adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkı, İsviçre hukukunda Art.55/2 OR hükmüne tekabül eden TBK 66/4 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Ancak Art.49 VE-OR ve Art.58 OR-2020 hükümlerinde rücu hakkına ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. İsviçre doktrininde hâkim görüşe göre, adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkına sahip olduğu sonucuna Art.51/2 OR vasıtasıyla da ulaşılabileceğinden, Art.55/2 OR hükmü gereksizdir<sup>943</sup>. Aynı görüş Türk doktrininde eBK 51/2 karşısında eBK 55/2 bakımından<sup>944</sup>, TBK 62/2 karşısında da TBK 66/4 bakımından<sup>945</sup> dile getirilmiştir. *Brehm* ise, Art.51/2 OR ve Art.55/2 OR hükümleri arasındaki birtakım farklılıklara dikkat çekmektedir<sup>946</sup>. Ancak rücu hakkının hukuki dayanağına ilişkin bu tartışmanın, çalışanın rücu sorumluluğunun adam çalıştırmanın ile arasındaki sözleşmeye dayandığı durumlarda pratik önemini kaybedeceği belirtilmektedir<sup>947</sup>.

Kanaatimizce, kanundaki mevcut durum karşısında, adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkı, TBK 62/2 hükmüne rağmen varlığını koruyan TBK 66/4 hükmüne tâbi olmalıdır.

---

çalıştırmanın, çalışan ile arasındaki sözleşme ilişkisine dayanarak rücu talebinde bulunursa, kusur karinesi gereği çalışanın kusurunu ispatlamak zorunda kalmayacağı gibi, rücu hakkı da kural olarak on yıllık genel zamanasımı süresine tâbi olacaktır; ancak haksız fiil hükümlerine göre rücu talebinde bulunursa, çalışanın haksız fiili işlerken kusuru bulunduğunu ispatlaması gerekecek ve rücu hakkı TBK 73 hükmünde öngörülen iki ve on yıllık zamanasımı sürelerine tâbi olacaktır.

<sup>943</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.154; **Deschenaux/Tercier**, §9 N.13; **Keller/Gabi/Gabi**, s.175; **Rey/Wildhaber**, N.1131; **Schwenzer**, N.23.32; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, N.232; **Kessler**, Art.55 OR N.33; **Fischer/Iten**, Art.55 OR N.33.

<sup>944</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 510; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 72; **Arık**, s. 121; eBK 55/2 özel hüküm niteliğinde olmayıp, eBK 51/2'deki genel prensibin uygulama hâlinde ibarettir (**Nomer**, Borçlar, s. 203).

<sup>945</sup> **Hatemi/Gökyayla**, §19 N.12; kanun koyucu bu hususu TBK 66/4 hükmünde yeniden vurgulama ihtiyacı hissetmiştir (**Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 341); özel rücu kuralının, genel kuralı tamamlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilmesi daha doğru olur; adam çalıştırmanın ile çalışan arasındaki iç ilişki bakımından, TBK 62/2 hükmünde düzenlenen zararın paylaşılması ilkesi ve zarar görenin haklarına halefiyet ilkesi uygulama alanı bulur (**Antalya**, s. 572-573).

<sup>946</sup> *Brehm*'e göre, Art.55/2 OR hükmünün lafzından hareketle, ek kusuru bulunan adam çalıştırmanın, zarara hafif kusuruyla sebep olan kişiye dahi rücu edebilir; oysa Art.51/2 OR hükmüne göre, eksik teselsül ilişkisinde, ek kusurlu sorumlu diğer sorumlulara rücu edemez. Bu bakımdan Art.55/2 OR, lafzı itibarıyla, Art.51/2 OR hükmünden geniştir. Ayrıca, Art.51 OR hükmünde hâkime tanınan takdir yetkisi Art.55/2 OR hükmü bakımından öngörülmemiştir; ancak Art.4 ZGB aracılığıyla, Art.55/2 OR bakımından da hâkim takdir yetkisini kullanabilir. İki hüküm arasındaki bu farklılıklar, kanunun onaylanması sürecinde Art.51 OR hükmünün, Art.55 OR hükmünden sonra ele alınmasından kaynaklanmaktadır (**Brehm**, Art.55 OR N.104 vd.). Yazara göre, çalışanın kusurlu olmadığı ya da hakkaniyet sorumluluğunun bulunduğu durumlarda adam çalıştırmanın Art.55/2 OR hükmüne göre rücu hakkı bulunmadığı kabul edilmeli; çalışanın, hayvan bulunduran ya da ev başkanı sıfatıyla kusursuz sorumluluğunun ya da hem adam çalıştırmanın hem de çalışanın kusurunun bulunduğu durumlarda ise, Art.51 OR gereği zararın paylaşılmalıdır (**Brehm**, Art.55 OR N.106b-107a).

<sup>947</sup> **Roberto**, Haftpflichtrecht, N.08.44.



Bu doğrultuda, çalışanın zarar görene karşı kusuru nedeniyle şahsen sorumlu olduğu durumlarda (TBK 49), çalışana karşı ek kusuru bulunmayan adam çalıştıran ödediği tazminatın tamamı için çalışana rücu edebileceken; ek kusuru bulunan durumlarda bu kusuru oranında çalışana rücu hakkı sınırlanacak ya da ortadan kalkacaktır. Öte yandan, rücu hakkının TBK 62/2 hükmüne tâbi olduğu kabul edilmiş olsaydı, çalışanın zarar görene karşı zararın tamamından sorumlu olduğu durumlarda bile, TBK 62/1 gereği hâkim, adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğünün ihlâlinin yarattığı tehlikenin yoğunluğunu dikkate alarak zarar yükünün bir kısmını adam çalıştıranın üzerinde bırakabilecekti<sup>948</sup>.

Acaba, adam çalıştıran ile çalışan, aralarındaki sözleşmede TBK 66/4 hükmünden farklı bir rücu kuralı kararlaştırabilir mi? Müteselsil sorumlulukta iç ilişkiyi düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir; taraflar -haksız fiil sorumluluğunda nadiren rastlanmakla birlikte- sorumluluğun doğmasından önce yapacakları bir sözleşme ile iç ilişkide zararın nasıl paylaşılacağı konusunda anlaşabilirler<sup>949</sup>. Ancak böyle bir anlaşma, sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarına (TMK 23, TBK 27, TBK 115) aykırı düşmediği ölçüde hüküm ifade eder<sup>950</sup>. Bu doğrultuda, çalışanın, hukuka aykırı fiilleriyle üçüncü kişilere verdiği tüm zararları kusuru olmasa (hatta çalışan bakımından herhangi bir kusursuz sorumluluk sebebi bulunmasa) bile üstleneceğine ilişkin bir sözleşme hükmü geçersiz olacakken, çalışanın hafif kusuru ile üçüncü kişilere vereceği zararlardan adam çalıştıranına karşı sorumlu olmayacağını kararlaştırılması mümkün gözükmektedir.

### 3.1.3.2.1.2. Rücu Hakkının Şartları ve Kapsamı

Adam çalıştıranın, haksız fiil hükümlerine göre çalışana rücu edebilmesi için kural olarak çalışanın kusuru gereği zarar görene karşı şahsi sorumluluğu (TBK 49) bulunmalıdır<sup>951</sup>. eBK 55/2 hükmü<sup>952</sup>, lafzı itibarıyla, çalışanın kusurundan bahsedilmemesi nedeniyle

<sup>948</sup> Nomer, Borçlar, s. 203.

<sup>949</sup> Nomer, Tazminat, s. 183.

<sup>950</sup> Oftinger/Stark I, §10 N.91.

<sup>951</sup> Oğuzman/Öz II, s. 153; Eren, Genel, s. 655; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 72; Sağlam, s. 169. Çalışanın şahsi sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk hâline dayandığı istisnai durumlarda da adam çalıştıran ile çalışan arasında rücu ilişkisi meydana gelebilir. Çalışanın hakkaniyet sorumluluğunun bulunduğu durumlarda ise adam çalıştıranın Art.55/2 OR hükmüne dayanarak çalışana rücu hakkının olmaması gerektiği ileri sürülmektedir (Brehm, Art.55 OR N.106b).

<sup>952</sup> eBK 55/2: "İstihdam eden kimsenin, zâmin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır".

tazminatı ödeyen adam çalıştırmanın her halükârda çalışana rücu edebileceği anlamı çıktığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak bu eksikliğe rağmen, doktrin<sup>953</sup> ve mahkeme içtihatlarında<sup>954</sup> adam çalıştırmanın çalışana kusuru oranında rücu edebileceği kabul edilmiştir. TBK 66/4 hükmünde ise, çalıştırmanın çalışana karşı “onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde” rücu hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Adam çalıştırmanın çalışana karşı kusurlu davranışı ise, çalışana rücu hakkını, bu kusurun ağırlığı oranında, sınırlar ya da ortadan kaldırır<sup>955</sup>. Adam çalıştırmanın, çalışanına yanlış talimat vermesi, bozuk araç-gereç sağlaması, yapılmasını emrettiği fiilin hukuka aykırılığı konusunda çalışanını yanıltması, ağır vasıta kullanma ehliyeti olmamasına rağmen çalışanını bu vasıtayı kullanmaya zorlaması<sup>956</sup> bu tür durumlara örnek teşkil eder.

Adam çalıştırmanın rücu hakkına sahip olabilmesi için, zarar görene ödeme yapmış olması gerekir. TBK 66/4 hükmünde geçen “ödediği tazminat” ifadesi de bu duruma işaret eder. Adam çalıştırın, kendisi aleyhine kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla zarar görene tazminat ödemeye mahkûm edilmiş ise, zarar görene fiilen ödeme yapmadıkça çalışana rücu hakkını kullanamayacaktır<sup>957</sup>. Ancak adam çalıştırmanın zarar görene yaptığı ödemenin bir mahkeme kararına istinaden gerçekleştirilmiş olması şart değildir; adam çalıştırın, zarar görenin kendisine dava açmasını beklemeden yaptığı ödeme bakımından da çalışana rücu edebilir<sup>958</sup>.

Zarar gören tarafından adam çalıştırana karşı açılan tazminat davasında verilen karar, adam çalıştırmanın çalışana açacağı rücu davası bakımından kesin hüküm teşkil etmez;

<sup>953</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 72; **Reisoğlu**, Borçlar, s. 124; **Birsen**, s. 250; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu, Altop**, s. 511-512.

<sup>954</sup> Çalışanın kusuru oranında sorumlu tutulacağına ilişkin bazı örnek kararlar şöyledir: 6/8 oranında teknik arıza nedeniyle meydana gelen bir trafik kazasında, en tedbirli şoförün bile rotül somununun sıyırılması ihtimalini önceden düşünebilmesi olanaksız olduğundan adam çalıştırın, şoföre ancak 2/8 kusuru oranında rücu edebilir (Y4HD, T.14.06.1977, E.1977/6142, K.1977/6868, Kazancı, E.T.12.01.2017). Bir eczanede çalışan kalfanın, hasta yakınına reçetede yazandan farklı bir ilaç vermesinden eczane sahibi adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu olup, kalfanın gerekli özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi aynı zamanda iş sözleşmesine de aykırılık teşkil eder. Kalfanın daha önce başka işyerinde aynı görevde çalışıp çalışmadığı, kalfalık belgesi olup olmadığı, kıdemi, mesleki deneyimi gibi hususlarda değerlendirilerek kusur oranı belirlenmeli ve uygun oranda tazminat yönünden davacının rücu istemi kabul edilmelidir (Y22HD, T.12.12.2016, E.2016/31994, K.2016/26706, Kazancı, E.T.12.01.2017).

<sup>955</sup> **von Tuhr**, s. 355; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 512; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 73; **Eren**, Genel, s. 655.

<sup>956</sup> Y4HD, T.27.01.1977 E.1977/197 K.1977/890, Kazancı, E.T.14.02.2017.

<sup>957</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 154.

<sup>958</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 153-154.

rücu davasında, kusur ve zarar miktarı bakımından farklı sonuçlara varılabilir<sup>959</sup>. Ancak adam çalıştırmanın çalışana rücu edebileceği miktar, zarar görene yaptığı ödeme miktarı ile sınırlıdır; daha yüksek bir meblağ talep edemez<sup>960</sup>. Adam çalıştırın zarar görene sadece kısmi ödeme yapmış ise, çalışana rücu hakkını da sadece bu kısım bakımından kullanabilir<sup>961</sup>. Rücu talebinin kapsamına, yargılama giderleri, vekâlet ücreti ve hükmün kesinleşmesine kadar işleyen faiz dâhil olup, hükmün kesinleşmesinden sonraki döneme ait faiz ile adam çalıştırmanın kendi kusuru ile neden olduğu icra masrafları kapsam dışıdır<sup>962</sup>.

### 3.1.3.2.2. Adam Çalıştırmanın Üçüncü Kişiyeye Rücu Hakkı

Adam çalıştırmanın, üçüncü kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu olduğu durumlarda, üçüncü kişiyeye rücu hakkının dayanağını TBK 62/2 hükmü teşkil eder.

### 3.1.3.2.3. Adam Çalıştırınların Birbirlerine Rücu Hakkı

Birden fazla adam çalıştırmanın bulunması durumunda, zararın paylaşılması aralarındaki iç ilişkiye göre yapılır. Tazminatı ödeyen adam çalıştırın, sorumlu diğer adam çalıştırınlara, aralarında bir sözleşme ilişkisi varsa bu sözleşmeye göre, diğer durumlarda ise TBK 62/2 hükmüne göre rücu eder<sup>963</sup>.

<sup>959</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 512; Oğuzman/Öz II, s. 153; Antalya, s. 573.

<sup>960</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 123; Eren, Genel, s. 655; Antalya, s. 573.

<sup>961</sup> Oğuzman/Öz II, s. 154.

<sup>962</sup> Y4HD, T.09.03.1977 E.1977/1530 K.1977/2713, Kazancı E.T.14.02.2017.

<sup>963</sup> Burada, birden fazla kişinin TBK 49 dışında bir ve fakat aynı sebepten sorumluluğu söz konusudur. Böyle bir durumda İsviçre hukukunda, adam çalıştırınlar arasındaki müteselsil sorumluluğun OR 51/1 hükmünden kaynaklanmadığı, rücu ilişkisinin de OR 51/2 hükmüne tâbi olmadığı ileri sürülmüştür (Oftinger/Stark §20 N.80; Fellmann/Kottmann, N.737). Bir başka görüşe göre, bu durumda Art.51 OR hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür (Rey/Wildhaber, N.1689 vd.). İsviçre Federal Mahkemesi ise bir kararında (BGE 97 II 339) birden fazla adam çalıştırın arasındaki rücu ilişkisine Art.51 OR hükmünü doğrudan uygulamıştır. Türk hukukunda ise eksik-tam teselsül ayırımının kaldırılmış olması karşısında, aynı zarardan aynı sebeple sorumlu olan birden fazla adam çalıştırın TBK 61 hükmünde yer alan, “aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olma” şeklindeki geniş ifadenin kapsamına dâhil ederek müteselsil sorumlu olacağı, aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan durumlarda da birbirlerine rücu hakkının TBK 62 hükmüne tâbi olacağı kanaatindeyiz.

### 3.1.3.3. Rücu Hakkının Tâbi Olduğu Zamanaşımı

Aynı zarardan müteselsilen sorumlu olan borçlular arasındaki iç ilişkide payına düşenden fazla ödeme yapan borçlunun diğer borçlulara karşı sahip olduğu rücu talebinin tâbi olduğu zamanaşımı meselesi eBK’da düzenlenmemiştir. Bu mesele, TBK 73 hükmünde açıklığa kavuşturulmuş olup, buna göre, “rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar” (TBK 73/1). Burada, rücu hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresinin başlamasının tazminatın tamamının ödenmesi şartına bağlanması eleştirilmektedir<sup>964</sup>. Bu düzenleme karşısında kısmi tazminat ödemesi yapan adam çalıştıran, tazminatın kalanını zarar görene ödemedikçe önceden ödediği kısım bakımından rücu zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacak ya da kalan kısmını uzun bir süre sonra öderse, önceden ödediği kısım için zamanaşımı henüz işlemeye başlayacaktır.

On yıllık çerçeve zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi olarak tazminatın tamamının ödendiği tarihin esas alınması; çalışanın, kendisine rücu talebinde bulunulabilecek en son tarihi tespit imkânından mahrum ve böylelikle, adam çalıştıranın inisiyatifine bırakılan bu süre boyunca rücu davası tehdidi ile karşı karşıya kalmasına neden olacaktır.

Öte yandan, TBK 73/2 hükmünde, tazminatın ödenmesi kendisinden istenen müteselsil sorumluya, durumu diğer sorumlulara bildirme külfeti<sup>965</sup> getirilmiş; aksi takdirde, zamanaşımının bu bildirim dürüstlük kuralına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Buradaki süre, iki yıllık zamanaşımı süresidir<sup>966</sup>. Böylelikle adam çalıştıranın çalışana rücu talebinin tâbi olduğu iki yıllık zamanaşımı süresi, tazminatın tamamının ödenmesi ve çalışana bildirim dürüstlük kuralına göre yapabileceği tarihte işlemeye başlayacaktır.

<sup>964</sup> Oğuzman/Öz II, s. 154; Nomer, Rücu, s. 250; Kapancı, s. 699.

<sup>965</sup> Nomer, Rücu, s. 251; Kapancı, s. 696.

<sup>966</sup> Nomer, Rücu, s. 251; Çelik, s. 282.

## 3.2. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

### 3.2.1. Kurtuluş Kanıtı

#### 3.2.1.1. Kurtuluş Kanıtı Kavramı ve Hukuki Niteliği

Özen yükümlülüğüne dayanan olağan sebep sorumluluklarının ortak özelliği, sorumlu tutulan kişiye sorumluluktan kurtulma imkânı tanımalarıdır. “Kurtuluş kanıtı” (*Entlastungsbeweis/Befreiungsbeweis*) olarak adlandırılan bu imkân, varlığı karineten kabul edilen olguların çürütülmesine hizmet eder.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, varlığı karineten kabul edilen iki olguya dayanır: Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlal ettiği (1) ve zararın bu ihlal nedeniyle ortaya çıktığı (2). Bunlardan ilkinin “fiil karinesi”, ikincisini “illiyet karinesi” olarak nitelendiren *Oğuzman/Öz*'e göre adam çalıştırmanın sorumluluğu bu iki alt karineden oluşan “sorumluluk karinesi” üzerine kuruludur<sup>967</sup>. Sorumluluğun (olumlu) şartlarının zarar gören tarafından ispatlanması durumunda, sorumluluk karinesi oluşur ve adam çalıştırmanın ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu kanun tarafından karineten kabul edilir<sup>968</sup>. Adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için, âdi nitelikteki bu sorumluluk karinesini, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle çürütmesi gerekir. Adam çalıştırın, ya zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat suretiyle fiil karinesini ya da gerekli özeni göstermiş olsaydı bile zararın ortaya çıkmasını engelleyemeyeceğini ispat suretiyle illiyet karinesini çürüterek sorumluluktan kurtulabilir. Öte yandan, uygulamada adam çalıştırmanın sorumluluğunu ağırlaştırın yaklaşım neticesinde, âdi nitelikteki bu sorumluluk karinesi, fiilen neredeyse kesin karineye dönüşmüştür.

<sup>967</sup> *Oğuzman*, *Kusur*, s. 191; *Oğuzman/Öz II*, s. 147 vd.

<sup>968</sup> *Honsell/Isenring/Kessler*, §13 N.21; *Brehm*, Art.55 OR, N.32; *Müller-Chen*, Art.55 OR N.17; *Werro*, *Responsabilité*, N.453; *Tercier/Pichonnaz*, N.1897; *Nater*, s. 34; *Gönensay*, s. 138; *Kaneti*, *Hukuka Aykırılık*, s. 231; *Oğuzman/Öz II*, s. 143; *Nomer*, *Borçlar*, s. 172; *Tandoğan*, *Kusura Dayanmayan*, s. 65; *Eren*, *Genel*, s. 652; *Antalya*, s. 565.

### 3.2.1.2. Fiil Karinesinin Çürütülmesine İlişkin Kurtuluş Kanıtı

Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün ölçüsü ve kapsamı yukarıda<sup>969</sup> incelenmiştir.

### 3.2.1.3. İlliyet Karinesinin Çürütülmesine İlişkin Kurtuluş Kanıtı

#### 3.2.1.3.1. Borçlar Kanunu Dönemi

##### 3.2.1.3.1.1. Genel Olarak

eBK 55 hükmüne göre adam çalıştırın, “[...] dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını” ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Böylelikle gerekli özeni gösterdiğine ilişkin kurtuluş kanıtını getiremeyen adam çalıştırana sorumluluktan ikinci bir kurtulma imkânı tanınmıştır. Söz konusu kurtuluş kanıtı, adam çalıştırının özen yükümlülüğünü ihlâli ile meydana gelen zarar arasında, varlığı kanunen kabul edilen illiyet karinesine dayanır<sup>970</sup>. Bu illiyet bağı dolaylıdır; adam çalıştırının özen yükümlülüğünü ihlâli ile çalışanın fiili arasında doğrudan, adam çalıştırının özen yükümlülüğü ile zarar arasında ise dolaylı bir illiyet bağı bulunur. Bu nedenle, zararın doğrudan doğruya nedeni, çalışanın fiilinde araştırılmalıdır<sup>971</sup>. Bu kurtuluş kanıtının kanunda açıkça düzenlenmiş olması ise doktrinde farklı görüşlere neden olmuştur.

##### 3.2.1.3.1.2. Sorumluluk Hukukundaki İşlevine İlişkin Görüşler

#### 3.2.1.3.1.2.1. İlliyet Karinesine İlişkin Kurtuluş Kanıtının Kanunda Açıkça Düzenlenmesine İhtiyaç Olmadığı Görüşü

Bu görüşün çıkış noktası, illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtına çoğunlukla illiyet bağı kesen bir sebebin varlığı durumunda başvuruluyor olmasıdır<sup>972</sup>. İlliyet bağı genel

<sup>969</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §6.

<sup>970</sup> Deschenaux/Tercier, §9 N.62; Kessler, Art.55 N.23; Studhalter, s. 199; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 70; Tunçomağ, Borçlar, s. 547-548; Oğuzman/Öz, 2005, s. 599; Hatemi/Gökyayla, §19 N.17.

<sup>971</sup> Nater, s. 13-14; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 65.

<sup>972</sup> Eren, Genel, s. 654; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 70; Tandoğan, Mesuliyet, s. 121; Birsen, s. 245-246.

haksız fiil sorumluluğunun bir şartı olduğundan, bu kurtuluş kanıtının kanunda açıkça öngörülmesine gerek olmadığı; genel haksız fiil teorisi çerçevesinde de aynı sonuca ulaşılabileceği savunulmaktadır<sup>973</sup>. Bu kurtuluş kanıtının uygulama alanı, illiyet bağıını kesen sebepler hâricinde yok denecek kadar azdır; zaten çoğu zaman fiil karinesinin çürütülmesine ilişkin ilk kurtuluş kanıtına dönüşür<sup>974</sup>. Ayrıca *Eren*, illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtını farazi illiyet çerçevesinde değerlendirerek, kanunun adam çalıştırana farazi sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulma imkânı verdiğini belirtmektedir<sup>975</sup>.

İlliyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtı, mehz İsviçre Borçlar Kanununa 1911 yılında sadece kuşkuları ortadan kaldırmak amacıyla eklenmiştir<sup>976</sup>. İsviçre doktrininde savunulan hâkim görüşe göre, hukuka uygun seçimlik davranış (*rechtmässiges Alternativverhalten*) teorisi ile de bu kurtuluş kanıtının sağladığı sonuca ulaşılması mümkündür<sup>977</sup>. Alman hukuku kökenli bu teoriye göre; sorumlu olduğu varsayılan kişinin hukuka aykırı davranışının yerine farazi nitelikteki hukuka uygun davranışı konulduğunda zararlı sonuç bakımından bir değişiklik olup olmayacağı değerlendirilir. Böylelikle adam çalıştıran, özenli davranmış olsaydı bile (hukuka uygun farazi davranış) aynı zararın ortaya çıkacağını, diğer bir ifadeyle özen göstermemesi ile zarar arasında *tabii illiyet* bulunmadığını ispatlamış olur. Örneğin, çalışanını seçme konusunda özen göstermeksizin onu işe alan adam çalıştıran, çalışanının mesleki tecrübesi ve yeteneklerine ilişkin bir araştırma yapmış olsaydı bile sadece olumlu yönde referanslar alacağını ve bu nedenle çalışanın fiilinin engellenemez nitelikte olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir<sup>978</sup>. Ancak bu teori bakımından aranan ispat ölçüsü oldukça yüksektir; hukuka uygun davranışın, zararlı sonucu engelleyemeyeceğinin ihtimal dâhilinde olması yeterli olmayıp, belli bir ölçüde kesinlik aranır<sup>979</sup>.

<sup>973</sup> Keller, s. 177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu, Altop, s. 510; Kılıçoğlu, Borçlar, s. 340; Altop, s. 202; Hatemi/Gökyayla, §19 N.19.

<sup>974</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 71; Oftinger/Stark II/1, §20 N.153; Deschenaux/Tercier, §9 N.63.

<sup>975</sup> Eren, Genel, s. 578.

<sup>976</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.153; Deschenaux/Tercier, §9 N.62.

<sup>977</sup> Brehm, Art.55 OR N.91; Schwenger, N.23.26; Fellmann/Kottmann, N.809; Schönenberger, Art.55 N.13; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.247. Bu teori, Art.55/1 OR hükmünde açıkça öngörülmüştür (Huguenin, N.1937).

<sup>978</sup> Studhalter, s.198.

<sup>979</sup> Honsell/Isenring/Kessler, §3 N.64; Studhalter, s. 187; BGE 131 III 115.

### 3.2.1.3.1.2.2. İlliyet Karinesine İlişkin Kurtuluş Kanıtının İşlevinin İlliyet Bağını Kesen Sebeplerle Sınırlı Olmadığı Görüşü

İlliyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtının başlıca işlevi, zarar göreni, özen yükümlüğünün ihlâli ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığını ispatlamaktan kurtarmaktır. Söz konusu kurtuluş kanıtı, dayandığı illiyet karinesi gereği illiyet bağını ispat yükünü ters çevirir. Böylelikle, bu kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle karinenin aksini ispatlamak adam çalıştırana düşer<sup>980</sup>.

Bu kurtuluş kanıtının pratik önemi, illiyet bağını kesen sebepler dışındaki bazı durumlarda ortaya çıkar. Bunlar üç başlık altında toplanabilir. İlki; çalışanın fiili ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığına rağmen özen yükümlülüğünün ihlâli ile zarar arasındaki illiyet bağının bulunmamasıdır<sup>981</sup>. Mücbir sebep derecesine ulaşmayan beklenmedik hâl ile ayırt etme gücünden yoksun olan, dolayısıyla kusurundan bahsedilemeyen zarar gören ya da üçüncü kişinin fiili bu duruma örnektir. İkincisi; adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlâl etmiş olmasına rağmen çalışanın, adeta gerekli özen gösterilmiş gibi davranması ve fakat yine de zararlı sonucun ortaya çıkmış olmasıdır<sup>982</sup>. Üçüncüsü; adam çalıştırmanın en ileri düzeyde özen göstermiş olsaydı bile çalışanın fiilinin öngörülemez, dolayısıyla engellenemez nitelikte olmasıdır<sup>983</sup>.

Bazı yazarlar, çalışanın kasten verdiği zararları da bu çerçevede değerlendirerek, bu tür durumlarda, adam çalıştırmanın illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtını getirerek sorumluluktan kurtulabileceği görüşündedir<sup>984</sup>.

<sup>980</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.146

<sup>981</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s.71; **İmre**, s. 149-150; **Oğuzman/Öz**, 2005, s. 600.

<sup>982</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.50-151; **Rey/Wildhaber**, N.1110-1114; **Brehm**, Art.55 OR N.93.

<sup>983</sup> **Oser/Schönenberger**, Art.55 OR N.30; **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.152.

<sup>984</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §5, I, C.



### 3.2.1.3.2. Türk Borçlar Kanunu Dönemi

#### 3.2.1.3.2.1. İlliyet Karinesine İlişkin Kurtuluş Kanıtına Kanunda Yer Verilmemesinin Etkisine İlişkin Görüşler

İlliyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtı, Art.55 OR ve §831/1 BGB hükümlerinde varlığını sürdürmekle birlikte, Art.49 VE-OR hükmünde kaldırılmış, Art.58 OR 2020 hükmünde ise madde metnine yeniden dâhil edilmiştir. TBK 66 hükmünde ise bu kurtuluş kanıtına yer verilmemiştir. TBK 66 hükmünün madde gerekçesine göre bu değişikliğin sebebi, söz konusu kurtuluş kanıtının illiyet bağının kesilmesi ile ilgili olmasıdır.

TBK 66 hükmündeki mevcut düzenleme ise, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığına ilişkin ispat yükü tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Bir görüşe göre, TBK 66 hükmünde ikinci kurtuluş kanıtı imkânına yer verilmeyerek, özen yükümlülüğünün ihlâli ile zarar arasındaki illiyet karinesi de kaldırılmıştır<sup>985</sup>; böylelikle zarar görenin ispat yükü ağırlaştırıldığından, zarar gören, çalışanın fiili ile zarar arasındaki illiyet bağına ek olarak, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlâli ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığını da ispatlamak zorundadır. Aksi görüşe göre ise, hükmün amacından hareketle illiyet karinesinin varlığını sürdürdüğü, karinenin aksini ispat yükünün de adam çalıştırana ait olmaya devam ettiği kabul edilmelidir<sup>986</sup>.

Ayrıca, bazı istisnai durumlarda tatmin edici çözümler sağlayan bu kurtuluş kanıtına madde metninde yer verilmemesinin bir eksiklik olduğu<sup>987</sup>, mutlak bir yararı olmasa da zararlı bir fazlalık olarak da görülmemesi gerektiği<sup>988</sup>, herhangi bir tereddüde yol açmaması için madde metninde yer almasının isabetli olacağı ifade edilmektedir<sup>989</sup>.

<sup>985</sup> Sağlam, s. 167; Nomer, Borçlar, s. 173.

<sup>986</sup> Oğuzman/Öz II, s. 151; Antalya, s. 567.

<sup>987</sup> Sağlam, s. 167.

<sup>988</sup> Koçhisarlıoğlu/Erişgin, s. 1261.

<sup>989</sup> Akartepe, s. 163.

### 3.2.1.3.2.2. Değerlendirme ve Görüşümüz

Kanaatimizce; TBK 66 hükmünde illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtına yer verilmemiş olması, zarar görenin ispat yükünde herhangi bir değişikliğe yol açmamıştır. Bu kabulü gerektiren, her şeyden önce, adam çalıştırmanın sorumluluğunun olağan sebep sorumluluğu niteliğinde olmasıdır<sup>990</sup>. Yukarıda açıklandığı üzere, adam çalıştırmanın sorumluluğu; birbiriyle ilişkili iki (âdi) karineye dayanır. Bunlardan ilki, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği, ikincisi ise, meydana gelen zararın bu ihlâlden kaynaklandığıdır. Bu ikinci karinenin çürütülmesine ilişkin kurtuluş kanıtı, adam çalıştırana, özen yükümlülüğünün ihlâli ile zarar arasında illiyet bağı bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı verir. Böyle bir imkânın varlığını, kanun hükmünde açık bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle reddetmek ise, adam çalıştırmanın sorumluluğunun belkemiğini oluşturan özen yükümlülüğü fikrine aykırı düşer. Zira adam çalıştırın, sadece özen yükümlülüğünün ihlâli ile illiyet bağı içerisinde meydana gelen zararlardan sorumludur. TBK 66 hükmünün değişiklik gerekçesi de kanun koyucunun amacının ne adam çalıştırının sorumluluğunu ne de zarar görenin ispat yükünü ağırlaştırmak olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, eBK 55 hükmünde açıkça yer verilen illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtının, TBK 66 hükmü bakımından da varlığını sürdürdüğü kabul edilmelidir.

İlliyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtının uygulama alanının büyük bir kısmını, uygun illiyet bağı kesen sebeplerin (mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru) oluşturduğu görüşüne katılıyoruz. Böyle bir sebebin varlığını ispat, adam çalıştırana düşer<sup>991</sup>. Adam çalıştırın, böylelikle, kanunen varsayılan aksine, meydana gelen zararın özen yükümlülüğünün ihlâli ile değil, bu sebeplerden biri ile illiyet bağı içerisinde olduğunu ortaya koymuş olur. Bu tür durumlarda, sadece özen

<sup>990</sup> İlliyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtı, bir diğer olağan sebep sorumluluğu hâli olan hayvan bulunduranın sorumluluğu bakımından eBK 56 hükmünde düzenlenmişken, TBK 67 hükmünde kaldırılmıştır. Ev başkanının sorumluluğu bakımından eMK 320'de açık bir düzenleme olmasa da böyle bir imkândan yararlanmaya herhangi bir engel bulunmadığı kabul edilmiş (Ünal s. 134 vd.; Gönensay, s. 136; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, N.267), TMK 369 hükmünde ise eBK 55 ve eBK 56 hükümleri ile uyum sağlanması amacıyla açık bir düzenleme getirilmiştir. Sözleşme hukuku alanındaki benzer düzenlemeler için bkz. TBK 119, 380/3, 527/2.

<sup>991</sup> Uygun illiyet bağı kesen sebeplerin varlığını ispat yükü adam çalıştırana aittir (Oftinger/Stark II/1, §20 N.147). Uygun illiyet bağı kesen sebepler, olağan sebep sorumluluklarında da uygulanır (Tandoğan, Mesuliyet, s. 81; Eren, İlliyet Bağı, s. 175; Beck, s. 62).

yükümlülüğünün ihlâli ile zarar arasındaki değil, aynı zamanda ve çoğunlukla, çalışanın fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı da aynı sebepten kesilmiş olur<sup>992</sup>.

Öte yandan, illiyet karinesine ilişkin kurtuluş kanıtının uygulama alanı bakımından doktrinde değinilen örnek durumlar, bu kurtuluş kanıtının öneminin uygun illiyet bağına kesen sebeplerle sınırlı olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, istisnai de olsa bazı durumlarda, bu kurtuluş kanıtı, pratik öneme sahip olabilir. Ancak bu tür durumlardan bazılarının, kanaatimizce bu kurtuluş kanıtına başvurmaya gerek kalmaksızın çözülmesi mümkün gözükmemektedir.

İlk olarak; modern doktrin, uygun illiyet bağına kesen sebeplerin sınırlı olmadığını<sup>993</sup>, ayırt etme gücünden yoksun olan zarar görenin<sup>994</sup> ve üçüncü kişinin<sup>995</sup> fiillerinin de yeterli yoğunluğa ulaştığı takdirde, uygun illiyet bağına kesen bir sebep teşkil edeceğini kabul etmektedir.

İkinci olarak; beklenmedik hâl teşkil eden olay bakımından kaçınılmazlık, olayın kendisine değil, olay neticesinde meydana gelen ihlâle ilişkindir<sup>996</sup>. Diğer bir ifadeyle, bazı hallerde olay kaçınılmaz olmasına rağmen, bu olayın doğuracağı zarardan kaçınmak mümkündür. Bu tür durumlarda, sorumlu kişi gerekli tedbirleri almamışsa, beklenmedik hâlin varlığını ileri süremez. Dolayısıyla adam çalıştıran, bir olayın beklenmedik hâl niteliğinde olduğunu kanıtlamakla, aslında, böyle bir olay neticesinde zararlı sonucun ortaya çıkmaması için gerekli tüm özeni gösterdiğini, ancak aldığı tüm tedbirlere rağmen bu sonucu önleyemediğini ispatlamış ve böylelikle de esasında özen yükümlülüğüne

<sup>992</sup> Oğuzman/Öz, 2005, s. 600.

<sup>993</sup> Uygun illiyet bağına kesen sebeplerin mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru ile sınırlı olduğuna ilişkin açık bir hüküm yoktur; mücbir sebebin kapsamını genişletmek mümkün olduğu gibi, kusurlu sayılmasa bile bazı davranışların uygun illiyet bağına keseceğinin kabul edilmesi kaçınılmazdır (Altop, s. 202).

<sup>994</sup> Ayırt etme gücü bulunmayan zarar görenin fiili, kural olarak, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmaz ancak zarar gören ayırt etme gücüne sahip olsaydı söz konusu fiili kusurlu sayılacak nitelikteyse ve zararın doğmasına ya da artmasına katkıda bulunmuşsa, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, TBK 65 hükmüne kıyasen, indirim sebebi olarak dikkate alınır (Brehm, Art.44 N.33; Tandoğan, Mesuliyet, s. 325; İmre, s. 203; Nomer, Tazminat, s. 128; Tiftik, Tazminat, s. 124). Öte yandan, ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar görenin fiili yeterli yoğunluktaysa, illiyet bağına da kesebilir (Viney/Jourdain, N.400; Baysal, s. 117); mücbir sebep derecesine ulaşırsa illiyet bağına kesebilir (Eren, İlliyet Bağı, s. 197 dn.200).

<sup>995</sup> Ayırt etme gücü bulunmayan üçüncü kişinin fiili, yeterli yoğunluktaysa, illiyet bağına kesebilir (mücbir sebep derecesine ulaşırsa illiyet bağına kesebileceği hakkında bkz. Eren, İlliyet Bağı, s. 205); illiyet bağına kesecek yoğunlukta değilse, beklenmedik hâl niteliğinde olup, indirim sebebi teşkil eder (Nomer, Tazminat, s. 148-149). Ayırt etme gücü bulunmayan üçüncü kişinin, TBK 65 uyarınca hakkaniyet gereği de sorumluluğu söz konusu olabilir. Böyle bir durumda üçüncü kişinin fiili indirim sebebi teşkil etmez.

<sup>996</sup> Tandoğan, Mesuliyet, s. 462; Eren, İlliyet Bağı, s. 143.

ilişkin kurtuluş kanıtını getirmiş olur. Böylelikle, ikinci kurtuluş kanıtı ilkinde dönüşür. Burada dikkat edilmesi gereken, adam çalıştırmanın beklenmedik hâlin varlığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilmesi için, beklenmedik hâl teşkil eden olayın, zararlı sonucun *tek sebebi* olması gerektiğidir.

Üçüncü olarak; çalışanın kasten verdiği zararlar da kurtuluş kanıtına başvurmaya gerek olmaksızın işlevsel bağıllık unsuru kapsamında ele alınabilir<sup>997</sup>.

