

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

Yrd. Doç. Dr. Fulya ERLÜLE*

I. GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “Manevi Tazminat” kenar başlıklı 56. maddesinde, bedensel bütünlüğün zedelenmesi ve ölüm halinde manevi tazminat talebi düzenlenmiştir.

Yürürlükteki Borçlar Kanunumuzun 47. maddesine karşılık gelen TBK’nun 56. maddesi 818 sayılı Borçlar Kanununda tek bir fıkra ile düzenlenmiş iken 6098 sayılı TBK’da iki fıkra şeklinde düzenlenmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 47. maddesinde “*Hâkim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir*”. şeklindeki hükmü, TBK’nun 56. maddesinin I. fıkrasında “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*” şeklinde ifade edildikten sonra, TBK’nun 56. maddesinin II. fıkrasında, “*Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” denilmiştir.

TBK’nun 56. maddesinin I. fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 47. maddesinde olduğu gibi bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, hakimin olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebileceğini düzenlemiştir. 6098 sayılı TBK’nun 56. maddesinin I. fıkrasında 818 sayılı BK’da olduğu gibi, bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin manevi tazminat talebi yönünden metinde yapılan arılaştırma dışında 818 Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Borçlar Kanununun 47. maddesinde yer alan “cismani zarar” kavramı yerine, TBK’nun 56. maddesinin I. fıkrası metninde “bedensel bütünlüğün zedelenmesi” kavramına yer verilmiştir.

“Cismani” kavramı yerine, TBK’nun 56. maddesinin I. fıkrasında öğreti ve uygulamada hem bedensel hem de ruhsal bütünlüğü kapsayacak şekilde yerleşmiş ve tutunmuş olan “bedensel bütünlük” kavramının kullanılmış olması

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yerinde olmuştur. Ancak “cismani zarar” kavramına karşılık gelmek üzere “bedensel bütünlüğün zedelenmesi” kavramının kullanılmasının terminolojik açıdan uygunluğu tartışılabilir.

TBK'nun 56. maddesinin esinlendiği mehoz İsviçre Sorumluluk Hukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının 45e maddesinde¹ zedelenme kavramına yer verilmediği gibi; 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun mehazı olan İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde de zedelenme tabirine yer verilmemiştir.

Sözlük anlamı², vurma, çarpma, delme sonucu berelenmek, ezilmek olan ancak zarar görmek anlamına da gelen “zedelenme” kavramı yerine “ihlal” kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Zedelenme kavramı her ne kadar zarar görmek anlamına gelse de ilk anlam olarak daha çok vurma, çarpma, ezilme kavramlarını çağrıştırdığından, “bedensel bütünlüğün” geniş anlamda ruhsal bütünlüğü de kapsayacak şekilde kullanılmakta olan ifadesini zayıflatmaktadır. Türk Hukuk öğretisi ve uygulamasında yerleşmiş bir kavram olan “bedensel bütünlüğün ihlali” kavramı “ruhsal bütünlüğün ihlali”ni de kapsayacak şekilde geniş bir anlam taşır, dolayısıyla bedensel bütünlük gibi ruhsal bütünlük de ihlal edilebilir ama zedelenemez.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 56. maddesinin II. fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda bulunmayan yeni bir hükümdür. Buna göre, sadece ölüm halinde değil; ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda yer alan ölüm halinde, ölünün “ailesi” kavramı yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda zarar görenin veya ölenin “yakınları” kavramına yer verilmiştir. Borçlar Kanunumuzun 47. maddesinde ölüm halinde manevi tazminat talebinde bulunacak kişiler, “ölünün ailesi” şeklinde ifade edilmişse de, öğretisi³ ve uygulamada⁴

¹ **WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre**, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts Vorentwurf eines Bundesgesetzes, 2004, s. 10.

² www.tdk.gov.tr

³ Türk Hukuk öğretisinde, 818 sayılı Borçlar Kanununun 47. maddesindeki “ölünün ailesi” kavramı, “yakınları” şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. **OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 699; **TEKİNAY, Selahattin, S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 660; **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009, s. 764-765; **TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 335; **KARAHASAN, Mustafa, Reşit**, Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, 6. Bası, İstanbul 2001 s. 90 vd.; **SAYMEN, Ferit, Hakkı**, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s. 186-187; **TAMAN, Şükran**, Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat, İstanbul 1984, İÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans

hükmün amacına ve mehzaz kanuna⁵ uygun olarak “ölenin yakınları” şeklinde anlaşıldığından “ailesi” kavramı yerine “yakınları” kavramına yer verilerek hükmün kapsamının genişletilmesi yerinde olmuştur.

Tezi, s. 36; **ARIDEMİR, GENÇ, Arzu**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008, s. 113. Bir kimsenin ölenin yakını sayılabilmesi için ölen ile arasında gerçek sevgi bağlarına dayanan yakın bir ilişkinin bulunması gerekir. Belirtelim ki burada önemli olan Aile Hukuku anlamında yakın bir ilişkinin varlığı değil, duygusal yakınlıktır. Manevi tazminat talebinde bulunan kişinin ölen kişinin mirasçısı olması da gerekmez. Çünkü bir kişi, ölenin yakını olduğu halde mirasçısı olmayabilir ya da ölenin mirasçısı uzak bir kan hısmı olabilir. Bununla birlikte aynı kişinin hem mirasçı hem de yakın olması da mümkündür. Türk Hukuk öğretisinde öleni derin bir sevgiyle görüp gözeten ya da ölenin aynı sevgi ile görüp gözetdiği kişiler, “yakınları” kapsamında değerlendirilmektedirler. Buna göre, ölenin yakın ilişki içinde bulunduğu eşi, çocukları, anne ve babası, nişanlısı, kardeşleri, ölenle nikahsız olarak karı-koca hayatı yaşayan kişi yakınları kapsamında değerlendirildiği gibi Bkz. **ÖĞUZMAN/ÖZ**, s. 699; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 660; **EREN**, s. 764-765; dost, arkadaş ve sevgililerin de manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri ileri sürülmektedir. Bkz. **TAMAN**, s. 36. Buna karşılık ölenle ilişkisi gevşemiş bir akraba yakınları kapsamında değerlendirilmemektedir. Bkz. **ÖĞUZMAN/ÖZ**, s. 699.

⁴ Borçlar Kanununun 47. madde metninde “ölünün ailesi” denmiş olmakla beraber bu kavramın, mehzaz kanunda olduğu gibi “yakınları” anlamına geldiği Türk Hukuk uygulamasında da kabul edilmektedir. Hukuk Genel Kurulunun 25.11.1970 tarihli kararına göre, Bk m. 47’de yer alan aile kavramı “...davacılarla ölen arasında eylemi ve gerçek bir bağlılık ve ilişki bulunan yakınları kapsar...ölüm dolayısıyla ızdırap ve elem duyan ölenin gerçek yakınları manevi tazminat istemekte haklı olurlar.” Bkz. Yarg. HGK 25.11.1970, 967/645, **KARAHASAN**, s. 91. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1979 yılında vermiş olduğu kararda, “...Bir kimsenin ölenin yakını olabilmesi için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan Aile Hukuku çerçevesinde yakınlık değil duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır.” Bkz. Yarg. 4. HD., 5.3.1979, 9973/2900, **KARAHASAN**, s. 91.

⁵ Belirtelim ki mehzaz İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinin Almanca metnindeki “Angehörigen” karşılığı yerine Fransızca metinde “famille” kavramına yer verilmiştir. Nitekim öğreti ve uygulamadaki gelişmeler doğrultusunda, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının 45e maddesi, İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinin ölüm halinde yakınların manevi tazminat talebini düzenleyen hükmünü aynen korumuş ancak hükmün Fransızca metninde yer alan ölenin ailesi (famille) ifadesi yerine Almanca metninde olduğu gibi ölenin yakınları (proches) ifadesine yer vermiştir. İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde olduğu gibi tasarıda da yakınlar kavramının kapsamına kimlerin dahil olduğu tanımlanmamış, manevi tazminat talep etme hakkına sahip kişiler çevresinin belirlenmesi uygulamaya bırakılmıştır. Bkz. **WIDMER/WESSNER**, Vorentwurf, s. 10.

Türk Borçlar Kanununun 56. maddesinin II. fıkrası, madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Bu durumda TBK m. 56/II uyarınca bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin yakınları lehine manevi tazminata hükmedilebileceğine ilişkin düzenlemeye esas olan öğreti ve uygulamadaki gelişmelerin neler olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

II. AĞIR BEDENSEL ZARARLARDA ZARAR GÖRENİN YAKINLARININ MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

A. Şok Zararları-Duygu Zararları Ayırımı

Son yıllarda yaşanan kitlesel afetler ve terör saldırılarının yanı sıra trafik ve iş kazalarının neden olduğu trajediler, zarar gören kişiden başka kişilerin özellikle de zarar görenin ailesi ve yakınlarının manevi tazminat talep edebilip edemeyecekleri meselesini sorumluluk hukukunun en tartışmalı konularından biri haline getirmiştir. Zira bu tür olaylar sadece doğrudan doğruya zarar gören kişileri değil onların ailesi ve yakınlarını da etkilemekte, bir kişinin ölümü ya da yaralanması o kişiye yakından bağlı kişilerin kimi zaman ruhsal sağlıklarının bozulmasına neden olmakta ya da bu boyutta olmamakla birlikte kişilerin duygu dünyalarını sarsmaktadır.

Görüldüğü üzere bir kişinin ölümü ya da yaralanması üçüncü bir kişinin de manevi zarara uğramasına neden olabilir. Yani aynı olay hem de ikinci zarar görenlerin ortaya çıkmasına sebep olabilir. Öğretide ikinci zarar görenin, uğramış olduğu duygu zararının beden bütünlüğünün ihlalini oluşturacak düzeye ulaşmış olup olmamasına göre, şok-ve duygu zararları ayırımı yapılmaktadır⁶.

Bu ayırımı göre, bir kazaya şahit olmaları ya da kazadan haberdar olmaları nedeniyle üçüncü kişilerin psikolojilerinin hastalık derecesinde bozulduğu hallerde şok zararından söz edilir⁷.

Buna karşılık duygu zararlarından söz edebilmek için kişinin, psikolojisinin hastalık tanısı konulacak şekilde bozulmuş olması gerekli değildir. Başka bir deyişle bu halde yaşanan ruhsal çökünlük hali, hastalık olarak nitelendirile-

⁶ **STIEGLER, Anita Maria**, Schmerzengeld für Schock –und Trauerschäden, Wien-Köln- Weimar 2009, s. 11; **BEISTEINER, Lisa Barbara**, Angehörigenschmerzengeld, Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden bei Tötung oder Schwerverletzung naher Angehöriger, Wien 2009, s. 2 vd.

⁷ **ROBERTO, Vito**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N. 116; **KARNER, Ernst/KOZIOL, Helmut**, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Bnd II/1, 15. ÖJT, Wien 2003, s. 77; **KARNER, Ernst**, Das Ersatz Ideeller Schäden bei Körperverletzung, Wien und New York 1999, s. 101.

mez ve genellikle de herhangi bir tıbbi tedaviye gerek kalmaksızın bir süre sonra kendiliğinden iyileşir⁸.

B. Avrupa Konseyinin 14.3.1975 Tarihli Tavsiye Kararı

Yabancı hukuklara baktığımızda Almanya, İngiltere, Avusturya, Fransa ve İsviçre’de çok ve duygu zararlarının tazminine ilişkin olarak birbirinden farklı yaklaşımların ve çözüm yollarının benimsenmiş olduğunu görürüz. Özellikle Avrupa Konseyi üyesi ülkelerden bazıları hayatını kaybeden ya da ağır bedensel zarara uğrayan bir kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararların tazminini, mevzuatlarında gerekli yasal düzenlemeleri yaparak sağlarken, bu yönde yasal düzenlemeleri olmayan bazı ülkeler ise uyumsuzlukları içtihat hukukunun oluşturduğu ilkeler doğrultusunda çözmektedir.

Yakınların uğramış oldukları manevi zararlara ilişkin olarak üye ülkelerde birbirlerinden farklı çözüm yollarının benimsenmiş olması, Avrupa Konseyinin 14.3.1975 tarihli Tavsiye Kararını almasına neden olmuştur⁹.

Avrupa Konseyinin 14.3.1975 tarihli, tavsiye niteliğindeki kararı, üye devletlerin hukuklarının uyumlaştırılmasını, çok ve bu arada duygu zararlarının tazmininin sınırlandırılmasını amaçlamaktadır¹⁰. Toplam 19 ilkedden oluşan Konsey Kararının 13. ilkesi, aile üyelerinden birisinin ağır şekilde yaralanması durumunda, yakınların uğramış oldukları manevi zararların tazminine ilişkindir. Buna göre, ilk zarar görenin yaralanması nedeniyle ancak sıra dışı nitelikte duygusal acı hisseden, ilk zarar görenin eşi ve ilk zarar görenin anne ve babasının manevi tazminat talebinde bulunması mümkündür.

Avrupa Konseyi Kararının aile bireylerinden birisinin ölümü halinde yakınların manevi tazminat talebine ilişkin 19. ilkesine göre ise ölen kişi ile aralarında duygusal bir bağlılık bulunması koşuluyla ölenin anne ve babası, eşi, nişanlısı ve çocukları manevi tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Görüldüğü üzere, aile üyelerinden birisinin ölümüne ilişkin 19. ilke, aile üyelerinden birisinin ağır şekilde yaralanmasına ilişkin 13. ilkeye nazaran manevi tazminat talebinde bulunabilecek kişiler çevresini genişletmiştir.

Belirtelim ki Avrupa Konseyi Kararının 13. ve 19. ilkelerinde bedensel bütünlüğün ihlali ya da ölüm halinde, ilk zarar görenin bazı yakınlarının belli koşullar altında, kendi psikolojilerinin hastalık tanısı konacak şekilde bozulma-

⁸ STIEGLER, s. 12.

⁹ 14.3.1975 tarihli Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (75) 7 Bedensel Bütünlüğün İhlali ve Ölüm Halinde Manevi Tazminata İlişkin, BGBl II 1976, 323.

¹⁰ STIEGLER, s. 12. Hemen belirtelim ki Avrupa Konseyinin tavsiye niteliğindeki kararları, üye ülkelerin yasal düzenlemelerinin uyumlaştırılmasına yönelik olarak üye ülkelerin kanun koyucularından ziyade yargı makamlarının, mahkeme kararlarında dayandıkları ilkeler üzerinde etkili olmayı amaçlamaktadır. Bkz. BEISTEINER, s. 49.

sının aranmaması karşısında, duygu zararlarının tazmin edileceğinde şüphe bulunmamaktadır. Söz konusu ilkelere göre şok zararlarının tazmin edilip edilemeyeceği bir an için tereddüt uyandırır bile öğretide şok zararlarından farklı olarak kişinin ruh sağlığının hastalık tanısı konulacak şekilde bozulmuş olması aranmaksızın duygu zararlarının tazmin edileceğinin öngörölmüş olması nedeniyle kişinin sağlığının bozulmasına yol açacak düzeydeki zararların yani şok zararlarının tazmininin de anılan ilkeler doğrultusunda evveliyetle sağlanacağı kabul edilmektedir¹¹.

C. Alman Hukukunda Şok ve Duygu Zararları

Alman Federal Mahkemesinin ilk kez 1965 yılında, şok zararına uğrayan üçüncü kişilerin tazminat taleplerini tanınmasının ardından, Alman Federal Mahkemesi şok zararlarına ilişkin olarak, esasları günümüze kadar ulaşan ve dayanağını Alman Medeni Kanununun 823. paragrafının I. fıkrasında bulan (§ 823/I BGB) 1971 tarihli ilke kararını¹² vermiştir¹³.

Alman Federal Mahkemesinin ilke kararına göre, kişinin genel sağlık durumunu olumsuz yönde etkileyen ancak normal yaşam deneyimlerine göre hemen hemen herkesin ölüm gibi ani kayıpların ardından yaşadığı üzüntü, keder ve sonrasında yaşanan yas duyguları, tazminat talebine imkan vermez; şok zararları, daha çok şahit olunan ya da haberdar olunan olayın, kişide bu tür bir deneyimin normal reaksiyonu olarak kabul edilen acı, yas, çökünlük, tükenmişlik gibi semptomların ötesinde, kişinin fiziksel ya da psikolojik sağlığının bozulmasına sebep olan travmatik zararları gerekli kılmaktadır¹⁴.

Alman Federal Mahkemesine göre kişinin normal yaşam deneyimlerine göre hesaba katması gereken kırılgnalık, alınganlık gibi duygular, kalıcı zararlara yol açmadan iyileşen hafif depresyonlar ve dolaşım bozuklukları (kan dolaşımı bozukluğu) gibi rahatsızlıklar tazmin edilemezler, aksine Alman hukukunda hakim olan anlayışa göre, bunlar genel yaşam riskine¹⁵ dahil sayılan

¹¹ BEISTEINER, s. 17; STIEGLER, s. 12.

¹² BGHZ 56, 166 vd., NJW 1971, s. 1883.

¹³ STAHMER, Nina, Entschädigung von Nichtvermögensschäden bei Tötung, Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Untersuchung des deutschen, französischen und englischen Rechts, Diss., Hamburg 2004, s. 84 vd.

¹⁴ Alman Federal Mahkemesi Kararında yaşadığı şokun etkisiyle ya nevroz, psikoz, majör depresyon panik atak gibi kişinin psikolojik sağlığının bozulmasına neden olan travmatik zararların ya da kalp rahatsızlığı, beyin kanaması, felç gibi fiziksel sağlığın bozulması sonucunu doğuran zararların tazmin edilebileceği ifade edilmiştir. BGHZ 56, 163, NJW 1971, s. 1883.

¹⁵ Düsselldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, patolojik olarak doğrulanamayan, dolayısıyla hastalık tanısı konulamayan umutsuzluk, ümitsizlik, tükenmişlik, huzursuzluk, bıkkınlık, isteksizlik alınganlık gibi duygu durumları ile öfke, sinir ya da kızgınlık gibi hastalık olarak

yani, hayatın beraberinde getirdiği katlanılması gereken zorluklar ve aşılması gereken güçlüklerdir¹⁶.

Alman Hukuk uygulamasında duygu zararlarının tazmin edilmesine ilişkin bir karara bugüne değin rastlanmamıştır¹⁷. Bunun nedeni, Alman Hukukunda beden bütünlüğünün ihlali kavramının, şok zararları açısından, sorumluluğun genişletilmesinin önüne geçmek amacıyla normatif olarak sınırlandırılmış olmasıdır. Alman Medeni Kanununun 823. paragrafının I. fıkrasına göre (§ 823/I BGB), yakınların manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri, yakınların, kendi beden bütünlüğü üzerindeki mutlak haklarının ihlal edilmiş olmasına bağlıdır. Duygu zararları, kişinin sağlığının bozulmasına dolayısıyla beden bütünlüğünün ihlal edilmesine yol açmadıkları sürece Alman Medeni Kanununun 823. paragrafının I. fıkrası (§ 823/I BGB) kapsamında korunan bir hukuki değer ihlal edilmediğinden tazmin edilemezler¹⁸.

Alman hukuk uygulaması, duygu zararlarının tazminini yürürlükteki hukuk bakımından (de lege lata) reddettiği gibi, öğretilerdeki eleştirilere rağmen duygu zararlarının tazminine ilişkin bir düzenlemeye gidilmesine olması gereken hukuk bakımından da (de lege feranda) karşı çıkmaktadır. Nitekim, Alman kanun koyucusu 2002 tarihli Borçlar Hukuku Reformu çerçevesinde yakınların manevi tazminat taleplerine ilişkin bir düzenlemeye Alman Medeni Kanununda yer vermediği gibi 2006 yılında 66. sı gerçekleştirilen “Alman Hukukçular Günü”nde de, ölenin yakınlarına, manevi tazminat talep etme hakkının tanınmasına ilişkin teklif reddedilmiştir¹⁹.

D. İsviçre Hukukunda Şok ve Duygu Zararları

İsviçre Hukukunda, şok zararlarının tazmini uzunca bir süre reddedilmiştir. Bunun nedeni, İsviçre Borçlar Kanununun beden bütünlüğünün ihlali ve adam ölmesi halinde manevi tazminat talebini düzenleyen 47. maddesinde, ölenin yakınlarına, psikolojilerinin hastalık tanısı konulacak şekilde bozulmuş olması aranmaksızın, manevi tazminat talep etme imkanının tanınmış olmasıdır²⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi, İlk kez 1986 tarihli ilke kararında²¹ bir askeri uçağın üstlerine düşmesi sonucunda iki çocuğu birden ölen babanın geçir-

nitelendirilemeyen ruh hallerinin, genel yaşam riskine dahil sayıldığından tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir. OLG Düsseldorf 1996, NJW-RR 1996, s. 214.

¹⁶ **LANGE Hermann/SCHIAMANN, Gottfried**, Schadenersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, s. 149.

¹⁷ **STAHMER**, s. 1, s. 9.

¹⁸ **BEISTEINER**, s. 57.

¹⁹ Bkz. **BEISTEINER**, s. 58, dpn. 296.

²⁰ **STIEGLER**, s.18 ; **BEISTEINER**, s. 13.

²¹ BGE 112 II 124.

diği sinir krizi nedeniyle şok zararının tazminini kabul etmiştir. Federal Mahkemenin İBK m. 47. hükmünü esas aldığı söz konusu kararda, şok zararına uğrayan babanın manevi tazminat talebi, doğrudan babanın mutlak hakkının ihlal edilmiş olmasına dayandırılmıştır.

İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde ölüm halinde, ölenin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkının tanınmış olması nedeniyle Germen Hukuk sisteminde, duygu zararlarının tazminin edildiği en eski düzenlemeye 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde rastlandığını söylemek yanlış olmaz. İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde ölenin yakınlarına tanınmış olan manevi tazminat talebi, ölen kişiye yakından bağlı olanların uğramış oldukları duygu zararlarının tazmin edilmesini amaçlar ve yakınların şahsında doğan bağımsız bir talep hakkıdır²². İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesine göre, yakınların manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri için ölen kişi ile manevi tazminat talebinde bulunanlar arasında yoğun ve sıkı bir ilişkinin bulunması ve manevi tazminat talebinde bulunan kişilerin, yakınlarının ölümünden ağır şekilde etkilenmiş olmaları gerekir ancak uğranılan zararın hastalık boyutuna ulaşması gerekli değildir²³.

