

HEKİMİN FİİLİNDEN DOLAYI ZARAR GÖREN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HASTANEYE KARŞI TALEBİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE YARGITAYIN GÖRÜŞÜ

LEGAL NATURE OF AGGRIEVED THIRD PERSON'S CLAIM BY REASON OF PHYSICIANS' ACTS AGAINST HOSPITAL AND OPINION OF COURT OF APPEALS

Hayrunnisa ÖZDEMİR*

Özet: Yargıtay, özel hastanelerde çalışan hekimlerin sorumluluğu ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında, özel hastanenin sorumluluğu söz konusu olduğunda, hastane ile hekimler arasındaki ilişkiyi TBK m. 66 da yer alan “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu” hükümlerine göre nitelendirmektedir. Oysaki özel hastanede çalışan hekim ile hastane arasında hizmet akdi söz konusudur. Hekim bu sözleşme gereği hastanede çalışmalarda bulunur. Hekimin en önemli görevlerinden biri hastaneye gelen hastalara tıbbî teşhis ve tedavi uygulamadır. Bu edimi yerine getirirken de hastanenin ifa yardımcısı durumundadır. Çünkü hasta ile hastane arasında bir vekalet sözleşmesi söz konusudur. Özel hastaneler gerçek kişilere veya tüzel kişilere ait olabilir. Her iki durumda da hastane işleticileri, hastalara karşı üstlendikleri asli edimlerini yerine getirirken hekimlerden yararlanacaklardır. İşte burada hekimler, hastanenin ifa yardımcılarıdır. Hekimler, hastanenin sözleşme gereği üstlendiği edimi hastaya karşı yerine getirirler.

Anahtar Kelimeler: Özel hastane, hasta, özel hastanede çalışan hekim, Adam çalıştırma, vekalet sözleşmesi.

Abstract: Whilst there is a responsibility of private hospitals, in its decisions for liability of physicians working at private hospitals Turkish Court of Appeals describes the relationship between hospital and physicians as “Employer Liability”, as it is regulated at Turkish Code of Obligations in Art. 66. However, the relationship between hospital and the physician is a contract of service. The physician carries on his works in pursuance of that service contract. One of the most important tasks of the physician is making medical diagnoses and treating patients. While the physician performs that fulfilment, he is in the position of the hospital's aider. This is because there is a contract of mandate between patient and hospital. Private hospitals may be belonging to either individuals or legal persons. In both cases, whilst they carry out their obligations, the operators of hospital will benefit from the physicians. At that point the physicians are the aider of the hospitals. Physicians perform the hospital obligations against the patients in pursuant to contract.

Key Words: Private hospital, patient, physician of private hospital, Employer, contract of mandate.

* Yrd. Doç. Dr., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Kürsüsünde Öğretim Görevlisi; hayrunnisaazdemir@gmail.com

BORÇLUNUN YARDIMCI KİŞİLERDEN DOLAYI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 116' da yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı borçlunun sorumluluğu düzenlenmiştir¹. Türk Borçlar Kanununa göre, borçlu, borcunu aksi kararlaştırılmadıkça bizzat yerine getirmek zorunda değildir (m. 83). Aynı şekilde alacaklı da hakkını şahsen kullanmak zorunda değildir². Yaşadığımız toplumun karmaşık yapısı borçların yerine getirilmesinde tek kişinin artık yeterli olamayacağını göstermiş durumdadır.

İşlerin görülmesinde yardımcı kişi kullanılması durumunda, yardımcı şahsın fiili, karşı tarafa zarar verdiğinde, hem genel hukuk hükümlerine hem de akdî edime aykırı olduğu durumlarda, TBK. m. 66 ve TBK. m. 116 yarışma halindedir³. Taraflar kendi durumlarına en uygun olanı seçme haklarına sahiptirler. Ancak Yargıtay, özel hastanelerde çalışan hekimlerin, hukukî sorumlulukları ile ilgili karar verdiğinde, hep TBK. m. 66 hükmünü uygulamaktadır. Bu durum birçok yönden hastaların aleyhine sonuç doğurmaktadır. Örneğin, TBK. m. 66 haksız fiil hükümleri olduğu için hem kusurun ispatı, hem de zamanaşımı konusunda davacı tarafta olan hastanın durumu daha da ağırlaşmış olmaktadır. Oysaki, TBK. m. 116'ya dayanılsa sözleşme sorumluluğundan dolayı kusurun ispatı ters çevrileceği için hastanın durumu daha da iyi olacaktır. Aynı şekilde zamanaşımı da sözleşme sorumluluğunda haksız fiile göre daha uzun olacağından hastanın yararınadır. Yargıtayın kararlarındaki tercihi⁴, mağdur durumunda olan hastanın iyice mağdur olmasına sebep olmaktadır.

¹ Eren, 1070; Şenocak, 57 vd; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2845; Von Tuhr/Peter, 115.

² Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2847.

³ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2912 vd, 149 ; von Tuhr/Escher, 22 dpn. 1b; Wiegand, PN. 4, Art. 55 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1207; Eren, 621; Koller, 152; Şenocak, 136.

⁴ "... mahkeme hasta ile doktorlar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu, vekilin özen görevinin bulunduğu, hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu, Adli Tıp genel Kurul raporuna göre anılan doktorların olayda 5/8 oranında kusurlu bulundukları, diğer davalı hastanesinde istihdam eden sıfatıyla doktorların kusurularından BK. 55 (TBK. m. 66) hükmünce sorumlu olduğu" (Y. 13HD. T. 21.12.2002, E. 9800/11883 K. naklen Kıcıoğlu, 473).

Çalışmamızda, işlerin görülmesinde yardımcı kişiden yararlanan gerçek ve tüzel kişilerin, yardımcı şahıslarının özellikle de özel hastanede çalışan hekimlerin, hastane ile aralarında bir sözleşme olmasına rağmen hastalara karşı verdikleri zararlarının tazmininde Yargıtayın hukuki nitelermeleri çerçevesinde TBK'nun yardımcı kişi çalıştırma ile ilgili hükümlerine konu ile ilgili olduğu oranda önce TBK. m. 116 sonra da TBK. m. 66'ya konunun daha iyi anlaşılması açısından yer verilmiştir.

B. Borçlu ile Zarar Gören Alacaklı Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Borçlunun TBK. m. 116. maddesine göre sorumlu olabilmesi için herşeyden önce borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerekir⁵. Madde metninden de anlaşılacağı üzere borçlunun ifa yardımcılarında dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için borç ilişkisinin türü önemli değildir⁶. Taraflar arasındaki ilişki sözleşmeden doğabileceği gibi⁷, kanundan özellikle haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir⁸. Burada önemli olan ifa yardımcısı tarafından alacaklıya zarar verilmesi anında, borçlu ile alacaklı arasında, bir borcun kaynağını teşkil eden borç ilişkisinin varlığıdır. Sözleşme görüşmelerinde de yardımcı kişi kullanmak mümkündür. Bu durumda da yardımcı kişi karşı tarafa zarar verdiğinde, yardımcı kişi kullanan taraf karşı tarafın zararını TBK. m. 116 gereği karşılamakla mükelleftir⁹.

⁵ Eren, 1072.

⁶ Oser/Schönenberger, Art. 101, PN. 4; Tandoğan, 435; Koller, 35; Weber, Art. 101, PN. 18; Şenocak, 57.

⁷ "...Davaya konu olan ilaç küpürleri ve 6 adet sağlık karnesi eczanenin önünde bulunan ve eczanede kalfa olarak çalışan Abdullah 'a ait araçta yapılan aramada bulunmuştur. BK.nun 100. maddesi gereğince eczacı kalfası eczacının denetimi altında bulunan yardımcı kişidir. Yardımcı kişinin eylemlerinden de davacı eczane sahibi sorumludur. Kalfaya ait aracın eczanenin önünde aranması ve bu araçta sözleşmenin feshine sebep olan sağlık karneleriyle ilaç küpürlerinin bulunması ve bunun araştırılması tarzı davacıyı sorumluluktan kurtarmaz. Aksi halin kabulü eczacı kalfası ve diğer yardımcılardan eczane önündeki özel vasıtalarında benzer sağlık karneleri ile küpürlerinin bulunmasının teşvik edebilir. Değinen bu yönler gözetilerek davanın reddine karar vermek gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir". (Y. 13 HD., T. 01.10.2003, E. 6181/10932 K., naklen Kazancı Otomasyon).

⁸ Spiro, 469 vd; Koller, PN. 509 vd.

⁹ Von Tuhr/Peter, 192-193; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 979, 200; Koller, 38; Becker, Art. 97 PN. 4; Eren 1073.

Borçlunun ifa yardımcılarından dolayı sorumluluğunda borcun kaynağını teşkil eden en önemli ve en sık rastlanır borç ilişkisi türü akitten doğan borç ilişkileridir. Türk Borçlar Kanunu m. 116'ın uygulanmasında borçlunun işin ifasında yardımcı kişi kullandığı sözleşme tipi, hakkında yardımcı kişilerden dolayı özel sorumluluk normları bulunmaması gerekir¹⁰. Yardımcı kişinin zarar verdiği sözleşmenin karşı tarafı ile yardımcı kişi kullanan taraf arasında kanunda düzenlenmiş akit tiplerinden herhangi biri olabileceği gibi kanunda düzenlenmemiş tamamen kendine özgü yapısı olan karma veya birleşik akit de olabilir¹¹. İstisna sözleşmesinde asıl işi üstlenen müteahhit, işi kendi üstlenmiş olmadıkça başka bir müteahidle yapacağı istisna sözleşmesi ile üstlenebilir. Müteahhid ile sözleşme yapan alt müteahhid arasında asıl iş sahibi ile yapılan müteahhidlik sözleşmesinden farklı tamamen bağımsız bir istisna sözleşmesi bulunmaktadır. Müteahhid, alt müteahhidin, alt müteahhidin adamlarının ve hatta alt müteahhidin iş yaptırdığı ikinci derecede alt müteahhidlerin davranışlarından Türk Borçlar Kanunu m. 116 gereğince sorumludur¹². Birden fazla müteahhid müştereken tek bir eserin meydana getirilmesini üstlendiği takdirde¹³ her bir müteahhid istisna akdinin ifası bakımından diğerlerinin Türk Borçlar Kanununun 116. maddesi gereğince ifa yardımcısı sayılırlar¹⁴.