Son olarak; hukuka uygun seçimlik davranış teorisi ile farazi illiyet bağı arasındaki ilişkiye de kısaca değinmek isteriz. Bu iki kavram, birbirini çağrıştırmakla birlikte, aralarında ince bir çizgi bulunduğu kabul edilir<sup>998</sup>. Hukuka uygun seçimlik davranış teorisinin işletilmesi ile hukuka aykırı davranış ile zarar arasında tabii illiyet bağı bulunmadığı ortaya konulmuş olur. Oysa farazi illiyet bağının söz konusu olduğu durumlarda, gerçek sebep teşkil eden hukuka aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağı bulunmakla birlikte, sorumlu tutulan kişi, farazi sebebin de aynı zararlı sonucu meydana getireceğini ileri sürmektedir. Her iki durumda da bir faraziye vardır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Seçimlik davranış doktrininde değerlendirilen farazi davranış, farazi sebepten farklı olarak hiçbir zaman gerçekleşmemekte, gerçekleştiği sadece tasavvur edilmektedir. Ayrıca, farazi illiyet bağında farazi sebep, zarar vereni sorumluluktan kurtarmazken<sup>999</sup>, hukuka uygun seçimlik davranış teorisinin işletildiği durumlarda, tabii illiyet bağı bulunmadığı ortaya konulduğundan, sorumluluk ortadan kalkar. Bu doğrultuda, ikinci kurtuluş kanıtının adam çalıştırana farazi sebebe dayanarak sorumluluk kurtulma imkânı verdiği görüşüne katılamamaktayız. Kusur sorumluluğunda bile gerçek sebebin failine farazi sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmaz iken, kusursuz sorumlu adam çalıştırmanın böyle bir imkâna evleviyetle sahip olmayacağı düşüncesindeyiz.

<sup>997</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 70, dn.87; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 510, dn.4c.

<sup>998</sup> Studhalter, s. 177 vd.; Brehm, Art.41 OR N.149i; Kramer/Probst, N.355; Nomer, Farazi İlliyet, s. 413; Eren, Genel, s. 578-579. Hukuka uygun seçimlik davranış doktrininin, farazi illiyet bağının bir uygulama alanı olarak değerlendiren görüş için bkz. Schwenger, N.21.07; Honsell/Isenring/Kessler, §3 N.64; Hausheer/Widmer, Anmerkungen, s. 81.

<sup>999</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 569; Hatemi/Gökyayla, §17 N.13.

### 3.2.2. Sorumsuzluk Anlaşması

#### 3.2.2.1. Genel Olarak Sorumsuzluk Anlaşması Kavramı ve Haksız Fiil Hukukunda Geçerliliği Meselesi

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yalın sorumsuzluk anlaşması; zarara uğrayanın henüz doğmamış ancak ileride zarar doğuran fiilin gerçekleşmesi hâlinde doğması muhtemel tazminat talep hakkına engel olmak suretiyle, zarar verenin sorumluluğunu kısmen ya da tamamen ortadan kaldıran, zararın doğmasından önce<sup>1000</sup> yapılan iki taraflı bir hukuki işlemidir<sup>1001</sup>. Geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı, borçlunun tazminat borcunun doğmasına engel olacağından, teknik anlamda bir itiraz teşkil eder ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır<sup>1002</sup>. Sorumsuzluk anlaşması, hukuki niteliği itibarıyla, muhtemel tazminat talep hakkı üzerinde tasarrufta bulunan alacaklı açısından bir tasarruf işlemi; borçlu açısından ise bir kazandırıcı işlem teşkil eder<sup>1003</sup>.

Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK'da yer alan düzenlemeler, sözleşme sorumluluğuna ilişkin olduğundan, haksız fiil sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması ile bertaraf edilip edilemeyeceği tartışmalıdır<sup>1004</sup>. Doktrindeki bir görüş, kamu düzenini sağlamaya yönelik haksız fiil hükümlerinin emredici nitelikte olması<sup>1005</sup>, taraflar arasında önceden bir sözleşme ilişkisi bulunmaması<sup>1006</sup> gerekçeleriyle haksız fiil sorumluluğu alanında sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını savunmaktadır<sup>1007</sup>. Bizim de paylaştığımız diğer görüşe göre ise, kanuni sınırlar dâhilinde, haksız fiil sorumluluğu alanında sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkündür<sup>1008</sup>. Rıza ile sorumsuzluk

<sup>1000</sup> Alacaklının, zararın doğmasından sonra, borçlu ile anlaşmak suretiyle tazminat talebinden kısmen veya tamamen vazgeçmesi, ibra ya da sulh anlaşmasının konusunu teşkil edebilir (**Erten**, Sorumsuzluk, s. 91; **Akman**, s. 43-44; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 881; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 454; **Eren**, Genel, s. 1114; **Başalp**, s. 73). İbra anlaşması, borcu sona erdiren ve buna bağlı olarak da sorumluluğu ortadan kaldıran bir etkiye sahipken; sorumsuzluk anlaşması, borçlunun sorumluluğunun daha baştan doğmasına engel olur (**Başalp**, s. 73).

<sup>1001</sup> **Akman**, s. 7; **Başalp**, s. 122 vd.

<sup>1002</sup> **Akman**, s. 14; **Başalp**, s. 74.

<sup>1003</sup> **Akman**, s. 12-13; **Eren**, Genel, s. 1113; **Feyzioğlu II**, s. 211; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 879.

<sup>1004</sup> Tartışmalar hakkında bkz. **Akman**, s. 111 vd.; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 155 vd.; **Başalp**, s. 122 vd.

<sup>1005</sup> **Birsen**, s. 476.

<sup>1006</sup> **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 323.

<sup>1007</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 533; **Hatemi/Gökyayla**, §26 N.104.

<sup>1008</sup> **Akman**, s. 113 vd.; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 165 vd.; **Topuz**, s. 110; **Başalp**, s. 123, dn.68. Haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran anlaşmalar, “yalın sorumsuzluk anlaşmaları” olarak adlandırılmaktadır (**Başalp**, s.

anlaşması arasındaki benzerlikten hareket edildiğinde; tek taraflı bir hukuki işlem olan geçerli rıza beyanı ile hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasını kanun koyucu kamu düzenine aykırı görmeyerek haksız fiil hukukunda açıkça hükme bağladığına göre, iki taraflı hukuki işlem niteliğindeki sorumsuzluk anlaşması ile sorumluluğun kaldırılması da kamu düzenine aykırı olmamalıdır<sup>1009</sup>. Ayrıca zarar doğmadan önce, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin yokluğu da haksız fiil sorumluluğu alanında sorumsuzluk anlaşması yapmalarına engel değildir<sup>1010</sup>. Bu kabul, kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâlleri bakımından da geçerlidir<sup>1011</sup>.

Haksız fiil hukukunda sorumsuzluk anlaşmaları bakımından önem arz bir diğer mesele ise, sorumlu kişinin ilân suretiyle (yasak ya da uyarı levhası asmak vb.) sorumluluğunu bertaraf etmesinin mümkün olup olmadığıdır. Acaba, bu tür bir ilâna aykırı davranan zarar görenin örtülü kabulü ile meydana gelmiş bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığından bahsedilebilir mi? Böyle bir durumda, tarafların sorumsuzluk anlaşması yapmaya yönelik bir hukuki işlem iradesinden bahsedilemeyeceğinden, zarar görenin bu tür ihtar ve ikazlara uymaması ancak kendi kusuru olarak değerlendirilmelidir<sup>1012</sup>.

Buraya kadar incelenen mesele, *sadece* haksız fiil sorumluluğunu sınırlandıran bir sorumsuzluk anlaşması yapılıp yapılamayacağıdır. Bir başka mesele ise, sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğunun yarışması hâlinde, sözleşme sorumluluğunu bertaraf eden geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının, yarışan haksız fiil sorumluluğuna da yansiyip yansımayacağıdır. Hâkim görüşüne göre, sözleşme sorumluluğuna ilişkin

---

123). *Akman*'a göre, rızanın hukuka uygunluk sebebi sayıldığı ve sorumluluğu ortadan kaldırdığı ölçüde, haksız fiil alanında sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkündür. Bu doğrultuda, şahısvarlığı zararlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşması, eBK 19/2, TMK 23/2 gereği kural olarak geçersizdir; malvarlığı zararlarına ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının tâbi olması gereken sınırlara ilişkin boşluk ise eBK 99/1 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulmalıdır (**Akman**, s. 113 vd.). *Erten*'e göre, eBK 99 ve eBK 100. maddelerindeki geçerlilik sınırları içinde kalmak şartıyla, sorumsuzluk anlaşmaları haksız fiil hukuku alanında da uygulanmalıdır (**Erten**, Sorumsuzluk, s. 166); şahsa verilen zarar-mala verilen zarar ayırımına gidilmesi ise yersizdir; zira şahsiyet haklarına aykırılık eBK 19'un, dolayısıyla da eBK 99 ve eBK 100'ün sınırını teşkil ettiğinden bu hükümlerle zaten korunmaktadır (**Erten**, Sorumsuzluk, s. 170).

<sup>1009</sup> **Akman**, s. 113-114; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 166.

<sup>1010</sup> Meyilli bir arazideki bina sahibinin, yan arsada hafriyata başlayan komşusu ile, duvarının yıkılması hâlinde onu sorumlu tutmayacağı konusunda anlaşması ya da iki komşunun, besledikleri hayvanların birbirlerine zarar vermeleri halinde tazminat talebinde bulunmayacakları konusunda anlaşması bu tür durumlara örnek teşkil eder (**Akman**, s. 115).

<sup>1011</sup> **Erten**, Sorumsuzluk, s. 173.

<sup>1012</sup> **Akman**, s. 40-41; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 168- 169.

sorumsuzluk anlaşması yapan tarafların, bu anlaşma ile kural olarak<sup>1013</sup> haksız fiil sorumluluğunu da bertaraf etmek istedikleri kabul edilmelidir<sup>1014</sup>. Bu etki, kusursuz haksız fiil sorumluluğu hâlleri bakımından da geçerlidir<sup>1015</sup>.

### 3.2.2.2. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Sorumsuzluk Anlaşması

Hâkim görüş, adam çalıştırmanın sorumsuzluk anlaşması yapmak suretiyle sorumluluktan kurtulamayacağını ileri sürmektedir<sup>1016</sup>. Bu görüşün temel gerekçeleri; adam çalıştırmanın sorumluluğunun emredici nitelikte olması<sup>1017</sup> ve adam çalıştırın ile zarar gören arasında, zararın doğmasından önce mevcut bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, sorumsuzluk anlaşması yapılmasının da genellikle mümkün olmamasıdır<sup>1018</sup>. Öte yandan, TBK 66 ile TBK 116 hükümlerinin yarıştığı durumlarda, ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu bertaraf eden geçerli bir sorumsuzluk anlaşmasının adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından da etkili olacağı kabul edilmektedir<sup>1019</sup>.

Kanaatimizce, uygulamada nadiren rastlanabilecek olmakla birlikte, adam çalıştırmanın, çalışanlarının iş gördükleri esnada zarar görme ihtimali olan üçüncü kişilerle sorumsuzluk anlaşması yapması mümkün kabul edilmelidir<sup>1020</sup>. Ancak böyle bir anlaşma, ancak kanuni sınırlar dâhilinde (TMK 23/2, TBK 27 ve kıyasen TBK 115<sup>1021</sup>) geçerli olmalıdır. Şahsi

<sup>1013</sup> Bu, özünde bir yorum meselesi olup, zarar gören, taraf iradelerinin aksi yönde olduğunu ispatlayabilir (**Tandoğan**, Mesuliyet, s. 538; **Akman**, s. 118; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 142; **Gürsoy**, Yarışma, s. 180-181; **Başalp**, s. 127).

<sup>1014</sup> **Oftinger/Stark I**, §13 N.60; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 538; **Akman**, s. 117; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 141; **Gürsoy**, Yarışma, s. 180; **Serozan**, İfa, §21 N.8; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 886; **Eren**, Genel, s. 1167. *Hatemi*'ye göre, sorumlulukların yarışması durumunda, sadece bir malvarlığı zararı varsa, sözleşme sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşması, haksız fiil sorumluluğuna zarar görenin rızası olarak yansır ve hukuka uygunluk sebebi teşkil eder; şahısvarlığı zararı var ise, bu rıza, kural olarak, zarar görenin kusuru teşkil ettiği ölçüde indirim sebebi olarak dikkate alınır (**Hatemi**, §8 N.25). Konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. **Erten**, Sorumsuzluk, s. 138 vd.; **Başalp**, s. 125-127.

<sup>1015</sup> **Oftinger/Stark I**, §13 N.60; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 538; **Akman**, s. 119; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 146; **Başalp**, s. 128-129.

<sup>1016</sup> **Honsell/Isenring/Kessler**, §13 N.40; **Feyzioğlu I**, s. 627; **Hatemi/Gökyayla**, §26 N.101.

<sup>1017</sup> **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 139; **Özdemir**, s. 287.

<sup>1018</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 81.

<sup>1019</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s.176; **Honsell/Isenring/Kessler**, §13 N.39; **Rey/Wildhaber**, N.1139; **Zirlick**, s. 194.

<sup>1020</sup> Aynı yönde bkz. **Topuz**, s. 110.

<sup>1021</sup> Adam çalıştırın kendi fiilinden sorumlu tutulduğundan, sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği de TBK 115 hükmünde öngörülen sınırlamalara tâbi olmalıdır (**Zirlick**, s. 194). Bu hükümde öngörülen sınırların, sözleşme sorumluluğunun sınırları dışında da kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (**Başalp**, s. 128). TBK 115 hükmünde kusur derecelerinin ölçüt alınmış olması ise, bu hükmün, kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından kıyasen uygulanmasına engel değildir; zira birçok olayda, olağan sebep sorumlusunun özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi, onun kusurlu bir davranışına dayanır (**Başalp**, s. 129). Bu doğrultuda, TBK 115/2,3

arazisinde çalışanına kazı yaptıran arazi sahibinin, meyilli komşu arazide meydana gelebilecek zemin kaymasından sorumlu olmayacağı hususunda komşu arazi sahibi ile anlaşması bu duruma örnek olarak düşünülebilir<sup>1022</sup>.

Bu noktada değinilmesi gereken bir başka mesele, adam çalıştıran ile zarar gören arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının, çalışanın zarar görene karşı şahsi sorumluluğunu da bertaraf edecek şekilde, çalışana da teşmil edilmesinin mümkün olup olmadığıdır<sup>1023</sup>. Burada akla ilk gelen, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki müteselsil sorumluluk ilişkisinin böyle bir etkiye hukuki zemin sağlayıp sağlayamayacağıdır. Ancak sorumsuzluk anlaşmasının varlığı sorumluluğun doğmasına engel olduğundan, lehine sorumsuzluk anlaşması bulunan kişi ile diğerleri arasında bir müteselsil sorumluluk ilişkisinden söz edilemeyecektir<sup>1024</sup>. Öte yandan, adam çalıştıran ile zarar gören arasında, zararın doğmasından sonra yapılmış bir ibra sözleşmesi, TBK 166/3<sup>1025</sup> hükmünün açık lafzı gereği çalışan lehine de sonuç doğuracaktır. Böyle bir durumda, kurulma zamanları itibariyle farklı hukuki nitelikte olan ve fakat her ikisi de (biri sorumluluğun doğmasına engel olmak, diğeri doğmuş olan sorumluluğu ortadan kaldırmak suretiyle) adam çalıştıranın sorumluluğunu bertaraf eden anlaşmalardan birinin çalışan lehine etki doğururken diğerinin böyle bir etki doğurmayacağı sonucu çıkacaktır. Çalışana nazaran iktisaden güçlü konumda olduğu varsayılan adam çalıştıranın sorumluluğunun ortadan kaldırıldığı bir durumda, çalışanın zarar görene karşı şahsi sorumluluğunun devam

---

hükümlerinde öngörülen sınırlamalar saklı kalmak üzere, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü hafif ihmâl derecesinde ihlâl etmesinden doğan sorumluluğu geçerli bir şekilde ortadan kaldırılabilecekken, ağır kusurlu olduğu durumlarda sorumluluğu devam edecektir (**Zirlick**, s. 195).

<sup>1022</sup> Söz konusu örnekte, kazı yaptıran arazi sahibinin TBK 115/1 bağlamında ağır kusur teşkil etmeyecek derecede gereken tedbirleri aldığı kabul edilmiştir.

<sup>1023</sup> Doktrinde benzer bir tartışmaya TBK 116 çerçevesinde rastlanmaktadır. Bu doğrultuda, borçlu ile alacaklı arasında TBK 116/2 çerçevesinde akdedilen bir sorumsuzluk anlaşmasının, üçüncü kişi yararına sorumsuzluk anlaşması temelinde (**Schwenger**, N.86.03; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 195) veya bu konuda bulunduğu kabul edilen kanun boşluğunun sosyal gerekçelerle ifa yardımcısı yararına (**Serozan**, Borç İlişkisi, s. 121 N.34) ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi temelinde (**Başalp**, s. 172-173) doldurulması suretiyle sorumsuzluk anlaşmasının ifa yardımcısı lehine de etkisinin kabul edilebileceği ileri sürülmektedir. Ancak bu etkinin, ifa yardımcısının sadece hafif ihmâl ile sebep olduğu zararlar bakımından kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (**Tunçomağ**, s. 852; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 900; **Akman**, s. 84).

<sup>1024</sup> Zarar görene karşı aynı zarardan sorumlu birden fazla kişiden biri ile zarar gören arasında bir sorumsuzluk anlaşması bulunması durumunda, lehine sorumsuzluk anlaşması bulunan kişi, tazminattan (kendî payına düşen miktarda) sorumlu olmaz. Bu nedenle, bu kişi ile diğer borçlular arasında bir müteselsil sorumluluk ilişkisi söz konusu olmaz. Bkz. **Erten**, Müteselsil, s. 118, 121.

<sup>1025</sup> Müteselsil borçlulardan biri ile alacaklı arasında yapılan ibra anlaşmasının diğer müteselsil borçlulara etkisi konusunda eBK döneminde yapılan tartışma, TBK 166/3 hükmünde, ibra anlaşmasının objektif etkili olduğu görüşünün benimsenmesi suretiyle sona ermiştir. eBK döneminde doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. **Canbolat**, s. 73-74.



ettiğinin kabulü hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu doğrultuda, doktrinde TBK 116 çerçevesinde alacaklı ile borçlu arasındaki sorumsuzluk anlaşmasının ifa yardımcısının şahsi sorumluluğuna etkisini üçüncü kişi yararına sözleşme temeline dayandıran görüşün<sup>1026</sup>, TBK 66 bakımından da benimsenmesi düşünülebilir.

Mahkeme içtihatlarına konu uyuşmazlıklarda karşılaşılan bir diğer mesele ise, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki sözleşmede, çalışanın hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere verdiği zarardan adam çalıştıranın sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kayıtlarının akîbetidir. Yargıtay, bu tür sözleşme hükümlerinin sadece sözleşmenin tarafları arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğini belirterek nisbîlik ilkesi gereği zarar gören üçüncü kişiler nezdinde bağlayıcı olmadığına hükmetmektedir<sup>1027</sup>. Kanaatimizce; adam çalıştıran ile çalışan arasındaki sözleşmede yer verilen bu tür kayıtlar, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki iç ilişkide hüküm ifade etmek üzere kararlaştırılmış “sözleşmesel rücu kuralı” olarak değerlendirilebilir.

Uygulamada sık karşılaşılan bir diğer durum ise adam çalıştıranın sorumlu olmayacağını üçüncü kişilere ilân etmesidir. Böyle bir durumun tipik örneği, inşaat alanına, “görevli olmayan kişilerin girişinin yasak olduğu, aksi hâlde sorumluluk kabul edilmeyeceği” ifadesini içeren bir levha asılmasıdır<sup>1028</sup>. Yukarıda izah edildiği üzere, bu uyarıya rağmen inşaat alanına girerek zarar gören kimsenin, örtülü bir irade beyanı ile bile kurulmuş bir sorumsuzluk anlaşmasından bahsedilemez; uyarıya riayet etmeyerek inşaat alanına girmesi, zarar görenin kusurunu gösterir. Örneğin, *beton direk olayında* Yargıtay, “geçilmez” levhası asılarak yasak bölge ilân edilmiş olmasına rağmen vincin çalıştığı alana giren ve o esnada vincin kaldırdığı beton direğin koparak düşmesi sonucu ağır

<sup>1026</sup> **Schwenzer**, N.86.03; **Erten**, Sorumsuzluk, s. 195.

<sup>1027</sup> Bir kamu tüzel kişisi ile yüklenici arasındaki özel hukuk hükümlerine tâbî sözleşmelerde, yüklenicinin üçüncü kişilere verdiği zarardan kamu tüzel kişisinin sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk kayıtlarının üçüncü kişileri bağlamayacağı hakkında bkz. YHGK, T.28.04.2010, E.2010/7-216, K.2010/231, Kazancı; YHGK, T.02.02.2011, E.2010/7-673, K.2011/2, Kazancı; Y4HD, T.14.01.2016, E.2015/14686, K.2016/380, Kazancı; Y11HD, T.29.04.2003, E.2003/3390, K.2003/4250, Kazancı, E.T.14.03.2017. Aksi yönde bir karar için bkz. Y4HD, T.25.12.2003, E.2003/15798, K.2003/15311, Kazancı, E.T.14.03.2017.

<sup>1028</sup> **Akman**, s. 41.

yaralanan kişinin, uyarıya rağmen yasak bölgeye girmesini, zarar görenin kusuru olarak değerlendirmiştir<sup>1029</sup>.

---

<sup>1029</sup> “O halde mahkemenin, sadece davacının birlikte kusur oranını belirlemesi için yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırıp, hasil olacak sonuç uyarınca hem maddi ve hem de manevi tazminata karar vermesi gerekirken [...]” (Y4HD, T.02.10.1978, E.1977/11751, K.1978/10809, Kazancı, E.T.14.03.2017).

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA

#### ALANI

#### 4.1. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN UYGULAMA ALANININ TESPİTİ

##### 4.1.1. Genel Olarak Sorumluluk Sebepleri Arasındaki İlişkinin Tespiti Meselesi

Bir kişi nezdinde birden fazla sorumluluk sebebinin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi durumunda, sorumluluğun hangi sebebe dayanarak tesis edileceğinin tespiti zarar gören açısından büyük önem arz eder; zira bu tespit; sorumluluğun hukuki niteliği (özellikle kusurun sorumluluğun kurucu bir şartı olup olmaması), yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk rejimi, sorumlu kişinin sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olup olmaması, sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği, tazmini mümkün zarar türü, zamanaşımı süresi ve ispat yükünün dağılımı gibi sorumluluğa etki eden birçok hususu belirler.

Birden fazla sorumluluk sebebinden hangisinin somut olaya uygulanacağı belirlenirken, bu sorumluluk sebepleri arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Bir sorumluluk sebebi, diğerini de kapsayacak şekilde sorumluluğu özel olarak düzenlemekteyse, bu sorumluluk sebepleri arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunur<sup>1030</sup>; özel hüküm teşkil eden sorumluluk sebebi diğerini bertaraf eder (teklik ilkesi-*Ausschlussgrundsatz*) ve münhasıran (*Exklusivität*) uygulanır<sup>1031</sup>. Birden fazla sorumluluk sebebinin birbirlerini

<sup>1030</sup> “Özel-genel hüküm ilişkisi, iki hukuk normunun maddi unsurları arasındaki belirli bir nisbetten ibarettir [...] Bir hükmün maddi unsurunda daima diğer bir hükmün maddi unsuru ve buna ilaveten diğer bazı vakıa veya vakıalar yer alıyorsa bu takdirde birinci hüküm ikincisine nisbetle özel, ikincisi de birincisine nisbetle genel hüküm niteliğindedir. Özel hükmün kapsamına giren bütün haller genel hükmün de kapsamına girer” (Çağa, s. 369-370).

<sup>1031</sup> Ancak, iki hüküm arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunması, özel hükmün genel hükmü bertaraf etmesi için yeterli değildir; özel hükmün kapsamına giren durumda özel hükmün tamamlayıcı ya da seçimlik olarak da uygulanması mümkündür. Özel hükmün genel hükmü bertaraf edici etkisinden söz edilebilmesi için, kanun koyucunun bu özel hükmün kapsamına giren olaylara artık genel hükmün uygulanmayıp münhasıran özel hükmün uygulanmasını arzu ve irade etmiş olması gereklidir (Çağa, s. 373).

dışlama amacı bulunmuyorsa, bu durumda, sorumlulukların yarışması<sup>1032</sup> (yarışma ilkesi-*Konkurrenzgrundsatz*) ve seçimlerlik uygulama (*Alternativität*) söz konusu olur.

#### 4.1.2. TBK 60 Hükümünün Sorumluluk Hukukundaki İşlevi

Türk hukukunda hâkim görüşe<sup>1033</sup> göre, bir<sup>1034</sup> kişinin aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumluluğu meselesi TBK 60 hükmüne göre çözümlenir. TBK 60 hükmünün uygulanabilmesi için, ilk olarak, somut olayda şartları gerçekleşmiş birden fazla sorumluluk sebebi arasında bir yarışma ilişkisi bulunmalıdır. TBK 60 hükmünün uygulama alanının haksız fiile dayanan talepler ile sınırlı olup olmadığı ise tartışmalıdır<sup>1035</sup>.

TBK 60 hükmünün sorumluluk hukukumuzdaki işlevi tespit edilirken, öncelikle bu hükmün, medeni usûl hukukumuzun temel ilkeleri karşısında ifade ettiği anlam ortaya konulmalıdır. Bunun için özellikle, TBK 60 hükmünde yer verilen iki ifadenin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, mehz VE-OR Ön Tasarısı'nda yer almayan ve fakat TBMM Adalet Komisyonu tarafından eklenen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesidir. Medeni usûl hukumuza göre hâkim, Türk hukukunu

<sup>1032</sup> Aynı zarardan aynı kişinin farklı hukuki sebeplerle sorumlu olması durumunda, bu sorumluluk sebepleri arasındaki yarışma ilişkisini ifade etmek üzere kullanılan kavramlarda birlik yoktur. Türk doktrininde “taleplerin yarışması” (**Oğuzman/Öz II**, s. 289; **Eren**, Genel, s. 1167; **Hatemi/Gökyayla**, §27 N.1); “davaların yarışması” (**Erten**, İnşa Eseri, s. 251-252); “sorumlulukların yarışması” (**Ateş**, s. 489); “sebeplerin yarışması” (**Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 460) kavramları kullanılmaktadır. İsviçre doktrininde genellikle “taleplerin yarışması” (*Anspruchskonkurrenz*) kavramı tercih edilirken (**Rey/Wildhaber**, N.50 vd.; **Schwenzer**, N.5.03; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.29; **Schönenberger**, Vor Art.41-61 N.11; **Fischer/Iten**, Art.55 OR N.6); bu kavramın “müteselsil sorumluluk” bağlamında kullanımına da rastlanmaktadır (**Brehm**, Art.55 N.96).

<sup>1033</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 286 vd.; **Eren**, Genel, s. 1167; **Nomer**, Borçlar, s. 375-376; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 460 vd. Öte yandan *Buz'a* göre, TBK 60 hükmü, yarışan sorumluluk sebeplerinden hangisinin tercih edileceği meselesine çözüm getirmeyi amaçlayan bir düzenleme olduğu intibainı uyandırır da bu hükme mehz teşkil eden İsviçre Öntasarısının Art.53 VE-OR hükmü ile İsviçre hukukunda çözümlenmek istenen mesele bambaşkadır. Söz konusu Öntasarı'da, tehlike sorumluluğu hâlleri hâriç olmak üzere, salt malvarlığı zararlarının da tazmin edilebileceği düzenlenmiştir (Art.45 VE-OR). Art.53 VE-OR hükmü, bu bütünlük içerisinde anlam ifade etmekte olup, bu hükmün amacı, genel olarak sorumluluk sebepleri arasındaki yarışma ilişkisini düzenlemek değil, sadece haksız fiilden doğan talepler arasındaki (özel olarak, salt malvarlığı zararlarının tazmini meselesi bakımından tehlike sorumluluğu hâlleri ile diğer sorumluluk sebepleri arasındaki) yarışma ilişkisini düzenlemektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, s. 19 vd.

<sup>1034</sup> Aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumluluk, zarardan sorumlu olan tek bir şahıs nezdinde ortaya çıkabileceği gibi, müteselsil sorumlulardan biri nezdinde de ortaya çıkabilir (**Buz**, s. 22).

<sup>1035</sup> *Kılıçoğlu*'na göre, TBK 60 hükmü, “haksız fiilden doğan borç ilişkileri” başlıklı ayırmda düzenlenmiş olup, TBK 114/2 atfı ile, sözleşmeye aykırılık hallerinde de kıyasen uygulanır (**Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 463). *Buz'a* göre ise, TBK 60 hükmüne mehz teşkil eden Art.53 VE-OR hükmü, genel olarak taleplerin yarışması meselesini değil, özel olarak tehlike sorumluluğu ile diğer haksız fiil sorumlulukları arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi amaçlamaktadır (**Buz**, s. 48-50).

re'sen uygular (HMK 33). Roma hukuku kaynaklı *iura novit curia* ilkesini yansıtan bu hüküm gereği, maddi vakıaların hukuki nitelendirmesini yapmak hâkimin görevidir<sup>1036</sup>. Hukuki sebep, dava dilekçesinin zorunlu bir unsuru olmamasına rağmen<sup>1037</sup> taraflar, iddia ve savunmalarını dayandırdıkları hukuki sebebi dilekçelerinde belirtmiş olsalar bile, hâkim, tarafların hukuki nitelendirmeleri ile bağlı değildir<sup>1038</sup>. Hukuki sebebin doğru tespit edilmiş olması sadece hâkime yardımcı olunması, talep sonucunun doğru tartışılması açısından faydalıdır<sup>1039</sup>. Mütelahik davalar bakımından uygulanacağı kabul edilen TBK 60 hükmü ise, hâkimin tarafların dayandığı hukuki sebep ile bağlı olmama kuralına bir istisna teşkil eder<sup>1040</sup>. Sorumlulukların yarışması durumunda, zarar gören, dilediği sorumluluk sebebine dayanmakta serbesttir<sup>1041</sup>. Bu doğrultuda, birden çok sorumluluk sebebinin şartlarının olduğu bir somut olayda, zarar gören belli bir sorumluluk sebebine dayanmışsa hâkimin kural olarak bu esasa dayanarak karar vermesi gerektiği; buna karşılık, zarar gören taraf dilekçesinde sadece zararın tazminini talep etmişse, hâkimin zarar görenin lehine olan sorumluluk sebebine göre karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>1042</sup>.

TBK 60 hükmünde yer verilen ikinci ifade ise, zarar görene “en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebi”dir. Hâkimin, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesine ilişkin bu düzenleme, görevi gereği tarafsız olması gereken hâkimin, somut olaya uygulanacak hukuki sebebi taraf tutmaksızın, bağımsızca seçmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>1043</sup>. Öte yandan, bazı açılardan elverişli gözükken bir sorumluluk sebebi, başkaca açılardan elverişsiz olabileceğinden, hangi sorumluluk sebebinin en iyi giderim imkânı sağlayacağını baştan tespit edilmesi her zaman mümkün değildir<sup>1044</sup>.

<sup>1036</sup> Yılmaz, Usul, s. 902; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 161-162. Aksi görüşteki Oğuzman/Barlas'a göre, HMK 33 hükmü hâkimin bir davanın dayanacağı hukuki sebebi re'sen nazara alma yetkisine ilişkin değil; taraflarca hukuki sebep olarak ileri sürülen hükmün ispatının gerekip gerekmeyeceği meselesine ilişkindir (Oğuzman/Barlas, s. 312, dn.416).

<sup>1037</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, N.985.

<sup>1038</sup> Yılmaz, Usul, s. 907; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 162.

<sup>1039</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, N.985; YHGK, T.14.05.2003, E.2003/14-360, K.2003/346, Kazancı; YHGK, T.14.4.2004, E.2004/15-182, K.2004/220, Kazancı, E.T.09.04.2017.

<sup>1040</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 162, dn.19. Aksi görüşe göre, TBK 60 hükmüne eklenen bu ibare işlevsiz ve anlamsız olup, usûl hukuku ilkelerini tepetaklak edici güce sahip değildir (Buz, s. 50 vd).

<sup>1041</sup> Oğuzman/Öz II, s. 142.

<sup>1042</sup> Oğuzman/Öz II, s. 287; Akartepe, s. 184.

<sup>1043</sup> Serozan, İfa, §23 N.2.

<sup>1044</sup> Serozan, İfa, §23 N.2.

#### 4.1.3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğuna İlişkin Hükümün Genel Norm Niteliği

TBK 66 hükmü, bir özel hukuk ilişkisi çerçevesinde iş gören yardımcı kişilerin hukuka aykırı fiilleriyle başkalarına verdikleri zarardan sorumluluk bakımından *genel norm* niteliğindedir<sup>1045</sup>. Ancak TBK 66, haksız fiil hukukunda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin tek hüküm değildir<sup>1046</sup>. Tüm kusursuz sorumluluk hâlleri, uygulama alanları dâhilinde, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğu da bünyesinde barındırır<sup>1047</sup>. Bu nedenle, İsviçre hukukunda, çeşitli kusursuz sorumluluk hâllerinin kanuni düzenlemeye kavuşması ile birlikte Art.55 OR hükmünün uygulamadaki eski önemini kaybettiği belirtilmektedir<sup>1048</sup>.

### 4.2. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNUN BAŞLICA DİĞER SORUMLULUK HÂLLERİ İLE İLİŞKİSİ

#### 4.2.1. Kusura Dayanan Genel Haksız Fiil Sorumluluğu ile İlişkisi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ile kusura dayanan genel haksız fiil sorumluluğu (TBK 49) arasındaki ilişki konusunda doktrinde başlıca iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, TBK 66 hükmü, TBK 49 hükmüne nazaran özel hüküm teşkil ettiğinden sorumlulukların yarışması söz konusu olmaz; adam çalıştırmanın kusurunun bulunduğu durumlarda bile münhasıran TBK 66 hükmü uygulanır<sup>1049</sup>. Adam çalıştırmanın kusuru, TBK 66 bakımından ek kusur olarak değerlendirilir<sup>1050</sup>.

Diğer görüşe göre, TBK 49 ve TBK 66 hükümleri farklı hukuki olguları düzenlediğinden, aralarında genel-özel hüküm ilişkisi yoktur<sup>1051</sup>. Bu doğrultuda, adam çalıştırmanın fiili

<sup>1045</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.1; **Deschenaux/Tercier**, §9 N.4; **Werro**, Art.55 OR N.29; **Keller/Gabi/Gabi**, s.169; **Nater**, s. 6; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 11; **Eren**, Genel, s. 643; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 342; **Antalya**, s. 555.

<sup>1046</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s. 169; **Müller**, N.269; **Fellmann/Kottmann**, N.748.

<sup>1047</sup> **Keller**, s. 172; **Werro**, Responsabilité, N.503.

<sup>1048</sup> **Werro**, Responsabilité, N.456; **Müller**, N.267; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.4.

<sup>1049</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.31; **Nater**, s. 6-7; **Werro**, Art.55 OR N.30; **Kessler**, Art.55 OR N.2; **Fischer/Iten**, Art.55 OR N.3; BGE 77 II 248. Kusursuz sorumluluk hâlleri, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu karşısında özel hüküm teşkil eder (**Oğuzman/Öz** II, s. 288; **Gürsoy**, Yarışma, s. 175); kapsam itibarıyla kusur sorumluluğunun gerisinde kalmadığı müddetçe, münhasıran uygulanır (**Schwenzer**, N.49.12).

<sup>1050</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §20 N.31; **Nater**, s. 7; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 54-55. Ek kusurun adam çalıştırmanın sorumluluğuna etkileri hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, §7, I, A, 2, a.

<sup>1051</sup> **Keller/Gabi/Gabi**, s. 169; **Fellmann/Kottmann**, N.746.

sadece özen yükümlülüğünün ihlali niteliğindeyse münhasıran TBK 66 hükmü uygulanır; adam çalıştırmanın fiili bir başka bağlamda kusurlu fiil teşkil ediyorsa, TBK 49 hükmü uygulanır. Bu ikinci durum özellikle, adam çalıştırmanın çalışanına hukuka aykırı talimat verdiği ve zararın da bu talimatın yerine getirilmesinden kaynaklandığı durumlarda ortaya çıkar. İsviçre Federal Mahkemesi bu tür durumlarda adam çalıştırmanı, genel haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde Art.41 OR hükmüne göre sorumlu tutmaktadır<sup>1052</sup>.

#### 4.2.2. Ev Başkanının Ev Halkının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu ile İlişkisi

Bir ev başkanının otoritesine tâbi olarak birlikte yaşayan ev halkı üyelerinin hukuka aykırı fiilleriyle üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan ev başkanının sorumluluğu TMK 369 hükmünde düzenlenmiştir. Ev başkanının sorumluluğu ile adam çalıştırmanın sorumluluğu, farklı ekonomik işlevlere sahip olmakla birlikte birbirleriyle yapısal yakınlık içerisinde düzenlenmiştir<sup>1053</sup>. Bu benzerlik, tarım, zanaat gibi küçük ölçekli işletmelerden oluşan toplum yapısında, aile ile işletmenin bütünleşmiş olmasına dayanmaktadır<sup>1054</sup>. Ev başkanının sorumluluğu da olağan sebep sorumluluğu niteliğinde bir kusursuz sorumluluk teşkil eder<sup>1055</sup>.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ile ev başkanının sorumluluğunun kapsamı, birbirlerine göre çeşitli açılardan daha dar ya da geniştir. Öncelikle ev başkanı, ev halkının tümünün değil, sadece küçük, kısıtlı, akıl hastası ve akıl zayıfı olanların fiilleriyle üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumludur<sup>1056</sup>. Ev başkanının sorumluluğuna yol açan zararın eve ait bir işin görülmesi sırasında meydana gelmesi şart olmadığı gibi, görülen iş ile meydana gelen zarar arasında işlevsel bağıllık şartı da aranmaz; bu bakımdan, ev başkanının sorumluluğunun uygulama alanı, adam çalıştırmanın sorumluluğundan daha geniştir<sup>1057</sup>.

<sup>1052</sup> Werro, Art.55 OR N.30.

<sup>1053</sup> Homberger, s. 8a-9a; Girsberger, Art.333 ZGB N.1 (yazar, bu iki hükmün aynı işleve sahip olduğu görüşündedir); Ünal, s. 84. İsviçre hukukunda Art.333 ZGB hükmünde düzenlenmiş olan ev başkanının sorumluluğu, aOR'de adam çalıştırmanın sorumluluğundan (aOR 62) bir önceki hükümde (aOR 61) düzenlenmişti.

<sup>1054</sup> Widmer, Swiss Law, s. 260.

<sup>1055</sup> Girsberger, Art.333 ZGB N.1; Dural/Öğüz/Gümüş, N.1820-1823; Öztan, Aile, s. 1228; Koçano Rodoslu, s. 882.

<sup>1056</sup> Bu sorumluluk, hem aynı otoriteye tâbi ev halkından kişilere hem de ev halkı dışındaki kişilere verilen zararları kapsar (Girsberger, Art.333 ZGB N.3; Dural/Öğüz/Gümüş, N.1817; Öztan, Aile, s. 1230).