III. İSVİÇRE HUKUKUNDA AĞIR BEDENSEL ZARARLARDA ZARAR GÖRENİN YAKINLARININ MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde (OR Art. 47) manevi tazminat talep etme hakkı, sadece yakınların uğramış oldukları duygu zararlarının tazminine yönelik olarak ölenin yakınlarına tanınmış olması, buna karşılık beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarına manevi tazminat talep edebilecek kişiler arasında yer verilmemiş olması nedeniyle, İsviçre Federal Mahkemesi uzunca bir süre beden bütünlüğü ihlal edilmiş olan kişinin yakınları lehine manevi tazminata hükmetmekten kaçınmıştır. Ancak daha sonra Federal Mahkeme görüş değiştirerek, manevi tazminat talebinde bulunabilecek kişiler çevresini, beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarını da kapsayacak şekilde genişletmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi ilk kez 1986 yılında, bir kaza sonucunda ağır şekilde yaralanan bir kadının eşinin uğramış olduğu manevi zararın tazmin

²² **BREHM, Roland**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR, 2. Aufl., Bern 2006, Art. 47, N. 14 ve Art. 47, N. 132.

²³ **GURZELER, Beatrice**, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Diss., Zürich-Basel-Genf 2005, s. 219; **WILDHABER, Patricia**, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld, Unter Berücksichtigung des liechtensteinischen, schweizerischen und österreichischen Rechts, Diss., Zürich 1999, s. 63.

edilmesine hükmetmiştir²⁴. Federal Mahkeme, yakınların manevi tazminat taleplerinin kabul edilmesine gerekçe olarak, beden bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilmiş olan kişiye yakından bağlı olan kişinin de kişilik hakkının ihlal edilmiş olmasını göstermektedir.

İsviçre Federal Mahkemesine göre, kişinin yakından bağlı olduğu kişilerle arasındaki duygusal bağ da İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesi kapsamında korunan kişisel değerler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararlar, alışılmışın dışında büyük ve yoğun olduğu takdirde zarar görenin yakınları İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesine dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilirler²⁵.

Görüldüğü üzere, Federal mahkeme yakınların, manevi tazminat taleplerini İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesine değil İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesine dayanarak ileri sürebileceklerini kabul etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesine göre, beden bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin yakınlarının, İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesi uyarınca ileri sürebilecekleri manevi tazminat talebi bağımsız niteliktedir ve yakınların kendi kişilik haklarının ihlalinden doğmaktadır²⁶. Zira kişinin beden bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde sadece ilk zarar görenin değil, onun yakınlarının yaşam koşulları da radikal bir biçimde değişikliğe uğramaktadır²⁷.

İsviçre Federal Mahkemesine göre, bir kişinin beden bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmiş olması, ilk zarar görenin yanında onun yakınlarını da çok büyük bir yük altına sokar ve ani bir ölümle kıyaslandığında, bu durumla baş edilmesi daha güçtür. Bu nedenle Federal Mahkemeye göre, bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin yakınlarının duyduğu acı ve keder ancak hayatını kaybeden bir kişinin yakının duyduğu elem ve keder ile aynı yoğunluk ve şiddette ya da ondan daha ağır ise yakınların uğramış oldukları manevi zararın tazmin edilmesi mümkündür²⁸. Başka bir deyişle İsviçre Federal Mahkemesi, ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesinin yakınların kişisel ilişkilerini, sanki zarar gören ölmüş gibi ölümle aynı şiddette ve daha da şiddetli biçimde etkilemiş olduğu hallerde yakınların uğramış oldukları manevi zararın, tazmin edilmesine karar vermektedir²⁹.

Federal Mahkeme bu yaklaşımına gerekçe olarak, kişinin bir yakınının ölümünün üstesinden daha kolay gelebilmesini, zira çekilen acı ve üzüntülerin

²⁴ BGE 112 II 220 vd., 22.4.1986.

²⁵ BGE 112 II 220 vd., aynı yönde BGE 117 II 56 E. 3 a; 116 II 520 E. 2c.

²⁶ BGE 123 III 204, aynı yönde BGE 112 II 220 vd., BGE 112 II 226 vd.

²⁷ **BEISTEINER**, s. 52.

²⁸ BGE 112 II 126 vd., BGE 122 III 7 E. 2a; BGE 123 III 204;

²⁹ BGE 112 II 126 vd., BGE 122 III 7 E. 2a; BGE 123 III 204.

zamanla yok olmasa da hafifleyebilmesine karşılık beden bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen mesela yatağa bağımlı ve bakıma muhtaç hale gelen bir kişinin yakınlarının hem o kişiye göstermek zorunda oldukları özel bakımı hem de her gün yüz yüze gelerek yeniden yaşadıkları trajik olayla baş etmelerindeki güçlüğü göstermektedir³⁰.

A) İlk Zarar Görenin Beden Bütünlüğünün Ağır Şekilde İhlal Edilmiş Olması

İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesi³¹ hükmüne göre, kişilik hakkına yönelik her türlü ihlal değil, sadece “ağır ihlal” ler tazmin edilebilir. Başka bir deyişle, belli bir ağırlıkta olmayan, genel yaşam riskine dahil sayılan ihlaller, İBK m. 49’un “ihlalin ağırlığını” arayan düzenlemesi karşısında tazmin edilemez³². İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesine nazaran özel hüküm niteliğinde olan İBK’nun 47. maddesinde açıkça, ihlalin ağır olması gerektiği ifade edilmemiştir. Bununla birlikte İsviçre hukuk öğretisinde İBK’nun 47. maddesi açısından da “ihlalin ağırlığının” aranması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır³³.

Belirtelim ki İsviçre Hukukunda, manevi tazminat talep etme hakkına sahip kişiler çevresinin sınırsız şekilde genişlemesi tehlikesi nedeniyle, 49. maddede yer alan “ihlalin ağırlığı” koşulu, ilk zarar görenin yakınlarının ma-

³⁰ BGE 112 II 223 E. 2c; ayrıca bkz. BGE 108 II 433 E. 5

³¹ İsviçre Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi, 16.12.1983 tarihinde kabul edilen ve 1.07.1985 tarihinde yürürlüğe giren Kanun’la değiştirilmiştir. Bu değişiklikte birlikte; İBK m. 49’da yer alan “kusurun özel ağırlığı” koşulu madde metninden çıkartılmış “ihlalin özel ağırlığı” yerine ise “ihlalin ağırlığı” koşuluna yer verilmiştir. (Bu değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HELVACI, Serap**, İsviçre Medeni Kanununun 28. maddesi ile İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesinin Tarihi Gelişimi, MÜHF Hukuk Araştırmaları, C. 8, S. 1-3, 1994, İstanbul 1995, s. 244 vd.) Bu değişiklikler sonucunda madde şu hali almıştır: Kişiliğinde hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişi, ihlalin ağırlığı haklı gösteriyorsa ve başka şekilde tazmin edilemiyorsa, manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir (OR Art. 49/I).”.

³² **SCHWENZER, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N. 17.05; **GURZELER**, s. 139; **WIDMER/WESSNER**, Vorentwurf, s. 88; Nitekim İsviçre öğretisinde TERCIER’e göre, kişi, sosyal yaşam içinde yer almasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan, olağan nitelikteki ihlallere bunların tazmin edilmesini beklemeksizin katlanmalı, tahammül etmelidir. **TERCIER, Pierre**, Contribution à l’étude du tort et de sa réparation en droit civil suisse, Thèse, Diss., Fribourg 1971, s. 105, s. 193. (**GURZELLER**, s. 139’dan naklen)

³³ **SCHNYDER, Anton K./PORTMANN, Wolfgang/MÜLLER-CHEN, Markus**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2008, s. 181; **INDERKUM, Matthias**, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung (Art. 28a Abs. 3 ZGB), Diss., Zürich 2008, s. 132; aynı yönde, BGE 104 II 264.

nevi tazminat talepleri yönünden de aranmakta dolayısıyla yakınların uğramış oldukları manevi zararların, ancak ilk zarar görenin beden bütünlüğünün ağır olarak nitelendirilecek şekilde ihlal edildiği hallerde tazmin edilebileceği kabul edilmektedir³⁴. Bu sınırlandırma ile Avrupa Konseyinin 14 Mart 1975 tarihli tavsiye kararında yer alan, ilk zarar görenin yakınlarına ancak onların hissettikleri duygusal acının “sıra dışı” olması koşuluyla manevi tazminat verilmesini öngören 13. ilkesi de dikkate alınmış olmaktadır³⁵.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesinin öğretide de kabul gören³⁶ içtihadında³⁷ ifade edildiği üzere, bedensel bütünlüğün ihlali, manevi tazminat talebinde bulunan yakınların kişisel ilişkilerini, adeta ilk zarar görenin ölmüş olması halinde olduğu gibi ölümlle aynı şiddette ve daha da şiddetli biçimde etkilemişe yakınların uğramış oldukları manevi zararın, tazmin edilmesine karar verilebilir³⁸.

Bu nedenle İsviçre Hukuk uygulamasında yakınlar lehine manevi tazminata ancak ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde, hükmedilmektedir. Bu durumda, ihlalin ağırlığı, yakınların kendi kişilik hakları üzerinde doğrudan etkili olmalı ve onlar açısından sürekli bir yük olarak algılanmalıdır³⁹. İlk zarar görenin uğramış olduğu zarar, o derece ağır olmalıdır ki, zarar gören kişiyle yakınlar arasındaki ilişkinin bu durumdan sürekli olarak ve ağır biçimde etkilenmiş olması ya da zarar gören ile ona yakından bağlı olan kişiler arasındaki ilişkinin tamamen başka bir şekle bürünmüş olması gerekir. Bu duruma örnek olarak, ilk zarar görenin bilincini kaybetmesi ya da uğramış olduğu zarar neticesinde cinsel yaşamını sürdüremez hale gelmesi gösterilebilir.

Nitekim İsviçre Hukuk uygulamasına baktığımızda Federal Mahkemenin yakınlar lehine manevi tazminata, ilk zarar görenin beden bütünlüğünün HIV-

³⁴ **KELLER, Alfred**, *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998, s. 164; **PFLÜGER, Stephanie**, *Schmerzensgeld für Angehörige*, Bielefeld 2005, s. 169.

³⁵ **PFLÜGER**, s. 169.

³⁶ **OFTINGER, Karl/STARK, Emil, W.**, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, s. 449 vd.; **BREHM**, *Berner Komm.*, Art. 47, N. 187 vd.; **WILDHABER**, s. 66.

³⁷ BGE 112 II 126 vd., BGE 122 III 7 E. 2a; BGE 123 III 204.

³⁸ **BREHM**, *Berner Komm.*, Art. 49, N. 67a.

³⁹ **BREHM**, *Berner Komm.*, Art. 49, N. 67c; BGE 117 II 50/59; BGE 122 III 5/7; BGE 123 III 204/206.

enfeksiyonu, omurilik felci⁴⁰, impotans (cinsel iktidarsızlık)⁴¹ ya da beyin hasarı⁴² gibi ağır biçimde ihlal edildiği hallerde hükmettiğini görürüz.

İsviçre Hukuk uygulamasında günümüzde hakim olan anlayış çerçevesinde, yukarıda bahsettiğimiz kriterler dikkate alınmak suretiyle bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarına, onların yaşam kalitelerinin bu durumdan hissedilebilir olarak ve sürekli bir biçimde etkilendiği hallerde manevi tazminat talep etme imkanı tanınmaktadır⁴³. Bu yaklaşım çerçevesinde ağır beden bütünlüğü ihlallerine ilişkin olarak aşağıdaki gibi bir sınıflandırmaya gidilmesi mümkündür:

1. İlk Zarar Görenin Ağır Şekilde Sakatlanmış Olması

İsviçre Hukukunda, yakınlar lehine manevi tazminata hükmedilmesine imkan veren olguların başında, ilk zarar görenin ihlal sonucunda ağır şekilde sakatlanmış olması gelir. Zira ağır şekilde sakatlanarak bakıma muhtaç hale gelen kişinin bakımını üstlenen yakınların yaşam koşulları da üstlenmiş oldukları yeni yükümlülüklerle bağlı olarak radikal bir şekilde değişir⁴⁴. Bu tür durumlarda yakınların manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri için, üstlenmiş oldukları bakım yükümlülüğünün onların sürdürdükleri yaşamlarını sürekli ve ciddi şekilde etkileyerek, yaşam tarzlarının hissedilebilir şekilde değişmesine neden olması gerekmektedir⁴⁵. Bu nedenle ilk zarar görenin beden bütünlüğünün hafif şekilde ihlal edildiği hallerde, yakınlar lehine manevi tazminata hükmedilemez⁴⁶.

2. İlk Zarar Görenin İletişim Yeteneğini Kaybetmesi

Son olarak belirtelim ki ilk zarar görenin iletişim yeteneğini kaybetmesi de yakınların manevi tazminat talebinde bulunmalarına imkan verebilir. Bu özellikle daha çok ilk zarar görenin bilinç kaybına uğradığı, sürekli koma haline girdiği hallerde söz konusu olur. Bu durumda ilk zarar gören ile ona yakından bağlı olan kişi arasında hiçbir şekilde iletişim sağlanamaz öyle ki bu halde

⁴⁰ GURZELER, s. 221.

⁴¹ Kocası bir kaza sonucunda iktidarsız hale gelen kadının manevi tazminat talebi için bkz. BGE 112 II 227 E. 3.

⁴² Erkek kardeşi bir trafik kazası neticesinde ağır bir beyin hasarına uğrayan kız kardeşin manevi tazminat talebi için bkz. BGE 118 II 409 E. 3cc.

⁴³ PFLÜGER, s. 170.

⁴⁴ OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht, s. 449.

⁴⁵ PFLÜGER, s. 170.

⁴⁶ Belirtelim ki İsviçre hukuk öğretisinde ilk zarar görenin görüntüsünde meydana gelen önemli deformasyonların da yakınların manevi tazminat taleplerine esas olabileceği ileri sürülmektedir. Buna göre ilk zarar görende herhangi bir fiziksel rahatsızlığa yol açmayan kozmetik bozuklukların da manevi tazminat taleplerine esas olabileceği savunulmaktadır. BREHM, Berner Komm., Art. 49, N. 39a.

adete zarar görenin ölmesi durumunda olduğu gibi, zarar gören ile yakınlar arasındaki iletişim tamamen ortadan kalkar⁴⁷.

B) Manevi Tazminat Talebinde Bulunan Yakının İlk Zarar Gören ile Aynı Evde Yaşamaya ya da Zarar Görenin Bakımını Üstlenmiş Olması

İsviçre hukuk öğretisinde, yakınların manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri için ilk zarar gören ile sıkı ve sürekli bir ilişkinin bulunmasının yanında beden bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilmiş olan zarar gören ile uzun bir süredir aynı evde yaşamaları ve manevi tazminat talebinde bulunan davacının yaşam standartının bu durumdan etkilenmiş olması gerektiği de ileri sürülmektedir⁴⁸. Nitekim bu görüş taraftarlarına göre, bu yaklaşım, aile üyelerinden birisinin ağır şekilde yaralanması durumunda, sadece ilk zarar görenin eşi ile anne ve babasının manevi tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin Avrupa Konseyi Kararının 13. ilkesine de uygundur.

Yine öğretilerde belirtildiği üzere, yakınlar lehine manevi tazminata, yakının ilk zarar görenden ayrı yaşadığı ya da zorunlu olmamasına rağmen zarar görenin bir bakım evine yerleştirildiği hallerde hükmedilmemesi gerekir⁴⁹. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, ilk zarar görenle aynı evde yaşayan çocukların ve kardeşlerin manevi tazminat taleplerini kabul ettiği gibi⁵⁰; karısı, ağır şekilde yaralanan ve evde değil de bir bakım evinde kalmakta olan davacı koca lehine de manevi tazminata hükmetmiştir⁵¹.

Görüldüğü üzere, İsviçre Hukukunda, ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde manevi tazminat talebinde bulunan kişinin, kural olarak, ya ilk zarar gören ile ya aynı evde yaşamaya ya da onun bakımını üstlenmiş olması gerekir⁵².

C. Manevi Tazminat Talep Edebilecek Kişiler Çevresi

İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde, “Bir insanın öldürülmesinde hakim, özel hal ve şartları değerlendirerek...ölenin yakınlarına, uygun bir para tutarının manevi tazminat olarak verilmesine” hükmedebileceğinin ifade edilmiş olması nedeniyle, ölüm halinde, sadece doğrudan zarar gören kişi lehine değil; onun yakınları lehine de uygun bir manevi tazminatın ödenmesine karar verilmektedir.

⁴⁷ **OFTINGER/STARK**, *Haftpflichtrecht*, s. 449.

⁴⁸ **TERCIER, Pierre**, *Die Genugtuung in: Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 1988*, s. 29, (**WILDHABER**, s. 67’den naklen).

⁴⁹ **PFLÜGER**, s. 171.

⁵⁰ BGE 125 III 419 vd.; BGE 118 II 409.

⁵¹ BGE 112 II 120.

⁵² **GURZELER**, s. 223; **WIDMER/WESNER**, s. 90.

Belirtelim ki İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde düzenlenmiş olan manevi tazminat talebi, ölenin yakınlarının kişisel olarak hissettikleri acının giderilmesini amaçladığından, yakınların kişiliğinde bağımsız olarak doğan bir talep haktır. Ancak tazminata hükmedilebilmesi için ölen kişi ile bunlar arasında “yakın ve yoğun” bir ilişkinin bulunmasının yanında olayın özelliklerinin yani yakınların hissetmiş oldukları duygusal acının ağırlığının da manevi tazminatı haklı kılması gerekir⁵³.

İsviçre Hukukunda, yakınların uğramış oldukları manevi zararın tazmin edilebilmesi için zararın, hastalık boyutuna ulaşmasının gerekli olmadığı⁵⁴ ancak manevi tazminat talebinde bulunan kişilerin, yakınlarının, “ölümünden ağır şekilde” etkilenmiş olmaları gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵. Ölüm olayından kimlerin ağır şekilde etkilenmiş olabilecekleri, İsviçre Hukukunda “Derecelendirme teorisi” olarak adlandırılan teoriye göre belirlenmektedir. Derecelendirme teorisi, yakınlarının ölümünden öncelikle ölenin yakın akrabalarının ağır şekilde etkilenmiş olabilecekleri varsayımından hareket eder. Buna göre, bir kişinin, eşinin ölümünün üstesinden gelmesinin, çocuğunun, anne veya babasının ya da kardeşinin ölümünün üstesinden gelmesinden daha zor olduğu varsayıldığından, en yüksek tutarlı manevi tazminata sırasıyla, öncelikle ölenin eşi, çocuğun ölümü halinde ölen çocuğun anne ve babası, anne-babanın ölümü durumunda çocukları, belli koşullar altında ölenin kardeşleri ve nişanlısı lehine hükmetmek gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶.

Nitekim İsviçre uygulamasında da dikkate alınan “Derecelendirme Teorisi” çerçevesinde en yüksek tutarlı manevi tazminatta ölenin eşi lehine hükmedilirken, onu ikinci sırada ölen çocuğun anne ve babası, üçüncü sırada anne-babanın ölümü üzerine ölenin çocukları lehine hükmedilen manevi tazminat tutarları izlemektedir. Ölenin kardeşleri lehine en düşük tutarlı manevi tazminatta, nişanlısı lehine ise ölenin eşi lehine hükmedilen tazminat miktarı ile ölenin anne ve babası lehine hükmedilen manevi tazminat miktarlarının arasında kalan bir tazminata hükmedilmektedir⁵⁷.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, ölenin yakınlarının uğramış oldukları duygu zararının tazmin edilebilmesi için ölen kişi ile yakınlar arasında yoğun ve sıkı bir ilişkinin yanında olayın özelliklerinin de yani yakınların hissetmiş oldukları duygusal acının ağırlığının da manevi tazminatı haklı kılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁸. Bu nedenle somut olayın özelliğine göre ölenle iyi

⁵³ BEISTEINER, s. 51.

⁵⁴ GURZELER, s. 219.

⁵⁵ WILDHABER, s. 63.

⁵⁶ GURZELER, s. 220; WILDHABER, s. 64.

⁵⁷ WILDHABER, s. 64. Karşl. BGE 114 II 150 vd.

⁵⁸ BEISTEINER, s. 51.

ama çok yakın ilişki içinde olmayan uzak bir akraba lehine de manevi tazminata hükmedilebilir. Özellikle bu kişinin, ölüme bağlı olarak post travmatik tepkiler gösterdiği hallerde olayın özelliklerinin manevi tazminatı haklı kıldığı kabul edilmektedir⁵⁹.

İsviçre Hukuku açısından ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edildiği hallerde manevi tazminat talebinde bulunabilecek kişiler çevresinin, kural olarak İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesi uyarınca ölüm halinde manevi tazminat talep edebilen kişilerle örtüştüğü söylenebilir.

Bununla birlikte, İsviçre Hukukunda ilk zarar görenin bedensel bütünlüğünün ağır şekilde ihlal edilmesine özgü olarak, manevi tazminat talep edebilen kişiler çevresi belirgin şekilde genişletilmiştir⁶⁰. Buna göre manevi tazminat talebinde bulunabilecek kişiler kapsamına, cinsel istismara uğrayan çocukların anne-baba ve kardeşlerinin yanı sıra, tecavüz neticesinde dünyaya gelen çocuk ve hatta tecavüze uğrayan kadının fiili beraberlik yaşadığı erkek arkadaşı da dahil edilmiştir⁶¹.

