

**Prof. Dr. İlhan Helvacı**

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

**Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - 20. Hafta - 1. Ders - 02.05.2024**

## **A-) İfa Yardımcılarının Eylemlerinden Sorumluluk**

### **1-) Genel Olarak**

Geldik 116. maddeye. 116. madde bize şunu söylüyor. Kanunu okumak âdeta ders kitabını okumak gibi, kanunu kenar başlıklarıyla, sistematikte nerede olduğunuzu görerek okumak daha da kıymetli. TBK m. 116'nın kenar başlığı: "3. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk." Hüküm de şöyle:

*"Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. ..."*

Borçlu, borcun ifasında diğer kişilerin yardımından yararlanabiliyor. Biz bu kişilere ifa yardımcıları diyoruz. Örneğin berberin kalfası, elektrikçinin çırağı, bankanın çalışanı, vb. Hatta borçlu kendi yerine bir başka şahsı (üçüncü kişiyi de) ikame edebiliyor. Borcun ifasını tümüyle bu kişiye bırakabiliyor. Bu şahsa da biz ikame şahıs diyoruz.

Borçlunun yardımından yararlandığında bu kişiler - ister ifa yardımcısı olarak ister ikame şahıs olarak karşımıza çıksınlar - borçlunun borcuna aykırı davranışta bulunurlarsa ve bu nedenle alacaklı bir zarara uğrarsa, borçlu bu zararları gidermekle yükümlüdür.

Biz açıklamalarımızı ifa yardımcıları üzerinden sürdüreceğiz. Ama borçlunun ifa yardımcılarından sorumluluğuna ilişkin açıklamalarımız borçlunun ikame şahısların eylemlerinden sorumluluğu bakımından da geçerli olacak.

İfa yardımcısı bir gerçek kişi olabilir, bir tüzel kişi olabilir. Buna bir engel yoktur. İfa yardımcısından bahsedilebilmesi için borçlu ile ifa yardımcısı arasında bir borç ilişkisinin bulunması da şart değildir. Yani bir borcun ifası sürecine tesadüfen katılan bir kişi dahi ifa yardımcısı olarak nitelendirilir. Ancak dikkat: Bir şahsın ifa yardımcısı olarak nitelendirilebilmesi için onun borcun ifasına borçlunun rızasıyla katılması gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla borcun ifasına borçlunun rızası olmadan yardım eden bir kişiyi ifa yardımcısı olarak kabul edemeyiz.

Bir örnek vererek konunun diğer detaylarına da girelim. Siz benimle bir sözleşme yaptınız. Dediniz ki: "Şu şişeyi şuradan şuraya taşıyacaksın." Ben de (bir gerçek kişi olarak) birileriyle sözleşmeler yaparak veya yapmayarak bu borcun ifasında onların yardımından yararlandım.

Ya da bir gerçek kişi ile değil de bir tüzel kişi ile örneğin bir şirket ile sözleşme yapmıştınız. Zaten bu işi bizzat taşıması söz konusu değildi. İfa yardımcısı kullanması kaçınılmazdı. Örneğin şirketin personeli vardı. Onlar taşıdılar. Dikkat, şirketin organları ifa yardımcısı değildir.

Tüm ihtimallerde ifa yardımcısı bu işi yarı yolda kırdılar. Kusurları var veya yok. Benim kusurum var veya yok. Hiçbir önemi yok. Örneğin: Bunu taşıyan o sırada kalp krizi geçirdi, ayırt etme gücünden yoksun hale geldi. Bunu kırdı. Önemi yok. Şişenin taşındığı ve kırıldığı sırada ifa yardımcısı değil de ben hastanede kalp krizi geçirmiştım, hasta yatağında yatmaktaydım. Bilincim kapalıydı. Ayırt etme gücünden yoksundum. Önemi yok.

#### Bu bir kusursuz sorumluluk hali.

Dersin başını hatırlayın. Kural, borçlu borca aykırı davranışının meydana getirdiği zararlardan kusurlu ise sorumludur, kusursuz ise sorumsuzdur. Ancak dedim ki istisnalar var. Borçlu kusurlu olsa dahi sorumsuz olabilir yani sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir (TBK m. 115). Ama hatırlayın lütfen borçlunun ancak hafif kusurundan sorumsuz olacağına dair bir sorumsuzluk anlaşması geçerli olabilir.

Bir de ne dedim? Borçlu kusuru olmasa dahi sorumluluk altına girebilir dedim. Örnek, TBK m. 116. Borçlu, ifa yardımcısı kullanıyorsa, onlar borçlunun borcuna aykırı davranıyorlarsa ve alacaklı bu nedenle bir zarara uğruyorsa, borçlu bu zararı gidermekle yükümlüdür. Borçlu kendisinin kusuru olmasa dahi, ifa yardımcılarının kusuru olmasa dahi bu zarardan sorumludur.

#### Farazi kusur meselesi?

Şimdi hâl böyle olmasına rağmen doktrindeki hâkim görüş bütün bunlara şu cümleyi eklemek zorunda kalıyor. Çünkü biz bir borçluyu salt ifa yardımcısı kullandı diye deyim yerindeyse cezalandıramayız. *“Madem ifa yardımcısı kullandın tüm sonuçlarına katlanacaksın!”* diyemeyiz.