<sup>1057</sup> Oftinger/Stark II/1, §22 N.88; Fuchs, s. 269; Birsén, s. 249. Ev başkanının özen yükümlülüğü ev halkının tüm fiillerini kapsadığından, özen yükümlülüğünün kapsamı adam çalıştırmanınkine nazaran daha geniştir (Y3HD, T.05.02.2013, E.2012/23712, K.2013/1599, Kazancı, E.T.10.05.2017).

Ayrıca, ev başkanlığı ilişkisinde zaman unsuru, çalıştırma ilişkisine nazaran daha büyük önem taşır<sup>1058</sup>; adam çalıştırmanın sorumluluğu, geçici ya da rastlantısal nitelikteki çalıştırma ilişkilerini bile kapsarken, ev başkanlığı ilişkisinde, birlikte yaşamının gerekli tedbirlerin alınabilmesi için yeterli bir süre devam etmiş olması gerekir. Öte yandan, ev başkanı ile aile üyeleri arasında menfaat ilişkisi yoktur; bu nedenle ev başkanının sorumluluğu, adam çalıştırana nazaran daha ılımlı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>1059</sup>. Adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirmesi daha zor olduğundan, zarar görenin adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurması daha elverişlidir<sup>1060</sup>.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ile ev başkanının sorumluluğunun yarışması mümkündür<sup>1061</sup>. Bunun için ev başkanı ve adam çalıştırın sıfatlarının sorumlu tutulmak istenen kişide birleşmesi ve zarar verici fiili işleyen kişinin, ev halkından bir çalışan olması gerekir. Ev başkanının sorumluluğuna tâbi kişiler kanunda belirtilen kişi grupları ile sınırlı olduğundan ya tam ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetsiz bir çalışanın, ev başkanı ve adam çalıştırın sıfatlarının birleştiği kişiye ait bir iş gördüğü esnada üçüncü bir kişiye zarar vermiş olması gerekir<sup>1062</sup>. Örneğin, babasının iş yerinde çalışan küçüğün işini görürken haksız fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan babanın hem adam çalıştırın hem de ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulması mümkündür.

Ev başkanı özen yükümlülüğünü bir yardımcı kişi aracılığıyla da yerine getirebilir. Böyle bir durumda ev başkanı, görevlendirdiği yardımcı kişilerin fiillerinden kendi fiili gibi sorumludur; gerekli tedbirleri almayan yardımcı kişiyi seçmede, ona talimat vermede ve denetlemede gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz<sup>1063</sup>. Burada adam çalıştırının sorumluluğu değil, münhasıran ev başkanının sorumluluğu uygulanır<sup>1064</sup>. Zira ev başkanının sorumluluğu, (ev başkanının kullandığı) yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu da bünyesinde barındırdığından, adam çalıştırının sorumluluğuna nazaran özel hüküm niteliğindedir<sup>1065</sup>. Örneğin, akıl hastanesinde çalışan

<sup>1058</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §22 N.40; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 145; **Koçano Rodoslu**, s. 887.

<sup>1059</sup> **Ünal**, s. 92.

<sup>1060</sup> **Fuchs**, s. 269; **Brehm**, Art.55 OR N.98.

<sup>1061</sup> **Oftinger/Stark**, II/1, §20 N.12; **Brehm**, Art.55 OR N.98; **Werro**, Art.55 OR N.30; **Petrin**, s. 18; **Fuchs**, s. 269; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 148; **Koçano Rodoslu**, s. 895; **Birsén**, s. 248-249.

<sup>1062</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 148.

<sup>1063</sup> **Oftinger/Stark** II/1, §22 N.102; **Girsberger**, Art.333 ZGB N.5; **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 159.

<sup>1064</sup> **Petrin**, s. 18.

<sup>1065</sup> **Fellmann/Kottmann**, N.749; **Kessler**, Art.55 OR N.3.



güvenlik görevlisinin ihmâli nedeniyle hastaneden kaçan şiddet eğilimli bir akıl hastasının bir kimseyi yaralaması olayında, hastane, ev başkanı sıfatıyla sorumlu olur. Benzer şekilde, özel bir anaokulunda bir çocuğun ders esnasında attığı kâğıttan uçağın arkadaşının gözüne isabet ederek görme kaybına neden olması olayında<sup>1066</sup> okul yönetiminin, ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulması gerekirken, adam çalıştırmanın sorumluluğunun uygulanması isabetli olmamıştır<sup>1067</sup>.

#### 4.2.3. Yapı Mâlikinin Sorumluluğu ile İlişkisi

Bir yapı eserindeki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliğinden kaynaklanan zararlardan yapı malikinin sorumluluğu TBK 69 hükmünde düzenlenmiştir. Ayrıca, intifa ve oturma hakkı sahibi de binadaki bakım eksikliğinden yapı mâliki ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur (TBK 69/2). TBK 69 hükmünde bir kusursuz sorumluluk öngörülmeyle birlikte, yapı mâlikinin, adam çalıştırandan farklı olarak, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmadığından, ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu söz konusudur<sup>1068</sup>. Yapı mâlikinin sorumluluğunun, objektif özen yükümlülüğü ihlâline dayanıp dayanmadığı ise tartışmalıdır<sup>1069</sup>.

Bu sorumluluğun doğması için meydana gelen zarar, yapı eserindeki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliğinden kaynaklanmalıdır. Yapı eseri; insan eliyle yapılmış veya düzenlenmiş, sabit, toprakla doğrudan veya dolaylı bağılılığı olan şey olarak tanımlanır<sup>1070</sup>. Yapım bozukluğu, bina ya da diğer yapı eserinin yapım ya da projelendirme aşamasındaki bir eksikliği; bakım eksikliği ise, yapı eserinin tahsis amacı doğrultusunda kullanmaya elverişli hâlde bulundurulmasındaki eksikliği ifade eder<sup>1071</sup>.

<sup>1066</sup> YHGK, T.12.04.1974, E.1970/4-487, K. 1974/395, Kazancı, E.T.10.05.2017.

<sup>1067</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 159.

<sup>1068</sup> **Antalya**, s. 592; **Öcal Apaydın**, s. 455.

<sup>1069</sup> Özen yükümlülüğünün ihlâline dayandıran görüşler için bkz. **Koç**, s. 30; **Erten**, İnşa Eseri, s. 80. Aksi görüş için bkz. **Rey/Wildhaber**, N.93; **Werro**, Responsabilité, N.390; **Oğuzman/Öz II**, s. 169; **Nomer**, Borçlar, s. 177. Bu sorumluluğun özen yükümlülüğünün ihlâline dayanmadığını destekleyen başlıca üç husus şöyledir: Özene ilişkin kurtuluş kanıtı getirme imkânının yokluğu; yapım bozukluğunun ya da bakım eksikliğinin bir üçüncü kişinin fiilinden (müteahhit, mimar, mühendis, eski malik, kiracı vs.) kaynaklandığı durumlarda, yapı mâlikinin bu kişiyi seçmede, denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaması (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 162) ve binanın yeni malikinin, eski malik zamanındaki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği nedeniyle kendi mülkiyeti döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulması (**Oğuzman/Öz II**, s. 169-170). TBK 69 hükmünün kanunda “özen sorumluluğu” üst başlığı altında düzenlenmiş olması isabetli değildir (**Nomer**, Borçlar, s. 178).

<sup>1070</sup> **Erten**, İnşa Eseri, s. 105; **Eren**, Genel, s. 674.

<sup>1071</sup> **Eren**, Genel, s. 677-678; **Öcal Apaydın**, s. 459.

Yapı eserindeki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği üçüncü bir kişinin (satıcı, yüklenici, mimar, mühendis vb.) fiilinden kaynaklansa bile yapı mâliki meydana gelen zarardan zarar görene karşı sorumludur<sup>1072</sup>. TBK 69/3 hükmünde bu kişilerin, kendilerine karşı sorumlu olanlara rücu hakkı olduğu belirtilmekle birlikte, bu hüküm özel bir rücu imkânı tanımamaktadır<sup>1073</sup>.

Somut olayda, adam çalıştırmanın sorumluluğu ile yapı mâlikinin sorumluluğunun yarışması mümkündür<sup>1074</sup>. Örneğin, bina temizliği esnasında bina çalışanının düşürdüğü tuğla nedeniyle bir başkasına ait araçta meydana gelen hasardan, bina mâliki hem adam çalıştırmanın hem de yapı mâliki sıfatıyla sorumludur<sup>1075</sup>. Öte yandan, yapı eserindeki yapım bozukluğu ya da bakım eksikliği, yapı mâlikinin yardımcı kişinin (örneğin, yapı eserinin bakım işini üstlenen kapıcı) fiilinden kaynaklanıyor ise münhasıran yapı mâlikinin sorumluluğu uygulanır<sup>1076</sup>. Zira yapı mâlikinin sorumluluğu, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu da bünyesinde barındıran, adam çalıştırmanın sorumluluğuna nazaran özel hüküm niteliğindedir<sup>1077</sup>. Bu sorumluluğun doğması için, yapı mâlikinin kendisinin veya yardımcılarının kusuru şart değildir<sup>1078</sup>.

#### 4.2.4. İş Kazasında İşçinin Uğradığı Zarardan İşverenin Sorumluluğu ile İlişkisi

##### 4.2.4.1. Genel Olarak İşverenin İşçiyi Koruma Yükümlülüğü

İşçi ve işveren arasında yoğun bir kişisel ilişki kuran iş sözleşmesi, tarafları arasında karşılıklı güven ve sadakatin varlığını gerektirir. Bu karşılıklı sadakat ve güven; işçi açısından özen ve sadakat yükümlülüğünde, işveren açısından ise işçiyi koruma

<sup>1072</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 11; Eren, Genel, s. 669; Öcal Apaydın, s. 455.

<sup>1073</sup> Erten, İnşa Eseri, s. 261; Öcal Apaydın, s. 455.

<sup>1074</sup> Koç, s. 100-101; Erten, İnşa Eseri, s. 256; Oğuzman/Öz II, s. 290; Ateş, s. 492.

<sup>1075</sup> Y11HD, T.10.02.2004, E.2003/6462, K.2004/1070, Kazancı, E.T.10.05.2017.

<sup>1076</sup> Oftinger/Stark II/1, §20 N.12; Werro, Responsabilité, N.503; Schwenger, N.53.16; Brehm, Art.55 OR N.100.

<sup>1077</sup> Fellmann/Kottmann, N.749; Kessler, Art.55 OR N.3.

<sup>1078</sup> Eren, Genel, s. 669.

yükümlülüğünde<sup>1079</sup> kendini gösterir<sup>1080</sup>. İşverenin işçiyi koruma yükümlülüğü, işverenin sadece iş güvenliği tedbirleri alma yükümlülüğünü ifade edecek şekilde dar anlamda; işçinin diğer kişilik değerlerinin korunması, bilgilendirilmesi gibi birçok farklı yükümlülüğü de bünyesinde barındıracak şekilde ise geniş anlamda kullanılmaktadır. Çalışmamızın bu kısmı, işverenin gerekli iş güvenliği tedbirlerini almaması nedeniyle meydana gelen iş kazasından sorumluluğu ile sınırlı tutulduğundan, koruma yükümlülüğü kavramı dar anlamda kullanılacaktır.

Türk hukukunda işverenin işçiyi koruma yükümlülüğünün biri özel hukuk, diğeri kamu hukuku karakteri taşıyan iki temel hukuki dayanağı bulunur<sup>1081</sup>. Bunlardan özel hukuka ilişkin olanı TBK 417<sup>1082</sup> hükmü, kamu hukukuna ilişkin olanı ise İSGK 4 hükmüdür. İSGK hükümleri, kamu hukuku karakterli genel koruma normları niteliğinde olup, işverenin koruma yükümlülüğünü somutlaştırırken<sup>1083</sup>; bu yükümlülüğün müeyyidesi (TBK 112 ile birlikte) TBK 417/3 hükmünde öngörülmüştür<sup>1084</sup>. Bu bakımdan, her iki kanunda yer alan düzenleme birbirini tamamlayıcı niteliktedir<sup>1085</sup>.

#### 4.2.4.2. İş Kazasında İşçinin Uğradığı Zarardan İşverenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

İşverenin işçiyi koruma yükümlülüğünü ihlâl etmesi neticesinde meydana gelen iş kazasında zarara uğrayan işçi<sup>1086</sup> (ya da işçinin ölümü hâlinde mirasçıları ve desteğinden

<sup>1079</sup> Doktrinde “koruma borcu”, “koruma ve gözetme borcu”, “özen borcu” gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır (**Güneş**, s. 15, dn.22). İşverenin bu yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır: asli edim yükümlülüğü görüşü için bkz. **Eren**, Genel, s. 35-36; **Uluslan**, İşveren, s. 19; yan edim yükümlülüğü görüşü için bkz. **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 94, dn.139; edim yükümlülüğünden bağımsız koruma yükümlülüğü görüşü için bkz. **Güneş**, s. 30 vd. Çalışmamızda, bu son görüş doğrultusunda, “işverenin işçiyi koruma yükümlülüğü” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>1080</sup> **Akın**, Tazminat, s. 57.

<sup>1081</sup> **Akın**, Tazminat, s. 59 vd.; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 347; **Urhanoğlu Cengiz**, s. 1961-1962.

<sup>1082</sup> TBK 417/1 hükmünde işverenin işçiyi geniş anlamda koruma yükümlülüğü, TBK 417/2 hükmünde ise dar anlamda koruma yükümlülüğü düzenlenmiştir (**Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 243).

<sup>1083</sup> **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 252.

<sup>1084</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 456.

<sup>1085</sup> **Senyen-Kaplan**, s. 134.

<sup>1086</sup> TBK 417 hükmü, bir iş sözleşmesine tâbi olarak çalışan tüm işçilerin iş kazası neticesinde uğradığı zarardan işverenin sorumluluğunu düzenler. Öte yandan, işverenin İSGK’ndan kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alma yükümlülüğü; işçiler, kamu görevlileri, çıraklar ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm bağımlı çalışanları kapsar (İSGK 2/1). Çalışmamızda ise, işverenin adam çalıştıran sıfatıyla iş kazasından sorumluluğuna ilişkin yapılan değerlendirmelerde, TBK 66 ve İSGK 2/1 anlamında çalışan kavramlarının karışıklığa yol açmaması için, zarar gören kişinin işçi olduğu varsayılmıştır.

yoksun kalanlar) işverenin hukuki sorumluluğuna başvurabilir. Bu tür durumlarda işverenin tazminat yükümlülüğü, sosyal güvenlik kurumu (SGK) tarafından karşılanmayan zararlar bakımından önem taşır<sup>1087</sup>.

Türk doktrininde işverenin iş kazasından hukuki sorumluluğunun niteliği konusunda iki temel görüş bulunmaktadır<sup>1088</sup>. Hâkim görüşe göre, işveren kural olarak, kendisi ile iş sözleşmesi ilişkisi içerisinde iş gören işçinin iş kazasına uğraması sonucu meydana gelen zarardan, gerekli tedbirleri almayarak işçiyi gözetme yükümlülüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle TBK 417 uyarınca sözleşme temelinde sorumludur<sup>1089</sup>. Sözleşme sorumluluğu TBK 112 gereği kusur karinesine dayandığından, zarar gören, işverenin kusurunu ispatlamak zorunda değildir. İşverenin bu karineyi çürüterek sorumluluktan kurtulma imkânının teorik olarak bulunması ise, işçinin yeteri kadar korunmadığı anlamına gelmez; zira işverenin kusursuzluğunu ispatlaması pratikte oldukça zordur<sup>1090</sup>. İşveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü tedbiri almakla yükümlü olup (TBK 417/2), bu tedbirlerin neler olduğu, bilim ve teknolojinin ulaştığı düzeye göre belirlenir. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında öngörülen bir ayrıntıyı dahi ihlâl ettiği takdirde, bu nedenle meydana gelen iş kazasından sorumlu olur<sup>1091</sup>. Ancak işverenin alması gereken tedbirler, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında öngörülenlerden ibaret değildir; işverenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, *mevzuatta öngörülmemiş olsa bile*, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerektirdiği diğer tedbirleri de almış olduğunu ispatlaması gerekir<sup>1092</sup>. Aksi görüş<sup>1093</sup> ise, işverenin kusur esasına göre

<sup>1087</sup> Bir iş kazasında zarar gören işçinin işverenin sorumluluğuna başvurabilmesi için, SGK tarafından karşılanmayan bir zararının bulunması gerekir. İşçinin, SSGSSK kapsamında sigortalı işçi olması durumunda, iş kazasına uğrayan işçiye veya hak sahiplerine SGK tarafından ilgili mevzuat gereği gerekli sağlık yardımları yapılarak ödenek bağlanır. İşçi, SGK tarafından karşılanan zararını işverenden talep edemez (**Baycık**, s. 130). Ancak götürü nitelikteki bu ödemeler, zarara uğrayan işçi ya da hak sahiplerinin uğradığı gerçek zararın tamamını genellikle karşılamaz (**Süzek**, İş Hukuku, s. 452; **Akın**, Tazminat, s. 101). Öte yandan, SSGSSK kapsamında olmasına rağmen, zarar gören işçinin doğrudan işverenin sorumluluğuna başvurmasını gerektiren durumlar da (örneğin, SSGSSK'nda öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresinin dolması) söz konusu olabilir (**Süzek**, İş Hukuku, s. 454). Zarar gören işçi, SSGSSK kapsamı dışında ise, iş kazasından doğan tüm zararlar için doğrudan işverenin hukuki sorumluluğuna başvurabilir.

<sup>1088</sup> Çalışmamızda, bu görüşlere ana hatlarıyla değinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, İş Hukuku, s. 454 vd.; **Süzek**, İş Güvenliği, s. 209 vd.; **Güneş**, s. 127 vd.; **Akın**, Tazminat, s. 85 vd.

<sup>1089</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 247; **Süzek**, İş Güvenliği, s. 233; **Senyen-Kaplan**, s. 147-148; **Kaneti**, Kusur, s. 678; **Bedük**, s. 42-43; **Tekinay**, s. 91; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 272.

<sup>1090</sup> **Akın**, Tazminat, s. 88.

<sup>1091</sup> **Baycık**, s. 137.

<sup>1092</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 451; **Akın**, Tazminat, s. 89; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 348; **Urhanoglu Cengiz**, s. 1967.

<sup>1093</sup> İşverenin iş kazasından sorumluluğu hususunda bir kanun boşluğu bulunmakta olup, bu boşluk işçi yararına doldurulmalıdır (**Çenberci**, s. 773); tehlike arz eden işletmelerde meydana gelen iş kazalarından işverenin

sorumlu tutulmasının işçiyi koruma amacına aykırı düştüğünü vurgulayarak, çeşitli hukuki dayanaklarla, işverenin kusursuz sorumluluğunu savunmaktadır. Ancak bu görüş, istisnai nitelikteki kusursuz sorumluluk hâllerinin mutlaka açık bir kanuni dayanağının olması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>1094</sup>.

İşverenin iş kazasından sorumluluğu bakımından uygulanabileceği kabul edilen bir diğer düzenleme ise, genel tehlike sorumluluğudur (TBK 71)<sup>1095</sup>. İşverenin bu hükme göre sorumlu tutulabilmesi için iş kazası, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti çerçevesinde gerçekleşen karakteristik riziko neticesinde meydana gelmelidir. Bu kısıtlayıcı şartlar nedeniyle, TBK 71 hükmünün, işverenin iş kazalarından sorumluluğu bakımından oldukça dar bir uygulama alanı olduğu, bu nedenle genel bir sorumluluk normu teşkil etmediği kabul edilmektedir<sup>1096</sup>.

İşverenin iş kazasından sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda Yargıtay'ın görüşünün zaman içerisinde değiştiği görülmektedir<sup>1097</sup>. 1967 yılından itibaren uzun bir süre, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu, risk (tehlike) esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelendiren<sup>1098</sup> Yargıtay'ın bu yaklaşımı, mahkeme içtihatları ile kusursuz sorumluluk hâli yaratılamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>1099</sup>. Sonraki tarihli kararlarında ise görüş değişikliğine giden Yargıtay, işverenin iş kazasından sorumluluğunu kusur esasına dayanan sözleşme sorumluluğu olarak kabul

---

sorumluluğu bakımından bulunan kanun boşluğu hâkim tarafından tehlike sorumluluğu ile doldurulmalı, diğer iş kazaları bakımından ise eBK 96 ve eBK 332 hükümleri uygulanmalıdır (**Gürsoy**, İşveren, s. 193-196; **Ulusan**, İşveren, s. 119-120). Kanun boşluğu söz konusu olmayıp, eBK 332 hükmü, 1475 sayılı İş Kanunu 73 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, bir kusursuz sorumluluk teşkil eder (**Tunçomağ**, İş Kazası, s. 577).

<sup>1094</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 455 vd.; **Oğuzman/Öz II**, s. 247; **Oğuzman**, İş Kazası, s. 337; **Tekinay**, s. 91; **Akın**, Tazminat, s. 98; **Nomer**, Borçlar, s. 160; **Baycık**, s. 132.

<sup>1095</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 460-461; **Oğuzman/Öz II**, s. 248; **Oral**, s. 281 vd.; **Güneş**, s. 187 vd.; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 275.

<sup>1096</sup> **Güneş**, s. 201. Tehlike sorumluluğu sadece özel tehlike taşıyan işletmeler bakımından uygulanabileceğinden, olması gereken hukuk bakımından işverenin iş kazasından sorumluluğunun bir olağan sebep sorumluluğu olarak açıkça hükme bağlanması gerekir (**Tandoğan**, Tehlike, s. 4). Hâlihazırda oldukça karışık, sistematige sahip olmayan, geniş kapsamlı, ağır yükümlülükler getiren iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına ek olarak niteliği gereği kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmayan bir tehlike sorumluluğunun öngörülmesinin “işverenlere gerekenin ötesinde sorumluluk yüklemek” anlamına gelir (**Baycık**, s. 136-137).

<sup>1097</sup> Konuya ilişkin Yargıtay içtihatlarının gelişim süreci hakkında bkz. **Güneş**, s. 154 vd.

<sup>1098</sup> Y9HD, T.13.03.1967, E.1967/2341, K.1967/1970, Kazancı; Y9HD, T.04.07.1985, E.1985/4294, K.1985/7382, Kazancı, E.T.10.05.2017. Bu yöndeki diğer kararlar için bkz. **Çenberci**, s.767, dn.64, 65; **Ulusan**, İşveren, s. 114 vd.

<sup>1099</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 247-248; **Süzek**, İş Hukuku, s. 456; **Nomer**, Borçlar, s. 160; **Kaneti**, Kusur, s. 679-680.

etmiştir<sup>1100</sup>. Bu görüşünü devam ettirdiği 2013 tarihli bir kararında<sup>1101</sup> da (olayın gerçekleştiği tarihte TBK henüz yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen) TBK 417/3 hükmüne değinerek, bu hüküm ile işverenin iş kazasından sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin tartışmaların sona erdiğini belirtmiştir.

#### 4.2.4.3. İşverenin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumlu Tutulması

##### 4.2.4.3.1. Genel Olarak

İşverenin iş kazasından kusursuz haksız fiil sorumluluğuna dayanak teşkil edebilecek bir diğer düzenleme ise adam çalıştıranın sorumluluğudur. İşverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, kazaya uğrayan işçinin uğradığı zarar, TBK anlamında bir başka çalışanın fiilinden kaynaklanmalıdır<sup>1102</sup>. Aynı işverenin bir işçisinin bir başka işçisine zarar vermesinde durum böyledir. Örneğin, demiryolunda çalışan bir işçinin vagonun frenlerini sıkmayıp, önüne takoz koymaması nedeniyle harekete geçerek bir başka işçinin ölümüne neden olduğu olayda işveren adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur<sup>1103</sup>. Benzer şekilde, bir işçinin bir başka işverenin işçisine zarar vermiş olması durumunda da zarar gören işçi, zarara sebep olan işçinin işvereni adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutabilir<sup>1104</sup>. Örneğin, asıl yüklenici şirketin bir işçisinin, alt yüklenici şirketin bir işçisine zarar vermesinde durum böyledir.

Öte yandan, işverenin iş kazasından sorumluluğu bakımından adam çalıştıranın sorumluluğunun hatalı olarak uygulandığı birtakım Yargıtay kararlarına rastlanmaktadır. Bu kararların bir kısmında, bir başka çalışanın fiilinden kaynaklanmaksızın bizzat işçinin uğradığı zarar bakımından işverenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulduğu görülmektedir. Örneğin, mola verip aracın içinde uyuyan tır şoförünün, bu esnada araçta çıkan yangında ölmesi olayına ilişkin olarak ölen şoförün mirasçılarının işverene karşı

<sup>1100</sup> Y21HD, T.12.06.2006, E.2006/4895, K.2006/6303, Kazancı, E.T.10.05.2017.

<sup>1101</sup> YHGK, T.20.03.2013, E.2012/21-1121, K.2013/386, Kazancı, E.T.10.05.2017.

<sup>1102</sup> **Oğuzman**, İş Kazası, s. 340; **Süzek**, İş Hukuku, s. 458; **Süzek**, İş Güvenliği, s. 237; **Ulusan**, İşveren, s. 128; **Güneş**, s. 211. Örneğin, işyerindeki kötü fiziksel şartlar nedeniyle çöken duvarın altında kalan işçinin uğradığı zarar bakımından adam çalıştıranın sorumluluğu uygulanmaz (**Oğuzman/Öz II**, s. 150). İşçinin işini görürken, bir çalışanın fiili olmaksızın, kendi fiili ile zarara uğraması durumunda eBK 55 (TBK 66) değil, eBK 332 (TBK 417) hükmü uygulanır (**İmre**, s. 157).

<sup>1103</sup> Y21HD, T.05.05.2014, E.2014/3664, K.2014/9709, Kazancı, E.T.10.05.2017.

<sup>1104</sup> **Tunçomağ**, İş Kazası, s. 589.

açtıkları tazminat davasında işveren adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur<sup>1105</sup>. Halbuki bir çalışanın fiilinden kaynaklanmayan zararlar bakımından TBK 66 hükmünün uygulanması isabetli değildir<sup>1106</sup>. Benzer şekilde, görevi gereği para götürmek üzere bir taksiye binen banka görevlisinin, taksinin bir başka araç ile çarpışması neticesinde meydana gelen trafik kazasında ölmesi olayında banka, taksinin çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu tutulmuştur<sup>1107</sup>. Halbuki karara konu olayda, banka ile taksi şoförü arasında TBK 66 anlamında bağımlılık arz eden bir çalıştırma ilişkisi bulunduğunu kabul etmek oldukça güçtür<sup>1108</sup>. Yine, bir kapıcının, komşu inşaattan başına tuğla düşmesi nedeniyle ölmesi olayında, kapıcıyı çalıştıran apartman mülklerinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu değerlendirilmiş ancak illiyet bağının kesildiği gerekçesiyle sorumluluklarına hükmedilmemiştir<sup>1109</sup>.

#### 4.2.4.3.2. İşverenin Sorumluluğunu Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerine Tâbi Tutan TBK 417/3 Hükmünün Adam Çalıştıranın Sorumluluğuna Etkisi

TBK 417/3 hükmüne göre, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının<sup>1110</sup> ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbi tutulmuştur. İşverenin işçiyi (geniş anlamda) koruma yükümlülüğünü ihlâl etmesinden kaynaklanan sorumluluğunun açıkça sözleşme temeline dayanacağı belirtilmiş olması, kanun koyucunun haksız fiil sorumluluğunu devre dışı bırakmayı mı amaçladığı sorusunu akla getirmektedir.

<sup>1105</sup> YHGK, T.12.11.2003, E.2003/21-673, K.2003/641, Kazancı, E.T.10.05.2017.

<sup>1106</sup> *Güneş*'e göre söz konusu kararda, “[...] zararın işçinin üzerinde kalmasının önlenmesi için birçok hatalı yorum bir araya getirilmek zorunda kalmıştır. Örneğin, istihdam edenin sorumluluğunun şartları hiçe sayılmış, zararın diğer bir çalışandan kaynaklanması aranmadığı gibi sorumluluğun esası da tehlikeye dayandırılmıştır” (*Güneş*, s. 157). Söz konusu kararın eleştirisi için ayrıca bkz. **Nomer**, Borçlar, s. 160; **Bedük**, s. 40-41; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 338, dn.372.

<sup>1107</sup> Y21HD, T.09.02.1999, E.1998/9040, K.1999/487 (**Akın**, Tazminat, s. 51, dn.157)

<sup>1108</sup> Karar incelemesi için bkz. **Tuncay**, s. 29.

<sup>1109</sup> Y21HD, T.29.11.1996, E.1996/5418, K.1996/6635, **Uygur**, s. 2646.

<sup>1110</sup> TBK 417/3 hükmünde, “işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararlar” ifadesine yer verilmiştir. Halbuki, tek bir “kişilik hakkı” ve bu hak kapsamında korunan birden fazla “kişilik değeri” bulunur (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 397-398). Bu doğrultuda, ölüm ve vücut bütünlüğünün zedelenmesi de birer kişilik hakkı ihlâli olduğundan, söz konusu hükümde yer alan “veya kişilik haklarının ihlali” ifadesinin, “veya *diğer* kişilik değerlerinin ihlali” olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Hâkim görüşe göre, bu hüküm, işçinin ölümü hâlinde, işveren ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan destekten yoksun kalanlara, işverenden sözleşme temelinde tazminat talebinde bulunma imkânı sağlar<sup>1111</sup>. Hükümün lafzına rağmen sebeplerin yarışması imkânı varlığını korumakta olup<sup>1112</sup>, işverenin iş kazasından bir kusursuz haksız fiil sorumluluğu temelinde de sorumlu tutulabileceği<sup>1113</sup> kabul edilmektedir. TBK 417/3 hükmünün, işçiyi koruma amacına uygun olarak nisbi emredici nitelikte bir düzenleme olduğu, şartları gerçekleşmiş ise, işverenin sözleşme sorumluluğuna nazaran daha ağır nitelikteki tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulabileceği ileri sürülmektedir<sup>1114</sup>.

TBK 417/3 hükmünü çalışma konumuz açısından değerlendirdiğimizde ise, işverenin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine tâbi tutulması, TBK 66 hükmü yerine TBK 116 hükmünün uygulanmasını akla getirmektedir<sup>1115</sup>. İş hukuku doktrinde, işverenin iş kazasından sorumluluğu bakımından TBK 116 hükmünün de uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>1116</sup>. TBK 116 hükmünde düzenlenen ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk, borçlunun sadece edim yükümlülüklerinin değil, koruma yükümlülüklerinin ifasında kullandığı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu da kapsar<sup>1117</sup>. Borçlunun koruma yükümlülüklerini yerine getiren ifa yardımcıları, “koruma yardımcısı” (*Bewahrungsgelhilfen*) olarak adlandırılır<sup>1118</sup>. Borçlunun koruma yükümlülüğünün ifasını doğrudan doğruya kendisine bıraktığı yardımcı kişi ise, *dar anlamda koruma yardımcısı* teşkil eder<sup>1119</sup>. Bu doğrultuda, işverenin, işçilerine karşı koruma yükümlülüğünün ifasını bir yardımcı kişiye bıraktığı ve bu yardımcı kişinin, gerekli güvenlik tedbirlerini almayarak bir işçinin zarara uğramasına neden olduğu durumlarda, işçinin uğradığı zarardan işveren TBK 116 hükmüne göre sorumlu

<sup>1111</sup> **Süzek**, İş Hukuku, s. 462; **Senyen-Kaplan**, s. 148; **Baycık**, s. 131; **Sevimli**, s. 134. eBK 332/2 hükmü bakımından da savunulan bu görüş için bkz. **Süzek**, İş Güvenliği, s. 242; **Gürsoy**, Destek, s. 145; **Hatemi**, §9 N.14.

<sup>1112</sup> **Sevimli**, s. 134. eBK 332/2 hükmünde yer alan benzer düzenleme bakımından da doktrinde, işverenin iş kazasından sorumluluğu bakımından sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun yarışacağı kabul edilmekteydi (**Oğuzman**, İş Kazası, s. 339; **Akın**, Tazminat, s. 95).

<sup>1113</sup> **Güneş**, s. 177.

<sup>1114</sup> **Oral**, s. 280, 296.

<sup>1115</sup> TBK 417/3 hükmü gereği, iş kazaları dolayısıyla esasen TBK 66 değil, TBK 116 uygulanır (**Hatemi/Gökyayla**, §19 N.15).

<sup>1116</sup> **Oğuzman/Öz II**, s. 247-248; **Oğuzman**, İş Kazası, s. 338, **Süzek**, İş Hukuku, s. 458; **Sevimli**, s. 133; **Senyen-Kaplan**, s. 159; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 276.

<sup>1117</sup> **Medicus/Lorenz AT**, N.379.

<sup>1118</sup> **Esser/Schmidt**, s. 103; **Eren**, Genel, s. 1104; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 105.

<sup>1119</sup> **Eren**, Genel, s. 1104; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 105.



tutulabilecektir. İşverenin bu tür koruma yardımcılarına; iş güvenliği uzmanı<sup>1120</sup>, işveren vekili<sup>1121</sup>, işverenin iş güvenliği hizmeti aldığı bir tüzel kişi<sup>1122</sup> ya da (nadiren rastlanmakla birlikte) işverenin bu konuda görevlendirdiği bir işçisi<sup>1123</sup> örnek olarak verilmektedir.

Bu değerlendirmeyi bir adım daha ileri götürdüğümüzde, işveren tarafından böyle bir görevlendirme olmasa bile, her bir işçinin, diğer işçilerin bütünlük menfaatinin korunmasında etkili *geniş anlamda koruma yardımcısı*<sup>1124</sup> niteliğinde bir ifa yardımcısı olduğu da düşünülebilir<sup>1125</sup>. İşverenin koruma yükümlülüğünün kapsamına, bir işçinin işini görürken diğer işçilerin zarara uğramasını engelleyecek tedbirleri almak da dâhildir. Bu doğrultuda, işverenin işçilerine karşı koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından her bir işçi diğer işçiler karşısında ifa yardımcısı olarak kabul edilebilir. Böylelikle işverenin, her iki durumda da bir işçinin işini görürken bir başka işçiye verdiği zarardan, bir kusursuz sorumluluk hâli olan TBK 116 hükmüne göre sorumlu tutulması ve zarar gören işçinin, (haksız fiil sorumluluğuna nazaran) birçok açıdan elverişli<sup>1126</sup> sözleşme sorumluluğu rejiminden yararlanması mümkün olacaktır.

<sup>1120</sup> *Sevimli*'ye göre, iş güvenliği uzmanı, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğün korunması borcu bakımından TBK 116 bağlamında işverenin ifa yardımcısı niteliğindedir. Yazara göre, kuramsal olarak istisnai nitelikteki bu sorumluluk, özellikle 30 Haziran 2014 tarihinden itibaren uygulamada tüm işverenler bakımından asıl sorumluluk olarak ortaya çıkacaktır” (**Sevimli**, s. 133). *Güneş* ise; İSGK m.8’de belirlenmiş olan görev tanımına vurgu yaparak, iş güvenliği uzmanlarının görevlendirildikleri işyerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini tespit ederek işverene yazılı olarak bildirmekle yükümlü olduklarına, aksi kararlaştırılmadıkça, iş güvenliği uzmanının bu tür tedbirleri almakla yükümlü olmadığına, dolayısıyla işverenin işçiyi koruma borcu bakımından ifa yardımcısı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre böyle bir sorumluluk sadece işyeri güvenlik uzmanının gerekli tedbirleri işverene bildirmemesi neticesinde meydana gelen iş kazası ile sınırlı olarak ortaya çıkabilir (**Güneş**, s. 213 vd.).

<sup>1121</sup> **Sevimli**, s. 133.

<sup>1122</sup> İSGK 4/2: “İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz”.

<sup>1123</sup> **von Tuhr**, s. 525, dn.30; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 836; **Eren**, Genel, s. 1104; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 105.

<sup>1124</sup> Alacaklının bütünlük menfaatinin (kişivarlığı ve malvarlığı değerleri) korunmasında etkil olan ifa yardımcısı, geniş anlamda koruma yardımcısı teşkil eder (**Eren**, Genel, s. 1104; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 105).

<sup>1125</sup> Aksi görüş için bkz. **Güneş**, s. 212.

<sup>1126</sup> Sözleşme sorumluluğunun zarar görene sağladığı avantajların başında zamanaşımı süresi gelir. Tazminat talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin içtihat ayrılığının giderilmesine ilişkin bir İBK kararında Yargıtay, bir şirket tarafından istihdam edilen mühendisin, aynı şirketin çalışanı olan bir işçiye verdiği zarardan şirketin sorumluluğu bakımından, eBK 55 hükmünün “müstahdem ve amelenin hizmetlerinin ifa ederken diğer amele ve müstahdeme karşı değil, istihdam edenle ve bu husus[t]a hukuki ve akdi rabitası olmayan üçüncü şahıslara karşı yaptıkları zarara ai[t] olduğu” değerlendirmesini yaparak, eBK 55 yerine eBK 100 hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak kararda, zarar veren mühendisin somut olay bakımından ifa yardımcısı niteliğine ilişkin bir değerlendirmeye rastlanmamaktadır. Karar için bkz. YİBGK T.18.03.1940, E.14 K.27, RG, T.30.05.1940, S.4522. Ayrıca, TBK 116 hükmüne göre sorumlu olan işverenin, TBK 66 hükmündekine benzer bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı yoktur. İşverenin TBK 116 hükmüne göre sözleşme

Uygulamada ise, ifa yardımcısının fiilinden kaynaklanan bir zarar söz konusu olmasına rağmen, tıpkı sağlık personelinin fiilinden özel hastanenin sorumluluğuna ilişkin davalarda olduğu gibi<sup>1127</sup>, işverenin sorumluluğunun TBK 116 yerine TBK 66 hükmüne göre sorumlu tutulduğu Yargıtay kararlarına rastlanmaktadır. Örneğin, bir plastik enjeksiyon imalathanesinde çalışan işçinin, işyeri teknik sorumlusunun kusuru nedeniyle elini makineye kaptırması neticesinde uğradığı zarardan işveren, TBK 66 hükmüne göre adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur<sup>1128</sup>. Halbuki karara konu olayda, işyeri teknik sorumlusunun ifa yardımcısı olarak nitelendirilip, işverenin TBK 116 hükmüne göre de sorumlu tutulması mümkündür.

#### 4.2.5. Genel Tehlike Sorumluluğu ile İlişkisi

Tehlike sorumluluğu kavramı, tehlike arz eden bir faaliyet ya da nesneye özgü karakteristik (tipik) rizikonun<sup>1129</sup> gerçekleşmesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluğu ifade eder. Türk hukukunda genel tehlike sorumluluğu ilk defa TBK 71 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmeden bahsedilmesine rağmen, bu ifadenin işletme faaliyeti olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>1130</sup>.

##### 4.2.5.1. Genel Olarak Tehlike Sorumluluğu ile Olağan Sebep Sorumluluğunun Karşılaştırılması

Tehlike sorumluluğu ile olağan sebep sorumluluğu hâlleri yapısal açıdan farklılık gösterir. Bu farklılıklardan ilki, hukuka aykırılık unsuru bakımından ortaya çıkar.