Yine İsviçre hukuk öğretisinde kadının aile içi şiddete maruz kaldığı hallerde, çocuklarına hiç şiddet uygulamamış olsa bile annelerine şiddet uygulayan babalarından uğramış oldukları manevi zararın giderilmesini isteme hakkının çocuklara tanınması gerektiği gibi, tecavüze uğrayan bir kadının eşine, nişanlısına ya da fiili beraberlik yaşadığı erkek arkadaşına da ilk zarar görenden bağımsız olarak, özellikle de tecavüz olgusu, eşlerin, cinsel yaşamlarını uzunca bir süre ciddi olarak etkilemişse ya da aile hayatı üzerinde olumsuz etkiler doğurmuşsa veya olayın özellikleri kapsamında değerlendirilebilecek başka olgular mevcutsa, manevi tazminat talebinin tanınması gerektiği ileri sürülmektedir⁶².

Belirtelim ki ilk zarar görenin tecavüze uğraması, yakınların psikolojilerinin hastalık derecesinde bozulmasına sebep olursa artık bu durumda yakınlar doğrudan zarara uğramış olacaklarından manevi tazminat taleplerini İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesi (OR Art. 47) hükmüne dayanarak ileri sürebilirler.

D. İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı

Bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararın tazminine ilişkin olarak İsviçre öğretisi ve uygulamasında yaşanan bu gelişmeleri dikkate alan çarpıcı bir düzenlemeye İsviçre So-

⁵⁹ GURZELER, s. 220.

⁶⁰ GURZELER, s. 225.

⁶¹ GURZELER, s. 225.

⁶² GURZELER, s. 226.

rumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının 45e maddesinde rastlanmaktadır⁶³.

İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının 45e maddesi, İsviçre Borçlar Kanununun 49 ve 47. maddelerini tek bir hüküm altında birleştirmiştir. Toplam üç fıkradan oluşan tasarının 45e maddesinin I. fıkrası, manevi tazminatın genel koşullarını belirlerken, II. fıkrası manevi tazminatın türünü düzenlemektedir. Tasarının III. ve son fıkrasında ise İsviçre Borçlar Kanununun 47. madde düzenlemesine paralel olarak ölüm halinde, ölenin yakınlarına tanınan manevi tazminat talep etme hakkının yanında özellikle ağır beden bütünlüğü ihlallerinde bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarına da manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır⁶⁴.

Belirtelim ki İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının yakın bir gelecekte yasallaşması beklenmektedir. Zira Federal Meclis, kanun tasarılarının yasallaşması programına Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısını almamıştır⁶⁵.

IV. TÜRK HUKUKUNDA AĞIR BEDENSEL ZARARLARDA ZARAR GÖRENİN YAKINLARININ MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 47. maddesinde, mehz İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesinde olduğu gibi, sadece ölüm halinde, ölenin yakınlarına, yansıma yoluyla uğradıkları manevi zararın tazmin edilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bedensel bütünlüğün ihlali durumunda ise sadece bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi manevi tazminat talep etme hakkına sahiptir. Bu nedenle bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınları kural olarak manevi tazminat talebinde bulunamazlar.

Bununla birlikte İsviçre Hukukunda olduğu gibi Türk Hukuk öğretisinde de bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiden başka yakınların da manevi tazminat talep etme hakkına sahip olup olmadıkları öğretilerde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Türk Hukuk öğretisinde bazı yazarlar, Borçlar Kanununun 47. maddesinin yansıma yoluyla manevi zararın tazminini sadece adam ölmesi halinde öngördüğünü, diğer hallerde hukuka aykırılık bağı bulunmadığı için manevi tazminat talep edilemeyeceğini ileri sürmektedirler⁶⁶.

Yansıma yolu ile zarara uğrayanların, zararlarının tazmin edilebilmesi için fiil ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması dışında fiil ile yansıma

⁶³ WIDMER/WESSNER, Vorentwurf, s. 10.

⁶⁴ WIDMER/WESSNER, Vorentwurf, s. 10.

⁶⁵ STIEGLER, s. 29.

⁶⁶ OĞUZMAN /ÖZ, s. 682-683.

zarara uğrama olgusu arasında hukuka aykırılık bağı da bulunmalıdır⁶⁷. Borçlar Kanununun 47. maddesi hükmünün koruma amacının kapsamına sadece ölüm halinde ölenin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararlar girdiğinden, bedensel bütünlüğün ihlal edildiği hallerde hukuka aykırılık bağı bulunmadığından, yakınların uğramış oldukları manevi zararlar tazmin edilemezler.

Türk Hukuk öğretisinde yansıma yoluyla zarara uğrayanların manevi tazminat talep edemeyeceğini ileri süren bir diğer görüşe göre de, bedensel bütünlüğün ihlali halinde sadece bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat talep etme hakkı vardır⁶⁸. Onun dışında kalan diğer kişilerin, ailenin ve yakınların dava hakkı yoktur. Bedensel bütünlüğün ihlali durumunda zarar gören ölmedikçe manevi tazminat talep etme hakkı da sadece ona ait sayılmalıdır. Ancak bedensel bütünlüğü ihlal edilen kimse ile manevi bütünlüğü, iç huzuru ağır şekilde zarara uğramış olan kimse arasındaki özel yakınlık, bu kişinin de aynı fiil nedeniyle iç huzurunun, manevi bütünlük değerinin ağır şekilde ihlal edildiğini ortaya koyuyorsa bu takdirde de tedavi masrafları dolayısıyla “maddi tazminat” istenebilmelidir⁶⁹.

Türk Hukuk öğretisinde bazı yazarlar ise bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının da bu ihlale bağlı olarak, ruh ve sinir sağlığının bozulmuş, onların da ruh ya da sinir hastası olmasına neden olmuşsa, yakınlarla da manevi tazminat talep etme hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedirler⁷⁰. Bu görüşte olan yazarlara göre, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin bu durumu, yakınlarının ruh sağlığının bozulmasına dolayısıyla psişik bütünlüğünde bir eksilmenin meydana gelmesine neden olmuşsa, gerçekleşen bu zararın uygun nedensellik bağı ve normun koruma amacı içinde bulunması halinde doğrudan doğruya manevi zarar kabul edilerek tazmin edilmesi gerekir. Bu durumda ruhsal bütünlükleri üzerindeki kişilik hakları ihlal edilmiş olan yakınlar, BK m. 47 hükmüne dayanarak doğrudan doğruya uğradıkları bu zararın tazmin edilmesini isteyebilirler.

Nitekim Öğretide ileri sürülen görüşlerden ve İsviçre Federal Mahkemesinin uygulamasından esinlenen Yargıtay 1995 tarihli ilke kararı ile sadece maddi fiziksel bütünlüğü ihlal edilen kişinin değil; aynı eylem neticesinde ruh-

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 517. Yazarlar, yansıma yolu ile mutlak hak ihlallerinde hukuka aykırılık bağı nedensellik bağı ile birlikte ortaya çıkarsa da hukuka aykırılık bağının, nedensellik bağından farklı bir kavram olduğuna, bir fiille zarar arasında nedensellik bağı bulunmasına rağmen hukuka aykırılık bağı yoksa fiil sorumluluğu söz konusu olmayacağını ifade etmektedirler. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 496.

⁶⁸ HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU /HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, II. Cilt, İstanbul 1998, § 10, N. 14.

⁶⁹ HATEMİ, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, § 10, N. 14.

⁷⁰ EREN, s. 764-765; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 659.

sal bütünlüğü ihlal edilerek doğrudan doğruya zarara maruz kalan yakınların da, manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1995 tarihinde vermiş olduğu ilke kararında⁷¹, “...*Cismani zarar kavramına, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre, eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de (aynı eylem) nedeniyle hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlal edilen normun (BK m. 47) koruma amacı içinde bulduklarının (Hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin) kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur.*” demek suretiyle bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının uğramış oldukları manevi zararı doğrudan doğruya zarar kapsamında değerlendirmiştir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay 1995 tarihli ilke kararında ruhsal bütünlüklerinin ihlal edilmiş olmasından hareketle yakınların manevi tazminat talebini BK m. 47 hükmüne dayandırırken; İsviçre Federal Mahkemesi, kişinin yakından bağlı olduğu kişilerle arasındaki duygusal bağın İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesi kapsamında korunan kişisel değerler arasında yer almasından hareketle yakınların, manevi tazminat taleplerini İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesine dayandırmıştır.

Nitekim Türk Hukuk öğretisinde de bir görüş, Borçlar Kanununun 47. maddesinin kapsamının bu şekilde genişletilmesi yerine, “aileye bağlılık” kavramının kişilik değerleri içerisine dahil edilmesi gerektiğini, böylece örneğin, baba ile oğul arasındaki bağın, babanın kişilik değerlerine dahil edilerek; babanın ruhsal sarsıntı geçirmesi halinde manevi zararın, yansıma yolu ile değil, doğrudan babanın şahsında gerçekleşmiş olacağını ileri sürmüştür⁷². Yazara göre bu çözüm yolu kabul edildiği takdirde manevi tazminat istemi, BK m. 47 hükmüne değil BK m. 49 hükmüne dayandırılacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1.4.1998 tarihinde vermiş olduğu kararla⁷³, ilk zarar görenin beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle, kendi bedensel ve ruhsal bütünlüklerinde bir zarara uğramamış olsalar bile yakınların, kendi adlarına manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini ifade etmiştir. Kararda “...*BK. nun 47. maddesinin anlatım ve amacı itibariyle zarar görenin*

⁷¹ Yarg. HGK 26.4. 1995, 11-22/430, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 21.05.2011).

⁷² **BURCUOĞLU, Haluk, (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku)**, s. 659, dnp. 3c.

⁷³ Yarg. HGK 01.04. 1998, 4-251/265, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 21.05.2011).

ancak ölümü halinde yakınlarına manevi tazminat ödenmesi öngörüldüğüne göre, anılan maddenin bu olayda uygulama alanı bulamadığı açıktır. Şu durumda sorunun, çözümünde başkaca bir yasal dayanağın olup olmadığı araştırılmak gerekir. Genel bir nitelik taşıyan BK. nun 49. maddesi, kişilik hakkına saldırı halinde manevi tazminata hükmedilmesini hüküm altına almıştır. Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğine somut olaydaki duruma göre, davacıların çocuğunun yaralanmasının duygusal değerlere saldırı kapsamı içine girip girmediği konusu üzerinde durulmak gerekir. Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar bizzat kişinin şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK. nun 49. maddesindeki düzenleme itibarıyla, kişinin bizzat değil de yakınlarının (karı koca ana baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir.” denilmiştir⁷⁴.

Görüldüğü üzere, Türk hukuk öğretisinde bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiden başka yakınların da manevi tazminat talep etme hakkına sahip olup olmadıkları konusundaki görüş farklılıklarına rağmen Yargıtay, önce 1995 tarihli ilke kararında, bir kimsenin cismani zarara uğraması sonucunda, onun yakınlarının da aynı fiil nedeniyle ruhsal bütünlüklerinin ağır şekilde ihlal edilmiş olması halinde, yakınların, BK m. 47 hükmüne dayanarak, manevi tazminat

⁷⁴ Yargıtay Hukuk genel Kurulunun 27.12.2006 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan olayda ise, davalıya ait aracın karıştığı trafik kazasında, davacılar A. ve Y., 7 gün iş ve gücünden kılacak derecede yaralanmış olan yaralı M. nin anne ve babasıdır. Davayı tek çocukları olan M. nin yaralanması bu nedenle üniversite sınavını kazanamaması ve psikolojik problemler yaşamaması nedeniyle açmışlardır. Kararda “...Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar bizzat kişinin şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Ailenin kişisel değerler arasında önemli ve üstün bir yeri olduğu ve bu nedenle kişilik haklarının aile değerlerini de kapsadığı belirgindir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 49. maddesindeki düzenlemeye bu açıdan bakıldığında kişinin bizzat olduğu kadar karı, koca, anne baba ve çocukları gibi yakınlarının yaralanması halinde olaya özgü özellikler ve yaralanmanın ağırlığının zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği, böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığının zarar gördüğünün kabulü gerekir. Eş deyişle kural olarak, yaralanan kişinin yakınları 818 sayılı Borçlar Kanununun 49. maddesi anlamında kişilik haklarına saldırının varlığını kanıtlamaları halinde tazminat isteyebilirler.” denilmiştir. Bkz. Yarg. HGK 27.12. 2006, 4-800/821, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 21.05.2011).

talep edebileceklerini kabul etmiş, 1998 tarihli ilke kararında da, yakınların ruhsal bütünlüklerinin ihlal edilmiş olmasını aramaksızın, bir kimsenin yakınının ağır şekilde yaralanması gibi somut olayın özelliklerinin ve kendisine özgü ağırlığının zorunlu kıldığı hallerde, BK m. 49 kapsamında korunan duygusal değerlerinin ihlal edilmiş olmasından hareketle yakınların, BK m. 49 hükmüne dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabileceklerini kabul etmiştir.

Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 56. maddesinin II. fıkrasında, Avrupa Konseyinin 14.3.1975 Tarihli Tavsiye Kararı, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının 45e maddesi ile Türk-İsviçre Hukuk öğreti ve uygulamasında ileri sürülen görüşler doğrultusunda, bedensel bütünlüğü ağır şekilde ihlal edilen kişinin yakınlarına da yansıma⁷⁵ yoluyla uğradıkları manevi zararın tazmin edilmesini talep etme hakkı tanınmıştır. Belirtelim ki yakınların TBK m. 56/II uyarınca ileri sürebilecekleri manevi tazminat talebi ilk zarar görenin manevi tazminat talebinden bağımsız bir karaktere⁷⁶ sahiptir.

KAYNAKÇA

ARIDEMİR, GENÇ, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, İstanbul 2008.

BEISTEINER, Lisa Barbara, Angehörigenschmerzensgeld, Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden bei Tötung oder Schwerverletzung naher Angehöriger, Wien 2009.

BREHM, Roland, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR, 2. Aufl., Bern 2006.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009.

GURZELER, Beatrice, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Diss., Zürich-Basel-Genf 2005.

HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, II. Cilt, İstanbul 1998.

HELVACI, Serap, İsviçre Medeni Kanununun 28. maddesi ile İsviçre Borçlar Kanununun 49. maddesinin Tarihi Gelişimi, MÜHF Hukuk Araştırmaları, C. 8, S. 1-3, 1994, İstanbul 1995, s. 244 vd.

INDERKUM, Matthias, Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung (Art. 28a Abs. 3 ZGB), Diss., Zürich 2008.

⁷⁵ WIDMER /WESSNER, s. 91.

⁷⁶ WIDMER /WESSNER, s. 91.

KARAHASAN, Mustafa, Reşit, Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, 6. Bası, İstanbul 2001.

KARNER, Ernst, Das Ersatz Ideeller Schäden bei Körperverletzung, Wien und New York 1999.

KARNER, Ernst/KOZIOL, Helmut, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Bnd II/1, 15. ÖJT, Wien 2003.

KELLER, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998.

PFLÜGER, Stephanie, Schmerzensgeld für Angehörige, Bielefeld 2005.

LANGE Hermann/SCHIEMANN, Gottfried, Schadenersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil, W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 2006.

ROBERTO, Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.

SAYMEN, Ferit, Hakkı, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.

SCHNYDER, Anton K./PORTMANN, Wolfgang/MÜLLER-CHEN, Markus, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 2008.

SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.

STAHMER, Nina, Entschädigung von Nichtvermögensschäden bei Tötung, Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Untersuchung des deutschen, französischen und englischen Rechts, Diss., Hamburg 2004.

STIEGLER, Anita Maria, Schmerzensgeld für Schock –und Trauerschäden, Wien- Köln- Weimar 2009.

TAMAN, Şükran, Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat, İÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1984.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

TEKİNAY, Selahattin, S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TERCIER, Pierre, Contribution à l'étude du tort et de sa réparation en droit civil suisse, Thèse, Diss., Fribourg 1971.

TERCIER, Pierre, Die Genugtuung in: Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 1988.

WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts Vorentwurf eines Bundesgesetzes, 2004.

WILDHABER, Patricia, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld, Unter Berücksichtigung des liechtensteinischen, schweizerischen und österreichischen Rechts, Diss., Zürich 1999.

ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM*

GİRİŞ:

Adam çalıştıran kişilerin çalışanlarının fiillerinden sorumlu tutulmaları, kendi çıkarı için yanında bir başkasını çalıştırabilen kimselerin, bu işin görülmesinden doğabilecek zarar tehlikesini, bazı koşulların mevcudiyeti halinde üzerlerine almaları gerekliliğine dayanır. Adam çalıştıranlar bu işin menfaatlerrinden yararlandıkları kadar bunun rizikolarını da üstlenmelidirler.

Adam çalıştıran kişi hizmetinden istifade ettiği çalışanlarının hizmeti görmesi esnasında verdikleri zararlardan kusursuz da olsa sorumludur. Zarar gören kişi, adam çalıştırılmasının bir kusur meydana getirdiğini ispatlamak zorunda değildir.

Adam çalıştırana kanun bir objektif özen gösterme ödevi yüklemiştir ve bu ödevin yerine getirilmemesi, uygulamada sıklıkla karşımıza kusur olarak çıkacaktır.

Bu sorumlulukta adam çalıştırmanın kusuru şart olmadığı gibi, çalışanın da kusuru bulunmasa dahi adam çalıştıran yine de sorumlu olacaktır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için gerekli ilk unsur; bir kişinin bir diğer kişinin hizmetinden kendi amaçları için yararlanmasıdır. Başkasının hizmetinden çoğunlukla bir hizmet sözleşmesi yoluyla veya diğer bir sözleşme ile istifade etmek gereklidir. Ancak çalışma ilişkisi mutlaka sözleşmesel bir bağa dayanmayabilir. Örneğin babasının yanında onun talimatı altında çalışan oğlu da adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında çalışan sayılır.

Adam çalıştırma ilişkisinde önemli olan çalışanın işi görürken çalıştırmanın talimatları altında olmasıdır. Çalışan işi görürken çalıştırmanın talimat ve nezareti altında bulunmalıdır. Çalışma ilişkisi ne şekilde adlandırılırsa adlandırılсын arada mutlaka bir bağımlılık ilişkisi aranmalıdır.

Bahis konusu sorumluluğun ikinci unsuru da, çalışanın işini görmesi esnasında ve görülen iş nedeniyle hukuka aykırı bir fiili ile zararı meydana getirmesidir. Çalışanın işi ile zararın ortaya çıkışı arasında sıkı bir nedensellik bulunmalıdır. Kısacası zarar ile görülen iş arasında fonksiyonel anlamda bir ilgi gereklidir. Aradaki bağlantıyı koparacak biçimde yapılan iş ile hiçbir ilgisi bulunmayan ifa veya davranış neticesi meydana gelen zarardan adam çalıştıran sorumlu tutulmayacaktır.

BK. m. 55’de yer alan zarar kapsamına manevi zararlar da dahil edilebilir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Adam çalıştırmanın sorumlu kılınabilmesi için gerekli olan bir diğer şart da kurtuluş kanıtının getirilememiş olmasıdır. Adam çalıştırılan durumun gerekli kıldığı objektif özen ödevini yerine getirdiğini ispatlayabilirse, sorumluluktan kurtulabilecektir. Objektif özen ödevinin kapsamı ve kurtuluş kanıtının içeriğinde bulunması gerekenler, tebliğimiz kapsamında detaylı olarak ele alınacağından burada sadece bir başlık olarak zikredilmesi ile yetinilecektir. Dikkat ve özen kapsamına işletmedeki çalışmanın da amaca uygun şekilde örgütlenmesinin girdiği hususunda Yargıtay Kararı mevcuttur. Örneğin; Y. 4.HD. 2.10.1978, E. 77-11751/K. 78-10809, YKD. C.5 (1979), S.1, s.45'de de bu hususta açıklamalar yer almaktadır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun düzenlendiği maddede adam çalıştırılan çalışanına rücu imkanı da düzenlenmiştir.

Tebliğimizde bu girişi takiben, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi ile 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan düzenlemeye getirilen değişiklikler, düzeltmeler ve eklemeler ele alınmaya çalışılacaktır.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU IŞIĞINDA ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda halen yürürlükte olan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, kusursuz sorumluluk halleri, Kusursuz Sorumluluk kenar başlığı altında ve hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu biçiminde dayandıkları esaslara göre ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

818 Sayılı Kanunda da kusursuz sorumluluğa ilişkin maddeler bulunduğu halde bu sorumluluk tipi bir kenar başlığı olarak mevcut değildir ve kanaatimce kusursuz sorumluluğun kenar başlığı olarak kanun metninde yer alması sistematik bir eksikliği gidermiştir.

Ele alıp incelemeye çalışacağımız TBK. m. 66, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesini karşılamaktadır. Sebep sorumluluğu ya da diğer adıyla kusursuz sorumluluk; "olağan sebep sorumluluğu" ve "tehlike sorumluluğu" olarak ikiye ayrılmaktadır¹. İşte tehlike sorumluluğu dışındaki tüm kusursuz

¹ Bu konu ile ilgili bkz: TANDOĞAN, Halûk; Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 22-29; OĞUZMAN, M.Kemal/ ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş Sekizinci Bası, İstanbul 2010, s. 587-588; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Düzeltilmiş 12. Baskı, İstanbul 2010; 573-575; KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Genişletilmiş 13. Bası, Ankara 2010, s.258-261; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 497-499; REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da Dikkate alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Yirmibirinci Bası, İstanbul 2010, 174-176; İMRE, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz

sorumluluk halleri de olağan sebep sorumluluğu tipleri biçiminde karşımıza çıkar. TBK. m. 65’de düzenlenmiş olan hakkaniyet sorumluluğu ve TBK. m. 66’da düzenlenmiş olan adam çalıştırmanın sorumluluğu, TBK. m.67’de düzenlenmiş olan hayvan bulduranın sorumluluğu ve TBK. m. 69’da düzenlenmiş olan yapı malikinin sorumluluğu halleri de özen sorumluluğu başlığı altında toplanmıştır. Hakkaniyet sorumluluğu ve özen sorumluluklarından oluşan olağan sebep sorumluluğu halleri dışındaki kusursuz sorumluluk tipi olan tehlike sorumluluğu da TBK. m. 71’de genel bir ilke olarak düzenlenmiştir². Kusursuz sorumluluğa ilişkin bu başlıklandırma ve sistematığın olumlu bir düzenleme olduğu kanaatindeyim³.

