

**İFA YARDIMCISININ SORUMLULUĞUNU
KALDIRAN SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI**

AV. DR. ESER RÜZGAR

İÇİNDEKİLER

I.	GİRİŞ	1
II.	BORÇLUNUN İFA YARDIMCISINDAN DOLAYI SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI	2
1)	Borçlu İle Zarar Gören Alacaklı Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı	2
2)	Borç İlişkisinden Doğan Borcun Yardımcı Kişi Tarafından İfası	3
3)	Alacaklıya Borca Aykırı Bir Davranış İle Zarar Verilmesi	5
4)	Farazi Kusur	6
III.	SORUMLULUĞUN ORTADAN KALDIRAN VEYA SINIRLANDIRAN KAYITLAR	7
1)	Genel Olarak Sorumsuzluk Kayıtları	7
2)	Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuki Niteliği	8
3)	Sorumsuzluk Kayıtlarının Sınırları	8
4)	Sorumsuzluk Anlaşmalarının Uygulama Alanı	9
IV.	İFA YARDIMCISININ SORUMLULUĞUNUN KALDIRILMASI VE İSTİSNALARI	12
1)	Genel Olarak	12
2)	Sorumsuzluk Kayıtlarının İstisnaları	12
a.	Alacaklının Borçlunun Hizmetinde Olması	13
b.	Sorumluluk Konusunun Hükümet Tarafından Verilen İmtiyaz Sonucu Bir	14
V.	SONUÇ	16
VI.	KAYNAKÇA	17

KISALTMALAR

BK.	: Borçlar Kanunu
b.	: Bent
bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay

I. GİRİŞ

Günümüzün işbölümüne dayanan ekonomisinde, üretim ve piyasa araçlarının belirli merkezlerde toplanması BK m. 100' ün uygulama alanını oldukça genişlemiştir. Bu genişleme, teknolojik gelişmelere koşut olarak borçların ifasında çoğu zaman uzman kişilerin kullanılmasını zorunlu kılmıştır.

Kural olarak borcun ifa edilmemesinden borçlu ancak kusursuzluğunu ispatlayarak kurtulabilir. Ancak bir yandan ifa yardımcısı ile alacaklı arasında hukuki bir bağın olmayışı, bir yandan da borçlunun ifa nedeniyle bir kusurunun bulunmaması sorumluluk hukuku açısından çeşitli sorunların doğmasına yol açmıştır. Bu problemlerin başında, alacaklıya verilen zararın haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazmininin, alacaklı menfaatini yeterince koruyamaması gelmektedir. Nitekim BK m. 44/II' deki gibi, borçlunun hafif kusuru ile vermiş olduğu zararın onu müzayakaya düşürecek olması bir indirim sebebi olarak sayılmıştır. Yardımcı kişinin çoğu zaman işçi olması göz önüne alındığında durum daha iyi anlaşılabacaktır.

Yukarıda kısaca açıklanan durum karşısında ifa yardımcısının sorumluluğu borçluya yüklenmiştir. Gerçektende ifa yardımcısı kullanmak ile ifa menfaatini arttıran borçlunun, bu arttırma sonucunda ortaya çıkabilecek rizikolara da katlanması hakkaniyete uygundur. Uzmanlık gerektiren işlerin artışına paralel olarak, ifa yardımcısı kullanma zorunluluğu ile borçlunun ifadan beklediği menfaat arasında kanun koyucunun bir denge kurması gerektiği de açıktır. Bu dengenin bir unsuru da borçlu lehine verilen sorumsuzluk şartlarıdır.

Borçlar Kanunu, genel olarak zarar miktarının tazminini esas alıp, borçlunun bu türden sorumsuzluk şartları ileri sürmesine sıcak bakmamaktadır. Nitekim bu şartların geçerlilikleri ve kapsamı kanun tarafından bir hayli sınırlanmıştır. Uygulamada gerek bireysel gerek genel işlem şartları şeklinde yapılan sözleşmelerde sıkça rastlanan bu kayıtların, geçerlilikleri ve sorumluluğu hangi ölçüde sınırladığı da tartışmalıdır.

Biz bu çalışmamızda öncelikle ifa yardımcısı kavramına ve onun sorumluluğuna kısaca değinecek, ardından sorumsuzluk şartlarına ilişkin genel açıklamalarda bulunulacak ve son olarak ifa yardımcılarının ilişkin bu şartların arz ettiği özelliklere değinilecektir.

II. BORÇLUNUN İFA YARDIMCISINDAN DOLAYI SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1) Borçlu İle Zarar Gören Alacaklı Arasında Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Borçlunun ifa yardımcısından dolayı sorumluluğunun doğması her şeyden önce, bir borç ilişkisinin varlığına bağlıdır. Kural olarak borçlunun ifa yardımcısından doğan sorumluluğu akit bahsi içinde yer alsa da, doktrinde bu sorumluluğun diğer borç doğurucu nedenler ile de doğabileceği tereddütsüz kabul edilmektedir.¹ Örneğin, nafaka borcunu ödemek üzere kullanılan kişinin borca aykırı davranışından sorumluluk nafaka yükümlüsüne aittir.

Borç ilişkisinin varlığı konusunda üzerinde durulması gereken nokta, geniş anlamda borç ilişkisinin ortaya çıkardığı edim yükümleri ve yan yükümlülüklerin açıkça ortaya konulması gerekliliğidir. Tipik akitlerde sayılan yardımcı kişilerin yanında, borçlunun edimi bizzat yerine getirmeyi taahhüt etmediği, buna mukabil ifanın gerçekleşmemesi sonucunda uğranılan zararın tazmini üstlendiği durumlarda zararı meydana getiren kişiler ile edimin gerçekleşmesi için gerekli ifa hazırlıklarının yapılması için kullanılan kişiler kural olarak ifa yardımcısı değildirler.²

Borçlu, BK m. 100 kapsamında çalıştırdığı ifa yardımcısından ancak kendi hesabına çalıştırdığı sürece sorumludur. Bunun yanında borçlu, sadece kendisi tarafından çalıştırılan kişilerden değil, kendi emri altında borcun ifasına yardım eden kişilerden de sorumludur.³

¹ŞENOCAK Zarife, Borçlunun İfa Yardımcısından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995, s. 57; İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-,Ankara, 1973, s. 601; EREN Fikret, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-, İstanbul, 200, s. 1061; OFTINGER Karl / JEANPETRE Raymond, Borçlar Hukukunun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Çev. Kemal DAYINLARLI, Ankara, 1990, s. 217; OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-, İstanbul, 2005, s. 363

² Akdi gereği gibi ifa etmeyerek zararı ortaya çıkaran kişiler; zararı karşılayacak sigorta şirketinin ifa yardımcısı olmadığı gibi edimin ifası için iş gücü tedarikinin gerektiği hallerde de, borçlu işin ifasını değil de iş gücü tedarikini taahhüt ettiği için ifa yardımcısı sayılmaz. (ŞENOCAK, s. 68 vd.)