---

temelinde sorumlu tutulması durumunda, destekten yoksun kalma tazminatı da TBK 417/3 hükmü gereği bu sözleşmeye dayanarak talep edilebilecektir.

<sup>1127</sup> Bkz. Dördüncü Bölüm, §11, II, B, 3.

<sup>1128</sup> Y21HD, T.13.11.2007, E.2007/17891, K.2007/20495, Kazancı, E.T.10.05.2017.

<sup>1129</sup> TBK 71 hükmünün gerekçesinde “tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarar” olgusundan bahsedilmiş olmasına rağmen, kanunlaşan madde metninde bu ifadeye yer verilmemiştir. Ancak buna rağmen TBK 71 hükmünün, işletme faaliyeti neticesinde meydana gelen her türlü zarar bakımından değil; yalnızca karakteristik rizikonun gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zararlar ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (Çekin, s. 225 vd.; Yücel, s. 71; Akkayan-Yıldırım, s. 210; Sanlı, Kusursuz Sorumluluk, s. 76, 81; Nomer, Borçlar, s. 183; Üçışık, s. 141).

<sup>1130</sup> Bkz. Yücel, s. 118.

Türk<sup>1131</sup> ve Alman<sup>1132</sup> hukukunda hâkim görüşe göre, hukuka aykırılık, tehlike sorumluluğunun bir unsuru değildir. Bu kabul, Alman hukukunda hukuka aykırılık anlayışında meydana gelen değişim ile yakından ilgilidir. Alman hukukunda fiil neticesinde ihlâl edilen hukuki menfaati esas alan hukuka aykırılık anlayışı, yerini insan fiili odaklı modern hukuka aykırılık anlayışına bırakmıştır<sup>1133</sup>. Tehlike sorumluluğunda, hakkında değer yargısında bulunulan bir insan fiili söz konusu değildir; bu nedenle hukuka aykırılık, sorumluluğun kurucu bir unsuru olarak kabul edilmemektedir. Tehlike sorumluluğunun doğması için tehlikeli faaliyetin yürütülmesinin hukuka uygun olup olmaması önemli değildir; burada sadece faaliyetin taşıdığı zarar riskinin işletme sahibine tahsisi söz konusudur<sup>1134</sup>.

Olağan sebep sorumluluklarında ise hukuk düzeni tarafından kınanan, sorumlu kişinin özen yükümlülüğüne aykırı fiilidir. Ayrıca, olağan sebep sorumlusunun kendisinden beklenen özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı varken, tehlike sorumluluğunun yapısı gereği, sorumlu kişiye böyle bir imkânı tanınmamıştır. Diğer bir farklılık, uygun illiyet bağı kesen sebeplerin varlığının sorumluluktan kurtulmaya etkisinde ortaya çıkar. Uygun illiyet bağı kesen bir sebebin varlığı, olağan sebep sorumluluğunu ortadan kaldırır; tehlike sorumluluğu hâllerinin bazılarında ise bu tür sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulma imkânı sınırlandırılmış<sup>1135</sup>, bazılarında ise ek başka olgular aranması suretiyle zorlaştırılmıştır<sup>1136</sup>.

<sup>1131</sup> Eren, İlliyet Bağı, s. 139; Erişgin, Tehlike, s. 83; Çekin, s. 262 vd.; Tiftik, Tehlike, s. 41 vd.; Havutçu, s. 96.

<sup>1132</sup> Larenz/Canaris, s. 610; Deutsch/Ahrens, N.523.

<sup>1133</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çekin, s. 249 vd.

<sup>1134</sup> Çekin, s. 265 vd.

<sup>1135</sup> Örneğin, sivil hava aracı işletenin sorumluluğu bakımından bkz. Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 137 (Sivil hava aracının üçüncü kişilere verdiği zarardan işletenin sorumluluğu bakımından üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep, sorumluluktan kurtulma sebebi olarak kabul edilmemiştir. Sivil hava aracı işleten, ancak zararın doğmasına zarara uğrayanın ya da adamlarının kusurlu davranışlarının yol açtığını ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur).

<sup>1136</sup> Örneğin, motorlu araç işletenin sorumluluğu bakımından bkz. KTK 86/1 (Motorlu araç işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için kazanın uygun illiyet bağı kesen sebeplerden birinden kaynaklanması yeterli olmayıp, işletenin kendisinin ya da fiillerinden sorumlu tutulduğu kişilerin de kusuru bulunmamalı, ayrıca araçtaki bir bozukluk da kazayı etkilememiş olmalıdır).

#### 4.2.5.2. Genel Tehlike Sorumluluğu ile Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Arasındaki İlişki

##### 4.2.5.2.1. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

İsviçre hukukunda, TBK 71 hükmüne benzer nitelikte bir genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi bulunmamaktadır. Özel kanunlarda düzenlenen tehlike sorumluluğu hâlleri ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu da kapsar; bu nedenle özel tehlike sorumluluğunun uygulandığı durumlarda, Art.55 OR hükmü devre dışı kalır<sup>1137</sup>.

Doktrinde *Türkmen*, bir işletme faaliyetinden kaynaklanan zararın hem o işletmedeki tipik tehlikenin gerçekleşmesinden hem de organizasyon eksikliğinden kaynaklanması durumunda, bu iki sorumluluğun yarışacağını savunmakta ve bu yarışma ilişkisine örnek olarak, patlayıcı madde üretilen bir işletmede işçilerin yorgun çalıştırılmasından kaynaklanan patlama olayını vermektedir<sup>1138</sup>. *Çekin* ise, hâkimin, somut olayın şartlarını değerlendirerek, meydana gelen zarar bakımından işletmedeki teknik unsurun mu yoksa organizasyon unsurunun mu ağır bastığını dikkate alarak uygulanacak normu belirlemesi gerektiği görüşündedir<sup>1139</sup>. Organizasyon unsurunun ağır bastığı bir durumu örnekleyen yazar; elektrik üretim faaliyeti yürütülen bir atom santralinin işlem odasına giren çaycının çay dökmesi nedeniyle meydana gelen patlama olayında adam çalıştıranın TBK 66 çerçevesinde sorumlu olması gerektiği görüşündedir<sup>1140</sup>.

Bu iki sorumluluğun farklı uygulama alanlarına dikkat çeken aksi görüş<sup>1141</sup> ise bir yarışma ilişkisinden bahsedilemeyeceğini savunur. Buna göre, tehlike sorumluluğu bakımından karakteristik rizikonun gerçekleştiği durumlarda adam çalıştıranın sorumluluğu uygulanmaz; zararın özen eksikliğinden kaynaklandığı durumlarda da

<sup>1137</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.103; **Fellmann/Kottmann**, N.749; **Werro**, Responsabilité, N.503; **Müller**, N.269; **Petrin**, s. 17. Aksi görüş için bkz. **Schwenzer**, N.54.04.

<sup>1138</sup> **Türkmen**, s. 279.

<sup>1139</sup> **Çekin**, s. 147-149.

<sup>1140</sup> “Örneğin bir atom santralinde icra edilen elektrik üretim faaliyeti tehlikeli bir faaliyet olarak kabul edilebilir. Alınan bütün önlemlere rağmen büyük zararların meydana gelmesi muhtemeldir. Eğer en kritik hamlelerin yapıldığı ve en hassas teçhizatın bulunduğu işlem odasında çaycı yanlışlıkla çay dökmüş ve bu sebeple bir patlama meydana gelmiş ise, burada çaycının o odaya girmesini engelleyecek bir mekanizma öngörmeyen iş sahibi sorumlu olmalıdır. Yine aynı şekilde böylesine kritik işlemlerin yapıldığı bir odada içecek tüketimine izin vermesinden dolayı adam çalıştıran, işin organizasyonunu layikiyle yapamadığından dolayı BK m.66 çerçevesinde mesul tutulmalıdır” (**Çekin**, s. 147).

<sup>1141</sup> **Ünlütepe**, s. 215; **Kara Kılıçarslan**, s. 29-30.

tehlike sorumluluğuna gidilemez<sup>1142</sup>. Patlayıcı madde üretilen işletmedeki patlama olayı örneğindeki tehlike, çalışma saatlerine dikkat edilse bile oluşabilecek niteliktedir<sup>1143</sup>.

#### 4.2.5.2.2. Değerlendirme ve Görüşümüz

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu, yapı itibariyle birbirinden oldukça farklıdır. Tehlike sorumluluğunda zararın kaynağı bir insan fiili olsa bile, bu durum tâli nitelik arz eder ve kanun koyucu tarafından çoğunlukla dikkate alınmaz<sup>1144</sup>; bu kadar tehlikeli araç ve gereç içinde, zararın sebebinin bir insan fiili olma ihtimali, diğer teknik ve mekanik sebeplerle kıyaslanamayacak derecede, küçük ve önemsizdir<sup>1145</sup>. Doktrinde örnek verilen iki patlama olayında da zarara kaynaklık eden, bir çalışanın fiili olmakla birlikte, her iki durumda da karakteristik riziko teşkil eden patlama olayı gerçekleşmiştir. Benzer şekilde, bir uçak kazasının pilotaj hatasından kaynaklandığı tespit edilse bile, adam çalıştırmanın sorumluluğu değil, tehlike sorumluluğu uygulanmalıdır. Zira uygulanacak sorumluluk normunu belirleyen ölçütün, karakteristik rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği olması gerektiği düşüncesindeyiz; bu doğrultuda, iki sorumluluk normunun yarışmayacağı görüşünü paylaşmaktayız.

Ayrıca, TBK 71/3 hükmünde, belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklı tutulmuş olmakla birlikte, özel tehlike sorumluluğunun daha basit düzeyde bir koruma öngörmesi durumunda, zarar görenin daha üstün korumadan yararlandırılması için TBK 71/1 hükmünün uygulanması gerektiği<sup>1146</sup> savunulmaktadır. Bu doğrultuda, özel nitelikteki tehlike sorumluluğu hâlinin bile TBK 71 karşısında uygulanmayacağı kabul edilirken, kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunan adam çalıştırmanın sorumluluğunun genel tehlike sorumluluğu ile yarışabileceğini kabul etmek çelişkili olacaktır.

<sup>1142</sup> Erdem, s. 219. Ayrıca bkz. Widmer/Wessner, s. 133.

<sup>1143</sup> Kara Kılıçarslan, s. 30.

<sup>1144</sup> Eren, Genel, s. 525.

<sup>1145</sup> Eren, Genel, s. 516.

<sup>1146</sup> Erdem, s. 216, dn. 12; Nomer, Borçlar, s. 183.

#### 4.2.6. Hatalı Ürünün Neden Olduğu Zarardan Üreticinin Sorumluluğu ile İlişkisi

##### 4.2.6.1. Genel Olarak

Üreticinin sorumluluğu kavramı<sup>1147</sup>, üretici tarafından piyasaya sürülen ve haklı güvenlik beklentilerini karşılamayan hatalı ürünlerin sebep olduğu zarardan sorumluluğu ifade eder<sup>1148</sup>. Üreticinin sorumluluğunun sözleşme temeline dayandırılması sorumluluğun bünyesine uygun düşmediğinden<sup>1149</sup>, hukuki dayanağı haksız fiil hukukunda aranmaktadır<sup>1150</sup>. Modern hukuki eğilim, üreticinin sorumluluğu bakımından kusursuz bir haksız fiil sorumluluğu rejiminin benimsenmesi yönündedir. 85/374 sayılı Hatalı Ürünlerin Neden Olduğu Zarardan Sorumluluğa ilişkin Avrupa Birliği Direktifinde (kısaca “AB Ürün Sorumluluğu Direktifi”) üreticinin sorumluluğu bakımından, ulusal hukuk düzeyindeki farklılıkları uzlaştıracak şekilde, tehlike sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu unsurlarını bir arada bulunduran bir model benimsenmiştir<sup>1151</sup>.

##### 4.2.6.2. Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı Olarak Değerlendirilen Düzenlemeler

Türk hukukunda *de lege lata* üreticinin sorumluluğuna ilişkin özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır<sup>1152</sup>. Bu nedenle, üreticinin sorumluluğu meselesi, doktrinde ve

<sup>1147</sup> Alman ve İsviçre hukukunda ürün sorumluluğu (*Produzentenhaftung*) veya üreticinin sorumluluğu (*Produktehaftung*) kavramlarının kullanılmasına dikkat çeken *Havutçu*, sorumluluğun objesini değil süjesini ön plana çıkaran “üreticinin sorumluluğu” kavramının Türk sorumluluk hukukuna daha uygun düşeceği görüşündedir (**Havutçu**, s. 22 vd.).

<sup>1148</sup> **Havutçu**, s. 21; **Akçura Karaman**, s. 10.

<sup>1149</sup> Günümüzde piyasaya sürülen ürünler çoğunlukla doğrudan üretici yerine, üretim zincirinin sonunda yer alan nihai satıcılardan temin edilmektedir. Bu nedenle, üretici ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlara nadiren rastlanır. Kaldı ki, böyle bir sözleşme ilişkisi bulunsa bile, hatalı ürün sebebiyle zarar gören her zaman sözleşme ilişkisinin tarafı olan alıcı değildir. Bu hukuki engel, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi gibi, sözleşme sorumluluğunun uygulama alanını (haksız fiil aleyhine) genişleten teorilerle aşılmaya çalışılsa da bu tür çözümler de yetersiz kalmaktadır. Öte yandan, sözleşme sorumluluğunda üreticinin, kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmesi, zarar görene etkin bir koruma sağlamaktadır.

<sup>1150</sup> **Öztaş**, İmalatçı, s. 79; **Sanlı/Atamer**, s. 773.

<sup>1151</sup> **Stauder**, s. 369. Üründe bir hata bulunması, esasında üreticinin kusuruna işaret eder; ancak, üretici gerekli özeni gösterdiğini ispat etse bile zararın üründeki hatadan kaynaklanması sorumluluk için yeterli olduğundan, burada bir kusursuz sorumluluk söz konusudur (**Faure**, s. 381).

<sup>1152</sup> Üreticinin sorumluluğunun ayrı bir kanunda düzenlemeye kavuşturulması gerekir (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 43; **Atamer**, Satım, s. 95; **İnceoğlu**, s. 220; **Gümüş**, s. 106). Üreticinin sorumluluğu ya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan bağımsız olarak özel bir kanunda ya da 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanması Hakkında Kanun bünyesinde düzenlenmelidir (**Havutçu**, s. 153).

mahkeme içtihatlarında, yürürlükteki hukukta yer alan çeşitli sorumluluk sebepleri çerçevesinde çözümlenmeye çalışılmaktadır. *De lege ferenda*, bir tehlike sorumluluğu modeli<sup>1153</sup> ya da yapı malikinin sorumluluğuna benzer şekilde kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmayan bir kusursuz sorumluluk modeli<sup>1154</sup> benimsenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Aşağıda, yürürlükteki hukuk bakımından üreticinin sorumluluğunun hukuki dayanağı olarak değerlendirilen düzenlemeler ana hatlarıyla ele alınacaktır.

#### 4.2.6.2.1. Tüketici Hukuku Bakımından

##### 4.2.6.2.1.1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

###### 4.2.6.2.1.1.1. 4077 sayılı Kanun Dönemi

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (eTKHK) üreticinin sorumluluğu, ayıptan sorumluluk çerçevesinde ele alınmıştır. Buna göre üretici, ayıplı malın neden olduğu ölüm veya yaralanmaya yol açan veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hâllerde meydana gelen zarardan sorumludur (eTKHK 4/2)<sup>1155</sup>. Üreticinin sorumluluğunun, bu şekilde bir tüketici hukuku meselesi olarak değerlendirilerek satıcının ayıptan sorumluluğu ile iç içe düzenlenmiş olması ise doktrinde yoğun olarak eleştirilmiştir<sup>1156</sup>. Ayrıca üretici, tüketiciye tanınan seçimlik haklardan satıcı ile birlikte

<sup>1153</sup> Özsunay, Yapımcı, s. 144; Öztan, İmalatçı, s. 282; Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 43. Sorumluluk miktarı rakamsal bir üst sınır getirilerek sınırlandırılmalı ve zorunlu hukuki sorumluluk sigortası sistemi kurulmalıdır (Serozan, Borçlar Özel, N.791).

<sup>1154</sup> Kırca, Ürün, s. 121 vd.; Akçura Karaman, s. 129.

<sup>1155</sup> Burada düzenlenen sorumluluğun hukuki niteliği hakkında bkz. Havutçu, s. 129 vd.

<sup>1156</sup> Atamer, Satım, s. 94 vd.; Havutçu, s. 127 vd.; Gümüş, s. 106-107; Tarman, s. 325. Satıcının ayıplı üründen sorumluluğu ile üreticinin hatalı üründen sorumluluğu arasındaki başlıca farklar şöyledir: (1) *sorumluluğun objesi*: Ayıptan sorumluluğun merkez kavramı ayıplı ürün, üreticinin sorumluluğunun merkez kavramı ise hatalı (güvenli olmayan) üründür. Alman hukukunda ayıplı (*mangelhaft*) ve hatalı (*fehlerhaft*) ürün farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Bu iki kavram birbirleriyle ilişkili olsa da her zaman örtüşmez (Atamer, Satım, s. 94, dn. 93; Aydoğdu, s. 73; Akipek, s. 27; Gümüş, s. 106; Tarman, s. 315-316). (2) *sorumluluğun hukuki niteliği*: Ayıptan sorumluluk, kötü ifadan sorumluluğun özel bir görünümü iken (Havutçu, s. 35; Zevkliler/Özel, s. 149), üreticinin sorumluluğu, üretici ile zarar gören arasında çoğunlukla bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, haksız fiil sorumluluğudur (Akçura Karaman, s. 10; İnceoğlu, s. 220). (3) *korunan menfaat*: Ayıptan sorumluluk, edimkarşı edim dengesinin bozulması nedeniyle ihlâl edilen ifa menfaatinin (*Aquivalenzinteresse*) korunmasına, üreticinin sorumluluğu ise, kişilerin kişivarlığı ve malvarlığı değerlerine ilişkin bütünlük menfaatinin (*Integritätsinteresse*) korunmasına hizmet eder. (4) *zarar gören kişi çevresi*: Ayıptan sorumluluk, sadece somut olaydaki satım sözleşmesinin tarafı olan alıcı/tüketicinin uğradığı zararları kapsar (üçüncü kişilerin, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki sözleşmeye dayanarak, ayıptan sorumluluk kapsamında hak talebinde bulunup bulunamayacağı hakkında bkz. Zevkliler/Özel, s. 193-194). Üreticinin sorumluluğu ise, alıcı dışındaki üçüncü kişiler (misafirler, arkadaşlar, rastlantı sonucu kaza yerinde bulunanlar vb.) dâhil olmak üzere hatalı ürün

müteselsilen sorumlu tutulmuştur (eTKHK 4/3). Bu düzenleme ise, sözleşmelerin nisbiliği ilkesini bertaraf ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>1157</sup>.

#### 4.2.6.2.1.1.2. 6502 sayılı Kanun Dönemi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (yTKHK) ile getirilen düzenlemelerde, tüketicinin ayıplı maldan sorumluluk çerçevesinde üreticinin sorumluluğuna başvurma imkânı, yalnızca ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirmeye ilişkin seçimlik haklarla sınırlandırılmıştır (yTKHK 11/2). Tüketicinin doğrudan üreticiye yöneltebileceği tazminat talepleri ise yTKHK 83/1 atfı ile TBK hükümleri başta olmak üzere genel hükümlere tâbi tutulmuştur. Söz konusu kanunda üreticinin sorumluluğuna hukuki dayanak oluşturabilecek herhangi bir hükme yer verilmemesi<sup>1158</sup>, tüketici hukukunda bir geriye gidiş olarak değerlendirilmektedir<sup>1159</sup>.

---

nedeniyle zarar gören herkesi kapsar (**Atamer**, Satım, s. 94; **Serozan**, Borçlar Özel, N.787; **İnceoğlu**, s. 220) . (5) *zarar türü*: Ayıptan sorumluluk çerçevesinde satıcı, ayıp nedeniyle meydana gelen doğrudan zararlardan kusursuz olarak sorumludur (TBK 229/1/b.3). Alıcının ifa menfaatinin ihlâli nedeniyle meydana gelen ayıp zararları (*Mangelschaden*) bu kapsamdadır. Öte yandan satıcı, dolaylı zararlardan ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir (TBK 229/2). Tartışmalı olmakla birlikte, ayıp nedeniyle alıcının bütünlük menfaatinin ihlâli (ölüm, yaralanma) sonucu ortaya çıkan zararlar ile ayıplı ürün dışındaki malvarlığı zararları (ayıbı takip eden zararlar, *Mangelfolgeschaden*) bu kapsamdadır. Bu tür zararlardan, üretici olmayan satıcının sorumlu tutulması oldukça zordur; kendisinin üretmediği bir üründeki hata nedeniyle kusur yüklenemeyen satıcı, kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir (**Serozan**, Borçlar Özel, N.781-782; **Sanlı/Atamer**, s. 771). Üreticinin sorumluluğu çerçevesinde üretici ise, ürünün hatalı olması nedeniyle meydana gelen ölüm, yaralanma sonucu doğan zararlar ile hatalı ürün dışında diğer malların uğradığı zararlardan sorumlu tutulur (**Öztaş**, İmalatçı, s. 22). Bu iki tür sorumluluğun karşılaştırmalı olarak ayrıntılı incelemesi için bkz. **Havutçu**, s. 24 vd.

<sup>1157</sup> **Atamer**, Satım, s. 96-97; **İnceoğlu**, s. 194.

<sup>1158</sup> **Akipek**, s. 37; **Gümüş**, s. 108. 6502 sayılı Kanun Tasarısı Taslağında, üreticinin kusursuz sorumluluğu açıkça düzenlenmişti. Buna göre: “Hatalı üretilen bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde, bu ürünün üreticisi doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur” (Taslak m.9/1); “bu Kanunun uygulanmasında ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde hareket eden kişiler de zarar gören olarak kabul edilir” (Taslak m.9/3). Böylelikle, üreticinin sorumluluğunun tüketici sıfatını haiz kişilerle sınırlı olmadığı da açıklığa kavuşturulmuştu. Ancak üreticinin sorumluluğuna ilişkin bu düzenleme kanunlaşan metinde yer almamıştır.

<sup>1159</sup> **Aydoğdu**, s. 71; **Akipek**, s. 37. Aksi görüş için bkz. **Atamer**, Satım, s. 96 vd.; **İnceoğlu**, s. 194.



#### 4.2.6.2.1.2. Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanması Hakkında Kanun

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanması Dair Kanuna göre üretici, piyasaya sadece güvenli ürünler arz etmek zorundadır (m.5/3). Böylelikle, üreticinin piyasaya güvenli ürünler sürme yükümlülüğü, kanun hükmünde bir davranış kuralı olarak somutlaşmıştır<sup>1160</sup>. Güvenli olmayan bir ürünün piyasaya sürülmüş olması durumunda üretici, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulur (m.5/4). Doktrindeki bir görüşe göre<sup>1161</sup>, söz konusu hüküm, üreticinin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanağını teşkil eder. Aksi görüşe<sup>1162</sup> göre ise, kamu hukuku karakteri arz eden bu kanun, genel gerekçesi ve amacı göz önüne alındığında, sadece ürün güvenliği açısından birtakım idari düzenlemeler getirmekte olup, bu hüküm, özel hukuk bakımından sonuç doğurabilecek ve üreticinin kusursuz sorumluluğuna dayanak oluşturabilecek nitelikte değildir.

#### 4.2.6.2.1.3. Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlar Hakkında Yönetmelik

Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğe<sup>1163</sup> göre, “ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı/üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür” (m.6/1). Doktrindeki bir görüş<sup>1164</sup> bu hükmü, üreticinin kusursuz sorumluluğunun hukuki dayanağı olarak değerlendirirken; Yönetmelik hükmünün normlar hiyerarşisi bakımından geçerliliğini sorgulayan aksi görüş<sup>1165</sup> ise, kanuni dayanaktan yoksun bir kusursuz sorumluluk hâlimden bahsedilemeyeceğini ileri

<sup>1160</sup> Akçura Karaman, s. 186.

<sup>1161</sup> Oğuzman/Öz II, s. 233-236; Zevkliler/Özel, s. 194-195; Aydoğdu, s. 73.

<sup>1162</sup> Havutçu, s. 115-117; Kırca, Ürün, s. 81; Akçura Karaman, s. 152 vd.; Akipek, s. 28-29,38; Tarman, s. 309-310.

<sup>1163</sup> RG: 13.06.2003. eTKHK döneminde yürürlüğe giren bu Yönetmelik, yTKHK geçici madde 1/3 uyarınca, yeni Yönetmelik yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam etmektedir.

<sup>1164</sup> Kırca, Ürün, s. 101. Ancak yazara göre, Yönetmeliğin isminde kullanılan ayıp ifadesi isabetli olmayıp, bu kavramın, satıcının ayıptan sorumluluk bağlamındaki ayıp kavramını değil, üreticinin ürün sorumluluğu bağlamındaki “hata” kavramını ifade ettiği kabul edilmelidir (Kırca, Ürün, s. 100).

<sup>1165</sup> Petek, s. 155; Havutçu, s. 152; Gümüş, s. 107; Tarman, s. 326.

sürer. *Sanlı/Atamer* ise, Türk kanun koyucusunun, söz konusu Yönetmelik ile, AB Ürün Sorumluluğu Direktifi'ni iç hukuka aktarma iradesine dikkat çekerek, normlar hiyerarşisi açısından dile getirilen eleştirilere katılmakla birlikte, gerekli düzenlemeler yapılmıncaya kadar burada düzenlenen kusursuz sorumluluk ilkesinin işletilmesi gerektiği görüşündedir<sup>1166</sup>.

#### 4.2.6.2.2. Borçlar Hukuku Bakımından

##### 4.2.6.2.2.1. Kusura Dayanan Genel Haksız Fiil Sorumluluğu

Doktrindeki bir başka görüş ise, kusursuz sorumluluk hâllerinin açık bir kanuni dayanağı bulunması gerektiğinden hareketle, Türk hukukunda üreticinin sorumluluğuna uygulanabilecek tek hükmün, genel haksız fiil sorumluluğu (TBK 49) olduğunu savunulmaktadır<sup>1167</sup>. Yargıtay'ın istikrarlı içtihatlarında da üreticinin sorumluluğu bu çerçevede değerlendirilmektedir<sup>1168</sup>. Ancak bu sorumluluk sebebi, üreticinin sorumluluğunun kusura dayanması ve özellikle kusuru ispat yükünün zarar görene ait olması nedeniyle zarar gören açısından elverişsizdir. Zira karmaşık bir yapı arz eden üretim sürecine tamamen yabancı olan zarar görenin ispat zorluklarıyla karşılaşması kaçınılmazdır.

Yargıtay uygulamasında ise bu zorluklar, çeşitli hukuki mekanizmalarla aşılmaya çalışılmaktadır<sup>1169</sup>. İlk olarak, hukuka aykırı bir davranışta bulunmadığını ispat yükü üreticiye yüklenmektedir. Üreticinin sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık, piyasaya güvenli olmayan ürün sürülmesi suretiyle tehlike kuralının ihlâl edilmesi şeklinde ortaya

<sup>1166</sup> *Sanlı/Atamer*, s. 774-775.

<sup>1167</sup> *Akipek*, s. 38. Üreticinin sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğunun benimsenmesini haklı gösteren gerekçeler için bkz. *Kaplan*, s. 104 vd.

<sup>1168</sup> Y11HD, T.06.05.1974, E.1974/1603, K.1974/1537, Kazancı; Y4HD, T.05.07.1977, E.1977/2921, K.1977/7745, Kazancı; Y11HD, T.20.09.1979, E.1979/3398, K.1979/4053, Kazancı; YHGK, T.27.11.1996, E.1996/4-588, K.1996/831, Kazancı (tüpgaz başlığının değişimi sırasındaki patlamadan üretici sorumlu tutulmuştur); YHGK, T.13.02.2002, E.2002/4-114, K.2002/84, Kazancı (mutfak dolabının aslı olduğu yerden düşmesinden, mutfak dolabının hem üretimini hem de montajını gerçekleştiren kişi, üretici sıfatıyla sorumlu tutulmuştur). Türk Hukukunda üreticinin sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirmesi için bkz. *Havutçu*, s. 57 vd.

<sup>1169</sup> Yargıtay'ın kullandığı fiili karine ve ispat yükünün ters çevrilmesi imkânlarının usul hukukuna ilişkin olduğu, maddi hukuk bakımından üreticinin sorumluluğunun kusur esasına dayanmaya devam ettiği görüşü için bkz. *Akçura Karaman*, s. 111-112; *Dönmez*, s. 388.

çıkar<sup>1170</sup>. Bu kuralı *tehlikeyi uzaklaştırma yükümlülüğü* olarak ifade eden Yargıtay, üreticinin bilim ve tekniğin geldiği son durumu gözeterek, tehlikeyi uzaklaştırmak için gerekli olan, akla gelebilecek her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğunu, malın özelliği ve yarattığı tehlikeye göre de alınan tedbirlerin artırılması gerektiğini, bu tür tedbirleri aldığı ispat yükünün de üreticide olduğunu kabul etmektedir<sup>1171</sup>. İkinci olarak, zarar gören açısından üreticinin kusurunu ispat zorluğu, ispat yükü ters çevrilmek suretiyle aşılmaktadır<sup>1172</sup>. Alman Federal Mahkemesi de 1989 tarihli Ürün Sorumluluğu Kanunundan (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte-ProdHaftG*) önceki dönemde verdiği *Tavuk Vebası* kararında (*Hühnerpest-Fall*)<sup>1173</sup>, üreticinin sorumluluğunu genel haksız fiil sorumluluğuna ilişkin §823/1 BGB kapsamında değerlendirmiş ve kusuru ispat yükünü üretici aleyhine ters çevirmiştir<sup>1174</sup>. Son olarak, hatalı ürünün kullanımı ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığı da karineten kabul edilmektedir<sup>1175</sup>.

*Özsunay*, üreticinin organizasyon ve tehlike alanı dâhilinde hiçbir organizasyon kusuru bulunmadığını ispat etmesinin neredeyse imkânsız derecede güç olduğuna dikkat çekerek, böylelikle üründeki hatanın anlaşılmasına ilişkin risk üreticiye ait olacağından, üreticinin kusursuz sorumluluğunu benimseyen görüş ile aynı düzeye ulaşabileceğini belirtir<sup>1176</sup>. Nitekim Alman hukukunda üreticinin sorumluluğunun, §823/1 BGB hükmü çerçevesinde değerlendirildiği durumlarda, hem kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi hem de özellikle tehlike kuralının uygulanması sonucunda, üreticinin özen yükümlülüğünün kapsamı oldukça genişlediğinden, üreticinin sorumluluğu esasında tehlike sorumluluğuna yaklaşmıştır<sup>1177</sup>.

<sup>1170</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akçura Karaman**, s. 177 vd.

<sup>1171</sup> YHGK, T.27.11.1996, E.1996/4-588, K.1996/831, Kazancı, E.T.09.10.2016.

<sup>1172</sup> “Bir imalat, normal şartlar altında ve normal kullanma halinde, zarar vermeye elverişli ise, kural olarak ortada kusurun (hatanın) varlığını kabul etmek gerekir” (YHGK, T.13.02.2002, E.2002/4-114, K.2002/84, Kazancı, E.T.09.10.2016).

<sup>1173</sup> BGHZ 51, 91. Söz konusu karar, çiftliğindeki tavukları tavuk vebasına karşı veterinerlere aşılatan çiftlik sahibinin, aşıya rağmen 4000’den fazla tavuğunun vebadan ölmesi nedeniyle aşı üreticisine karşı açmış olduğu davaya ilişkindir.

<sup>1174</sup> Türk doktrininde de üreticinin sorumluluğu konusunda özel bir düzenleme yapıncaya kadar, genel haksız fiil sorumluluğunun, kusuru ispat yükünün ters çevrilmesi suretiyle uygulanabileceği görüşü için bkz. **Öztañ**, İmalatçı, s. 236-237; **Özsunay**, Yapımcı, s. 145 vd.

<sup>1175</sup> “[...] fiili karinenin ispat yerine geçmesi kabul edilmelidir. Zararın imal edilen şeyin kullanımından kaynaklanmadığını imalatçı kanıtlayacaktır” (YHGK, T.27.11.1996, E.1996/4-588, K.1996/831, Kazancı).

<sup>1176</sup> **Özsunay**, Yapımcı, s. 147.

<sup>1177</sup> **Medicus/Lorenz**, BT, N.342.

#### 4.2.6.2.2. Genel Tehlike Sorumluluğu

Üreticinin sorumluluğuna hukuki dayanak teşkil edip etmeyeceği tartışılan düzenlemelerden biri de genel tehlike sorumluluğudur (TBK 71). Bu sorumluluğun uygulanabilmesi için, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti bulunmalı ve bu faaliyet, tüm özenin gösterilmesine rağmen sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olmalıdır.

Her malın üretimi bu anlamda tehlikeli bir işletme faaliyeti teşkil etmediğinden<sup>1178</sup>, TBK 71 hükmünü, üreticinin sorumluluğu bakımından genel bir sorumluluk normu olarak değerlendirmek güçtür. Öte yandan ilaç üretimi, niteliği gereği tehlikeli bir faaliyet olarak değerlendirilerek, ilaç üreticisinin TBK 71 çerçevesinde sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>1179</sup>. Doktrindeki aksi görüş<sup>1180</sup>, TBK 71 hükmünde sorumluluk olgusu<sup>1181</sup> olarak sadece işletme faaliyetinin öngörülmüş olması, nesnelerin ise kapsam dışında bırakılmasından<sup>1182</sup> hareketle, bir işletme faaliyeti neticesinde piyasaya sürülen ürünlerin neden olduğu zararın TBK 71 kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. Ayrıca hukuka aykırılık unsuru bakımından da tehlike sorumluluğunun üreticinin sorumluluğunun niteliğine uygun düşmediği belirtilmektedir<sup>1183</sup>.

#### 4.2.6.3. Üreticinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumlu Tutulması

Üreticinin sorumluluğuna hukuki dayanak olarak gösterilen kusursuz sorumluluk hâllerinden biri de adam çalıştıranın sorumluluğudur. Üreticinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulması meselesi, özellikle İsviçre hukukunda üreticinin sorumluluğunun gelişiminde önemli rol oynamıştır. Alman hukukunda ise, ProdHaftG öncesindeki

<sup>1178</sup> Paksoy/Demir, s. 307.

<sup>1179</sup> Petek, s. 121 (yazar, TBK Tasarısı döneminde kaleme aldığı eserinde bu görüşü savunmuştur); Dönmez, s. 392. Üretilen her ilaca göre ayrı bir sonuca varılabileceği görüşü için bkz. Paksoy/Demir, s. 307.

<sup>1180</sup> Oğuzman/Öz II, s. 192. *Ulusana*'a göre ise; getirilen sınırlama isabetli olmayıp, "tehlikeli işletmelerin yanı sıra "tehlikeli kuruluş, tehlikeli araç ve diğer tehlike arz eden nesnelerin" varlığını da tehlike sorumluluğunun doğumuna yol açabilecek etkenler arasında değerlendirmek doğru olacaktır" (Ulusana, Genel Tehlike, s. 2899).

<sup>1181</sup> Tehlike sorumluluğu bakımından sorumluluk olgusu, bir işletme, faaliyet, enerji, eşya ya da madde olarak düzenlenebilir (Erişgin, Tehlike, s. 73).

<sup>1182</sup> Oğuzman/Öz II, s. 192; Nomer, Borçlar, s. 183.

<sup>1183</sup> Tehlike sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık, sorumluluğun bir unsuru olarak kabul edilmez; üreticinin sorumluluğu bakımından ise hukuka aykırılık, zarara yol açmaya elverişli ürünü üretmek ve piyasaya sürmek şeklinde ortaya çıkar (Havutçu, s. 49 vd.; Akçura Karaman, s. 128, 185).

dönemde üreticinin sorumluluğu, genel haksız fiil sorumluluğuna ilişkin §823/1 BGB çerçevesinde geliştiğinden, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin §831 BGB hükmünün bu konudaki uygulama alanı sınırlı kalmıştır<sup>1184</sup>. Aşağıda ilk olarak İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin başlıca içtihatlarına kısaca değinildikten sonra, Türk hukuku bakımından değerlendirme yapılacaktır.

#### 4.2.6.3.1. İsviçre Hukuku

##### 4.2.6.3.1.1. Ürün Sorumluluğu Kanunu Öncesi Dönemde Üreticinin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu

İsviçre hukukunda PrHG'nin yürürlüğünden önceki dönemde, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin Art.55 OR hükmü, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları ile, hatalı ürünün neden olduğu zarardan üreticinin sorumluluğuna da uygulanan bir norma dönüşmüştür<sup>1185</sup>. İsviçre hukukunda üreticinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunun gelişmesine yön veren ve doktrinde büyük yankı uyandıran bu içtihatların başlıcaları şöyledir<sup>1186</sup>: 1938 tarihli *Tırmanma Kemer* kararı (*Steiggurt-Fall*)<sup>1187</sup>; bir elektrik teknisyeninin, direğe tırmanırken kullandığı kemerin kopması sonucu düşerek yaralanmasına ilişkindir. Söz konusu olayda kemerin, onarımında ikinci kalite deri kullanılması nedeniyle koptuğu tespit edilmiş ve onarım işini yapan davalı saraçhane sahibi, çalışanlarına uygun malzeme sağlamada özen borcuna aykırı davrandığı gerekçesiyle adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur. 1964 tarihli *Fritöz* kararı (*Friteusen-Fall*)<sup>1188</sup> ise, bir otel mutfağı işleten restoran sahibinin, mutfakta kullandığı fritözün otomatik sıcaklık kontrolü yapan termostat sisteminin devreye girmemesi neticesinde çıkan yangında uğradığı zarar nedeniyle fritöz üreticisine karşı açtığı tazminat davasına ilişkindir. Söz konusu kararda fritözün kurulumunu yapan davalı üretici çalışanın tecrübeli ve nitelikli bir elektrikçi olduğuna ve davalıyı özen yükümlülüğünün yerine getirdiğine kanaat getirilmiştir.

<sup>1184</sup> Havutçu, s. 51; Petek, s. 87.

<sup>1185</sup> Rey/Wildhaber, N.1117 vd.; Fellmann/Kottmann, N.810 vd.

<sup>1186</sup> Söz konusu kararlar hakkında ayrıca bkz. Havutçu, s. 52 vd; Akçura Karaman, s. 42 vd.

<sup>1187</sup> BGE 64 II 254.

<sup>1188</sup> BGE 90 II 86.