Evet şu düşünce doğrudur: *“Madem ifa yardımcısı kullandın. Böylelikle egemenlik alanını genişlettin. Bu çerçevede çeşitli menfaatler elde etmeye başladın. Yüzlerce çalışanın sayesinde menfaatler elde ediyorsun, gelir elde ediyorsun. O halde bunların olumsuz sonuçlarına da katlanmak zorundasın.”* deriz. Ama *“Ey borçlu, her ne hal olursa olsun, her durumda ifa yardımcılarının borca aykırı davranışlarından sen sorumlu olacaksın!”* dememiz de çok sert bir çözüm oluyor.

Nereye gelmek istiyorum? Şuraya gelmek istiyorum, borca aykırı davranışı sergileyen kişi bizzat borçlu olsaydı o zaman acaba biz bu borçluyu kusurlu olarak nitelendirebilecek miydik ve onun meydana getirdiği zararı gidermesi gerektiğini söyleyebilecek miydik? Yani onu sorumlu tutabilecek miydik?

Doktrindeki hâkim görüş burada bir farazi kusur değerlendirmesine gidiyor. Diyor ki burada bir farazi kusur değerlendirmesi yapılmalıdır. Acaba bu borç bizzat borçlu tarafından

ifa edilseydi biz borçluyu kusurlu addedebilecek ve sorumluluk altına sokabilecek durumda mıydık? Yani klasik örnek, bir malı bir yerden bir yere taşımayı taahhüt eden bir borçlu B var. Evet borçlu B'nin bu cam şişeyi buradan buraya taşıması gerekiyor. Borçlu B, bir ifa yardımcısı kullanmış. İfa yardımcısı bunu kalp krizi geçirdiği sırada düşürmüş ve kırmış. Borçlu B sorumlu mu? Sorumlu.

Ya da şişenin düşürüldüğü ve kırıldığı sırada ifa yardımcısı değil de bizzat borçlu B kalp krizi geçirmiş, ayırt etme gücünden yoksun durumda. Borçlu B sorumlu mu? Sorumlu.

Ama söz konusu cam şişeyi taşıyan ifa yardımcısına bir kamyonun çarptığını ve kamyon şoförünün %100 kusurlu olduğunu varsayalım. Ne yapacaksınız? Acaba bu üçüncü şahsın ağır kusuruna rağmen yine ifa yardımcısı kullanan borçluyu sorumlu kılacak mısınız? Ya da şunu mu düşüneceğiz? Bizzat borçlu borcu ifa ediyor olsaydı onun kusurlu olduğunu kabul edebilecek miydik? Bu sorunun yanıtı hayır değil mi? Hayır. Gerçekten de borçluya bir kamyonun saate 100 km hızla çarptığı ve şoförün %100 kusurlu olduğu bir ihtimalde biz borçluyu kırılan şişe nedeniyle sorumlu kılamayacaktık.

Dolayısıyla diyoruz ki bir farazi kusur araştırması yapılmalıdır. Yani örneğin zarar mücbir sebepten, fevkalade halden kaynaklanıyorsa o zaman ne yapacağız gerçekten de? İfa yardımcısı kullanan borçlunun sorumluluğuna da gidemeyeceğiz.

Yani TBK m. 116'da sayılan şartların içerisine doktrinadaki hâkim görüş neyi de ekliyor? Borçlu borcu bizzat ifa etse idi biz onu kusurlu addedebilecek miydik? Dolayısıyla da onu borca aykırı davranışı nedeniyle sorumluluk altına sokabilecek miydik?

Eğer bu sorunun yanıtı evetse o zaman gerçekten de ifa yardımcısı kullanan borçlu ne yapacak? TBK m. 116 çerçevesinde sorumluluk altına girecek; ama durum böyle değilse, borç bizzat borçlu tarafından ifa edilse idi borçluyu kusurlu addetmek, borçluyu sorumlu addetmek mümkün değil idiyse o zaman da ne yapacağız? İfa yardımcısının eylemlerinden ötürü borçluyu sorumlu tutamayacağız.

## 2-) İnsan Çalıştırmanın Sorumluluğuyla Karşılaştırma

Bu kusursuz sorumluluk hali hakkındaki açıklamalar size neyi hatırlatır? Adam çalıştırmanın, insan çalıştırmanın eski ifadesiyle istihdam edenin sorumluluğunu hatırlatır.

Şunun farkındayız, değil mi? Evet her iki kurumu karşılaştırmak hep yaptığımız bir şey. Ama dikkat. TBK m. 66'daki insan çalıştırmanın sorumluluğu çalışanların başkalarına verdiği zararlarla ilgilidir. Hükümün 1. fıkrası bize bunu söylüyor:

*“Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Halbuki TBK m. 116'daki borçlunun ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluğu onların sözleşmenin diğer tarafına verdiği zararlarla ilgilidir. Hüküm şöyle kaleme alınmış:

*“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Yani insan çalıştırmanın sorumluluğunda, çalıştırılan ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi yoktur; halbuki ifa yardımcısı kullanan borçlunun sorumluluğunda borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi mevcuttur.

İnsan çalıştırmanın sorumluluğunda da hatırlarsanız, bir kusursuz sorumluluk hali söz konusuydu. Çalıştırılanın da çalışanın da kusuru şart değildi. Ancak, dikkat, adam çalıştırılan bu sorumluluktan ne yapabiliyordu? Kurtuluş kanıtı getirerek kurtulabiliyordu.

Örneğin çalışmanı seçmede, ona talimat vermede, ona nezaret etmede (onu denetlemede) gereken tüm özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabiliyordu.

Gereken tüm özeni gösterseydi dahi yine bu zarara mâni olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabiliyordu.