³ KARAHASAN Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1996, s. 1136; ŞENOCAK, s. 74

Günümüzde akdi ilişki, dar anlamda bir mübadele ilişkisi olmayıp, geniş anlamda karşılıklı menfaatlerin dengede tutulduğu kapsamlı hak ve yükümlülükleri ihtiva eden bir ilişki olarak değerlendirilmektedir.⁴

Akitler konusundaki geniş değerlendirme borç ilişkisini: asli ve yan edim yükümleri ile yan yükümler olmak üzere sınıflandırmayı zorunlu kılmıştır. Asli edim, borç ilişkisinin tipini belirleyen onu karakterize eden yükümü; yan edim, asli edim yanında kararlaştırılabilen ya da kanundan doğan tali amaçlara hizmet eden yükümü ifade eder.⁵ Kaynağını dürüstlük kuralından alan yan yüküm ise edim yükünden bağımsız borç ilişkisi olarak da anılmakta olup, akit tarafların geniş anlamda menfaatlerini koruma yükümünü ifade eder.⁶ Bu yüküm olumlu olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Örnek olarak kiralananın kira akdi sürerken mülkiyetinin devri sonucu kiracının çıkarılmasından kiraya veren sorumlu olmalıdır. Borç ilişkisini devralan kişi, onun içeriğinden doğan bütün yükümleri de birlikte devralmaktadır. Sonuç olarak, ifa yardımcısının sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeleri yaparken yukarıda açıklanan sınıflandırmaya uygun olarak borca aykırılığı değerlendirmek gerekir.

2) Borç İlişkisinden Doğan Borcun Yardımcı Kişi Tarafından İfası

BK m. 67' ye göre, borçlunun borcun ifasında bizzat bir menfaatinin olmadığı durumlarda borç bir başkası tarafından ifa edilebilir. Şahsen ifanın önemli olduğu durumlarda borcun yardımcı tarafından ifası BK m. 96 uyarınca akde aykırılık teşkil eder.⁷ Yardımcı kişiler bağımlı, bağımsız şeklinde de ayrımla tabi tutulsa da yardımcı kişi ile borçlu arasında bir ast-üst ilişkisinin olması gerekmez.

⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 4-5; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip /HATEMİ Hüseyin /SEROZAN Rona /ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Cilt I -Genel Bölüm-, İstanbul, 2008, s. 2; von TUHR Andreas, Borçlar Hukuku, Çev. Cevat EDEGE, Ankara, 1983, s. 11 vd.

⁵ ŞENOCAK, s. 83 vd.

⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 37; EREN, s. 1069

⁷ ŞENOCAK, s. 109; EREN, s. 1060; REİSOĞLU, s. 293; TEKİNAY Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1974, s. 673; von TUHR, s. 592;

BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs, borçlunun rızası ile borçluya ait bir edimi fiilen ifa eden kişi olarak tanımlanabilir.⁸ Bir görüşe göre⁹ yardımcı kişi, ifa yardımcısı, kullanma yardımcısı ve koruma yardımcısı olmak üzere üç çeşittir. Bunun yanında ifa yardımcısının borçlunun hâkimiyeti altında bulunmaksızın borcun ifasını üstlendiği durumlarda, borçlunun yerine geçen yardımcının alacaklıya verdiği zarar nedeniyle de BK m. 100' ün uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁰ Hemen belirtmeliyiz ki borçlunun yerine tayin edilen kişilere ilişkin sorumluluğun özel olarak düzenlendiği vekâlet veya eşya taşıma sözleşmelerinde, özel hükmün genel hükmü tüketmesi ilkesi sebebiyle özel hükümler uygulanmalıdır.¹¹

Madde metnindeki: “kanuna muvafık surette tevdi eden” ifadesinden borcun tamamının devri gerekliliği anlaşılmamalıdır. Borç kısmi olarak da ifa yardımcısına devredilebilir.¹² Kanun metninde dikkate değer ikinci nokta ise yardımcı kişilerin kapsamı ile ilgili olındır. Metnin sınırlayıcı lafzı karşında doktrin¹³ yardımcı kişilerin kapsamını geniş yorumlamıştır. Nitekim kaynak kanunun Almanca metni göz önüne alınarak yardımcı kişilerin geniş yorumlanması yerindedir.¹⁴ Borçlar Kanun Tasarı m. 115' de doktrindeki bu eleştiriler çerçevesinde yardımcı kişiler örneksime yoluyla sayılmıştır.

Tüzel kişilerin organları yardımcı kişi değildir.¹⁵ İfa yardımcısının her türlü kusurundan sorumsuz tutulabilmesi, zararın tazmini açısından alacaklı yönünden tatminkâr olmayan sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle tüzel kişilerde organ kavramı geniş olarak yorumlanmıştır. Böylece borçlu sıfatı ile sorumluluğun tazmininde daha tatminkar sonuçlar ele edilmeye çalışılmıştır.

⁸ ŞENOCAK, s.103; ; EREN, s. 1064; TEKİNAY, s. 668; İNAN, s. 600; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-, İstanbul, 2000, s. 292;

⁹ EREN, s. 1062

¹⁰ KARAHASAN, s. 1137; OĞUZMAN / ÖZ, s. 364; von TUHR, s. 592

¹¹ KARAHASAN, s. 1137 vd.