1984 tarihli *Menfez Çerçevesi* kararı (*Schachtrahmen-Fall*)<sup>1189</sup> ise, üreticinin sorumluluğunda bir dönüm noktası teşkil eder. Karara konu olayda, yol yapım çalışması esnasında ekskavatör ile kaldırılan 690 kg ağırlığındaki menfez çerçevesi, çerçevedeki taşıma halkasının kopması sonucu, yol yapımında çalışan işçilerden birinin ayağına düşerek ağır yaralanmasına neden olmuştur. Menfez çerçevesinin taşıma halkasının hatalı üretim nedeniyle koptuğunun tespit edildiği olayda Federal Mahkeme, işletmeyi amacına uygun bir şekilde örgütlemenin de adam çalıştırmanın özen yükümlülüğüne dâhil olduğunu; bu kapsamda, üretim sürecinin doğru planlanmasına ek olarak, üretimi tamamlanmış ürünlerin nihai kontrollerinin de yapılması gerektiğini, bu mümkün ya da makul değilse bile, üretim hatalarını ve buna bağlı zararları önlemesi muhtemel bir tasarımın tercih edilmesi gerektiğini belirterek, menfez çerçevesi üreticisi davalıyı adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumlu tutmuştur. Böylelikle, adam çalıştırıcının özen yükümlülüğünün kapsamına, geleneksel ölçütlere ek olarak, *cura in organisando* eklenmiştir<sup>1190</sup>.

*Menfez Çerçevesi* kararı, İsviçre doktrininde oldukça sert eleştirilere hedef olmuştur. Bu kararın, adam çalıştırıcının sorumluluğunun başkasının fiilinden sorumluluk niteliğini ortadan kaldırarak<sup>1191</sup> adeta ürün sorumluluğu niteliğine büründürerek<sup>1192</sup> hatalı üründen sorumluluk bakımından torba norm hâline getirdiği<sup>1193</sup>; pratikte kurtuluş kanıtı getirme imkânını bertaraf ederek<sup>1194</sup> tehlike sorumluluğuna dönüştürdüğü<sup>1195</sup>; adam çalıştırıcının sorumluluğunu, üreticinin sorumluluğuna ilişkin boşluğun doldurulmasında kullanmak suretiyle *suiistimal* ettiği<sup>1196</sup> belirtilmiştir. Öte yandan söz konusu kararın, sonucu itibariyle isabetli olduğu<sup>1197</sup> da dile getirilmiştir.

*Dişçi Koltuğu* kararı (*Zahnarztstuhl-Fall*)<sup>1198</sup> ise, üreticinin adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumluluğunun kapsamına ithalatçının da dâhil edilmesi bakımından önem arz eder. Karara konu olayda; bir dişçi muayenehanesinde bulunan katlanır koltuk, zayıf

<sup>1189</sup> BGE 110 II 456.

<sup>1190</sup> **Widmer**, Swiss Law, s. 263.

<sup>1191</sup> **Schönenberger**, Art.55 OR N.12; **Stauder**, s. 378.

<sup>1192</sup> **Stauder**, s. 376.

<sup>1193</sup> **Jaun**, s. 584.

<sup>1194</sup> **Brehm**, Art.55 OR N.84; **Kessler**, Art.55 OR N.22.

<sup>1195</sup> **Widmer**, Haftung, N.2.17.

<sup>1196</sup> **Widmer**, Switzerland, s. 326.

<sup>1197</sup> **Widmer**, Urteilsanmerkung, s. 56. Aynı yönde: **Fellmann/Kottmann**, N. 814; **Fellmann/von Büren-von Moos**, N.492.

<sup>1198</sup> JdT 1986 I, 571 vd.

perçinlenmiş çiviler nedeniyle katlanarak, koltukta oturan hastanın omurgasının zedelenmesine neden olur. Federal Mahkeme, katlanır koltuğu İtalya'dan ithal eden İsviçreli ithalatçıyı, ürünü kontrol yükümlülüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutmuştur. Üreticinin sorumluluğunu, sorumluluğun süjesi bakımından benzer şekilde genişleten bir diğer karar da 1995 tarihli *Fortlift* kararıdır (*Hebebühne-Fall*)<sup>1199</sup>. Karara konu olayda, yük yükleme ve nakil işlerinde kullanılan bir mekanik yük freni, yükleme yapıldığı esnada kendiliğinden harekete geçerek bir işçiyi duvar ile arasında sıkıştırır ve ölümüne neden olur. Söz konusu kararda Federal Mahkeme, başkası tarafından üretilen ürünü kendi adına piyasaya süren davalıyı, ürünün son kontrolünü yapmada özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutmuştur.

#### 4.2.6.3.1.2. Ürün Sorumluluğu Kanununa Göre Üreticinin Sorumluluğu

AB Ürün Sorumluluğu Direktifini iç hukuka aktarmak suretiyle hazırlanan PrHG'ye göre üretici (ve üretici gibi sorumlu tutulanlar), hatalı ürünün neden olduğu bedensel ve mala ilişkin zarardan sorumludur. Üreticinin, gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamakla birlikte, kanunda sorumluluğun ortadan kalkacağı bazı durumlara yer verilmiştir (Art.5 PrHG). Üreticinin bu Kanunda düzenlenen sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır<sup>1200</sup>. Ayrıca, söz konusu kanunda zarar görenin borçlar kanununa dayanan tazminat taleplerinin saklı olduğu öngörülmüştür (Art.11/1 PrHG). Bu Kanun ile Art.55 OR hükmüne dayanan talepler arasındaki ilişki konusunda ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır<sup>1201</sup>.

<sup>1199</sup> BGE 121 IV 10.

<sup>1200</sup> PrHG'de düzenlenen üreticinin sorumluluğunu hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler şöyledir: ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu (**Huguenin**, N.2096; **Rey/Wildhaber**, N.1056; **Schyder/Portmann/Müller-Chen**, N.229), tehlike sorumluluğu (**Honsell/Isenring/Kessler**, §1 N.21), tehlike sorumluluğu unsuru barındıran olağan sebep sorumluluğu (**Fellmann/von Büren-von Moss**, N.23 vd.; üretim kaçaklarından sorumluluk bakımından tehlike unsuru bulunduğu hakkında bkz. **Roberto**, Haftpflichtrecht, N.09.04). Öte yandan, *Schwenzer*'e göre, ürünün hatalı olması esasında kusura tekabül eder (**Schwenzer**, N.49.09).

<sup>1201</sup> Bir görüş, zarar görenin PrHG ile Art.55 OR hükmüne dayanan taleplerin yarıştığını, zarar görenin dilediğine başvurma konusunda seçimlik hakkı olduğunu savunurken (**Fellmann/von Büren-von Moss**; N.396 vd.; **Rey/Wildhaber**, N.1126; **Werro**, Responsabilité, N.525; **Kessler**, Art.55 OR N.3a); aksi görüşe göre Art.55 OR sadece, PrHG'nin kapsamı dışında kalan hallerde uygulama alanı bulur (**Brehm**, Art.55 OR N.80a,81; **Müller-Chen**, Art.55 OR N.28; **Schyder/Portmann/Müller-Chen**, N.245). Tazminat talebine konu olan zarar türleri ve tazminat miktarı açısından kanunun uygulama alanı sınırlandırılmıştır. PrHG'nin kapsamı dışında

#### 4.2.6.3.2. Türk Hukuku

##### 4.2.6.3.2.1. Borçlar Kanunu Dönemi

Yargıtay'ın, İsviçre Federal Mahkemesi'nden farklı olarak, üreticinin sorumluluğu meselesini adam çalıştırmanın sorumluluğu çerçevesinde değerlendirdiği bir kararı, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bulunmamaktadır. Türk doktrininde, adam çalıştırmanın sorumluluğunun, üreticinin sorumluluğuna ilişkin birçok sorunun çözümünde yetersiz kaldığı belirtilmektedir. Bu çerçevede başlıca şu değerlendirmeler yapılmaktadır:

1. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından zararın çalışanın fiilinden kaynaklanması gerekmektedir. Ürünlerde meydana gelen hatalar da çoğunlukla çalışanların fiilinden kaynaklanmakla birlikte<sup>1202</sup>, hatalı ürünlerin tek sebebi bu değildir. Üretim aşamasındaki bir aksalıktan kaynaklanan fabrikasyon hatalarının çoğu makine kaynaklıdır<sup>1203</sup>. Bu nedenle, adam çalıştırmanın sorumluluğunun, her türlü üretim hatası bakımından uygulanması mümkün değildir.

2. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından çalışanın, adam çalıştırıcı ile sıkı bir bağımlılık ilişkisi içerisinde olması gerekmektedir. Oysa ürünün planlanması ve tasarlanması aşamasında ortaya çıkan yapım hataları, TBK 66 anlamında çalışan olarak nitelendirilemeyecek bir kişinin fiilinden kaynaklanmış olabilir. Örneğin, üründeki yapım hatasının, üretici tarafından görevlendirilen mühendisin hatalı çiziminden kaynaklanması durumunda, söz konusu mühendis TBK 66 anlamında çalışan olarak kabul edilemeyeceğinden adam çalıştırıcının sorumluluğu uygulanamayacaktır<sup>1204</sup>.

3. Adam çalıştırıcının sorumluluğu, özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan bir olağan sebep sorumluluğu niteliğindedir. Bu nedenle adam çalıştırıcının, gerekli özeni gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmaktadır. Oysa üreticinin sorumluluğunun özen yükümlülüğünün ihlâline dayandırılması, her türlü tedbire rağmen kaçınılmaz nitelikte olan birtakım zararların (örneğin, her türlü tedbirin

---

kalan hâllerin başında; ürünün uğradığı zarar, mesleki ya da ticari amaçlı kullanımdan, gelişim riskinden doğan zarar ve kanunda belirlenen parasal sınırın altında kalan tazminat miktarı gelmektedir.

<sup>1202</sup> Akçura Karaman, s. 101; Tiftik, Tehlike, s. 51.

<sup>1203</sup> Öztan, İmalatçı, s. 207; Dönmez, s. 389; Tiftik, Tehlike, s. 52.

<sup>1204</sup> Örnek için bkz. Öztan, İmalatçı, s. 206-207.



alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak ortaya çıkan üretim kaçakları ile ürünün piyasaya sürülmesinden sonraki aşamada bilim ve teknikte meydana gelen gelişmeler neticesinde güvenli olmadığının anlaşılması durumunda gelişim riskine bağlı olarak ortaya çıkan zararlar<sup>1205</sup>) zarar görenin üzerinde kalmasına neden olur; zira üretim sürecinde ortaya çıkan tüm üretim hatalarının, gerekli özenin gösterilmesi ile engellenmesi mümkün değildir<sup>1206</sup>. Bu nedenle, özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan bir sorumluluk modeli, üreticinin sorumluluğunun bünyesine uygun düşmemektedir.

#### 4.2.6.3.2.2. Türk Borçlar Kanunu Dönemi

Türk hukukunda üreticinin sorumluluğuna hukuki dayanak olarak gösterilen düzenlemelerden biri de TBK 66/3 hükmüdür. Söz konusu hükmün hukuki niteliği konusunda yukarıda değinilen<sup>1207</sup> doktrinsel tartışmanın önemli bir veçhesini de üreticinin sorumluluğunun bu hüküm kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği oluşturmaktadır. Bağımsız işletme sorumluluğu görüşünü savunan yazarların bir kısmına göre, bir işletmede yürütülen üretim faaliyeti neticesinde ortaya çıkan hatalı üründen kaynaklanan zarardan sorumluluk da TBK 66/3 hükmünün kapsamındadır<sup>1208</sup>.

#### 4.2.6.3.3. Yargıtay'ın *Beton Direk* Kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Menfez Çerçevesi* Kararının Karşılaştırmalı Bir İncelemesi

Yargıtay'ın 1978 yılında vermiş olduğu *Beton Direk* kararı<sup>1209</sup> ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 1984 yılında verdiği *Menfez Çerçevesi* kararına konu olaylar, benzerlikleri ile dikkat çekmektedir. İki yüksek mahkemenin birbirlerine yakın tarihlerde verdiği bu iki karar, üreticinin sorumluluğu ile adam çalıştırmanın sorumluluğu arasındaki ilişkiye yaklaşım farklılığını ortaya koymak açısından aşağıda kısaca incelenecektir.

<sup>1205</sup> Öztan, İmalatçı, s. 226; Akçura Karaman, s. 129.

<sup>1206</sup> Büyüksağış, s. 66.

<sup>1207</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §6, III, C, 1.

<sup>1208</sup> Ünlütepe, s. 311 vd., s. 339; Türkmen, s. 264; Eren, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, s. 33. Ayrıca bkz. Antalya, s. 571 (TBK 66/3 hükmü, üreticinin sorumluluğunu, adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında düzenlemektedir); Gümüş, s. 108-109 (Türk hukukunda ürün sorumluluğunun yeni kanuni dayanağı, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin TBK 66/3 hükmü olup, ürün sorumluluğu bu hüküm üzerinden yapılandırılmak zorundadır).

<sup>1209</sup> Y4HD, T.02.10.1978, E.1977/11751, K.1978/10809, Kazancı, E.T.09.10.2016.

*Beton Direk* kararına konu olayda; X şirketine ait fabrika tesisinin inşaat işini üstlenen davalı yüklenici şirkette vinç operatörü olarak çalışan işçinin vinç ile kaldırdığı 500-535 kg ağırlığındaki beton direk, taşıma halkasının (bağlantı askı demiri) kopması sonucu düşer ve o sırada olay yerinden geçmekte olan, iş sahibi X şirketinin çalışanı olan bir mühendisin ağır yaralanmasına neden olur. Yapılan bilirkişi incelemesinde, beton direğin taşıma halkasında üretim hatası olduğu ortaya çıkar. Burada çözülmesi gereken hukuki mesele, adam çalıştırmanın, kendisine ait bir işin görülmesi için çalışanlarına sağladığı malzeme, araç-gereç ya da makinedeki üretim hatasından kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Yargıtay, söz konusu kararında şu şekilde değerlendirme yapmıştır:

“[...] vinçle kaldırılan 6 metre uzunluğundaki malzemenin taşıma halkasının imalat hatası nedeniyle kopmuş olduğu kabul edilse dahi, bu durum davalı adam kullananın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira, zarara uğrayan davacıya karşı imalatçı firma BK'nun 41. maddesi hükmünce ve davalı müteahhit de adam kullanan sıfatıyla BK'nun 55. maddesi hükmünce sorumludur. O bakımdan davalı müteahhidin beton direğin taşıma halkasının koptuğundan bahisle sorumluluktan kurtulması düşünülemez. Çünkü, davalı müteahhit, iş yerinde kullandığı malzemelerin bozuk ve hatalı olmasından ve bu yüzden doğan zararlardan sorumludur. Bu malzemelerin başka bir imalatçı firmadan satın alınmış olup olmamasının olayda hiçbir önemi yoktur [...] Kaldı ki davalı adam kullanan, işçilerin kullandığı malzemenin sağlam olup olmadığını araştırıp kontrol etmekle de görevlidir [...] Bundan daha önemli olarak, olayın meydana gelmesinin tek amili ve nedeninin imalat hatasında olduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Çünkü, eğer davalı [...] vincin çalıştığı tehlikeli alanı, girilmesi yasak mıntıka olarak sadece ilan etmekle kalmayıp, o alana başkalarının girmesini önleyecek sorumlu bir kimse görevlendirseydi ve o görevli de görevini ihtimam ile yerine getirip hiç kimseyi sokmasaydı, imalat hatası yüzünden taşıma halkası kopan aşıkın başkalarına zarar vermesini kolaylıkla önleyebilirdi. O halde, olayın vukuunu sadece imalat hatasına bağlamak da mümkün değildir.”

Görüldüğü üzere Yargıtay, adam çalıştırmanın çalışanına sağladığı malzemedeki üretim hatası nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu olduğu, kaldı ki, somut olayda zararın tek sebebinin de üretim hatası olmadığı şeklinde değerlendirme yapmıştır. Söz konusu kararda ayrıca, adam çalıştırmanın, vinç operatörü olarak çalıştırdığı kişinin bu işe ehil olmadığı gerekçesiyle çalışanı seçme yükümlülüğünü; vincin çalıştığı alanın yasak bölge ilân edilmesinin yeterli olmadığı, bu bölgede geçişi fiilen engelleyecek bir görevlinin de bulundurulması gerektiği gerekçesiyle talimat ve denetim yükümlülüğünü; çalışanlarına bozuk ve hatalı malzeme, araç-gereç sağlaması nedeniyle, işin amacına uygun ve zararı önleyecek şekilde örgütlenmesine ilişkin özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği sonucuna ulaşmıştır.

*Beton Direk* kararında husumet, üretim hatası bulunan ürünü (beton direk) inşaat alanında kullanmak üzere çalışanlarına sağlayan yüklenici inşaat şirketine yöneltilmişken; *Menfez Çerçevesi* kararına konu olayda dava, zarara yol açan hatalı ürünü (menfez çerçevesi) üreten şirkete karşı açılmıştır. Her iki kararda da davalının işin örgütlenmesine/organizasyonuna özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle adam çalıştırın sıfatıyla sorumluluğuna hükmedilmiştir. Bu yükümlülük, *Menfez Çerçevesi* kararında, üreticinin tamamlanmış ürünleri piyasaya sürmeden önce nihai kontrol sistemi kurması şeklinde; *Beton Direk* kararında ise, adam çalıştırının çalışanlarına sağladığı malzeme, araç-gerecin hatalı olup olmadığını kontrol etmesi şeklinde somutlaştırılmıştır.

#### 4.2.6.4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Yukarıda incelenen iki karar, adam çalıştırının sorumluluğu ile üreticinin sorumluluğu arasındaki ilişkide birbirinden farklı iki mesele olduğunu göstermektedir. Bunlardan ilki, üreticinin hatalı ürünün neden olduğu zarardan adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulması; diğeri ise, adam çalıştırının çalışanlarına sağladığı malzeme, araç-gereç ya da teknik teçhizatta bulunan üretim hatası nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulmasıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Menfez Çerçevesi* kararı (ve üreticiyi adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tuttuğu yukarıda değinilen diğeri kararlar) ilk meseleye; Yargıtay'ın *Beton Direk* kararı ise ikinci meseleye ilişkindir.

Öncelikle, üreticinin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu meselesi değerlendirildiğinde; adam çalıştıranın sorumluluğunun, üreticinin sorumluluğuna ilişkin boşluğun doldurulması için yeterli bir hukuki zemin sağlamaktan uzak olduğu ve bu yetersizliğin TBK 66/3 hükmünün sınırlarının zorlanması suretiyle de aşılmasının mümkün olmadığı görülmektedir. Üreticinin sorumluluğunun temelinde, işletme düzeninin üretimdeki hataları engelleyecek şekilde örgütlenmesi yer almaktadır. Modern yaklaşım, üreticinin sorumluluğunu, bir insan fiilinden bağımsız olarak doğrudan üretim sürecindeki organizasyon eksikliğine dayandırmaktadır. Kaldı ki, bir üretim hatasının hiçbir organizasyon eksikliği bulunmaksızın ortaya çıkması da mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi'nden farklı olarak, Yargıtay'ın, üreticiyi adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutan bir kararı, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bulunmamaktadır. TBK 66/3 hükmü, işletmelerde adam çalıştıranlara bir organizasyon yükümlülüğü getirmekle birlikte, bu yükümlülük, çalışanların fiilleriyle verdikleri zararlar ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Söz konusu hükümde işletme çıktıları Art.4:202 PETL hükmünün aksine<sup>1210</sup> açıkça bir sorumluluk olgusu olarak öngörülmemiştir. Kanaatimizce; üreticinin sorumluluğu, zorlama yorumlarla başkaca kusursuz sorumluluk hâllerinin kapsamına dâhil edilemeyecek bir mesele olup, kendine özgü birçok hukuki soruna çözüm sağlayacak şekilde ayrı ve özel bir kanunda, açık bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

Adam çalıştıranın üretim hatalarından sorumluluğu bakımından değerlendirme yapılırken ise, adam çalıştıranın sorumluluğunun hukuki niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Adam çalıştıranın sorumluluğu mutlak nitelikte olmayıp, adam çalıştırana kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla adam çalıştıran, çalışanlarına temin ettiği malzeme, araç-gereç ya da makinenin hatalı üretilmiş olup olmadığına ilişkin denetleme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ve zararın oluşmasını önlemek için gerekli diğer tedbirleri aldığını; diğer bir ifadeyle, adam çalıştıran, gerekli tüm özeni gösterdiğini, ancak buna rağmen ortaya çıkan zararın *tek* sebebinin üretim hatası olduğunu ispatlayabildiği takdirde sorumluluktan kurtulabilmelidir. Ancak özellikle işletmeler bakımından sorumluluğu ağırlaştırılan TBK 66/3 hükmü karşısında adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulması oldukça zorlaşmıştır.

<sup>1210</sup> İşletme sorumluluğu başlıklı Art.4:202 PETL hükmünde, işletme çıktıları da zarara kaynaklık eden olgular arasında sayılmak suretiyle, üreticinin sorumluluğu da hükmün kapsamına açıkça dâhil edilmiştir.

#### 4.2.7. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Özel Hüküm ile Düzenlendiği Başlıca Hâller

##### 4.2.7.1. Motorlu Araç İşletenin Sorumlu Tutulduğu Kişilerin Haksız Fiillerinden Sorumluluğu

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda (KTK) motorlu araç işletenin hukuki sorumluluğu öngörülmüştür. Söz konusu kanunun uygulanabilmesi için öncelikle KTK 3 anlamında bir motorlu aracın karayolunda neden olduğu trafik kazasından kaynaklanan bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Kanunda düzenlenen çeşitli sorumluluk hâllerinden başlıcası, KTK 85/1 hükmünde öngörülen, işletilme hâlindeki motorlu aracın neden olduğu zararlardan işletenin (ve teşebbüs sahibinin) tehlike esasına dayanan sorumluluğudur<sup>1211</sup>.

İşletilme hâlindeki<sup>1212</sup> bir motorlu araç bakımından işletenin, fiillerinden sorumlu tutulduğu kişiler nedeniyle sorumluluğu KTK 85/5 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir<sup>1213</sup>. Buna göre işleten ve teşebbüs sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur. Burada geçen “kusur” ifadesinin, KTK 85/1 hükmünde öngörülen sorumluluk bakımından “fiil” olarak anlaşılmasının daha isabetli olduğu; zira işleten, yardımcı kişinin kusurlu olmayan fiillerinden de sorumlu olduğu belirtilmektedir<sup>1214</sup>. Doktrinde, işletenin fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kapsamı oldukça geniş bir şekilde belirlenir. Bu kişiler, “aracı sevk ve idare edenler” ile “aracın işletilmesine katılan yardımcı kişiler” şeklinde ikiye ayrılarak incelenir<sup>1215</sup>. Aracın yetkili sürücüsü, sürücünün izni ile aracı kullanan arızı sürücüler (aile üyeleri, arkadaş, öğrenci sürücüler vb.), aracı kısa süreliğine

<sup>1211</sup> Eren, Genel, s. 694-695; Oğuzman/Öz II, s. 195.

<sup>1212</sup> İşletilme hâlinde olmayan bir motorlu araç bakımından işletenin, fiillerinden sorumlu tutulduğu kişiler nedeniyle sorumluluğu ise KTK 85/3 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre işletenin sorumlu tutulabilmesi için zarar gören, işleten veya fiillerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun varlığını ya da araçtaki bozukluğu ispatlamalıdır. Böylelikle işleten, yardımcı kişilerin kusurlu fiilinden kusursuz olarak sorumlu tutulmaktadır. Burada da işletene, işletme yardımcıları bakımından seçim, talimat verme ve denetimde gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır (Eren, Genel, s. 723).

<sup>1213</sup> 6085 sayılı önceki KTK'nın 232 sayılı KHK ile değiştirilmeden önceki metninde, motorlu araç işletenin fiillerinden sorumlu olduğu kişiler bakımından sorumluluğu özel olarak düzenlenmediğinden, bu mesele eBK 55 hükmünde düzenlenen istihdam edenin sorumluluğu çerçevesinde çözümlenmekteydi (Kılıçoğlu, Borçlar, s. 394).

<sup>1214</sup> Eren, Genel, s. 712; Yılmaz, Motorlu Araç, s. 96.

<sup>1215</sup> Kılıçoğlu, Borçlar, s. 395.

kiralayan ya da ariyet alan kişiler ilk gruba; muavin, sürücü adayını yetiştiren öğretmen, aracın manevra yapması esnasında sürücüye işaret verenler, aracın işletilmesine katıldıkları ölçüde yolcular da ikinci gruba örnektir<sup>1216</sup>. Bu kişilerin tamamını ifade edecek şekilde “işletme yardımcısı”<sup>1217</sup> kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

Motorlu araç işletenin sorumluluktan kurtulması ise KTK 86/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre işleten; kendisinin veya<sup>1218</sup> eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmadığını, araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilemediğini ve kazanın, mücbir sebepten veya zarar gören ya da üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını ispatlamalıdır. Dolayısıyla, işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, illiyet bağı kesen sebeplerden birinin varlığını ispatlaması yeterli değildir; işleten ancak illiyet bağı kesen sebeplerin, meydana gelen zararın *tek etkeni* olduğu durumlarda sorumluluktan kurtulabilir<sup>1219</sup>. Böylelikle, KTK 86/1 hükmünde öngörülen sorumluluktan kurtulma imkânı, TBK 66 hükmüne nazaran zorlaştırılmıştır. İşletene, işletme yardımcılarını bakımından seçim, talimat verme ve denetimde gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır<sup>1220</sup>.

Motorlu taşıt işletenin işletme yardımcılarının fiillerinden sorumluluğuna ilişkin KTK 85/5 hükmü, TBK 66 hükmü karşısında özel hüküm teşkil eder; KTK hükümlerinin uygulama alanına giren durumlarda, TBK 66 hükmü uygulanmaz<sup>1221</sup>. Bu doğrultuda örneğin, çalıştığı şirket adına kayıtlı bir motorlu araçla şirket müşterilerine siparişlerini dağıtan şirket şoförünün kırmızı ışıkta geçerek bir yayanın ölümüne sebep olması olayında, şirket tüzel kişiliğinin sorumluluğu KTK 85/5 hükmüne tâbi olur.

<sup>1216</sup> **Yılmaz**, Motorlu Araç, s. 97 vd.; **Eren**, Genel, s. 713-714; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 396.

<sup>1217</sup> Kavram için bkz. **Eren**, Genel, s. 712.

<sup>1218</sup> Buradaki “veya” bağlacının “ve” olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz; zira hükmün lafzından, işletenin kendi kusuru bulursa bile, eylemlerinden sorumlu olduğu kişinin kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği anlamı çıkmaktadır (6085 sayılı önceki KTK 50/2 hükmü bakımından aynı görüş için bkz. **Tandoğan**, Tehlike, s. 20).

<sup>1219</sup> **Tandoğan**, Tehlike, s. 23.

<sup>1220</sup> **Eren**, Genel, s. 712.

<sup>1221</sup> **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 11; **Oğuzman/Öz** II, s. 140, dn.16; s. 289; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 395; **Yılmaz**, Motorlu Araç, s. 21; Y4HD, T.3.4.2001, E.2000/12549, K.2001/3270, Kazancı, E.T.10.05.2018.

Öte yandan KTK 85 hükmünün maddi uygulama alanının dışında kalan<sup>1222</sup> veya KTK'da sorumluluğun genel hükümlere tâbi tutulduğu hâllerde<sup>1223</sup>, şartları gerçekleşmişse, TBK 66 hükmünün uygulanması gündeme gelir. Ayrıca aynı olayda birden fazla sorumlu kişiden biri motorlu araç işleten, diğeri adam çalıştıran sıfatıyla mütelselsilen sorumlu tutulabileceği gibi<sup>1224</sup>; motorlu araç işleten sıfatına sahip olmayan bir kimsenin adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulması da mümkündür<sup>1225</sup>.

#### 4.2.7.2. Noterin Noter Çalışanlarının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu

Noterlerin hukuki sorumluluğu, 1512 sayılı Noterlik Kanununda (NK) özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “noterlerin hukuki sorumlulukları” kenar başlıklı hükme göre, “stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar (NK 162/1)”. Burada noterin hem bizzat hem de noter çalışanlarının<sup>1226</sup> yapmış olduğu işlemlerden sorumluluğu olmak üzere iki ayrı sorumluluk düzenlenmiştir<sup>1227</sup>. Burada, çalışmamızın konusu itibarıyla sadece noter çalışanın fiillerinden sorumluluk meselesi incelenecektir.

<sup>1222</sup> KTK 85 hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle KTK 3 anlamında bir motorlu taşıtın bulunması gerekir; motorsuz taşıtlar (örneğin, at arabası) ile motorlu bisiklet sürücülerinin hukuki sorumluluğu genel hükümlere tâbidir (KTK 103). Ayrıca, ortaya çıkan zarar, karayolunda meydana gelen bir trafik kazasından kaynaklanmalıdır; karayolu teşkil etmeyen, özel mülkiyete tâbi yol dışı bir arazide (tarla, bahçe vb.) motorlu araç işletilmesinden doğan zararlar KTK 85 hükmünün kapsamı dışındadır (Eren, Genel, s. 703; Oğuzman/Öz II, s. 197). Örneğin, tarlada traktör sürerek babasına yardım eden çocuğun, traktörün hâkimiyetini kaybederek başkasına ait yan arazideki ekinleri çiğnemesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan babanın sorumluluğu TBK 66 hükmüne tâbidir.

<sup>1223</sup> KTK'da genel hükümlere atıf yapılan durumlar için bkz. Oğuzman/Öz II, s. 220-221.

<sup>1224</sup> Kazı çalışması esnasında yüklenicinin çalışanı kepçe operatörünün üçüncü kişiye ait kablolarla verdiği zarardan, iş sahibi ve yüklenici adam çalıştıran sıfatıyla; kepçe sahibi ise KTK 85/1 uyarınca motorlu araç işleten sıfatıyla mütelselsilen sorumlu tutulmuştur (Y7HD, T.09.02.2010, E.2009/6855, K.2010/516, Kazancı, E.T.10.05.2018).

<sup>1225</sup> İşyerinde araca mal yükleme esnasında, aracın sürücüsü işyeri çalışanın geri manevra yaparken bir kimsenin ölümüne sebep olması olayında; kazaya karışan motorlu aracı uzun süreli kiraya veren araç sahibi şirketin, işleten sıfatına sahip olmasa da aracın üzerinde hâlen kendi ticari unvanının yazılı olmasından hareketle, “işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi” sıfatıyla sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiş olmasına rağmen, TBK 66 hükmüne göre adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Karar için bkz. Y4HD, T.15.04.2013, E.2012/7927, K.2013/6969, Kazancı, E.T.10.05.2018.

<sup>1226</sup> “Noter çalışanları” ifadesi, stajyerleri ve noter dışındaki noterlik personelini (kâtip, kâtip adayları) kapsayacak şekilde üst kavram olarak kullanılmıştır. Ancak noter dairesinde çalışan hizmetlilerin fiillerinden sorumluluk, NK 162/1 hükmünün kapsamı dışındadır.

<sup>1227</sup> Uygulamada, noterlik işlemlerinin çoğu, kâtipler tarafından hazırlanıp noterin imza ve mührü ile tamamlandığından, bu iki sorumluluk arasındaki ayırım teorik gözükse de pratik önemi, noterin imza yetkisi verdiği kâtip veya stajyerin kendi imzasıyla yaptığı işlemlerden noterin sorumluluğu bakımından ortaya çıkar (Ulukapı/Atalı, s. 236, dn.6).

Noter, sadece noterde işlem yaptıran kişiye (ilgili) karşı değil, üçüncü kişiler de dâhil olmak üzere noterlik işlemlerinden zarar gören herkese karşı sorumlu tutulmaktadır<sup>1228</sup>. Noterin; üçüncü kişilere karşı haksız fiil temelinde sorumlu olduğu tartışmasız olmakla birlikte<sup>1229</sup>, noterde işlem yaptıran kişiye karşı sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır<sup>1230</sup>. Hâkim görüşe göre, noterin sorumluluğu, yapılan işin niteliğine ya da zarar gören kişinin konumuna göre ayırım yapılmaksızın, haksız fiil sorumluluğu teşkil eder<sup>1231</sup>. Noterin sorumluluğunu zarar gören kişi bakımından herhangi bir ayırım yapılmaksızın düzenleyen NK 162 hükmü de bu görüşü desteklemektedir<sup>1232</sup>. Böylelikle, noterlik işlemlerinin çeşitliliği karşısında sorumluluğun tespitinde oluşabilecek karışıklık da önlenmiş olur.

Noterin, noter çalışanlarının fiillerinden sorumluluğu NK 162/1 hükmünde öngörülmüştür. Bu sorumluluk, kusursuz<sup>1233</sup> bir haksız fiil sorumluluğu niteliğinde olup, noter çalışanlarından sadece kanunda sayılan kişilerin (stajyer, kâtip, kâtip adayları) fiilleri ile sınırlıdır. Ayrıca noter, bu çalışanların her türlü davranışından değil, sadece bir noterlik işinin yapılmaması veya hatalı yahut eksik yapılması neticesinde meydana gelen zarardan sorumludur. Noterin, gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle, NK 162/1 hükmü, TBK 66 hükmünden farklı olarak, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk<sup>1234</sup> niteliğindedir.

Noterin NK 162/1 hükmüne göre sorumlu tutulabilmesi için noter çalışanının kusurunun gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüş, çalışanın kusuru noterin sorumluluğunun bir şartı değildir<sup>1235</sup>; aksi görüşe göre, hükmün lafzında çalışanın kusurundan bahsedilmese

<sup>1228</sup> Oktay-Özdemir, s. 693; Kurt, s. 87.

<sup>1229</sup> Kartal, s. 349; Ulukapı/Atalı, s. 238; “eğer üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü kabul edilmez ise, üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğun haksız fiil esaslarına göre olduğu kabul edilmek gerekir” (Oktay-Özdemir, s. 696); Kurt, s. 88.

<sup>1230</sup> Bu görüş ayrılığının temeli, noter ile noterde işlem yaptıran kişi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığı meselesine dayanır. Sorumluluk sebebinin, zarar gören kişinin noterin yaptığı işlemin tarafı olup olmamasına göre değişeceği görüşü için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar, s. 344. Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Oktay-Özdemir, s. 693 vd.; Kurt, s. 88 vd.

<sup>1231</sup> Kurt, s. 90; Nart, s. 433-434; Ulukapı/Atalı, s. 238 (yazarlara göre, noterin sorumluluğu, Devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğuna benzer). Noterin sorumluluğunu bir tehlike sorumluluğu olarak değerlendiren görüş için bkz. Üçışık, s. 137.

<sup>1232</sup> Ulukapı/Atalı, s. 238, dn.14; Kurt, s. 90.

<sup>1233</sup> Kartal, s. 347; Ulukapı/Atalı, s. 239; Kurt, s. 92-93; Nart, s. 430; Antalya, s. 648.

<sup>1234</sup> Nart, s. 431.

<sup>1235</sup> Tandoğan, Kusura Dayanmayan, s. 85; Kartal, s. 350; söz konusu hükümde, işlemin hangi nedenle olursa olsun hatalı ve eksik olması sorumluluk sebebi sayıldığından, ‘hatalı veya eksik yapılma’ ibaresi, kusur kavramını zımni olarak dahi barındırmamaktadır (Oktay-Özdemir, s. 699).



de “hiç işlem yapılmaması veya hatalı yahut eksik işlem yapılması” kusurlu sayılabilecek davranışlar olduğundan, noterin sorumlu tutulabilmesi için çalışanın kusuru gerekir<sup>1236</sup>.

NK 162/2 hükmünde ise noterin, “stajiyer veya noterlik personeline” rücu hakkı düzenlenmiştir. Burada “stajiyer veya noterlik personeli” şeklinde ayırım yapılması, rücu hakkının hukuki temelindeki farklılığa işaret eder<sup>1237</sup>. Noter, arasında sözleşme ilişkisi bulunan noterlik personeline sözleşme (TBK 112) ya da haksız fiil (TBK 49) temelinde rücu edebilir; ancak arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan stajyere rücu hakkı haksız fiil temeline dayanır.

NK 162/1 hükmünde öngörülen sorumluluk, adam çalıştırmanın sorumluluğu niteliğindedir<sup>1238</sup> ve bu sorumluluğun özel bir uygulama hâlini oluşturur<sup>1239</sup>. NK 162/1 hükmü, TBK 66 karşısında özel hüküm teşkil eder; NK 162/1 hükmünün kapsamına giren durumlarda TBK 66 hükmü uygulanmaz<sup>1240</sup>. Söz konusu hükmün uygulama alanı dışında kalan durumlarda ise noterin sorumluluğu bakımından, TBK 66 hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. NK 162/1 hükmünde sınırlı sayıda sayılanlar dışında kalan bir noter çalışanın (örneğin, noterlik dairesinde odacı, temizlikçi, bekçi gibi işlerde çalışan ve “hizmetli” olarak nitelendirilen kişiler<sup>1241</sup>) üçüncü kişiye verdiği zarardan noterin sorumluluğu, diğer şartlar da gerçekleşmişse, TBK 66 hükmüne tâbi olur<sup>1242</sup>.

#### 4.2.7.3. Yayın Sahibinin Çalıştırdığı Kişilerin Basın Yoluyla İşledikleri Haksız Fiillerden Sorumluluğu

5187 sayılı Basın Kanunu m.13 hükmünde, basın yoluyla işlenen haksız fiillerden hukuki sorumluluk düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle bu Kanun anlamında bir basılmış eser bulunması ve bu eserin kamuya sunulmak suretiyle yayımlanmış olması gerekir. Basılmış eser, basın yoluyla düşünce açıklamasının maddi

<sup>1236</sup> Nart, s. 432.

<sup>1237</sup> Ulukapı/Atalı, s. 248.

<sup>1238</sup> Ulukapı/Atalı, s. 239, 247.

<sup>1239</sup> Antalya, s. 648.

<sup>1240</sup> Antalya, s. 648; Çelik, s. 83. “[...] NK. m. 162 f. 1 hükmü olmasaydı, noterlik faaliyetinden doğan zararlar kapsamında noter, kendi fiili bakımından BK. m. 49, noterlik çalışanın fiili bakımından ise BK. m. 66 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulabilecekti. Kanun koyucu bu hükümlerdeki düzenlemeleri yeterli görseydi, onun NK. m. 162 f. 1 hükmüyle ayrı bir düzenleme yapması gerekmezdi” (Kurt, s. 92).

<sup>1241</sup> Bkz. Noterlik Kanunu Yönetmeliği m.8/3.