İşletmesinin böylesine bir zararın doğumunu önlemek bakımından gerekli organizasyona sahip olduğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabiliyordu, değil mi? TBK m. 66/f. 2 ve f. 3'e göre:

*“Adam çalıştırılan, çalışmanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*

*Bir işletmede adam çalıştırılan, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Dikkat, TBK 116. maddede borçlunun böylesine bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı yok.

### **3-) TBK m. 116'nın Uygulanmasının Diğer Şartları**

TBK m. 116 fıkra 1'i tekrar okuyalım, kulağımızda kalsın:

*“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Ayıklayalım ve bazı şeylerin altını çizelim. Borçlu borcun ifasını birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara ... diyor. O halde bu hükümdeki sayma sınırlı sayıda değil.

Dikkat, kanuna uygun surette bırakmış olsa bile: İfa yardımcısı kullanmak borca aykırıysa borçlu zaten borca aykırı davranışından TBK m. 112 çerçevesinde sorumlu. Biz ise ifa yardımcısı kullanılmasının borca uygun olduğu ihtimali konuşuyoruz.

Borçlu onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zarar gidermekle yükümlüdür. Yani borcun ifasında yardımından yararlanan şahısların davranışlarının borçlunun borcuna aykırı olması lazım.

Klasikleşmiş ders kitapları örneklerinde şunu görürsünüz, borçlu alacaklıyla bir sözleşme yapmıştır. Alacaklı A'nın evindeki elektrik arızasının giderilmesi gerekmektedir. Şimdi borçlu, yerine bir ikame şahıs koyabileceği gibi bir ifa yardımcısı da kullanabilir. Örneğin çırağının yardımından faydalanabilir. Peki bu ifa yardımcısı söz konusu elektrik arızasını giderirken evin elektrik sistemine zarar verirse veya arızaya neden olan avizeyi asarken düşürüp kırarsa o zaman biz ne deriz? İfa yardımcısının bu davranışı borçlunun borcuna aykırıdır; borçlu, ifa yardımcısının bu (borca aykırı) davranışı nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumludur deriz.

Peki elektrikçi B'nin çırağı Ç, avizeyi düşürüp kırmamış da diyelim ki A'nın evdeki cep telefonunu çalmış. Ne dersiniz? Acaba çırak Ç'nin borçlu B'nin borcuna aykırı davranışı var mı? Hayır çırak Ç'nin, borçlu B'nin borcuna aykırı davranışı yok. Dolayısıyla elektrikçi B, çırağı Ç'nin yani ifa yardımcısının bu hırsızlık eyleminden ötürü sorumlu mudur diye sordüğümüzde cevap şudur: TBK m. 116'yı uygulamamız mümkün değildir.

Ancak doktrinde şu düşünce de savunulmaktadır: Bir sözleşme ilişkisine giren taraflar gerek sözleşmenin kurulması aşamasında gerekse sözleşme kurulduktan sonra birbirlerine karşı TMK m. 2'den kaynaklanan koruma yükümlülükleri altına girerler. Bu örnekte çırağın diğer tarafın cep telefonunu çalmaya yönelik davranışı, borçlunun koruma yükümlülüklerine aykırıdır. Dolayısıyla borçlu (elektrikçi), çırağının alacaklının cep telefonunu çalmasından da (koruma yükümlülüklerine aykırı davranışından da) TBK m. 116 uyarınca sorumlu tutulmalıdır.

Çok klasik bir başka kürsü örneği, onu da söyleyeyim. Bir evde kiracısınız. Yanınızda çalışan hizmetçiniz var. O, evin pencerelerini silerken camını kırdı veya mutfak lavabosunu kırdı. Bu hizmetçinin bu davranışlarından sorumlu musunuz? Evet sorumlusunuz. Onun kiraya verenle bir kira sözleşmesi yok. Kira sözleşmesini siz yaptınız. Ama kanun koyucu ne diyor? Mealen: Bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını örneğin birlikte yaşadığı kişilere, yardımcı kişilere bırakan borçlu onların borca aykırı davranışlarından sorumludur diyor.

Peki ev sahibi geldi. Hizmetçiniz onunla tartışmaya başladı. Hizmetçiniz ona küfür etti, hatta yumruk attı. TBK m. 116 çerçevesinde sorumlu musunuz? Hizmetçinizin sizin borcunuza aykırı bir davranışı var mı? Sizin kiralanan nesneyi özenle kullanma borcunuz var, değil mi? (Elbette bir de kira bedellerini ödeme borcunuz var).

Şimdi kira sözleşmesi çerçevesinde hizmetçiniz kiralananı özenle kullanmıyorsa sizin borcunuza aykırı davranışı var. Onun bu gibi eylemlerinden siz TBK m. 116 uyarınca sorumlusunuz. Ama diyelim ki ev sahibinize sövdü, saydı, hakaret etti veya onu dövdü. Bu son

örneklerde sizin TBK m. 116 uyarınca bir sorumluluğunuz söz konusu olmayacak. Çünkü hizmetçinin bu davranışları sizin ev sahibinize olan borcunuza (kiralananı özenle kullanma borcunuza) aykırı davranışlar değil.

#### 4-) İfa Yardımcılarının Eylemlerinden Sorumsuzluk Anlaşması

Peki gelelim 116. maddenin 2. fıkrasına. 116. maddenin 2. fıkrası bize bir başka şartı daha getiriyor. O da şu, bir sorumsuzluk anlaşması mevcut olmamalıdır:

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

Şimdi biz TBK m. 115’i okumuştuk hatırlarsanız. TBK m. 115/f. 1, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür diyordu. TBK m. 115/f. 1’de hangi sınırlama var? Borçlunun ağır kusurundan sorumluluk altına girmeyeceğine dair önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür. TBK m. 116 fıkra 2: *“Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.”* Bir kusur sınırlaması var mı? Yok.