Vekalet sözleşmesinde de, ikame vekilden bahsedilmiştir. Ancak burada anılan ikame vekalet müessesesine vekalet akdinin ifasında kullanılan her türlü yardımcı şahıs dahil değildir. Vekil, ikame vekil dışında kendisine yardımcı olan kişilerden Türk Borçlar Kanunu m. 116 anlamında sorumludur. Buna göre, hekimin yanında çalışan hemşire¹⁵, avukatın bürosunda¹⁶ veya bankada çalışan kişiler¹⁷ avukatın veya bankanın yardımcı kişileridir.

¹⁰ Vekalet sözleşmesinde, vekilin ikame olunan vekillerden dolayı TBK. m. 507' vekilin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca taşıma sözleşmesinde taşıyıcının yardımcı kişilerden ve ara taşıyıcılardan fiilleriyle ziya ve hasara uğramasına sebebiyet vermelerinden dolayı sorumluluğuna ilişkin Türk Ticaret Kanununda m. 879, 887 888 düzenlemeler bulunmaktadır. Ticaret Kanunu Borçlar kanununa göre özel bir kanundur. Bundan dolayı öncelikle Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.

¹¹ BGE 113 II 424.

¹² Gauch, PN. 145 vd; Spiro, 168 vd.

¹³ Tandoğan, Özel, 96 vd.

¹⁴ Spiro, 183; von Tuhr/Escher, 308; Tandoğan, Özel, 99; Gauch, PN. 209, 86.

¹⁵ BGE 53 II 425.

¹⁶ BGE 85 II 48.

¹⁷ BGE 61 II 187; BGE 109 II 119.

Özel hastane veya klinik ile tıbbi tedaviye, oda tahsisine ve günlük bakıma ilişkin yapılan akitlerde hekim, hemşire ve hastanede çalışan diğer görevliler, hastanenin veya kliniğin ifa yardımcısı sayılırlar¹⁸. Türk Yargıtayı verdiği kararlarında hastanede görev yapan sağlık personelinin, hastaya sağlık hizmeti verirken içinde bulunduğu hukuki durumu tespit ederken genellikle TBK. m. 66 hükmünü uygulamaktadır¹⁹. Özel hastanede çalışan hekimin fiili sonucu zarar gören hasta

¹⁸ BGH, NJW 1956, 1106; devlet hastanelerinde yatan hastalara karşı uygulanacak olan tedavi devletin egemenliğine bağlı olarak kamu hukuku niteliklidir. Bundan dolayıdır ki, kamu hastanelerinde görev yapan hekimlerin tıbbi müdahalelerine Devlet Memurları Kanunu uygulanır (BGE 111 II 149; 102 II II 183); Loeffler, 32 vd; Laufs, PN. 347; Türk hukukunda da Anayasanın 125. Maddesi gereği devlet hastanelerden birinci dereceden sorumludur.

¹⁹ Aksi görüş Türk Yargıtayı mütemadiyen vermiş olduğu kararlarında, hastane ile hekim arasındaki ilişkiyi TBK. m. 66'ya dayandırmaktadır. Açık hekim ile hastane arasında hizmet sözleşmesi olmasına rağmen, hekim hastane ilişkisini haksız fiil hükümlerine dayandırmaktadır. "Davacılar Z. ve ÖHastanesi, Dr. B.....ve Dr. C arasındaki manevi tazminat, istirdat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne ve kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davacılar tarafından temyiz edilmesi..... dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi gereği düşünüldü. Davacılar karı koca olduklarını, davacıardan Ö.'nin hamileliğinin ilk günlerinden itibaren davalı hastanede çalışan Dr. A'nın hamilelik kontrollerini yaptığını, bu doktorun izne ayrılmasından sonra yine aynı hastanede çalışan diğer davalı doktorların davacı Ö ile ilgilendiklerini, doğum sancılarının başlaması ile birlikte hastaneye alındığını, sezeryanla doğumun gerçekleştirildiğini, doğumdan sonra bebeğin turnakları morarıp nefes almakta zorlanmasına rağmen dört gün bekleldikten sonra küveze alındığını, doğumdan sekiz gün sonra da hayatını kaybettiğini, kalp rahatsızlığının anne karnında teşhis edilememesi ve gerekli özenin gözetilmemesi nedeni ile davalıların olayda kusurlu olduklarını belirterekmanevi tazminata ödeme tarihinden itibaren tahsilin karar verilmesini istemişlerdir. Davacılar ise Ö için gerekli herşeyin yapıldığını ileri sürerek davanın reddini talep etmişlerdir. Mahkemece Adli Tıp raporu ve bu rapora dayanak teşkil eden Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Hastanesi Kadın Hastalıkları Ana Bilim Dalı Başkanlığının hazırladığı rapor hükme esas alınmak suretiyle asıl davanın reddine karar verilmiş ve temyiz itirazları reddedilmiştir. Davacılar Ö ve eşi Z karar düzeltme talebinde bulunmuşlardır. Dairemizin 2003/1364 Esas, 2003/13347 karar sayılı ilamı ile bu kez " davacılar karşı davalıların sair taleplerinin reddine, davalılardan hastanesi ile davacılar arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olup, davalı hastane Borçlar Kanununun 55. (TBK. m. 66) maddesi gereğince istihdam eden sıfatı ile hastanede çalışan doktorların neden olacağı zararlardan kurtuluş kanıtı getiremediği sürece, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği sorumludur. Mahkemece hükme dayanak alınan Adli Tıp raporunda da belirtildiği üzere, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Ana Bilim Dalı Başkanlığının 15.03.2001 tarih ve 49 nolu raporunda bebeğin ölümünün doğuştan kalp hastalığı ve bunun getirdiği sorunlar nedeniyle oluştuğu, bahsi geçen kalp hastalığının gebelik esnasında teşhis edilmesi ve ailenin bu durumdan haberdar edilmesi ile bebeğin doğar doğmaz yoğun bakıma alınarak sürekli tedbirlerin alınması ve gerektiğinde

dava açtığında, hekim ile hastane arasındaki ilişki ısrarla Yargıtay tarafından TBK. m. 66'ya dayandırılmaktadır²⁰. Yüksek Yargı bu tutumu ile büyük bir yanılığa içindedir. Çünkü özel hastanede çalışan hekim, yardımcı kişi olmayıp özel hastane açısından ifa yardımcısıdır. Yargıtayın tespitinde yer alan TBK. m. 66 borçluyla herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan üçüncü bir kişiye karşı yardımcı kişinin zarar vermesidir. Söz konusu durumda, zarar gören üçüncü şahıs ile borçlu arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır. Oysaki, özel hastane ile zarar gören hasta arasında gerçekleştirilen vekalet sözleşmesi niteliğinde²¹

düzeltilici operasyonlar yapılması ile bebeğin yaşam şansının artacağı, bu nedenle sonuçtan hastayı tüm gebelik boyunca izleyen ve doğumsal kalp damar hastalığı koymakta yetersiz kalan Dr. A'nın sorumlu olduğu belirtilmektedir. Hamileliği takip eden ve aynı hastanede çalışan doktor A'nın hamileliğin takibinde ve doğumsal kalp rahatsızlığı teşhisini koymakta kusur ve ihmalinin bulunduğu ve bunun da dava konusu tazminatı gerektirir olayı doğurduğunun kabulü gerekir. O halde mahkemece hamileliği takip eden Dr. A'nın bu takip sırasında kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığı, varsa bunun derecesi ve Borçlar Kanunu m. 55. maddesinin şartları, tarafların iddia ve savunmaları, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, gerektiğinde yeniden rapor alınmak suretiyle incelenmeli, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu durumun göz ardı edilerek, eksik inceleme ile, olaydan dolayı kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle hastane hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, tarafların karar düzeltme taleplerinin kabulüne karar verilmiştir (Y. 13. T. HD. 07.07.2006, E. 2006/6143, K. 2006/11224).

²⁰ "...diğer davalı hastanenin de istihdam eden sıfatıyla doktorlarının kusurlarının BK. 55 maddesi hükmüne sorumlu olduğu" (YHGK. T. 11.12.2001, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047, naklen Kazancı Otomasyon); "Bu nedenle hastane, doktorun gerekli *özeni göstermemesinden ve ihmalden dolayı BK. m. 55* uyarınca davacıya karşı sorumludur. Çünkü davalı hastaneye yükletilen borç, kendi hastanesinde fennin ve tıbbın gerektirdiği bütün işlemleri, fen kuralları, doğruluk içerisinde yapılmasını gerektirir. Davacının maddi tazminat istemi iki bölümde toplanmaktadır" (Y. 13 HD., T. 14.03.1983, E. 1982/7237, K. 1983/1783, naklen Kazancı Otomasyon)

²¹ Sarıal, 41; Donay, 46; Köprülü, 600; Tandoğan, C. II, 360; Belgesay, 76; Reisoğlu, 13; Ayan, 53; Velidedeoğlu, Cumhuriyet Gazetesi 26.08.1969 tarihli yazısı; Özdemir, 81; Hatırnaz, 31; Özkan, 57; "Dava, davalı doktorların hamilelik kontrollerinde vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davranışları sonucu, çocuğun anormali doğması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini talebine ilişkindir. Hemen belirtmelidir ki, vekil, vekalet görevini yerine getirirken, yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Eğer, bu özen eksikliği nedeniyle müvekkil bir zarara uğramış ise, vekilin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Vekil müvekkil ilişkisinde, vekilin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışının bir zarar doğurduğu, müvekkilin buna dayanarak tazminat talep etme hakkını kazandığı durumlarda, müvekkilin tazminat isteme hakkının doğacağı ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlayacağı tarihin, müvekkilin söz konusu zararın varlığını öğrendiği tarih olacağı açıktır"

bir hastaneye kabul sözleşmesi bulunmaktadır. Zarar gören hasta özel hastaneye yabancı biri değildir. Aksine özel hastanenin karşı âkididir. Bu duruma rağmen hala Yargıtayın TBK. m. 66'yı uygulaması manidardır.

Hastane ile gerçekleştirilecek sözleşmelerde eğer hekim tedavisi ile diğer bakım hizmetleri farklı hastane veya hekim tarafından gerçekleştirilecekse bu durumda tarafların sorumluluğu, kendilerinin hastaya veya hasta yakınlarına vaad ettikleri fiiller çerçevesinde belirlenir. Örneğin hastanın, hastanede kazan patlaması sonucu ölmesi durumunda sorumlu olan kişi, hastane tüzel kişiliğidir. Buna karşın hastanın ameliyat sonrası gerekli olan bakımının gerçekleştirilmesinde aksaklıkların olması durumunda hastayı ameliyat eden hekim sorumludur²².

Vekaletsiz iş görmede de vekaletsiz işgören vekaletsiz işgörmenin konusunu teşkil eden fiillerde yardımcı kişi kullanabilir. Vekaletsiz iş gören bu kişilerden dolayı TBK. m. 116 gereğince sorumludur²³. Yardımcı şahıs tarafından ifa edilecek borç, dava edilebilir bir borç olmalıdır. Buradan hareketle dava edilebilmesi mümkün olmayan eksik borçlar için yardımcı şahıs kullanılmasına gerek yoktur. Böyle bir borç, yardımcı şahıs vasıtasıyla ifa edilecek olsa, borçlu veya yardımcı şahıs atafından borcun imkansız, gereği gibi ifa edilememesi ve geç ifa edilmesinden dolayı borçlu tazminat yükümlüsü olmaz. Çünkü buradan doğacak tazminat alacağı da eksik borç niteliğindedir²⁴.

Alacaklı ile borçlu arasında doğan borç ilişkisi içeriğinde sadece asli yükümlülükler bulunmayıp bunların yanısıra, yan yükümlülük-

(YHGK. T. 11.12.2002, E. 13-1011/1047 K, naklen Kazancı otomasyon); "...Dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturduğunda, asla duraksama söz konusu değildir. Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır" (Y. 13. HD., T. 25.04.2002, E. 2589/ 4560 K, naklen Kazancı Otomasyon); "...Davanın temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır" (Y. 13. HD, T. 04.11.2010, E. 13528/14640 K, naklen Kazancı otomasyon).

²² Şenocak, 63.

²³ Şenocak, 63.

²⁴ Becker, Art. 97 PN. 4; Koller, 38.

lerde bulunmaktadır²⁵. Yan yükümlülükler, ifaya yardımcı ve koruma yan yükümlülükleridir. Borçlu bunlarında yerine getirilmesini üçüncü bir şahsa bırakabilir. Bu takdirde yardımcının söz konusu bu yükümlülüklerle aykırı davranışı borca aykırılık olarak nitelendirilir ve borçlu doğan zarardan sorumlu olur²⁶.

C. Borç İlişkisinden Doğan Borcun Yardımcı Kişi Tarafından İfası

Türk Borçlar Kanunun 116. maddesi anlamında ifa yardımcısı kavramı, borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden ya da ifa faaliyetlerine katılan kişiyi ifade eder²⁷. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi üçüncü bir kişinin ifa yardımcısı olabilmesi için önce borçlunun, borcun bu kişi tarafından yerine getirilmesine izin vermesi ve onun ifaya bizzat katılması gerekir. Yardımcı kişi bu sıfatını borçlunun kendisine izin vermesi ile kazanır. Yardımcı kişinin borcun ifasına katılabilmesi için borçlu tarafından izin verilmemişse, yardımcı kişi sıfatı da kazanılamaz²⁸. Borçlunun izni onun üçüncü şahsı çağırması olmadan üçüncü kişi yardımcı kişi sıfatını kazanamaz. Bunun yanı sıra yardımcı kişi bu sıfatı kazanabilmesi için borçlunun borcunu yerine getirmiş olması gerekir. Borcun yerine getirilmesine fiilen katılmayan kişi yardımcı kişi sıfatını kazanamaz. Burada yerine getirilecek ifa borçlunun borcunun tamamının yerine getirilmesi

²⁵ Von Tuhr/Peter, 10 vd; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 116, 24; Eren, 39 vd; Bu yükümler, borç ilişkisinin türüne göre farklı kapsam ve ölçüde olabilen ve aslında her bir akdin akdin karşı tarafının dürüst ve makul düşünen bir akitten beklenebilecek davranış tarzına sahip olması konusundaki menfaatlerinin gözetilmesine hizmet ederler (Neuenschwander, 6); Yan yükümler, Türk Medeni Kanunu m. II/I'de yer alan doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanır (Kramer, PN. 96; Neuenschwander, 7; Esser/Schmidt, 86).

²⁶ Neuenschwander, 8, 10, 14, 51, 68, 69 vd; Koller, 39-40.

²⁷ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2848 136; Koller, PN. 124, 34 vd; Wiegand, Art. 101, PN. 7; Becker, Art. 101, PN. 9-11; Oser/Schönenberger, Art. 101, PN. 5-9; Schwenger, PN. 23.04, 144; Furrer/Wey, Art. 101, PN. 11; Tschudi, 33-34; Tandoğan, 436; Oğuzman/Öz, 461; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 1195; Eren, 1073; Serozan, PN. 7, 281; Şenocak, 104; "...Sadece, navlun sözleşmesinin ifasında kullanılan ve anılan sözleşmenin icrası kendisine bırakılan üst taşıyıcı, taşıyanın adamı değil, onun yardımcı şahsıdır, Y. 11.HD, T. 17.01.1980, E.1/133 K., naklen Kazancı Otomasyon).

²⁸ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2870, 140; Oser/Schönenberger, PN. 5 vd, Art. 101 OR; Tandoğan, 446; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 1196; Serozan, PN. 6, Art. 101 OR; Oğuzman/Öz, 462; BGE 70 II 220.

olmayıp, burada ifadan maksat, bir borcun veya borçlanılan edimin yerine getirilmesini amaçlayan fiillerdir. İfa yardımcıları borcun ifasını tamamen yerine getirebilecekleri gibi ifa fiillerini bir kısmını da yerine getirebilirler²⁹. Bu açıdan değerlendirdiğimizde, özel hastanelerde çalışan hekimler, hastanın ameliyatını gerçekleştirmektedirler, ancak ameliyat sonrası bakım için hemşireler görevlendirilmektedir. Hekimler borcun tamamını yerine getirmeyip sadece belli kısmında görev yapmaktadırlar. Hekimler, yerine getirdikleri edim dolayısıyla özel hastanelerin ifa yardımcılarıdır.

Yardımcı kişi gerçek kişilerden olabileceği gibi tüzel kişilerden de olabilir³⁰, fakat adi şirketten yardımcı kişi olmaz³¹. Çünkü adi şirketin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bunun yerine yardımcı kişi sıfatı adi şirket ortaklarına ait olmaktadır³². Bunun yanı sıra, tüzel kişilerin organları da yardımcı kişi değildirler³³. Tüzel kişiler ifa faaliyetine organları vasıtasıyla katılırlar. Yardımcı şahıs sıfatına organlar değil tüzel kişi sahip olur. Böylelikle, borcun ifasında tüzel kişi kullanan borçlu bu tüzel kişinin organları vasıtasıyla alacaklıya verdiği zararlardan TBK. m. 116 gereğince sorumludur³⁴.

Yardımcı kişi; gördüğü işin türüne göre, ifa yardımcısı, koruma yardımcısı veya kullanma yardımcısı olmak üzere üçe ayrılır³⁵. Bu ayırım tamamiyle soyut bir ayırımdır. Uygulamada bu ayırımın herhangi bir önemi bulunmaktadır. Sorumluluğun doğabilmesi için yardımcı kişi tanımına uyması yeterlidir³⁶. Borçlunun koruma yükümlerini yerine getiren ifa yardımcılarını “*koruma yardımcısı*” olarak adlandırılmaktadır. Dar anlamda koruma yardımcıları, borçlunun koruma alanında bulunan kişilere karşı onların mal ve şahıs varlığı değerlerini korumakla görevlendirilen kişilerdir. Geniş anlamda koruma yardımcıları ise, borçlunun, alacaklının kendisinin ve koruma sahasında bulunan

²⁹ Koller, 34; Şenocak, 104; Eren, 1075; Spiro, 142; Weber, Art. 101, PN. 40.

³⁰ Oğuzman/Öz, 462.

³¹ Furrer/Wey, Art. 101, PN. 11; Weber, Art. 101, PN. 39.

³² Koller, PN. 194, 53.

³³ Huguenin, Art. 101, PN. 702; von Tuhr/Escher, 127; Oğuzman/Öz, 464.

³⁴ Koller, PN. 193, 53; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2848, 136; von Tuhr/Escher, 127.

³⁵ Wiegand, Art. 101, PN. 7; BGE 130 III 601.

³⁶ Von Tuhr/Escher, 127 vd; Spiro, 152 vd; von Büren, , 397; Weber, PN. 6; Wiegand, Art. 101, PN. 6.

kişilerin edim konusu dışında kalan mal varlığı ve şahıs varlığı değerlerinin korunması yükümünün yerine getirilmesinde rol oynayan ifa yardımcılardır³⁷.

Borçlu ile yardımcı kişi arasında genellikle bir sözleşme vardır. Bu sözleşme hizmet vekalet, istisna olabilir. Buna karşın yardımcı kişinin eyleminden dolayı sorumluluğun doğması için borçlu ile yardımcısı arasında bir sözleşmenin olmasına gerek yoktur. Kanun koyucu, yardımcı kişiyi belirlerken genel sınırlardan hareket etmiştir. Bundan dolayı borçlu ile yardımcı arasındaki hukukî ilişkinin türü önemli değildir. Söz konusu ilişki sürekli veya geçici, hatta kanunun ifadesiyle, “borçlu ile birlikte yaşayan” veya “yanında çalışan kişiler” yardımcı kişi olabilmek için yeterli görülmüşlerdir. Birlikte yaşam veya yanında çalışmayı herhangi bir sözleşmeye bağlamamıştır. Buradan hareketle denilebilir ki, borçlu, yanında bulunan akrabasından tesadüfen yanında bulunan kişiden borcun ifası için yardım talep edebilir³⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 66’da da yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumluluk düzenlenmiştir. Ancak burada düzenlenen alan haksız fiil alanıdır. TBK. m. 116’da yer alan hükme bağlanan sonuç “*Borçların İfa Edilmemesine Bağlanan Sonuçlar*” kısmına ilişkindir. Bunun yanı sıra, TBK. m. 116’da yer alan yardımcı kişi kavramı TBK. m. 66’ya göre daha kapsamlıdır. Çünkü TBK. m. 66’da yardımcı kişinin adam çalıştırmanın otoritesi altında bulunması veya sürekli olarak onunla hizmet ilişkisi içerisinde bulunması gerekirken, buna karşın TBK. m. 116’ya göre, yardımcı kişinin sürekli veya geçici olarak borcun ifasına borçlunun muvafakatı ile katılması gerekir. Yardımcının borçluya tabi olması, onun otoritesinde olması şart değildir. Örneğin, eve gelen kömürün yoldan geçen biri ile anlaşılması sonucu taşınmasında, yer alan üçüncü kişi TBK. m. 116 gereği yardımcı kişidir. Aynı şekilde borçlunun bir arkadaşının borç konusunu nezaketen alacaklıya götürmesi halinde de yardımcı kişi olarak nitelendirilir. Aynı şekilde yardımcı şahıs borçlunun yönetim ve denetimine tabi olarak çalışan kişiler³⁹ de olabileceği

³⁷ Esser/Schmidt, 99.

³⁸ Von Büren, PN. 139, PN. 396; Spiro, 131 vd; Koller, 56; Wiegand, Art. 101, PN. 7-8; Wiegand, recht, 1983, 5; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2871, 140; BGE 98 II 48; BGE 70 II 220; Tandoğan, 436 vd; Eren, 1075; Kılıçoğlu, 645.

³⁹ Becker, PN. 10 zu Art. 101.

gibi tamamen bağımsız olarak çalışan kişiler de olabilir⁴⁰. Ancak burada bağımsız çalışan kişilerin yardımcı kişi sayılabilmeleri için bunların borçlunun izni ile çalışmalara katılmaları gerekir. Örneğin istisna sözleşmesinde, yer alacak mimarın işin gerçekleştirilmesinde yer alabilmesi için müteahhidin onayı gerekir. Yardımcı kişi aynı zamanda, yardımcı kişinin borçluya bir ücret karşılığında ya da ücretsiz olarak yardım etmesi de önemli değildir. Üçüncü kişilerin borçlu ile yardımcı kişi arasındaki ilişkiyi bilmesi gerekmez. Bu söylenenlere uygun olarak, yardımcı kişi, hizmetçi, arkadaş, özel hastanede çalışan hekim⁴¹, istisna sözleşmesinde yer alan mimar⁴², alt müteahhidler, ara taşıyıcılar, bina sahibine çalışan mühendislik firması⁴³, kiracının yardımcı kişileri olarak aile üyeleri⁴⁴, kiracının yardımcısı olarak kendi yasal mirasçıları⁴⁵ CIF satışlarda bağımsız olarak çalışan nakliyeciler⁴⁶, hekimlerin yanında onlara görüşme saatlerinde yardım eden kişiler⁴⁷, belediyeye ait havuzu yapan usta⁴⁸ avukatın yanında çalışan personel⁴⁹ borçlunun borcun ifasını kendisine bıraktığı borçlunun eşi, çocuğu ana ve babası veya herhangi bir yakını olabilir⁵⁰. Bunun yanısıra kira sözleşmesinde asıl kiracı, alt kiracının kiralayana verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu TBK. m. 116'ya dayanır⁵¹.

⁴⁰ Von Tuhr/Escher, 123; Koller, 56; Spiro, 164; Weber, PN. 40 zu Art. 101 OR; “....SPK’nın Seri V No: 18 Sayılı Tebliğinin 25. maddesinde acente aracılığıyla yapılan işlemlerle ilgili olarak müşteriyle kurulan ilişkilerden doğan hukuki sorumluluğunun aracı kuruluşa ait olduğu öngörülmüştür. BK’nın 100. maddesine göre bir borç ilişkisi içinde bir edimin ifası veya bir hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmış olan kimse, bu yardımcı kişinin işi gördüğü sırada sebep olduğu zararlardan sorumludur. Olayda, müşterilerle işlem yapan kişi aracı kurumun acentesinin çalışanı olup bu kişinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle müşterinin uğradığı zarardan aracı kurum sorumludur, Y. 19. HD., T. 15.04.2004, E. 2003/5127, K. 2004/4458, naklen Kazancı otomasyon).

⁴¹ Loeffler, 32 vd; Şenocak, 62.

⁴² Wiegand, ZBJV 2001, 98 ff.

⁴³ BGE 119 II 127.

⁴⁴ BGE 103 II 330

⁴⁵ 116 II 512 E. 2.

⁴⁶ BGE 128 III 28; Wiegand, ZBJV 1998, 206.

⁴⁷ BGE 116 II 519 ff.

⁴⁸ BGE 113 II 424 ff.

⁴⁹ BGE 4C.244/2005 E. 3.

⁵⁰ Koller, 148; von Tuhr/Escher, PN. 37, 128; Becker, PN. 22, Art., 101 OR; Eren, 1078.

⁵¹ BGE 117 II 65 ff, 67 ff; BGE 119 II 338; Huguenin, PN. 701, 116; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2854, 136; Eren, 1078.

Bunların yanı sıra, kanuni temsilcilerin veli veya vasinin yardımcı kişi olup olamayacakları, yardımcı kişiye ilişkin kuralların kıyasen onlara uygulanabilmesi tartışmalıdır⁵². Yardımcı kişi olamayacaklar ise, hayvanlar, aletler, makinalar yani fiil ehliyetine sahip olmayanlardır⁵³.

D. Yardımcı Kişinin Alacaklıya Borca Aykırı Bir Davranışla Zarar Vermiş Olması

Borçlunun yardımcının eylemlerinden sorumlu tutulmasının sebebi, borcun ifasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, yardımcı kişinin eyleminden sorumluluk, ancak borcun ifasıyla ilgili ise, söz konusu olabilir. Bunun sonucu olarak yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarar borcun ifasıyla ilgili değilse borçlunun bundan sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu görüş, Türk İsviçre hukukunda da hakim olan görüştür. Bu görüşün dayanak noktası ise, kanun metninde yer alan “...onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür” cümlesidir. Hakim olan görüş, ortaya çıkan zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında fonksiyonel bir bağın olmasıdır⁵⁴. Bu bağ olmazsa zaten yardımcı kişinin fiilinden borçlu da sorumlu olmaz. Bu bağın içeriği olarak, borçlu ile alacaklı arasında bulunan borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlalini yani borçlanılan edim imkansız hale gelmeli, hiç veya gereği gibi yerine getirmeme ve borcun gecikmiş olarak ifa edilmesi söz konusu olmalıdır⁵⁵. Aynı zamanda borç ilişkisinden doğan edim yükümlerinin yansıra yan yükümlerinin yani ifaya yardımcı ve koruma yükümlerinin de ihlali gereği gibi ifa etmemenin bir türü olarak kapsam geniş tutulmaktadır⁵⁶.

⁵² Von Tuhr/Escher, 127 ff; Weber, PN. 56 Art. 101; Becker, PN. 2 Art. 101 OR; Spiro, 164; Koller, PN. 195; Tandoğan, 439; Oğuzman/Öz, 465; Eren, 1076.

⁵³ Furrer/Wey, PN. 15 zu Art. 101 OR; Spiro, 209 ff; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2918, 147; Wiegand, PN. 9; Weber, PN. 41 zu Art. 101 OR.

⁵⁴ Spiro, 231; Schwenzler, PN. 23.09, 146; Wiegand, PN. 10 zu Art. 101 OR; Furrer / Wey, PN. 28 Art. 101 OR; Weber, PN. 121, zu Art. 101 OR; BGE 125 III 223, 225; Eren, 1079; Kılıçoğlu, 646.

⁵⁵ Von Tuhr/Escher, 126-127; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2873; BGE 92 II 18; BGE 85 II 270.

⁵⁶ Neuenschwander, 47; Guhl/Merz/Koller, 222-225-226; Wiegand, PN. 32 vd, Art. 97 OR; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2874-2878, 140-141; BGE 92 II 18; Şenocak, 170-171.

E. Yardımcı Kişinin Davranışı, Borçluya Farazî Bir Kusur Olarak Yükletilebilmelidir

Borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu olması için kendisinin veya yardımcısının kusurunun gerekli olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Türk, İsviçre ve Alman hukuk doktrin ve uygulamasında hakim olan görüşe göre, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu için ne borçlunun ne de yardımcı kişinin kusuruna gerek vardır. Borçlunun sorumluluğu, onun farazî kusuruna dayanmaktadır⁵⁷. Borçlu yardımcı kişinin somut olaydaki davranışında bulunmuş olsaydı, bu davranış onun için kusuru teşkil edecek idiyse, borçlunun farazî kusuru şartı gerçekleşmiş sayılır⁵⁸. Böylece borçlu, ancak yardımcı kişinin aynı davranışında bulunmuş olsaydı bu davranışın kendisi için kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁵⁹.

⁵⁷ "...Aslında, BK.nun 100. maddesi hükmü uyarınca, yardımcı şahıs sıfatı taşıyan davalı bankanın kusursuzluğu saptansa bile, borçlu (asıl taşıyan) işi yardımcı şahıslara bırakmayarak, bizzat yapmış olsaydı, anılan zarardan kendisi kusurlu sayılabilecek durumdaysa, zarardan, borçlunun sorumlu tutulması zorunludur, Y. 11. HD, T. 17. 01.1980, E. 1/133K., naklen Kazancı Otomasyon); "...Açıklanan şu hukuki ilişki itibariyle, davalı ile davacı arasında dolaylı da olsa bir sözleşmenin var olduğu, kabul edilmek gerekir. O halde bu tür uyumsuzluğun çözümündeki yasal dayanağın BK.nun 100. maddesinin olduğu kabul edilmelidir. Burada yükümlülüğünü yerine getirmekle sorumlu olan kişi, bu yükümlülüğünü, bizzat değil, yardımcı kişileri kullanarak sağlamaktadır. Burada yardımcı kişinin davaya konu edilen olayda yetkili servisin malı kullanana verdiği zarardan davalı üreticinin sorumlu olmasıdır. BK'nun 100. maddesinde sözü edilen "yardımcı kişi" somut olayda "yetkili servis çalışanı" olarak kabul edilmeli veya en azından yetkili servis yardımcı kişi gibi nitelendirilmelidir. Anılan madde gözetildiğinde, davalının sorumlu tutulmaması için yetkili servisin yaptığı işi, bizzat kendisi yapmış olsa idi, zararın yine de meydana geleceğini kanıtlaması gerekir. Eldeki davada böyle bir savunma ve kanıt getirildiğine göre, sorumlu tutulması gerekmektedir., Y. 4. HD, T. 10.04.2000, E. 1199/3287 K., naklen Kazancı Otomasyon).

⁵⁸ Wiegand, Haftung, 787; BGE 90 II 86, 90; 113 II 424; 119 II 337; 130 III 591 E. 5.5.4; "...Dava, doktorun yanlış teşhis ve tedavi sonucu ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle tazminat talebine ilişkindir. Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı, kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlamadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermediğinden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir" (Y. T. 08.07.2005, E. 3645/11796 K, naklen Kazancı Otomasyon).

⁵⁹ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2884 vd, 142-143; Koller, PN. 302, 93 vd; Bec-

Bu görüşü paylaşan kişilerin birleştikleri alan, yardımcı kişinin davranışının kusurlu olup olmadığını tespitinde kusurun objektif yönünün, yani zarar verenin göstermekle yükümlü olduğu özen derecesinin, borçlu esas alınarak belirleneceğidir. Yardımcı kişinin somut olaydaki zarara sebebiyet veren davranışı, borçlu için geçerli olan, onun borcun ifasında göstermek zorunda olduğu özen kriterine göre bir değerlendirmeye tabi tutulur. Yardımcı kişinin somut olaydaki davranışı borçlunun göstermek zorunda olduğu bu özen derecesine ulaşmıyor, ondan sapma gösteriyorsa borçlu sorumlu olacaktır.

Bu görüşe göre yardımcı kişinin davranışı, borçlunun davranışı olsaydı ona kusur olarak yükletilip yükletilemeyeceği varsayımına dayandığı için, yardımcı kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmaması önem taşımaz. Aynı zamanda borçlunun bilgi, beceri ve yetenekleri yardımcı kişiye oranla daha üstün düzeyde ise, farazi kusurun belirlenmesinde bu yönler de gözönünde tutulur ve yardımcı kişi için kusur sayılamayan bir davranış biçimi borçlu için kusur sayılır⁶⁰. Buna karşın yardımcı kişi yönünden kusurlu sayılan bir davranış, borçlu tarafından yapılmış olsaydı, borçlu için bu durum kusur sayılmayacak ise, borçlu meydana gelen zarardan sorumlu olmaz⁶¹.

Borçlunun farazi kusuru, kast ve ihmal şeklinde olabilir. Burada da kural olarak objektif kusuru teorisi uygulanır⁶². Yardımcı kişilerin alacaklıya vermiş oldukları zarardan kurtulmayı öğren kurtuluş kanıtı getirme yükümü burada borçluya tanınmamıştır.

F. Yardımcı Kişinin Fiilinden Dolayı Bir Zarar Ortaya Çıkmalı

Alacaklı, yardımcı şahsın fiili sonucu bir zarara uğramalıdır. Zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Alacaklının uğradığı zararın türü önemli değildir. Ortaya çıkan ve kişinin malına, şahsına ve ekonomik değerlerine verilen zarar, fiilî veya yoksun kalınan kâr şeklinde

ker, PN. 14-16- 20, zu Art. 101 OR; Wiegand, PN. 11-13 zu Art. 101 OR; Furrer/Wey, PN. 30 zu Art. 101 OR; BGE 130 III 591 E. 5.5.4; Portmann, 50 vd; Schwenzer, PN. 23.10, 147; Oğuzman/Öz, 469; Tandoğan, 444 vd; Eren, 1082; Kılıçoğlu, 646; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1201; Şenocak, 210-211.

⁶⁰ Koller, PN. 311, 94 vd; von Büren, PN. 136, 395.

⁶¹ Koller, PN. 311, 95.

⁶² Koller, 93-94; Neuenschwander, 28; Oser/Schönenberger, PN. 5, zu Art. 99.

olabilir⁶³. Burada gerçekleşen zararlara manevi zararlar da dahildir⁶⁴. Borçlunun, yardımcı kişinin verdiği zararlardan sorumluluğunun doğabilmesi için sorumluluğa sebep olan ifa fiiline yardımcı şahsın katılmasına izin verilmesi gerekir. Aksi takdirde borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz⁶⁵. Alacaklıya verilen zarardan borçlunun sorumlu olabilmesi için zarar borcun ifası anında verilmiş olmalı ve zarar verici fiil ayrıca borca aykırılık teşkil etmesi gerekir⁶⁶.

Yardımcı şahıs alacaklıya karşı vermiş olduğu zarar gördüğü işle tesadüfi verilmiş bir zarar ise yani zarar işin görülmesi vesilesi ile verilmiş ise, TBK. m. 116 uygulanmaz⁶⁷. Yardımcı şahsın fiilinden dolayı ortaya çıkan zararın ifa dolayısıyla mı yoksa ifa vesilesi ile mi işlendiğinin tespitinde, borçlunun neyi veya neleri ifa etmek zorunda olduğunu araştırmak gerekir. Zarar verici olay borçluya ait bir ifa yükümünü ihlal ediyorsa, o zaman zararın ifa dolayısıyla gerçekleştiği kabul edilir. Ancak, berber kalfasını müşterisine tıraş için gönderir ve kalfa müşterinin saatini çalarsa burada borçlunun yardımcı kişiden dolayı sorumluluğu söz konusu olamaz⁶⁸. Çünkü saatin çalınması fiili borçlu tarafından borçlanılan bir edim değildir. Ancak borçlunun edimi alacaklının eşyalarının muhafazasını sağlamak olsaydı bu durumda borçlu yardımcı şahsın fiilinden sorumlu olurdu⁶⁹. Ayrıca, yardımcı şahsın alacaklı olmayan kişiye zarar vermesi durumunda da yine TBK. m. 116 gereği borçlunun sorumluluğu söz konusu olmaz⁷⁰.

Borcun ifası sebebiyle zarar gören alacaklı ile yardımcı kişi arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Burada, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarar, borçlunun borcunu ihlal teşkil etmemekle beraber TBK. m. 66'nın kapsamına giriyorsa, borçlu borç ilişkisi dolayısıyla değil, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. Bu sebeple, doğan zarar sebebiyle alacaklı, yardımcı kişiyi sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu tutamaz. Çünkü yardımcı kişinin, fiilinden TBK. m. 116'ya göre sorumlu olabilmesi için yardımcı kişinin

⁶³ Weber, PN. 10 vd, Art. 101 OR; Spiro, 218 ff; von Tuhr/Escher, 110.

⁶⁴ Sağlam, 166.

⁶⁵ Koller, PN. 245 ff, 72; Weber, PN. 105, zu Art. 101 OR.

⁶⁶ BGE 92 II 15; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1198; Oğuzman/Öz, 467.

⁶⁷ BGE 88 II 430.

⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1200.

⁶⁹ BGE 99 II 96.

⁷⁰ Becker, PN. 18 zu Art. 101 OR.

kendisine bırakılan fiili gerçekleştirirken boçluya zarar vermelidir⁷¹. Aksi durumda TBK. m. 116 geçerli olmaz⁷². Ancak yardımcı şahsın fiili, hem TBK. m. 116'ya göre borca aykırılık, hem de TBK. m. 66'ya göre haksız fiil teşkil ediyorsa, bu takdirde alacaklının karşısında değişik hukuksal sebeplerle (sözleşme - haksız fiil) sorumlu tutulabileceği birden fazla kişinin TBK. m. 61 gereğince müteselsilen sorumluluğu söz konusu olur⁷³.

G. Uygun İlliyet Bağı

Yardımcı şahsın sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 116'da borçlunun sorumlu olması için yardımcının kendisine bırakılan işi gördüğü

⁷¹ "Somut olayda, davacı Emine'nin doğum için davalı doktora baş vurduğu, doktor kontrolünde doğumun gerçekleştirildiği, doğum sırasında küçüğün omuz sinirlerinin zedelendiği ve sakat kaldığı anlaşılmaktadır. Davamızda doğum sırasındaki arızanın meydana gelmesinde ve küçüğün sakat kalmasında davalı doktorun kusurlu olup olmadığının saptanması gerekir. Mahkemece, Adli Tıp 2. İhtisas Kurulundan alınan 16.2.2000 günlü raporda, 4000 gr. Doğum ağırlığında olan bebeğin, normal doğum ağırlıklı bebeklerde nadirde olsa, omuz mistozisi meydana gelebileceği tıbben bilinmekle, söz konusu doğum olayında hekime atfen herhangi bir kusur veya ihmâl verilemeyeceği bildirilmiş, davacının itirazı üzerine Adli Tıp Genel kurulundan oy çokluğuyla alınan 14.12.2000 tarihli raporda "omuz takıldıktan sonra bebeğin 2-3 dakika gibi kısa bir süre içerisinde acilen doğurtulması zorunluluğu söz konusu olduğundan hastayı takip eden hekimin olguda kusurunun bulunmadığı, ayrıca omuz takıldıktan sonra, klasik obstetrik biliminde yazılı bulunan manevraları yapmış olduğu mütalaa edilmiş, bu görüşe 6 uzman doktor muhalefet etmiştir. Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunca verilen 6.4.2001 tarihli raporda da doğum sırasında olduğu bildirilen arızadan dolayı yaşına göre küçüğün %59 oranında meslekte kazanma gücünü kaybetmiş sayılacağı açıklanmıştır. Hemen belirtelim ki Adli Tıp Genel Kurulu raporu oyçokluğu ile verilmiş ve kurul içinde tek bir kadın doğum uzmanı bulunmaktadır. Raporda çoğunluk görüşünün doğru olmadığı yönünde azınlık tarafından inandırıcı gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu haliyle rapor inandırıcı ve tatminkar olmaktan uzaktır. Öyle olunca davalı tarafca da itiraz edilen Adli Tıp Genel Kurulu raporuna itibar edilip, hüküm kurulmaz. O halde mahkemece yapılacak iş; üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile dosyadaki hastahane de tutulmuş dosya ve kayıtlar taraf savunmaları tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasil olacak sonuca uygun karar vermektir" (Y. 13HD., T. 06.03.2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380, naklen Kazancı Otomasyon).

⁷² "...yanında çalıştığı mühendisin kusuru ile kazaya uğrayan işçi tarafından şirket aleyhine açılan tazminat davası TBK. m. 66 değişik TBK. m. 116'nın uygulanması gerekir" (YİBK. T. 18.03.1940, E. 14, K. 27, RG. S. 4522, T. 30.05.1940).

⁷³ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2897, 143; BGE 97 II 126; Kılıçoğlu, 647; Oğuzman/Öz, C. II, 136-138.

sırada alacaklıya bir zarar vermesi gerekir. Kanun metninde yardımcı şahsın fiilinden dolayı borçlunun sorumlu olabilmesi için gerekli olan illiyet bağına kanun metninde yer verilmiştir.

Borçlunun sorumlu olması için yardımcının fiili ile gerçekleşen zarar arasında önce tabii sonra uygun illiyet bağı olmalıdır⁷⁴. İfa veya kullanma yardımcısının davranışı, yani ifa fiili veya kullanma fiili ile somut olayda gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağı mevcut değil veya söz konusu bu bağ mücbir sebep alacaklının veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile kesilmişse, zarardan sorumluluk söz konusu olmaz⁷⁵. Ayrıca, ifa yardımcısı kendisine verilen işi gördüğü sırada iş ile ilgili bir husustan dolayı karşı âkide zarar vermelidir. Yardımcı kişinin kendisine tevdi edilen işin görülmesi dışındaki fiilinden dolayı üçüncü şahsa zarar vermesi durumunda, yardımcı kişinin kendi fiilinden bizzat sorumlu olacağından, yardımcı kişinin fiilinden dolayı borçlunun sorumluluğu cihetine gidilemez⁷⁶.

H. Hüküm ve Sonuçları

1. Genel Olarak

Yukarıda anılan şartlar gerçekleşince borçlu, yardımcı kişinin alacaklıya vermiş olduğu zarardan dolayı bu zararı kendi fiiliyle vermiş gibi sorumlu olur⁷⁷. Çalışmamızda incelenen genel ve özel şartların varlığı halinde borçlunun alacaklıya karşı tazminat yükümlülüğü doğar. Borçlunun yardımcının eylemlerinden sorumluluğunun koşulları, borca aykırılık sebebiyle sorumluluğa ilişkin TBK.m. 112'deki genel koşullarla aynıdır. Tıpkı Borçlar Kanunu m. 112'de aranan, zararın, uygun illiyet bağının ve borca aykırılığın varlığını ispat yükü alacaklıda⁷⁸, kendisine farazî bir kusur yükletilemeyeceğini ispat yükü

⁷⁴ Koller, PN. 117vd, 32-33; Weber, PN. 109 zu Art. 101 OR; BGE 123 II 112 ; BGE 88 II 433.

⁷⁵ Eren, 1083.

⁷⁶ Wiegand, Haftung, 789.

⁷⁷ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2894, 143; Weber, PN. 154, zu Art. 101 OR; Wiegand, PN. 18, zu Art. 101 OR; Furrer/Wey, PN. 34, Art. 101 OR; Koller, PN. 508, 156; Spiro, 264.

⁷⁸ Koller, PN. 349, 108; Furrer/Wey, PN. 34, Art. 101 OR; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2894, 143; Wiegand, PN. 18 Art. 101 OR; Schwenzer, PN. 23.02; Wiegand, PN. 4 Art. 101 OR; Şenocak, 221.

ise borçludur⁷⁹. Ancak TBK. m. 116'nın uygulandığı alanlarda, kusur dışındaki diğer şartlar aranır. Burada TBK. m. 112'den farklı olan tek yön borçlunun yardımcısının eyleminden dolayı sorumlu tutulmasıdır. Alacaklının uğradığı zararın türü burada önemli değildir⁸⁰.

2. Borçlunun Tazminat Yükümlülüğü

Borçlu, ifa yardımcısının alacaklıya verdiği zarardan tıpkı bu zarara kendi davranışıyla sebebiyet vermiş gibi sorumlu olmalıdır. Bundan dolayı borçlu, ifa yardımcısı tarafından sebebiyet verilmiş olması halinde, alacaklı için ortaya çıkan her türlü zararı, yani müsbet yada menfi zararı, doğrudan doğruya zararı yada dolaylı zararı hatta manevi zararı dahi tazmin etmekle mükelleftir⁸¹. Ayrıca borçlu bazı hallerde alacaklıya karşı umulmayan hallerden de sorumlu olur⁸². İfa yardımcısı tarafından verilen zararın hesaplanmasında, TBK. m. 114/II'de yer alan "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*" atfı dolayısıyla TBK. m. 51 vd maddeleri uygulanır. Türk Borçlar Kanunun 114 ve 116. maddeleri her ne kadar "Sorumluluğun Kapsamı" şeklinde ortak bir başlık altında toplanmış olsalar da, borçlunun bizzat kusurlu davranışı halinde uygulama alanı bulan TBK. m. 114'ün borçlunun yardımcı kişinin sorumluluğunda da uygulanmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Doktrinde bu görüştedir⁸³.

a. Tazminatın Hesaplanmasında Esas Alınacak Kriterler

Türk Borçlar Kanununun 51. maddesine göre, hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını gözönüne alarak belirler. Burada hakim, kusur sorumluluğunda tazminatın kapsamını, kusurun ağırlığını gözönüne alarak belirleyeceği hükümden anlaşılmaktadır. Tazminattan indirim sebepleri, özellikle zarar verenin farazi kusurunun hafifliği, alacaklının ken-

⁷⁹ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2891, 143; Tandoğan, 445.

⁸⁰ Kılıçoğlu, 647.

⁸¹ Furrer/Wey, PN. 34, Art. 101 OR; Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2921, 146; Gauch/Aeppli/Stöckli, PN. 15 314; Koller, PN. 508.

⁸² Von Tuhr/Peter, 90; von Tuhr/Escher, 115.

⁸³ Koller, PN. 318, 98; Gauch/Aeppli/Casanova, OR-AT, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., 1989, 208;

di kusuru ve nihayet, alacaklının ortak kusurudur. Gerçekleşen olayda tazminatta indirim teşkil edecek hal ve şartların varlığına ve ya ne oranda indirime tabi kılınacağına hakim TMK. m. 4 gereği karar verir.

Borçlunun kusurunun tazminattan zorunlu olarak indirime sebebiyet teşkil etmeyeceği doktrin tarafından ileri sürülmektedir⁸⁴. İleri sürülen görüşe göre, hakim önüne gelen olayda kusurun hafif ve çok hafif olması durumunda, tazminatın borçluya yüklediği yük arasında aşırı nispetsizlik bulunduğu halde tazminattan indirim yapabilir⁸⁵. Ancak TBK. m. 116'nın özel durumu da göz ardı edilmemelidir. Burada, diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi ne zarar veren yardımcı kişinin ne de borçlunun fiili kusuru gözönünde tutulur. Burada alınacak olan kıstas, borçlunun yada yardımcı kişinin fiili kusuru olmayıp onların farazi kusurudur⁸⁶. Tazminatın indirilmesinde ölçü olarak alınacak hafif kusurun tespiti için gerekli olan özen, borçlu için geçerli olan özendir. Borçlunun alacaklının bizzat kendisinden beklemeye hakkı olduğu özen derecesi ile yardımcı kişilerden dolayı sorumlu olma prensibi burada da geçerlidir. Böylece, borçlu yardımcı kişinin davranışında bulunmuş olsaydı, yardımcı kişinin somut olaydaki davranış tarzı onun için de sadece hafif kusur teşkil edecek idiyse bu şekilde tespit edilen farazi kusur, tazminattan indirim teşkil eder.

Alacaklının kendi kusuru da tazminattan indirim sebebidir. Zarar görenin, zararın ortaya çıkmasında veya zararın artmasında diğer sebepler arasında kısmi sebep teşkil eden ve kınanabilir davranışı, Borçlar Kanunu'nun m. 52/II anlamında hakim tazminattan indirim gidebilir. Alacaklının tazminattan indirime sebep olabilmesi için öncelikle, alacaklının davranışının zararın doğmasında ve artmasında uygun sebep teşkil etmelidir⁸⁷. İkinci şart ise, alacaklının zararın ortaya çıkmasında veya artmasında uygun sebep teşkil eden davranışının kınanabilir olmasıdır. Kınanabilmenin ölçütünde, aynen zarar görende olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalıdır. Yani burada da

⁸⁴ Von Tuhr/Peter, 104-105; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, 83; Tandoğan, 317; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 797; BGE 104 II 88; Eren, 764.

⁸⁵ Weber, PN. 158 Art. 101 OR; Eren, 764; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 797; Tandoğan, 316; BGE 100 II 337; 92 II 240; 82 II 534.

⁸⁶ Şenocak, 226.

⁸⁷ Eren, 769; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 802; Schnyder, PN. 7, Art. 44 OR; Spiro, 436; Gauch/Aeppli/Stöckli, PN. 5, 165; Weber, PN. 159, Art. 101 OR; Y. 4 HD, T. 18.09. 1979, E. 1979/5480, K. 1979/5480, YKD. 1979, S. 11, 1573-1577.

objektifleştirilmiş kusur ilkesi geçerli olmalıdır⁸⁸. Alacaklının kusuru, “*Makul bir insanın aynı şartlar altında kendi menfaati icabı yapamaması gereken harekette bulunması, bir tazminat beklentisi söz konusu olmasaydı normalde alması gerekli tedbirleri almaması*” alacaklının kusurunu teşkil eder⁸⁹. Ancak buradaki kusur, dar anlamdaki kusur değildir. Çünkü kusurlu olan davranış daima hukuka aykırı olan davranıştır. Kişilerin zararlara karşı kendilerini korumaya yönelik hukuki bir yükümlülükleri de bulunmamaktadır⁹⁰.

Alacaklının yardımcının zararın doğmasında etkili olan bir davranışının varlığı da, Türk Borçlar Kanunun 116. maddesi kıyasen uygulanarak alacaklıya isnad edilebilir ve TBK. m. 52/I gereği, tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir⁹¹. Tazminatın artırılmasına sebep olan haller ise, zarara sebep olanın ek kusurudur. TBK. m. 116’da da, borçlunun fiili kusuru, tazminatın takdirinde rol oynayan tazminattan indirim sebebi, tamamen veya kısmen etkisiz hale getirebilir⁹².

3. Borçlunun Yardımcı Kişiye Rücu Hakkı

Borçlun, üçüncü kişilerin zararını ödedikten sonra bir zarara uğramıştır. Oluşan bu zararı tazmin eden borçlu, yardımcı kişiden bunu talep eder. Ancak bu zararın borçludan istenmesi mümkün olmalıdır. Eğer istenebilen bir zarar ise, borçlu, yardımcıya rücu edebilir⁹³. TBK.

⁸⁸ Eren, 766; Gauch/Aeppli/Casanova, 102, Art. 44 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 802; BGE 92 II 242.

⁸⁹ Eren, 766; ; Gauch/Aeppli/Casanova, 102, Art. 44 OR.

⁹⁰ Von Tuhr/Peter, 108; Tandoğan, 318-319; Y. 4. HD, T. 26.02.1976, E. 1978/5666, K. 1979/2516, YKD. 1980, S. 1, 35-38.

⁹¹ von Tuhr/Peter, 109 vd; Eren, 766 vd; Tandoğan, 324-325; Weber, PN. 160, Art. 101 OR; Koller, PN. 332, 103; Ott, 287 vd; Şenocak, 229.

⁹² Şenocak, 234.

⁹³ “...vesikalı akreditif sistemine göre davacı banka amir banka, yabancı banka da muhabir banka durumundadır. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları gereğince (HGK. 4.11.1964 tarih ve 1942/D-T Esas, 637 Karar sayılı kararı ile Onbirinci Hukuk Dairesi’nin 22.4.1982 tarih 1982/1274-1845 sayılı kararı) yabancı ve yerli muhabir banka amir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de, BK. nun 100. maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur. Maddenin tercüme şekli yanlış anlamaya yer verecek şekilde yapılmış ve sanki sadece (kendisi ile beraber yaşayan şahısların veya mahiyetinde çalışanların) fiillerinden sorumluluk söz konusu imiş gibi yapılmıştır. Oysa maddenin başlığı (muavin şahısların meşkuliyeti) şeklinde geniş anlamı olduğu gibi İsviçre BK. nun karşılığı ve kay-

m. 116'da bu hükme yer verilmemiştir. Bundan dolayı, borçlunun yardımcısına rücu hakkı TBK. m. 62'de belirtilen genel hükümlere göre yapılır. Rücu alacağı, borçlu ile yardımcısı arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir. Borçlu ile yardımcısı arasındaki ilişki özel hastane ile hastanede devamlı çalışan hekim arasında olduğu gibi hukuki ilişkiye dayanabileceği gibi, sözleşme dışı bir ilişkiye de dayanabilir. Ancak borçlu ile yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişki mevcut olup aynı zamanda, yardımcı kişinin de kusuru mevcut ise, borçlunu rücu alacağı, yardımcı kişinin sözleşmeye aykırı davranışına dayanır. Bu durumda yardımcı, karşı âkit durumunda bulunana borçlunun alacaklıya tazmin ettiği zararı gidermek zorundadır. Borçlu ile yardımcı şahıs arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmuyor ise, ve borçlu, ödediği tazminat için yardımcı kişiye TBK. m. 62'ye göre rücu eder. Bunun için de yardımcı kişinin kusurlu olması gerekir. Rücu alacağı, yardımcının kusuru oranında gerçekleşir. Yardımcı kusursuz ise, borçlu ona rücu edemez⁹⁴.

Borç ilişkisinin alacaklı tarafı ile ifa yardımcısı arasında akdi bir ilişki mevcut olmadığından, alacaklı ona karşı sözleşmenin ihlaline dayanan bir tazminat davası açamaz. Buna karşılık yardımcı kişinin davranışı bir haksız fiil teşkil ediyorsa, alacaklı TBK. m. 49 ve 66'ya dayanarak borçlu ile birlikte veya tek başına yardımcı kişiyi haksız fiil hükümlerine göre dava edebilir⁹⁵.

nak maddesi olan 101. maddesinde (... kendisi ile beraber yaşayan şahıslar veya mahiyetinde çalışanlar gibi, yardımcılara işin tevdiinden söz edilmekle maddede yazılı kişilerin sınırlayıcı değil örnek olarak gösterildiği açıkça belirtilmektedir. Bu yardımcı, borçlunun açık veya gizli rızasıyla ifa ya da haklı kullanma eylemlerine katılan herhangi bir kişi olabilir. Bu durumda Amerika'daki muhabir bankayı davacı bankanın yardımcısı kabul etmek ve onun yanlış işleminden ve davalı ithalatçıya karşı davacı bankayı sorumlu tutmak gerekmektedir. Muhabir bankanın yanlış işlemi nedeniyle ödediği paranın sorumlusu davalı olamaz. Bu sebeplerle davanın reddi gerekirken taraflar arasındaki ilişkinin bir vesikalı akreditif işlemi olduğu hususu ve vesikalı akreditifin özelliği üzerinde durulmadan davalının ithal süresinin uzatılmasını talep etmediği gibi ilişki dışındaki bir nedene dayanılarak davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir. Davacı bankanın yardımcısı durumundaki Amerika'daki muhabir bankası olan (Bankers Trust Company 'ye tabiatıyla rücu hakkı saklıdır, " Y. 11. HD., T. 15.11.1982, E. 4852/5626 K., naklen Kazancı Otomasyon)

⁹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1204; Eren, 1084; Kılıçoğlu, 647.

⁹⁵ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2878, 141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1205.

4. Yardımcı Kişiden Dolayı Sorumluluğu Kaldırılması veya Sınırlandırılması

Türk Borçlar Kanunu m. 116/II'ye göre, borçlu, alacaklı ile daha evvel yapmış olduğu sözleşme ile yardımcı kişinin alacaklıya vereceği zararlardan sorumlu olmayacağını kararlaştırabilir. Bu duruma sorumsuzluk sözleşmesi adı verilir. Taraflar arasında böyle bir sözleşmenin yapılabilmesi için işin yardımcı şahsa bırakılabilir olması ve borçlunun işletme organizasyonunun kusursuz ve eksiksiz olması gerekir⁹⁶.

TBK. m. 116/II'de yer alan ve borçlunun yardımcı kişinin borca aykırı fiillerinin sonuçlarından kurtulmayı amaçlayan sözleşme ile TBK. m. 115 arasında önemli bir fark vardır. Şöyle ki, TBK. m. 116/II'ye göre, borçlu alacaklı ile önceden yaptığı sözleşme ile yardımcı kişilerin kasıtlı veya ağır kusurlu davranışlarıyla alacaklıya verecekleri zararlardan tamamen veya kısmen sorumsuz olacağını kararlaştırmalarıdır. Buna karşın TBK. m. 115'e göre alacaklı ve borçlu arasında daha evvelden yapılacak kast ve ağır ihmalden dolayı sorumlu olunmayacağına ilişkin sözleşme kesin olarak hükümsüzdür. Ancak bu kuralların kanun maddesinde bazı istisnai halleri de düzenlenmiştir. Bunlar, TBK. m. 116/III'e göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin yaptıkları anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

5. Adam Adam Çalıştıranın Sorumluluğu ile Yardımcı Kişinin Eyleminden Sorumluluğun Karşılaştırılması

Türk Borçlar Kanunu m. 66'da düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğu, Borçlar Kanunumuzun haksız fiillerle ilgili bölümünde düzenlenmiştir. Burada, kusura dayanmayan bir haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık, TBK. m. 116'da hükme bağlanan yardımcı kişinin eylemlerinden sorumluluk, "Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları"na ilişkin ikinci kısımda yer almıştır. Bu iki hüküm TBK. m. 49 ve TBK. m. 112 gibi, belirli bir zararın ne zaman sorumluluğa yol açacağını belirleyen birer sorumluluk normudur⁹⁷. Bu duruma veri-

⁹⁶ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2898, 144; Wiegand, PN. 16 Art. 101 OR; Furrer/Wey, PN. 36 Art. 101 OR; Weber, PN. 163, Art. 101 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1203; Eren, 1085; Şenocak, 237.

⁹⁷ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2903 vd, 144; Şenocak, 135.

lecek en iyi örnek, özel hastanenin, sözleşme yaptığı hastasının mide ameliyatında gazlı bez unutulması sonucu hastanın belli bir süre ağrı çekmesi durumunda hekimin sorumluluğu TBK. m. 116'ya göre belirlenir⁹⁸. Aynı şekilde hastayı ziyarete gelmiş bulunan hasta yakınının özel hastanede temizlik görevlisi olarak çalışan (T)'nin koridorları fazla cılaması sonucu kayıp düşmesi durumunda, özel hastane yönetimi hasta yakınına karşı aralarında her hangi bir sözleşme olmadığından TBK. m. 66'ya göre sorumludur. Ancak, doktrindeki hakim görüşe göre, zarar verici davranış, hem genel hukuk hükümlerine hem de akdî bir hükme aykırı olduğu sürece Borçlar Kanunu'nun 66 ve 116. maddeleri yarışma halindedirler. Buna karşın her iki sorumluluğun amacı ve koşulları arasında önemli farklar vardır. Bu farkları şu şekilde sıralayabiliriz.

1. Borçlar Kanununun 66. maddesine göre, yardımcı kişinin davranışından sorumlu olan kişi “ iş sahibidir”. TBK. m. 66'ya göre “iş sahibi”, işlerini gördürmek amacı ile kendisiyle bağımlılık ilişkisi içerisinde olan bir kişiyi kullanan kişidir. Başkasının hizmetinden çoğunlukla bir hizmet sözleşmesi yoluyla veya diğer bir sözleşme ile istifade etmek gereklidir. Ancak burada önemli olan, bir kişinin diğer kişinin hizmetinden kendi amaçları için yararlanmasıdır⁹⁹. Adam çalıştırma ilişkisinde, önemli olan çalışanın işi görürken çalıştırmanın talimatlarının altında olmasıdır. Çalışma ilişkisi ne şekilde adlandırılırsa adlandırılırsın aralarında mutlaka bağımlılık ilişkisi olmalıdır. Buna karşın TBK. m. 116'ya göre, ifa yardımcısının borçluya tabi olması mümkün ise de, şart da değildir¹⁰⁰.
2. Türk Borçlar Kanunu m. 66'ya göre, iş sahibinden tazminat talep edecek kişi zarara uğramış herhangi bir üçüncü kişidir. Yani , TBK. m. 66'ya göre, zarar gören ile adam çalıştırın arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir¹⁰¹. Buna karşın, TBK. m. 116'ya göre, zarar gören ile borçlu arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır.

⁹⁸ YİBK. T. 18.03.1940, 14/21 sayılı içtihadında, “bir şirketin müstahdemi durumunda bulunan bir mühendisin kusurundan dolayı aynı şirketin işçilerinden biri zarara uğratıldığı takdirde, işçi tarafından şirkete karşı açılacak davanın BK. m. 100 (TBK. m. 116)'ya dayanacağı ve bu sebeple on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı içtihad edilmiştir”.

⁹⁹ Sağlam, 165.

¹⁰⁰ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2906; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1206; Tandoğan, 80; Eren, 620; Kılıçoğlu, 648; Şenocak, 137.

¹⁰¹ Altay, 176.

Örneğin, özel hastanede ameliyat edilen hastanın hekimin hatalı davranışından dolayı, ölümüne sebebiyet verilmiş ise, burada zarar gören ile borçlu arasında bir hastane kabul sözleşmesi bulunduğu için TBK. m. 116 uygulama alanı bulur. Ancak, eğer hekim tarafından hastaya yapılan ihlal, aynı zamanda haksız fiilde teşkil ediyorsa, alacaklı istediği kuruma başvurmada muhayyerdir¹⁰².

3. Türk Borçlar Kanunu m. 66'da, yardımcı kişinin üçüncü şahsa hukuka aykırı bir şekilde zarar vermiş olması aranmaktadır. Burada, hukuka aykırılığın nitelikleri, TBK. m. 49'a göre belirlenir. Buna karşın, TBK. m. 116'nın uygulanabilirliği, yardımcı kişinin davranışının, borçlunun borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin ihlalini teşkil etmelidir. Yani burada, TBK. m. 116'ya göre sorumluluk için TBK. m. 49'da yer alan ve genel yükümlülüklerin ihlalini oluşturan, "hukuka aykırılık" kavramı yeterli olmaz¹⁰³.
4. Borçlar Kanunu m. 66 ve 116 arasındaki bir diğer fark ise, TBK. m. 66'da iş sahibine sorumluluktan kurtulma kanıtı getirme hakkı tanınmıştır. Buna göre, adam çalıştıran çalışanın seçiminde, denetiminde, talimat vermede gerekli objektif özeni gösterdiğini, kanıtladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁰⁴. Ancak TBK. m. 116'da borçluya bu şekilde bir kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınmamıştır¹⁰⁵. TBK. m. 66'ya göre, adam çalıştıran, yardımcı kişi ister kusurlu olsun ister olmasın daima sorumludur. Ancak TBK. m. 116'ya göre, borçlu, yardımcı kişi yerine geçip, onun davranışında bulunmuş olsaydı, bu davranış kendisine kusur olarak yükletilebilecek idi ise sorumlu olur. Bu sebeple, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için yardımcı kişinin fiilini, yardımcı kişi yerine; kendisi yapmış olsaydı bunun kendisine bir kusur olarak yükletilemeyeceğini, bundan dolayı kendisinin kınanamayacağını ispat etmesi gerekir¹⁰⁶.

¹⁰² Tandoğan, 79; Eren, 621.

¹⁰³ Gauch/Schleup/Schmid/Rey, PN. 2897, 143; Furrer/Wey, PN. 39, Art. 101 OR; Wiegand, PN. 6 Art. 101 OR; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1206; Tandoğan, 79.

¹⁰⁴ Sağlam, 168.

¹⁰⁵ Eren, 620; Kılıçoğlu, 648; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 1206; Şenocak, 138; Y. 11 HD., T. 17.01.1980, 1/133, YKD. 1980, S. 9, 1246 vd; "...yardımcı kişilerden dolayı sorumlulukta, adam çalıştıran kurtuluş delili getirme imkanından mahrumdur (BK. m. 100), YHGK. T. 01.12.2010, E. 13-593/623 K., naklen Kazancı otomasyon).

¹⁰⁶ Koller, 154 vd; Eren, 620; Şenocak, 140; Tandoğan, 53; Kılıçoğlu, 648.

5. Zamanaşımı açısından , adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği TBK. m. 66'nın haksız fiil sorumluluğu olması dolayısıyla haksız fiil hükümlerine tabidir (TBK. m. 72). Buna göre, zamanaşımı, " Zarar görenin zararı, ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar..." hükmü gereği iki ve on yıllık haksız fiil zamanaşımına tabidir. Buna karşın TBK. m. 116'ya göre, akdî zamanaşımı süresi olan TBK. m. 146 vd hükümlerine tabi olduğundan on yıllık zamanaşımına tabidir¹⁰⁷.
6. Borçlar Kanunu m. 116'da alacaklıya, borçlu ile yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumsuzluk anlaşması yapılabileceğine dair bir yetki verilmiştir. Buna karşın TBK. m. 66'ya göre sorumluluğun emredici olmasından dolayı, sorumluluktan kurtulma mümkün değildir¹⁰⁸.
7. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda, kanun, açıkça zararı tazmin eden adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkını öngörmüştür. Buna karşın, yardımcı kişinin eyleminden sorumlulukta TBK. m. 116'da böyle bir rücu hakkından bahsedilmemiştir. Ancak, zararı tazmin eden borçlunun, yardımcısına rücu hakkına sahip olduğu genel hükümlerden çıkartılabilir¹⁰⁹.
8. Bütün bu farklara rağmen her iki hükümde, sorumlu kişinin gerçek kusurunu aramayan sebep sorumluluğunu düzenlemektedir¹¹⁰. Ancak, TBK. m. 66'da sorumluluk, adam çalıştırmanın göstermesi gereken objektif özen yükümünün ihlaline dayanmakatdır. İş sahibi burada kusura ehil olmadığını, yani temyiz kudretine sahip olmadığını veya özensizliğinin kusuru olarak nitelendirilebilecek bir dereceyi bulmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır¹¹¹. Buna karşın borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunda, kusur şartı, "borçlu yardımcı kişinin davranış tarzında bulunmuş olsaydı, bu hareket tarzı onun için geçerli olan objektif özen ölçüsüne göre kusuru teşkil edecektir" faraziyesine dayandığından onun gerçek kusurunu ifade edememektedir¹¹².

¹⁰⁷ YİBK. T. 18.04.1940, E. 14/27, RG. 4522, T. 30.05.1940.

¹⁰⁸ Tandoğan, 81; Eren, 620.

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, 648.

¹¹⁰ Tandoğan, 23; Wiegand, PN. 1 vd, Art. 101 OR; Koller, PN. 41, 11.

¹¹¹ Tandoğan, 53.

¹¹² Şenocak, 140.

SONUÇ

Günümüzün gelişen teknolojisinin karşısında kişilerin tek başlarına bir işin üstesinden gelmesi beklenememektedir. Yaşadığımız çağda hizmetler bireysellikten çıkıp, birçok kişi tarafından yerine getirilen grup çalışmaları halini almışlardır. Sosyal devletin özelliklerinden olan sağlık hizmetleri de yaşadığımız çağda, kamunun yanı sıra, özel sektör tarafından yerine getirilmektedir. Geçmişten beri süregelen sağlık hizmetleri de artık özel hastanelerde verilebilmektedir. Buralarda çalışan hekimler, özel hastanelerle özel hukuk hükümlerine göre yapmış oldukları hizmet akitleri ile çalışmaktadırlar. Bu ilişki içerisinde çalışan hekimler, Türk Borçlar Kanunu m. 116 gereğince ifa yardımcısı sıfatına sahiptirler. Türk Yargıtayı özel hastanelerde çalışan hekimlerin, işlerini yaparken hastalara verdikleri zararlar konusunda hekim ve hasta arasındaki ilişkinin TBK. m. 66 olduğunu kabul ederek, zarar sözleşme hükümlerine tabi kılmayarak bu durumlarda haksız fiil hükümlerini uygulamaktadır. Oysaki, hekim hastanın karşısında, özel hastanenin ifa yardımcısı niteliğindedir. Çünkü hasta, özel hastane ile bir sözleşme yapmaktadır. Bu sözleşmenin gereğini de hekim yerine getirmektedir. İşlerin görüldüğü anda da hasta zarar görmektedir. Burada, zarar gören hasta, ile özel hastane arasında TBK. m. 66'dan farklı olarak bir sözleşme bulunmaktadır. Bundan dolayı olaya TBK. m. 116 uygulanmalıdır. Gerçekten de, TBK. m. 66'da zarar gören ile adam çalıştıran arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Adam çalıştıranın işin görülmesinde çalıştırdığı kişilerin adam çalıştıranı yabancı onunla herhangi bir ilişkisi olmayan kişiye zarar vermesi durumunda, verilen zarar haksız fiil hükümlerine göre telafi edilir. Ancak, Yargıtay özel hastane ve hasta arasındaki sözleşmeyi atlayarak verdiği kararlar da hep TBK m. 66'yı uygulamaktadır.

Çalışmamızda TBK. m. 116'nın şartları ve uygulama alanları ve TBK. m. 66'dan farkına değinilmeye ve Yargıtayın uygulamalarının isabetsizliği yine Yargıtayın verdiği kararlarla ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

KAYNAKLAR

- Altay, S.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyon) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. m. 66/III), Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011.
- Ayan, M.: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî sorumluluk, Ankara 1991.
- Becker, H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, B. VI: Obligationenrecht, I, Abt., Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183 OR), 2. Aufl. Bern 1941.
- Belgesay, M. R.: Tıbbî Mesuliyet, İstanbul 1954.
- Donay, S.: Doktorun Hukukî Sorumluluğu, İktisadî ve Ticarî İlimler dergisi, S. 10, 1968, 39-53.
- Eren, F.: 6083 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012.
- Esser, J./Schmidt, E.: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 1984.
- Furrer, A./Wey, R.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- Gauch, P.: Der Wekvertrag, 5. Aufl, Zürich 2011.
- Gauch, P./Aeppli, V./Casanova, H.: OR Allgemeiner Teil-Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1989.
- Gauch, P./Aeppli, V./Stöckli, H.: Praejudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 6. Aufl. Zürich 2006.
- Gauch, P./Schleup, W./Schmid, J./Rey, H.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. Zürich 2003.
- Guhl, T./Schnyder, K. A./Koller, A./Druey, J. N.: Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl, Zürich 2000.
- Hatırnaz, G.: Özel Hastanelerin Hukukî sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Bası Ankara 2009.
- Huguenin, C.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2004.
- Kıcalıoğlu, M.: Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- Koller, A.: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1981.
- Köprülü, Ö.: Hekimin Hukukî Sorumluluğu, İBD., C. 58, S. 10-12 1984, 589-613.
- Kramer, E./Schmidlin, B.: Berner Kommentar, B. VI, I. Abt., I. Teilband., Bestimmungen, Art. 1-18 OR, Bern 1986 .
- Loeffler, W.: Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung Aarau 1945.
- Neuenschwander, M.: Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971.
- Oğuzman, M.K./Öz, T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- Oser, H./Schönenberger, W.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, (Art. 1-183), 2. Aufl., Zürich 1929; B. V: Das Obligationenrecht, 3. Teil (Art. 419-529), 2. Aufl., Zürich 1945.
- Ott, W.: Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, SJZ 1978 , 285 ff.

- Özdemir, H.: Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.
- Öztürkler, C.: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- Portmann, P.: Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Heft 335 der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 1958.
- Reisoğlu, S.: Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul 1983, 1-18.
- Sağlam, İ.: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011.
- Sarial, E.: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.
- Schnyder, K. A.: Basler Kommentar, Zürich 2006.
- Schwenzer, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl, Zürich 2006.
- Serozan, R.: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006.
- Spiro, K.: Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.
- Şenocak, Z.: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
- Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
-: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II: İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmesi, B. 3, Ankara 1987, (Tandoğan, Özel).
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Tekinay Borçlar Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1988.
- Tschudi, J.W.: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Bern 1949.
- Velidedeoğlu, H. V.: Hekimin Sorumluluğu, Yapıt ve Vekillik Sözleşmeleri, Cumhuriyet Gazetesi 26.08.1969.
- von Büren, B.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- Von Tuhr, A./Escher, A.: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, B. II 3. Aufl., Zürich 1974.
- Von Tuhr, A./Peter, H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Weber, H. R.: Berner Kommentar, B. VI/I/5, Art. 97-109 OR, Bern 2000.
- Wiegand, W.: Basler Kommentar, Obligationenrecht, B. 1, 4. Aufl., Zürich 2007.
-:Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, ZBJV 137/2001,98 (Wiegand, ZBJV 2001).
-: Die Leistungstörungen, recht 1983, 1 ff. (Wiegand, recht 1983).
-: Die Haftung für Hilfsperson, festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Privat Law (Band I) (Wiegand, Haftung).