<sup>1242</sup> Ulukapı/Atalı, s. 239, dn.17; Antalya, s. 649.

konusunu oluşturur<sup>1243</sup>. Basın yoluyla düşünce açıklaması, yazı veya resim aracılığıyla yapılır. Söz konusu düşünce açıklamasının başkalarının kişilik hakkını ihlâl etmesi durumunda, sorumluluğun diğer şartları da gerçekleşmişse, hukuki sorumluluk doğar. Basın yoluyla kişilik hakkı ihlâlinden sorumlu<sup>1244</sup> kişiler Basın Kanunu m.13 hükmünde oldukça geniş bir yelpazede düzenlenmiştir. Süreli yayınlar bakımından; eser sahibi, yayın sahibi ve varsa temsilcisi; süresiz yayınlar bakımından ise eser sahibi, yayımcı ve (yayımcının belli olmadığı durumlarda) basımcı müteselsilen sorumlu tutulmuştur (m.13/1). Ayrıca, her iki tür yayın bakımından, yayın üzerinde hak sahibi olan veya bu hakları devralan başkaca kişilerin de müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür (m.13/2).

Eser sahibi, kişilik hakkı ihlâli teşkil eden yazıyı yazan veya resmi yapan/karikatürü çizen kişi olarak haksız fiilin asıl faili konumundadır<sup>1245</sup> ve TBK 49 hükmüne göre sorumlu tutulur. Yayın sahibi ise kişilik hakkı ihlâli teşkil eden düşünce açıklaması faaliyeti bakımından adam çalıştıran konumda kabul edilir<sup>1246</sup>. Buna göre, yayın sahibi ile sorumlu müdür<sup>1247</sup> arasında TBK 66 anlamında bağımlı bir çalıştırma ilişkisi bulunur. Yayın sahibinin Basın Kanunu m.13/1 hükmünde öngörülen sorumluluğu, TBK 66 hükmünün özel bir uygulama hâli teşkil eder<sup>1248</sup>. Basın Kanunu m.13 hükmünde öngörülmemiş olmakla birlikte, yayın sahibinin TBK 66 hükmünde öngörülen kurtuluş kanıtı getirme imkânına sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>1249</sup>.

Ancak yayın sahibinin gerçek ya da tüzel kişi olmasına göre bir ayırım yapılır<sup>1250</sup>: Gerçek kişi yayın sahibi, sorumlu müdürün fiilinden TBK 66 hükmüne göre sorumluyken, tüzel kişi yayın sahibi bakımından sorumlu müdür tüzel kişinin bir organı olarak kabul edildiğinden, sorumluluk TMK 50/2 hükmüne dayandırılır.

<sup>1243</sup> Kılıçoğlu, Basın, s. 30.

<sup>1244</sup> Söz konusu hükümde düzenlenen sorumluluk, maddi ve manevi tazminat davası ile sınırlıdır. Öte yandan, kişilik hakkını koruyucu diğer davaların da bu kişilere karşı açılabileceği kabul edilmektedir (Kılıçoğlu, Basın, s. 468).

<sup>1245</sup> Kılıçoğlu, Basın, s. 470.

<sup>1246</sup> Kılıçoğlu, Basın, s. 485.

<sup>1247</sup> Sorumlu müdür, yazı işlerini fiilen idare eden kişi olup, çeşitli kaynaklardan gelen haberleri değerlendirip, bunların başkalarının kişilik hakkına saldırı niteliği taşımadığını araştırarak haberin yayımlanıp yayımlanmamasına karar verme yetkisine sahiptir. Sorumlu müdürün, basın yoluyla işlenen haksız fiilden doğan zarardan hukuki sorumluluğu BK m.13 hükmünde kaldırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Basın, s. 472 vd.

<sup>1248</sup> Kılıçoğlu, Basın, s. 485.

<sup>1249</sup> Kılıçoğlu, Basın, s. 486.

<sup>1250</sup> Kılıçoğlu, Basın, s. 485-488.

#### 4.2.7.4. Donatanın Gemi Adamlarının Haksız Fiillerinden Sorumluluğu

Gemi adamlarının haksız fiillerinden üçüncü kişilerin uğradığı zarardan donatanın sorumluluğu TTK 1062 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, donatan<sup>1251</sup>, gemi adamlarının<sup>1252</sup>, görevlerini yerini getirirken üçüncü kişilere kusurlu olarak verdiği zararlardan sorumludur (TTK 1062/1).

Burada öngörülen sorumluluk, TBK 66 gibi, bir haksız fiil sorumluluğu olmakla birlikte, bu iki sorumluluk normu arasında hukuki nitelik itibarıyla oldukça önemli bir fark bulunur: TBK 66 hükmünün aksine, TTK 1062 bakımından gemi adamının kusuru, hükmün lafzında da açıkça belirtildiği üzere, sorumluluğun bir şartıdır<sup>1253</sup>. Dolayısıyla, gemi adamının kusuru bulunmadıkça donatanın da sorumluluğuna başvurulamaz. Donatan, gemi adamının sadece şahsen sorumlu tutulabildiği hâllerde gemi adamı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle donatanın sorumluluğu müstakil/asli bir sorumluluk değil, gemi adamının şahsi sorumluluğuna katılma şeklinde gerçekleşen ek bir sorumluluk niteliğindedir<sup>1254</sup>. Donatan, adam çalıştırandan farklı olarak, kendi özen eksikliğinden değil, çalışanın kusurlu fiilinden sorumlu tutulmaktadır. Bu doğrultuda, donatana, gerekli özeni gösterdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır. Görüldüğü üzere, TTK 1062 hükmünde benimsenen sorumluluk, TBK 66 hükmünün aksine, *başkasının fiilinden sorumluluk* modeli üzerine kuruludur.

TTK 1062 hükmüne göre sorumluluğun doğabilmesi için, ilk olarak, zarara sebep olan kişinin gemi adamı niteliğine sahip olması gerekir. Gemi adamı, “kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler” olarak tanımlanmıştır (TTK 934). Bu tanımda, gemide çalışmak unsurunu esas alınmıştır<sup>1255</sup>. İkinci olarak, zarara uğrayan, üçüncü kişi olmalıdır. Donatan ve zarar veren gemi adamı dışındaki tüm kişiler (gemideki

<sup>1251</sup> TTK 1062 hükmünde öngörülen sorumluluğun süjesi, donatandır. Donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi mülküdür (TTK 1061/1). Öte yandan, başkasına ait bir gemiyi deniz ticaretinde kullanan gemi işletme müteahhidi de üçüncü kişiler ile ilişkilerinde donatan kabul edilir (TTK 1061/2). Bu nedenle, TTK 1062 hükmü, gemi işletme müteahhidinin sorumluluğu bakımından da uygulanır.

<sup>1252</sup> TTK 1062 hükmüne göre donatan sadece gemi adamlarının değil, zorunlu danışman kılavuz ve isteğe bağlı kılavuzun fiillerinden de sorumludur. Çalışmamızdaki açıklamalar, gemi adamları ile sınırlandırılmıştır.

<sup>1253</sup> Çağa/Kender, s. 143; Sözer, s. 175; Kalpsüz, s. 47.

<sup>1254</sup> Çağa/Kender, s. 147; Sözer, s. 178; Kalpsüz, s. 70.

<sup>1255</sup> Çağa/Kender, s. 142.

yolcular, diğer gemi adamları, geminin karada zarar verdiği bina sahipleri vb.) üçüncü kişi niteliğindedir<sup>1256</sup>. Gemi adamının fiili bakımından hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı unsurlarının da gerçekleşmesi durumunda, donatan TTK 1062 uyarınca sorumlu tutulabilecektir.

TTK 1062 hükmünde öngörülen sorumluluk, TTK 66 hükmüne nazaran “daha dar, daha şiddetli ve sınırlıdır”<sup>1257</sup>. TTK 1062 hükmünün zarar gören açısından başlıca avantajı, donatanın kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunmaması ve zarar görenin kanuni rehin hakkına sahip olmasıdır<sup>1258</sup>. Öte yandan TBK 66 hükmü de sınırlı sorumluluk rejimine tâbi olmaksızın<sup>1259</sup>, çalışanın kusurunun bulunmadığı durumlarda da sorumlu tutulabilmesi ve kurtuluş kanıtı getirmenin oldukça zor olması<sup>1260</sup> bakımından zarar gören açısından elverişli bir hukuki dayanak teşkil etmektedir. Bu nedenle, iki hüküm arasındaki uygulama ilişkisinin belirlenmesi önem arz eder.

TTK 1062 ile TBK 66 hükmü arasındaki ilişki konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, zarar gören dilediği hükme dayanmakta serbesttir; zira eTTK 947 (TTK 1062) hükmü sırf zarar göreni korumak için öngörülmüş olup, kanun koyucunun amacı, donatanın sorumluluğunu genel hükümlerden ayrılarak özel olarak düzenlemek değildir<sup>1261</sup>. Aksi görüşe göre ise, TTK 1062 hükmü donatanın gemi adamlarının fiillerinden sorumluluğunu inhisari surette düzenlemekte olup, TBK 66 karşısında özel hüküm teşkil eder<sup>1262</sup>. Bu görüş doğrultusunda, gemi adamının kusurunun bulunmadığı durumlarda donatan TBK 66 hükmüne göre sorumlu tutulamayacaktır.

<sup>1256</sup> **Çağa/Kender**, s. 144; **Sözer**, s. 176; **Kalpsüz**, s. 80-81; **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 91. Ancak “donatan, yolculara ve yükle ilgili kişilere karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur” (TTK 1062/1/c.2).

<sup>1257</sup> **Kalpsüz**, s. 71.

<sup>1258</sup> Geminin işletilmesi ile ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı ve diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar, “gemi alacaklısı hakkı” teşkil eder (TTK 1320/1-b) ve bu hak, gemi alacaklısına, gemi ve eklentisi üzerinde kanuni bir rehin hakkı verir (TTK 1321 vd.).

<sup>1259</sup> Donatanın sınırlı aynı sorumluluk sistemi yTTK’da terk edilmiş olmakla birlikte, uluslararası sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkı bulunmaktadır (TTK 1062/2).

<sup>1260</sup> Donatan, ulusal ve uluslararası düzeydeki kurallara riayet ederek faaliyet gösterdiğini ispatlamak suretiyle eBK 55 hükmünde öngörülen kurtuluş kanıtını rahatlıkla getirebilecekken, TBK 66/3 hükmü karşısında kurtuluş kanıtı getirmesi zorlaşmıştır (**Sözer**, s. 180-181).

<sup>1261</sup> **Çağa/Kender**, s. 148; **Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu**, s. 91.

<sup>1262</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 130-131; **Kalpsüz**, s. 75.

Öte yandan, TTK anlamında gemi niteliğine sahip olmayan bir deniz aracının bulunduğu<sup>1263</sup> ya da zarara sebep olan kişinin TTK 934 anlamında gemi adamı niteliğinde olmadığı<sup>1264</sup> durumlarda TBK 66, donatanın yardımcı kişilerin üçüncü kişilere verdiği zarardan haksız fiil sorumluluğuna uygulanabilecek tek hükümdür.

#### 4.2.7.5. Konaklama Yeri İşletenin Çalıştırdıkları Kişilerin Haksız Fiillerinden Sorumluluğu

Konaklama yeri işletenlerin sorumluluğu TBK 576 hükmünde düzenlenmiştir<sup>1265</sup>. “Saklama Sözleşmeleri” başlıklı bölümde yer alan bu düzenlemeye göre; otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi konaklama yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyaların yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından sorumludur (TBK 576/1). Konaklama yeri işletenin bu sorumluluğunun çalışanlarının bir fiili neticesinde de doğabileceği, ikinci fıkrada yer alan “çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe” ifadesinden dolaylı olarak anlaşılmaktadır.

TBK 576 hükmünde öngörülen sorumluluğun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, konaklama yeri işletenin sorumluluğu, konaklayan ile arasındaki sözleşme ilişkisine dayanır<sup>1266</sup>. Hâkim görüşe göre ise, burada, geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığı aranmaksızın, kanundan doğan ve fakat haksız fiile değil, maddi fiile dayanan bir sorumluluk söz konusudur<sup>1267</sup>. Öte yandan bazı yazarlar, TBK 576 hükmünü, bir haksız fiil sorumluluğu teşkil eden TBK 66 bakımından özel bir hüküm olarak değerlendirmektedir<sup>1268</sup>. Resepsiyon görevlisinin, otel müşterisinden makbuz karşılığında emanet aldığı paranın iadesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta ise, otel

<sup>1263</sup> TTK'nın deniz ticaretine ilişkin hükümleri, kural olarak, ticaret gemileri hakkında uygulanmakla birlikte (TTK 935/1), TTK 1062 hükmünde öngörülen sorumluluk, ticaret gemileri ile sınırlı olmayıp, Devlet gemilerini, donanmaya bağlı harp gemilerini ve gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemileri de kapsar (TTK 935/2/a-b).

<sup>1264</sup> **Sözer**, s. 192.

<sup>1265</sup> Benzer bir sorumluluk, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler bakımından TBK 579 hükmünde öngörülmüştür.

<sup>1266</sup> Bu sözleşme; “otelcilik sözleşmesi”, “misafır kabul sözleşmesi”, “otelcilye tevdi sözleşmesi” gibi farklı şekillerde adlandırılmaktadır. Bkz. **Doğan**, s. 243, dn.40.

<sup>1267</sup> **Tandoğan**, Otelci, s. 207. “(Doğrudan doğruya) kanundan doğan borç ilişkisi” kavramı için bkz. **Eren**, Genel, s. 115-117; **Feyzioğlu II**, 440-442.

<sup>1268</sup> **Çelik**, s. 83; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 346.

sahibinin sorumluluğu hem eBK 478(TBK 576) hem de eBK55 (TBK 66) hükmüne dayandırılmıştır<sup>1269</sup>.

Aşağıda, bu iki hükümde öngörülen sorumluluk kısaca karşılaştırılmaya çalışılacaktır.

İlk olarak; TBK 576 hükmünde öngörülen sorumluluk, konaklayanların beraberinde getirdikleri şeye ilişkin zararlar ile sınırlıdır. Örneğin, otelin temizlik personelinin yıkadıktan sonra kurulamadan ıslak bıraktığı merdivenlerden kayarak düşüp ayağını kıran otel müşterisinin uğradığı bedensel zarar TBK 576 hükmünün kapsamında değildir. İkinci olarak, TBK 66 hükmünde olduğu gibi TBK 576 bakımından da çalışanın kusuru sorumluluğunun bir şartı değildir<sup>1270</sup>. Ancak TBK 576 hükmüne göre tazminat miktarının belirlenmesinde çalışanın kusurunun bulunup bulunmamasına göre bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, çalışanın kusurunun bulunmadığı durumlarda tazminatın azami miktarı konaklama miktarının üç katı ile sınırlıdır (TBK 576/2). Çalışanın kusurunun bulunduğu durumlar bakımından ise bu sınırlama geçerli değildir. Üçüncü olarak, TBK 576 hükmünde öngörülen sorumluluk, TBK 66 hükmünden farklı olarak, konaklama yeri işletenin çalışana yönelik özen yükümlülüğünün ihlâline bağlı değildir. Bu nedenle, TBK 66 hükmündekine benzer bir kurtuluş kanıtı imkânı bulunmamaktadır. Öte yandan, konaklama yeri işleten, meydana gelen zararın, konaklayanın kendisinin, ziyaretine gelen veya beraberinde ya da hizmetinde bulunan kişinin kusurundan, mücbir sebep ya da eşyanın niteliğinden kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Dördüncü olarak, TBK 576 hükmünde öngörülen sorumluluk bakımından sorumsuzluk anlaşmalarını akıbeti kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, işletenin sorumluluğunu kaldıran ya da kanunda öngörülene ek bir koşula bağlayan sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir.

<sup>1269</sup> YHGK, T.15.12.1999, E.1999/13-1035, K.1999/1039, Kazancı, E.T.10.05.2016 (karara konu olayda resepsiyon görevlisi olarak çalışan kişi, otel sahibinin kızıdır).

<sup>1270</sup> Öte yandan, kıymetli eşya, oldukça önemli miktardaki para ve kıymetli evrak bakımından ise, bu tür eşyalar saklanması için işletene bırakılmış olmadıkça, konaklama yeri işletenin sorumluluğu çalışanın kusuruna bağlanmıştır (TBK 577/1).

### 4.3. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU İLE İFA YARDIMCISININ FİİLLERİNDEN BORÇLUNUN SORUMLULUĞU ARASINDAKİ İLİŞKİ

#### 4.3.1. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İfa Yardımcısının Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğunun Düzenlenmesine Genel Bir Bakış

İngiliz hukukunda, bir sözleşme ilişkisinden doğan borcun ifasında yardımcı kişi kullanan borçlu, adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak, ifa yardımcısının fiillerinden dolayı olarak (*vicarious*) değil doğrudan (*primary*) sorumludur. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan daha geniş kapsamlı olan bu sorumluluk, sadece bağımlı çalışanların değil, bağımsız alt-sözleşmecilerin (*sub-contractor*) ve temsilcilerin (*agents*) fiillerini de kapsar<sup>1271</sup>.

Fransız hukukunda ifa yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğu, genel bir hükümde düzenlenmemiştir; sadece bazı sözleşmeler bakımından münferit hükümler bulunur<sup>1272</sup>. Fransız hukukunun karakteristik özelliklerinden biri olan *non-cumul* prensibi uyarınca, sözleşmeye dayanan talep, haksız fiile dayanan talep karşısında üstündür<sup>1273</sup>. Bu doğrultuda borçlunun, sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu kişiye yardımcı kişinin verdiği zarardan haksız fiil sorumluluğunun teorik olarak devre dışı kalması gerekir. Ancak Fransız mahkemeleri, bu tür durumlarda, Yargıtay'ın benzer uygulamasını çağrıştıracak şekilde, genellikle adam çalıştırmanın haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Art.1242/5 nCC hükmünü uygulamaktadır<sup>1274</sup>.

Alman hukukunda ise borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu §278 BGB hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; “borçlu, kanuni temsilcisinin ve bir borcun ifasında kullandığı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur”. §278 BGB, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin §831 BGB hükmünden farklı olarak, bağımsız bir sorumluluk normu değil, sadece bir isnat normu teşkil eder<sup>1275</sup>. Burada ifa yardımcısının

<sup>1271</sup> van Gerven/Lever/Larouche, s. 478.

<sup>1272</sup> Viney/Jourdain, N.815; Bacache-Gibeili, N.278.

<sup>1273</sup> Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck, N.1007; von Bar, Torts, N.432.

<sup>1274</sup> Viney/Jourdain, N.791-2; Galand-Carval, s. 97.

<sup>1275</sup> Medicus/Lorenz, AT, N.372; Westermann/Bydlinski/Weber, N.6/23; Pfeiffer, §278 BGB N.1.

sadece kusuru değil, davranışı da borçluya isnat edilir<sup>1276</sup>. Ancak doktrinde, alacaklı karşısında borçlu sıfatına sahip olmayan ifa yardımcısının alacaklıya karşı kusurundan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle, hükmün lafzının yanıltıcı olduğu; borçlunun sorumluluğunu belirleyen kıstasın, ifa yardımcısının davranışının borçlu bakımından borca aykırı ve kusurlu bir davranış teşkil edip etmeyeceği olduğu belirtilmektedir<sup>1277</sup>. Bir kimsenin ifa yardımcısı olarak nitelendirilebilmesi için borçlunun isteği ile ifa faaliyetine katılması yeterli olup, fiilin borcun ifasına yönelik olduğunu bilmesi şart değildir<sup>1278</sup>. İfa yardımcısının borçlunun talimatları ile bağlı olması zorunlu değildir; bağımsız ifa yardımcıları da bu hükmün kapsamındadır<sup>1279</sup>.

Avusturya hukukunda borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu ayrı bir hükümde (§1313a ABGB) düzenlenmiştir. Bu hükmün eklendiği 1916 yılından önceki dönemde ise hem sözleşme hem de haksız fiil hukukunda yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk bakımından adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin §1315 ABGB hükmü uygulanmıştır<sup>1280</sup>. §1313a ABGB hükmüne göre “borçlu, kanuni temsilcisinin ve borcun ifasında kullandığı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur”. Bu sorumluluk hem bağımlı hem de bağımsız ifa yardımcıları kapsar.

Türk-İsviçre hukukunda da ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk ayrı bir hükümde (TBK 116<sup>1281</sup>/Art.101 OR), düzenlenmiştir. Yardımı kişinin fiillerinden sorumluluk bakımından biri sözleşme (TBK 116) diğeri haksız fiil (TBK 66) alanında iki farklı sorumluluk rejiminin öngörülmüş olması doktrinde eleştirilmektedir<sup>1282</sup>. Hatta İsviçre hukukunda VE-OR Ön Tasarısı ile önerilen radikal değişikliklerden biri, bu iki sorumluluk rejiminin birbiriyle uyumlu hâle getirilmesi amacıyla birleştirilmesi olmuştur<sup>1283</sup>.

<sup>1276</sup> **Medicus/Lorenz**, AT, N.383; **Brox/Walker**, §20, N.24.

<sup>1277</sup> **Caspers**, §278 BGB, N.2; **Medicus/Lorenz**, AT, N.383; **Westermann/Bydlinski/Weber**, N.6/30; **Brox/Walker**, §20, N.33.

<sup>1278</sup> **Medicus/Lorenz**, AT, N.376; **Caspers**, §278 BGB N.18-19; **Brox/Walker**, §20, N.28.

<sup>1279</sup> **Medicus/Lorenz**, AT, N.376; **Pfeiffer**, §278 BGB N.26.

<sup>1280</sup> **Posch**, s. 65.

<sup>1281</sup> TBK 116/1: “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan haksız fiilin kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararın gidermekle yükümlüdür*”.

<sup>1282</sup> **Tunçomağ**, Borçlar, s. 534; **Serozan**, Borç İlişkisi, s. 116-117; **İmre**, s. 145.

<sup>1283</sup> Art.42 VE-OR hükmüne göre; “bu kısımda yer alan hükümler, sözleşmenin hiç ifa edilmemesi ya da geç ifa edilmesinden sorumluluk ile borç ilişkileri bakımından öngörülen özel hükümler saklı kalmak üzere, sözleşmeye



### 4.3.2. Türk Hukukunda İfa Yardımcısının Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu ile Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Arasındaki İlişki

#### 4.3.2.1. İki Sorumluluk Normunun Karşılaştırılması

##### 4.3.2.1.1. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

TBK 66 hükmünün bir sorumluluk normu teşkil ettiği kabul edilmekle birlikte, TBK 116 hükmünün niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre sorumluluk normu (*Haftungsnorm*)<sup>1284</sup> teşkil eden bu hüküm, aksi görüşe göre ifa yardımcısının fiilini borçluya sadece izafe etmeyi sağlayan bir isnadiyet normu (*Zurechnungsnorm*) niteliğindedir<sup>1285</sup>. Öte yandan, TBK 116 hükmü de TBK 66 gibi, bir kusursuz sorumluluk teşkil eder<sup>1286</sup>. Bu sorumluluğun, borçlunun gerçek değil farazi kusuruna dayanması da bu sorumluluğu bir kusur sorumluluğuna dönüştürmez<sup>1287</sup>. İfa yardımcısının kusuru da sorumluluğun bir şartı değildir<sup>1288</sup>.

---

aykırı fiil nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından da uygulanır”. Hukuka aykırılık unsuruna ilişkin Art. 46/2 VE-OR hükmü de bu doğrultuda düzenlenerek, “kanunda öngörülen bir emir ya da yasağa aykırı fiiller ile sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü ihlâl eden fiillerin hukuka aykırı olduğu” belirtilmiştir. Ayrıca, söz konusu Öntasarıda, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere kıyasen yollama atfı yapan Art.99/3 OR hükmü de yeniden düzenlenerek, “sözleşme hukukunda özel olarak düzenlenmeyen hâllerde, sorumluluk hukukunun genel hükümlerinin (Art.41-58) sözleşmeye aykırılık nedeniyle meydana gelen zararlara da uygulanacağı” belirtilmiştir. Böylelikle, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin Art.49 ve Art.49a VE-OR hükümlerinin, sözleşme sorumluluğu alanında da uygulanması öngörülmüştür. İki sorumluluk kaynağının bu şekilde birleştirilmesine ilişkin eleştiriler hakkında bkz. **Honsell**, s. 745-746; **Werro**, Reform, s. 90. Ayrıca bkz. **Büyüktaş**, s. 45 dn.6; **Ünlütepe**, s. 183.

<sup>1284</sup> **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N.3070; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 55, 135; **Özdemir**, s. 284.

<sup>1285</sup> **Wiegand**, Art.101 OR N.2; **Schwenzer**, N.23.02.

<sup>1286</sup> **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N.3014; **Schwenzer**, N.23.10; **Serozan**, İfa, §22 N.4; **Oğuzman/Öz I**, s. 469; **Tandoğan**, Kusur Aranmayan, s. 81; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 107-108; **Özdemir**, s. 287; **Eren**, Genel, s. 1108 vd. Aksi görüşe göre, TBK 116 hükmü tam bir kusursuz sorumluluk hâli olmayıp (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 889; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 671); kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesi yanlıcıdır (**Wiegand**, Art.101 OR N.2).

<sup>1287</sup> **Oğuzman/Öz I**, s. 469. Farazi kusur, gerçek anlamda bir kusur olmayıp kusurlu olduğuna ilişkin bir fiksiyondur; bu nedenle, farazi kusur, ifa yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesine engel değildir (**Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 108).

<sup>1288</sup> **Oğuzman/Öz I**, s. 469; **Eren**, Genel, s. 1108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 898.

#### 4.3.2.1.2. Sorumlu Kişi ile Zarar Gören Kişi Arasındaki İlişkinin Niteliği

TBK 116 hükmünün uygulanabilmesi için, TBK 66 hükümünden farklı olarak, borçlu ile zarar gören alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunması şarttır<sup>1289</sup>. Bu nedenle TBK 116 hükmünde, borç ilişkisinin karşı tarafında bulunan alacaklı kastedilerek, ifa yardımcısının “*diğer tarafa vermiş olduğu zarar*”; TBK 66 hükmünde ise, çalışanın “*başkalarına verdiği zarar*” ifadesine yer verilmiştir. Öte yandan, adam çalıştıran ile zarar gören üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisinin bulunması, TBK 66 hükmünün bir şartı olmamakla birlikte, uygulanmasına engel de değildir.

#### 4.3.2.1.3. Yardımcı Kişinin Niteliği

TBK 116 bakımından ifa yardımcısı, borçlunun bilgisi ve rızası dâhilinde ifa faaliyetinin sadece bir kısmına katılan ya da borcun ifasının tamamının kendisine bırakıldığı üçüncü kişidir<sup>1290</sup>. Borçlu ile ifa yardımcısı arasındaki iç ilişkinin yapısı ise ifa yardımcılığı ilişkisinin varlık ve niteliğini etkilemez<sup>1291</sup>; bu iç ilişki, bir sözleşme ilişkisi, hısımlık gibi bir ailevi ilişki ya da tamamen tesadüfi bir hatır ilişkisi olabilir<sup>1292</sup>. Borçlu ile ifa yardımcısı arasındaki (varsa) sözleşme ilişkisinin geçerli olup olmaması, ivazlı olup olmaması, geçici ya da sürekli olması da önemli değildir<sup>1293</sup>. Bu husus, TBK 66 hükmüne göre adam çalıştıran ile çalışan arasındaki çalıştırma ilişki bakımından benzerlik gösterir.

Öte yandan, TBK 116 hükmüne göre borçlu ile ifa yardımcısı arasındaki iç ilişki, TBK 66 hükmünde aranan çalıştırma ilişkisine nazaran daha esnektir. İfa yardımcısı ile borçlu arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunabileceği gibi böyle bir ilişkinin varlığı şart

<sup>1289</sup> Borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinin kaynağı, sözleşme ya da kanun olabilir (Eren, Genel, s. 1099; Tunçomağ, Borçlar, s. 835; Şenocak, İfa Yardımcısı, s. 57 vd.).

<sup>1290</sup> Schwenger, N.23.04; Koller, §54 N.92; Wiegand, Art.101 OR N.7; Eren, Genel, s. 1100; Tandoğan, Mesuliyet, s. 436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 892. Kullanma yardımcısı (*Ausübungsgelilfe*) kavramı ise çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

<sup>1291</sup> Schwenger, N.23.04. Borçlu ile ifa yardımcısı arasında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmaması, borçlunun ifa yardımcısına rücu talebinin dayanağı bakımından önem arz eder (Oğuzman/Öz I, s. 461, dn.375; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 900-901).

<sup>1292</sup> Eren, Genel, s. 1102; Serozan, İfa, §22 N.7; Tandoğan, Mesuliyet, s. 435; Şenocak, İfa Yardımcısı, s. 166-167. Örneğin, alacaklıya ait malları kamyonundan indiren borçluya, o esnada yoldan geçerken yardım eden herhangi bir kişi bile TBK 116 hükmüne göre ifa yardımcısı olarak kabul edilir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 894-895).

<sup>1293</sup> Şenocak, İfa Yardımcısı, s. 167; Tandoğan, Mesuliyet, s. 437; Tunçomağ, Borçlar, s. 837.

değildir<sup>1294</sup>. Bu nedenle ifa yardımcısı kavramı, TBK 66 anlamında çalışan kavramından daha geniştir<sup>1295</sup>. Borcun ifasına borçlunun bilgisi ve iradesi dâhilinde katıldığı sürece, borçlu karşısında bağımlı ve bağımsız tüm ifa yardımcıları, TBK 116 hükmünün kapsamındadır<sup>1296</sup>. Borçlu, farazi de olsa rızası bulunduğu sürece, ifa yardımcısının kullandığı alt ifa yardımcısının da alacaklıya verdiği zararlardan sorumludur<sup>1297</sup>. Ancak borçlunun ifa yardımcısının bir borcun ifasında kullanması zorunlu iken, adam çalıştırmanın çalışmanı kullanmaktaki amacı bir borç yükümlülüğünün ifası olmak zorunda değildir<sup>1298</sup>. Çalışan kavramı, bu bakımdan, ifa yardımcısı kavramından geniştir.

Modern doktrin ve uygulamaya göre, TBK 66 anlamında çalışan, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir<sup>1299</sup>. Benzer şekilde, TBK 116 bakımından da ifa yardımcısı, gerçek ya da tüzel kişi olabilir<sup>1300</sup>. Tüzel kişi ifa yardımcısı, ifa faaliyetlerini organları aracılığıyla gerçekleştirdiğinden, organların borca aykırı fillerinden TMK 50/2 hükmüne göre sorumlu olur; bu tüzel kişiyi ifa yardımcısı olarak kullanan borçlunun sorumluluğu ise TBK 116 hükmüne göre kurulur. Borcun ifasının bir adi şirkete bırakıldığı durumlarda ise, yardımcı kişi sıfatı adi şirket ortaklarına ait olur<sup>1301</sup>.

#### 4.3.2.1.4. Sorumluluktan Kurtulma İmkânı

TBK 66 hükmüne göre adam çalıştırın, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir. TBK 116 bakımından ise borçluya benzer bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır<sup>1302</sup>. Borçlu, adam çalıştırandan farklı olarak, ifa yardımcısını seçmede, talimat vermede, denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz<sup>1303</sup>. Bu durum, adam çalıştırmanın doğrudan kendi hukuka

<sup>1294</sup> **Schwenzer**, N.23.04; **Koller**, §54 N.94; **Fellmann/Kottmann**, N.751; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 137; **Oğuzman/Öz I**, s.46; **Feyzioğlu II**, s. 193; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 436-437; **Eren**, Genel, s. 1102. Art.101 OR hükmünden farklı olarak, Art.55 OR hükmünde işçi (*Arbeitnehmer*) kavramına, bağımlılık şartını vurgulamak amacıyla özellikle ayrı olarak yer verilmiştir (**Brehm**, Art.55 OR N.12).

<sup>1295</sup> **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 450; **Eren**, Genel, s. 1102; **Gürsoy**, Yarışma, s. 181.

<sup>1296</sup> **Eren**, Genel, s. 1102; **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 114 vd.

<sup>1297</sup> **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 123 vd.

<sup>1298</sup> **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 137.

<sup>1299</sup> Bkz. İkinci Bölüm, §4, II, A.

<sup>1300</sup> **Oğuzman/Öz I**, s. 462; **Eren**, Genel, s. 1101.

<sup>1301</sup> **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 106.

<sup>1302</sup> **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N.3074; **Tercier/Pichonnaz**, N.1198; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 842; **Eren**, Genel, s. 645.

<sup>1303</sup> **Oftinger/Stark II/1**, §20 N.26; **Schwenzer**, N.23.10; **Feyzioğlu II**, s. 201; **Nomer**, Borçlar, s. 312; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 898; **Oğuzman/Öz I**, s. 469; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 671. *Tandoğan'a*

aykırı fiilinden, borçlunun ise ifa yardımcısının kendisine isnat edilen fiilinden sorumlu tutulduğunun bir göstergesidir<sup>1304</sup>.

Buna rağmen, borçlunun TBK 116 hükmüne göre sorumluluğunun mutlak olmadığı kabul edilir. Türk<sup>1305</sup>-İsviçre<sup>1306</sup> hukukunda hâkim görüşüne göre TBK 116 hükmü, borçlunun gerçek değil farazi kusuruna dayanır Buna göre borçlu, borcu bizzat ifa etmiş olduğu varsayımında, ifa yardımcısının somut olaydaki davranışının kendisi bakımından kusurlu bir davranış teşkil etmeyeceğini ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabilir<sup>1307</sup>. Farazi kusur değerlendirmesi yapılırken, alacaklının, somut olaydaki ifa yardımcısından değil, borçludan beklediği davranış esas alınır<sup>1308</sup>. Dolayısıyla ifa yardımcısının borçluya nazaran bilgi, tecrübe, yetenek bakımından daha nitelikli ve üstün olduğu durumlarda, ifa yardımcısı somut olayda kusurlu olsa bile, borçlu bu fiil bakımından kusurlu kabul edilemiyorsa, TBK 116 hükmüne göre sorumlu tutulmayacaktır. Ancak ifa yardımcısı açısından kusurlu olmayan bir fiil borçlu açısından kusur teşkil ediyorsa, borçlu sorumlu olacaktır.

Sorumluluktan kurtulma imkânları arasındaki bu farklılık, TBK 116 hükmünün öngördüğü sorumluluk rejiminin, TBK 66 hükmüne nazaran sert ve sıkı olduğunu gösterir<sup>1309</sup>. Ancak adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirmesinin uygulamada oldukça zorlaştırılmış olması, iki sorumluluk rejimi arasındaki bu farkı pratikte ortadan kaldırmaktadır<sup>1310</sup>.

---

göre ise borçlu, ifa yardımcısını seçmede, talimat vermede, denetim-gözetimde kusuru bulunmadığına ek olarak farazi kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (**Tandoğan**, Kusura Dayanmayan, s. 80).

<sup>1304</sup> **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N.3074.

<sup>1305</sup> **Feyzioğlu II**, s. 203-205; **Eren**, Genel, s. 1108 vd.; **Oğuzman/Öz I**, s. 469-470; **Nomer**, Borçlar, s. 312; Farazi kusur görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şenocak**, İfa Yardımcısı, s. 210 vd.; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 444-445.

<sup>1306</sup> **Tercier/Pichonnaz**, N.1247; **Koller**, §54 N.112; **Schwenzer**, N.23.10.

<sup>1307</sup> Borçlunun, farazi kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı, TBK 116 hükmünde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak aksi takdirde borçlu anlaşılması güç katılıkla bir sorumluluklar karşı karşıya kalır. TBK 116, genel borca aykırılığa ilişkin TBK 112 hükmü bakımından tamamlayıcı bir hüküm (*Ergänzungsbestimmung*) niteliğindedir (**Koller**, §54 N.112). Borca aykırı davranıştan sorumluluk kusur esasına tâbi tutulmuşken, borcunu bir başkası aracılığıyla ifa eden borçlunun sorumluluğunun gerçek anlamda bir kusursuz sorumluluğa dönüştürülerek ağırlaştırılması makûl değildir. Nitekim, farazi kusuru bulunmadığını ispatlayan borçlu karşısında alacaklının daha fazla korunması için bir sebep yoktur (**Oğuzman/Öz I**, s. 469).

<sup>1308</sup> **Wiegand**, Art.101 OR N.14; **Schwenzer**, N.23.11; **Eren**, Genel, s. 1109.

<sup>1309</sup> **Serozan**, İfa, §22 N.4; **Kramer/Probst**, N.408.

<sup>1310</sup> **Tercier/Pichonnaz**, N.1902; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N.3074; **Widmer/Wessner**, s. 124.

#### 4.3.2.1.5. Sorumsuzluk Anlaşmasının Geçerliliği

İfa yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğu, sorumsuzluk anlaşması ile kısmen ya da tamamen kaldırılabilir (TBK 116/2). Borçlunun kendi fiilinden sorumluluğuna ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kusurun derecesine göre yapılan ayırım (TBK 115/1), ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğun ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kural olarak söz konusu değildir. Bu nedenle borçlunun, ifa yardımcısının kasıt ya da ağır ihmâl ile alacaklıya verdiği zararlardan dahi sorumlu olmayacağı önceden kararlaştırılabilir<sup>1311</sup>. Öte yandan, TBK 116/3 hükmünde, yürütülmesi resmi izne bağlı ve uzmanlık gerektiren işler bakımından ifa yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulmuştur. Bu hükmün kapsamına giren durumlarda, ifa yardımcısının hafif kusuru ile alacaklıya verdiği zararlar da dâhil olmak üzere, borçlunun sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması ile hiçbir koşulda bertaraf edilmesi mümkün değildir<sup>1312</sup>.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte<sup>1313</sup>, adam çalıştırmanın sorumluluğunun da kanunun sınırları dâhilinde kalmak şartıyla -hem sorumlulukların yarışması durumunda ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu kaldıran bir sorumsuzluk anlaşmasının haksız fiil sorumluluğuna da yansması suretiyle hem de sadece haksız fiil sorumluluğunu kaldırmaya yönelik bir sorumsuzluk anlaşması ile- bertaraf edilmesi mümkündür.

#### 4.3.2.1.6. Zamanaşımı

Haksız fiil sorumluluğu teşkil eden adam çalıştırmanın sorumluluğundan kaynaklanan tazminat talepleri, iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerine tâbidir (TBK 72/1/c.1). Adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermemesi şeklindeki kendi menfi fiilinin aynı zamanda bir suç teşkil ettiği durumlarda, adam çalıştırmanın haksız fiil sorumluluğu, daha uzun ceza zamanaşımına tâbi olur (TBK 71/1/c.2). Sözleşme sorumluluğu teşkil eden ifa

<sup>1311</sup> Eren, Genel, s. 1112; Oğuzman/Öz I, s. 471; Feyzioğlu II, s. 217

<sup>1312</sup> Günümüzde uzmanlık gerektiren hemen hemen her mesleğin icrasının resmi izne tâbi olduğu gerçeği karşısında, sorumsuzluk anlaşması yapılmasını adeta imkânsızlaştıran bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Atamer, Değerlendirme, s. 24; Başalp, s. 273-274.