Gördüğümüz gibi kanun koyucu TBK m. 116/f. 2’de hiçbir sınırlama getirmiyor. Borçluya, ifa yardımcısının ağır kusurundan da hafif kusurundan da sorumsuzluk anlaşması yapma hakkı tanıyor. Yani TBK m. 116/f. 2’de herhangi bir kusur sınırlaması yok. Yani sorumsuzluk anlaşmasında borçlunun, ifa yardımcısının ağır kusurundan dahi sorumlu olmayacağına kararlaştırılması mümkün.

Ancak, hemen arkadan gelen 3. fıkra var:

*“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”*

Kanun koyucu kusur bakımından belki bir sınır getirmedi ama TBK m. 116’nın üçüncü fıkrasında bambaşka bir sınır getiriyor. Diyor ki eğer ortada uzmanlığı gerektiren bir meslek varsa veya bir hizmet varsa veya bir sanat varsa ve bu meslek veya sanat ya da bu hizmet ancak ve ancak yetkili makamlardan alınan bir izinle veya kanunun verdiği izinle yapılabiliyorsa o zaman diyor sorumsuzluk anlaşmasının hiçbir türüne müsaade etmiyorum. İfa yardımcısı kullanan borçlunun yapacağı sorumsuzluk anlaşmalarının hiçbir türüne müsaade etmiyorum. İster ifa yardımcılarının ağır kusurundan sorumsuzluk söz konusu olsun, ister hafif kusurundan sorumsuzluk söz konusu olsun hepsi kesin hükümsüzdür diyor.

Avukatlık, doktorluk, mimarlık, eczacılık gibi meslekler uzmanlığı gerektiren ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen mesleklerdir. Bankacılık hizmetleri de ancak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun verdiği izinle yapılabilir. Bir bankanın gerek kurulması gerekse faaliyette bulunması için bu kurulun izni şarttır (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 6 ve m. 10).

## 5-) Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması

Demek ki 116. maddenin 3. fıkrasını da bu şekilde geride bıraktığımızı söyleyebiliriz ve şimdi birazcık böyle borçlar hukukunun bütününe görmek adına bir iki örnek üzerine kafa yormamızda fayda var diye düşünüyorum.

Acaba Borçlar Kanunu m. 66'yla Borçlar Kanunu m. 116'nın aynı olayda şartları gerçekleştiyse ikisinin de aynı olayda uygulanması mümkün olabilir mi? Sorumluluk sebepleri yarışabilir mi? Ne dersiniz?

Örnek vererek ilerleyelim: Borçlu alacaklıyla bir sözleşme yapmış. Alacaklının buzdolabının taşınması gerekiyor. Borçlu da tabii ne yapıyor? İfa yardımcılarını kullanıyor. Yanında çalışan işçilerden yararlanıyor. Peki bu ifa yardımcılarını kullanılırken ne oluyor? Söz konusu buzdolabı düşürülüyor ve paramparça oluyor. Buzdolabına verilen bu zarar borca aykırı mı? Borca aykırı.

Peki bu durum aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyor mu? Bir kimsenin mutlak hakkını ihlal ediyorsanız, onun taşınır veya taşınmaz mal varlığı değerlerine zarar veriyorsanız, onların hasara uğramasına neden oluyorsanız o zaman aynı zamanda hangi hükümler çerçevesinde de sorumlusunuz? Haksız fiil hükümlerine göre de sorumlusunuz. Borçlu bakımından meseleye baktığımızda çalıştırmanın (= istihdam edenin) sorumluluğu çerçevesinde de B'nin sorumluluğu söz konusu olacak. Yani eğer her ikisinin de şartları gerçekleştiyse burada 116. maddenin uygulanması söz konusu olduğu gibi 66. maddenin uygulanması da söz konusu.

Şimdi alacaklı olarak acaba neyi tercih edersiniz? TBK m. 66'ya dayanmayı mı yoksa m. 116'ya dayanmayı mı? 116'ya gitmeyi tercih edersiniz. Neden diye sorsam? TBK m. 66 en azından borçluya bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanıyor. İnsan çalıştıran *"Ben istihdam ettiğim şahısları seçerken, onlara talimat verirken, onlara nezaret ederken gereken özeni gösterdim."* cümlesini kurarak ve bunları ispat ederek sorumluluktan kurtulabiliyor, değil mi? Başka imkânları da var ama şimdi oraya girmek istemiyorum. Ama 116. madde böyle bir kurtuluş kanıtı getirmek imkânı tanımıyor.

TBK 66. maddede zamanaşımı süresi ne kadar? 2 ve 10 yıl, değil mi? Haksız fiillerde zamanaşımı süreleri ne kadar? 2 ve 10 yıl. TBK m. 72:

*"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. ..."*

Peki m. 116 açısından zamanaşımı süresi ne kadar? Borca aykırılıkta zamanaşımı süresi ne kadar? TBK m. 146'ya göre genel zamanaşımı süresi 10 yıl.

Peki şimdi şu hükme de değinelim, ondan sonra bir tane daha örnek çözeceğim. Şimdi Borçlar Kanunumuza baktığımızda, *"V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu, 1. Sebeplerin yarışması"* kenar başlığını taşıyan 60. madde var. 60. madde bize şöyle söylüyor:

“Bir kişinin sorumluluğu, ...” yani Bay B’nin sorumluluğu “... birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa ...” örneğin TBK m. 116’ya ve m. 66’ya dayandırılabiliriyorsa yani her iki hükmün de şartlarının gerçekleştiğini varsayalım. “... hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.”