¹² ŞENOCAK, s. 104

¹³ İNAN, s. 601; EREN, s. 1064

¹⁴ “ Kendisiyle birlikte yaşayan kişiler, işçiler veya hizmetliler gibi yardımcı şahsa” REİSOĞLU, s. 292, dpn. 27

¹⁵ ÖZTAN Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970, s. 92; TEKİNAY, s. 671; OĞUZMAN / ÖZ, s. 367; KARAHASAN, s. 1138

Teknolojik gelişmelere paralel olarak doktrinde elektronik araçların ifa yardımcısı kabul edilmesi gerekliliği ortaya atılmıştır.¹⁶ Gerçekten de borçlunun elektronik ifa yardımcısı kullanımı ile genişleyen menfaatlerine paralel olarak yardımcı kullanmanın rizikosuna da katlanması gerekir.¹⁷ Burada borçluya isnat edilecek husus elektronik ifa yardımcısının seçimi ve bakımında ki özen eksikliğidir. Özen borcunun yerine getirilmesi, bir kurtuluş kanıtı teşkil etmeyip borçlu elektronik ifa yardımcısı yerine kendisi gerekli davranışta bulunsaydı dahi hareketin kusurlu olup olmayacağı hususunun aydınlatılmasında önem taşır. Son olarak elektronik ifa yardımcısı ile aradaki akde dayanarak işleme girişenler hakkında BK m. 100, arada bir akit olmadığı halde verilen zarar hakkında ise BK m. 55' in uygulanacağını belirtelim.

3) Alacaklıya Borca Aykırı Bir Davranış İle Zarar Verilmesi

İfa yardımcısının fiilinden borçlunun sorumlu olabilmesi için alacaklıya edim konusu ile ilgili bir zararın verilmesi gerekir. Doktrinde ifa ile ilgili hususlarda zarar kavramı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre¹⁸, yardımcının verdiği zarar ancak akde konu edimin ifası sırasında ve ifa ile doğrudan bağlantılı zararlar ile sınırlı olmak üzere borçlunun sorumluluğunu doğuracağı şeklindedir. Bu düşüncenin temeli yardımcı fiilinin borçlunun sorumluluk alanını hakkaniyete aykırı olarak genişletmesine dayanır. Kanaatimizce bu yorumu gerekli kılan neden, ekonomisi gelişmekte olan ülke girişimcilerinin gerekli alt yapı sorunları nedeniyle yardımcıların sorumluluklarını üstlenmesinin istihdam alanında yaratacağı sorunlardır.

İkinci bir görüşe göre¹⁹, yardımcının ifa sırasında verdiği zarar yanında ifa vesilesi ile verdiği zarar sebebiyle de borçlunun sorumluluğu doğar. Akdi ilişkinin geniş yorumlanması gerekliliğini yukarıda belirtmiştik. Bu bağlamda akdi ilişkinin ihlalinin bir türünü de kötü ifa oluşturur. Borçlu ifasında asli ve yan edim yükümlerinin yanında yan yükümleri de gereği gibi yerine getirmelidir. Borç konusu edimlerin bir yardımcıya aktarıldığı durumlarda da akdi

¹⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 368 dñn. 382' de anılan yazarlar; ŞENOCAK, s. 106; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip /HATEMİ Hüseyin /SEROZAN Rona /ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Cilt III -İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme-, İstanbul, 2002, s. 243

¹⁷ ŞENOCAK, s. 108

¹⁸ KARAHASAN, s. 1141 vd.; von TUHR, s. 595; TEKİNAY, s. 671; İNAN, s. 602; REİSOĞLU, s. 293; OĞUZMAN / ÖZ, s. 369

¹⁹ EREN, s. 1069; ŞENOCAK, s. 201; OFTINGER/JEANPETRE, s. 217

ilişkinin tüm yükümlerinin ifasından yarımçı sorumlu olacaktır. Böylece yarımçı kişi kaynağını MK m.2' den alan dürüstlük kuralı gereğince, aralarında güven ilişkisi tesis olunan alacaklı ile borç konusu edimini ifa dışında alacaklının genel menfaatine zarar verici davranışta bulunmama ve zarar verici davranışı engelleme yükümlülüğünü de üstlenmiştir.

Kanaatimizce ikinci görüşe katılmak gerekir. Zira burada dikkat edilecek husus yardımcının asli edim borcu kapsamında ifa ettiği edim ile meydana gelen zarar olmayıp, güven ilişkisinin ortaya çıkardığı özel fırsatlar ile zarar verici davranış arasında fonksiyonel bir bağın bulunup bulunmadığının tespitidir. Örneğin, tamir için gidilen evin kapısının önünde duran bisikleti çalan çırak açısından borç ilişkisinin zarar için özel bir fırsat yarattığı söylenemez. Buna mukabil güven ilişkisi neticesinde evin en mahrem yerlerine giren çırağın buralarda yapacağı hırsızlık ile borç ilişkisinin çırağa sağladığı imkân arasında fonksiyonel bir bağdan söz edilebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, hastası ile aşk yaşayan doktoru akdın kendisine yüklediği yan yükümlülükleri ihlal ettiği gerekçesiyle Bk m. 100 uyarınca sorumlu tutmuştur.²⁰ Olaydaki zarar vermemeye ilişkin yan yükümlülük ise, doktorun aşk yaşamak suretiyle hastanın iyileşmesine engel olmama yükümlülüğü olarak belirlenmiştir.

4) Farazi Kusur

Doktrinde tartışmalı olmakla beraber farazi kusur: borçlunun yardımcı kişinin davranışında bulunması halinde bu davranışın onun içinde kusur teşkil etmesi halinde ortaya çıkan bir varsayıma dayanır.²¹ BK m. 100 bu niteliği sebebiyle salt kusursuz sorumluluk hallerinden ayrılır.

Bu düşüncenin temelinde, borculunun borcu bizzat ifa edeceği durumlara nazaran borçlunun durumunu ağırlaştırmamaktır. Nitekim yardımcı kişinin fiilinin kendisi için kusurlu olduğu durumlar, aynı fiilin borçlu tarafından işlendiği durumlarda kusur teşkil etmeyebilir ve dolayısıyla zarar tazminini de gerektirmez.²²

Yardımcıya yüklenebilen sübjektif olaylar ile borçlunun işin gereklerine uygun nitelikte olmaması göz önüne alınmaz. Burada dikkat edilecek husus ortaya çıkan sonuç ile borçlunun

²⁰ OFTINGER/JEANPETRE, s. 215 vd.

²¹ ŞENOCAK, s. 211; EREN, s. 1070; KARAHASAN, s. 1145; OFTINGER/JEANPETRE, s. 217

²² von TUHR, s. 597

bu sonuç ile karşı karşıya kalması halinde işin niteliğine göre kusurlu olup olmayacağıdır.²³ İfası uzmanlık gerektiren işlerde borçlunun varsayımsal kusuru tespit edilirken, borçlunun uzman bir kişinin niteliklerine sahip olduğu varsayılarak değerlendirme yapılır. Bu durum kusurun objektifleştirilmesi eğiliminden ve borçlunun üstlenme kusurundan da sorumlu olmasına dayanır.²⁴

III. SORUMLULUĞUN ORTADAN KALDIRAN VEYA SINIRLANDIRAN KAYITLAR

1) Genel Olarak Sorumsuzluk Kayıtları

Sorumsuzluk hükümleri ilk olarak 19. yüzyıldaki deniz taşıma sözleşmelerinde karşımıza çıkmıştır. Bu kayıtlar borç ilişkisi doğuran sözleşmelere bir şartın (clause) eklenmesi ile veya sorumluluğun doğmasından önce yapılmış bağımsız bir anlaşma ile ortaya çıkan; borçlunun kanunun yedek hükümleri gereğince yüklenmesi gereken yükümleri kısmen ya da tamamen ortadan kaldırarak sorumluluğu bertaraf eden kayıtlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır.²⁵

Borçlar kanununun 98. maddesi borçluyu her türlü kusurdan sorumlu tutmuş, yine aynı kanunun 96. maddesi de akde aykırı davranışta borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiğini hükme bağlayarak borçlunun durumunu ağırlaştırmış, sorumsuzluk şartlarına fazla hareket alanı bırakmamıştır.²⁶ Bu hükümlerin dışında sözleşme özgürlüğüne ilişkin BK m. 19 ve 20 ile kamu düzeninin etkilerini taşıyan kimi sözleşmeler yönünden (hizmet) sorumsuzluk şartlarına genel sınırlandırmalar getirilmiştir. Borçlar Kanun Tasarısı m. 113’ de aynı esaslar benimsenmiştir.

Sorumsuzluk şartları bir şekle tabi değildir. Doktrinde²⁷ bu şartların sözleşme özel şekle tabi olsa da akdin esaslı noktaları arasına giremeyeceğinden dolayı şekle bağlılığının gerekmediği belirtilmiştir. Sorumsuzluk şartları sözleşmenin objektif esaslı noktalarından biri

²³ **TEKİNAY**, s. 675

²⁴ **ŞENOCAK**, s. 213

²⁵ **ERTEN Ali**, Sorumsuzluk Şartları, Ankara, 1977, s. 39; **AKMAN Sermet Galip**, Sorumluluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 6; **ŞENOCAK**, s. 225; **EREN**, s. 1074

²⁶ **ERTEN**, s. 65

²⁷ **ŞENOCAK**, s. 237; **ERTEN**, s. 93; **AKMAN**, s. 42

değildir. *Kocayusufpaşaoğlu*’ nun da belirttiği gibi,²⁸ sözleşme müzakereleri sırasında taraflarca tartışılan, onu öne süren taraf için onsuz olmaz bir durum arz eden ve karşı tarafın bunu bilebilecek durumda olduğu sözleşme konuları sübjektif esaslı nokta haline gelir. Sorumsuzluk kayıtları da ayrıca anlaşılması gereken bir alan olması ve yukarıdaki şartları da taşıması halinde sübjektif esaslı nokta olarak kabulü gerekir. Akdin şekli belirlenirken objektif ve sübjektif esaslı nokta ayrımı yapılması söz konusu olmadığına göre kanaatimizce bu anlaşmanın da asıl akit tipine uygun biçimde yapılması gerekir.

2) Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuki Niteliği

Sorumsuzluk kayıtları birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile oluşan bir hukuki işlemdir.²⁹ Bu kayıtlar alacaklı yönünden bir tasarruf işlemidir. Zira alacaklı bu iradesi ile gelecekteki tazminat talebinden vazgeçmektedir. Borçlu yönünden ise kazandırıcı işlem söz konusudur.³⁰

Sorumsuzluk kayıtları tasarruf işlemi olması nedeniyle tazminat alacağı üzerinde tasarruf yetkisini haiz kişi tarafından yapılabilir. Tasarruf işlemi hükümlerini ancak tazminat talebinin doğumu anında doğuracaktır.³¹

3) Sorumsuzluk Kayıtlarının Sınırları

İkinci bölümde sayılan şartların gerçekleşmesi ile borçlu yardımcı şahısın alacaklıya zarar veren fiilinden sorumlu hale gelir. Borçlu kimi zaman bu sorumluluğunu bertaraf edici anlaşmaları alacaklı ile yapabilir. Ancak sorumsuzluğa ilişkin bu sonucun ortaya çıkması çeşitli sınırlamalara tabidir.

Bu sınırlamalardan ilki sözleşme özgürlüğüne ilişkindir. BK m. 19 ve 20 sözleşme özgürlüğünü düzenlemiştir. BK m. 19/I’ de sözleşme özgürlüğüne yer verilmekte, BK m.19/II’ de ise özgürlüğün sınırları gösterilmekte ve son olarak BK m. 20’ de yaptırım

²⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU /HATEMİ /SEROZAN /ARPACI, C. I, s. 171 vd.

²⁹ ERTEN, s. 89; AKMAN, s. 12

³⁰ Zikredilen işlem türleri için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU /HATEMİ /SEROZAN /ARPACI, C. I, s. 87 vd.; DURAL Mustafa / SARI Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar Ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, s. 148 vd.

³¹ AKMAN, s. 13

belirtilmektedir.³² Ancak bu iki hükümde anılan esaslar arasında fark olması nedeniyle doktrinde³³ de kabul edildiği üzere iki hüküm birlikte ele alınmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında sözleşme sınırlarını, 1) ahlaka aykırılık, 2) sözleşmenin konusunun imkânsız olması ve 3) kişilik haklarına ve emredici hükümlere aykırılığı barındırmak üzere “hukuka aykırılık” olarak belirleyebiliriz.

Genel sınırlamaların yanında BK m. 99/II ve 100/III’ de sorumsuzluk şartlarına ilişkin özel sınırlamalar yer almaktadır. BK m. 99/II’ ye göre, borçlu kendi kastı veya ağır kusuru ile ortaya çıkan zararın sorumluluğundan kendini kurtaramamaktadır. Aslında borç taahhüdünün hukuki yapısı itibarıyla onu yerine getirmek ile sorumlu kişinin ifadan doğan sorumluluktan kurtularak alacaklıyı talep gücünden yoksun bırakması ahlaka aykırı da bir tutum olacaktır.³⁴ Bunun yanında ifa yardımcısının BK m. 100/II kapsamında bütün kusur derecelerindeki hareketlerinden sorumluluk ise ahlaka aykırı olarak değerlendirilmemektedir.³⁵

4) Sorumsuzluk Anlaşmalarının Uygulama Alanı

Sorumsuzluk şartları açık olarak kararlaştırılabileceği gibi örtülü biçimde de saptanabilir. Örneğin tazminat istenememesi hususundaki örf ve adet hukuku da örtülü bir sorumsuzluk anlaşması niteliğindedir.³⁶

Bir sözleşmede sorumsuzluk kaydının varlığı ve kapsamı zaman hükümlerin yorumlanması ile ortaya çıkar. Kimi zaman sorumsuzluk kaydı ile ilgili bir durum hem akdin ihlali hem de diğer borç doğurucu nedenlerden birini ortaya çıkarabilir. Bu durumda ne yapılacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre,³⁷ akde ilişkin normlar diğer borç doğurucu nedenleri bertaraf eder. Kanaatimizce bu görüş akde ilişkin yan yükümlerin diğer borç doğurucu nedenleri de kapsadığı ve bu hususta aksi kararlaştırıldığından hareket etmektedir. Burada *von TUHR*’ un

³² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU /HATEMİ /SEROZAN /ARPACI, C. I, s. 528; OĞUZMAN / ÖZ, s. 72

³³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU /HATEMİ /SEROZAN /ARPACI, C. I, s. 531

³⁴ EREN, s. 1076

³⁵ ERTEN, 197 vd.

³⁶ Yarg. 4. HD. 23.9.1944 T. 2388, E. 2634 K.

³⁷ von TUHR, s. 559

akdi ilişkiyi geniş anlamda kabul edip kamu düzeninden kaynaklanan haksız fiile ilişkin hususlara dahi akit karşısında uygulama alanı tanımayan görüşünün yanında; borçlunun alacaklıya verdiği zarar konusunda sadece ifa dolayısıyla ortaya çıkan zararı kabul etmek suretiyle akdi ilişkiyi dar yorumlamasına da bir anlam veremediğimizi belirtelim.³⁸Bizinde katıldığımız ikinci görüşe göre,³⁹ zarar gören tazminat davasını ister sözleşmeye ister diğer sebeplere dayandırabilir. Yalnız ileri sürülen sebep, diğer talebi tüketir.

Bu konuda karşılaşılan bir sorun da sorumluluk dışı sorumluluğa ilişkin kayıtların geçerlilikleridir. Bu konuda baskın görüş,⁴⁰ haksız fillere ilişkin sorumsuzluk şartlarını kural olarak geçerli kabul etmektedir. Ancak şahsiyet haklarına ilişkin kayıtlar BK m. 19 ve 20 uyarınca zaten kesin hükümsüzdür. Malvarlığına ilişkin alanda ise zarar görenin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayarak şahsiyet hakkına zarar vermeyen durumlarda bu şartlar geçerli kabul edilebilir. Haksız fillerin ortaya çıkmasında hafif ya da ağır kusur ayrımı yapılmadığı için kusura dayalı bir ayrım mümkün değildir. Bu görüş, haksız fiile ilişkin hükümlerin kamu düzeninden kaynaklandığı ve emredici olduğundan hareketle aksi kararlaştırılamayacağı şeklindedir. Sözleşme dışı sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk alanının oldukça dar olması ve bu hükümlerin toplumun uyması gereken emredici genel kurulları belirlemesi nedeniyle sözleşme dışı bu şartları geçerli saymamak gerekir. Ancak uygulamada saf haksız fiile ilişkin sorumsuzluk anlaşmaları yapılmasının önü alınamamaktadır. Bu durum özellikle deniz taşıması yönünden ekonomik esaslardan ileri gelmektedir.⁴¹

Zarar miktarının belirli bir meblağ ile sınırlayan sorumsuzluk anlaşmaları tereddütsüz geçerli sayılmaktadır.⁴² Özel hukuk alanında üç türlü kurtulmadan söz edilebilir. Bunlar hukuka aykırılık, kusur ve sorumluluk olarak sayılabilir.⁴³ Kanunumuz kural olarak sorumsuzluk şartlarında kusuru kaldırmayı caiz görmektedir. Bu yaklaşımın kusur sonucu ortaya çıkabilen zarar için uygulanmasını engelleyen hiçbir hüküm mevcut değildir. Ancak

³⁸ von TUHR, s. 557

³⁹ AKMAN, s. 116

⁴⁰ ERTEN, 155; AKMAN, s. 111

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız: KOYUNCU İbrahim Serdar, Himalaya clause -Navlun Sözleşmelerinde Üçüncü Kişiler Lehine Sorumsuzluk Şartı-, İstanbul, 2003 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, YÖK Ulusal Tez Merkezi Erişim Adresi: <http://tez2.yok.gov.tr/>)

⁴² ERTEN, 37; AKMAN, s. 23; ŞENOCAK, s. 235; EREN, 1075

⁴³ ACKERMANN Josef, Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht, Diss., Stç Gallen, 1932, Art. 41 N. 22 (ERTEN, s.162' den naklen)

sadece kanun koyucu tarafından belirlenebilen hukuka aykırılık sebepleri için aynı durum söz konusu değildir.

Bir meblağdan sorumluluğu kabul eden kayıtların hiçbir sınırlama olmaksızın uygulama alanı bulması bazen kanuna aykırı olabilir. Zira hafif bir kusur ile malın değerini aşacak miktarda zarar verilebileceği gibi; ağır kusur halinde verilen zarar çok düşük seviyelerde de kalabilir. Bu noktada kanunun belirlediği kusur seviyesi esasını kabul edip zararın doğumuna sebep olayı meydana getiren kusur derecesine bakarak sorumluluk hususunda karar vermemiz gerekir.⁴⁴ Örneğin belirli bir miktar ile sorumluluğu konusunda anlaşmış borçlunun ağır kusuru ile ortaya çıkardığı zarar, sorumlu olacağını taahhüt ettiği miktardan fazla olsa dahi zararı tazmin etmek ile sorumlu olacaktır. Zira yukarıda da sözleşme özgürlüğü kapsamı içinde anlatıldığı gibi borçlunun ağır kusurundan dolayı sorumsuzluğunun kararlaştırılması kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşacaktır.

Bu konuda dikkat edilecek bir diğer husus, sorumsuzluk anlaşması yapmanın mümkün olmadığı alanlarda borçlunun sorumluluğunu çok küçük bir miktarla sınırlayan sorumsuzluk kayıtlarının geçerlilikleridir. Uygulamada taraflar borçlunun ağır kusurunu ortadan kaldıramayıp çok cüzi meblağları cezai şart olarak kararlaştırıp sorumluluktan kurtulmaya çalışmaktadırlar.⁴⁵ Cezai şartın yorumu ile yapılan işlemin BK m. 99/I ve 100/III’ deki emredici hükümlere karşı kanuna karşı hile teşkil ettiği tespit edilirse, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümler söz konusu ilişkiye uygulanmalıdır. Zira kanuna karşı hilenin yaptırımını dolanılmaya çalışılan hükümlerin o işleme uygulanmasıdır.

Günümüzde genel işlem şartları(GİŞ), sorumsuzluk kayıtlarına en çok yer verilen yerlerdir. GİŞ, yine sözleşmelerin kurulmalarına ilişkin genel esaslara tabi olmakla birlikte bazı farkları da bünyesinde barındırmaktadır. Bu farklılıklardan biri sözleşme esaslarının teker teker değil; tüm şartların global açıklanmak suretiyle kabuldür. Bu açıdan doktrin ve uygulamada kabul edilen görüşe göre,⁴⁶ alacaklının sözleşmeyi kabul sırasında doğruluk ve dürüstlük kuralına göre varlığını tahmin edemeyeceği, hiç beklenmedik kayıtlar geçerli değildir. Yukarıda beklenmedik kayıtların iptali Borçlar Kanun Tasarısı m. 20/I’ de

⁴⁴ AKMAN, s. 24-25

⁴⁵ KOCAĞA Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003, s. 66; GÜNAY Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara, 2002, s. 64

⁴⁶ ŞENOCAK, s. 238

belirtilmiştir.⁴⁷ Sorumsuzluk şartı birden fazla anlama geliyorsa Borçlar Kanun Tasarısı m. 23’ de belirtildiği gibi düzenleyen aleyhine yorumlanmalıdır.

Alman hukukunda GİŞ’ nı düzenleyen kimse, kendi kastını, ağır kusurunu, yardımcısının ya da kanuni temsilcisinin kastını veya ağır kusuru ile akde aykırı davranışından sorumluluğunu ortadan kaldıramamaktadır.⁴⁸

IV. İFA YARDIMCISININ SORUMLULUĞUNUN KALDIRILMASI VE İSTİSNALARI

1) Genel Olarak

BK m. 100/II uyarınca borçlu, ifa yardımcısının kast, ağır kusur ve hafif kusurundan sorumsuzluğunu önceden yapacakları bir akit ile kararlaştırabilirler. BK m. 100/III uyarınca alacaklı borçlunun hizmetindeyse veya ifa konusu edimler hükümetçe verilen bir imtiyaz sonucu bir sanatın icrasından doğuyorsa taraflar ancak ifa yardımcısının hafif kusurunu ortadan kaldıran anlaşmalar yapabilirler.

Burada işin niteliğine göre uzman bir kişinin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi hafif kusur; makul ve ortalama zekâdaki bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır kusur olarak ifade edilir.⁴⁹

Sorumluluğu isnat bakımından kusur sorumluluğundan ayrılan bu durum sebep sorumluluğuna yaklaşır bir görünüm arz eder. Çünkü borçlu kendi kusuru olmaksızın ifa yardımcısının kusurunu sadece onu borcun ifasında kullanması sebebiyle üstlenmektedir. Nitekim bu sonuç alacaklı tarafta yarattığı tatminsiz sonuçlar neticesinde özellikle tüzel kişilerde organ kavramının genişlemesine böylece olaya BK m. 99’ un uygulanmasını gerektirmiştir.⁵⁰

Borçlunun kendi hafif kusurunu kaldıran sorumsuzluk şartlarının ifa yardımcısının hafif kusurunu da kaldırması tartışmalıdır. Borçlunun işveren olduğu durumlarda, güçlü durumdaki işverenin tabi olmadığı sorumluluk şartlarına onun genellikle işçisi olan ifa yardımcısının tabi olması sosyal bozukluk yaratacaktır. Bu sebeple doktrinde bu konuda sorumsuzluk şartlarının

⁴⁷ “ Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” Madde kenar başlığı her ne kadar yazılmamış sayılma olsa dahi burada düzenlenen yaptırım kesin hükümsüzlüktür.

⁴⁸ ŞENOCAK, s. 240, dñn. 56

⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 355 vd.

⁵⁰ ŞENOCAK, s. 242; ÖZTAN, s. 125

ifa yardımcısı lehine de uygulanacağı kabul edilmektedir.⁵¹Yukarıda açılan durum hafif kusur ile sınırlıdır. Zira borçlunun kendi ağır kusurundan ya da kastından kurtulması mümkün değildir. *Gautschi*, hizmet sözleşmelerinde sorumsuzluk şartının hiç kararlaştırılmayacağını ileri sürmüşlerdir.⁵²

2) Sorumsuzluk Kayıtlarının İstisnaları

İfa yardımcısının akdi ilişki esnasında alacaklıya verdiği zarardan sorumluluğuna ilişkin kayıtlar her koşulda geçerli değildirler. BK m. 100' e göre, alacaklının borçlunun hizmetinde olduğu veya yapılan işin hükümetçe verilen bir imtiyaz ile icra edilebilen bir sanat olduğu hallerde yardımcının yalnızca hafif kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapılabilir.

a. Alacaklının Borçlunun Hizmetinde Olması

Kanun koyucu ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf olan borçlunun, alacaklı karşısında iradesini özgürce kullanabilmesi için çeşitli hükümler getirmiştir. Bu hükümlerden bir tanesi de alacaklının borçlunun hizmetinde olduğu hallerde borçlunun hizmet ilişkisindeki üstün konumunu kullanarak alacaklının iradesini özgürce kullanmasını engelleme imkânını ortadan kaldıran BK m. 100/III' ün ilk cümlesidir.

Alacaklının borçlunun hizmetinde olması aralarında zorunlu olarak bir hizmet akdinin bulunmasını gerektirmez.⁵³ Burada hizmet ilişkisi ile hizmet sözleşmesinin farkını ortaya koymak gerekir. Hizmet ilişkisi işveren ile bir tabiiyeti ortaya koyarken; hizmet akdi tamamen bağımsız bir biçimde yapılabilen hizmet yükümlüsünün iş sahibine bağımlı olması zorunlu olmayan akdi bir ilişkiyi ortaya koyar.⁵⁴ Doktrinde borçlunun alacaklı üzerinde nüfusunu kullanarak sorumsuzluk anlaşması yaptığı hallerde dahi hizmet ilişkisinin varlığının kabul edilmesi gerektiği söylenmektedir.⁵⁵ Sonuç olarak hizmet ilişkisini geniş yorumlamak gerekliliği hususunda bir fikir birliği mevcuttur.

⁵¹ ŞENOCAK, s. 243, dpn. 65; AKMAN, s. 83-84;

⁵² EREN, 1078

⁵³ ŞENOCAK, s. 245; ERTEN, s. 229

⁵⁴ ERTEN, s. 228 vd.; AKMAN, s. 58-59

⁵⁵ SPIRO K, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern, 1984 (ŞENOCAK, s. 245' den naklen)

Alacaklının hizmet ilişkisi içinde bulunacağı an da büyük önem taşımaktadır. Hizmet ilişkisinde esas alınacak an, sorumsuzluk şartının ileri sürüldüğü an değil, alacaklının bu şartı kabul ettiği andır.⁵⁶

Kanunun ruhuna uygun olarak (ratio legis) dikkat edilecek en önemli nokta alacaklının iradesini özgürce açıklayıp açıklayamadığıdır. Bu bağlamda sürekli borç ilişkisi doğuran bir akdin tarafı olan kişilerin irade özgürlüklerini araştırırken tarafların sosyal ve ekonomik durumları yanında içinde bulundukları akdi ilişkinin mahiyeti de araştırılmalıdır.

b. Sorumluluk Konusunun Hükümet Tarafından Verilen İmtiyaz Sonucu Bir Sanatın İcrasından Doğması Hali

BK m. 100/III' ün lafzından öncelikle imtiyaz alınmak suretiyle yapılan işler gelir. Bunlara örnek olarak doğalgaz, petrol, maden işletmesi verilebilir. Sayılan bu hizmetler idare hukuku alanında ifadesini bulan kamu hizmetinin icrası nedeniyle verilen hizmetlerdir.

Doktrindeki baskın görüşe göre,⁵⁷ imtiyaz kavramını geniş yorumlamak gerekir. Kanun ruhsat ile imtiyaz ayrımı yapmaması ve geniş yorumun tercih edilmesi sebebiyle sorumsuzluk şartlarının alanı bir hayli daralmıştır. Zira günümüzde icrası özel nitelik gerektiren meslekler dahil birçok iş devletin verdiği izin veya ruhsat ile yapılmaktadır.

Kanun koyucu bu düzenleme ile hizmet alan halka karşı bir takım sorumsuzluk kayıtları ile sorumluluktan kurtulmaya çalışanların kamu hizmetini aksatmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Yine kamunun güvenine mazhar bu kişi ya da kurumlarla ilişkilerde kişilerin iradelerini özgürce kullanması da amaç edinmiştir. Hakikaten de bir avukatın ya da doktorun kendi kusurlarından sorumluluğunu kaldırmaya çalışması, onlara verilen ruhsatın getirdiği güven ilişkisi ile tamamen ters etki yaratmaktadır.

Sorumsuzluk kayıtlarına banka sözleşmelerinde de geniş yer verilmektedir. Bankaların imtiyaz verilmek suretiyle çalıştığını Yargıtay isabetle belirlemiştir.⁵⁸ Gelişen ekonomik ilişkiler güvenli ödeme imkânlarına olan ihtiyacı beraberinde getirmiştir. Bu imkânlardan en

⁵⁶ ERTEN, s. 226; AKMAN, s. 58

⁵⁷ ERTEN, s. 235; AKMAN, s. 64-67; ŞENOCAK, s. 247

⁵⁸ Yarg. 11 HD. 8.3.1977 tarih ve E. 1977/886, K. 1977/1033; Yarg. HGK. 4.11.1964 tarih, E. 942, K. 637

çok kullanılanı akreditiftir.⁵⁹ Borçlu hesabının yer aldığı orijinal banka, muhabir bankaya talimat vererek alacaklının alacağına kavuşma imkânını yaratır. Alacaklı taraf kendisine verilen vesikalı akreditifi istediği muhabir bankaya ibraz ederek kendi alacağını alabilir. Burada talimat veren banka borçlu, ödemeyi yapan muhabir banka da ifa yardımcısıdır. Vesikalı akreditifte, alacaklının muhabir bankayı kendisinin seçmesi muhabir bankanın ifa yardımcı olarak değerlendirilmesi hususunda tereddütlere yol açabilir. Ancak burada göz önüne alınacak husus hesap bankası ile muhabir banka arasındaki havale ilişkisidir. Nitekim gerek Türk gerek İsviçre Federal Mahkemesi muhabir bankayı ifa yardımcısı olarak nitelendirmektedir.⁶⁰ Basiretli bir tacir gibi hareket etme prensibi de bankalar için bu işlemde sorumluluğun temelini oluşturmaktadır.

Akreditif uygulamasının düzen içinde yürütülmesi için Milletlerarası Ticaret Odası tarafından Akreditife İlişkin Birörnek Usuller Ve Uygulaması başlıklı broşürler çıkarılmıştır. 600 sayılı broşürün 34. ve 35. maddelerinde belge başlıklarından ve postaya ilişkin bazı sorumsuzluk kayıtları yer almaktadır.⁶¹ Bu kayıtlar bankalara çok geniş sorumsuzluk alanı tanısalar da sadece hafif kusur ile meydana gelebilecek hususlarda uygulama alanı bulurlar.

Kanaatimce finansal kiralama yapan şirketlerde imtiyaz kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Zira Finansal Kiralama Kanunu madde 10/II gereği, finansal kiralama yapacak şirketlerin anonim ortaklık olma zorunluluğu ve Hazine Müsteşarlığından ön izi alması gereklidir.⁶²

Stokar, toplumu zarardan koruma adına fiili ve gerçek tekelin yanında fiili tekel durumunun da imtiyaz kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶³ Hukuki anlamda gerçek tekeli tespit etmek kolay görünse de fiili tekelin tespiti birçok değişkene bağlıdır. Kanaatimizce bir girişim, kendisi için standart sayısız sözleşme yapıyorsa, işi dolayısıyla ona halk tarafından bir güven tesis olmuşsa ve fiili olarak halkın başla bir firma ile sözleşme yapması çok güç ise şirket fiili tekel halindedir. Elbette bu esaslarda bir araştırma

⁵⁹ **BOZKURT Sevgi**, Akreditifin Uygulaması, Ankara, 2006, s. 15

⁶⁰ **ERTEN**, s. 240

⁶¹ **SOMUNCUOĞLU Ünal /BUMİN Gaye/ VARLIK Ender/ ÇAKALIR Ayberk**, Türk Hukukunda Akreditif -MTO 600 Sayılı Broşür-, İstanbul, s. 89 vd.;

⁶² **KOCAĞA Köksal**, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara, 1999, s. 81

⁶³ **ERTEN**, s. 250; **ŞENOCAK**, s. 249

çok zor ve hemen hemen her zaman usul ekonomisine aykırı düşebilir. Bu ihtiyaçtan hareket eden Alman Federal Mahkemesi, fiili tekel olduğu ileri sürülen şirketlerin GİŞ’ de düzenlediği sorumsuzluk şartlarını somut olayda inceleyerek “haksız zarar” kavramı içinde değerlendirerek karar vermiştir.⁶⁴ *Achermann*, sözleşmede taraflarından birisinin çıkarlarını tek taraflı olarak koruyan ve diğer tarafı zarara uğratacağı açık kayıtların meydana getirdiği durumda haksız zarardan bahsedileceğini belirtmiştir.⁶⁵

Borçlar Kanun Tasarısı m. 115’ de imtiyaz ifadesi yerini “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa*” şeklindeki ayrıntılı ifadeye bırakılmıştır. İmtiyazın geniş yorumlanması sonucu toplumda güven tesisine dayanan icrası uzmanlık gerektiren meslek veya sanat kollarının Tasarıdaki şekli ile ifadesin kanaatimizce isabetli olmuştur.

Tasarıdaki bir diğer önemli değişiklik, alacaklının uzmanlık gerektiren konularla ilgili olarak yardımcısının sorumsuzluğunu sınırlayan her türlü anlamının kesin hükümsüz olmasıdır. Bilindiği gibi BK m. 100/III uyarınca, yukarıdaki şartların varlığında yardımcının hafif kusuru ortadan kaldırılabilmekteydi. Alacaklının borçlunun hizmetinde bulunması ihtimalinde ise önceki düzenlemeye paralel olarak ancak hafif kusura ilişkin anlaşmaların geçerli olacağı belirtilmiştir.

SONUÇ

Borçlar kanunu sosyal yapısı gereği zararı tazmin olanaklarına zarar görenin her zaman ulaşabileceği bir sistem kurmaya çalışmıştır. Bu sisteminde en önemli unsuru kişilerin sistem içinde iradelerini özgürce kullanarak hareket etmeleridir.

Günümüzün artan iş bölümü ihtiyacı karşısında her gün birçok işlem yapmak zorunda kalan kişilerin üzerine aldıkları sorumlulukların kapsamını bilmesi güçleşmektedir. Bu bağlamda sosyal olarak güçlü durumda olan tarafın akdi ilişkide karşı tarafın iradesini elinden alarak kendi sorumluluğunu sınırlaması adalet duygusunu incitecek türdendir.

⁶⁴ ERTEN, s. 252

⁶⁵ ERTEN, s. 264

İfa yardımcısı kullanarak menfaatini maksimize eden tarafın yalnızca ifa ile doğrudan bağı olan hususlarda sorumlu tutmamız sonucunda büyük sermaye sahiplerinin ifa menfaatini aldığını buna mukabil sorumluluğun yardımcının üzerine yıkılmış olduğunu görürüz.

KAYNAKÇA

AKMAN Sermet Galip, Sorumluluk Anlaşması, İstanbul, 1976

BOZKURT Sevgi, Akreditifin Uygulaması, Ankara, 2006

DURAL Mustafa / SARI Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar Ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri,

EREN Fikret, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-, İstanbul, 2001

ERTEN Ali, Sorumsuzluk Şartları, Ankara, 1977

FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku C. II -Genel Hükümler-, İstanbul, 1977

GÜNAY Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara, 2002

İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-,Ankara, 1973

KARAHASAN Mustafa Reşit, Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1996

KOCAAĞA Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003 (*Cezai Şart*)

KOCAAĞA Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara, 1999 (*Leasing*)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip /HATEMİ Hüseyin /SEROZAN Rona /ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Cilt I -Genel Bölüm-, İstanbul, 2008

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip /HATEMİ Hüseyin /SEROZAN Rona /ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Cilt III -İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme-, İstanbul, 2002

KOYUNCU İbrahim Serdar, Himalaya clause -Navlun Sözleşmelerinde Üçüncü Kişiler Lehine Sorumsuzluk Şartı-, İstanbul, 2003 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, YÖK Ulusal Tez Merkezi Erişim Adresi: <http://tez2.yok.gov.tr/>)

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-, İstanbul, 2005

OFTINGER Karl / JEANPETRE Raymond, Borçlar Hukukunun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Çev. Kemal DAYINLARLI, Ankara, 1990

ÖZTAN Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı Ve Organın Fillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970

REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-, İstanbul, 2000

SOMUNCUOĞLU Ünal /BUMİN Gaye/ VARLIK Ender/ ÇAKALIR Ayberk, Türk Hukukunda Akreditif -MTO 600 Sayılı Broşür-, İstanbul, 2009

ŞENOCAK Zarife, Borçlunun İfa Yardımcısından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1974

von TUHR Andreas, Borçlar Hukuku, Çev. Cevat EDEGE, Ankara, 1983

TUNÇOMAĞ Kenan, Türk Borçlar Hukuku Cilt I –Genel Hükümler-, İstanbul, 1976