TBK. m. 66 “adam çalıştırmanın sorumluluğu” başlığını taşımaktadır ve bu 818 Sayılı BK. m.55’in başlığı olan “istihdam edenlerin sorumluluğu” yerine kullanılmıştır. Maddenin tamamında daha arılaştırılmış ve yalınlaştırılmış bir ifade kullanılmıştır.

Bilindiği üzere TBK. m. 66 (BK. m. 55), adam çalıştırmanın kendisine yükletilmiş olan özen gösterme yükümlülüğüne uygun hareket etmemiş olduğu esasına dayanmaktadır⁴. Objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığında, kendisine yasal olarak özen gösterme görevi verilen kişi, bu görevi yerine getirmediğinden, kusuru olmasa dahi ortaya çıkabilecek zararlardan sorumlu tutulacaktır⁵.

Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 143 vd., KIRCA, Çiğdem; Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 117-118.

² ANTALYA, Gökhan; “En Önemli Yeniliklerden Biri de Haksız Fiiller Reformu”, Borçlar Kanunu Tasarısı Paneli, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 72.

³ TBK. m. 66’nın kenar başlığının uygunsuz; hatta yanlış olduğu şeklindeki görüş için bkz: KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ ERİŞGİN, Özlem; “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller”, Prof.Dr. Rona Serozan’a Armağan, Eylül 2010, s. 1259.

⁴ TANDOĞAN, s. 56; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 590; KILIÇOĞLU, s. 258; İMRE, s. 146; EREN, s. 575; AYDINLI, İbrahim, “İstihdam Edenin (Adam Çalıştırmanın) Sorumluluğu (BK.m. 55), Kamu-İş Yayınları, C: 7, S: 2/2003, s. 6; BAUMERT, Georg (Çeviren YAZMAN, İrfan); “İşçi ve Müstahdemlerin İşletme İçindeki ve Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluk Bakımından Durumları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 34, Sayı 1-4, Yıl 1977, s. 175-176; YILMAZ, Süleyman; “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59(3), 2010, s. 555.Bu kanun hükmüne ilişkin yeni tarihli kararlar için bkz.; Y.11.HD., 3.10.2005T., 2004/11632E., 2005/9073K., Kazancı İçtihat Bankası, Y. 21.HD., 10.10.2005T., 2005/8163E., 2005/9062K., Kazancı İçtihat Bankası.

⁵ “Gerçekten 27.03.1957 gün 1/3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere, BK’nun 55. maddesi uyarınca istihdam edenin sorumluluğu için kendisini veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk “özen ve

Gerçekten de adam çalıştıran ayırt etme gücüne sahip olmasa, ya da gerekli özeni göstermemesi kusur mertebesine çıkmasa dahi çalışanın kendisine verilen işi yerine getirmesi esnasında sebep olduğu zararı gidermekle yükümlü olması bu sorumluluğun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğunu gösterir. Yani adam çalıştıranın gereken özeni göstermediği ve bu sebeple zararın oluştuğu karine olarak kabul edilmiştir⁶.

TBK. m. 66'da "istihdam eden" yerine "adam çalıştıran", "maiyyetinde istihdam ettiği kimseler ve amelesi" yerine de "çalışan" terimi tercih edilmiştir.

TBK'nun 66. maddesinin ikinci fıkrasında "*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

Adam çalıştıranın üzerine düşen objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediğine ilişkin olan sorumluluk karinesini çürütebilmesi için durumun gerekli kıldığı tüm dikkat ve itinada bulunduğunu ispatlaması gerekecektir⁷. Burada bulunması gereken özen, objektif özendir. 818 Sayılı Borçlar Ka-

gözetim ödevinin" objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan kusura dayanmayan bir sorumluluktur.

Ne var ki istihdam edenin sorumluluğu için, istihdam edenle istihdam olunan arasında çalıştırma ve bağımlılık ilişkisinin bulunması, zararın hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşması, eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Başka bir anlatımla kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterli olmayıp, eylemle zarar arasındaki uygun neden-sonuç bağının içişinin ya da 3. kişinin tam kusuru ile kesilmemiş olması zorunludur" Y.21.HD.17.04.2003T., 2003/3574 E., 2003/3517 K. Kazancı İçtihat Bankası; "Öte yandan 27.03.1957 gün 1/3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi uyarınca istihdam edenin sorumluluğu için kendisinin veya çalıştırdığı kişinin kusuru koşul değildir. Buradaki sorumluluk "özen ve gözetim ödevinin" objektif olarak yerine getirilmemesinden kaynaklanan kusura dayanmayan bir sorumluluktur. İstihdam edenin sorumluluğu için, istihdam edenle istihdam olunan arasında çalıştırma ve bağımlılık ilişkisinin bulunması zararın hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak oluşması eylemin hukuka aykırı olması ve eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir" Y. 21.HD. 10.10.2005 T., 2005/ 8163 E., 2005/ 9062 K. Kazancı İçtihat Bankası.

⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 591; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 503; EREN, s. 575; REİSOĞLU, 176; İMRE, s.144; KILIÇOĞLU, s. 259; TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 548; ATAAY, Aytekin; "Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1995, s. 333; ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s. 128.

⁷ TANDOĞAN, s. 66.

nunu'nun 55. maddesinde “*hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu....ispat ederse mes'ul olmaz*” şeklinde bir ifade bulunmaktadır. Bu ifadeden yorum yolu ile sorumluluk karinesinin içerdiği alt karinelere biri olan fiil karinesinin yani adam çalıştırmanın yükümlü olduğu objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediği karinesinin çürütülebilmesi için adam çalıştırmanın çalışanını seçerken, talimatlandırırken ve nezaret ederken özen göstermesi gerekliliğine ulaşılmaktadır⁸.

Oysa 6098 Sayılı Kanun'un 66. maddesinin ikinci fıkrasında, önceki Kanunda yer alan düzenlemeden yorum yoluyla çıkardığımız bu üç unsur tek tek ve açıkça sayılarak yer almıştır. Bu üç unsurun altı çizilerek madde metnine eklenmiş olmasının da yerinde olduğu kanaatindeyim⁹. Bu hükümlerle BK. m. 55'de düzenlenen özen yükümlülüğünün kapsamı daha somut bir şekilde bürünmüştür.

Bilindiği üzere BK. m.55'in uygulanabilmesi için çifte bir nedensellik bağı gereklidir. Hem çalışanın fiili ile meydana gelen zarar arasında; hem de adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile zarar arasında bir nedenselliğin bulunması zorunludur. Daha önce de belirttiğim üzere bu maddede bir sorumluluk karinesi mevcuttur ve bunun zarar gören kişi tarafından ispatı da aranmaz. Ama yine de özen yükümlülüğü ihlali ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması zorunlu olduğundan, nedenselliğin bulunmadığı ispatlanarak da sorumluluktan kaçınılabilir.

⁸ OĞUZMAN/ ÖZ; s. 598; EREN; s.585; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP; s. 508 vd.; TANDOĞAN; s. 67-69; HATEMİ, Hüseyin; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, § 8 N.30, s.81. Özen yükümlülüğünün kapsamı ile ilgili olarak İsviçre Hukukundaki ölçütler için bkz: BECKER, H., Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht, I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941, Art. 55 N. 10-13. Alman hukukundaki yaklaşımlar için bkz: BELLING W. Detlev/ EBER –BORGES Christina; J. Von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 830-838, Berlin 2002; § 831, N. 98, 107; WAGNER; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz-Produkt haftungsgesetz, § 831, N. 33-34. Fiil karinesinin hangi unsurları kapsadığına ilişkin yakın tarihli kararlar için bkz: Y.7.HD., 7.2.2005 T., 2005/118 E., 2005/ 247 K. Kazancı İçtihat Bankası; Y.7.HD., 18.4.2005 T., 2005/1067 E.,2005/ 1171 K., Kazancı İçtihat Bankası; Y.10.HD., 11.11.2010 T., 2010/ 7950 E., 2010/ 15424 K. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹ Aynı görüşte olan yazarlar için bkz: ÖZ, Turgut; Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler; İstanbul 2011, s. 10; YILMAZ; s. 565; WİDMER, Pierre und WESSNER Pierre; Revision und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts Vorentwurf eines Bundesgesetzes, Erläuternder Bericht 2004, s. 128.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde zararın gerekli özenin gösterilmemesinden doğduğuna ilişkin olan "illiyet karinesi"nin çürütülmesine olanak sağlayan ikinci bir düzenleme yer alır. Bu düzenlemeye göre: "... *Hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mes'ul olmaz.*" denilerek aradaki nedensellik karinesinin çürütülmesi ile de adam çalıştırmanın bu sorumluluktan kurtulabilmesi imkanı yaratılmıştır. Yine unutulmamalıdır ki hem fiil karinesini hem de nedensellik karinesini çürütmek, adam çalıştırana düşmektedir¹⁰.

Zararın gerçekleşmesine nasıl olsa engel olunamayacağı savunması, adam çalıştırmanın objektif özen gösterme yükümlülüğüne aykırılık ile zarar arasındaki nedensellik bağının kesildiği anlamına gelir¹¹. Nedensellik bağını kesen durumlar olarak: zarar görenin kendi kusurlu davranışı, mücbir sebep veya üçüncü kişilerin kusurlu davranışları sayılabilir. Meydana gelen zarar ile özen yükümlülüğünün ihlali arasında nedensellik bağının bulunmadığı durumlara örnek olarak: zararın önceden asla öngörülemez olduğu haller, tamamen harici (dış) etkenler yüzünden zararın meydana gelmesi, çalışanın son derece düzgün ve yerinde davranmasına rağmen yine de zarar doğması gibi vakalar sayılabilir.

Yukarıda saydığımız son örnekte adam çalıştırın, objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmesine; yani seçmemiş, talimatlandırmamış, gözetim ve denetimde bulunmamış olmasına rağmen, çalışanı kendisinden o tip bir çalışandan beklenen normal tavırları gerçekleştirdi ise, ve standart davranışlarda bulduysa tüm bu verilere karşın zararın meydana gelmiş olması, özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasında nedenselliğin mevcut olmadığını yani zararın harici bir sebepten doğduğunu gösterecektir¹².

Mücbir sebep, zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru halleri, sorumluluğu ortadan kaldıran ve nedensellik bağını kesen genel sebeplerdir. İşte bu gerekçeden yola çıkılarak 6098 Sayılı TBK'nun 66. madde metnine, nedensellik karinesinin adam çalıştırınca ispatlanarak çürütülmesine yarayan olanak olan "*yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mes'ul olmaz*" hükmü alınmamıştır.

¹⁰ AYDINLI, s. 22.

¹¹ TANDOĞAN, s. 70; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 600; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP; s. 510; KILIÇOĞLU, s. 270; KUNTALP, Erden/ BARLAS, Nami/ AYANOĞLU MORALI, Ahu/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/ İPEK, Mehtap/ YAŞAR, Mert/ KOÇ, Sedef; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na ilişkin Değerlendirmeler, Mayıs 2005, 44-45; KARAHASAN, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku, Ankara 1995; s. 514; İMRE, s. 149.

¹² WIDMER/ WESSNER, s. 129. Bu örnekte çalışanın kendisinden beklenen davranışı göstermemesi, yani standarttan sapan (ayrılan) bir davranışının bulunmasının gerekli olduğu sonucu çıkmaktadır.

Belirtmekte fayda vardır ki ikinci kurtuluş kanıtının çoğunlukla birinciye dönüştüğünü ileri süren Tandoğan, adam çalıştırmanın, çalışanı iyi bir işçi olsaydı da onun da aynı zarara sebebiyet verebileceğini kanıtlamasıyla, çalışanı seçmede yeterli özeni gösterdiğini ortaya koymuş olacağını, bunun da aslında birinci kurtuluş kanıtından başka bir şey olmadığını belirtmektedir¹³.

Bu değişikliğin olumlu bir değişiklik olduğunu savunan yazarlar, bu hükmün gereksiz olduğunu, zaten özen eksikliği ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bulunmadığı hallerde adam çalıştırmanın sorumluluğunun gündeme gelemeyeceğini ileri sürmektedirler¹⁴.

Birinci kurtuluş kanıtının yeterli olduğu, ve yeni Kanun metnine dahil edilmemiş olan ikincisinin ise nedenselliğin yokluğu olarak algılanması gerektiğinden değişikliğin yerinde olduğunu savunanlara karşın; bunun aksini de savunanlar yani bu ikinci kurtuluş kanıtının çıkarılmasına itiraz edenler ve buna ilişkin hükmün mutlak bir faydası olmasa da bozuk, yanlış ve anlamsız bir fazlalık olmadığını ileri sürerek bu değişikliği yerinde bulmayanlar da mevcuttur¹⁵.

Zarar görenin veya üçüncü kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması yüzünden kusurlu sayılmayacağı durumlarda ve mücbir sebep yoğunluğuna erişmeyen ama aradaki nedenselliği kesebilecek beklenmedik durumlarda bu ikinci kurtuluş kanıtının önemi olabilir¹⁶.

İşte bu sebeple sorumluluk hukuku alanında sorumluluğu ortadan kaldıran bu üç unsurun (zarar görenin kusuru, üçüncü kişinin kusuru ve mücbir sebep) tüm kusursuz sorumluluk hükümlerinde getirilen kurtuluş kanıtlarını mutlak biçimde baştan itibaren gereksiz kıldığını savunmak bazı istisnai durumlarda tatmin edici çözümler bulunmasını engelleyebilecektir.

Bir kez daha yineleyelim. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bir özen sorumluluğu örneğidir ve adam çalıştırmanın objektif özen yükümlülüğünün ihlal etmesi sebebiyle zararın meydana geldiğine ilişkin bir karineyi düzenler. Ancak bu karineyi çürütmek yolu ile sorumluluktan kurtulmak mümkündür ve karineyi çürütmek için uğraşacak olan kişi de adam çalıştırandır. BK. m.55'de yer alan ve TBK. m.66'da bulunmayan bu ikinci kurtuluş kanıtının eksikliği yüzünden, TBK.

¹³ TANDOĞAN; s. 71.

¹⁴ Bu konu ile ilgili görüşleri için bkz.: HELVACI, İlhan; "Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 104; KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ, s. 45; YILMAZ, s. 565.

¹⁵ Yeni Türk Borçlar Kanunu üzerinde eleştirileri bulunan bu kanaati paylaşan yazarlar için bkz: KOÇHİSARLIOĞLU/ ERİŞGİN, s. 1261; AYDINLI, s. 23. Bu hükmün faydalı olduğuna evvelden beri inanan diğer yazarlar için bkz: OĞUZMAN/ ÖZ, s. 599 dn. 53; TANDOĞAN, s. 71, İMRE, s. 150.

¹⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz: TANDOĞAN, s. 71; AYDINLI, s. 23, KOÇHİSARLIOĞLU/ ERİŞGİN, s. 1261.

yürürlüğe girdikten sonra yukarıda saydığım istisnai durumlarla karşılaşılması halinde, zarar gören zararını, objektif özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini, objektif özen yükümlülüğünün ihlali fiili ile uğradığı zarar arasında nedenselliğin bulunduğunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Kısacası ispat yükü adam çalıştırmanın omuzlarından kalkacak ve zarar görenin omuzlarına yüklenecektir.

Bu ikinci kurtuluş kanıtının TBK. m.66 metnine dahil edilmemesinin bir eksiklik olduğu ve zarar görenin BK. m.55'deki durumuna nazaran daha ağır bir ispat yüküne maruz bırakıldığını düşünmekteyim.

TBK m.66'nın üçüncü fıkrası tamamen yenidir. Bu fıkra, bir işletmede adam çalıştırılması durumunda, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulabilmesi için işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeninin kurulduğunu ispat etmesinin zorunlu olduğunu düzenlemektedir. Bir organizasyon sorumluluğu¹⁷ getirilerek, işletmelerde adam çalıştırıcıların sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. Bu tip durumlarda adam çalıştırıcı ancak hem TBK. m.66'nın ikinci fıkrasındaki hususları ispatlayarak, hem de üçüncü fıkrasında yeni düzenlenmiş olan işletmenin çalışma düzenini de zarar vermeyecek biçimde düzenlediğini ispatlayarak sorumluluktan sıyrılabilir¹⁸. İşletmede adam çalıştırıcı işletmenin ve faaliyet konusu işin hedeflenen amaca uygun olarak örgütlenmesinde ve akla uygun organizasyonunda özenli davranmalıdır. İşletme üretimde aksamaya asla yol açmayacak biçimde örgütlenmelidir¹⁹.

Adam çalıştırıcının gerekli örgütü kurmaması, uygun malzemeleri sağlamaması ya da üçüncü kişilerin zarar görmemesi için gereken iş güvenliğinin temin edilmemesi, çalışanların dinlenmelerine olanak yaratılmadan çalıştırılmaları gibi sebepler de özen ödevinin ihlal edildiği örnekler olarak sayılabilir²⁰

İşletmelerde adam çalıştırıcının organizasyon sorumluluğu, benden sonra kürsü arkadaşım Doktor Sabah Altay tarafından bir tebliğle sunulacağından, bu konuya ilişkin detayları kendisine bırakmayı tercih ediyorum.

Bu açıklamaya istinaden klasik anlamdaki adam çalıştırıcının sorumluluğunun ve bu sorumluluk hükmünün, sadece işletme faaliyeti dışındaki adam çalıştırıcıların sorumluluğuna indirildiğini söyleyebilirim. Yanında temizlikçi, bahçıvan, çocuk bakıcısı çalıştırıcılar için veya evinde amatör müzik

¹⁷ Bu sorumluluk ile ilgili olarak bkz: ÖZ, s.10 ve konu ile ilgili kapsamlı çalışma için bkz: DEMİR, Mehmet; Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 215-224.

¹⁸ Bu görüş İsviçre'de önceden beri mevcuttu. Bu görüşün savunucularından olan yazar için bkz: JÄGGI, Peter; Diskussionsbeitrag zu den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenverein, Societe des Juristes, 1967 II, s. 756.

¹⁹ HAVUTÇU, Ayşe; Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 52.

²⁰ Y. 4. HD. 22.12.1977 T., 7057 E., 12298 K., Kazancı İçtihat Bankası; Y. 4. HD. 22.12.1977 T., 7057 E., 12298 K., Kazancı İçtihat Bankası; Y. 4.HD. 18.4.1988 T., 400 E., 3633 K., Kazancı İçtihat Bankası.

gruplarına konser verdirenler gibi şahıslar için klasik anlamdaki adam çalıştırmanın sorumluluğu ilkeleri uygulanacaktır ancak bir işletmede adam çalıştırılması durumunda, sorumluluktan kurtulmak için adam çalıştırmanın sadece TBK. m. 66/f.2'yi değil; aynı zamanda TBK. m. 66/f.3'ü de ispatlaması gerekecektir²¹.

TBK.'nun 66. maddesinin dördüncü fıkrasında, çalıştırmanın zararı vermiş olan çalışana rücu hakkı düzenlenmiştir. Bu fıkra, 818 Sayılı BK. m.55'in ikinci fıkrasından farklılıklar arz etmektedir. 818 Sayılı BK.'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasında “*istihdam eden kimsenin zâmin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır*” şeklinde bir düzenleme yer alır.

Bu hüküm okuyan kişide, tazminat ödediği takdirde adam çalıştırmanın, çalışana her durum ve koşulda rücu edebileceği şeklinde bir fikir uyandırmaktadır²². Bunun sebebi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen 55. maddesinin 2. fıkrasının, orijinal metinden kopuk ve eksik bir Türkçe kullanılarak tercüme edilmesidir²³. İsviçre Borçlar Kanunu m. 55/ f.2'nin tercümesi şu yönde olmalıydı: “*Adam çalıştırarak, zarara sebep olan kişiye, ancak o kişi bizzat tazminat ödemekle yükümlü ise rücu edebilir*”.

6098 Sayılı TBK. m.66/f.4'de ise bu çeviri yanlışından dönülmüştür. Bu fıkrada “*Adam çalıştırarak, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir*” denilerek rücu hakkının kapsamı, zararı vermiş olan çalışanın bizzat sorumlu tutulacağı miktarla sınırlandırılmıştır²⁴.

Gerçekten de adam çalıştırmanın ödediği tazminat için çalışana rücu edebilmesinde çalışan ya zarar görene karşı haksız fiilden sorumlu olmalı ya da davranışı, adam çalıştırana karşı yüklendiği borca aykırılık teşkil etmelidir²⁵.

Kısacası yeni Kanunla birlikte adam çalıştırmanın çalışana rücu hakkı, çalışan kişinin “bizzat sorumlu olduğu ölçü” ile kayıtlanmıştır. Adam çalıştırarak kendinin zarar görene ödediği tazminat miktarını aşan bir tutarı da çalışandan isteyemez. Elbette ki çalışan kusurlu değilse veya ayırt etme gücünden yoksunsa, ona rücu edilemeyecektir. 66. maddenin son fıkrasında yapılan değişikliğin son derece yerinde olduğu kanaatindeyim.

²¹ WIDMER/ WESSNER, s. 128.

²² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 601; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 512.

²³ Bu konuda eleştiriler için bkz: TANDOĞAN, s. 72; EREN, s. 587; YILMAZ, s.566; HELVACI, s. 104; KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ, s. 45.