Dikkat ederseniz kanun koyucu, “... zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe ...” diyor. Zarar gören gerçekten de davasını açmış, sadece ve sadece ne yapmış? “TBK 66. maddeye dayandım.” demiş. TBK m. 66’nın şartları gerçekleştiyse hâkim ne yapıyor? 66. maddeye göre karar veriyor ama hâkim aslında hukuki sebebi re’sen belirler. Olayları anlatmak taraflara aittir. Gelecek sene medeni usul hukuku derslerinde göreceksiniz. Maddi vakaları (=olayları) ileri sürmek taraflara, hukuki nitelendirme yapmak ve uygulanacak kanun maddelerini belirlemek hâkime aittir (6100 sayılı HMK m. 33).

Davacı, “Olaylar şöyle gerçekleşti, böyle gerçekleşti. Bir sözleşme yapmıştım. İfa yardımcıları vardı. Onlar benim buzdolabımı düşürdüler, buzdolabı paramparça oldu, kullanılamaz hale geldi, bana zarar verdiler, borçlu zararımı gidersen...” dedikten sonra hâkim hukuki sebebi re’sen belirler. Hâkim, “Haksız fiilin şartları gerçekleşmiş, TBK 66. madde uygulanabilir veya borca aykırı davranışın şartları gerçekleşmiş, TBK 116. madde uygulanabilir.” der.

Ancak, gördüğünüz gibi TBK m. 60 neyi emrediyor? Diyor ki bir kişinin sorumluluğu birden çok hukuki sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi görölmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

Yani somut olayda hâkim neye göre karar vermeli sizce? TBK m. 66’ya göre mi yoksa m. 116’ya göre mi? TBK m. 116’ya göre karar vermeli. Çünkü TBK m. 116 hem zamanaşımı bakımından hem de borçlunun kurtuluş kanıtı getirmesine izin vermiyor olması bakımından alacaklının lehinedir. Dolayısıyla ne yapacak hâkim gerçekten de? TBK m. 116’yı uygulayacak.

TBK m. 66 ve TBK m. 116 açısından karşılaştırılması gereken bir husus:

Peki. Geldik bir başka örneğe. Şimdi biz şu buzdolabı taşınırken ne diyoruz? İfa yardımcıları kullanılmıştır diyoruz. Borçlu, buzdolabını yanında çalışan işçisi ile taşırken yoldan geçen bir üçüncü şahıstan da ricacı olsa “Ey Ü, bizim ikimizin gücü yetmedi, sen de bir yardım eder misin?” dese. Yoldan geçen üçüncü şahıs da söz konusu buzdolabının taşınmasına yardım etse ve fakat Ü buzdolabının düşmesine ve kullanılamaz hale gelmesine neden olsa?

Acaba bu yoldan geçen üçüncü şahıs çerçevesinde siz TBK m. 66’yı uygulayabilir misiniz? Yoksa TBK m. 66’nın uygulanabilmesi için çalıştıranla çalışan arasında mutlaka ve mutlaka bir tabiiyet ilişkisi mi olması lazım, deyim yerindeyse bir emir komuta zinciri mi olması lazım? Evet, bir tabiiyet ilişkisi olması lazım.



İstihdam edenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için gerçekten de çalışan kişi istihdam edene tabi olmalı, istihdam edenin egemenliğine, emir ve talimatlarına tabi olan bir şahıstan bahsetmemiz gerekiyor. Çalıştırana (=istihdam edene) mutlaka bir hizmet sözleşmesiyle bağlı olması şart değil; ama ona tabi olması gerekiyor.

O zaman, “bu yoldan geçen kişi örneği”nde ne yapamazsınız? TBK m. 66’yı uygulayamazsınız; ama TBK m. 116’yı uygulayabilir misiniz? Uygulayabilirsiniz. Çünkü bir kişinin ifa yardımcısı olarak nitelendirilebilmesi için sadece ve sadece ne gerekiyor? Kişinin borcun ifası sürecine katılmasına borçlunun rızası gerekiyor. Eğer borçlu, bu şahsın ifa sürecine katılmasına rıza gösterdiyse - ki örnekte yardım isteyen kişi bizzat borçlu idi - o zaman bu tesadüfen ifa sürecine katılan şahıs da ne olabiliyor? İfa yardımcısı olabiliyor. Peki.

Şimdi geldik bir başka noktaya. Evet buzdolabı taşıma sözleşmesi yapılmış. Buzdolabı taşıma sözleşmesi yapılırken apartmanın önüne A’nın otomobilinin de park ettiğini görüyoruz. Buzdolabı taşınırken ve yere düşürülürken otomobile de zarar verilmiş. Örneğin otomobilin farları kırılmış. Arabaya zarar verilmiş olması borca aykırı davranış değildir. Dolayısıyla TBK m. 116 uygulanamaz.

Peki. O zaman acaba TBK m. 66’yı uygulayabilir misiniz? Hani şu arızı durumu unutun. Yoldan geçen şahsın ifa sürecine katılması ihtimalini unutun. İstihdam edilen iki tane işçi var. O işçiler buzdolabını taşıırken Bay A’nın otomobiline zarar vermişler. O zaman TBK m. 66’yı uygulayabilir misiniz? Uygulayabilirsiniz.

Demek ki biz hayatın içerisinde şuna bakacağız. Bir zarar var. Zararın sebebi ne? Haksız fiil mi borca aykırılık mı? Haksız fiil ise haksız fiile ilişkin kuralları uygulayacağız. Borca aykırılıksa borca aykırılığa ilişkin kuralları uygulayacağız.

Ama haksız fiil ve borca aykırılığın her ikisinin de şartları aynı olayda gerçekleşmiş olabilir mi? Olabilir. O zaman alacaklıya bir serbesti tanıyacağız prensip itibarıyla. Dilerse haksız fiil hükümlerine dayanacak, dilerse borca aykırılık hükümlerine dayanacak; ama borca aykırılık hükümlerine dayanması kendisi için daha isabetli.

#### Haksız fiil hükümleri ile borca aykırılık hükümlerinin genel olarak karşılaştırılması:

Hiç ifa yardımcısının varlığı ihtimaline girmeyelim. Haksız fiillerde kusuru ispat külfeti kimde? Zarar görende. Borca aykırılıkta kusursuzluğu ispat külfeti kimde? Borçluda. Dolayısıyla, sadece bu açıdan dahi baktığımızda, borca aykırılığa ilişkin hükümler haksız fiillere ilişkin hükümlere oranla alacaklının lehinedir diyebiliriz. Durum zamanaşımı bakımından da aynı şekilde.

O halde, bir kez daha söyleyecek olursak, haksız fiil hükümleriyle borca aykırılık hükümleri yarışabilir mi, hukuki sebepler yarışabilir mi? Evet yarışabilir. Bu, aynı zararı iki kez tazmin ettireceğiniz anlamına asla gelmez. Siz zararınızı bir kez tazmin ettirebilirsiniz. Zaten tazminatın üst sınırını zarar teşkil eder. Buzdolabınız paramparça oldu, kullanılmaz hale geldi. Tamam. Peki. Onun piyasa değeri 100 liraydı, borçlu 100 lira tazminat ödeyecek.

### Denkleştirmenin hatırlatılması:

Bu vesile ile denkleştirmeyi de hatırlayalım buzdolabının hurdası kimde kaldı? Sahibinde kaldı. Yani borca aykırı davranış (veya haksız fiil) alacaklıya (mağdura) ayrıca bir de yarar sağladı. Buzdolabının hurdası ne kadar 20 lira. O zaman bu 20 liranın zarardan denkleştirilmesi gerekir değil mi? Buzdolabının değeri 100 lira idi. Ödenecek tazminat ne kadar? 80 lira, değil mi? 80 lira.

Biraz önce de dediğimiz gibi siz bu noktada baktığımızda Borçlar Kanunu 60. maddesini de gördünüz. 60. madde çerçevesinde alacaklı herhangi bir tercihte bulunmadıysa, “*Ben talebimi haksız fiil hükümlerine dayandırıyorum.*” veya “*Ben talebimi borca aykırılık hükümlerine dayandırıyorum.*” diye özellikle belirtmediyse, kanun da ayrıca bir sınır çizmiyorsa hâkim koltuğunda oturan kişiler olarak ne yapacaksınız? Hangi hükümler daha lehe ise o hükümleri uygulayacaksınız. Alacaklıya daha çok hizmet eden, alacaklının tam manasıyla tatmin edilmesine, onun zararının en iyi şekilde giderilmesine hizmet eden kuralları uygulayacaksınız. Yani bizim somut örneklerimizde borca aykırılık hükümlerini uygulayacaksınız diyebiliriz.

Demek ki 116. maddeyi de bu şekilde geride bıraktığımızda söylenecek başka bir şey bıraktık mı acaba diye düşündüğümüzde, ifa yardımcılarının gerçek kişiler olabileceğini, tüzel kişiler olabileceğini söyledik ama çalıştırılan sadece ve sadece gerçek kişi olabilir, değil mi? İstihdam edenin sorumluluğunda, adam çalıştıranın sorumluluğunda çalıştırılan, çalışan kişi gerçek kişi olabilir, tüzel kişi olamaz, değil mi?

Ayrıca biraz önce de söyledik, borcun ifasına borcun ifasından önce borçlunun rızasıyla katılan, tesadüfen dahi katılan kişiler ifa yardımcısı kategorisine girer; önemli olan borçlunun yardımcı kişilerin borca aykırı davranışlarından önceki onayıdır, rızasıdır dedik.

Doktrin şunu tartışıyor, kanuni temsilciler ifa yardımcısı olabilir mi? Bir küçüğün velisi, vesayet altında ise vasisi, bir vesayet altındaki şahsın vasisi, kanuni temsilcisi acaba ifa yardımcısı olabilir mi ve onların, küçüğün veya vesayet altındaki şahsın borcuna aykırı davranışlarından ötürü biz velayet altındaki küçüğü veya vesayet altındaki şahsı sorumluluk altına sokabilir miyiz diye sorsam bana ne dersiniz?

Doktrindeki birçok tartışmaya rağmen gerçekten de hak ve adalet duygunuz neyi emrediyor? Küçük veya kısıtlı borcun ifasına katılmasına bizzat onay vermediği bir şahsın eylemlerinden sorumluluk altına girsin mi? Ne dersiniz? Girmesin deme ihtimalimiz yüksek. Gerçekten de doktrindeki tartışmalarda şu görüşü savunmak daha kolay. Veli, vasi, kanuni temsilci, ifa yardımcısı kategorisinde kabul edilemez. Onların borca aykırı davranışlarından ötürü kanunen temsil olunan şahıs Borçlar Kanunu m. 116 çerçevesinde sorumluluk altına sokulamaz diyoruz. Zira o, kanuni temsilcisinin, borcun ifasına katılmasına izin vermiş değildir.

Tüzel kişilerin organları da ifa yardımcısı kategorisinde değildir. Çünkü onların fiilleri zaten biliyorsunuz tüzel kişinin fiili sayılıyor ama tüzel kişinin organları dışındaki personeli tahmin edileceği üzere ifa yardımcısıdır diyoruz.

Gelecekte belki robotlar, değil mi, belki bu günlerde kullanılan otonom yapay zekâ da ifa yardımcısı olarak kabul edilebilecek. Hatta bugün dahi otomatların ne yapıyor, ifa yardımcısı gibi telakki edilmesine dair düşünceler ileri sürülüyor.

### **B-) İmkânsızlık ve Türleri - Borçlu Temerrüdü - Kötü İfa**

Borcun ifası, ifa edilmemesi, alacaklının zararının giderilmesi açısından büyük resme bir bakalım.

Bizim için önemli olan nedir? Borcun ifasının mümkün olmasıdır. Borcun ifası mümkün olduğu müddetçe biz ne yapıyoruz? Borçlu aynen ifa ile yükümlüdür diyoruz. Hatta alacaklı da aynen ifayı talep etmekten başka bir seçeneğe sahip değildir diyoruz. Hatırlarsanız verme, yapma ve yapmama borçlarındaki aynen ifa sürecini anlatmıştım. Baktığımız zaman aynen ifa süreci hiç de öyle kolay bir süreç değil. Alacaklının bu sözleşmesel hukuki zinciri ortadan kaldırabilmesine de imkân sağlamak lazım demiştim.

Alacaklının bu sözleşmesel zincirle deyim yerindeyse sonsuza kadar bağlı kalmaması için Borçlar Kanunu'nda bir imkân var. Bu imkân tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdünde düzenlenmiş. Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdünün şartları gerçekleşirse, temerrüdün şartlarını az sonra (gelecek derste) söyleyeceğim, borçluya uygun bir mehil, uygun bir süre verilebiliyor. Alacaklı *"Ey borçlu, borcunu ifa et, sana son şans veriyorum."* diyor. Borçlu borcunu bu süre içinde de ifa etmezse alacaklı ilave birtakım seçeneklere sahip oluyor.

Bu ilave seçenektan birisi, *"İfadan ve gecikme tazminatı talep etmekten vazgeçtim; müspet zararımın giderilmesini talep ediyorum."*

Yani alacaklının *"Bu borç gereği gibi ifa edilse idi uğramayacak olduğum zararın giderilmesini talep ediyorum."* cümlesi.

İkincisi de *"İfadan ve gecikme tazminatı talep etmekten vazgeçtim; sözleşmeden döndüm, menfi zararımın giderilmesini talep ediyorum."*

Yani alacaklının *"Bu sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğum zararın giderilmesini talep ediyorum."* cümlesi.

Demek ki alacaklı, borcunu ifa etmeyen bir borçluya karşı karşıya kaldığında, aynen ifadan başka bir seçeneğe sahip değildir diye vurguladık. Ama dikkat, temerrüdün şartları gerçekleştiyse, alacaklının ta ezelden beri sahip olduğu zaten aynen ifayı talep etmek hakkı baki, temerrüdün şartları gerçekleştiyse, alacaklı aynen ifayı talep etmenin yanı sıra gecikme tazminatı da talep edebilecek. Bunu daha sonra anlatacağım. Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde alacaklıya ilave haklar tanınmış. Bunlar ne?

1-) Uygun bir mehil tayinine rağmen borçlu borcunu hâlâ ifa etmiyorsa, alacaklı borçluya *"İfadan ve gecikme tazminatını talep etmekten vazgeçtim, müspet zararımı gider."* diyor. Ama bu ne demek? Alacaklı kendi edimini ifa etmek zorunda mı? Evet kendi edimini ifa etmek zorunda.

Evet birtakım tartışmalar var. Çok genel bir ifadeyle söyleyecek olursak bazı yazarlar: “*Tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdünde alacaklı ifadan ve gecikme tazminatından vazgeçerek müspet zararının giderilmesini talep ederse fark teorisinin uygulanması gerekir. Dolayısıyla alacaklı da kendi edimini ifa etmekten kurtulur.*” diyorlar. Ama temel kural şudur; gecikme tazminatından ve ifadan vazgeçtim, müspet zararımın giderilmesini istiyorum cümlesini kurduğunuzda kendi ediminizi ifa etmeye mahkûmsunuzdur. İstisnaları var mı? Var. Az sonra söyleyeceğim.

2-) Bir mehil tayinine rağmen borçlu borcunu hâlâ ifa etmiyorsa, alacaklının ikinci seçeneği de şudur: Alacaklı, borçluya “*İfadan ve gecikme tazminatını talep etmekten vazgeçtim, sözleşmeden döndüm.*” diyor. Bu durumda alacaklı koltuğunda oturan sizler kendi ediminizi ifa etmekten de kurtulursunuz, kendi ediminizi daha önce ifa etmiş iseniz onun sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadesini talep etmek imkânınız söz konusudur.

Dolayısıyla meselenin temeline gelecek olursak borçlar hukuku öğrencileri neye odaklanmalıdır? Borçlar hukuku öğrencileri imkânsızlık olgusuna odaklanmalıdır. Şöyle ki:

Borcun ifası mümkün mü? Birinci ihtimal, mümkün değil. Yani I-) **Borcun ifası imkânsız ise ne yapacağız?** Meseleyi hemen ikiye ayırmak lazım.

**1-) Başlangıçtaki imkânsızlık**, hatırlıyorsunuz sözleşme kurulmadan önce edimin ifası herkes için imkânsız ise yani objektif bir imkânsızlık söz konusu ise zaten sözleşme kesin hükümsüzdür (TBK m. 27).