<sup>1313</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, §8, II.

yardımcısının fiillerinden sorumluluktan kaynaklanan tazminat talepleri ise kural olarak on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (TBK 146). Sözleşmeye aykırılık bakımından TBK 114/2 hükmündeki haksız fiil sorumluluğuna yapılan kıyasen uygulama atfı, zamanaşımını kapsamaz<sup>1314</sup>

#### 4.3.2.2. İki Sorumluluk Normu Arasındaki Yarışma İlişkisi

##### 4.3.2.2.1. Genel Olarak

Türk hukukunda; Fransız hukukundaki gibi sözleşmeye dayanan talebin haksız fiile dayanan talebi bertaraf edeceğine ilişkin *non-cumul* prensibine benzer bir kural bulunmadığı gibi, bilakis açıkça sorumlulukların yarışması meselesini düzenleyen TBK 60 hükmü yer almaktadır. Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüş, TBK 66 ile TBK 116 hükümlerine dayanan taleplerin yarışmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir<sup>1315</sup>.

Bu tür bir yarışma ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak; “adam çalıştıran” ve “borçlu” sıfatlarının sorumlu kişide, “çalışan” ve “ifa yardımcısı” sıfatlarının da yardımcı kişide birleşmesi gerekir. Yardımcı kişi, sorumlu kişinin TBK 66 anlamında bağımlı bir çalışanı olmalıdır. Sorumlu kişi ile yardımcı kişi arasındaki ilişki bakımından üçüncü kişi konumunda olan zarar gören de sorumlu kişi ile hâlihazırda arasındaki bir borç ilişkisinde “alacaklı” sıfatına sahip olmalıdır. Ayrıca, yardımcı kişinin zarara sebep olan fiili, hem bu borç ilişkisinden doğan bir borcun ihlâli hem de zarar görene karşı işlenmiş bir haksız fiil teşkil etmelidir. Borca aykırılık söz konusu olmaksızın, yardımcı kişinin bir mutlak hak ya da özel bir koruma normunu ihlâl etmesi durumunda, sadece TBK 66 hükmü uygulanır<sup>1316</sup>.

<sup>1314</sup> Eren, Genel, s. 1096.

<sup>1315</sup> Tercier/Pichonnaz, N.1202; Gauch/Schluep/Emmenegger, N.3073; Brehm, Art.55 OR N.101; Fellmann/Kottmann, N.752; Honsell/Isenring/Kessler, §13 N.33; Kessler, Art.55 OR N.4; Müller-Chen, Art.55 OR N.29; Oğuzman/Öz II, s. 141 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 902; Feyzioğlu II, s. 207; Hatemi, §8 N.18; Eren, Genel, s. 646; Antalya, s. 557; Şenocak, İfa Yardımcısı, s. 136; Çelik, s. 60.

<sup>1316</sup> Hatemi, §8 N.20; Şenocak, Hekim, s. 113.

#### 4.3.2.2.2. Zarar Gören Açısından Daha Elverişli Normun Tespiti

Sözleşme ilişkisi tarafları arasında “özel yoğunlukta gönüllü bir güven bağıllığı” kurar; haksız fiil ilişkisi ise “gönülsüz, rastlantısal ve yüzeysel” niteliktedir<sup>1317</sup>. Bu farklılık, hukuk kurallarına da yansımış olup, sözleşme sorumluluğuna ilişkin kurallar, zarar gören bakımından genellikle daha elverişli bir hukuki ortam sağlar<sup>1318</sup>. Bu nedenle, bir yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bakımından TBK 66 yerine TBK 116 hükmüne dayanmak, zarar görenin menfaatlerine genellikle daha uygun düşer<sup>1319</sup>.

TBK 60 hükmü uyarınca, zarar gören açısından en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk normunun tespiti, somut olayda hangi hukuki meselenin önem arz ettiğine göre değişiklik gösterebilir. Örneğin, hem TBK 116 hem de TBK 66 bakımından sorumluluk ne sorumlu kişinin ne de yardımcı kişinin (gerçek<sup>1320</sup>) kusuruna dayandığından, zarar gören her iki sorumluluk normu bakımından da kusuru ispat yükü altında değildir. Benzer şekilde, TBK 116 hükmüne dayanan sorumluluğu geçerli şekilde bertaraf eden bir sorumsuzluk anlaşmasının, sözleşme sorumluluğu ile yarışan haksız fiil sorumluluğuna, böylelikle TBK 66 hükmüne de yansiyacağı kabul edildiğinden, iki sorumluluk arasında bu bakımdan farklılık bulunmayacaktır.

Adam çalıştırmanın gerekli özeni göstermemesinin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda ise, bu suç için öngörülen ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan fazla ise, daha uzun bir zamanaşımı süresi sağlayan TBK 66 hükmüne dayanmak zarar gören açısından daha elverişli olacaktır<sup>1321</sup>. Öte yandan, Türk hukukunda kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, bir mutlak hak ihlâl edilmeksizin ortaya çıkan salt malvarlığı zararlarının tazmini TBK 66 bakımından mümkün olmadığından<sup>1322</sup>, bu tür zararların tazmini bakımından TBK 116 hükmüne dayanmanın zarar gören açısından daha elverişli olduğu düşünülebilir.

<sup>1317</sup> Serozan, İfa, §23 N.1

<sup>1318</sup> Schwenger, N.5.04.

<sup>1319</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 902-903.

<sup>1320</sup> TBK 116 hükmü borçlunun farazi kusuruna dayandığından, zarar gören, borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda değildir; sorumluluktan kurtulabilmek için farazi kusurunun bulunmadığını ispatlaması gereken borçludur.

<sup>1321</sup> Oğuzman/Öz II, s. 142, dn.24; Karan, s. 737.

<sup>1322</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, §7, I, B.

Ayrıca, TBK 66 hükmünde adam çalıştırana kurtuluş kanıtı getirme imkânının tanınmış olması zarar gören açısından ilk bakışta bir dezavantaj olarak gözükmeyle birlikte, esasında TBK 66 ile TBK 116 arasındaki bu teorik farklılık pratikte ortadan kalkmaktadır. Özellikle TBK 66/3 hükmünde işletmelerde adam çalıştıranlar bakımından özen yükümlülüğünün ağırlaştırılmış olması karşısında, kurtuluş kanıtı getirilmesi oldukça zorlaşmıştır.

#### 4.3.2.2.3. Yargıtay'ın TBK 66 Hükmünü Tercih Etme Eğilimi

Uygulamada, sözleşmeye aykırılık ile haksız fiile dayanan taleplerin yarıştığı hâllerin başında hekimin fiilinden kaynaklanan tazminat davaları gelir<sup>1323</sup>. Özellikle özel hastanelere karşı açılan tıbbi sorumluluk davalarında, özel hastane işletmesi ile zarar gören hasta arasında tam hastaneye kabul sözleşmesi<sup>1324</sup> bulunan durumlarda; tedaviyi üstlenen hekim, borçlu konumundaki hastanenin ifa yardımcısı niteliğinde olduğundan, tıbbi müdahale neticesinde hastanın uğradığı zarardan özel hastanenin sorumluluğu TBK 116 hükmünün tipik bir uygulama alanını oluşturur. Hekimin fiilinin hastaya karşı işlenmiş aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiği durumlarda, TBK 66 hükmü de devreye girer ve böylelikle iki sorumluluk normunun yarışması söz konusu olur.

Bu iki sorumluluğun yarışması durumunda TBK 116 hükmü, yukarıda izah edildiği üzere, zarar görene birçok açıdan daha elverişli bir hukuki zemin sağlar. Ancak Yargıtay kararlarında, hasta ile özel hastane arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu tespit edilmesine rağmen, yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan sorumluluğun genellikle TBK 66 hükmüne göre kurulduğu<sup>1325</sup> ve bu yaklaşım doktrinde haklı olarak

<sup>1323</sup> Gürsoy, Yarışma, s. 177; Akman, s. 116.

<sup>1324</sup> Hastaneye kabul sözleşmesinin farklı türleri bulunmaktadır. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde, özel hastane işletmesi, hastaya karşı hem tıbbi hem de hastane bakım hizmetlerini (yeme-içme, yatak, banyo, dezenfeksiyon vs.) üstlenir. Hastanın tedavisi ise, özel hastanenin TBK 116 anlamında ifa yardımcısı konumundaki kadrolu hekimi tarafından yerine getirilir. Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde hasta, özel hastane ile arasındaki tam hastaneye kabul sözleşmesine ek olarak, hekim ile ayrı bir tedavi sözleşmesi yapar. Böylelikle hastaya karşı tedavi edimi hem özel hastane hem de hekim tarafından üstlenilmiş olur. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde de iki ayrı sözleşme ilişkisi bulunmakla birlikte, edim konuları birbirinden ayrılmıştır; tedaviyi yalnızca hekim, diğer sağlık hizmetlerini ise özel hastane üstlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, s. 156 vd.

<sup>1325</sup> “Davacı, davalı hastaneye yatmakla, diğer davalı doktor ile olan ilişkisi değişir, doktor artık hasta ile hastanenin işçisi (kullandığı kişi) olarak ilgilenir. Bir anlamda, doktor ile olan hukuki ilişki, hastane ile olan hukuki ilişkiye dönüşmüştür. Bu nedenle hastane, doktorun gerekli özeni göstermemesinden ve ihmalden dolayı BK. m. 55 uyarınca davacıya karşı sorumludur” (Y13HD, T.14.03.1983, E.1982/7237, K.1983/1783, Kazancı, E.T.10.05.2017); “Davacı ile davalı [...] arasında sağlık yardımı yönünden akdi bir hukuki ilişkinin kurulduğunda



eleştirildiği<sup>1326</sup> görülmektedir. Benzer bir tutum, banka müşterilerinin, banka personelinin fiili nedeniyle banka aleyhine açtıkları tazminat davalarında<sup>1327</sup> ve sorumlu kişi ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu başkaca uyuşmazlıklarda<sup>1328</sup> da gözlemlenmektedir.

#### 4.3.3. Sözleşme Hukukunun Uygulama Alanını Haksız Fiil Hukuku Aleyhine Genişletme Eğilimi Çerçevesinde Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisinin Adam Çalıştırmanın Sorumluluğuna Etkisi

Geleneksel olarak haksız fiil hukukunda çözüme kavuşturulan meseleleri sözleşme hukukuna dâhil etmek suretiyle sözleşme hukukunun uygulama alanını genişletme eğilimi bulunmaktadır<sup>1329</sup>. Bu eğilimin temel sebebi, sözleşme hukukunun zarar görene sunduğu olanakların, haksız fiil hukukuna nazaran, çoğunlukla, daha elverişli olmasıdır.

Bir haksız fiil neticesinde zarar gören kişinin sözleşme hukukunun sağladığı elverişli hukuki ortamdan yararlanmasının önündeki en büyük engel, sözleşmenin nisbiliği ilkesidir. Bu ilke gereğince, bir sözleşme kural olarak sadece tarafları arasında (*inter partes*) etki doğurur. Bu ilkenin katılığını aşmak üzere doktrinde birtakım teoriler geliştirilmiş olup, bunların başında, Alman hukukunda geliştirilen ve Türk-İsviçre hukukunda<sup>1330</sup> da benimsenen, “edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi” gelir. Bu teoriye göre; bir sözleşme ilişkisi içinde bulunan (hatta henüz sözleşme görüşmelerine ya da sosyal temasa giren) tarafların, kaynağını dürüstlük kuralından alan, asli ve yan

uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalının sorumluluğu B.K.nun 55. maddesinde anlamını bulan kusursuz sorumluluk ilkesine dayanmaktadır” (Y13HD, T.17.06.1996, E.1996/3880, K.1996/6163, Kazancı, E.T.10.05.2017); aynı hastanede aynı gün doğum yapan iki hastanın çocuklarının birbirlerine karıştırılması nedeniyle açılan manevi tazminat davasında hastane adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulmuştur (Y4HD, T.22.12.1976, E.1976/3247, K.1976/11216, Uygur, s. 2659-2660).

<sup>1326</sup> Şatır, s. 205; Özdemir, s. 267 vd.

<sup>1327</sup> Bilgisi dışında başkası tarafından mevduat hesabından para çekilmesi nedeniyle banka müşterisinin uğradığı zarardan banka, imza karşılaştırması yapmayan personelinin fiilinden adam çalıştırın sıfatıyla sorumludur (Y11HD, T.10.03.2003, E.2002/9647, K.2003/2110, Kazancı; ayrıca bkz. Y11HD, T.29.09.2003, E.2003/2344, K.2003/8511, Kazancı, E.T.10.05.2017). Sahte dekontlara imza attırmak suretiyle müşteriye ait parayı kendi hesabına geçiren banka personelinin fiilinden banka adam çalıştırın sıfatıyla sorumludur (Y11HD, T.05.04.2013, E.2012/5597, K.2013/6983, Kazancı, E.T.10.05.2017).

<sup>1328</sup> Araç sahibi ile yetkili servis arasındaki eser sözleşmesi çerçevesinde, yetkili servis çalışanının söktüğü kabloları birbirine sürterek şase yapması sonucu araçta meydana gelen zarardan yetkili servis, adam çalıştırın sıfatıyla sorumlu tutulmuştur (Y17HD, T.25.09.2017, E.2015/15935, K.2017/8129, Kazancı, E.T.10.05.2017).

<sup>1329</sup> Serozan, Borç İlişkisi, s. 115 vd. Alman Hukukunda bu eğilim için bkz. Markesinis/Unberath, s. 703 vd.

<sup>1330</sup> Serozan, Borç İlişkisi, s. 117 vd.; Oğuzman/Öz I, s. 39 vd.; Eren, Genel, s. 42 vd.

edim yükümlülüklerinden bağımsız nitelikte, birbirlerinin kişi ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme konusunda koruma yükümlülükleri bulunur.

Öte yandan, bir sözleşmenin tarafları, sadece birbirlerinin değil, edime yakın ve dolayısıyla en az kendileri kadar sözleşmenin ihlâlinden etkilenebilecek üçüncü kişilerin de şahısvarlığı ve malvarlığı değerlerini korumakla yükümlüdür. Bu tür durumlarda, borçlu ile edime yakın üçüncü kişi arasında dürüstlük kuralına dayanan bir koruma yükümlülüğü ilişkisi kurulur<sup>1331</sup>. Böylelikle, borçlunun koruma yükümlülüğünü ihlâl etmesi neticesinde zarara uğrayan üçüncü kişinin borçludan, haksız fiil yerine sözleşme temelinde tazminat talebinde bulunabilmesine hukuki zemin sağlanmış olur<sup>1332</sup>.

Bu teorinin başlıca işlevlerinden biri, TBK 166 hükmünün uygulama alanını TBK 66 aleyhine genişletmektir<sup>1333</sup>. Böylelikle kendisinin taraf olmadığı bir borç ilişkisindeki ifa yardımcısının fiilinden zarar gören üçüncü kişinin, edime yakınlığı nedeniyle kendisi ile borçlu arasında edim yükümünden bağımsız bir borç ilişkisi kurulduğu takdirde borçlu, üçüncü kişinin uğradığı zarardan, TBK 66 hükmüne gerek kalmaksızın TBK 116 uyarınca sorumlu tutulabilecektir. Örneğin, bir tamirci (borçlu), müşterisinin (alacaklı) evindeki su tesisatını tamir etmek üzere çırağını (ifa yardımcısı) gönderir ve çirak, tamir esnasında elindeki çekici, ev sahibinin çocuğunun ayağına düşürerek yaralanmasına neden olur. Bu teori çerçevesinde, çırağın fiili neticesinde çocuğun uğradığı zarar bakımından tamirci, TBK 66 yerine TBK 116 hükmüne göre sorumlu tutulabilecektir.

<sup>1331</sup> Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi teorisi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi de dâhil olmak üzere, birçok teoriyi bünyesinde barındıran bir şemsiye kavramdır (**Serozan**, Borç İlişkisi, s. 117 vd.; **Oğuzman/Öz I**, s. 40; **Oğuzman/Öz II**, s. 436). Öte yandan, *Oğuzman/Öz* borçlu ile üçüncü kişi arasında kurulan edim yükümünden bağımsız bu borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeden türetilmiş değil, sadece bu sözleşmenin vesile olduğu ve fakat ondan bağımsız bir koruma yükümlülüğü ilişkisi kurduğundan, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” ifadesinin gerekli olup olmadığını sorgulamaktadır (**Oğuzman/Öz II**, s. 436, dn.106).

<sup>1332</sup> Bu teorinin sınırlarının dikkatli çizilmesi gerektiğine dikkat çeken *Oğuzman/Öz*'e göre, “esasen haksız fiil hallerinin büyük çoğunluğu fail ile mağdurun birbirlerinin çıkarlarını hesaba katmalarını gerektirecek derecedeki yakınlaşmaları sırasında ortaya çıkar. Böylece bu teori aracılığıyla haksız fiil hükümlerinin büyük oranda borca aykırılık hükümleri içinde eritilmesi tehlikesi doğar ki bu kanunumuzun sistemine aykırıdır” (**Oğuzman/Öz I**, s. 41).

<sup>1333</sup> **Serozan**, İfa, §22 N.5.

## SONUÇ

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, sorumluluk hukukunun oldukça köklü bir tarihsel geçmişe sahip konularından biridir. Roma, Anglo-Sakson ve İslâm hukuk sistemlerinde izlerine rastlanan adam çalıştırmanın sorumluluğu günümüzde hemen hemen her ülke hukukunda bir genel norm ile düzenlemeye kavuşturulmuştur. Avrupa haksız fiil hukukunu yeknesaklaştırmaya yönelik olarak hazırlanan metinlerde de adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır.

Sorumluluğun özü, hâkimiyet ve risk-menfaat esasına dayanmakla birlikte, karşılaştırmalı hukuk incelemeleri, adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından farklı sorumluluk modelleri benimsendiğini göstermektedir. Günümüzde Avrupa ülkelerinde hâkim olan, adam çalıştırmanın çalışanın fiilinden sorumlu tutulduğu, dolaylı sorumluluk modelidir (*vicarious liability*). Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğü ihlâline dayanmayan bu modelde, adam çalıştırıcı, çalışanın fiilinden kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur. Burada, adam çalıştırıcının, üçüncü kişilerin zarara uğramasını önlemek üzere gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır. Adam çalıştırıcının sorumluluğu, çalışanın şahsi sorumluluğuna yol açan bir haksız fiilin varlığına bağlandığından, çalışanın kusuru, sorumluluğun bir şartı olarak ortaya çıkar.

Türk hukukunda ise, eBK 55 ve TBK 66 hükmünde düzenlenen adam çalıştırıcının sorumluluğu, bu hâkim modelden farklı olarak, adam çalıştırıcının kendi fiilinden sorumlu tutulması esası üzerine kuruludur. Burada adam çalıştırıcı, ilk bakışta akla gelen aksine, başkasının (çalışanın) fiilinden dolaylı olarak değil, *kendi* fiilinden doğrudan sorumludur (*direct liability*). Adam çalıştırıcının sorumluluğuna yol açan, dış dünyada çalışanın fiili olarak tezahür eden ve fakat esasında, kanun tarafından kendisine yükletilen objektif özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi şeklinde ortaya çıkan kendi menfi fiilidir. Bunun en çarpıcı kanıtı; kanunkoyucunun, adam çalıştırıcıya, özen yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımış olmasıdır. Böylelikle adam çalıştırıcının esasında ortaya koyduğu, kendisinin bir hukuka aykırı fiili bulunmadığıdır. Türk hukukunda doğrudan sorumluluk modelinin benimsendiğinin bir diğer göstergesi ise adam çalıştırıcının sorumluluğunun, çalışanın şahsi sorumluluğuna bağlanmamış olmasıdır. Bu sayede, çalışanın kusurunun bulunmadığı durumlarda bile zarar gören adam çalıştırıcının

sorumluluğuna başvurabilmektedir. Zira sorumluluğun temelinde yer alan, çalışanın şahsi sorumluluğuna yol açan fiili değil, adam çalıştırının zen yükümlülüğünü ihlâlidir. Bu bakımından Türk hukukunda adam çalıştırının sorumluluğu bakımından benimsenen sorumluluk modelinin, dünyadaki hâkim modelden farklı olarak, daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu ve zarar gören açısından daha elverişli olduğu görülmektedir.

Bilindiği üzere, kusur ilkesine dayanan Türk sorumluluk hukukunda kural kusur sorumluluğudur; mutlaka açık bir kanuni dayanağa ihtiyaç duyan kusursuz sorumluluk hâlleri ise istisnai niteliktedir. Öte yandan son yıllarda kusursuz sorumluluk hâllerinin sayılarında gözlemlenen artış nedeniyle bu tür sorumlulukların istisnai nitelikleri dünya genelinde sorgulanmaya başlanmıştır.

Sorumluluk hukukunda sorgulanmaya başlanan bir diğer mesele ise, objektif zen esasına dayanan olağan sebep sorumluluklarının gerçek bir kusursuz sorumluluk hâli teşkil edip etmediğidir. Bu noktada, esasında bu tür sorumlulukların ispat yükünün ters çevrildiği, kusur karinesine dayanan bir kusur sorumluluğundan ibaret oldukları görüşünün, Alman doktrininin de etkisiyle, Türk-İsviçre hukukunda yeniden canlandığı görülmektedir.

Kanaatimizce TBK 66 hükmünde düzenlenen sorumluluk, olağan sebep sorumluluğu niteliğinde bir kusursuz sorumluluk teşkil eder. Adam alıştırının sorumluluktan kurtulabilmesi için, kusuru bulunmadığını ortaya koyması yeterli olmayıp, zen yükümlülüğünü yerine getirdiğini objektif bir durum olarak ispatlaması gerekir. Bu nedenle kurtuluş kanıtı getirme imkânı, kusursuzluğun ispatına eşdeğer değildir. Gerçi adam çalıştırının kurtuluş kanıtı getirmesinin uygulamada oldukça zor olması, bu ince teorik farkı büyük lde ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan, bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilmesinin birkaç hususta pratik önemi bulunduğu kabul edilmelidir.

Adam alıştırının sorumluluğuna ilişkin temel kavramlar (adam çalıştırın, çalışan, alıştırma ilişkisi, işlevsel bağlılık), doktrin ve mahkeme içtihatlarında esnek ltlerle değerlendirildiğinden, bu sorumluluk, zaman içerisinde oldukça geniş bir uygulama alanı kazanmıştır. Kanaatimizce bu yaklaşım, adam çalıştırının sorumluluğuna ilişkin TBK 66 hükmünün genel norm niteliği ile de uyumludur. Bir kimsenin *adam çalıştırın* olarak nitelendirilebilmesi için, görülen işin kendi menfaatine olması ve çalışan üzerinde

hâkimiyetinin olması yeterlidir. Bu hâkimiyet ilişkisinin, adam çalıştıran ile çalışan arasındaki bir hukuki ilişkiden, özellikle de bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanması şart değildir; fiili bir hâkimiyet bile TBK 66 anlamında çalıştırma ilişkisine kaynaklık edebilir. Görülen iş, adam çalıştırana ait bir ticari, mesleki ya da tamamen şahsi nitelikte de olabilir. Adam çalıştıran kavramı, iş hukukunda kullanılan dar ve teknik anlamdaki işveren kavramından çok daha geniş bir anlama sahiptir.

Benzer bir yaklaşım, çalışan kavramı bakımından da söz konusudur. Bir kimsenin TBK 66 anlamında çalışan olarak nitelendirilebilmesi için, bir başkası (adam çalıştıran) ile bağımlılık ilişkisi içerisinde, onun emir-talimatları doğrultusunda ve hâkimiyeti altında iş görmesi yeterlidir. Hatta modern doktrin ve uygulama, çalışan kavramını gerçek kişiler ile sınırlandırmayarak, tüzel kişilerin de TBK 66 anlamında çalışan niteliğini haiz olabileceğini kabul etmektedir.

Çalışanın, gördüğü iş bakımından sahip olduğu mesleki bilgi, yetenek ve tecrübenin adam çalıştırana nazaran fazla olması, adam çalıştırana teknik bağımlılığının bulunmaması da adam çalıştıranın sorumluluğunun doğmasına engel değildir. Böylelikle, icra ettikleri mesleğin niteliği gereği bir başkasından talimat almaksızın çalışan yüksek nitelikli, profesyonel kimseler bile TBK 66 anlamında çalışan olarak nitelendirilebilmektedir. Burada belirleyici ölçüt, adam çalıştıran ile *organizasyonel bağımlılık* çerçevesinde bir iş görme ilişkisinin varlığıdır. Günümüzdeki ekonomik ve teknolojik gelişmelere uyum sağlamak amacıyla ortaya çıkan yeni istihdam modellerinin beraberinde getirdiği atipik sözleşmeler çerçevesinde iş görenler de adam çalıştıran tarafından kurulan iş organizasyonua tâbi olarak faaliyet gösterdikleri takdirde TBK 66 anlamında çalışan kabul edilebilirler. Hatta günümüzde bazı ülkelerde, adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından yapılan bağımlı çalışan-bağımsız çalışan şeklindeki geleneksel ayrımının dahi aşılıp, bağımsız çalışanların işlerini görürken üçüncü kişilere verdiği zararın da adam çalıştıranın sorumluluğuna dâhil edildiği görülmektedir.

Zaman içerisinde bir yandan adam çalıştıranın sorumluluğunun maddi uygulama alanı bu şekilde genişlerken, bir yandan da modern tekniğin gelişmesi ile birlikte adam çalıştırandan beklenen özen derecesinin artmakta, böylelikle adam çalıştıranın özen yükümlülüğü ağırlaştırılmaktadır. Hatta bu nedenle, Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında adam çalıştıranın özen yükümlülüğü bakımından mahkeme içtihatlarında benimsenen

katı yaklaşım neticesinde, adam çalıştırmanın kurtuluş kanıtı getirme imkânının fiilen ortadan kalktığı ve böylelikle bu sorumluluğun pratikte mutlak bir sorumluluğa dönüştüğüne dikkat çekilmektedir.

Adam çalıştırmanın çalışana yönelik sorumluluğu başlangıçta üç klâsik özen ölçütü (seçme, talimat, denetim) ile değerlendirilirken, zaman içerisinde görülen işlerin niteliğindeki ve işletme yapısındaki değişim doğrultusunda hem bu klâsik ölçütlerin içeriği genişletilmiş hem de işin/işletmenin organizasyonuna özen olarak ifade edilen yeni bir ölçüt geliştirilmiştir.

Hatta bu yeni ölçüt bir adım daha ileriye götürülerek, adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsız yeni bir kusursuz sorumluluk tipinin meydana gelmesine zemin oluşturmuştur. Bu kapsamda son yıllarda birtakım yabancı ülkelerde hazırlanan kanun tasarılarında ve Avrupa haksız fiil hukukunu yeknesaklaştırma amacıyla hazırlanan *soft law* niteliğindeki çalışmalarda, bir işletme faaliyeti çerçevesinde meydana gelen zararlardan işletme sahibinin sorumluluğuna ilişkin, “işletme sorumluluğu” (*enterprise liability*, *Unternehmenshaftung*) olarak adlandırılan, genel bir kusursuzluk norm niteliğinde düzenlemelere rastlanmaktadır. Bu tür düzenlemelerde, bir işletmedeki, bağımlı çalışanların fiili de dâhil olmak üzere tüm işletme unsurlarından kaynaklanan zararlardan işletme sahibinin organizasyona özen yükümlülüğüne dayanan yeni bir kusursuz sorumluluk tipi geliştirilmiştir.

Bu yaklaşımın örneklerinden biri de İsviçre sorumluluk hukukunun revizyonuna ilişkin çalışmalar kapsamında hazırlanan ve fakat kanunlaşmayan Widmer/Wessner Ön Tasarısı’nda yer alan Art.49a VE-OR hükmüdür. Bu hükümde yer alan düzenlemede, İsviçre hukukunda PrHG’nin yürürlüğünden önceki dönemde üreticinin sorumluluğuna ilişkin boşluğun doldurulmasında adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin Art.55 OR hükmünden istifade edilmesinin ve bu kapsamda gelişen Federal Mahkeme içtihatları etkili olmuştur. Türk hukukunda ise üreticinin sorumluluğu bakımından benzer bir uygulamaya rastlanmamaktadır.

Art.49a VE-OR hükmünden esinlenilerek kaleme alınan TBK 66/3 hükmü ise hukuki niteliğine ilişkin yoğun tartışmaları beraberinde getirmiştir. Türk doktrininde savunulan bir görüş; söz konusu hükmü, adam çalıştırmanın sorumluluğundan bağımsızlaştırarak,

işletmelere yönelik olarak getirilmiş yeni ve genel bir organizasyon/işletme sorumluluğu olarak nitelendirmektedir. Kanaatimizce; kanun koyucu tarafından “adam çalıştırmanın sorumluluğu” kenar başlıklı TBK 66 hükmünün bir fıkrası olarak tasarlanan TBK 66/3 hükmü; lafzı, kanun sistematigi içerisindeki yeri, madde gerekçesi, eBK 55 döneminde adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından doktrin ve mahkeme içtihatlarında geliştirilen yaklaşım dikkate alındığında, işletmelerde adam çalıştıranlara, TBK 66/2 hükmünde öngörülen klâsik özen ölçütlerine ek olarak, işletme organizasyonuna (çalışma düzenine) özen gösterme yükümlülüğü de yükleyerek sorumluluğu ağırlaştırılan ve fakat çalışanın fiili neticesinde meydana gelen zararlar ile sınırlı bir düzenleme olarak anlaşılmalıdır. Aksine bir yaklaşım, TBK 66/3 hükmünü, genel haksız fiil sorumluluğu (TBK 49) dâhil olmak üzere sorumluluk hukuku sistemimizde kabul edilen sorumluluk sebeplerinin çoğunu bünyesinde toplayan “devasa” bir genel sorumluluk normuna dönüştürmek anlamına gelecektir. Kanaatimizce TBK 66/3 hükmü, böylesine radikal bir yoruma elverişli bir düzenleme olmadığı gibi, böyle bir yaklaşım, kusursuz sorumluluk hâllerinin istisnai niteliklerine de aykırı düşecektir.

Kanun koyucunun, genel olarak işletmelerin sorumluluğunu ağırlaştırma eğiliminin bir yansıması olan TBK 66/3 hükmünde yer alan temel kavramların, TBK 66 hükmünün genel norm niteliğine uygun olarak, sorumluluğun dayandığı esaslar çerçevesinde, mümkün olduğunca geniş yorumlanması isabetli olacaktır. Bu doğrultuda “işletme” kavramının; iktisadi ya da ideal (iktisadi olmayan, manevi) bir amaç doğrultusunda başkalarına mal ve/veya hizmet sağlamak üzere beşerî iş gücü (çalışanlar) ile (varsa) diğer işletme unsurlarının, asgari düzeyde de olsa bir organizasyon çerçevesinde örgütlendiği, bağımsız her türlü birimi ifade edecek şekilde anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. TBK 66/3 hükmünde öngörülen ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü işletme faaliyeti teşkil eden işler bakımından öngörüldüğünden, TBK 66/2 ve TBK 66/3 hükümleri arasındaki uygulama ilişkisi de bu noktadan hareketle belirlenebilir. Bu doğrultuda kendisinin sadece şahsi amacına yönelik (işletme faaliyeti teşkil etmeyen) bir işte başkasını bağımlı olarak çalıştıran, çalışanın, işini görürken hukuka aykırı fiili ile üçüncü kişilere verdiği zarardan TBK 66/1,2 hükümlerine göre sorumlu olacakken; başkalarına mal ve/veya hizmet sağlamaya yönelik bir işletme faaliyeti çerçevesinde bağımlı çalışanların işlerini görürken hukuka aykırı fiilleri ile üçüncü kişilere verdikleri zarardan adam çalıştırmanın sorumluluğu ise, TBK 66/1,2 hükümlerine ek olarak TBK 66/3 hükmüne tâbi olmalıdır.

Ayrıca TBK 66/3 hükmünün, çalışanın fiilleri ile meydana gelen zararlar ile sınırlı olarak yorumlanması, sorumluluğun alanını sanıldığı kadar daraltmamaktadır. Öncelikle, TBK 66/3 hükmü bakımından “çalışan” kavramının geniş yoruma tâbi tutulduğu, adam çalıştıran ile organizasyonel bağımlılık ilişkisi içerisinde iş gören herkesin bu kavrama dâhil edilebileceği vurgulanmalıdır. Ayrıca, bir işletme faaliyeti esnasında kullanılan makine kaynaklı zararların da çoğunlukla bir insan fiiline irca edilebilmesi mümkündür. Zira makinelerin (bilgisayar destekli makineler, yapay zekâlı robotlar vb.) kendilerine ait fiillerinden bahsedilemez; makine kaynaklı görünen bir zararın arkasında mutlaka bir insan fiili (tasarlayan, üreten, monte eden, kullanan, bakımını yapan, tamir eden vb.) vardır. Bu tür fiiller TBK 66 anlamında bir çalışana ait olduğu müddetçe adam çalıştıranın sorumluluğu uygulanabilecektir. Benzer şekilde, bir işletmede gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmaması nedeniyle üçüncü kişilerin zarara uğraması durumunda, adam çalıştıran bu tür tedbirleri almak üzere genellikle bir yardımcı kişiyi görevlendirdiğinden, meydana gelen zarar bu yardımcı kişinin menfi fiiline irca edilebilecektir. Böylelikle, doğrudan bir çalışana ait ya da dolaylı olarak bir çalışana irca edilebilen fiillerden kaynaklanan zararlar bakımından adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurulması mümkün gözükmemektedir. Bunun hâricinde kalan durumlarda ise, sorumluluk hukuku sistemimizde kabul edilen diğer sorumluluk sebeplerine başvurulmalıdır.

Türk-İsviçre hukukunda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından; biri sözleşme sorumluluğu niteliğindeki ifa yardımcısının fiillerinden borçlunun sorumluluğu (TBK 116) diğeri haksız fiil sorumluluğu niteliğindeki adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK 66) olmak iki sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Bu şekilde iki farklı sorumluluk normunun öngörülmüş olması eleştirilmekte olup, hatta Widmer/Wessner tasarısında bu iki sorumluluk rejimini birbiriyle uyumlaştırmaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Türk hukukunda, *de lege lata*, bir somut olayda hem TBK 66 hem de TBK 116 hükümlerinde öngörülen sorumluluk şartlarının gerçekleşmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda, sözleşme sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğunu bertaraf etmediği gibi, bilakis TBK 60 hükmü zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Gerçekten de TBK 116 hükmü, zarar gören için birçok açıdan daha avantajlıdır. Ancak sorumluluktan kurtulma imkânında olduğu gibi, her iki sorumluluk normu arasındaki teorik farklılıkların pratikte ortadan kalkması da mümkündür.



Yabancı ülke hukuklarında genel eğilim, sözleşme sorumluluğu alanını haksız fiil aleyhine genişletme yönündedir. Oysa Yargıtay'ın, bu iki sorumluluğun yarıştığı durumlarda, tercihini ısrarla TBK 66 hükmünden yana kullanması dikkat çekicidir. Türk hukukunda kanunkoyucunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk bakımından iki ayrı sorumluluk rejimi öngörmüş olmasından hareketle, sorumlu tutulmak istenen kişi ile zarar gören arasında hâlihazırda bir borç ilişkisinin bulunduğu ve zararın, bu borç ilişkisinden doğan bir borcun ifasını gerçekleştiren yardımcı kişinin fiilinden kaynaklandığı durumlarda, TBK 60 hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce TBK 116 hükmünün uygulanması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKARTEPE**, Alpaslan: “Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler”, EÜHFD, C.XVI, S.1-2, 2012, s. 159-190.
- ANTALYA**, Gökhan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- AKGÜNDÜZ**, Ahmed: İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı, Özel Hukuk-II, C. 3, İstanbul 2012.
- AKIN**, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001. [Akin, Tazminat]
- AKIN**, Levent: İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013. [Akin, Alt İşverenlik]
- AKINCI**, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, 818 sayılı BK. ve 6098 sayılı TBK ile Mukayeseli, 7. Baskı, Konya 2017.
- AKMAN**, Sermet Galip: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- ARIK**, Kemal Fikret: Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler, Ankara 1964.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR-AYVAZ**, Sema: Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017.
- ATAMER**, Yeşim: “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.6, Mayıs 2006, s. 8-36 [Atamer, Değerlendirme]
- ATAMER**, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996. [Atamer, Haksız Fiil]
- ATAMER**, Yeşim: “Tüketici Satım Sözleşmelerine İlişkin TKHK m.4 – Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri”, BATİDER, C. XXIV, S.1, 2007, s. 81-106. [Atamer, Satım]

- ATEŞ**, Derya: “Sorumlulukların Yarışması Bağlamında Yapı Mâlikinin Sorumluluğu”, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, Sema Uçakhan Güleç/Necdet, Basa (eds.), Ankara 2018, s. 488-498.
- AYBAY**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 14. Bası, İstanbul 2016.
- ALTOP**, Atilla: “Değerlendirme Konuşması”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 201-205.
- ALTAY**, Sabah: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m.66/III)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 171-185.
- AKÇURA KARAMAN**, Tuğba: Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- AKİPEK**, Şebnem: “Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C.2, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016 s. 23-38.
- AKİPEK**, Şebnem/**KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan: “İngiliz Hukukunda İşçilerin Haksız Fiilleri Dolayısıyla İşverenin Kusursuz Sorumluluğu”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 741-751.
- AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku-Birinci Cilt, 14. Baskı, İstanbul 2018.
- AKKAYAN-YILDIRIM**, Ayça: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İÜHFİM, C.70, S.1, 2012, s. 203-220.

- ALBRECHT**, Annette: Die deliktische Haftung für fremdes Verhalten in französischen und deutschen Recht, Tübingen 2013.
- AYDINLI**, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 4. Baskı, Ankara 2015.
- AYDIN**, Mehmet Âkif: İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, İstanbul 1996. [Aydın, Araştırmalar]
- AYDIN**, Mehmet Âkif: “Haksız Fiil”, Türk Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.15, İstanbul 1997, s. 210-211. [Aydın, Haksız Fiil]
- AYDOĞDU**, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- BACACHE-GIBEILI**, Mireille: Traité de Droit Civil, Tome 5: Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, 3e édition, Paris 2016.
- BAKIRCI**, Kadriye: “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açılarında ‘Adam’ Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, Sema Uçakhan Güleç/Necdet, Basa (eds.), Ankara 2018, s. 38-50.
- von BAR**, Christian: The Common European Law of Torts, Vol. 1: The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accomodation in the Legal System, Oxford 1998. [von Bar, Torts]
- von BAR**, Christian: Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code: Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.), 2009. [von Bar, PEL]
- BARDAKOĞLU**, Ali: “İcâre”, Türk Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, C.21, İstanbul 2000, s. 379-388.
- BARLAS**, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016.
- BAŞALP**, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- BAŞOĞLU**, Başak: “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2015, s. 29-56.