²⁴ Türk Borçlar Kanunu Genel Gereği

²⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 601; TANDOĞAN, s. 72; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 511-512; KUNTALP/ BARLAS/ AYANOĞLU MORALI/ ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN/ İPEK/ YAŞAR/ KOÇ, s. 45; YILMAZ, s. 566; AYDINLI, s. 25; HELVACI, s. 104; EREN, s.587.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA ADAM ÇALIŞTIRANIN İŞLETME FAALİYETİ (ORGANİZASYONU) DOLAYISIYLA SORUMLULUĞU (TBK. 66/3)

Dr. Sabah ALTAY*

I. GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

Türk Borçlar Kanunu'nun¹ 66. Maddesi, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu” başlığı altında, aşağıdaki hükmü içermektedir:

II. ÖZEN SORUMLULUĞU

1. Adam çalıştıranın sorumluluğu

Madde 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

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

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

Söz konusu hüküm, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak²; adam çalıştıranın emri altında

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

¹ RG. 04.02.2011- Sayı : 27836, Kanun No : 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, Yürürlük Tarihi: 1/7/2012.

² 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun “İstihdam Edenlerin Mesuliyeti” başlığını taşıyan 55. Maddesinde kullanılan “istihdam eden” kavramı yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu” başlıklı 66. Maddesinde “adam çalıştıran” kavramı, yine BK. 55 hükmünde yeralan “istihdam ettiği kimseler ve amesi” kavramları yerine de “çalışan” kavramı kullanılmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem boyunca, “adam çalıştıran” kavramının Tandoğan tarafından da tercih edildiği görülmektedir. Bkz. TANDOĞAN, Halûk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 53, vd.; Hatemi ise, mutlak bir hizmet sözleşmesini gerektirmeyen ve İsviçre Borçlar

çalıştırdığı kişilerin, kendilerine verilen işleri görürken haksız fiil niteliğindeki bir davranışta bulunarak üçüncü kişilere zarar vermeleri hâlinde, adam çalıştıran için zarar gören kişilere karşı doğacak olan sorumluluğu düzenlemektedir. Burada adam çalıştıran, kendisinin zarar gören üçüncü kişiye karşı herhangi bir hukuka aykırı davranışı bulunmamasına rağmen, çalışanlarının işlerini yaptıkları sırada hukuka aykırı davranışlarıyla bu kişilere vermiş oldukları zararlardan bizzat sorumlu olmaktadır. Adam çalıştıran için böyle bir sorumluluğun kanunda öngörülmesinin dayandığı esas; başkalarını emri altında çalıştıran ve böylece hâkimiyeti altında tutan kişinin, çalışanların işlerini görürken üçüncü kişilere zarar vermemeleri için gereken tüm dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğu anlayışının kabul edilmiş olmasıdır. Hükmün lâfzı ve amacı dikate alındığında, bu sorumluluğun doğması açısından, adam çalıştıranın kendisine yükletilmiş olan özen yükümlülüğünü yerine getirmemekte kusurlu olup, olmadığının hiçbir öneminin bulunmaması sebebiyle, İsviçre ve Türk doktrinlerinde³ ve uygulamada⁴ bu sorumluluk

Kanunu'nun 55. maddesinin almanca metninde de kullanılan "Geschäftsherr" kelimesinin karşılığı olan "iş sahibi" kavramının Türk Hukuku için en uygun terim olduğu görüşündedir. Bkz.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt, HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, s.76; HATEMİ, H./GÖKYAYLA, E., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 143. Aynı şekilde Tunçomağ da, istihdam eden kavramının karşılığı olarak "iş sahibi" kavramını tercih etmektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, cilt I Genel Hükümler, Altıncı bası, İstanbul 1976, s. 534, vd. Diğer yandan, BK. 55/1 hükmünde yer alan " hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür." şeklindeki pek de başarılı olmayan ifadesinin yerine, TBK 66/1'de "işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür." şeklinde daha doğru ve yerinde bir ifade kullanılmıştır. Biz bu çalışmamızda, terim birliğini sağlamak amacıyla, her iki borçlar kanununda yeralan düzenlemeler yönünden yapacağımız açıklamalarda "adam çalıştıran" ve "çalışan" kavramlarını tercih edeceğiz.

³ Adam çalıştıranın sorumluluğunun hukukî niteliği ve dayandığı esas hakkında bkz. OĞUZMAN, M.Kemal/ ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sekizinci Bası, İstanbul 2010, s. 587; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Halûk/ ALTOP, Atilla; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 497; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Düzeltilmiş 12. Baskı, İstanbul 2010; 573; TANDOĞAN, Halûk; Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 106; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 53; TUNÇOMAĞ, s. 535; İMRE, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 144; REİSOĞLU, Kemal, İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958, s. 50; HATEMİ, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 77, HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 143. İsviçre Hukuku için bkz. BECKER, Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern 1941, Art. 55 N.1; s. 131; DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, Sorumluluk Hukuku

sebebi, adam çalıştırmanın çalıştırdığı kişiler üzerindeki objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediği karinesine dayanan bir kusursuz sorumluluk hâli olarak kabul edilmektedir⁵. Nitekim kanun koyucu da bu hukukî gerçeği dik-kate alarak, Türk Borçlar Kanunu'nda adam çalıştırmanın sorumluluğunu, açık bir şekilde, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerinin düzenlendiği İkinci Ay-rımda, kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak, özen sorumluluğu başlığı altında düzenlemiştir.

Bununla birlikte, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu düzenleyen, yukarıda metnini de arzettiğimiz TBK. 66 hükmü dikkatle incelendiğinde, ko-nuya ilişkin olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre önemli bir yenilik göze çarpmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, halen yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde mevcut olmayan yeni bir hüküm getirilmiştir. TBK. 66/3 düzenlemesi uyarınca, *“Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”*

(çev. Salim Özdemir), Ankara 1983, s. 66, vd.; Von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, cilt :1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983, s.391,vd.; SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000, s.126; Honsell ise, burada ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğunun mevcut olduğu görüşündedir. Bkz. HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 1994, s. 131.

⁴ Türk yargı içtihatlarında adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu görüşünün benimsenmesi ilk olarak Yargıtayın 1957 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile benimsenmiştir. Bkz. Yarg. İBK. 27.03.1957, E.1, K. 3. Karar için bkz. Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, cilt 3, s.2620, vd. İsviçre Federal Mahkemesi ise ilk defa ATF 34/1908 II 266 (270) sayılı kararı ile adam çalıştırmanın sorumluluğunun kusursuz sorumluluk rejimine tâbi olduğunu kabul etmiştir. Karar hakkında açıklamalar için DESCHEAUX/TERCIER, s. 67; Von TUHR, s. 395. Federal Mahkeme BGE 72 II 255 numaralı kararında, adam çalıştırmanın çalışanlar üzerindeki özen yükümünün kapsamının yapılan işe ve işin yapıldığı işletmede gerçekleştirilen faaliyete göre belirleneceğini ve herhalde çalışanların çalışma tarzı üzerinde yapılacak kontrolün iyi organize edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar metni için bkz. OFTINGER, Karl, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1973, s. 295.

⁵ Doktrinde kusursuz sorumluluk hâlleri, bazı yazarlarca olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak iki gurup altında incelenmektedir. Bkz. Tandoğan, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 22; Eren, s.573. Buna göre, olağan sebep sorumluluğu, sorumlu tutlan kişinin kendisine yükletilmiş olan objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemesine dayanır. Bu ayrıma göre, adam çalıştırmanın sorumluluğu da olağan sebep sorumluluğu hallerinden biri olarak kabul edilmektedir. Açıklama için bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 587.

İnceleme konumuzu oluşturan bu yeni düzenlemenin konusunu teşkil eden yükümlülük, doktrinde ve uygulamada “organizasyon yükümlülüğü” veya “işletmenin amaca uygun örgütlenmesini gerçekleştirme yükümlülüğü” olarak da ifade edilmekte, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı adam çalıştıran için doğacak sorumluluk için de “organizasyon sorumluluğu” kavramı kullanılmaktadır⁶. Esasen, bu düzenlemenin yürürlükte olmadığı dönemde, gerek İsviçre, gerek Türk doktrininde ve mahkeme kararlarında varlığı kabul edilen, bununla birlikte birçok tartışmaya da konu olmuş olan; adam çalıştıranın, kusursuz sorumluluk rejiminden kurtulabilmesi için sadece çalışmanı seçmede, denetlemede ve talimat vermede gereken özeni göstermesinin yeterli olmadığı, ayrıca yapılan işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakla da yükümlü olduğu yönündeki anlayış, bu hükümle birlikte artık kanuni bir dayanağa kavuşmuş bulunmaktadır. Aşağıda, öncelikle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem açısından konuya ilişkin doktrin ve uygulamadaki genel durum kısaca ele alınacak, ardından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun önemli yeniliklerinden biri olarak kabul edilebilecek olan TBK. 66/3 hükmü; içeriği, kapsamı ve uygulanma şartları itibarıyla incelenmeye çalışılacaktır.

II. YÜRÜRLÜKTEKİ (818 SAYILI) BORÇLAR KANUNU UYARINCA ADAM ÇALIŞTIRANIN İŞLETME FAALİYETİ DOLAYISIYLA SORUMLULUĞU

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarının 55. Maddelerinde düzenlenen adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğuna ilişkin olarak, adam çalıştıranın, sadece çalışmanı seçmede, talimat vermede ve denetlemede özen gösterdiği (cura in eligendo, cura in instruendo, cura in custodiendo) yönünde kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulamayacağı, bunun yanında, işin ve işletme organizasyonunun, üçüncü kişilerin zarar görmeyeceği şekilde düzenlenmesi gerektiği, ancak bu yönde gereken tüm tedbirlerin alınmış olduğunun adam çalıştıran tarafından ispatlanması şartıyla sorumluluktan kurtulunabileceği Türk ve İsviçre doktrini⁷ ve uygulamasında⁸ uzun süreden beri kabul edilmektedir.

⁶ HAVUTÇU, Ayşe, Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 57; AKÇURA KARAMAN, Tuba, Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 170; BECKER, Art. 55 N. 12; İMRE, s. 147; SCHWENZER, s. 129; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 70; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 509.

⁷ Jäggi, Diskussionsbetrag zu den Verhandlungen des chweizerischen Juristenverein, Societe des Juristes, 1967 II, s. 756; Becker, işin organizasyonunun doğru yapılmış olmasını, adam çalıştıranın kurtuluş kanıtındaki en önemli faktör olarak görmektedir. bkz.BECKER, Art. 55 N.12; HONSELL, s. 135; SCHWENZER, s. 129; İMRE, s. 147; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 120; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 70; REİSOĞLU, s. 44. DESCHENAUX/TERCIER ise, bu

Esasen böyle bir yorum, kanaatimizce kanunun lâfzına da aykırı düşmemektedir. Zira, BK. 55 hükmü, adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulmak amacıyla getireceği kurtuluş kanıtını düzenlerken açıkça ve sınırlayıcı bir biçimde “seçme, denetleme ve talimat verme” yönünden gerekli özenin gösterilmesi gerektiğini ifade etmemekte, genel bir ifade tarzıyla “Şukadar ki böyle bir zararın vukubulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsabile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.” şeklinde bir düzenleme içermektedir. Bu sebeple, doktrinde yorum yoluyla kabul edilen⁹ seçme, denetleme ve talimat vermede gereken özenin gösterilmiş olduğunun ispat edilmesi gereğinin yanısıra, üçüncü kişinin zarar görmesini engelleyecek her türlü tedbirin alınması gereğinin, BK. 55/OR.55 hükümlerinde belirtilen, hâl ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve itinanın gösterilmiş olması zorunluluğunun kapsamı içinde görülmesinin kanaatimizce hukuk tekniği ve hükmün amacı bakımından herhangi bir sakıncası bulunmamaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, ilki 16.3.1964 tarihli kararı olmak üzere kilometre taşı olarak kabul edilebilecek olan kararlarında; istihdam edenin üç klâsik kurtuluş kanıtının yanı sıra, adam çalıştırmanın işin ve işletmenin amaca uygun organizasyonunda, yardımcıya uygun malzeme ve araçların sağlanmasında, yardımcının aşırı iş yükü altında bırakılmadan çalıştırılmasında, yetiştigi alanın dışında çalıştırılmamasında, üçüncü kişiler lehine koruma önlemleri olmaksızın tehlikeli bir işte çalıştırılmamasında özenli davranmak zorunda olduğunu açıkça kabul etmiştir. Böylece, istihdam edenin objektif özen yükümlülüğü; işin-işletmenin organizasyonunu da kapsar şekilde genişletilmiş ve “organizasyon sorumluluğu”nun da yerine getirilmiş olduğunun ispatı, yorum yoluyla İBK 55’te sayılan kurtuluş kanıtına ek olarak aranır hale gelmiştir¹⁰.

özenin seçme, denetleme ve talimat vermenin kapsamı içinde olduğunu, bu sebeple burada ayrı bir yükümlülüğün söz konusu olmadığını belirtmektedir. Aynı yönde OĞUZMAN/ÖZ, s. 599; Her iki görüşün de savunulabileceği yönünde EREN, s. 586.

⁸ BGE 23 II 38; BGE 35 II 222; BGE 31 II 701; BGE 43 II 187. Bu kararlar için bkz. BECKER, Art 55 N. 12; BGE 90 II 86; BGE 110 II 456. Bu kararlar için bkz. SCHWENZER, s. 129; Yarg. 4.HD. 23.2.1942, E.161/K.556; Yarg. 4. HD. 31.3.1947, E. 912/K. 1309. Kararlar için bkz. TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 121.

⁹ ÖZ, Turgut; Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler; İstanbul 2011, s. 10.

¹⁰ Bkz. İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 90 II 86 sayılı Fritöz Kararı, BGE 64 II 254 sayılı “Tırmanma Kemer” kararı; BGE 110 II 466 sayılı “menfez çerçevesi” kararı, Jdt. 1986 I, s. 571-573-14.05.1985 sayılı “katlanabilir koltuk” olayına ilişkin karar. Esas olarak üreticinin ayıplı ürün sebebiyle meydana gelen zararlar için üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun hangi hukuki esasa göre belirleneceğinin çözüme

Esasen, üreticinin üretilen ayıplı ürünün üçüncü kişiler nezdinde yol açtığı zararın tazmininin hangi hukuki temele dayandırılması gerektiği sorununun çözümü için ve üreticinin kusursuz sorumluluğunu temellendirmek amacıyla verilen tüm bu kararlarda, Federal Mahkeme, özellikle de menfez çerçevesi olayına ilişkin kararında, “menfez yapımında çalıştırılan yardımcıyı seçmede, talimat vermede, denetlemede, işletmenin ve işin amaca uygun biçimde örgütlenmesinde ve akla uygun organizasyonunda özenli davranması gerektiğini, bu özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen üreticinin BK.55 uyarınca sorumluktan kurtulmuş olmayacağını ifade etmiş, hatta, “işletmenin amaca uygun organizasyonunda, adam çalıştırmanın işçilerden birinin hatasını önleyip önlemeyeceğinin değil, işletmenin üretimde hiçbir hataya yol açmayacak şekilde örgütlenmiş olup olmadığının önem taşıdığını, zararı engelleyecek her türlü önlemin alınması gerektiğini, özellikle üretimde son kontrol ödevinin yerine getirilmesi gerektiğini, eğer bu mümkün değilse, üretimde hiçbir hataya yol açmayacak güvenli bir üretim tarzının seçilmesi gerektiğini” de bu kararında ifade etmiştir¹¹. İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararları, özellikle ayıplı ürünün, ürünün üretildiği işletmedeki kötü organizasyonun bir sonucu olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu kararlar, genel olarak olumlu karşılanmakla birlikte, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunu kanunda herhangi bir dayanağı olmaksızın ölçsüz bir şekilde genişletmekte olduğu ve adeta kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk tipi yaratıldığı gerekçeleriyle özellikle Widmer tarafından eleştirilmiştir. Bununla birlikte, Widmer organizasyon sorumluluğuna ilişkin genel bir hükmün kanunda yer alması gerektiğinin de önemli savunucusu olan yazarlardan biri olmuş ve bu anlayışın adam çalıştırmanın sorumluluğunun, modern işletmelerdeki yapıya uygulanması olduğunu ifade etmiştir¹². Bu anlayışın sonucu olarak, adam çalıştırma işletmedeki çalışmayı amaca elverişli şekilde örgütlememişse, BK. 55’te aranan, zararın doğmasını önleyecek halin ve koşulların gerektirdiği tüm özeni göstermemiş sayılmakta ve kurtuluş kanıtını getirememiş, böylece kusursuz sorumluluktan kurtulamamış olmaktadır.

İsviçre hukukundaki bu gelişmeleri takiben Türk doktrininin ve Yargıtayın da genel olarak bu görüşü benimsemiş olduğu söylenebilir¹³. Tandoğan, yardımcıları işe uygun malzeme ve araç verilmesini, tehlikeli işlerde

bağlandığı bu kararlar İsviçre Hukukunda birçok tartışmayı ve eleştiriyi beraberinde getirmiştir. Kararların içeriği ve ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. HAVUTÇU, s. 53, vd.; AKÇURA KARAMAN, s. 102, vd.

¹¹ HAVUTÇU, s. 52, vd.; AKÇURA KARAMAN, s. 102, vd.

¹² WIDMER, Pierre, Responsabilite du Fait de l’Organisation, Bale 1992, s. 354. Bkz. AKÇURA KARAMAN, s. 104, dn. 142’den naklen.

¹³ TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 70; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 509;

üçüncü kişilerin zarara uğramaması için gerekli koruyucu önlemlerin alınmış olmasını, çalışanların fazla yorgun olarak çalıştırılmamasını, yöneticinin yokluğunda yerine bir temsilcinin bırakılmamış olmasını, personelin yetki sınırlarının iyi saptanmamış olmasını bu çerçevede değerlendirmiştir¹⁴.

Yargıtay kararlarında da bu ilke açıkça kabul edilmiştir. Yargıtay bir kararında, işin organizasyonunu doğru kurmamış olması sebebiyle, davalının işçilerinin vinç ile kaldırdığı prefabrik demir asklardan birisinin taşıma halkası yani bağlantı askı demiri kopmuş ve yere düşerek o sırada olay yerinden geçmekte olan firmaya ait inşa halindeki fabrikanın elektrik işlerini kontrol ile görevli bulunan yüksek mühendis davacının yaralanmasına neden olduğu gerekçesiyle, davalının istihdam edenin kusuruz sorumluluğu gereği tazminat ödemesine hükmetmiştir¹⁵.

Yargıtay, bir başka kararında, “adam çalıştırmanın işin örgütlenmesinde ve esaslı doğru kuraların konulmasında gerekli özeni göstermediğinde, yardımcısının verdiği zararlardan sorumlu olduğuna” hükmetmiştir¹⁶.

Diğer yandan, Yargıtayın, bir çok kararında ve özellikle E. 2009/13-393, K. 2009/452, T. 21.10.2009 sayılı Hukuk Genel Kurulu Kararında, “organizasyon kusuru” kavramına atıfta bulunduğu görülmektedir. Bu karara göre, “tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır. Öncelikle hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve orga-

¹⁴ TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 70; İMRE, s. 147.

¹⁵ Bkz. TC. Yarg. 4 HD. E. 1977/11751, K. 1978/10809, T. 10.02.1978 : “İstihdam edenin bu özen ödevi (vecibesi) doktrin ve uygulamada genellikle dört esasta mütalâa edilmektedir. a) Adam kullanan, müstahdem veya işçisini seçmede dikkat ve özen göstermelidir, b) Talimatta özen göstermelidir, c) Denetim ve gözetimde özen göstermelidir, d) En önemli olarak da seçim, talimat ve nezaretten maada, istihdam eden kişi, işin organizasyonunu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakla da ödevli ve yükümlüdür. Çünkü bu yükümlülük doğması muhtemel zararı önleyecek olan en önemli faktörlerdendir, istihdam eden işin kuvvetine ve önemine nazaran kifayetsiz personel kullanırsa, veya işin yapılmasını ve yürütülmesini tehlikeli bir şekilde düzenlerse organizasyon bakımından kusurlu hareket etmiş olur. Keza istihdam edenin işin yürütülmesini sağlayan çalışma aletlerinin ve kullandığı malzemenin işe yarar olması lâzımdır. Eğer, çalıştırdığı adamlara tevdi ve teslim ettiği araç ve gereçler ve işte kullandığı malzemeler bozuk ve hatalı ise, yine organizasyon bakımından kusurlu davranmış olur.” Karar için bkz., TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 509 dn. 4/a.

¹⁶ Yarg. 19. HUKUK DAİRESİ E. 1993/8957, K. 1993/9031, T. 28.12.1993. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/>.

nizasyonuna ilişkin görevlerini, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur..... Davalı hastane işletenin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur.”

Görüldüğü üzere, buradaki organizasyon yükümlülüğü, taraflar arasında yapılmış bulunan hastaneye kabul sözleşmesinden, hastaneyi işleten kişi için doğmuş olan bir edim yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kararda anılan organizasyon kusuru kavramı, doktrin ve uygulamada genel olarak kusur sorumluluğu rejimi içerisinde ele alınmış ve özellikle hastanelerin, borca aykırılık veya haksız fiil sorumluluğunda bir “ hukuka aykırılık veya borca aykırılık olgusu” olarak değerlendirilmiş, sorun adam çalıştırmanın sorumluluğu yönünden ele alınmamıştır. Burada kastedilen, bir kusursuz sorumluluk sebebi olarak organizasyon sorumluluğu değil, genel olarak işletmelerin ve özellikle hastanelerin organizasyon yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması, bugüne kadar kusura dayalı bir haksız fiil sorumluluğu veya bir borcun ifasının varlığı halinde, yine kusura dayalı bir borca aykırılık sorumluluğu sebebi olarak değerlendirilmiştir¹⁷. Bununla birlikte, burada ifade edilen organizasyon kusuru kavramı da, aşağıda ele alacağımız adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna sebep olan “işin ve işletmenin zararı önlemeye elverişli organizasyonunu kurma” konusundaki hukuki yükümlülük yönünden kanaatimizce aynı kavramı ifade etmektedir. Ne var ki, aşağıda ele alacağımız gibi, tâbi olduğu hukuki rejim itibarıyla yeni TBK. 66/3 hükmüyle artık organizasyon yükümüne aykırılık, bir kusursuz sorumluluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce TBK 66/3'te adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu yönünden işletme faaliyeti dolayısıyla sorumluluğa açıkça atıf yapılmış olması, organizasyon kusuru sebebiyle kusur sorumluluğu rejimi ile işletmede adam çalıştırılması halinde, işletmedeki bir organizasyon bozukluğu sebebiyle çalışanların üçüncü kişilere karşı haksız fiil işleme halinde, adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğunun gündeme geleceği haller arasındaki sınırın doğru çizilmesi ve buna göre uygulanacak hükümlerin doğru tespiti açısından önem taşımaktadır. Bu sebeple, bu güne kadar doktrin ve uygulamada BK.55 hükmünün içeriğinde mevcut olduğu kabul edilen adam çalıştırmanın işletme faaliyeti sebebiyle kusursuz sorumluluğunun TBK 66/3 hükmünde açıkça düzenlenmiş olması, hem artık böyle bir uygulama için kanuni dayanağın mevcut olması yönünden, hem de organizasyon yükümlülüğüne ilişkin olarak kavram kargaşası ve buna dayalı olarak gerçekleştirilecek, hukuk uygulamasındaki muhtemel bir belirsizliğin önlenmesi yönünden kanaatimizce isabetli olmuştur.

¹⁷ DEMİR, Mehmet, Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 256.

III. TBK. 66/3 HÜKMÜ UYARINCA ADAM ÇALIŞTIRANIN İŞLETME FAALİYETİ DOLAYISIYLA SORUMLULUĞU

TBK.'nin 66/3. maddesinde, “Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde ifadesini bulan düzenleme, kanundaki yeri itibarıyla, esasen adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğuna ilişkin bir hükmüdür. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu hükümde ifadesini bulan sorumluluk sebebi, doktrinde ve uygulamada “organizasyon sorumluluğu” olarak ifade edilmektedir. Burada, adam çalıştıran, işletmenin üçüncü kişilerin zarara uğramasını önleyecek şekilde organize edilmesi konusunda kanuni bir yükümlülük yüklenmektedir. Bu düzenlemenin amacı, adam çalıştıranın, sadece çalıştırdığı kişileri seçmede, talimat vermede ve denetlemede gereken özeni göstermiş olduğunu ispat ederek kanunun kendisine yüklediği kusursuz sorumluluktan kurtulamaması, buna ek olarak, adam çalıştıranın bir işletme faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirildiği hallerde, işin ve işletmenin üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyecek şekilde organize edilmesi gereğinin aranmasıdır. Bu olgu, ispat edilmediği sürece adam çalıştıran, meydana gelen zarardan kusursuz olarak sorumlu olacaktır¹⁸.

Esasen hükümle getirilen düzenleme; adam çalıştıranın, adamlarının kendilerine verilen işi görürken üçüncü kişilere vermiş oldukları zararın tazmininde, objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olması karinesinin yanı sıra; adam çalıştıranın bir işletme içerisinde gerçekleştirilmesi halinde, meydana gelen zararın işletmenin faaliyeti çerçevesinde, o faaliyet sebebiyle doğduğu hallerde, bu zararın, işletmenin üçüncü kişilerin zarar görmesini önleme amacına uygun, rasyonel bir organizasyona tabi tutulmamış olmasından kaynaklandığı karinesini devreye sokmaktadır. Daha kısa bir ifadeyle, hüküm, adam çalıştıranın, adamlarını seçmede, denetlemede ve talimat vermede gereken özeni göstermediği karinesine, bir de eğer zarar işletme faaliyeti kaynaklı olarak doğmuşsa, işletmenin organizasyonunun da zararı önlemeye elverişli bir şekilde yapılmadığı ve zararın da bu sebeple meydana gelmiş olduğu karinesi düzenlenmektedir. Burada, da TBK 66/2 de olduğu gibi, sorumluluktan kurtulmak için organizasyon bozukluğunun mevcut olmadığı (fiili karinesinin çürütülmesi) veya organizasyon bozukluğu mevcut olmasa idi dahi zararın yine de meydana geleceği (illiyet karinesinin çürütülmesi) adam çalıştıran tarafından ispat edilmediği, yani bu konuda kurtuluş kanıtı getirilmediği sürece, kusursuz sorumluluk sözkonusu olacaktır. Çünkü sorumluluk yönünden işletmenin

¹⁸ ÖZ, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler; İstanbul 2011, s. 10.

üçüncü kişilerin zarar görmesini engellemeye elverişli organizasyonunun yapılmış olup, olmadığı önemli olup; bu organizasyonun yapılmamasında adam çalıştırmanın kusurlu olup, olmadığı herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple, hukukumuzda işletme organizasyonu sorumluluğunun da bir olağan sebep sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim hükmün kanundaki yeri ve ifade tarzı da bu yorumu desteklemektedir.

Organizasyon yükümlülüğü, bir işletmenin teknik yönetim ve işleyiş süreçlerini, hukukî bir yükümlülüğü yerine getirebilecek ve özellikle üçüncü kişilerin zarara uğramalarını önleyecek bir biçimde organize etme yükümlülüğüdür¹⁹. TBK 66/3 hükmüyle, bir işletmede adam çalıştırana bu içerikte bir kanuni yükümlülük yüklenmiş ve bu yükümlülüğün ihlâli durumunda meydana gelecek zararlardan, adam çalıştırana kusursuz olarak sorumlu tutulmuştur. Burada amaçlanan, hem adam çalıştırana şekli bir organizasyon yükümlülüğü yüklemek (gerekli birimlerin oluşturulması, işbölümünün sağlanması, denetleme-eş güdüm ilişkilerinin düzenlenmesi), hem de işletmenin her türlü etkinliğinden ve bunların üçüncü kişilerde meydana getirdiği zarar verici sonuçlardan işletmeyi işleten kişiyi sorumlu tutmaktır²⁰.

TBK 66/3 hükmü, İsviçrede Peter Widmer tarafından hazırlanmış bulunan, Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Ön Tasarının²¹ 49/a maddesine dayanmaktadır. Bu hüküm aşağıdaki gibidir:

Art.49/a

2. İşletmelerde

Ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunan bir işletmede bir veya birden fazla adam çalıştırana, işletmenin organizasyonunun zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmediği sürece, işletme faaliyeti dolayısıyla meydana gelen zararlardan sorumludur.

Görüldüğü üzere TBK 66/3 hükmü, Widmer tasarısının yukarıdaki hükmüyle içerik ve kapsam itibarıyla hemen hemen aynıdır. Widmer tasarısında, bu hüküm adam çalıştırana sorumluluğuna ilişkin 49. Maddenin içinde değil, ayrı bir hükümde ele alınmış olmakla birlikte, adam çalıştırana sorumluluğu başlığı altında düzenlenmiş olduğundan, kanaatimizce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda adam çalıştırana sorumluluğuna ilişkin genel kuralla birlikte aynı maddede düzenlenmiş olan TBK 66/3 hükmüyle, fonksiyon ve amaç itibarıyla aynı niteliği taşımaktadır.

¹⁹ DEMİR, s. 248.

²⁰ DEMİR, s. 248.

²¹ Vorentwurf des Bundesgesetzes Über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Bern 2000.

Hüküm, ağırlaştırılmış bir sorumluluğu öngörmektedir. İşletme kavramı, kişilerin tabiiyet (bağımlılık) ilişkisi içinde çalışmalarını şart koşmaktadır²². Widmer tasarısında, yer alan “Mesleki veya ekonomik amaçla faaliyette bulunma” ifadesi, TBK 66/3 hükmünde mevcut değildir. Bununla birlikte, bu ifadenin geniş yorumlanacağı kabul edilmektedir. Buna göre, kâr amaçlı işletmelerin yanı sıra, amacını gerçekleştirmek için işletme işleten kurumlar (dernekler, vakıflar) da bu kapsamda değerlendirilecektir. Mesleki faaliyetin kapsamına sendikalar da dahildir. TBK 66/3 yönünden kamu kurumlarının bu kapsama girip girmeyeceği tartışma konusu olabilecektir. İlk bakışta, özel hukuk çerçevesinde faaliyet gösteren işletmelerin hükmün kapsamında olduğu düşünülebilirse de, kanunda bu konuda bir açıklık mevcut değildir. Bu sebeple, zarar görenin en etkin korumaya kavuşması yönünden, geniş bir yorum tercih edilmelidir.

TBK 66/2'nin aksine, bu sorumlulukta işletmenin faaliyeti kapsamında (çerçevesinde) verilen zararların mevcut olması yeterlidir, yani yapılan faaliyetle mekânsal ve zamansal ilişki yeterlidir. Yapılan işin, çalışanın doğrudan doğruya göreviyle ilgili olması yani fonksiyonel bağıllık gerekli değildir. Çalışanların faaliyetiyle bağlantılı olmak şartıyla, teknik arızalardan doğan zararlar da hükmün kapsamında kabul edilebilir²³.

Sorumluluğun dayanağı organizasyon bozukluğudur (eksikliğidir). Bu sebeple, tazminat talep edilen kişi, işletmenin organizasyonunun zararın doğmasının engellenmesi için elverişli olduğunu ispatlamak, diğer bir ifadeyle organizasyon bozukluğu karinesini çürütmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Seçme, talimat verme ve denetleme olarak ifade edilen üç klâsik kurtuluş kanıtının yanısıra, adam çalıştırma; işletme faaliyetinde kanun hükümlerine uygun ve en yüksek derecede güvenliği sağlayan bir organizasyonun yapılmış olduğunu ispatlamalıdır²⁴.

Bu düzenleme, işletmeler için bir organizasyon sorumluluğunu öngörmekte olup, adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin genel hükme göre daha katı (ağır) bir sorumluluğu (sorumluluk rejimini) beraberinde getirmektedir. Hüküm kurtuluş kanıtı getirme imkânını da tanımaktadır. Hüküm uyarınca sorumluluğun süjesi, bir işletmeyi mesleki veya ekonomik faaliyette bulunma amaçlarıyla işleten ve bu amaçla bir veya birden fazla adam çalıştırma kişidir. Bu kişi gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, bir kamu kurumu da olabilir.

²² WIDMER Pierre, / WESSNER, Pierre, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000, s. 130.

²³ WIDMER/WESSNER, s. 130.

²⁴ WIDMER/WESSNER, s. 132.

İşletme kavramı, müstahdem ile sorumluluğun muhatabı arasında karakteristik bir bağımlılık (tabiiyet) ilişkisinin mevcut olduğu bir yapıyı şart koşmaktadır. Hüküm, ilke olarak bir işletmeyi tek başına (hiç adam çalıştırmaksızın) işleten bir kişinin (zanaatkâr) verdiği zararlarda uygulanmayacaktır. Mesleki veya ekonomik amaçlarla ifadesi geniş yorumlanmalıdır ve hiçbir şekilde ticaret siciline tescil edilebilecek bir işletme olmayı gerektirmez. Aynı şekilde, hükmün kapsamına aldığı işletmenin tamamen ve sadece ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunması da zorunlu değildir. Bu çifte kriter, şartlara göre kümülâtif veya alternatif olarak uygulanabilir. Aynı şekilde, ekonomik veya mesleki amaçla faaliyette bulunma şartı yönünden; ticari işletmeleri kapsamına aldığı gibi, bir restoran işleten, ya da öğrencilere oda kiralayan vakıf, ya da ideal amacını gerçekleştirmek için sürekli olarak hayırseverlik organizasyonları ve kamuya açık şenlikler, festivaller, toplantılar düzenleyen dernek veya vakıflar da bu kapsama dahildir. Mesleki veya ekonomik amaçla faaliyette bulunma unsuru sendikalarda da mevcuttur. Bu hükmün kapsamına, sigorta birlikleri, tersaneler, data bankası veya katlı otopark işleten şirketler, tarım işletmeleri, basın organı, futbolcu istihdam eden veya maç organize eden futbol kulübü, araştırma laboratuvarı, hastane veya muayenehaneler de girmektedir²⁵.

Örnek olarak, bir boya firmasının işçisi, bir müteahhitin işçisinin para cüzdanını, her ikisinin de görevlendirilmiş olduğu bir inşaat alanında çaldığında, bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır. Bununla birlikte, bir müteahhitlik işletmesinin işçisi, izinsiz olarak ve iş saatleri dışında işletmenin tesislerini kullandığında, aynı şart gerçekleşmiş olmayacaktır. Hükmün amacı, kapsamının olabildiğince geniş yorumlanmasını gerektirmektedir. Hükmün temelindeki düşünceye göre, mesleki veya ekonomik amaçla faaliyet gösteren bir işletmede adam çalıştırılması, üçüncü kişilerin zarar görmeleri ve suç oluşturan fiillerin işlenmesi tehlikesini arttırmaktadır. Böyle bir işletmeyi işleten kişinin ise bu riski taşıması hakkaniyete uygundur. İşleten, tehlikeyi azaltma veya bertaraf etmek için önlemler alabilecek konumdadır. Ayrıca, bu kişinin çalıştırdığı adamlardan fayda sağladığı da kabul edilmektedir. Diğer şart ise, sorumluluğun temelinde (dayanağına) ilişkindir. Bu da işletmenin organizasyon ayıbıdır (eksikliği), ki burada bir olağan sebep sorumluluğu mevcuttur. Burada, işletmenin organizasyonu ile ilgili, onunla bağlantılı bir maddî olgu sözkonusu olmalıdır. Zararın işletme organizasyonundaki bir bozukluk veya aksaklıktan değil de, onunla hiçbir bağlantısı olmayacak şekilde doğrudan doğruya işletme yöneticisinin davranışından kaynaklandığı hallerde (örnek olarak bir hekimin yanlış teşhis koyması) bu şart mevcut değildir. Buna karşın, organizasyon bozukluğunun kendisine verilen (içinde bulunduğu pozisyon için öngörülmüş olan) talimattan objektif olarak ve geçerli bir sebep olmaksızın müstahdemnin bir davra-

²⁵ WIDMER/WESSNER, s. 130.

nışına dayandırılabilirdiği hallerde bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır²⁶. İsviçre Federal Mahkemesinin uygulamasında da görüldüğü üzere, hüküm aynı zamanda, ürün sorumluluğuna ilişkin özel hükümlerin kapsamına girmeyen zararlar yönünden de uygulanabilecektir. Bu durum özellikle, ayıplı imal edilmiş bir ürünün henüz piyasaya sürülmediği veya ürünün iş (ekonomik veya mesleki faaliyet) için kullanılan mallara zarar vermesi halinde sözkonusudur.

İspata ilişkin olarak vurgulamak gerekir ki, zarar gören, uğradığı zararın ilgili işletmenin faaliyeti çerçevesinde (dolayısıyla) doğmuş olduğunu ispatlamak yükü altındadır. Bununla birlikte, organizasyon bozukluğunun varlığını, işletmede organ veya çalışan sıfatıyla görev yapan bir kişinin hukuka aykırı davranışını, ya da bir teçhizatın teknik bozukluğunu ispatlamak zorunda değildir. Bu aksi ispatlanabilen karineye dayalı sonuca, “adam çalıştırın.. ispat etmedikçe” ifadesi sayesinde ulaşılmaktadır. Böylece, adam çalıştırmanın sorumluluğuyla ilgili genel hükümde adam çalıştırmanın aksi ispat edilmedikçe mevcut kabul edilen objektif nezaret yükümlülüğüne aykırı davranmış olduğu olgusundaki gibi, zarar gören burada da hiç tanımadığı, tamamen yabancı olduğu bir işletmede bir organizasyon bozukluğu bulunduğunu ispat yükü altında değildir. Bu bakımdan, uğranılan zararın bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanması, o işletmedeki organizasyon bozukluğunun önemli bir göstergesi (belirtisi) olarak kabul edilmektedir²⁷.

Bu hüküm sebebiyle sorumlu tutulan kişi, işletme organizasyonunun zararın doğmasını engellemeye elverişli olduğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Adam çalıştırın, öncelikle zararın çalışanın davranışından kaynaklandığı hallerde, öncelikle bilinen üç klâsik özen yükümlülüğüne riayet edildiğini kanıtlayacaktır. Çalışanın özenli seçildiğini, kendisine gerekli talimatın verilmiş olduğunu (çalışma araçları, teçhizat, vs dahil olara) ve etkili şekilde denetlenmiş olduğunu kanıtlamak zorundadır. Buna ek olarak, işletme organizasyonunun da bütünsel olarak ve kısımlar (departmanlar) itibarıyla da

²⁶ WIDMER/WESSNER'e göre, organizasyon bozukluğu, işletmenin organizasyonu ile bağlantılı bir şekilde bir teçhizatın teknik bir bozukluktan da kaynaklanabilir. Teçhizatın üretildiği veya üretimde kullanıldığı haller buna örnek teşkil etmektedir. Bu son halde, sorumluluk, özel bir tehlike yaratmasalar dahi, kullanılan eşyadan sorumluluk karakterini taşımaktadır. Böylece bu yorum benimsenirse hükmün kapsamı, elverişli bir şekilde genişletilmiş olmaktadır. Çünkü hüküm, işletmede çalışan adamların (müstahdemlerin) davranışlarından kaynaklanması zorunlu olmayan zararların tazminine de imkân tanımaktadır. Bkz. WIDMER/WESSNER, s.131. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce hükmün kanunun sitematigi içindeki yeri ve konuluş amacı itibarıyla, adam çalıştırmanın, çalışanların haksız fiil niteliğindeki davranışıyla üçüncü kişiye zarar vermesi halinde uygulanmalı, diğer bir ifadeye hüküm çalışanların fiillerinden doğan zararlarla sınırlı olarak uygulanmalıdır.

²⁷ WIDMER/WESSNER, s. 130.

kusursuz (ayıpsız) olduğunu ispatlamalıdır. Bunun için; işletme faaliyetinin izne dayalı olarak, idari normlara uygun bir şekilde yapıldığını; yatay ve dikey iş bölümünün rasyonel olduğunu, personel için genel ve gerektiğinde sektörel bilgilendirme sisteminin uygulanmakta olduğunu, malların üretim ve dağıtım süreçlerinin ve hizmetlerin yerine getirilme süreçlerinin en yüksek düzeydeki güvenlik özelliklerine sahip olduğunu, eğer bu mümkün değilse, bir son kontrol aşamasının mevcut olduğunu, o dönemdeki teknik bilgi donanımının erişmiş olduğu durum itibarıyla zararı doğuran teknik ayıbın (bozukluğun) farkına varılmasının mümkün olmadığını; kısaca kendisinden âdil ve mantıklı olarak beklenebilecek şekilde, işletmenin faaliyetinden kaynaklanabilecek bir zararın doğmasını engelleyecek her türlü tedbirin en üst seviyede alınmış olduğunu ispatlamak durumundadır²⁸.

Son olarak, belirtmemiz gerekir ki, adam çalıştırmanın işletme faaliyeti dolayısıyla sorumluluğunun gerçekleşmesi için, adam çalıştırmanın sahibi olduğu işletmenin, faaliyette bulunması tehlike arzeden bir işletme olması gerekmektedir. Zira, burada bir tehlike sorumluluğu değil, özen sorumluluğu sözkonusudur. Nitekim, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" başlıklı 71. Maddesinde, önemli tehlike arzeden işletmelerin faaliyetinden doğan zararlar sebebiyle işletme sahibi ve ayrıca varsa işleten için sözkonusu olacak kusursuz sorumluluk rejimi ayrıca düzenlenmiştir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

BECKER, Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern 1941.

DEMİR, MEHMET: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu (Ankara 2010).

DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, Sorumluluk Hukuku (çev. Salim Özdemir), Ankara 1983.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Düzeltilmiş 12. Baskı, İstanbul 2010.

HATEMİ, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt) , İstanbul 1998.

HATEMİ, H./GÖKYAYLA, E., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

²⁸ WIDMER/WESSNER, s. 132.

İMRE, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.

S. TEKİNAY/S. AKMAN/H. BURCUOĞLU/A. ALTOP: TEKİNAY BORÇLAR HUKUKU (İSTANBUL 1993).

HAVUTÇU, AYŞE : ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU (Ankara 2005)

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 1994.

AKÇURA KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebebi Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu (İstanbul 2008).

OFTINGER, Karl, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1973.

OĞUZMAN, M.Kemal/ ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Sekizinci Bası, İstanbul 2010.

ÖZ, Turgut; Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler; İstanbul 2011.

REİSOĞLU, Kemal, İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958.

SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, cilt I Genel Hükümler, Altıncı bası, İstanbul 1976.

TANDOĞAN, Halûk; Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

TANDOĞAN, Halûk : Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.

Von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, cilt :1-2 (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.

Peter WIDMER /Pierre WESSNER: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, BERN 2000.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Dr. İlker ÖZTAŞ*

I. GENEL OLARAK

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan pek çok hüküm içerdiği gibi, 818 sayılı Kanundaki bazı hükümlerin içeriğini de değiştirmiştir. Yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen 69. ve 70. maddelerdeki hükümler de, 818. sayılı Kanunun 58. ve 59. maddelerinden kısmen farklı düzenlemeler içermektedir. Söz konusu kanun maddeleri şu şekildedir:

“3. *Yapı malikinin sorumluluğu*

a. *Giderim yükümlülüğü*

MADDE 69- Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

b. *Zarar tehlikesini önleme*

MADDE 70- Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.”

Bu çalışmanın amacı, 6098 sayılı Kanunun getirdiği yenilikleri incelemek olduğundan, yapı malikinin sorumluluğu da sadece bu çerçevede içinde açıklanacaktır. Bunun için, 6098 sayılı Kanunun yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunun ilgili hükümleri karşılaştırılacak; yeri geldikince 818 sayılı Borçlar Kanunu hakkında konuya ilişkin öğreti ve uygulamada ileri sürülen görüşlere de değinilecektir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

II. YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN TÜRÜ

818 sayılı Borçlar Kanununun 58. maddesine bina veya inşa eseri malikinin hatalı tesis veya inşa yahut eksik bakımdan kaynaklanan zararlardan kursosuz olarak sorumlu olduğu tartışmasız olsa da, bina veya eser malikinin kursosuz sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda görüş birliği oluşmamıştır¹. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Kanundan farklı olarak yapı malikinin sorumluluğunu “*Özen Sorumluluğu*” başlığı altında düzenleyerek, sorumluluğun türü konusunda görüş belirtmektedir. 6098 sayılı Kanunun yapı

¹ Kimi yazarlar yapı malikinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğunun bir türü olduğunu belirtmektedirler. Bu görüş için bkz., Andreas VON TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, (Çeviren: Cevat EDEGE), Ankara 1983, s. 403; Andreas VON TUHR/Hans PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1973, s. 456; Refik KORKUSUZ, Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 147-216, s. 161. Bazı yazarlar ise yapı malikinin sorumluluğunu açıklarken tehlike sorumluluğunu esas almakla birlikte, tehlike sorumluluğunun yanında başka ilkelere de değinmektedirler. Örneğin, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, yapı malikinin sorumluluğunun temelinde tehlike sorumluluğunun yanında, çıkar esasının da yattığını da belirtmektedirler. Bkz., Selahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 517. Bazı yazarlar ise, tehlike sorumluluğunun yanında hakkaniyet ilkesi ile özen yükümlülüğünün ihlalini de dile getirmektedirler. Bkz., Henri DESCHENAUX/Pierre TERCIER, Sorumluluk Hukuku, (Çeviren: ÖZDEMİR SALİM), Ankara 1983, s.92; Aydın ZEVLİLİLER, Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982, s. 135. BECKER ise, yapı malikinin sorumluluğunu tehlike sorumluluğu ve hakkaniyet ilkesiyle açıklamaktadır. Bkz., Hermann BECKER Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung, Art. 1-183, Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Bern 1945, Art. 58, N.2. Bu görüşler haricinde, bir başka görüş ise yapı malikinin sorumluluğunu, özen yükümlülüğünün ihlali düşüncesiyle açıklamaktadır. Bu görüş için bkz., Karl OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Band: Besonderer Teil, Erste Hälfte, 3. Auflage, Zürich 1970, s.9; Hans MERZ, Schweizerisches Privatrecht, 6. Band, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Basel, 1984, s. 219; Arthur MEIER- HAYOZ, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, I. Abteilung, 1. Teilband, 5. Auflage, Bern, 1981, Art. 646, N. 112; Max KELLER/ Sonja GABI-BOLLIGER, Haftpflichtrecht, Band II, Basel 1988, s. 182; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 608. Bu konuya ilişkin tartışmalar hakkında geniş bilgi için, bkz., M. Ali ERTEN Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK. md. 58), Ankara 2000, s.66 vd.; Haluk TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.163- 164; Nevzat KOÇ, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. m.58), Ankara 1990, s. 37.

malikinin sorumluluğunun niteliği konusunda bir isimlendirmede bulunması şimdye kadar devam eden tartışmaları sona erdirmeyecektir. Ancak kanunun yapı malikinin sorumluluğunu hukuki olarak nitelendirme gayreti 818 sayılı Kanunda yer almayan bir yeniliktir.

III. 6098 SAYILI KANUNUN 69. MADDESİNİN UYGULAMA ŞARTLARI

A. Sorumluluğun Konusu

6098 sayılı Kanunun 69. maddesi sorumluluğun konusu olarak “bina” ve “diğer yapı eserlerinden” bahsetmektedir. Kanun bu yönüyle 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 58/ f.1 hükmünden ayrılmaktadır. 818 sayılı BK. m. 58 hükmünde sorumluluğun konusu olarak “bina” veya “imal olunan herhangi bir şey” den bahsedilmektedir. BK. m. 58 hükmünde yer alan bu ifade nedeniyle, kanun hükmünün uygulama alanının kapsamı konusunda görüş birliği oluşmamıştır. Bir görüşe göre, BK. m. 58 hükmü, sadece bina ve yapılardan değil, toprakla veya bina yahut diğer bir yapıyla en azından geçici bir bağlantıya sahip olan hareket eden eşyalardan kaynaklanan zararlarda da uygulanması gerekir². Hatta motorlu araçların hareket halinde değilken neden oldukları zararların dahi BK. m. 58 hükmünün kapsamına girebileceği öğretilerde bazı yazarlar tarafından dile getirilmektedir³. 6098 sayılı Kanunun 69. maddesi “imal olunan herhangi bir şey”den değil, “diğer yapı eserlerinden” bahsettiğinden, 818 sayılı BK. m. 58 hükmünün kapsamı açısından ileri sürülen bu görüşün 6098 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte artık savunulamayacağı açıktır⁴. Bu durumda, 6098 sayılı Kanunun uygulama alanı belirlenirken, zarara neden olan eşyanın ya bir bina ya da yapı olması gerektiğine dikkat edilmeli, yapı niteliğinde olmayan eşyaların neden oldukları zararlardan dolayı 6098 sayılı Kanunun 69. maddesinin uygulanamayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Bu konuya ilişkin son olarak, yapının taşınır olmasının bir önem arz etmediğini de belirtmek gerekir. Kanun yapıdan bahsettiğinden dolayı, zarara neden olan eşya taşınır yapı niteliğine sahip olsa bile 6098 sayılı Kanunun 69. maddesinin uygulama alanına girecektir⁵.

² TANDOĞAN, s.171; ZEVKLİLER, s. 138-139. Ancak, toprakla veya bina yahut diğer bir yapıyla geçici bağlantıya sahip olan, hareket edebilen eşyaların hangilerinin yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin belirlenmesi de oldukça zordur, bkz., ERTEN, s. 107.

³ ERTEN, s. 121; EREN, s. 615.

⁴ Bkz., Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 147.

⁵ Taşınır yapılardan kaynaklanan zararlardan dolayı, arazi maliki değil, taşınır yapının maliki sorumlu olacaktır, bkz., dn. 11.

B. Zararın Bina veya Diğer Yapının Yapımındaki Bozuklardan veya Bakımındaki Eksiklerden Kaynaklanması

6098 sayılı Kanun yapı malikinin sorumluluğunu düzenlerken, bina veya diğer yapıların neden olduğu her türlü zarardan dolayı hak sahiplerini sorumlu tutmamıştır. Bina veya diğer yapıların neden olduğu zararların bu kapsamda değerlendirilebilmesi için, zararın yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki bir eksikliklerden kaynaklanması gerekir. Bu açıdan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 818 sayılı Borçlar Kanunu arasında bir fark olmadığını da değinmek gerekir. Yeri gelmişken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesinin bu konuyu 818 sayılı Borçlar Kanununun 58. maddesine kıyasla daha başarılı bir şekilde ifade ettiğini belirtmek gerekir. 818 sayılı Kanunun 58. maddesinde bir kusursuz sorumluluk hali düzenlenmesine rağmen “*o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan*” ifadesindeki “*kusur*” kelimesine yer verilmiş olması eleştirilmektedir⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesi kaleme alınırken, kanun koyucunun bu ifadeye yer vermektan kaçındığı anlaşılmaktadır. Bu ifade farklılığının dışında her iki kanun hükmü arasında bu açıdan bir fark bulunmadığından, yapının yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksiklikten ne anlaşılması gerektiği belirlenirken, 818 sayılı Kanunun 58. maddesine ilişkin ileri sürülen görüşlerden yararlanılabilir.

C. Zarar ve İlliyet Bağı

Bir yapının neden olduğu zarardan dolayı sorumluluğun doğabilmesi için, yapının bir zarara neden olması ve yapının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikle zarar arasında illiyet bağının var olması şarttır. Bu unsurlar açısından da 6098 sayılı Kanun ile 818 sayılı Kanun arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, 818 sayılı Kanunun 58. maddesine ilişkin ileri sürülen görüşlerin 6098 sayılı Kanunun 69. maddesi için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

D. Kurtuluş Kanıtının Getirilememesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yapı malikinin sorumluluğunu düzenlerken, 818 sayılı Kanunda olduğu gibi, yapı üzerinde hak sahibi olanların sorumluluktan kurtulabilmeleri için kurtuluş kanıtı getirmelerine imkân tanımamıştır. Bu açıdan 6098 sayılı Kanun ile 818 sayılı Kanun arasında bir fark yoktur.

⁶ TANDOĞAN, s. 161; KOÇ, 25- 26, s. 69; ERTEN, s. 127.

E. Zarardan Sorumlu Olan Kişiler

1. Yapı Maliki Kavramı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69/f.1. maddesi sorumlu kişiyi tespit ederken binanın veya diğer yapı eserinin malikinden bahsetmektedir. Bu ifade 818 sayılı Kanunun 58. maddesinde yer alan “*bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki*” ifadesiyle benzerlik arz etmektedir. O halde, 6098 sayılı Kanunundaki yapı malikinin kim olduğunu anlayabilmek için kısaca 818 sayılı Kanunun 58. maddesindeki malik ifadesine ilişkin ileri sürülen görüşlere göz atmak yerinde olacaktır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 58/f.1 hükmünde, yapıların yapımlarındaki bozukluklardan veya bakım eksikliklerinden kaynaklanan zarardan malikin sorumlu olduğu dile getirilmektedir. Kanun koyucunun yapılardan kaynaklanan zararlardan dolayı maliki sorumlu tutmasının nedeni, maliki yapılardan yararlanan kişi olarak görmesidir⁷. Ancak teknik ve ekonomik gelişmeler sonucunda, arazinin malikiyle arazi üzerindeki yapılardan yararlanan kişilerin birbirinden ayrıştığından, öğreti ve uygulamada kanun hükmündeki “*malik*” ifadesinin sıkı sıkıya eşya hukukuna bağlı kalarak yorumlanmaması yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁸. Bu görüşlerin temelinde, yapılardan arazi malikinin dışında başka kişilerin yararlandığı ve bu kişilerin yapıların bakımını üstlendiği hallerde, arazi malikinin sorumluluğuna gidilmesinin hakaniyete aykırı olacağı düşüncesi yatmaktadır⁹. BK. m. 58 hükmündeki “*malik*” ifadesinin eşya hukukundaki “*malik*” kavramından daha farklı yorumlanması gerektiğini savunan bu yaklaşım neredeyse hâkim görüş halini almışsa da, malik kavramının teknik anlamının dışına çıkılarak ne zaman ve hangi şartlar altında farklı yorumlanması gerektiği konusunda tam bir fikir birliğine varılabili-

⁷ KELLER/GABI- BOLLIGER, s.183; BECKER, Art. 58, N.2; DESCHENAUX/TERCIER, s.92; M. Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, s.613; EREN, s. 610.

⁸ Ingeborg SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemiener Teil, 2. Auflage, Bern 2000, s. 314; OFTINGER, s.23; bkz., Roland BREHM, Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI: 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41- 61 OR, 3. Auflage, Bern 2006, Art. 58, N.15; Hasan PETEK, Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK. m.730/II), Ankara 2005, s. 65; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 520; ZEVLİLİLER, s.153. Aksi kanaatte, bkz., OĞUZMAN/ ÖZ, s.622; KOÇ, s. 55 vd. Yazar 818 sayılı Kanunun 58. maddesini değerlendirirken, sınırlı aynı hak sahiplerinin malikle birlikte müteselsil sorumlu olmaları gerektiğini, de lege feranda savunmaktadır, KOÇ, s. 56- 57.

⁹ OFTINGER, s. 23; TANDOĞAN, s.165. Kanun hükmündeki “*malik*” ifadesinin dar anlamıyla yorumlanmasına ilişkin eleştiriler için, bkz., KOÇ, s. 52 vd.

miş değildir¹⁰. O halde, 818 sayılı Borçlar Kanununun 58. maddesi yorumlanırken, kanun hükmünde geçen “malik” ifadesinin, kısmen de olsa eşya hukukunun çerçevesi dışına çıkılarak yorumlandığı ve taşınmazın malikinin dışında, yapıdan yararlanan kimi hak sahiplerinin malik yerine sorumlu tutulduğu söylenebilir.

¹⁰ İrtifak hakkı sahiplerinin arazi maliki yerine sorumlu tutulmalarına ilişkin, Bkz., Andreas FURRER/Markus MÜLLER-CHEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, Basel, Genf, 2008, s. 358. Yazarlar sadece idari irtifaklardan bahsetmektedirler. BREHM, Art. 58, N.12. Yazar, bir irtifak hakkı sahibinin, yapıdan tek başına yararlanma hakkına ve yapının bakımını yapma yükümlülüğüne sahip olduğu hallerde, arazi maliki yerine sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Bazı yazarlar ise irtifak hakkı sahiplerinin BK. m. 58 kapsamında sorumlu tutulmalarını de lege feranda savunmaktadırlar, bkz., KOÇ, s. 56-57. TANDOĞAN ise genel olarak aynı veya kişisel hak ayırımı yapmaksızın, diğer hak sahiplerinin de lege feranda müteselsil sorumlu tutulmaları gerektiği görüşündedir, TANDOĞAN, s. 168. İrtifak hakkı sahiplerinin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, arazi malikinin taşınmazla bağlantısının kesilmesi ve yapının bakımını yapabilme imkanını kaybetmesi gerektiği yönünde, bkz., ERTEN, s. 165. İsviçre Federal Mahkemesi ise kamu hukukuna dayalı irtifak haklarında, irtifakın hakkı sahibinin yararlandığı ve bakımını üstlendiği yapılardan kaynaklanan zararlardan dolayı arazi maliki yerine irtifak hakkı sahibinin sorumlu tutulması gerektiğini belirtmekte, özel hukuktan kaynaklanan irtifak hakları açısından ise, bu konuda görüş belirtmemektedir, bkz., BGE 106 II 201; BGE 91 II 281; BGE 51 II 209. İsviçre Federal Mahkemesinin irtifak hakları arasında yaptığı bu ayırımı öğretide eleştirilmektedir, bkz., BREHM, Art. 58, N. 12; ERTEN, s. 166. OĞUZMAN/ÖZ ise, üst hakkı ve taşkın yapı dışındaki hallerde, sadece arazi malikinin BK. m. 58 kapsamında sorumlu olduğu görüşündedirler, bkz., OĞUZMAN/ÖZ, s. 622. LIVER ise, irtifak hakkı kapsamında kalan yapıların, arazinin bütünüleyici parçası olmaktan çıktıklarını ve irtifak hakkı sahiplerinin bu yapıların dar ve teknik anlamıyla maliki olduğunu, bu nedenle İsviçre Federal Mahkemesi kararı çerçevesinde sürdürülen tartışmaların yapay olduğunu belirtmektedir, bkz., Peter LIVER, Zürcher Kommentar, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, 2. Auflage, Zürich 1980, Art. 743, N. 39 ff. İrtifak hakkı sahiplerinin dışında, kişisel hak sahiplerinin BK. m. 58 hükmü kapsamında sorumluluklarına hükmedilmesinin mümkün olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüşse de, bu görüşler azınlıkta kalmıştır, (bkz., DESCHENAUX/TERCIER, s. 94; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 520-521. Kişisel hak sahiplerinin yetkilerini aşarak arazi üzerine yapı inşa etmeleri halinde arazi maliki ile müteselsil sorumlu olmaları yönünde, bkz., ERTEN, s. 168- 169. EREN ise taşkın ve haksız inşaatta, inşaat sahibinin yapı maliki olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir, bkz., EREN, s. 612. TANDOĞAN ise ariyet sözleşmesi dolayısıyla başkasının arazisi üzerine kuurlan yapı ve binalardan dolayı ariyet alanın yapı maliki olarak sorumlu olduğu görüşündedir, TANDOĞAN, s. 165, Benzeri şekilde, KOÇ, s. 48). Öğretideki hakim görüş, kişisel hak sahiplerinin BK. m. 58 hükmündeki yapı maliki kavramının kapsamına girmeyeceği yönündedir, bkz., BREHM, Art. 58, N.13; FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 358; ZEVLİLİLER, s.153.

Ancak bu görüşlerin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesi açısından bir anlam ifade etmediğini de belirtmek gerekir. Gerçi, kanun hükmünün ikinci fıkrası ile ilk fıkrası birlikte düşünüldüğünde, kanun koyucunun bu tartışmaları dikkate alarak 69. maddeyi düzenlediği sonucuna ulaşılabilir. Ancak kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparken, sadece intifa ve oturma hakkı sahibinin yapıdan kaynaklanan zarardan sorumlu olacağını belirtmiştir. Üstelik kanun hükmünde, anılan hak sahiplerinin yapı malikin yerine değil, malikle birlikte müteselsil sorumluluklarına hükmedilmiştir. 6098 sayılı Kanun yapı malikinin sorumluluğunu düzenlerken, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin malikin dışında ayrıca zararın tazmininden sorumlu olduklarını dile getirdiğinden, kanun hükmündeki “malik” ifadesinin tam olarak eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkı sahibi anlamına geldiği sonucuna ulaşılabilir. O halde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesinin ilk fıkrasındaki “binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki” ifadesindeki “malik”, teknik anlamıyla yapı üzerinde mülkiyet hakkı sahibidir ve onun dışında diğer hak sahiplerinden, sadece intifa ve oturma hakkı sahipleri ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacaklardır. Bu noktada kanunun arazi malikinden değil de, yapı malikinden bahsettiğine dikkat etmek gerekir. Ayrıca eşya hukukuna göre yapı malikinin kim olduğu belirlenirken, sorumlu kişinin muhakkak yapının üzerinde bulunduğu arazinin maliki olmayabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Arazi maliki ile yapının malikinin birbirinden farklı kişiler olmasına ilk örnek taşınır yapılarıdır. TMK. m. 728 hükmü gereğince, taşınır bir yapının maliki ile bu yapının üzerinde bulunduğu arazinin maliki aynı kişi olmayabilir. Bu durumda taşınır bir yapıdan kaynaklanan zararlar açısından, arazi maliki değil, taşınır yapının maliki sorumlu olacaktır¹¹. Aynı şekilde, TMK. m. 726 hükmü gereğince, üst hakkına dayalı olarak inşa veya muhafaza edilen yapıların mülkiyeti üst hakkı sahibine ait olduğundan, üst hakkı kapsamındaki bir yapıdan kaynaklanan zararlardan dolayı, arazi maliki değil, üst hakkı sahibi tazminat yükümlüsü olacaktır¹². Benzeri şekilde, TMK. m. 727 hükmü gereğince, mecra

¹¹ BREHM, Art. 58, N.8; TANDOĞAN, s. 165; KOÇ, s. 48; ERTEN, s. 159; EREN, s. 611- 612. Taşınır yapı üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin, Peter TUOR/ Bernhard SCHNYDER/ Jörg SCHMID/ Alexandra RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2002, s. 850; Mehmet ÜNAL, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988, s. 64; İ. Sahir ÇÖRTOĞLU, Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması (Kavram-Unsurlar-Uygulama Alanı), Ankara 1988, s. 166; Jale G. AKİPEK/Turgut AKINTÜRK, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 519; M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 393.

¹² BREHM, Art. 58, N.9; TANDOĞAN, s. 165; KOÇ, s. 48; ERTEN, s. 159; EREN, s. 611- 612. Üst hakkı sahibinin yapı maliki olduğuna ilişkin, Paul PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Sachenrecht, Bd. V/1, Dienstbarkeiten und Grundlasten, Basel, Stuttgart 1977, s. 594; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.

irtifakının konusu olan yapıların maliki arazi maliki değil, mecra hakkı sahibi olacağından, bu yapılardan kaynaklanan zararlar açısından arazi maliki sorumlu tutulamayacaktır. Bunun yerine, mecra hakkı sahibi, yapı maliki sıfatıyla verilen zarardan sorumludur¹³. TMK. m. 725 hükmü gereğince, bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur. O halde taşkın bir yapıya ait irtifak hakkı sahibi, 6098 sayılı Kanunun 69. maddesi uyarınca yapı malikidir ve yapıdan kaynaklanan zararlardan sorumludur¹⁴. Bunların dışında, kaynak irtifakı nedeniyle irtifak hakkı sahibi arazi üzerine inşa ettiği yapıların maliki olacağından, bu yapıların neden olduğu zararlardan da kaynak hakkı sahibi sorumlu olacaktır¹⁵. Buraya kadar sayılan irtifakların dışında kalan diğer irtifak haklarının kapsamına bir yapının inşa edilmesi veya yapının muhafazası yetkisinin girmesi halinde de, irtifak hakkı sahibinin yapının mülkiyet hakkına sahip olacağı ve irtifakın kapsamı içinde kalan yapının arazinin bütünleyici parçası sayılmayacağı görüşü de öğretilmektedir.

851; Vecdi ARAL, İnşaat (Üst) Hakkı, MK. mad. 652, 751, s. 29 vd.; ÜNAL, s. 173; Osman Berat GÜRZUMAR, Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı, Kamu Malları Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil, 1. Baskı, İstanbul 1988, s. 114 vd.; ÇÖRTOĞLU, s. 174; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 519; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 411.

¹³ BREHM, Art. 58, N.9; TANDOĞAN, s. 165; KOÇ, s. 48; ERTEN, s. 159. Mecra hakkı sahibinin, mecra hakkının kapsamındaki yapıların mülkiyetine sahip olacağına ilişkin, Franz Xaver Brücker, Das Nachbarrechtliche Durchleistungsrecht unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung zum Notwegrecht, zum Überbaurecht und zum Notbrunnenrecht, Zürich 1991, s. 189; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s. 852; Cumhuriyet ÖZAKMAN, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 100 vd.; ÜNAL, s. 63; bkz. ve karşıt., Salih ŞAHİNİZ, Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s. 144; ÇÖRTOĞLU, s. 180; AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 520; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 416-417.

¹⁴ BREHM, Art. 58, N.9; TANDOĞAN, s. 165; KOÇ, s. 49-50; ERTEN, s. 159. EREN, taşkın inşaat sahibinin BK. m. 58 kapsamında yapı maliki olarak sorumlu olduğu belirtirken, taşkın inşaatın bir irtifaka dayanmasının zorunlu olup olmadığı konusunda görüş belirtmemektedir, bkz., ; EREN, s. 612. Taşkın inşaatla ilişkin irtifak hakkı sahibinin irtifak konusu yapının maliki olacağına yönelik, TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s. 852; ÜNAL, s. 61- 62; ÇÖRTOĞLU, s. 168; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 519; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 418.

¹⁵ TANDOĞAN, s. 165; KOÇ, s. 48; ERTEN, s. 159; EREN, s. 611- 612. Kaynak hakkı sahibinin mülkiyet hakkına yönelik olarak, ÇÖRTOĞLU, s. 197-198; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 701.

dile getirilmektedir¹⁶. Dikkat edilecek olursa, yapı malikinin bu şekilde tespiti, eşya hukukunun dar ve teknik “malik” kavramına dayanılarak yapılmaktadır.

Bu konuya ilişkin belirtilmesi gereken bir başka husus ise birden çok taşınmaz üzerine inşa edilmiş yapılar ile yapıların eklentilerinden kaynaklanan zararlardan dolayı kimin sorumlu olacağıdır. 818 sayılı Kanunun 58. maddesindeki “malik” terimini eşya hukuku anlamının dışında, esnek yorumlama çabalarının bir sonucu olarak, bu tür durumlarda, yapının bir bütün olarak ele alınması ve sorumlu kişinin buna göre belirlenmesi gerektiği öğretide dile getirilmektedir¹⁷. Buna göre, bir yapının eklentisi başka bir kişinin mülkiyetinde olsa bile, eklentiden kaynaklanan zararlardan dolayı, yapının maliki sorumlu tutulmalıdır¹⁸. Benzeri şekilde, yapının birden çok taşınmazın üzerinde inşa edildiği durumlarda yapının esas kısmının hangi taşınmazın mülkiyetine dâhil olduğu belirlenerek, oluşan zararlardan dolayı bu taşınmazın malikinin sorumluluğuna gitmek gerekir¹⁹. 6098 sayılı Kanunun 69. maddesinin, 818 sayılı Kanunun 58. maddesinden farklı olarak, malik ifadesini eşya hukuku anlamında malik olarak nitelendirdiğinden daha önce bahsedilmişti. Her iki kanun hükmü arasındaki bu nitelik farkından dolayı, bu görüşlerin 6098 sayılı Kanunun 69. maddesi açısından da uygulanabilir olduğu tartışmaya açık hale gelmiştir. Eğer bu görüşler 6098 sayılı Kanunun 69. maddesine uygulanması açısından da savunulacak olursa, kanun hükmünün açık düzenlemesi göz ardı edilmiş olacak; aksi yönde tavır alınacak olursa, hakkaniyete aykırı şekilde, zarara neden olan yapıyla ilgisi bulunmayan kişiler oluşan zarardan sorumlu tutulacaktır.

Bina ve diğer yapıların neden olduğu zararlardan kaynaklanan tazminat yükümlüsünün belirlenmesi açısından bir diğer problem ise, yapı üzerinde birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu hallerdir. 818 sayılı Kanun açısından, birlikte maliklerin, özellikle de paydaşların yapıdan kaynaklanan zarardan doğan sorumluluklarının pay oranında mı, müteselsil mi olduğu tartışmalıdır²⁰.

¹⁶ LIVER, Diensbarkeit, Art. 741, N.21; LIVER, Diensbarkeit, Art. 743, N. 37 ff.; PIOTET, s. 597.

EREN ise bu görüşü açık bir şekilde ifade etmese de, geçit irtifakının yapıların arazinin bütünleyici parçası olduklarına yönelik kurala istisna oluşturduğu açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, geçit irtifakı sahibinin yapı maliki sayılacağını dile getirmektedir, bkz., ; EREN, s. 611- 612.

¹⁷ ERTEN, s. 162 vd.

¹⁸ Bkz., ERTEN, s. 162.

¹⁹ ERTEN, s. 164.

²⁰ Paydaşların müteselsil sorumlu oldukları yönünde, TANDOĞAN, s. 169; MEIER-HAYOZ, Art. 646, N.112; TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 522; SCHNEIDER s. 151; DESCHENAUX/ TERCIER, s. 95; BECKER, Art. 58, N. 21; ERTEN, s. 185; KOÇ, s. 111; EREN, s. 612; BGE 117 II 50; SCHWENZER, s. 314.

Paydaşların sorumluluklarına paralel bir şekilde, kat maliklerinin ortak yerlerden kaynaklanan zararlar açısından sorumlulukları konusunda da öğreti ve uygulamada bir görüş birliği oluşmamıştır²¹. Kanaatimizce, birlikte maliklerin sorumluluklarına ilişkin bu tartışmalar 6098 sayılı Kanun açısından da devam edecektir. Her ne kadar kanun hükmü, yapı malikinin intifa ve oturma hakkı sahibiyle birlikte müteselsil sorumlu olduğunu düzenlemekteyse de, bu hükümden yola çıkarak, birlikte maliklerin sorumluluklarının müteselsil oldukları sonucuna götürü bir şekilde ulaşılamaz²².

2. İntifa ve Oturma Hakkı Sahiplerinin Sorumluluğu

6098 sayılı Kanununun 69. maddesinin ikinci fıkrası, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan dolayı malikle birlikte müteselsilen sorumlu olduklarını düzenlemektedir. Bu hüküm 818 sayılı Kanunda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Kanun koyucunun, yapı maliki kavramının eşya hukuku terminolojisinden belirli ölçüde ayrılarak, esnek yorumlanmasına ilişkin öğreti ve uygulamada ileri sürülen görüşleri dikkate alarak kanunda bu düzenlemeye yer verdiği anlaşılmaktadır²³. Ancak kanun koyucu yapı malikinin dışında başka hak sahiplerini de sorumlu tutmak isterken, çekingen davranmış ve malikin dışında sorumlu olacak kişileri sadece intifa ve oturma hakkıyla sınırlandırmak istemiştir²⁴. Kanun koyucunun yaptığı bu düzenlemenin üstünkörü kaleme alındığını ve pek çok aksaklığı beraberinde getirdiğini belirtmek gerekir. İlk olarak kanun hükmü, “*binanın bakımındaki eksikliklerden*” bahsetmektedir.

Paydaşların payları oranında sorumlu oldukları yönünde, Peter LIVER, Schweizerisches Privatrecht, Sachenrecht, Bd. V/1, Das Eigentum, Basel, Stuttgart 1977, s.71; BREHM, Art. 58, N.17; FURRER/MÜLLER-CHEN, s. 358; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 621; BRUNNER/ WICHTERMANN, Art. 646, Rn. 43; SIMONIUS Pascal/ SUTTER Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel, 1995, § 14, N. 88; KELLER/ GABI- BOLLIGER, s. 186; ZEVKLİLER, s.156.

²¹ Kat maliklerinin ortak yerlerden kaynaklanan zararlardan dolayı müteselsil sorumlu olduklarına dair, TANDOĞAN, s. 169; KOÇ, s. 117; ERTEN, s. 186; EREN, s. 612. Kat maliklerinin ortak yerlerden kaynaklanan zararlardan dolayı payları oranında sorumlu olduklarına dair, Yarg. 5. HD., 3.10.1980, 4230/6880, YKD, 1980, S.1, s. 39)

²² Ancak birlikte maliklerin oluşan zararlardan dolayı müteselsil sorumlu oldukları yönündeki görüşün, kanundaki düzenleme karşısında yeni bir argüman kazandığı da bir gerçektir.

²³ Benzeri şekilde, İlhan HELVACI, Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler, HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi), S. 4, Ağustos 2005, s.101-108, s. 105.

²⁴ Üst hakkı sahibi ve uzun süreli kiracıların hükümde belirtilmemesinin eleştiriye açık olduğu yönünde, bkz., HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 148.

Oturma hakkı söz konusu olduğunda, sadece binalardan bahsedilmesi yerinde görülebilir. Ancak intifa hakkının kapsamına sadece binalar değil, taşınmaz üzerindeki diğer yapılar da dâhil olur. Kanunun sadece binalardan bahsedip, yapılardan bahsetmemesi bilinçli bir tercihin değil, bir yazım yanlışının ürünüdür. Bu nedenle söz konusu kanun maddesinin “*bina ve yapıların bakımındaki eksikliklerden*” şeklinde okunması gerekir.

Kanun hükmündeki tek aksaklık bu yazım yanlışından ibaret değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, eşya hukuku anlamında yapı maliki her zaman arazi maliki olmayabilir. Eğer bir irtifak hakkının kapsamında yapı inşa veya muhafaza etme yetkisi mevcutsa, arazi maliki değil, irtifak hakkı sahibi söz konusu yapıların maliki sayılır. Bu durumda yapıların arazinin bütünleyici parçası olduğuna yönelik ilke bir kenara bırakılmakta ve irtifak hakkı varlığını koruduğu sürece, yapının mülkiyeti arazinin mülkiyetinden ayrılarak irtifak hakkı sahibine ait olmaktadır. Bu nedenle, arazi maliki yerine irtifak hakkı sahipleri, yapıların neden olduğu zararlardan dolayı, tek başına mağdura karşı yapı maliki sıfatıyla sorumlu olacaklardır. İrtifak hakkı sahibi “*malik*” sıfatıyla sorumlu olacağından, zarara neden olan eksikliğin yapımdan mı yoksa bakımdan mı kaynaklandığı dikkate alınmayacaktır. Ancak intifa ve oturma hakkı söz konusu olduğunda, bu irtifak haklarının sahipleri sadece yapının bakımından kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulabileceklerdir. Üstelik mağdura karşı tek başlarına değil, yapının malikiyle birlikte müteselsil sorumlu olacaklardır. Kanunun gerekçesine baktığımızda, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin yapıları geniş yetkilere dayanarak fiilen ellerinde bulundurmalarından dolayı malikle birlikte müteselsil sorumlu kılındıkları anlaşılmaktadır. O halde kanun koyucunun diğer irtifak hakkı sahiplerinin yapılardan kaynaklanan zararlardan dolayı mağdura karşı sorumlu olmalarını arzu etmediği söylenebilir. Ancak kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparken, pek çok irtifak açısından, irtifak hakkı sahibinin yapının maliki sayılacağını göz ardı etmiştir. Bu tavrın sonucu olarak da, kanun koyucunun arzu ettiğinin tam tersi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu durumda, intifa ve oturma hakkı dışındaki diğer irtifak haklarının sahipleri yapının neden olduğu zararlardan tek başına sorumlu olacaktır. İntifa ve oturma hakkı sahipleri ise sadece yapının bakımından kaynaklanan eksikliklerden dolayı malikle birlikte müteselsil sorumlu tutulabileceklerdir. Bu düzenleme ile birlikte en geniş yararlanma yetkilerine sahip olan intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğu diğer irtifak hakkı sahiplerine oranla daha sınırlı hale getirilmektedir. Diğer irtifak hakkı sahipleri eşya hukuku açısından yapı maliki olduklarından, eşyadan intifa ve oturma hakkına oranla daha az yararlanmalarına rağmen tek başlarına hem yapıdaki bozukluklardan hem bakımdaki eksikliklerden tek başlarına sorumlu olmaktadır. İntifa ve oturma hakkı sahipleri ise sadece bakımdaki eksikliklerden dolayı arazi malikiyle birlikte müteselsil sorumlu tutulacaklardır. Bunun yanında, taşınmazın intifa ve oturma hakkı ile kayıtlı olduğu durumlarda, malikin araziyle bağlantısı neredeyse tamamen

kesilmesine rağmen, müteselsil sorumluluğu devam edecektir. Oysaki taşınmazın diğer irtifak haklarıyla kayıtlandığı hallerde, arazi malikinin taşınmazla bağlantısı çoğu kez devam etmektedir. Ancak bu ihtimalde yapı maliki irtifak hakkı sahibi olduğundan, arazi maliki sorumluluktan kurtulmaktadır.

Kanun hükmünün neden olduğu bir diğer aksaklık ise, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sadece yapının bakımından kaynaklanan eksikliklerden sorumlu tutuluyor olmalarıdır. Görünen o ki, kanun koyucu intifa veya oturma hakkı sahibinin taşınmaz üzerine yapı inşa etmeyeceği, sadece var olan yapıyı kullanacağı görüşünden hareket etmektedir. Oysaki intifa hakkı sahibi eşyanın özgülediği amacı esaslı şekilde değiştirme niteliğine bürünmedikçe, taşınmaz üzerinde yapılar inşa etme yetkisine sahiptir²⁵. Ayrıca intifa ve oturma hakkı sahiplerinin yetkilerini aşarak taşınmaz üzerine yapı inşa etmeleri de imkân dâhilindedir. Bu ihtimallerin gerçekleşmesi durumunda, intifa ve oturma hakkı sahipleri yerine taşınmaz malikinin sorumlu tutulması kanaatimizce yerinde olmamıştır. Bunun dışında, zararın yapının inşasından mı yoksa bakımından mı kaynaklandığının intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğu açısından dikkate alınması da yerinde değildir. Kanun yapı malikinin sorumluluğu açısından bu tür bir sınırlamaya gitmemektedir. Yapı maliki, yapı kendi mülkiyet hakkından önce inşa edilmiş olsa bile, yapılaştan kaynaklanan eksikliklerin neden olduğu zararlardan sorumlu tutulmaktadır. İntifa ve oturma hakkı sahibinin bu açıdan yapı malikinden bir farkı yoktur. Zira yapıyı fiilen elinde bulunduran ve yapıyı yönetme yetkisine sahip olan kişi, yapı maliki değil, intifa ve oturma hakkı sahibidir. Ayrıca, intifa veya oturma hakkı sahibini sorumlu tutabilmesi için mağdurun zararın yapının bakımındaki eksiklerden kaynaklandığını ispat etmesi gerekecektir. Mağdurun bu unsuru ispat edebilmesi için yapının özgülediği ekonomik amacı ve özellikle yapının teknik özelliklerini bilmesi gerekir. Zira zararın hangi nedenden kaynaklandığının belirlenebilmesi için bu unsurların tespiti zorunludur²⁶. Davalının nezdindeki bu unsurların ispat yükünün davacıya bırakılmış olmasının da yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Bu noktada, kanunda yer alan “*intifa ve oturma hakkı*” ifadelerinin eşya hukukundaki anlamları dışına çıkarılarak yorumlanmasının ve böylelikle kapsamlarının genişletilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesi hem bir kusursuz hem de bir müteselsil sorumluluk halini düzenlediğinden, yorum veya kıyas yoluyla uygulama alanının

²⁵ İntifa hakkı sahibinin yapı inşa etme yetkisine ilişkin bkz., Burak ÖZEN, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 91 vd.

²⁶ Bir yapının inşasındaki bozukluk veya yapımında bir eksiklik olup olmadığı, o yapının özgülediği ekonomik amacın ve teknik özelliklerinin bilinmesiyle tespit edilebilir. Bir yapı için bakım eksikliği olarak kabul edilebilecek bir durum, bir diğer yapı için aynı nitelendirmeye tabi tutulmayabilir, bkz., SCHWENZER, s. 313-314; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 519; ERTEN, s. 129 vd.

genişletilmesi mümkün değildir. Her iki sorumluluk türü de bizim hukukumuz açısından istisnadır ve istisnalar dar yorumlanırlar. Aynı gerekçelerle, bu hükmün kapsamının kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığını da belirtmek gerekir. Bu nedenle kanunda yer alan “*intifa ve oturma hakkı*” ifadelelerinin eşya hukukundaki anlamları dışına çıkarılarak yorumlanamaz.

818 sayılı Kanununun 58. maddesinin uygulanması açısından kişisel hak sahiplerinin yapı maliki gibi değerlendirilmesi ve yapı maliki yerine sorumlu tutulmasına yönelik ileri sürülen azınlık görüşün ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesi açısından artık savunulma imkânı ortadan kalkmıştır. Zira bu görüşlerin savunulabilmesi için kanun hükmünde yer alan “*malik*” ifadesinin eşya hukuku kurallarının dışına çıkılarak yorumlanması şartır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesinin son fıkrası ise, mağdura karşı tazminatla yükümlü olan kişinin, kendisine karşı sorumlu olan kişilere rücu hakkının olduğunu hüküm altına almaktadır.

Bu başlık altında anlattıklarımızı özetleyecek olursak, 6098 sayılı Kanun bina ve yapıların yapımı ve bakımından kaynaklanan eksiklerden kaynaklanan zararlardan dolayı yapı maliklerini tazminat yükümlüsü kılmıştır. Kanundaki düzenleme dikkate alındığında, 818 sayılı Borçlar Kanunundaki düzenlemede yer alan “*malik*” ifadesinin anlamına yönelik öğretici ve uygulamada ileri sürülen görüşlerin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesi açısından uygulama imkânının kalmadığı görülmektedir. Bu durumda kanunda belirtilen “*bina veya diğer yapı eserleri maliki*”nin kim olduğu eşya hukuku kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalarak belirlenmek zorundadır. Bu durumda bir irtifakın kapsamında kalan yapılar açısından, irtifak hakkı sahibi yapı maliki sayılacak ve yapının neden olduğu zararlardan tek başına sorumlu olacaktır. Ancak yapıdan yararlanan kişi, intifa veya oturma hakkı sahibiyse, sadece yapının bakımından kaynaklanan eksikliklerin neden olduğu zararlardan dolayı yapı malikiyle birlikte müteselsil sorumlu olacaktır. Elbette ki, mağdura karşı sorumlu olan kişilerin, kendisine karşı sorumlu olanlara rücu etme hakkı vardır.

D. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 70. Maddesinin Değerlendirilmesi

“*Zarar Tehlikesini Önleme*” başlıklı, 6098 sayılı Kanunun 70. maddesi şu hükmü içermektedir: “*Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.*”

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.”

Kanunun bu hükmü, 818 sayılı Kanunun 59. maddesi ile kural olarak aynı niteliğe sahiptir. Sadece, 69. madde de yapı malikinin dışında intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğundan bahsedildiğinden, gerekli önlemlerin alınmasının hak sahiplerinden talep edilebileceği ifadesi yer almaktadır.

SONUÇ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yapı malikinin sorumluluğunu 818 sayılı Kanundan farklı bir şekilde düzenlemiştir. Bu açıdan ilk farklılık, yapı malikinin sorumluluğunun “Özen Sorumluluğu” başlığı altında düzenlenmesinde kendisini gösterir.

Her iki kanun hükmü arasındaki ikinci farklılık ise sorumluluğun konusu açısından. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 69. maddesi *bina* ve *diğer yapı eserlerinden* bahsetmekteyken; 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 58/ f.1 hükmünde, *“bina”* veya *“imal olunan herhangi bir şey”* ifadesi yer almaktadır. 6098 sayılı Kanun açısından, yapı niteliğine sahip olmayan eserler nedeniyle yapı malikinin sorumluluğuna gidilmesinin imkânı yoktur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69/f.1. maddesi sorumlu kişiyi tespit ederken, 818 sayılı Kanunun 58. maddesine benzer şekilde *“malik”* ifadesini kullanmaktadır. 818 sayılı Kanunun 58. maddesinde yer alan *“malik”* ifadesi, öğretici ve uygulama tarafından ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar nedeniyle teknik anlamının dışına çıkılarak yorumlanmaktadır.

Ancak, 6098 sayılı Kanunun 69. maddesinin ilk ve ikinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, kanun hükmünün *“malik”* ifadesi ile eşya hukukundaki teknik anlamıyla mülkiyet hakkına sahip olan kişiyi kastettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanununun 58/f.1 hükmündeki *“malik”* terimini eşya hukukuna sıkı sıkıya bağlı kalmadan yorumlayan görüşlerin, 6098 sayılı Kanun açısından savunulması mümkün gözükmemektedir. Bu noktada kanunun yapı malikinden bahsettiğine dikkat edilmelidir. Yapı maliki her zaman, yapının üzerinde inşa edildiği arazi maliki olmayabilir. Bu açıdan, irtifak hakkı sahipleri ile taşınır yapıların malikleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 69/f.1. maddesindeki yapı maliki kavramı içine girer. İrtifak haklarının ve taşınır yapının söz konusu olduğu hallerde, 6098 sayılı Kanunun 69. maddesi uyarınca yapının neden olduğu zararlardan arazi maliki değil, irtifak hakkı sahipleri ile taşınır yapının malikleri tek başlarına sorumlu olacaklardır.

Yapıdan yararlanan kişinin intifa veya oturma hakkı sahibi olduğu durumlarda ise, sadece yapının bakımından kaynaklanan eksikliklerin neden olduğu zararlardan dolayı irtifak hakkı sahipleri yapı malikiyle birlikte müteselsil sorumlu olacaktır. Görüleceği üzere, kanun koyucu yapı maliki dışında diğer hak sahiplerinden sadece intifa ve oturma hakkı sahiplerini yapıdan kaynaklanan zararlardan sadece belirli şartlar altında sorumlu tutmak isterken, yapıların arazinin bütünleyici parçası olduğu kuralının istisnalarını göz ardı ettiğinden, intifa ve oturma hakkı sahipleri ile diğer irtifak haklarının sahipleri arasında sorumluluk farkının oluşmasına neden olmuştur. Üstelik intifa ve oturma hakkı sahipleri diğer irtifak hakkı sahiplerine oranla eşyadan daha fazla yarar elde etmektedirler ve eşya üzerindeki yetkileri diğer irtifak haklarına oranla daha fazladır.

Ayrıca intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sadece yapıların bakımından kaynaklanan eksikliklerden sorumlu tutulmaları da isabetli olmamıştır. Çünkü intifa hakkı sahiplerinin arazi üzerine yapı inşa etme ihtimali de vardır.

6098 sayılı Kanunun 69. maddesinin son fıkrası uyarınca, mağdura karşı sorumlu olan kişilerin, kendisine karşı sorumlu olanlara rücu etme hakkı vardır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 70. maddesinin, 818 sayılı Kanunun 59. maddesi arasındaki tek fark ise kanunun ifade biçiminde yer almaktadır. 6098 sayılı Kanunda, 818 sayılı Kanundan farklı olarak, gerekli önlemlerin alınmasının “*hak sahiplerinden*” talep edilebileceği belirtilmektedir.