Borçlu gerçeği bilmesine rağmen hâlâ ısrarla sözleşme görüşmelerini sürdürdüyse karşı tarafın uğradığı menfi zararı gidermek zorundadır, değil mi? Borçlu, *culpa in contrahendo* yani sözleşme görüşmelerindeki kusuru nedeniyle karşı tarafın uğradığı menfi zararı gidermekle yükümlüdür.

**2-) Sonraki imkânsızlık**, bu ihtimali de biliyorsunuz. İki olasılık var:

**a-) Borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık** söz konusu ise borcu sona erer. Örneğin kusursuz imkânsızlıkta borcu sona erer.

**b-) Borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık**, örneğin kusurlu bir imkânsızlık söz konusu ise borçlu borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı müspet zararı gidermek zorundadır.

Demek ki hâl böyle ise bunlar söz konusu, yani başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık.

**II-) Peki borcun ifası mümkünse ne yapacağız?** Vade gelmiş, borç muaccel olmuş, hâlâ borçlu borcunu ifa etmiyor. O zaman nereye doğru ilerliyoruz? Ya aynen ifaya ya da borçlu temerrüdüne doğru ilerliyoruz.

Yani öğrenciler şöyle düşünecekler:

I-) Sözleşme kurulmadan önce borcun ifası objektif olarak yani herkes için imkânsız mı? Bu sorunun yanıtı evet ise o zaman başlangıçta bir objektif imkânsızlık söz konusudur. Akit kesin hükümsüzdür (TBK m. 27).

Borçlu, örneğin gerçeği bilmesine rağmen, sözleşme görüşmelerini sürdürdüyse alacaklının sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle uğradığı (menfi) zararı gidermekle yükümlüdür.

II-) Yoksa sonraki imkânsızlık mı söz konusu? Yani ifanın sonradan imkansızlaşması mı söz konusu? Eğer durum böyle ise iki olasılık var ve temel kurallar şunlar:

1-) Bu imkânsızlıktan borçlu sorumluysa, alacaklının uğradığı (müspet) zararı gidermekle yükümlüdür.

2-) Bu imkânsızlıktan borçlu sorumlu değilse, alacaklının uğradığı (müspet) zararı gidermekle yükümlü değildir.

III-) Yoksa ifa mümkün mü?

1-) İfa mümkünse o zaman evet alacaklı aynen ifayı talep etmeye mahkûm. Borçlu da borcu aynen ifa etmeye mahkûm.

2-) Ama dikkat, tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdünün şartları gerçekleştiyse bir de uygun mehil tayin edildiyse buna rağmen borçlu borcunu ifa etmiyorsa, alacaklı aynen ifayı talep etmeye mahkûm mu? Değil.

a-) Alacaklı dilerse “*Aynen ifadan ve gecikme tazminatını talep etmekten vazgeçtim, müspet zararımın giderilmesini istiyorum.*” der. Ama alacaklı kendi edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Kural budur. İstisnaları elbette mevcuttur. Örneğin satım sözleşmesinde. Ya da fark teorisinin uygulanması gerektiği görüşünde.

(Fark teorisinin kanunda uygulandığı haller bakımından satım sözleşmesinde satıcının temerrüdü için TBK m. 213’e, alıcının (satış bedelini ödemede) temerrüdü için ise TBK m. 236’ya bakılabilir. Bu hükümleri gelecek sene özel borç ilişkileri derslerinde ayrıntılarıyla göreceksiniz; ayrıca bu sene pratik çalışmalarda da kısaca değineceğiz).

b-) Ya da alacaklı dilerse “*Aynen ifadan ve gecikme tazminatını talep etmekten vazgeçtim, sözleşmeden döndüm.*” der. Alacaklı artık kendi edimini yerine getirmekle yükümlü değildir. Çünkü dönme üzerine sözleşme ta en başından itibaren kesin hükümsüz hale gelir. Alacaklı kendi edimini daha önce yerine getirmiş ise bu edimin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadesini talep edebilecektir. Ayrıca menfi zararının giderilmesini de talep edebilir.

(Alacaklının müspet zararının giderilmesine veya menfi zararının giderilmesine ilişkin talebinin kabulü için borçlunun kusurlu olması gerekir. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederse bu sorumluluktan kurtulur.)

Eğer bu büyük resmi temel kuralları ile anladıysanız, bir cümle daha ekleyeceğim. Bir de kötü ifa hali var, değil mi?

### 3-) Kötü ifa hali:

Bir diğerk söyleyişle borcun gereğı gibi ifa edilmemesi hali. Akdın müspet ihlali diyen yazarlar da var.

Miktar itibarıyla (nicelik olarak) kötü ifa hali, nitelik itibarıyla kötü ifa hali, borcun ifa edilmesi gereken yerde ifa edilmemesi sebebiyle kötü ifa hali, vb.

Bu ihtimallerde esasen kötü ifayı reddetmek imkânına sahipsinizdir. Ama kabul ettiyseniz o zaman da kötü ifa sebebiyle uğradığınız zararın giderilmesini talep edebilirsiniz. Yani borcun gereğı gibi ifa edilmemesi sebebiyle uğradığınız zararın giderilmesinin talep edebilirsiniz.

(Borçlu kötü ifa nedeniyle sorumluluktan da kusurunun bulunmadığını ispat ederek kurtulabilir).

Peki, devam edeceğiz.

[www.ilhanhelvacidersleri.com](http://www.ilhanhelvacidersleri.com)

\*\*\*