- BAYCIK**, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, 71(3), 2013, s. 103-170.
- BAYSAL**, Başak: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012.
- BECK**, René: Haftpflicht I: Haftpflichtrecht: Geschichte, Entwicklung, Funktion und Grundlagen des Haftpflichtrechts, Zürich 2010.
- BEDÜK**, Mehmet Nusret: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (İşçinin Ölümü Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu)”, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C.19, S.2, Mart 2005, s. 36-45.
- BERKİ**, Şakir: “İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti”, AÜSBFD, C.XI, S.3, s. 59-77.
- BIEDER**, Adolf: “Die Haftung für fremde unerlaubte Handlung nach dem schweizerischem Obligationenrecht”, ZSR 5(1886), s. 327-374.
- BİRSEN**, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, 4. Baskı, İstanbul 1967.
- BOURASSIN**, Manuella: Droit des obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, Paris 2013.
- BOZKURT-YÜKSEL**, Armağan Ebru: “Robot Hukuku”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.7, S.29, Ocak 2017, s. 85-112.
- BREHM**, Roland: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1.Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art.41-61 OR, 4. Auflage, Bern 2013. [Brehm, Art.55 OR]
- BRÜGGEMEIER**, Gert: Modernising Civil Liability Law in Europe, China, Brazil and Russia: Texts and Commentaries, Cambridge 2011. [Brüggemeier, Civil Liability]
- BU**, Yuanshi: “Special Types of Torts”, Chinese Civil Law, Yuanshi, Bu (ed.), München 2013, s. 149-183.
- BUCKLAND**, William Warwick: A Manual of Roman Private Law, 3rd edition, Cambridge 1953.

- BURCUOĞLU**, Haluk: “Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Y.77, S.2, Mayıs 2012, s. 9-91.
- BURKI**, Franz: Produktheftpflicht nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss., Bern 1976.
- BUZ**, Vedat: “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m.60 Üzerine Düşünceler”, BATİDER, C.XXIX, S.2, 2013, s. 19-57.
- von BÜREN**, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- BÜYÜKSAĞIŞ**, Erdem: “The New Turkish Tort Law”, Journal of European Tort Law, 1/2012, Volume 3, s. 44-89.
- CANBOLAT**, Ferhat: “Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri-Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirmesi ile Birlikte-”, Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.3, Yaz 2008, s. 68-80.
- CANE**, Peter: Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law, 7th edition, New York 2006.
- CASPERS**, Georg: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §255-304, Berlin 2014. [Caspers, §278 BGB]
- CLERK**, John Frederic/**LINDSELL**, William Henry Barber: Clerk & Lindsell on Torts, Jones, Michael (ed.), 21st edition, Gloucestershire 2014.
- ÇAĞA**, Tahir: “Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?”, TBBD, 1991/1, s. 366-375.
- ÇAĞA**, Tahir/**KENDER**, Rayegân: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş-Gemi-Donatan ve Kaptan, İstanbul 2005.
- ÇEKİN**, Mesut Serdar: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.
- ÇELİK**, Nuri/**CANIKLIOĞLU**, Nurşen/**CANBOLAT**, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. Baskı, İstanbul 2015.

- ÇELİK**, Nazlı Hilal: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, İstanbul 2017.
- ÇENBERCİ**, Mustafa: 1475 Sayılı İş Kanunu Şerhi, İş Kanununun Temel İlkeleri, Maddelerin Sistemik Açıklanması, Ankara 1972.
- van DAM**, Cees: European Tort Law, Oxford 2009.
- DEMİR**, Mehmet: Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010. [Demir, Organizasyon Kusuru]
- DEMİRKAPI**, Ertan: “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C.XVII, S.1-2, 2013, s. 371-441.
- DESCHEEMAERKER**, Eric : “Obligations quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law”, The Journal of Legal History, C.3, S.1, Nisan 2010, s. 1-20.
- DESCHENAUX**, Henri/**TERCIER**, Pierre: La responsabilité civile, 2e édition, Bern 1982.
- DEUTSCH**, Erwin: “Das neue System der Gefährdungshaftungen: Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutunghaftung”, NJW 1992, s. 73-77.
- DEUTSCH**, Erwin/**AHRENS**, Hans-Jürgen: Deliktsrecht, 5. Auflage, Köln 2009.
- DING**, Chunyan: “Development of Employer’s Vicarious Liability: A Chinese Perspective”, Journal of European Tort Law, Ken, Oliphant (ed.), Vol.5, Issue.1, 2014, s. 67-97.
- DÖNMEZ**, Ünsal: “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, 2016, s. 381-406.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II: Kişiler Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2013.
- DURAL**, Mustafa/ **SARI**, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2013.

- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C.III-Aile Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016.
- EKİNCİ**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, 4. Baskı, İstanbul 2016.
- EKONOMİ**, Münir: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, İstanbul 2008, s. 21-52.
- ELLIOTT**, Catherine/**QUINN**, Frances: Tort Law, 4th edition, London 2003.
- EÖRSİ**, Gyula: “Chapter 4: Private and Governmental Liability for the Torts of Employees and Organs”, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI: Torts, André Tunc, Tübingen 1975, s. 3-153.
- ERDEM**, Mehmet: “TBK Uyarınca Tehlike Sorumluluğu”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 213-222.
- ERDOĞMUŞ**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- EREN**, Fikret: 6098 Sayılı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.  
[Eren, Genel]
- EREN**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.  
[Eren, İlliyet Bağı]
- EREN**, Fikret: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunda İşletmenin Çalışma Düzeni ile Zarar Arasındaki İlişki”, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, Sema Uçakhan Güleç/Necdet, Basa (eds.), Ankara 2018, s. 25-37. [Eren, Adam Çalıştıran]
- ERİŞGİN**, Nuri: “Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu”, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler- Tebliğler), İstanbul 2013, s. 59-101. [Erişgin, Tehlike]



- ERİŞGİN**, Nuri: “Tehlike Sorumluluğunda Kıyas”, *BATİDER*, C.XX, S.3, 2000, s. 83-104. [Erişgin, Kıyas]
- ERSOY**, Çağlar: *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, İstanbul 2017.
- ERTEN**, M. Ali: *Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK md.58)*, Ankara 2000. [Erten, İnşa Eseri]
- ERTEN**, M. Ali: *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Ankara 1977. [Erten, Sorumsuzluk]
- ERTEN**, M. Ali: “Müteselsil Sorumluluk Yönünden Sorumsuzluk Şartları”, Prof. Dr. Akif Erginsay’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 113-121. [Erten, Müteselsil]
- ERTEN**, M. Ali: “Sendikaların Mahiyeti”, *AÜHFD*, C.28, S.1, 1971, s.323-340. [Erten, Sendika]
- ESSER**, Josef/**SCHMIDT**, Eike: *Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband. 2, 8. Auflage*, Heidelberg 2000.
- EYRENCİ**, Öner/**TAŞKENT**, Savaş/**ULUCAN**, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- FAURE**, Michael: “Economic Analysis”, *Principles of European Tort Law, Volume 6: Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard A. Koch/ Helmut Koziol (eds.), New York 2002, s. 361-394.
- FEDTKE**, Jörg/**MAGNUS**, Ulrich: “Germany”, *Principles of European Tort Law, Volume 6: Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard A. Koch/Helmut Koziol (eds.), New York 2002.
- FELLMANN**, Walter/**KOTTMANN**, Andrea: *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner larenzTeil sowie Haftung aus verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnlichen Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Bern 2012.
- FELLMANN**, Walter/**von BÜREN-von MOSS**, Gabrielle: *Grundriss der Produkthaftpflichtrecht*, Bern 1993.

- FELLMANN**, Walter/**MÜLLER**, Christoph/**WERRO**, Franz: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Claire Huguenin/ Reto M. Hilty (eds.), Zürich 2013.
- FERİD**, Murad/**SONNENBERGER**, Hans Jürgen: Das Französische Zivilrecht, Band 2 Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse Sachenrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1986.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 2. Bası, İstanbul 1976. [Feyzioğlu I]
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 2. Bası, İstanbul 1977. [Feyzioğlu II]
- FISCHER**, Willi/**ITEN**, Marc'Antonio: Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Zürich 2016.
- FUCHS**, Martina: Die Haftung des Familienhaupts nach Art.333 Abs. 1 ZGB im veränderten sozialen kontext, Diss., Zürich 2007.
- FURRER**, Andreas/**MÜLLER-CHEN**, Markus: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 2018.
- GALAND-CARVAL**, Suzanne: "Liability for Damage Caused by Others under French Law", Principles of European Tort Law, Volume 7: Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, Jaap Spier (ed.), the Hague 2003, s. 85-103.
- GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, Walter/**EMMENEGGER**, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht), Band II, 9. Auflage, Zürich 2008.
- van GERVEN**, Walter/**LEVER**, Jeremy/**LAROUCHE**, Pierre: Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, Oxford 2000.
- GILIKER**, Paula: Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective, Cambridge 2010. [Giliker, Vicarious]

- GILIKER**, Paula: “The Role of la faute in the Avant-Projet de réformé”, Reforming the French Law of Obligations”, Cartwright, John/ Vogenauer, Stefan/ Whittaker, Simon (eds.), Oxford 2009, s. 289-302. [Giliker, Avant-projet]
- GIRSBERGER**, Andreas: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.), 4. Auflage, Basel 2010. [Girsberger, Art.333 ZGB]
- GÖNENSAY**, Samim: “Başkasının Fiilinden Mesuliyet”, Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1944, s. 133-148.
- GÖZLER**, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa 2008.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Madde: 1-64, İstanbul 2014.
- GÜNEŞ**, Volkan: Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, İstanbul 2017.
- GÜRSOY**, Kemal Tahir: “İşverenin Sorumluluğu (BK 332, İş K. 73)”, AÜHFD, C.31, S.1, 1974, s. 185-198. [Gürsoy, İşveren]
- GÜRSOY**, Kemal Tahir: “Haksız Eylem (Fiil)den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, AÜHFD, C.31, S.1, 1974, s. 149-184. [Gürsoy, Yarışma]
- GÜRSOY**, Kemal Tahir: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, AÜHFD, C.29, S.1, 1972, s. 143-197. [Gürsoy, Destek]
- GÜRTAN**, Kadir: “Receptum Nautarum”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2013, s. 275-294.
- GRUNDMANN**, Stefan: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, München 2016. [Grundmann, §278 BGB]
- HARPWOOD**, Vivienne: Modern Tort Law, 7th edition, London 2009.
- HATEMİ**, Hüseyin: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ArpacıBorçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.

- HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- HAVUTÇU**, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.
- HELVACI**, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2011.
- HOFER**, Sibylle: “Personenrecht”, Einleitungsartikel und Personenrecht, Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer, Vito Roberto, Bern 2011, s. 169-245.
- HOLDSWORTH**, Sir William: A History of English Law, Volume: VIII, London 1966.
- HOMBERGER**, Arthur: “Haftpflicht ohne Verschulden”, ZSR 49 (1930), Basel, s. 1a-64a.
- HONIG**, Richard: Roma Hukuku, Şemseddin Talip (çev.), İstanbul 1938.
- HONSELL**, Heinrich: “Reformbestrebungen im schweizerischen Haftpflichtrecht”, Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Ingeborg Schwenzer/Günter Hager (Hrsg), s. 743-762.
- HONSELL**, Heinrich/**ISENRING**, Bernhard/ **KESSLER**, A. Martin: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich 2013.
- HUBER**, Christian: Schwimann ABGB Taschenkommentar, Michael Schwimann (Hrsg.), 3. Auflage, Wien 2015. [Huber, §1315 ABGB]
- HUGUENIN**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014.
- INGEBORG**, Schwenzer: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016.
- İMRE**, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- İNAN**, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

- İNCEOĞLU**, Murat: “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar), Derleyen: Doç. Dr. Murat İnceoğlu, İstanbul 2015, s. 153-238.
- JAUN**, Manuel: “Zur gegenwärtigen und künftigen <ratio legis> der Geschäftsherrenhaftung”, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, s. 581-596.
- JÄGGI**, Peter: “Diskussionsvotum am Schweizer Juristentag”, 86 (1967), ZSR, s. 754-757.
- KAPLAN**, İbrahim: “Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, Adalet Dergisi, 1977, s. 78-110.
- KANETİ**, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007 [Kaneti, Hukuka Aykırılık]
- KANETİ**, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Makaleler, İstanbul 2011. [Kaneti, Kusur]
- KAPANCI**, Kadir Berk: “TBK m.61-62”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2017, s 637-707.
- KARA KILIÇARSLAN**, Seda: Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (Adam Çalıştıranın Çalışanın Davranışlarından ve İşletmenin Organizasyonundan Dolayı Sorumluluğu), Ankara 2017.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Gelişim-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış, 14. Baskı, Ankara 2010.
- KARAMAN**, Hayreddin: Mukayeseli İslâm Hukuku 2, Borçlar Hukuku (Muâmelât), İstanbul 2001.
- KARAN**, Yeliz: Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 723-748.

- KARTAL**, Bilal: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk”, YD, C.24, S.3, Temmuz 1998, s. 340- 355.
- KASER**, Max/**KNÜTEL**, Rolf: Römisches Privatrecht, München 2003.
- KATZENMEIER**, Christian: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 3. Auflage, 2016. [Katzenmeier, §831 BGB]
- KALPSÜZ**, Turgut: “Donatanın Akid Dışı Mesuliyeti ve Bunun Sınırlandırılması (Başlıca Modeller ve Türk Hukukundaki Durum)”, Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye’de Deniz Kazaları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, (13-15 Ekim 1982), Ankara 1983, s. 41-88.
- KELLER**, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Auflage, Bern 2002.
- KELLER**, Max/**GABI**, Sonja/**KARIN**, Sonja: Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Basel 2012.
- KENDER**, Rayegân/**ÇETİNGİL**, Ergon/**YAZICIOĞLU**, Emine: Deniz Ticareti Hukuku, Temel Bilgiler, C.1, İstanbul 2012.
- KESSLER**, Martin A.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, Honsell, Heinrich/ Vogt, Nedim Peter/ Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), 6. Auflage, Basel 2015. [Kessler, Art.44/55 OR]
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015. [Kılıçoğlu, Borçlar]
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 5. Baskı, Ankara 2016. [Kılıçoğlu, Basın]
- KILIÇOĞLU**, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, C.1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002. [Kılıçoğlu, Sorumluluk]
- KILINÇ**, Ayşe Nur: Adam Çalıştırmanın Organizasyon Sorumluluğu, Ankara 2018.
- KIRCA**, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004. [Kırca, Bilgi Verme]
- KIRCA**, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007. [Kırca, Ürün]

- KIRCA**, İsmail/ **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyza Hayal/ **MANAVGAT**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- KOLLER**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009.
- KOCH**, Bernhard A.: “The Experiences in National Legal Systems and the Perspectives of EU Tort Law”, Compensation of Private Losses: The Evolution of Torts in European Business Law, Reiner Schulze (ed.) Munich 2011, s. 19-37. [Koch, Experiences]
- KOCH**, Bernhard A.: “Enterprise Liability”, European Group of Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien 2005, s. 93-100. [Koch, PETL]
- KOÇ**, Nevzat: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK m.58), Ankara 1990.
- KOÇANO RODOSLU**, Emine: “Ev Başkanının Sorumluluğu”, AÜHFD, C. 63 S.4, 2014, s. 879-899.
- KOÇİSARLIOĞLU**, Cengiz: “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1984, s. 175-305.
- KOÇİSARLIOĞLU**, Cengiz/ **ERİŞGİN**, Özlem: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s. 1243-1271.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.1: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Baskı, İstanbul 2008.
- KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.
- KOZIOL**, Helmut/**VOGEL**, Klaus: “Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law”, Principles of European Tort Law, Volume 7: Unification of Tort

Law: Liability for Damage Caused by Others, Jaap Spier (ed.), the Hague 2003, s. 11-35.

**KÖTZ**, Hein/**WAGNER**, Gerhard: Deliktsrecht, 9. Auflage, Luchterhand 2001.

**KRAMER**, Ernst A./**PROBST**, Thomas: Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Basel 2013.

**KURT**, Leyla Müjde: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, GÜHFD, C.XVIII, S.2, 2014, s. 85-118.

**LARENZ**, Karl/**CANARIS**, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1982.

**MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK**: Droit Civil: Les obligations, 8e édition, Issy-les-Moulineaux 2016.

**MARKESINIS/DEAKIN**: Markesinis and Deakin’s Tort Law, 7th edition, Simon Deakin/ Angus Johnston / Basil Markesinis (eds.), Oxford 2013.

**MARKESINIS**, Basil S./**UNBERATH**, Hannes: The German Law of Torts, A Comparative Treatise, 4th edition, Oxford 2002.

**di MARZO**, Salvatore: Roma Hukuku, Ziya Umur (çev.), İstanbul 1959.

**MATUSCHE-BECKMANN**, Annemarie: Das Organisationsverschulden, 2001.

**MEDICUS**, Dieter/**LORENZ**, Stephan: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2015. [Medicus/Lorenz, AT]

**MEDICUS**, Dieter/**LORENZ**, Stephan: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 15. Auflage, München 2010. [Medicus/Lorenz, BT]

**MOHAMAD**, Abdul Basir bin: “Vicarious Liability: A Study of Employer and Employee in the Islamic Law of Tort”, Arab Law Quarterly, C.15, N.2, 2000, s. 197-205.

**MOUSOURAKIS**, George: Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition, Heidelberg 2015. [Mousourakis, Origins]



- MOUSOURAKIS**, George: Fundamentals of Roman Private Law, Heidelberg 2012.  
[Mousourakis, Fundamentals]
- MORÈTEAU**, Olivier: “Basic Questions of Tort Law From a French Perspective”, Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Helmut Koziol (ed.), Wien 2015, s. 3-95. [Morèteau, French]
- MORÈTEAU**, Olivier: “Chapter 6: Liability for Others”, European Group of Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wien 2005, s. 112-119.  
[Morèteau, PETL]
- MÜLLER**, Christoph: La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013.
- MÜLLER-CHEN**, Markus: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Andreas Furrer/ Anton K. Schnyder (Hrsg.), 2. Auflage, Zürich 2012. [Müller-Chen, Art.55 OR]
- NARMANLIOĞLU**, Ünal: “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, İstanbul 2008, s. 53-72.
- NART**, Serdar: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, DEÜHFD, C.11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, 2009, s. 425-452.
- NATER**, Hans: Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäß OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung, Diss., Glarus 1970.
- NICHOLAS**, Barry: An Introduction to Roman Law, Oxford 2010.
- NOLAN**, Donal/**DAVIES**, John: “Torts and Equitable Wrongs”, Principles of the English Law of Obligations, Andrew Burrows (ed.), Oxford 2015, s. 133-237.
- NOMER**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015. [Nomer, Borçlar]
- NOMER**, Halûk N.: “Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 245-251. [Nomer, Rücu]

- NOMER**, Halûk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996. [Nomer, Tazminat]
- NOMER**, Halûk N.: “Farazi İlliyet Problemi”, İÜHFİM, C.55, S.1-2, 1996, s. 414-420. [Nomer, Farazi İlliyet]
- NOMER**, Halûk N./**AKBULUT**, Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, İstanbul 2016.
- OFTINGER**, Karl/ **STARK**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band: I, 5. Auflage, Zürich 1995. [Oftinger/Stark I]
- OFTINGER**, Karl/ **STARK**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band: II/1, 4. Auflage, Zürich 1995. [Oftinger/Stark II/1]
- OĞUZMAN**, Kemal: “Adam kullananların BK. m.55 gereğince mes’ul olmaları için kullandıkları adam kusurunun şart olmadığı hakkında”, İÜHFİM, C.23, S.1-2, 1958, s.182-197. [Oğuzman, Kusur]
- OĞUZMAN**, Kemal: “İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu”, İÜHFİM, C.34, S.14, 1969, s. 322-342. [Oğuzman, İş Kazası]
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, 11. Baskı, İstanbul 2013. [Oğuzman/Öz I]
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 10. Baskı, İstanbul 2013. [Oğuzman/Öz II]
- OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2005. [Oğuzman/Öz, 2005]
- OĞUZMAN**, Kemal/**BARLAS**, Nami: Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 17. Baskı, İstanbul 2011.
- OĞUZMAN**, Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul 2015

- OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007, s. 693-714.
- OLGAÇ**, Senai: Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1969.
- ONDREASOVA**, Eva: Die Gehilfenhaftung, eine rechtsvergleichende Untersuchung zum österreichischen Recht mit Vorschlägen zur Reform, Wien 2013.
- ORAL**, Tuğçe: “Türk Borçlar Kanunu’nun 71. Maddesi Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından ve Meslek Hastalığından Doğan Tehlike Sorumluluğu”, TAAD, Y.5, S. 17, Nisan 2014, s. 267- 302.
- OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, A. Egger/ Arnold Escher/ Robert Haab/ Hugo Oser (Hrsg.), V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art.1-183, 2. Auflage, Zürich 1929.
- O’SULLIVAN**, Janet: “Vicarious Liability”, the Law of Tort, Andrew Grubb (ed.), London 2002.
- ÖCAL APAYDIN**, Bahar: “Türk Borçlar Kanunu’nun 69. Maddesi Üçüncü Fıkrası Uyarınca Yapımdaki Bozukluk ve Bakımdaki Eksiklik Kavramları Işığında Rücu İlişkisi”, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, Sema Uçakhan Güleç/Necdet, Basa (eds.), Ankara 2018, s. 451-487.
- ÖĞÜZ**, Tufan: “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından ‘Emir–Talimat Altında Çalışma’ ve ‘Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması’ Unsurları Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 838-846.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukuki Niteliği ve Yargıtay Görüşü”, TBBD, S. 105, 2013, s. 263-290.

- ÖZEL**, Çağlar, **LEBLEBİCİ**, Doğan N.: “Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C.10, S. 2, 2007, s. 177-200.
- ÖZSUNAY**, Ergun: Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Baskı, İstanbul 1982. [Özsunay, Tüzel Kişiler]
- ÖZSUNAY**, Ergun: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, BATİDER, C.X, 1979, s. 105-158. [Özsunay, Yapımcı]
- ÖZTAN**, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982. [Öztan, İmalatçı]
- ÖZTAN**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015. [Öztan, Aile]
- ÖZTAN**, Bilge: Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk, Ankara 1970. [Öztan, Organ]
- PAGALLO**, Ugo: The Law of Robots- Crimes, Contracts and Torts, Heidelberg 2013.
- PAKSOY**, Meliha Sermin/**DEMİR**, Gizem Arslan: “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, İÜHFM, C.71, S.2, 2013, s. 299-316.
- PEIFER**, Karl-Nikolaus: OR 2020- Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Harke, Jan Dirk/ Riesenhuber, Karl (eds.), Tübingen 2016, s. 247-270.
- PFEIFFER**, Thomas: Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band. 3/2, Schuldrecht 1/2, §243-304, 13. Auflage, Stuttgart 2014. [Pfeiffer, § 278 BGB]
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2017.
- PETEK**, Hasan: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009.
- PETRIN**, Martin: Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Diss., Zürich 2004.
- POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.
- POSCH**, Willibald: Tort Law in Austria, Alphen aan den Rijn 2012.

- POSNER**, Richard A.: Economic Analysis of Law, 7th edition, New York 2007.
- RADO**, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2001.
- REİSOĞLU**, Kemal: İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958. [Reisoğlu, İstihdam Eden]
- REİSOĞLU**, Safa: Borçlar Hukuku, C.1, 4. Baskı, Ankara 1981. [Reisoğlu, Borçlar]
- REISSCHAUER**, Rudolf: Rummel Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, §§1175 bis 1502 ABGB, Wien 2002. [Reisschauer, §1315 ABGB]
- REY**, Heinz/**WILDHABER**, Isabella: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 45. Auflage, Zürich 2018.
- ROBERTO**, Vito: Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Bern 2018. [Roberto, Haftpflichtrecht]
- ROBERTO**, Vito: “Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?”, AJP/PJA, 11/2005, s. 1323-1329. [Roberto, Unterscheidung]
- ROGERS**, Horton W.V.: “Liability for Damage Caused by Others under English Law”, Principles of European Tort Law, Volume 7: Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, Jaap Spier (ed.), Hague 2003.
- SALMOND**, John William, Sir/**HEUSTON**, R.F.V.: Salmond and Heuston on the Law of Torts, Heuston, R.F.V. Heuston/R.A. Buckley (eds.), 20th edition, London 1992.
- SANLI**, Kerem Cem: “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler), İstanbul 2012, s. 61-81. [Sanlı, Kusursuz Sorumluluk]
- SANLI**, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi- Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007. [Sanlı, Ekonomik Analiz]
- SANLI**, Kerem Cem/**ATAMER**, Yeşim: “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna Dair Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2012, s. 769-813.

- SAĞLAM**, İpek: “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 161-169.
- SCHÄFER**, Hans-Bernd/**OTT**, Claus: The Economic Analysis of Civil Law, Matthew Braham (çev.), Cheltenham 2004.
- SCHNYDER**, Anton K./ **PORTMANN**, Wolfgang/**MÜLLER-CHEN**, Markus: Ausvertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, 2013.
- SCHOOP**, Katharina: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Jolanta Kren Kostkiewicz/ Urs Bertschinger/ Peter Breitschmid/ Ivo Schwander/ (Hrsg.), Zürich 2002. [Schoop, Art.55 OR]
- SCHÖNENBERGER**, Beat: Kurzkomentar OR, Heinrich Honsell (Hrsg.), Basel, 2014. [Schönenberger, Vor Art.41-61 OR; Art.55 OR]
- SENYEN-KAPLAN**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015.
- SEROZAN**, Rona: “‘Culpa in Contrehando’, ‘Akdin Müspet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İÜMHAD, Y.2, C.2, S.3, İstanbul 1968, s. 108-129. [Serozan, Borç İlişkisi]
- SEROZAN**, Rona: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.3: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Baskı, İstanbul 2014. [Serozan, İfa]
- SEROZAN**, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2018. [Serozan, Borçlar Özel]
- SEROZAN**, Rona: Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, 2. Baskı, İstanbul 1994. [Serozan, Tüzel Kişiler]

- SEVİMLİ**, Ahmet K.: “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s. 107-148.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Özlem: Roma Hukuku’nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara 2002.
- SPINDLER**, Gerald/**RIECKERS**, Oliver: Tort Law in Germany, 2nd edition, Alphen aan den Rijn, 2015.
- SPIRO**, Karl: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- STANTON**, K. M.: The Modern Law of Tort, London 1994.
- STARK**, Emil W.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Auflage, Zürich 1988.
- STAUDER**, Bernd: “Schweizerische Produktheftung im europäischen Umfeld”, ZSR 109 (1990) Heft.4, s. 363-388.
- STUDHALTER**, Bernhard: Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe: hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten, Diss., Zürich, 1995.
- SÜZEK**, Sarper: İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 13. Baskı, İstanbul 2017. [Süzek, İş Hukuku]
- SÜZEK**, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985. [Süzek, İş Güvenliği]
- ŞATIR**, Necdet: Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 2015.
- ŞENOCAK**, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995. [Şenocak, İfa Yardımcısı]
- ŞENOCAK**, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998. [Şenocak, Hekim]
- ŞENOCAK**, Zarife: “Adam Çalıştıranın Sorumluluğunda (TBK mad.66) Özel Sorunlar”, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar, Uluslararası Kongre, Türkiye

Barolar Birliği, Sema Uçakhan Güleç/Necdet, Basa (eds.), Ankara 2018, s. 51-72.  
[Şenocak, Adam Çalıştiran]

**SÖZER**, Bülent: Deniz Ticareti Hukuku-I, Giriş-Gemi Donatan ve Navlun Sözleşmeler,  
İstanbul 2013.

**TANDOĞAN**, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara  
1961. [Tandoğan, Mesuliyet]

**TANDOĞAN**, Halûk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara  
1981. [Tandoğan, Kusura Dayanmayan]

**TANDOĞAN**, Halûk: “Türk Hukukunda Tehlike Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike  
Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, Sorumluluk Hukukunun Güncel  
Sorunları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu (15-16 Aralık  
1978), İÜMHİE, İstanbul 1982, s. 7-52. [Tandoğan, Tehlike]

**TARMAN**, Zeynep Derya: “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir  
Bakış”, İÜHFİM, C.65, S.2, 2007, s. 229-326.

**TEKİNAY**, Selahattin Sulhi: “İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İş  
Verenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi”, İÜMHAD, C.2, S.3, 1968, s. 79-  
91.

**TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla:  
Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

**TERCIER**, Pierre/**PICHONNAZ**, Pascal: Le droit des obligations, 5e édition, Genève  
2012.

**TETTENBORN**, A.M.: An Introduction to the Law of Obligations, London 1984.

**TİFTİK**, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile  
Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005. [Tiftik, Tehlike]

**TİFTİK**, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.  
[Tiftik, Tazminat]

**TOPUZ**, Murat: “Adam Çalıştiranın Sorumluluktan Kurtulmasını Sağlayabilecek  
Hukuki İmkanlar”, Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar,



Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, Sema Uçakhan Güleç/Necdet, Basa (eds.), Ankara 2018, s. 101-112.

**von TUHR**, Andreas: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Halbband, Tübingen 1925.

**TUNC**, André: “Chapter 1: Introduction”, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI: Torts, André Tunc (ed.), 1973.

**TUNCAY**, A. Can: “Karar İnceleme”, Çimento İşveren Dergisi, S.4, C.13, Temmuz 1999, s. 26-30.

**TUNÇOMAĞ**, Kenan: “İş Kazasından Doğan Sorumluluk ve Yargıtay Kararları”, YD, Özel Sayı, C.15 S.1-4, 1989, s. 572-590. [Tunçomağ, İş Kazası]

**TUNÇOMAĞ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku C.I, Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976. [Tunçomağ, Borçlar]

**TUOR**, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/**SCHMID**, Jörg/**JUNGO**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015.

**TÜRKMEN**, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III)”, İÜHFM, C.70, S.2, İstanbul 2012, s.257-284.

**ULUKAPI**, Ömer/**ATALI**, Murat: Noterlik Hukuku, 2. Baskı, Konya 2001.

**ULUSAN**, İlhan: “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, İÜMHAD, C.4, S.6 1970, s. 23-57. [Ulusan, Tehlike]

**ULUSAN**, İlhan: “Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt. 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Özel Sayı, 2013, s. 2897-2906. [Ulusan, Genel Tehlike]

**ULUSAN**, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990. [Ulusan, İşveren]

- URHANOĞLU CENGİZ**, İştar: “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, s. 1957-1982.
- UYGUR**, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu şerhi, C.1 (Madde 1-236), Ankara 2013. [Uygur, şerh]
- UYGUR**, Turgut: Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003. [Uygur, Sorumluluk]
- UYUMAZ**, Alper/ **TOKAT**, Hüseyin: “Demiryolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Akit Dışı Hukuki Sorumluluk”, AÜHFD, C.65, S.3, 2016, s. 967-1022.
- ÇİŐİK**, Güzin: “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s. 127-145.
- ÜNAL**, Mehmet: Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979.
- ÜNLÜTEPE**, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III), İstanbul 2016.
- VINEY**, Geneviève/**JOURDAIN**, Patrice: Trait de droit civil: Les conditions de la responsabilité, 4e édition, Paris 2013.
- WAESPI**, Oliver: Organisationshaftung, Bern 2005.
- WAGNER**, Gerhard: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, 2017. [Wagner, §831 BGB]
- WAGNER**, Gerhard: “Vicarious Liability”, Towards a European Civil Code, Hartkamp, Arthur/Hesselink, Martijn/Hondius, Ewoud/Mak, Chantal/du Perron, Edgar (eds.), 4th edition, Alphen aan den Rijn 2011, s. 903-920.
- WELSER**, Rudolf/**ZÖCHLING-JUD**, Brigitta: Bürgerliches Recht, Band. II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 14. Auflage, Wien 2015.
- WERRO**, Franz: La responsabilité civile, deuxieme dition, Berne 2011. [Werro, Responsabilité]

- WERRO**, Franz: “The Swiss Tort Reform: a Possible Model for Europe? Selected Remarks, Including a Short Assessment of Principles of European Tort Law”, *European Tort Law: Eastern and Western Perspectives*, Mauro Bussani (ed.), Bern 2007, s. 81-102. [Werro, Reform]
- WERRO**, Franz: *Commentaire Romand, Code des obligations I, Art.1-529 CO*, Luc Thévenoz/Franz Werro (ed.), 2e édition, Bâle 2012. [Werro, Art.55 OR]
- WERRO**, Franz/**MÜLLER**, Christoph: “CO 2020 – Le nouveau droit de la responsabilité civile – Introduction”, *HAVE (Haftung und Versicherung)*, 2013, s. 352-356.
- WERRO**, Franz/**PALMER**, Vernon Valentine/**HAHN**, Anne-Catherine: “Strict Liability in European Tort Law: an Introduction”, *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Franz Werro/ Vernon Valentine Palmer (eds.), Durham 2004, s. 3-35.
- WESTERMANN**, Harm Peter/**BYDLINSKI**, Peter/**WEBER**, Ralph: *BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Heideilberg 2013.
- WIDMER**, Pierre: “Privatrechtliche Haftung”, *Schaden, Haftung, Versicherung: Handbücher für die Anwaltspraxis*, Bd.5, Peter Münch, Thomas Geiser (Hrsg.), Basel, 1999 [Widmer, Haftung]
- WIDMER**, Pierre: “Switzerland”, *Principles of European Tort Law, Volume 6: Unification of Tort Law: Strict Liability*, Bernhard A. Koch/Helmut Koziol (eds.), New York 2002, s. 323-350 [Widmer, Switzerland]
- WIDMER**, Pierre: “Liability for Damage Caused by Other under Swiss Law”, *Principles of European Tort Law, Volume 7: Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Jaap Spier (ed.), the Hague 2003, s. 259-278 [Widmer, Swiss Law]
- WIDMER**, Pierre: “Produktehaftung in der Schweiz”, *Produktehaftung: Schweiz, Europa, USA*, Peter Borer/Ernst Kramer/Willibald Posch/Ivo Schwander/Pierre Widmer (eds.), Bern 1986, s. 15-37 [Widmer, Produktehaftung]

- WIDMER**, Pierre: “Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produktehaftung(-en)”, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 114(1995), Halbband 1, Basel, s. 23-54. [Widmer, Grundlagen]
- WIDMER**, Pierre: “Produktehaftung: Urteilsanmerkung Zivilrecht”, Jg 4(1986), s. 50-57. [Widmer, Urteilsanmerkung]
- WIDMER**, Pierre/**WESSNER**, Pierre: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000.
- WIEGAND**, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 6. Auflage, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basel 2015. [Wiegand, Art.101 OR]
- WINFIELD**, Pency Henry, Sir/**JOLOWICZ**, John Anthony: Winfield and Jolowicz on Tort, Rogers, William Vaughan Horton (ed.), 16th edition, London 2002.
- WILLIAMS**, Glanville: “Vicarious Liability and the Master’s Indemnity”, The Modern Law Review, V.20, N.5, September 1957, s. 437-446.
- YEŞİLLER**, Mehmet: “Roma Hukuku’nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Bahar 2013, s. 177-191.
- YILMAZ**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.1 (1-70), 3. Baskı, Ankara 2017. [Yılmaz, Usul]
- YILMAZ**, Hamdi: Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu, İstanbul 2014. [Yılmaz, Motorlu Araç]
- YÜCEL**, Özge: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.
- ZHANG**, Mo: “Tort Liabilities and Torts Law: The New Frontier of Chinese Legal Horizon”, Richmond Journal of Global Law&Business, Vol.10, Issue.4, 2011, s. 415-495.
- ZIRLICK**, Beat: Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Bern 2003.

**ZEVKLİLER**, Aydın/**ACABEY**, M. Beşir/**GÖKYAYLA**, K. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000.

**ZEVKLİLER**, Aydın/**ÖZEL**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

**ZIMMERMANN**, Reinhard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, New York 1996. [Zimmermann, Roman]

**ZWEIGERT**, Konrad/**KÖTZ**, Hein: Introduction to Comparative Law, 3rd edition, Oxford 1998.

**van ZYL**, Dh: History and Principles of Roman Private Law, Durban 1983.

## EK-1: ORJİNALLİK RAPORU



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 01/07/2019

Tez Başlığı : Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m.66)

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 266 sayfalık kısmına ilişkin, 01/07/2019 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 9'dur.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1-  Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- 2-  Kaynakça hariç
- 3-  Alıntılar hariç
- 4-  Alıntılar dâhil
- 5-  5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

01.07.2019  
Tarih ve İmza

**Adı Soyadı:** Dila Okyar Karaosmanoğlu  
**Öğrenci No:** N14148718  
**Anabilim Dalı:** Özel Hukuk  
**Programı:** Özel Hukuk Doktora  
**Statüsü:**  Doktora  Bütünleşik Dr.

### DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT



**HACETTEPE UNIVERSITY  
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES  
Ph.D. DISSERTATION ORIGINALITY REPORT**

**HACETTEPE UNIVERSITY  
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES  
PRIVATE LAW DEPARTMENT**

Date: 01/07/2019

Thesis Title : Liability of Employer Under Article 66 of Turkish Code of Obligations

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 01/07/2019 for the total of 266 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled as above, the similarity index of my thesis is 9 %.

Filtering options applied:

1.  Approval and Declaration sections excluded
2.  Bibliography/Works Cited excluded
3.  Quotes excluded
4.  Quotes included
5.  Match size up to 5 words excluded

I declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports; that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature

**Name Surname:** Dila Okyar Karaosmanoğlu

**Student No:** N14148718

**Department:** Private Law

**Program:** Private Law Ph. D.

**Status:**  Ph.D.  Combined MA/ Ph.D.

01.07.2019

**ADVISOR APPROVAL**

APPROVED.

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

## EK-2: ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU



**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU**

**HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 01/07/2019

Tez Başlığı: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m.66)

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

01.07.2019

Tarih ve İmza

**Adı Soyadı:** Dila Okyar Karaosmanoğlu

**Öğrenci No:** N14148718

**Anabilim Dalı:** Özel Hukuk

**Programı:** Özel Hukuk Doktora

**Statüsü:**  Yüksek Lisans  Doktora  Bütünleşik Doktora

### DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI

Uygundur

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Telefon: 0-312-2976860

Faks: 0-3122992147

E-posta: [sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr](mailto:sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr)





**HACETTEPE UNIVERSITY  
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES  
ETHICS COMMISSION FORM FOR THESIS**

**HACETTEPE UNIVERSITY  
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES  
PRIVATE LAW DEPARTMENT**

Date: 01/07/2019

Thesis Title: Liability of Employer Under Article 66 of Turkish Code of Obligations

My thesis work related to the title above:

1. Does not perform experimentation on animals or people.
2. Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).
3. Does not involve any interference of the body's integrity.
4. Is not based on observational and descriptive research (survey, interview, measures/scales, data scanning, system-model development).

I declare, I have carefully read Hacettepe University's Ethics Regulations and the Commission's Guidelines, and in order to proceed with my thesis according to these regulations I do not have to get permission from the Ethics Board/Commission for anything; in any infringement of the regulations I accept all legal responsibility and I declare that all the information I have provided is true.

I respectfully submit this for approval.

Date and Signature

**Name Surname:** Dila Okyar Karaosmanoğlu  
**Student No:** N14148718  
**Department:** Private Law  
**Program:** Private Law Ph.D.  
**Status:**  MA  Ph.D.  Combined MA/ Ph.D.

01.07.2019

*[Signature]*

**ADVISER COMMENTS AND APPROVAL**

*Uygundur*

*[Signature]*  
Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT