

T.C.  
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

107001

YÜKSEK LİSANS TEZİ

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU  
DOKÜMANLAMA MERKEZİ

TÜRK HUKUKUNDA VEKALET SÖZLEŞMESİNDE  
VEKİLİN ÖZEN BORCU

Hazırlayan  
Seçkin TOPUZ

107001

Danışman  
Prof.Dr.Kudret GÜVEN

KIRIKKALE 2001

## ÖZET

Tez, iş görme sözleşmesinin bir türünü oluşturan vekalet sözleşmesinde, iş görme borçlusunu olan vekilin işi görürken göstermek zorunda olduğu özen borcunu konu edinmektedir.

Tez, giriş ve sonuç dışında üç ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde; vekalet kavramı, vekalet sözleşmesinin tanımı ve benzer kurumlardan ayrımı incelendikten sonra, vekalet sözleşmesinin unsur ve özellikleri incelenmiştir.

İkinci bölümde, özen kavramı açıklandıktan sonra özen borcunun vekalet sözleşmesindeki kanuni düzenleniş biçimi, hukuki niteliği, kapsamı, sınırları üzerinde durulmuştur. Devamında, vekilin özen borcunun vekilin vekaletten kaynaklanan diğer borçlar ile olan ilişkisi ve vekalet sözleşmesinin çeşitli görünüşlerinde (avukatların, hekimlerin, özel okulların vs.) vekilin özen borcu incelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, vekilin özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan sözleşmeye dayalı sorumluluğu ve sorumsuzluk anlaşmaları incelenmiştir.

Tez, vekalet sözleşmesinde iş görme borçlusunu olan vekilin özen borcu ile ilgili değerlendirmelerden oluşan sonuç kısmı ile sona ermiştir.

## **ABSTRACT**

Our study mainly aims at investigating the obligation of “diligent act” falling on the part of the procurator as a party to the Mandatum contract as a type of project accomplishing contracts.

The thesis is composed of three main parts as well as an introduction and a conclusion to it.

In the first part as a legal concept the definition of the Mandatum contract and of its elements, together with its distinction from the similar concepts are studied with the related legal provisions.

In the second part after having studied the concept of diligence and the obligation of diligent act in Mandatum contract we further our study by the obligation of diligent act falling on the part of the procurator in comparison to other obligations arising from the same contract and the different appearances of the same type of contract in different cases such as the procurement accomplished by medical doctors, solicitors and privately run-schools etc.

In the third and final part we conclude by studying the cases where the procurator has acted against this obligation conferred upon him by the contract and the cases where this obligation has been released on his part previously at the time of the enactment of the very contract.

We finally conclude by a general assessment thus evaluating the obligation of “diligent act” on the part of the procurator in Mandatum contract.

## **KİŞİSEL KABUL/AÇIKLAMA**

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunun şeref ve haysiyetimle doğrularım.

**Seçkin TOPUZ**



# İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	II
KİŞİSEL KABUL/AÇIKLAMA .....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ .....	1
BİRİNCİ BÖLÜM .....	3
§ I. VEKALET KAVRAMI.....	3
§ II. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI .....	3
§ III. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN AYRIMI .....	5
A. Vekalet Sözleşmesini Borçlar Kanununda Düzenlenen ve Kendisine Bağlı Olmayan Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi .....	6
1. Vekalet Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi .....	6
2. Vekalet Sözleşmesinin İstisna (Eser) Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi .....	8
B. BK.md.386/II Hükümü Çerçevesinde Diğer İş Görme Sözleşmelerine Girmeyen İş Görmelerin Vekalet Hükümlerine Tabi Olması .....	11
C. Vekalet Sözleşmesinin Temsil İlişkisinden Ayırt Edilmesi .....	16
§ IV. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	19
A. Bir İşin İdaresi ve Hizmetin İfası .....	19
B. İşin Vekalet Verenin Menfaatine ve İradesine Uygun Olarak Yapılması... ..	21
§ V. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ .....	22
A. Zaman Kaydına Bağlı Olmaksızın Ve Sonucun Elde Edilememesi Rizikosunu Taşımaksızın Belli Bir Yönde İş Görme.....	22
B. Vekaletin Şekle Bağlı Olmaması .....	23
C. Ücret.....	23

D. Nispi Bağımsızlık .....	27
E. Vekalet Sözleşmesinin Tarafların Tek Taraflı Beyanı ile Sona Ertirilebilmesi .....	28
<b>İKİNCİ BÖLÜM</b> .....	<b>30</b>
<b>§ I. ÖZEN BORCU</b> .....	<b>30</b>
<b>§ II. VEKİLİN ÖZEN BORCU</b> .....	<b>31</b>
<b>A. Genel Açıklama</b> .....	<b>31</b>
<b>B. Vekilin Özen Borcunun Hukuki Niteliği</b> .....	<b>31</b>
1. Vekilin Özen Borcunun Konusuna Göre Hukuki Niteliği .....	32
2. Vekilin Özen Borcunun İfa Süresine Göre Hukuki Niteliği .....	33
3. Vekilin Özen Borcunun Bölünebilir Olup Olmamasına Göre Hukuki Niteliği .....	34
4. Vekilin Özen Borcunun Borç İlişkisi İçinde Taşındığı Öneme Göre Hukuki Niteliği .....	35
a. Edim Fiili – Edim Sonucu.....	36
b. Asli Yükümler - Yan Yükümler .....	37
(1). Asli Yükümler (Edim Yükümleri) .....	37
(a). Asli Edim Borcu .....	38
(b). Yan Edim Borcu .....	38
(2). Yan Yükümler.....	39
(a). İfaya Yardımcı Yan Borçlar.....	40
(b). Koruyucu Yan Borçlar.....	41
(3). Değerlendirmemiz .....	42
<b>C. Vekilin Özen Borcunun Kapsamı</b> .....	<b>45</b>
<b>D. Vekilin Özen Borcunun Kanunda Düzenleniş Şekli</b> .....	<b>47</b>
<b>E. Vekil İçin Öngörülen Özen Borcunun Sınırları</b> .....	<b>52</b>
1. Sözleşme Hükümleri .....	52

2. BK.m.321/III'deki Diğer Sınırlamalar.....	53
a. İşçinin Öğrenim Derecesi ve Mesleki Bilgi Derecesi .....	53
b. İşverence Bilinen veya Bilinmesi Gereken İşçinin Yetenek ve Nitelikleri .	56
c. Mesleki Risk .....	58

### **§ III. VEKİLİN ÖZEN BORCUNUN VEKİLİN VEKALETTEN KAYNAKLANAN DİĞER BORÇLARI İLE İLİŞKİSİ..... 61**

A. Vekilin Özen Borcunun Vekilin Sadakat Borcu İle İlişkisi.....	61
B. Vekilin Özen Borcunun, Vekilin Vekalet Verenin İradesine, Özellikle Onun Talimatına Uygun Hareket Etme Borcu ile ilişkisi.....	62
C. Vekilin Özen Borcunun Vekilin Sır Saklama Borcu İle İlişkisi .....	66
D. Vekilin Özen Borcunun Vekilin İş Kendisi Yapma Borcu İle İlişkisi .....	67
1. Vekilin Kendisi Yerine Bir Başkasını Koymasının Çeşitleri.....	69
a. Alt Vekalet.....	69
b. İkame Vekalet.....	70
2.Vekilin Yerine Bir Başkasını Koyması Durumunda Sorumluluk.....	70
a. Hukuken Uygun Olmayan Yerine Başkasını Koyma Halinde Vekilin Vekalet Verene Karşı Sorumluluğu.....	70
b. Hukuken Uygun Olan Yerine Başkasını Koyma Durumunda Vekilin Vekalet Verene Karşı Sorumluluğu.....	71
c. Alt Vekilin Vekalet Verene Karşı Sorumluluğu.....	72
E. Vekilin Özen Borcunun Vekilin Hesap Verme Borcu İle İlişkisi .....	73
F. Vekil Özen Borcunun Vekilin Vekaletin İfası Nedeniyle Aldıklarını Vekalet Verene Verme Borcu İle İlişkisi .....	75

### **§ IV. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLİ TÜRLERİNDE ÖZEN BORCU... 77**

A. Avukatlıkların Özen Borcu .....	77
1. Genel Olarak.....	77
2. Avukatlık Faaliyetine İlişkin Özen Borcunun Türleri .....	81
B. Hekimlerin Özen Borcu .....	98

C. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu.....	114
D. Özel Okulların Özen Borcu.....	125
<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....</b>	<b>130</b>
<b>§ I. VEKİLİN ÖZEN BORCUNA AYKIRILIKTAN KAYNAKLANAN SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUĞU .....</b>	<b>130</b>
<b>A. Genel Açıklama.....</b>	<b>130</b>
<b>B. Sorumluluğun Şartları.....</b>	<b>131</b>
1. Vekalet Sözleşmenin Varlığı.....	131
2. Vekalet Sözleşmesinin İhlal Edilmesi (Borca Aykırılık) .....	132
a. Genel Olarak.....	132
b. Sözleşmeye Aykırılığın Kanununda Düzenleniş Şekli.....	132
(1). Genel Sorumluluk Normu Olarak BK.m.96 ve BK.m.101vd. Hükmü	132
(2). Vekalet Sözleşmesine İlişkin Özel Sorumluluk Normu Olarak BK.m.390/II Hükmü .....	133
c. Sözleşmeye Aykırılık Niteliği Taşıyan Haller .....	134
(1). Borçlunun Sorumlu Olduğu İfa İmkansızlığı.....	134
(2). Temerrüt .....	138
(3). Gereği Gibi İfa Etmeme.....	142
(a). Kavram.....	142
(b). Vekalet Sözleşmesinde Gereği Gibi İfa Etmeme Halleri .....	145
(i). Kötü İfa .....	146
(ii). Yan Yükümlere Aykırılık .....	148
(aa). İfaya Yardımcı Yan Yükümlere Aykırılık .....	148
(bb). Koruma Borçlarına Aykırılık .....	149
d. Vekalet Sözleşmesinde Özen Borcuna Aykırılığın Sonuçları .....	152
(1).Genel Olarak.....	152



(2). Borcun İfa Edilmemesi Durumuna Bağlanan Sonuçlar .....	153
(a). İfa Davası ve Cebri İcra .....	153
(b). Tazminat Davası .....	158
(c). Sözleşmeden Dönme .....	161
e. Vekalet Sözleşmesinde Özen Borcuna Aykırılığın İspatı.....	163
<b>C. Kusur.....</b>	<b>164</b>
<b>D. Zarar .....</b>	<b>169</b>
<b>E. İlliyet Bağı.....</b>	<b>170</b>
<b>Ş II. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI.....</b>	<b>171</b>
A. Vekilin Kendi Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması.....	171
B. Yardımcı Kişinin Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması .....	173
<b>SONUÇ .....</b>	<b>174</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>182</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>192</b>

## KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BATIDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
F	: Fasikül
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
No.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TK	: Ticaret Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
vd.	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay
Y:	: Yıl
Yasa	: Yasa Hukuk Dergisi
YD	: Yargıtay Hukuk Dergisi
MİD	: Mahalli İdareler Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İİBF	: İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
YÖK	: Yüksek Öğretim Kurulu

## GİRİŞ

İçerisinde bulunduğumuz yüzyılda iş görme sözleşmelerinde önemli bir çeşitlenme ve yaygınlaşma meydana gelmiştir. Bu durum, iş görme sözleşmelerinde nitelik olarak uzmanlaşmalara gidilmesine neden olduğu gibi, nicelik olarak da bu tip sözleşmelerin sosyo-ekonomik yapı içerisindeki payının daha fazla ağırlaşmasına neden olmuştur.

İş görme sözleşmelerinin sosyo-ekonomik yapı içerisinde ağırlığının artması, iş görme sözleşmelerinin önemli bir kısmını oluşturan vekalet sözleşmesinde de kendisini göstermiştir. Çünkü, toplumsal hayatta ve özellikle uzmanlık isteyen bir çok alanda o işin uzmanı bir kimseye başvurmak zaruret halini almaktadır. Bu çeşitlenme yeni çekişmeler ve hukuksal sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu durum iş görme alacaklıları ile iş görme borçlularını hukuksal alanda daha çok karşı karşıya getirmektedir.

İş görme sözleşmelerinde özellikle de vekalet ilişkilerinde tarafların bu şekilde hukuksal alanda karşı karşıya gelmelerinin en yoğun olduğu alan tarafların edimlerini yerine getirmede gösterdikleri özen konusunda karşımıza çıkmaktadır.

Bir diğer önemli sorun da vekilin, borcunu kanuni ifadeyle 'hüsnü suretle ifa' ile yerine getirirken, uzmanlaşmalara bağlı olarak ortaya çıkan yeni alanlarda, genel nitelikte olan Borçlar Kanunu hükümlerinin tarafların tatminini sağlamada ne kadar yeterli olduğu sorusunun cevaplandırılmasında ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçeve içerisinde vekilin özen borcunu düzenleyen BK.m.390'ın hizmet sözleşmesinde işçinin özen borcunu düzenleyen BK.m.321'e yaptığı atıf dikkat çekmektedir. Özellikle Borçlar Kanunumuzun sistemi içerisinde hiçbir sözleşme tipine girmeyen kendisine özgü yapısı olan iş görmelerde söz konusu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu anlattıklarımıza bağılı olarak tezimizin temel konusunu BK.m.390 anlamında vekilin özen borcu oluşturmaktadır. Ancak BK.m.390' ın yaptığı atıf gereğince BK.m.321 hükmü ve hakkında özel kanunları bulunan diğler vekalet ilişkileri de incelenecektir. Fakat, konunun iyi bir şekilde anlaşılabilmesinin ancak vekaletin unsur ve özellik itibariyle diğler iş görme sözleşmelerinden tamamen ayrılması ile mümkün olabileceğı düşüncesinde olduğumuzdan vekaleti de genel olarak inceleyeceğiz.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### § I. VEKALET KAVRAMI

İş görme borcu doğuran sözleşmelerden olan vekalet sözleşmesi Borçlar Kanunumuzun 386-398. maddelerinde düzenlenmiştir. Vekalet, 'alelittak vekalet' adını taşıyan babın 1. faslını oluşturmaktadır. Bu bapta itibar emri, itibar mektubu, ve tellallık gibi vekaletin tali çeşitlerini oluşturan başka kurumlar da düzenlenmiştir. Bu nedenle kanun koyucu on üçüncü babın başlığını aynı babın birinci fasıl başlığındaki 'vekalet' ifadesinden ayırmak ve bab'a daha kapsamlı bir anlam verebilmek için 'alelittak vekalet (genel olarak vekalet)' başlığını kullanmıştır. Bu açıdan bakıldığında, on üçüncü babın başlığına 'geniş anlamda vekalet' ve birinci fasıl başlığına da 'dar anlamda vekalet' denilmesi uygundur<sup>1</sup>.

Vekalet sözleşmesine Avukatlık Kanunu, Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kamulaştırma Kanunu ve Kadastro Kanunu gibi çeşitli kanunlarla da hükümler getirilmiştir.

### § II. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

BK.md.386/1'e göre, "Vekalet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunun işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler". Fıkırdaki geçen "kendisine tahmil olunun işin" (kendisine verilen veya tevdi edilen) deyiminden vekilin sözleşme konusu işi başkasının menfaatine göreceği anlamı çıkmaktadır<sup>2</sup>. Bu tanıma göre vekalet sözleşmesinde 'bir işin idaresi' veya 'bir hizmetin ifası' söz konusu olmaktadır<sup>3</sup>. Bilge'ye göre<sup>4</sup> kanunun bu iki kavramı birbirinden ayırmasına rağmen aralarında pek fazla bir anlam farkı yoktur; ancak, hizmetin ifası tabiri, işin idaresi tabirine göre daha geniş bir anlam taşımaktadır. Diğer bazı yazarlara<sup>5</sup> göre ise hizmetin

<sup>1</sup> BİLGE, s. 205; YAVUZ, s. 565; YILMAZ, s. 12.

<sup>2</sup> TANDOĞAN, s. 149; ÖZKAYA, s. 20; ADAY, s. 403; ZEVLİLER, 224; OĞUZ, s. 266.

<sup>3</sup> (Y.3.HD.28/01/1985T. 351 E. 496 K.), bkz. DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI, s. 32.

<sup>4</sup> BİLGE, s. 205.

<sup>5</sup> TANDOĞAN, s. 149; ARAL, s. 403; OĞUZ, s. 266; TURANBOY, s. 176.

ifası ile işin idaresi kavramlarını 'iş görme' kavramı içerisinde toplamak gerekir. Böylece vekalet sözleşmesi, vekilin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu altına girdiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>6</sup>. Tandoğan ve diğer bazı yazarlar<sup>7</sup> ise vekalet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: "Vekalet, öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler". Tandoğan bu tanımlamaya hizmet ve istisna sözleşmelerinin tanımları ile BK.m.386/1'den çıkarılabilecek başkasının menfaatine iş görme unsurunu göz önüne alarak ulaşmaktadır<sup>8</sup>.

Ancak diğer bazı yazarlar<sup>9</sup>, vekalet sözleşmesini, BK.m.386/11'de yer alan, "Diğer akitleler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur" hükmünü göz önünde tutarak vekalet sözleşmesini; "Vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile yükümlendiği işi yönetmeyi ya da hizmet ifasını borçlandığı ve bu iş görmenin kanun hükümleriyle düzenlendiği akitlelerden herhangi birisinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda ücrete hak kazandığı iş görme borcu doğuran sözleşmedir." Şeklinde tanımlamaktadırlar. Bu tanımlamanın Tandoğan'ın tanımlamasından farkı "başka bir sözleşmesinin şartlarının gerçekleşmemesi" ibaresi eklenmiş olmasıdır. Bazı yazarlar<sup>10</sup>, böyle bir ilavenin, iş görme sözleşmelerinde numerus clausus'un bulunduğu yolunda bir görüşe yol açacağı için karşı çıkmaktadır. Özkaya ise vekalet sözleşmesinin tanımının yapılmasına karşı çıkmakta ve sözleşmenin unsurlarının tam olarak belirlenmesinin daha önemli olduğunu ifade etmektedir<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> TANDOĞAN, s. 149; ARAL, s. 403; ZEVLİLİLER, 224; BİLGE, s. 206; TURANBOY, s. 171; OĞUZ, s. 266.

<sup>7</sup> TANDOĞAN, s.150; OĞUZ, s. 266; KARAHASAN, s. 1201; GÜNER, (Sözleşme), s. 304.

<sup>8</sup> TANDOĞAN, s.150; OĞUZ, s. 266.

<sup>9</sup> YAVUZ, s. 566.

<sup>10</sup> ARAL, s. 404; HATEMİ, s. 390; TURANBOY, s. 207.

<sup>11</sup> ÖZKAYA, s. 20.

### § III. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN AYRIMI

Borçlar Kanunumuzun 313-430'uncu maddeleri arasında iş görme sözleşmeleri düzenlemiştir. Kanunun 313-354 maddelerinde hizmet sözleşmesine, 355-371 arasında istisna sözleşmesine, 372-385 arasında neşir sözleşmesine, 386-398 maddeleri arasında da vekaletle ilişkin hükümler getirilmiştir.

Ayrıca, vekaleti izleyen maddelerde de iş görmenin özel türleri olarak itibar mektubu (m.399-403), tellallık (m. 404-409), komisyon (416-430) sözleşmelerine yer verilmiştir. İtibar mektubu, komisyon ve tellallık sözleşmelerini birbirinden ve diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmak, bunların konu edindikleri ilişkilerin özelliği nedeniyle nispeten kolaysa da, hizmet, istisna ve vekalet sözleşmelerinin uygulama alanlarının saptanması aynı kolaylıkta görülmemektedir<sup>12</sup>. Bununla birlikte, sözü edilen sözleşmelerle vekalet sözleşmesi arasında hüküm ve sonuç farkı bulunduğu için bunlar arasındaki ayrılıkları belirtmek zaruridir<sup>13</sup>.

Diğer taraftan, vekalet sözleşmesinin içeriği, sözleşme için getirilen kanuni düzenlemede kesin sınırları ile belirli değildir. İçeriğin kesin sınırlar halinde kanunen belirlenmemesi, vekalet sözleşmesinin kullanım alanını genişletmekte ve başka sözleşmeler için de, vekalet sözleşmesine ait hükümlerin uygulanmasını mümkün hale getirmektedir<sup>14</sup>. Bu karışıklığın temelinde de BK.m.386/II bulunmaktadır. Çünkü, BK.m.386/II'ye göre bir eser, hizmet ya da vekalet sözleşmesinin özel bir tipi (komisyon, tellallık gibi) ve kanunda düzenlenmemiş bir iş görme edimi nitelikli sözleşme, vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Bu ise ilgili kısımda değineceğimiz tartışmalara neden olmaktadır<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> KÖTELİ, s. 80.

<sup>13</sup> BİLGE, s. 207.

<sup>14</sup> TURANBOY, s. 176.

<sup>15</sup> TURANBOY, s. 176.

<sup>16</sup> Tartışmalar için bkz., Birinci bölüm, III-B.

## **A. Vekalet Sözleşmesini Borçlar Kanununda Düzenlenen ve Kendisine Bağlı Olmayan Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi**

### **1. Vekalet Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi**

BK.m.386/II'ye göre; "Diğer aktiller hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi vekalet hükümleri cari olur". Bu hükmü, vekalet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinin içine girmeyen tüm iş görmeleri kapsayacak genişlikte yorumladığımız zaman, vekaletle diğer iş görmelerin -bu arada hizmet sözleşmesi ile vekaletin- sınırlarını çizmek oldukça zorlaşacaktır. Bu durumda, vekalet sözleşmesinin özelliklerini ortaya koymak yerine, kendisiyle karşılaştırılacak sözleşme tipinin ayırıcı özelliklerini tespit etmek gerekir<sup>17</sup>.

Borçlar Kanununun 313/I maddesi hizmet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: "Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder". Bu tanımlamadan hareket edilerek bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan unsurlar şu şekilde sıralanmaktadır<sup>18</sup>. İlk olarak iş görme borçlusunun bir süre iş görme alacaklısına bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaadetmesi; ikinci olarak hizmet görülmesinin veya hizmet edimi vaadinde bulunulmasının bir ivaz (ücret) karşılığında olması; üçüncü olarak da tarafların anlaşması veya bir karşılık ödenmesine yol açacak bir hizmet ilişkisinin varlığı gerekir.

Yukarıdaki tanımlamadan da anlaşılacağı gibi hizmet sözleşmesinde daima bir ücret söz konusudur. Buna karşılık BK.m.386/III'e göre vekalet sözleşmesinde aslolan vekaletin ücretsiz olmasıdır. Dolayısıyla ücretsiz vekaleti hizmet sözleşmesinden ayırmada "ücret" unsuru kesin bir kriter olabilmektedir. Ancak, avukatlık sözleşmesinde olduğu gibi vekilin ücret almasının esas olduğu durumlarda, "ücret" unsuru hem hizmet sözleşmesinin hem de vekalet

---

<sup>17</sup> Aday, s. 93; KÖTELİ, s. 84.

<sup>18</sup> YAVUZ, s. 410vd.



sözleşmesinin bir unsuru olabilecektir. Bu da bu iki sözleşmenin uygulama alanlarının ayrılması güçleşmektedir<sup>19</sup>.

Hizmet sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayırmada bir başka kriter de "zaman"dır. Sözleşmede iş görmenin zamana göre belirlendiği; başka bir ifade ile, sözleşmede belirli ya da belirsiz bir zamanın dikkate alındığı iş görmelerin, hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir. Sözleşmede herhangi bir zaman kaydı bulunmayan ve sonucun gerçekleşmemesi rizikosu üstlenilmeyen iş görmelerin ise vekalet olarak nitelendirilmesi gerekir<sup>20</sup>. Nitekim Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi de hizmet sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayırmada zaman kriterini ölçü almaktadır<sup>21</sup>.

Ancak "zaman" kriteri, hizmet sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayırmada her zaman yeterli olamamaktadır<sup>22</sup>. Örneğin diyelim ki iki yıl süre ile devam etmek üzere belli yerdeki taşınmazların idaresi gibi işler için bir vekalet sözleşmesi yapılmış olsun. Bu durumda vekilin ücretinin zamana göre belirtilmesi imkanı da vardır. Dolayısıyla "zaman" kriteri iki sözleşmeyi birbirinden her zaman ayıramamaktadır.

Vekalet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırmada zaman kriterinin yeterli olmadığı durumlarda iş görme borçlusunun, iş görme alacaklısının iş yerinde onun sağladığı aletlerle, ekonomik olarak ona bağlı olarak çalışıp çalışmadığına bakmak gerekir. İş görme borçlusu kendi iş yerinde<sup>23</sup>, kendi

<sup>19</sup> Aday, s. 93; KÖTELİ, s. 84; AKGÜN, s. 1397; BERKİ, s.157; TANDOĞAN, s. 167;GÜNER, (Sözleşme), s. 307.

<sup>20</sup> Görüş sahipleri için bkz., Aday, s. 93; KÖTELİ, s. 84; Bilge hizmet sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayırıcı kıstaslarda en önemli unsurun zaman olduğunu kabul ediyor. Bkz., BİLGE, s. 207; BERKİ, s. 157; TANDOĞAN, s. 168; GÜNER, (Sözleşme), s. 308.

<sup>21</sup> "...hizmet sözleşmesinin ayırıcı ölçüsü, belirli veya belirsiz bir süre için hizmet edimlerinin yüklenilmesidir. Vekalet sözleşmesinde ise; vekilin yüklendiği borcu yerine getirmesi söz konusu olup, zamanın geçmesiyle sınırlı değildir. Taraflar arasındaki sözleşmede süre söz konusu olmadığına göre, uyumsuzluğun Borçlar Yasasının vekalet sözleşmesine ilişkin kuralları ile çözümlenmesine ilişkin..."(Y4HD. 30/03/1971T. 971/3817KE. 9712991K.),sayılı kararı için bkz: GÜNER, (Sözleşme), s. 308.

<sup>22</sup> Aday, s. 93; KÖTELİ, s. 84; BİLGE, s. 207; BERKİ, s. 157; TANDOĞAN, s. 169; GÜNER, (Sözleşme), s. 308.

<sup>23</sup> "Avukat müvekkilinin işyerinde çalışmayıp kendi bağımsız yazıhanesinde çalışmasını sürdürüyorsa, müvekkille arasındaki ilişkisi hizmet değil vekalet sözleşmesi olmasına ilişkin..." (YHGK. 28/01/1977T. 13-3520E. 89K.) sayılı kararı için bkz: GÜNER, (Sözleşme), s. 308. Aynı yönde: (YHGK. 13/04/1977T. 977/9-1635E. 977/355K.), sayılı kararı için bkz:YKD.Y.1978,S.5, s.676.

belirlediği bir süre içinde, nispeten bağımsız<sup>24</sup> olarak bir ya da birkaç iş görme alacaklısının işini görüyorsa ve bu işe taraflarca her zaman ve önel verilmesine gerek olmaksızın son verilebiliyorsa, ilişkiyi vekalet olarak nitelendirmek gerekir<sup>25</sup>. Gerçekten de vekalet sözleşmesinde vekil, işi vekalet veren yararına görme (BK.m.387, m.390) ve onun talimatına uyma borcu (BK.m.389) bakımından vekalet verene bağımlı ise de, işin görülmesine ait faaliyetlerin yürütülmesinde bağımsızdır<sup>26</sup>. Oysa hizmet sözleşmesinde iş görme borçlusu işin yerine getirilmesinde de bağımlıdır.

Hizmet sözleşmesinde, iş görme borçlusu iş görme alacaklısına karşı maddi veya fikri bir iş görmeyi kabul ve vaadetmektedir. Buna karşılık vekalette, vekil, vekalet verene maddi veya fikri bir iş yapmayı üstlenmiş değildir. Vekilin yapmayı üstlendiği şey, vekalet veren hesabına hukuki bir tasarruf veya hukuki bir işlem den ibarettir<sup>27</sup>. Örneğin bahçeme bakması için bahçıvan A ile bir ücret karşılığında anlaşsam, bu bir hizmet sözleşmesi olur. Böyle yapmayıp da A ile, bu işten anlayan şahıslara baktırması için ve onların ücretlerini vermesi için anlaşsam, bu bir vekalet olur. Bunun gibi bir kişi bakkaldan bazı şeyler satın alıp, orada bulunan bir başka kişiye ücretle eve götürmesi için verse, bu kişiyle yaptığı anlaşma hizmet sözleşmesidir. Fakat aynı kişi bir başka kişiye marketten kendisi için bazı şeyleri almasını teklif etse, o da kabul etse , aralarındaki anlaşma vekalet sözleşmesi olur.

## **2. Vekalet Sözleşmesinin İstisna (Eser) Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi**

Borçlar Kanunu madde 355'de İstisna sözleşmesi; "İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder " şeklinde tanımlanmıştır.

---

<sup>24</sup> " tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına..., murakıp ile anonim şirket arasındaki ilişkinin vekalet akdi niteliğinde bulunmasına ve murakıbın işini iş verenin sürekli denetim ve gözetimi altında yapmaması itibarıyla işçi sayılmayacağına ilişkin..." (YHGK. 25/06/1975T. 74/984E. 75/850K.) sayılı kararı için bkz: KÖTELİ, s. 87.

<sup>25</sup> Görüş sahipleri için bkz., TURANBOY, s. 171; Aday, s.93; KÖTELİ, s. 84; BERKİ, s.157; TANDOĞAN,s. 169.

<sup>26</sup> TURANBOY, s. 171.

<sup>27</sup> AKGÜN, s. 1397; BERKİ, s. 157.

Bu tanıma göre istisna sözleşmesi de hizmet sözleşmesi gibi daima ücretlidir. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, ücretli vekaletlerin söz konusu olduğu durumlarda, ücret unsuru işe yarar bir kriter olmaktan çıkmaktadır<sup>28</sup>.

İstisna sözleşmesinde eserin imalinde süre; ya önceden kararlaştırılmış kesin bir vadeyi veya işin özelliğine ve niteliğine göre belirlenebilen makul bir zamanı ifade eder (BK.m.74). Başka bir ifade ile, istisna sözleşmesi süreli olup, eserin süresi içinde imali ile sözleşme sona erer. Oysa vekalet sözleşmesinde işin yapılması ile ilgili kesin bir süre söz konusu değildir<sup>29</sup>.

İş görme borçlusunun iş görme alacaklısına bağımlılığı bakımından iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilmesi mümkün olmakla birlikte; bu kriter de kesin bir ölçüt değildir. Özellikle bir uzmanlığı gerektiren işlerin görülmesinde, vekilin ve müteahhidin durumları arasında büyük fark yoktur. Her ikisi de hizmet sözleşmesindeki işçiye göre daha bağımsızdır. Vekilin, müvekkilin talimatıyla bağılılığı daha çok hukuki muamelelerin onun adına yapılmasına ilişkin vekalet hallerinde kendini göstermektedir<sup>30</sup>.

İstisna sözleşmesinin konusu belli bir eser imalinin taahhüdüdür, yani belirli bir sonuç, bir eser yapımının borçlanması söz konusudur. Somut eser ortaya çıkmadıkça müteahhidin sorumluluğu devam eder. Vekalet sözleşmesinde ise bir işin vekalet veren yararına yapılması söz konusudur. Bir eser yapımının borçlanması tarzında bir sonuç borçlanması söz konusu değildir. Vekalet sözleşmesinde işin sonucu taahhüt edilmemiş olduğundan vekilin belli bir yönde iyi niyetli, özenli ve sadakatle çalışması, somut bir sonuç ortaya çıkmaya da onu sorumluluktan kurtarır<sup>31</sup>. Esasen vekalet ile borçlanılan edimin konusu, bu nitelikte bir çalışmanın yerine getirilmesidir.

Maddi olmayan bir sonucu hedefleyen bir sözleşme, taraflarca sebep gösterilmeksizin her zaman sözleşmeyi sona erdirebilme hakkı veriyorsa bunun

<sup>28</sup> ERDOĞAN, (İstisna), s. 170; Aday, s. 94; TANDOĞAN, (İstisna), s. 327; ZEVKLİLER, s. 227; GÜNER, (Sözleşme), s. 310.

<sup>29</sup> ERDOĞAN, (İstisna), s. 170; AKGÜN, s. 1398.

<sup>30</sup> TANDOĞAN, (İstisna), s. 327; Aday, s. 94.

<sup>31</sup> ERDOĞAN, (İstisna), s. 170; TANDOĞAN, (İstisna), s. 327; AKGÜN, s. 1398; TURANBOY, s. 171; BİLGE, s. 207; HATEMİ, s. 388; ZEVKLİLER, s. 227; BERKİ, s. 158; Konuya ilişkin Y.TD., 12/2/1970 T., 969/462 E., 70/692 K., sayılı kararı için bkz., SAYMEN/ERMAN/ELBİR, s. 179.

vekalet sözleşmesi olduğu sonucuna varılmalıdır. Buna karşılık, taraflar ancak belli sebeplerle ve tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi daha güç şartlarla sona erdirebiliyorsa, eser sözleşmesinin söz konusu olduğu kabul edilmelidir<sup>32</sup>.

Her iki sözleşmede de aksi kararlaştırılmadıkça ya da işin niteliği veya örf ve adet izin vermedikçe, iş başkasına devredilemez (BK.m.356-m.391). Ancak, iş görme ediminin şahsen yerine getirilmesinin önem taşıması, sözleşmenin istisnadan çok vekalet olarak nitelendirilmesini gerektirir. İstisna sözleşmesinde işin bir alt müteahhide devri halinde alt müteahhit ile iş sahibi arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Vekalette ise vekilin bir başkasını vekil tayin etmesi durumunda, tevkil edilen vekil ile vekalet veren arasında bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaktadır<sup>33</sup>.

İşin görülmesi sırasında yapılan masrafların kime ait olacağı düzenlenme şekli de her iki sözleşmeyi ayırt etmekte bir kriter olabilir. Bu masraflar vekalette vekalet verene, istisna sözleşmesinde ise müteahhide aittir<sup>34</sup>.

Yapılan işin niteliği de istisna sözleşmesi ile vekalet sözleşmesini birbirinden ayırır. Başkası adına hukuki muameleler yapmak, dava takip etmek, bir enformasyon bürosunun ücret karşılığında bilgi vermesi ve tavsiyelerde bulunması gibi durumlarda sonucun ortaya çıkması önceden teminat verilerek yüklenilmediği ve de güven unsuru önemli olduğu için vekalet sözleşmesine konu teşkil ederler<sup>35</sup>.

Bir kuaförün tıraş etmesi, takma saç hazırlaması, manikür ve pedikür yapmasını konu edinen muameleler insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olmakla beraber, hayati önemi bulunmayan ve vücudun dış kısmında sınırlı bir sonuç doğuran sözleşmeler olduğu için istisna sözleşmesi olarak kabul edilmesi daha doğrudur<sup>36</sup>. Kaybolan bir şeyi bulma, bir kimsenin borçlusundan borçlu olduğu parayı tahsil etme, bir kimseyi bir işe yerleştirme, dağcılık

<sup>32</sup> Aday, s. 94; ERDOĞAN, (İstisna), s. 171; TANDOĞAN, (istisna), s. 327; ZEVKLİLER, s. 227 ; GÜNER, (Sözleşme), s. 304.

<sup>33</sup> ERDOĞAN, (İstisna), s. 171; TANDOĞAN, (istisna), s. 327; ZEVKLİLER, s. 227; konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz., İkinci bölüm, II-D.

<sup>34</sup> TANDOĞAN, (istisna), s. 327; ERDOĞAN, (İstisna), s. 171; ZEVKLİLER, s. 227; GÜNER, (Sözleşme), s. 310.

<sup>35</sup> TANDOĞAN, (istisna), s. 328; ERDOĞAN, (İstisna), s. 171.

<sup>36</sup> TANDOĞAN, (istisna), s. 329.

yapanlara rehberlik etme sözleşmesi gibi sözleşmeler ise vekalet sözleşmesidir. Çünkü, belli bir sonuca ulaşmanın, bir şey veya insana ilişkin olarak taahhüt edildiği, fakat bu sonucun o şeyde veya o insanın vücudu üzerinde kendisini göstermediği hallerde vekalet sözleşmesinin olduğu kabul olunmaktadır<sup>37</sup>. Bu gibi hallerde, sonucun elde edilmesinin taahhütte bulunanın elinde olmayan nedenlere bağlı olduğu ve önceden sonuç için kesin bir taahhütte bulunmanın mümkün olmadığı göze çarpmaktadır<sup>38</sup>.

Özet olarak denilebilir ki, istisna sözleşmesinin konusu daha özel bir nitelik taşıdığı halde, vekaletin konusu daha genel bir karakter taşımaktadır<sup>39</sup>.

## **B. BK.md.386/II Hükümü Çerçevesinde Diğer İş Görme Sözleşmelerine Girmeyen İş Görmelerin Vekalet Hükümlerine Tabi Olması**

Borçlar Kanununun 386'II maddesine göre,"Diğer akitletler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olamayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur". Bu hükümle iş görme edimi nitelikli bir sözleşme için kanunda özel bir düzenleme getirilmemiş ise, bunlar hakkında vekalet sözleşmeleri için getirilen hükümler uygulanacaktır<sup>40</sup>.

BK.m.386/II'nin bu düzenlemesi sanki söz konusu kanun hükmünün bir nitelendirme işlevi gördüğü izlenimini uyandırmaktadır. Öyle ki, taraflar arasında yapılan bir iş görme sözleşmesi Borçlar Kanununda yer alan sözleşme tiplerinden birinin özelliklerini bütünüyle taşımiyorsa vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir<sup>41</sup>. Bunun sonucu da iş görme sözleşmeleri alanında Borçlar Kanunu tarafından belirlenmiş tiplerin dışına çıkılamayacağı, bir başka ifade ile bu alanda isimsiz sözleşmelere yer olmadığı olacaktır. Bu ise sözleşmeler hukukunda yer alan temel bir ilke olan "sözleşme serbestisi" ilkesinin iş görme sözleşmeleri alanında kabul edilmediği anlamına gelir.

<sup>37</sup> TANDOĞAN, (istisna), s. 329.

<sup>38</sup> TANDOĞAN, (istisna), s. 329; AKGÜN, s. 1398.

<sup>39</sup> BİLGE, s. 207; ERDOĞAN, (istisna), s. 171.

<sup>40</sup> TURANBOY, s. 176; ADAY, s. 409; HATEMİ, s. 389; TANDOĞAN, s. 176.

<sup>41</sup> ÖZEN, s. 598.

BK.m.386/II'nin lafzı yorumundan çıkan bu kati anlam, doktrinde farklı yorumların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bu yorumlardan biri<sup>42</sup>, BK.m.386/II hükmünün iş görme edimi nitelikli sözleşmelerin sınırlı sayıda olduğunu (numerus cleasus) öngördüğü yolundadır. Bu yoruma göre BK.m.386/II deki hüküm emredici bir hükümdür ve buna bağlı olarak da iş görme edimli sözleşmeler bakımından kendisine özgü yapısı olan sözleşme ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla, hizmet sözleşmesi ve istisna sözleşmesi ve vekaletin özel çeşitlerine de girmeyen her iş görme edimi nitelikli sözleşme vekalet sayılmalıdır<sup>43</sup>. Başka bir ifadeyle taraflar arasında yapılacak sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş iş görme edimi nitelikli sözleşmelerden birinin bütün unsurlarını taşııyorsa, bu sözleşmeye doğrudan doğruya ve sadece vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanmalıdır.

Diğer bir yoruma göre ise, BK.m.386/II'nin ifadesine rağmen, kanunda düzenlenmemiş iş görme edimi nitelikli sözleşmelerin varlığı imkan dahilindedir. Bunlar kendisine özgü karakterlidirler (sui generis) bu nedenle de vekalet hükümlerine tabi olmaması gerekir<sup>44</sup>.

Bir diğer görüş ise<sup>45</sup>, BK.m.386/II'nin uygulanmasında vekalet kavramını esas almaktadır. Bu görüş, BK.m.386/II'de ifade edilen ve kanunda düzenlenme getirilmeyen sözleşmelere vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasını ilke olarak kabul etmektedir. Ancak burada bir ayırım yapmakta ve vekalet ilişkisinin olduğu iş görme sözleşmelerini BK.m.386/II kapsamında değerlendirmekte, vekalet ilişkisinin olmadığı iş görme sözleşmelerine ise kanunda düzenlenmiş diğer iş görme sözleşmelerinin hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Vekalet ilişkisi ise, en doğru bir şekilde ancak sözleşmenin "tek tarafa borç yüklemesi ve her zaman sona erdirilebilir olması" ile ortaya koyulabilir. Çünkü, bu unsur vekalet sözleşmesini diğer iş görme edimli sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> BİLGE, s. 286; TUNÇOMAĞ (Özel Hükümler), C. 2, s. 952vd.

<sup>43</sup> Görüşler için bkz., TURANBOY, s. 177; ADAY, s. 409; TANDOĞAN, s. 176; HATEMİ, s. 389; YAVUZ, s. 571.

<sup>44</sup> SELİÇİ, s. 271; ARAL, s. 410; TURANBOY, s. 177; ÖZ, s. 618; ÖZEN, s. 619 vd.

<sup>45</sup> Görüş sahipleri için bkz., TURANBOY, s. 191.

<sup>46</sup> TURANBOY, s. 191.

Vekaletin bir üst kavram olduğu fikrinden hareket eden bu görüş, kendisine özgü yapısı olan iş görme sözleşmelerinin varlığını ve bu tür iş görme sözleşmelerinin BK.m.386/II kapsamı dışına olabileceği görüşünü kabul etmektedir. Bununla birlikte kendisine özgü yapısı olan iş görme sözleşmelerinde "vekalet ilişkisi varsa" bu sözleşmelere sadece vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Görüş, iş görme edimi nitelikli sözleşmelerde, daha önce belirtilen iki görüş arasında yer almaktadır<sup>47</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, BK.m.386/II hükmünün isimsiz iş görme sözleşmeleri yapılmasını engellediğini ileri sürmek, bu hükmün emredici bir nitelik taşıdığını, dolayısıyla iş görme sözleşmelerini belirli bir yasal tipte sınırladığını, buna bağlı olarak da tarafların yaptıkları sözleşmelerle bu yasal tiplerin dışına çıkamayacağını yani söz konusu normu bir nitelendirme normu olarak kabul etmek anlamına gelir<sup>48</sup>. Bu durum ise -daha önce de ifade ettiğimiz gibi<sup>49</sup>- sözleşme özgürlüğünün en temel unsurlarından biri olan tarafların sözleşmenin içeriğini ve tipini serbestçe belirleme haklarını zedeler<sup>50</sup>. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukunda taraflar, sözleşmenin içeriğini ve şeklini istedikleri şekilde belirleme, değiştirme ve kanunda düzenlenen sözleşmelerin dışında sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptirler (BK.m.19). Bu özgürlük, üçüncü kişilerin ya da kamunun yararı olduğu durumlarda nadir olarak "bazı sözleşmelerin belirli tiplerle yapılması zorunluluğu ile" sınırlandırılmıştır.<sup>51</sup>

O halde, ifade edilen sonuçların doğruluğu ancak BK.m.386/II'nin hukuki nitelendirilmesini iyi bir şekilde analizi ile mümkün olabilir.

Bir normun emredici olup olmadığı, genellikle onun yazılış biçiminden, ifade tarzından anlaşılır<sup>52</sup>. Ancak, normun yazılış biçimi ve ifade tarzı her zaman normun emredici niteliğinin belirlenmesinde ölçü olmaz. Bu durumda soyut olarak, kamu yararını, kamu düzenini, genel ahlak ve adabı, kişilik haklarını ve

<sup>47</sup> TURANBOY, s. 192.

<sup>48</sup> ÖZEN, s. 619.

<sup>49</sup> Bkz., Birinci bölüm III-B'nin ikinci paragrafı.

<sup>50</sup> TURANBOY, s. 180; ÖZEN, s. 619.

<sup>51</sup> TURANBOY, s. 180.

<sup>52</sup> Örneğin, yapmakla mükelleftir, yapmak mecburiyetindedir, zorundadır, taraflarca uyulması mecburidir deyimlerinin kullanılması, o normun emredici olduğunu açık bir biçimde gösterir., bkz., ZEVKLİLER, (Medeni Hukuk), s. 15.

zayıfların korunmasına ilişkin kuralları ruhunda barındıran normları da emredici kabul etmek gerekir<sup>53</sup>.

BK.m.386/II'ye baktığımız zaman ise, söz konusu hükmün yazılış biçiminin emredici bir nitelik taşıdığını kabul etmek imkanı yoktur. Aynı şekilde, söz konusu hükmün muhtevasına baktığımız zaman da bu düzenlemenin kamu yararını, kamu düzenini, genel ahlak ve edebi, kişilik haklarını ve zayıfların korunmasına ilişkin kuralları ruhunda barındırdığını iddia etmek güçtür. Gerçekten de tarafları, hiç istemedikleri bir sözleşmenin kurallarına tabi kılmak hem de bunu yaparken onları koruduğunu ileri sürmek BK.m.386/II'nin niteliği düşünüldüğünde inandırıcı değildir.

Tersine, kamu düzeninin, kişilik haklarının ve sözleşmenin zayıf tarafının korunması, anılan hükmün emredici bir hüküm olarak kabulünde değil, yedek hüküm karakteri taşıdığı kabulü ile mümkün olabilir. Çünkü, BK.m.386/II'nin emredici olarak kabulü, taraflara, değişen sosyal ve ekonomik koşulların gereklerine uygun sözleşme yapmalarının önüne geçmekte ve bütün zamanlar için geçerli adeta kutsal bir sözleşme tipi ortaya koymaktadır<sup>54</sup>. Oysa Tandoğan'ın da ifade ettiği gibi<sup>55</sup> kanun koyucu, bazı sözleşme tiplerini özel olarak düzenlemekle bir değer yargısında bulunmuş olmayıp, o dönemde en çok görülen ve uygulama kazanan sözleşme tiplerine açık ve belirli bir düzenleme getirmeyi amaçlamıştır<sup>56</sup>. Yoksa, tarafları sadece belirli tipte bir sözleşme yapıp hiç bir şekilde belirlenen tipin dışına çıkılması amaçlanmamıştır. Kaldı ki, iş görme sözleşmelerinde sınırlı sayı ilkesini kabul edip, belirli kanuni tipleri dayatarak ekonomik ve sosyal yaşamın gelişmesine set çekmek, bizzatıhi kamu düzenine aykırılık oluşturur<sup>57</sup>.

Bu değerlendirmelere bağlı olarak BK.m.386 hakkında şu şekilde bir yargıya varabiliriz;

---

<sup>53</sup> ZEVKLİLER, (Medeni Hukuk), s. 15.

<sup>54</sup> ÖZEN, s: 620.

<sup>55</sup> TANDOĞAN, s. 8 vd.

<sup>56</sup> ÖZEN, s: 620.

<sup>57</sup> ÖZEN, s: 620.



İlk olarak BK.m.386/I hükmü, bağımsız bir sözleşme olarak vekaletin unsurlarını belirtmiş ve bu unsurları taşıyan sözleşmelere vekalet hükümlerinin asli hükümler olarak uygulanacağını ifade etmiştir. BK.m.386/II hükmü ise, iş görme sözleşmeleri açısından ikincil nitelikte hükümlerdir ve bu yönüyle bu hüküm, isimsiz iş görme sözleşmeleri yapılabilmesi olanağını ortadan kaldırmamakta; ancak, isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerin nasıl elde edileceğini özel olarak düzenlemektedir<sup>58</sup>.

BK.m.386/II'nin ikincil niteliğini biraz daha açarsak; bir iş görme sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinin kanuni tiplerinden birisinin bütün unsurlarını taşııyorsa, öncelikli olarak tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanmasını istedikleri bir düzenleme olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer taraflar aralarındaki ilişkinin bağlı olacağı düzeni açıkça belirlememişlerse, güven ilkesine dayalı olarak yapılacak tamamlayıcı yorum ile, ilişkiye uygulanacak kurallar belirlenecektir. Bu yolla da bir sonuca varılamazsa işte ancak o zaman -BK.m. 386/II hükmünün vekalet hükümlerine ikincillik işlevi tanıyan ve tüm iş görme sözleşmelerini son aşamada vekalet sözleşmesi içinde toplayan anlamına uygun olarak- ortaya çıkan sorunlar vekaletle ilişkin düzenlemenin uygulanması ile çözüme kavuşturulacaktır<sup>59</sup>.

BK.m.386/II'nin bu şekildeki yorumu ile hem isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanması gereken kuralların ne olması gerektiği tespit edilmiş olur, hem de tarafların istedikleri tipte sözleşme yapma özgürlüklerine bir hanel getirilmemiş olur.

İş görme sözleşmeleri alanında isimsiz sözleşmeler yapılabileceğini kabul ettikten sonra bu alanda -karma sözleşmeler ve kendisine özgü isimsiz sözleşmeler- ayırımına gitmeden bütün isimsiz sözleşmelere, diğer iş görme sözleşmelerine ilişkin kurallar, hakim tarafından bünyelerine uygun olduğu ölçüde uygulanması gerekir<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ÖZEN, s. 624.

<sup>59</sup> ÖZEN, s. 625.

<sup>60</sup> YAVUZ, s. 24 vd.; ÖZEN, s. 622.

BK.m.386/II hükmünün emredici bir hüküm olarak yorumlanması fikri, Türk hukuk öğretisinde çoğunluğu oluşturan yazarlar tarafından kabul edilmemiştir<sup>61</sup>.

Turanboy'a göre<sup>62</sup>, kanunda düzenlenmeyen iş görme edimi nitelikli sözleşmelere, doğrudan doğruya vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması katı bir şekilde savunulamaz. Buna bağlı olarak, kanunda düzenlenmemiş iş görme nitelikli sözleşmelerde vekalet kavramının kullanılması, onların hukuki sonuçlarına da vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelmez. Hukuki sonucun ve uygulanacak kuralın belirlenmesinde kanunen düzenlenmiş sözleşme tiplerine benzerlik esas alınmalıdır<sup>63</sup>.

Tandoğan'a göre<sup>64</sup> de vekalet hükümleri yapılarına uygun olmayan ve kanundaki diğer tiplere de girmeyen iş görme sözleşmelerini kendisine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak tanımlamak ve bunlara gerekiyorsa vekaletten başka tiplere ait ilkeleri kıyas yoluyla uygulamak, daha da olmazsa kendi yapılarıyla bağdaşan yeni kurallar koymak yerinde olur.

Aral da<sup>65</sup>, kanunda düzenlenen diğer sözleşme tiplerine uymayan ve tarafların açıkça isimsiz (sui generis) bir sözleşme şeklinde düzenlemedikleri iş görme sözleşmelerini BK.m.386/II anlamında vekalet sözleşmesine dayandırarak hakim görüş yanında yer almaktadır.

### **C. Vekalet Sözleşmesinin Temsil İlişkisinden Ayırt Edilmesi**

Temsil, bir kişinin bir hukuki işlemi bir başka kişinin adına ve hesabına yapması ve işlemin hukuki sonuçlarının temsil edilen üzerinde doğması, olarak tanımlanır. Hukuki işlemi tarafı yerine yapan kimseye "temsilci (=mümessil)", aralarındaki hukuki ilişkiye "temsil ilişkisi", yapılan hukuki işleme ise "temsil

<sup>61</sup> TANDOĞAN, s.177; HATEMİ, s. 390; YAVUZ, s.571; TURANBOY, s. 182.

<sup>62</sup> TURANBOY, s. 208.

<sup>63</sup> HATEMİ, s. 390; ARAL,s. 410.

<sup>64</sup> TANDOĞAN, s. 176; HATEMİ, s. 390; HATEMİ, s. 390; ARAL, s. 410.

<sup>65</sup> ARAL, s. 410.

yoluyla yapılan hukuki işlem" denir. Şu halde, bir kimsenin temsilci olabilmesi için mutlaka temsil yetkisine sahip olması gerekir<sup>66</sup>.

Temsilcinin sahip olduğu temsil yetkisi temsil edilenin rızasına dayanıyorsa, "rıza temsil" vardır. Temsil yetkisinin temsil olunanın iradesi dışında kanunen öngörüldüğü durumlarda ise, "kanuni temsil" yetkisi söz konusu olur<sup>67</sup>.

Temsil edilenin yetki verme noktasında tek taraflı beyanı temsilciye yönelmekle hüküm ifade eder. Bunun için temsilcinin temsil yetkisini kabul etmesine gerek yoktur. Temsilci, kendisine temsil yetkisi verildiğinden haberdar olmasa bile temsil yetkisi hüküm ifade eder<sup>68</sup>.

Temsil yetkisi tek taraflı yöneltilmesi gerekli bir irade beyanıyla verilebildiğinden, temsil eden ile temsil edilen arasında başka bir ilişkinin<sup>69</sup> varlığı zaruri değildir. Ancak, temsil yetkisinin bir temel ilişkiye dayanarak verildiği hallerde<sup>70</sup> temsil yetkisi ile temel ilişki arasındaki sınırı çizmek güçleşmektedir. Nitekim, temsil yetkisi eski hukukta temel ilişki ile karıştırılarak sözleşme ilişkisinin bir unsuru olarak kabul ediliyordu. Ancak Paul Laband temsil yetkisi ile vekalet sözleşmesinin aynı olmadığından yola çıkarak temel ilişkiyle temsil yetkisinin birbirinden ayrı iki kurum olduğunu ortaya koymuştur<sup>71</sup>.

Vekalet sözleşmesinde, vekalet veren ile vekil arasında sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi kurulmaktadır. Vekil, hukuki bir yükümlülük üstlenmektedir. Temsil yetkisi ise o yetkiye sahip kimseye dışa karşı hukuki bir durum; üçüncü

<sup>66</sup> SCHWARZ, s. 378-379; Aday, s. 90; AYAN, s.190; GÜNER, (Sözleşme), s. 302; EREN, s. 509; AKYIĞIT, s.408; BELGESAY, (Temsil), s. 6; AKBIYIK, s. 218; AKGÜN, s. 1400.

<sup>67</sup> Örneğin, vasiinin (MK.m.353/I), kayyımın (MK.m.353/II), miras şirketine mahkemece atanan temsilcinin (MK.m.581) yetkisi kanuni temsil yetkisidir, bkz., SCHWARZ, s. 382-383; Aday, s. 90; AYAN, s.192; GÜNER, (Sözleşme), s. 302; EREN, s. 517; AKBIYIK, s. 219.

<sup>68</sup> SCHWARZ, s. 387; Aday, s. 90; AYAN, s.191; GÜNER, (Sözleşme), s. 303; AKBIYIK, s. 218.

<sup>69</sup> Bir kimseye temsil yetkisi verilmesine neden olabilen ve temsil yetkisi veren ile temsilci arasındaki asıl ilişkiyi (kanuni deyimle BK.m.34 şirket, vekalet veya hizmet akdi gibi) ifade eder.:Bkz. AKYIĞIT, s.419; AKBIYIK, s. 219.

<sup>70</sup> Örneğin, temsil yetkisi bir vekalet veya hizmet sözleşmesi nedeniyle verilmişse, Bkz: AKYIĞIT, s.420.

<sup>71</sup> AKYIĞIT, s.420; ESENER, s. 60; Aksi Görüşler: 1) " Vekalet ile temsil yetkisinin aynı ilişkinin biri iç diğeri dış görünüm şekilleri olduğu ileri sürülüyor". Bkz: HATEMİ, s. 392., 2) ADAY, s.410; EREN, s. 529, 3) Belgesay, temsil yetkisi ile vekaleti iki yarı kurum kabul etmekle birlikte sözleşmeden kaynaklanan temsil yetkisinin, vekalet veya hizmet veya şirket sözleşmelerinden tamamen bağımsız olduğu durumların çok sınırlı olduğunu, dolayısıyla iş görme sözleşmeleri ile temsil yetkisini tamamen bağımsız hükümlere tabi tutmanın pratikte bir önemi olmadığını ifade eder, Bkz: ; BELGESAY, (Temsil), s.17,4) ; AKBIYIK, s. 219; AKGÜN, s. 1400.

şahıslara karşı temsilci olarak hareket edebilmek ve hukuki işlemlerde bulunabilmek imkan ve yetkisini verir. Ancak bu noktada ona yükümlülük yüklemeyiz<sup>72</sup>.

Bundan başka, ileride kurulacak bir vekalet veya hizmet sözleşmesi için gerekli bulunan bir temsil yetkisi, istisnai bir biçimde, taraflar arasındaki temel ilişkiyi oluşturacak bu sözleşmenin kurulmasından önce de temsilciye tanınmış olabilir<sup>73</sup>.

Vekalet bir iş görme sözleşmesidir. Bu iş görme, hukuki işlemler için söz konusu olabildiği gibi maddi fiillere ilişkin de olabilir. Temsil ise ancak hukuki işlemlerde olur. Örneğin bir cerrahın bir hastayı ameliyat etmesi maddi bir fiil olmasına karşın hukuki bir işlem değildir<sup>74</sup>.

Vekalet sözleşmesi, temsil yetkisinin yegane sebebi değildir. Temsil yetkisinin verilmesi, vekalet sözleşmesinden başka hizmet veya eser sözleşmesi gibi diğer bir iş görme sözleşmesine veya bir şirket sözleşmesine de dayanabilir. Çoğunlukla karşılaşıldığı üzere, iş sahibi çalıştırdığı işçisine, bir ortak diğer ortağına, kendi adına veya ortaklık adına işlem yapabilme yetkisi verebilmektedir<sup>75</sup>. Temsil yetkisi vekalet sözleşmesinin bir unsuru olsaydı her durumda temelinde vekalet sözleşmesinin olması gerekirdi<sup>76</sup>.

Temsil yetkisi, çoğu zaman temsilci ile temsil edilen arasındaki bir sözleşme ilişkisine bağlı olarak verilse de temsil yetkisinin olabilmesi için temsil edilenle temsilci arasında bir sözleşmenin varlığı şart değildir. Örneğin iş sahibi A, temsilcisi ile kendi adına bir saat alması için mukavele yapsa temsil yetkisi, vekalet sözleşmesi ile bir arada bulunur. Ancak A, B'ye "şu isimli kitabı bulursan benim adıma satın alabilirsin" derse ortada vekalet sözleşmesi olmayıp sadece temsil ilişkisi vardır<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> AKYİĞİT, s.420; ESENER, s. 61; ADAY, s.411; AKBIYIK, s. 222.

<sup>73</sup> AKBIYIK, s. 222.

<sup>74</sup> HATEMİ, s. 392; Aday, s. 90; AYAN, s.191; EREN, s. 511; AKYİĞİT, s.411; AKBIYIK, s. 222.

<sup>75</sup> AKBIYIK, s. 222.

<sup>76</sup> ESENER, s. 63.

<sup>77</sup> AKYİĞİT, s.420; ESENER, s. 62; SCHWARZ, s.387; AYAN, s.191; ARAL, s.411; BELGESAY,(Temsil), s.17; AKBIYIK, s. 221.

Vekalet sözleşmesi sona erdiği halde temsil yetkisi devam edebildiği gibi temsil yetkisi sona ermesine rağmen vekalet sözleşmesi de devam edebilir. Örneğin bir kişinin kendisine vekalet sözleşmesi ile bağlı hekime tedavi olmaya devam etmesine karşın, hekimden temsil yetkisini geri alarak onu ilaç almaktan men edebilir<sup>78</sup>.

Temsil yetkisi verilmesinin temel ilişkiden bağımsız olduğu durumlar kadar, temsil yetkisi verilmesinin temel ilişkiye dayandığı hallerde de temel ilişkiden soyut olduğu görülmektedir.

Temsil yetkisinin soyutluğu öncelikle, taraflar arasında temel bir ilişkinin varlığı durumunda söz konusu olabilir. Temsil yetkisinin birlikte verildiği sözleşme, o temsil yetkisinin temelini teşkil eder. Çünkü bu yetki, söz konusu ilişkinin ifası için verilmiştir. Bundan çıkan sonuç ise, iç ilişkiyi gösteren sözleşme herhangi bir nedenle geçersiz olsa bile, temsil yetkisinin yine de mevcut ve geçerli sayılacağıdır. Örneğin mümeyyiz küçük veya mahcura bir vekalet sözleşmesine bağlı olarak bir temsil yetkisi verilmişse, küçük veya mahcur, kanuni temsilcisinin rızası olmadıkça, bizzat kendi tasarrufuyla bağlı olmayacağından (MK.m.16), vekalet sözleşmesi hükümsüz olduğu halde bu vekaletin ifası için verilmiş olan temsil yetkisi temsilciyi borç altına sokmadığı için geçerliliğini korur<sup>79</sup>.

## Ş IV. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

### A. Bir İşin İdaresi ve Hizmetin İfası

Borçlar Kanununu 386/1 de "vekilin mukavele dairesinde kendisine tahmil olunun işin idaresini veya takkabbul eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler" denilmek suretiyle vekalet sözleşmesinin iş görme unsuruna işaret edilmiştir. Daha önceki açıklamalarımızda 'işin idaresi ve hizmetin ifası' kavramlarından 'iş görme' kavramının anlaşılması gerektiğini belirtmiştik<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> ESENER, s. 62; Ancak bu örnekte hekimin ilaç alması vekaletin gereği gibi ifası için şart ise ve buna karşın yine de vekalet veren hekimin ilaç almasına izin vermiyorsa, hekimin verilen talimatın uygun olmayan sonuçları hakkında vekalet vereni aydınlatması ve yine de söz konusu ilaçların alınmasına rıza göstermiyorsa duruma göre vekaletten istifa etmesi gerekir., bkz., İkinci bölüm, II-D.

<sup>79</sup> AKBIYIK, s. 225; ESENER, s. 67; EREN, s. 529; AKYİĞİT, s.421; Aksi Görüşler Bkz., 1) HATEML, s. 392 vd., 2); ARAL, s.411.

<sup>80</sup> Bkz., Birinci bölüm, II.

Vekalet sözleşmesinin konusunu, hukuki işlemler<sup>81</sup>, hukuki işlem benzeri fiiller<sup>82</sup> ve sırf maddi fiiller oluşturabilir. Buna karşın yapmama ve katlanma edimleri, iş görme sayılmadıkları için, vekalet sözleşmesine konu olamazlar; ancak, bir yan yüküm olarak taahhüt edilebilir<sup>83</sup>. Bunun başka -kanuni temsil dışında- kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılmasına ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin hukuki işlemlerde vekalet sözleşmesine konu olamaz<sup>84</sup>. Yargıtay'da bir kararında, haksız fiillerin de vekaletle konu olamayacağı yönünde görüş bildirmiştir<sup>85</sup>.

Maddi fiillere ilişkin vekalette<sup>86</sup> vekil, vekalet veren adına veya hesabına hukuki işlemler veya hukuki işlem benzerleri yapmaz; vekalet veren için haklar kazanmaz, borçlar yüklenmez<sup>87</sup>.

Hizmet veya istisna sözleşmelerine girmeyen çeşitli iş görme edimleri, kendisine özgü yapısı olan bir sözleşmeye konu olmadıkça ve taraflarda başka bir sözleşmenin hükümlerinin uygulanması yönünde anlaşmamışlarsa, BK.m.386/II uyarınca, maddi fiillere ilişkin vekaletin kapsamı içerisinde yer alırlar<sup>88</sup>.

<sup>81</sup> Örneğin bir satış yahut kira sözleşmesi veya bir alacağın temliki, başıslama gibi; Bkz., YAVUZ, s.567; TANDOĞAN, s.151; ZEVKLİLER, s. 224; OĞUZ, s. 266.

<sup>82</sup> Örneğin ihtar, mehil tayini gibi. . Bkz., YAVUZ, s.567; TANDOĞAN, s.151; ÖZKAYA, s. 21; ZEVKLİLER, s. 224; OĞUZ, s. 266.

<sup>83</sup> TANDOĞAN, s.150; YAVUZ, s.568; ARAL, s. 405; ZEVKLİLER, s. 224; OĞUZ, s. 266.

<sup>84</sup> Örneğin nişanlanma, evlenme, vasiyet, evlilik dışı çocuğu tanıma, velayet hakkının kullanılması gibi, Bkz., ÖZKAYA, s.21; TANDOĞAN, s.153; ZEVKLİLER, s. 224.

<sup>85</sup> YAVUZ, s.568; "Haksız eylemlerde vekalet hükümleri cari değildir" ( 4.HD. 27/11/1978 T. 530 E. 13182 K; KARAHASAN, s. 1202; ÖZKAYA, s. 21; ; OĞUZ, s. 266.; Bu doğrultu da, (4HD. 13/04/1978 T. 1845 E. 4946 K.) Bkz., YKD., C.VII Y: (1981), S.1, s. 27-31.

<sup>86</sup> Örneğin bir hekimin hastasını muayene ve tedavi ya da ameliyat etmesi, bir hukukçunun görüş bildirmesi, bir banka ya da istihbarat bürosunun bir kimsenin mali durumu hakkında bilgi vermesi, bir mimarın yapıyı kontrol etmesi, bir özel dedektifin bir konu hakkında bilgi toplaması, özel ders verme, şarkı söyleme gibi durumlar, vekaletin varlığına yol açabilecektir. Bkz., YAVUZ, s. 567; TANDOĞAN, s.153; ÖZKAYA, s. 21; ZEVKLİLER, s. 224.

<sup>87</sup> TANDOĞAN, s.151; YAVUZ, s. 567. ÖZKAYA, s. 21.

<sup>88</sup> TANDOĞAN, s.151; YAVUZ, s. 567; KARAHASAN, s,1202; ZEVKLİLER, s. 224.

## B. İşin Vekalet Verenin Menfaatine ve İradesine Uygun Olarak Yapılması

İş görmenin, vekalet konu olabilmesi için vekilin gördüğü iş başkasına ait olması ve onun menfaatine yapılması gerekir<sup>89</sup>. Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta; "...vekilin vekil eden adına yaptığı bir tasarruf işleminin MK.m.2/II' de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında görülmesi durumunda vekalet vereni bağlamayacağı"<sup>90</sup> şeklindeki kararı ile iş görmenin vekalet verenin menfaatine yapılması gerektiğini ve bunun vekalet sözleşmenin doğal bir sonucu ve unsuru olduğunu ifade etmiştir.

Vekilin gördüğü işi vekalet verenin menfaatine yapması, görülen işin sadece vekalet veren yararına olması anlamına gelmez. Vekilin gördüğü iş, vekalet verenin menfaatine uygun olması yanında üçüncü bir kişinin menfaatine de uygun olabilir<sup>91</sup>. Aynı şekilde vekilin gördüğü iş, vekalet verenin menfaati yanında kendi menfaatine de uygun olabilir<sup>92</sup>. Bununla birlikte, sadece iş görenin menfaatinin olduğu iş görmeler vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturamaz<sup>93</sup>. Vekilin vekalet veren menfaatine gördüğü işten ücret almasını, görülen işin hem vekalet veren hem de vekil yararına olduğu anlamında düşünmemek gerekir<sup>94</sup>. Çünkü, vekilin ücrete ilişkin menfaati, vekalet verenin işinin görülmesindeki menfaatine oranla tali bir nitelik taşır<sup>95</sup>.

Vekilin gördüğü iş, vekalet verenin menfaatine olması gerektiği gibi vekalet verenin iradesine de uygun olması şartı aranır. BK.m.386 da geçen

<sup>89</sup> TANDOĞAN, s.154; ARAL, s. 406; YAVUZ, s. 571; ÖZKAYA, s. 22; ZEVKLİLER, s. 225; AŞÇIOĞLU, s. 32; OĞUZ, s.267; GÜNER, (Sözleşme), s. 306.

<sup>90</sup> YHGK., 17/06/1992, 1-273/391, sayılı kararı için bkz., YAVUZ, , s.571, 28a nolu dipnot; Aynı yönde, OĞUZ, s.267.

<sup>91</sup> Örneğin bir üçüncü kişiye bir miktar para ödenmesi veya vekalet verenin bir yakınının tedavi edilmesi için yapılan sözleşmeler, üçüncü kişi yararına sözleşmeler olarak kabul edilebilir., bkz., TANDOĞAN, s.156; YAVUZ, s.572; Aynı şekilde bir tüzel kişinin bir anonim ortaklık yönetim kurulundaki temsilcisi olan vekil, hem kendisini gönderen tüzel kişinin, hem de yönetim kurulu üyesi olduğu anonim şirketin çıkarlarını koruması gereken bir vekil durumundadır., bkz., TANDOĞAN, s.156; YAVUZ, s.572; ADAY, s.406; ÖZKAYA, s. 22.

<sup>92</sup> Örneğin vekalet verenin, vekile olan borcunu ödeyebilmek için, kendisine kredi açabilecek bir kişi bulunması işini vekile gördürmesi, teminat için temliklerde alacaklıya vekalet verilmesi, kira sözleşmesinin tapuya şerh düşürülmesi için kiralayanın kiracıya vekalet vermesi gibi.

<sup>93</sup> ARAL, s. 406; TANDOĞAN, s. 154; ÖZKAYA, s. 22; GÜNER, (Sözleşme), s. 306.

<sup>94</sup> ARAL, s. 406, Karş., Özkaya, vekilin ücret almasını başlı başına bir yarar kabul etmektedir., bkz., ÖZKAYA, s. 23.

<sup>95</sup> ARAL, s. 406; ÖZKAYA, s. 23.

"mukavele dairesinde" ifadesi bu niteliği ortadan kaldırmaz. Bu durum, vekalet verenin açık talimatına vekilin karşı koyamayacağı hakkındaki BK.m.389 ile vekili her zaman azledebilme yetkisi tanıyan BK.m.396'dan da çıkarılabilir<sup>96</sup>.

## Ş V. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

### A. Zaman Kaydına Bağlı Olmaksızın Ve Sonucun Elde Edilememesi Rizikosunu Taşımaksızın Belli Bir Yönde İş Görme

Bu unsur, BK.m.386/1'deki tanımda öngörülmemiş olmakla birlikte, m.386/II'nin karşıt anlamından ve hizmet ve istisna sözleşmelerinin tanımları göz önünde tutulmak suretiyle çıkarılabilir<sup>97</sup>. İşin bir zaman kaydına bağlı olmaksızın yapılması çoğu zaman, vekaleti hizmet sözleşmesinden<sup>98</sup>; sonucun gerçekleşmemesi rizikosunun vekile ait olmaması da vekaleti istisna sözleşmesinden ayırt etmektedir<sup>99</sup>. Gerçekten de zaman unsuru, vekalet sözleşmesinde görülecek iş bakımından diğer iş görme sözleşmelerine göre, daha az bir öneme sahiptir<sup>100</sup>.

Vekalet sözleşmesinde vekil, gördüğü işte gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesinden doğan sonuçlara katlanmayıp<sup>101</sup>, bu

<sup>96</sup>TANDOĞAN, s.156; YAVUZ, s.573; ÖZKAYA, s. 23; ZEVKLİLER, s. 225; AŞÇIOĞLU, s. 32; Eski İsviçre Borçlar Kanununun vekaletle ilişkin tanımında işin müvekkilin iradesine uygun olarak yapılması öngörülmekteydi. 1911 değişikliğinden sonra bu unsur kanuni tanımdan çıkarılmış ve onun yerine işin "mukavele dairesinde" görülmesi şartı konulmuştur., bkz., TANDOĞAN, s.156; YAVUZ, s.573; OĞUZ, s.267.

<sup>97</sup> TANDOĞAN, s.157; YAVUZ, s.573; ÖZKAYA, s. 24; OĞUZ, s. 267.

<sup>98</sup>GÜNER, (Sözleşme), s. 306; Bu konuda, "Taraflar arasındaki ilişki, hizmet sözleşmesinden meydana gelmiş olmayıp vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Çünkü, hizmet sözleşmesinin ayırıcı ölçüsü, belerli veya belirsiz bir süre için hizmet edimlerinin yüklenilmesidir. Vekalet sözleşmesinde ise; vekilin yüklendiği borcun yerine getirilmesi söz konusu olup, zamanın geçmesiyle sınırlı değildir. Taraflar arasındaki sözleşmede süre söz konusu olmadığına göre, Borçlar Yasası'nın vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri uyarınca çözümlenmesine ilişkin..." (Y.4.HD. 30/03/1971 T. 3817 E. 2991 K.) sayılı kararı için bkz., KARAHASAN, s. 1203., Ayrıca konu hakkındaki önceki açıklamalarımız için bkz., Birinci bölüm, III-A-1.

<sup>99</sup> TANDOĞAN, s.157; OĞUZ, s. 267; GÜNER, (Sözleşme), s. 306, Ayrıca konu hakkındaki önceki açıklamalarımız için bkz., Birinci bölüm, III-A-2.

<sup>100</sup> BİLGE, s. 207; ARAL s. 407; GÜNER, (Sözleşme), s. 306; Bu konuda " ...Aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesine mi yoksa vekalet sözleşmesine mi dayandığı sorusunun çözümünde; iş, ücret ve bağımlılık unsurları ile yetinilmeyip, yapılacak işin zamanla ma, yoksa sayı ile mi sınırlandırıldığına da göz önüne alınması gerekir. Şayet sayı ile bir sınırlandırma varsa, vekalet ilişkisine dayandığı, aksi halde hizmet sözleşmesi olduğu sonucuna varılmasına ilişkin..." (Y.9.HD. 20/6/1996 T. 3092 E. 14111 K.) sayılı kararı için bkz., YKD., C 22, S 11 Kasım 1996 s.1735.

<sup>101</sup> "...Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olmasına ilişkin..." (Y. 13. HD. 4/3/1994 T. 8557 E. 2138 K.) sayılı kararı için bkz.,YKD., C 20, S 8, Ağustos 1994, s.1284.



sonuçlara vekalet veren katlanır. Burada bir sonuç borcu değil, işin gereği gibi yürütülmesi borcu vardır. Buna karşılık istisna sözleşmesinde, sonucun elde edilememesinden doğan sorumluluk müteahhide aittir; çünkü, istisna sözleşmelerinde sonucun elde edilememesi müteahhidin irade ve becerisine sıkı bir şekilde bağlıdır<sup>102</sup>.

## B. Vekaletin Şekle Bağlı Olmaması

Vekalet sözleşmesinin konusunu, bizzat işin görülmesi değil, işin görülmesi için borç altına girilmesi oluşturur. İşin görülmesi sözleşmenin ifa aşaması ile ilgilidir. Bu nedenle şekle bağlı bir hukuki işlemin yapılması amacıyla verilen vekaletin kural olarak aynı şekilde yapılması zorunlu değildir<sup>103</sup>.

Vekalet sözleşmesi vekilin iş görme amacıyla borç altına girmesini gerektirdiğinden, sadece hukuki işlem yapma yetkisinin verilmesi yeterli olmayıp, vekilin borç altına girmesi de gerekmektedir. Kendisine yetki verilen bu konuda borç altına girmemişse, ortada sadece temsil vardır<sup>104</sup>. Çünkü, temsil yetkisi temsil edene verilmiş bulunan hukuki bir imkandan ibaret olmasına rağmen vekalet sözleşmesi vekile aynı zamanda hukuki bir mükellefiyet yüklemektedir<sup>105</sup>.

## C. Ücret

Ücret, vekalet sözleşmesinin, kanuni ve zorunlu bir unsuru değildir. Dolayısıyla ücretsiz iş görmeler de –diğer kanuni şartları varsa- vekalet

<sup>102</sup> TANDOĞAN, s.157; YAVUZ, s.573; ADAY, s. 407. ÖZKAYA, s. 24; OĞUZ, s. 267; AŞÇIOĞLU, s. 33.

<sup>103</sup> TANDOĞAN, s.157; OĞUZ, s. 268; Taşınmaz satımı için düzenlenen vekaletnamenin şekli hakkında ise doktrinde tartışmalar vardır. NK.m.89'a göre, tapuda işlem yapılması için verilen vekaletnamelerin düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün (TKGM) genelgelerinde ise ( 10/11/1931 tarih ve 577 sayılı, 1/9/1941 tarih ve 1021 sayılı, 13/08/1957 tarih ve 1285 sayılı, 3/6/1987 tarih e 1431 sayılı) taşınmaz satımı için verilen vekaletin hiç olmazsa noter tarafından tasdik edilmesi şartını aramaktadır. Bu görüş azınlıkta kalan yazarlar tarafından savunulmaktadır. TKGM'nün kanununda yazılı olmayan bir şekil şartını, yayınladığı genelgelerle getirmesi mümkün değildir. NK.m.89, MK.m. 611'i başka bir ifade ile maddi hukuk kuralını yürürlükten kaldırma gibi bir fonksiyonu yoktur. Bu nedenle taşınmaz satımına ilişkin vekaletin her hangi bir şekle tabi olmaması gerekir., ayrıntılı bilgi için bkz., Başpınar, Veysel; Taşınmaz Satımında Vekalet, AÜHFD., C.45, Y. 1996, S.1-4, s. 483 vd.

<sup>104</sup> TANDOĞAN, s.157;

<sup>105</sup> ESENER, s. 61.

sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir<sup>106</sup>. Başka bir ifade ile, ücretin kararlaştırılmamış olması veya ücret ödenmesinin gerekmemesi, iş görmenin vekalet olarak nitelendirilmesini engellemez<sup>107</sup>.

Vekalette vekilin ücret ödemesi sözleşmenin kanuni ve zorunlu bir unsuru olmamasına karşın, sözleşmede veya teamülde<sup>108</sup> açıklık bulunduğu durumlarda<sup>109</sup>, BK.m.386/III'e göre vekil ücrete hak kazanır<sup>110</sup>.

Vekaletin ücretli olacağı çoğu zaman sözleşme yapılırken kararlaştırılır. Ancak, ücret anlaşmasının daha sonra, hatta işin görülmesinden sonra yapılmasına da bir engel yoktur<sup>111</sup>.

Borçlar Kanunumuz sistemi içerisinde vekalet sözleşmesinin kanuni ve zorunlu bir unsuru olmayan ücret, bazı özel kanunlarda sözleşmenin zorunlu bir unsuru durumuna getirilmiştir.

Avukatlıkta vekaletin her zaman ücrete hak sağlayacağı, ücret sözleşmesinin özgürce kararlaştırılacağı ve ücret kararlaştırılmayan durumlarda asgari ücret tarifesinin uygulanacağı Avukatlık Kanunu'nun emredici nitelikteki 163'üncü maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında hükme bağlanmıştır<sup>112</sup>. Ancak avukatın ücret karşılığı olmaksızın dava alması imkanı da

<sup>106</sup> Vekaleti, bir dostluk ve hatır işi olduğu gerekçesiyle, ücretsiz sayan ve temelleri Roma Hukukuna dayanan bu görüş günümüzde terkedilmiş, ücretli vekaletler daha geniş bir uygulama alanı kazanmıştır, Bkz., ADAY, s.429; TANDOĞAN, s.346; YAVUZ, s.613; ÖZKAYA, s. 616.

<sup>107</sup> YAVUZ, s.571-573; ÖZKAYA, s. 616.

<sup>108</sup> Ücret karşılığında iş görmenin teamülden olduğu durumlara hekimlerin, özel öğretmenlerin hizmetleri örnek gösterilebilir., bkz., TANDOĞAN, s.159; ÖZKAYA, s. 617.

<sup>109</sup> Yargıtay'a göre "...vekillik işini bir mesleki uğraş olarak yürüten kimselerle yapılan vekillik sözleşmelerinin ücretli olduğu konusunda bir adet bulunduğu hakkında..." (Y.13.HD.12/2/1981 T. 7049 E. 910 K.), sayılı kararı için bkz. KARAHASAN, s. 1305.

<sup>110</sup> ARAL, s.408; YAVUZ, s.571; ZEVKLİLER, s.361; MÜDERRİSOĞLU, s.19,71; BİLGE, s.215; ÖZKAYA, s. 616.

<sup>111</sup> TANDOĞAN, s.159; YAVUZ, s.575; KARAHASAN, s. 1302; ÖZKAYA, s. 617.

<sup>112</sup> MÜDERRİSOĞLU, s. 71; Bu konuda " Davacı, avukat vekalet hizmeti karşılığı olan ücretini istemektedir. Davacı... bu hizmeti yapmıştır. Ücret sözleşmesi yapılmadığına göre, Avukatlık Kanununun 165. maddesinin son fıkrası uyarınca avukatlık ücreti asgari ücret tarifesine göre, belli edilecektir..." (Y.3. HD. 1.12.1976 E. 7002 K. 8002), Bkz., DALAMANLI/KAZANCI, / KAZANCI, s.39

1136 Sayılı Kanununun 168. maddesinin son fıkrasında istisnai olarak benimsenmiş, fakat avukat, bu durumu baroya bildirmekle yükümlendirilmiştir<sup>113</sup>.

Vasiyeti tenfiz memuru MK.m.497/c/son'a göre, gördüğü iş karşılığı bir vekalet ücreti alır. Bundan başka TK.m.22'ye göre bir tacir, ticari işletmesiyle ilgili olarak diğer bir tacirin işini görmüşse yine ücrete hak kazanır<sup>114</sup>.

Vekalet ücreti sözleşme ile tespit edilebilir. Bunun tayini götürü olarak veya görülecek iş için harcanacak zamana yahut işten elde edilecek sonuca<sup>115</sup> göre yapılabilir. Ayrıca ücretin haftalık, aylık veya yıllık olarak tespit edilmesi de mümkündür<sup>116</sup>.

Vekalet ücreti verilmesi kararlaştırılmış, ancak miktarı tespit edilmemişse<sup>117</sup> veya ücret verilmesi teamül gereği ise, taraflar arasında

<sup>113</sup> MÜDERRİSOĞLU, s. 71

<sup>114</sup> (13.HD.12/2/1981 T. 7049 E. 910 K.), Bkz., KARAHASAN, s. 1305; TANDOĞAN, s.160; YAVUZ, s.575

<sup>115</sup> 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre görülen vekalet hizmeti karşılığında başarılı olunmadığı takdirde vekalet ücreti ödenmeyeceğine dair yapılan avukatlık ücret sözleşmeleri geçersizdir. Bu konuda; " Davada dayanılan ücret sözleşmesinde tashihi karar talebi Yargıtay'ca kabul edilmezse ücret ödenmeyeceği yazılıdır. Avukatın karar düzeltme talebi kabul edilirse ücrete hak kazanacağı, düzeltme talebi kabul edilmezse ücret alamayacağı yolundaki avukatlık ücret sözleşmesi geçerli değildir. Çünkü, avukatlık ücreti, deruhte edilen işin olumlu sonuçlanmasının ya da davayı kazanmanın değil, görülen hizmetin karşılığıdır. Avukatlık Kanununun 163. maddesinin 3. bendi gereğince, avukatın tarifenin altında kalan avukatlık ücreti karşılığında iş ve dava kabulü yasaktır. Bu nedenle olumlu sonuç alınmadığı takdirde ücret ödenmeyeceğinin yazılı olduğu sözleşme Avukatlık Kanununa aykırıdır ve geçersizdir hakkında..." (Y.13.HD. 9/11/1983 T. 6279 E. 7796 K.) sayılı kararı için bkz. KARAHASAN, s. 1208; Ayrıca geniş bilgi için bkz. MÜDERRİSOĞLU, s. 71 vd.

1132 sayılı Avukatlık Kanununun 47. maddesi, avukatı, el koyduğu işlere ait çekişmeli hakları edinmekten veya bunların edinilmesine aracılık etmekten yasaklamıştır. Bu maddenin düzenlenmesinde etkili olan sebepler, yasa koyucunun ayrı bir düzenleme ile dava konusu mal, alacak veya hak gibi değerlerden bir kısmının aynen avukata ait olması, böylece, avukatın adeta taraflardan biriymiş gibi dava konusuna doğrudan ortak olması sonucunu doğuran ücret sözleşmelerini de geçersiz saymasına neden olmuştur (AK.m.164/3). Bununla birlikte Avukatlık ücreti nispi olarak kararlaştırılmışsa, bu oran dava konusunun veya hüküm konusunun değerinin (kendisinin değil) yüzde yirmi beşini aşmamak kaydıyla geçerlidir. Nitekim konuya ilişkin olarak Yargıtay: "...dava konusunun yüzde nispeti de malum bir miktar olduğundan ücret mukavelenamesinde dava konusu üzerinden tayin edilecek ücret de malum ve muayyen bir ücret demektir. Buna mukabil mukavelename, muayyen bir meblağ ihtiva etmeyip hüküm konusu meblağ üzerinden nispi bir ücreti muta zammın ise kanunun menettiği davaya iştirak durumu husule gelmiş olur..." ( YİBK.7/4/1954 T. 12 E. 9 K., sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s.620) şeklinde karar vermiştir. Buna karşın 1132 sayılı Avukatlık Kanunu m.164/II ye göre, tarafların davada alınacak başarıya göre değişen oranda ücret kararlaştırmaları ilke olarak geçerlidir., geniş bilgi için bkz., Aday, s.120 vd.

<sup>116</sup> TANDOĞAN, s.160; YAVUZ, s.575.

<sup>117</sup> "... Davacı ifa ettiği bu hukuki yardım karşılığını bu davada talep etmektedir. Taraflar arasında yazılı bir ücret sözleşmesi yoktur... Borçlar Yasası'nın 386. maddesi uyarınca sözleşme yapılmamış durumlarda da mahkemenin harcanan emeğe, dava veya işin kapsamı ve süresine ve önemine göre değerlendirmede bulunması, bu kıstasları gözetererek bir ücret takdir etmesi gerekmesine ilişkin..." , (4.HD. 21/06/1979 T. 4510 E. 8354 K.) sayılı kararı için bkz. DALAMANLI/KAZANCI/ KAZANCI, s.36. Ayrıca, KARAHASAN, s. 1205.

sonradan ücretle ilgili bir anlaşmazlık çıkarsa, hakim yapılan işin ekonomik önemini, gerektirdiği uzmanlık derecesini, yüklenilen sorumluluğu, harcanan emeği ve zamanı, benzer işlerde verilmesi teamülden olan ücret miktarını göz önünde tutarak uygun bir ücrete hükmeder<sup>118</sup>. Hakim, ücreti teamüle göre belirlerken, meslek odalarının hazırladıkları asgari ücret tarifelerini göz önünde tutabilir<sup>119</sup>.

Vekilin ücreti hak edebilmesi, geçerli bir vekalet sözleşmesinin bulunmasına ve vekaletin gereği gibi ifa edilmiş olmasına bağlıdır<sup>120</sup>. Bundan başka, sözleşmenin, hukuka veya ahlaka aykırılık ya da imkansızlık gibi nedenlerle de batıl olmaması gereklidir.

Bu gibi durumlarda, bir sözleşmeye dayanarak iş gören kişi, ayrıca vekaletsiz iş görme hükümlerini ileri sürerek de bir ücret isteminde bulunamaz. Ancak iş sahibinin ehliyetsizliği, tarafların kararlaştırdığı şekle uymama, irade bozuklukları gibi hükümsüzlük hallerinde, -iş görme iş sahibinin yararına ise- vekaletsiz iş görmeye dayalı bir ücret istemi söz konusu olabilir<sup>121</sup>.

Masrafların ödenmesi ve borçtan kurtulmak için öngörülen "vekaleti gereği gibi yerine getirme" şartının (BK.md.394/1), ücret alacağı için de aranması gerekmektedir<sup>122</sup>.

Vekilin ücret alacağı, aksine sözleşme veya teamül olmadıkça, vekillik sözleşmesinin konusunu oluşturan işin gereği gibi görülmesinin tamamlanması talep edilebilir hale gelir<sup>123</sup>. Bun karşın, başlanmış işin görülmesinin

<sup>118</sup> TANDOĞAN, s.160; KARAHASAN, s. 1303; ÖZKAYA, s.617; "... Borçlar Yasasının 386.maddesi uyarınca sözleşme yapılmamış durumlarda da mahkemenin harcanan emeğe, dava veya işin kapsamı ve süresine önemine göre değerlendirmede bulunması, bu kıstasları gözeterek bir ücret taktir etmesi gerekmesine ilişkin..." Y.14.HD., 21/6/1979 T., 1979/4510 E., 1979/8354 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. VI, S. 6, Haziran 1980, s. 791.

<sup>119</sup> TANDOĞAN, s.161; YAVUZ, s.575; ÖZKAYA, s.617.

<sup>120</sup> ZEYKLİLER, s.375;TANDOĞAN,s.347; KARAHASAN, s. 1303.

<sup>121</sup> TANDOĞAN, s.347; ÖZKAYA, s.617

<sup>122</sup> TANDOĞAN, s.347

<sup>123</sup> ZEYKLİLER, s.375; ADAY, s.429;TANDOĞAN, s.348; KARAHASAN, s.1303; "...avukatlık ücret tarifesinin 3. maddesinde de belirtildiği gibi, avukatın ücrete hak kazanabilmesi için davaların kesin hükme bağlanması, icra takiplerinin de sonuçlanmış olması şarttır....o halde mahkemeci bu yön gözetilerek davacı avukatın açtığı davanın tarihi itibarıyla hak kazandığı vekalet ücreti miktarının saptanması ve o miktara istemle bağlı olarak karar verilmesi gerekmesine ilişkin..." (13.HD. 21/12/1992 T. 9007 E. 9930 K.) sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s.632.

tamamlanması vekilin kusuru olmaksızın imkansız hale gelmişse, ücretin hakkaniyete uygun bir kısmının ödenmesi gereklidir<sup>124</sup>.

Vekalet sözleşmesinde ücretin tümünün veya bir kısmının peşin olarak vekile ödeneceği kararlaştırılabilir<sup>125</sup>. Avukatlık Kanunu m.174/III hükmü gereğince, avukata peşin olarak verilmesi gereken ücret ödenmezse, avukat işe başlamakta zorunda olmadığı gibi, bu sebeple doğabilecek her türlü sorumluluk iş sahibinin üzerindedir. Uygulamada avukatlar arasında mevcut teamüle göre avukatlık ücretinin yarısı peşin, diğer yarısı vekaletin sonunda ödenir<sup>126</sup>. Yargıtay ise avukatlık parasının avukatın işi sonuçlandırması ile talep edilebilir hale geleceği yönünde görüş bildirmiştir<sup>127</sup>.

Vekilin ücret alacağı, bir para alacağı niteliğinde olduğundan, kural olarak, temlik edilebilir. Hekim, avukat gibi vekillerin ücret alacaklarını temlik etmeleri, somut olaya göre, sır saklama yükümlülüğüne aykırı sayılabilir ve bir tazminat borcuna yol açabilir. Ancak, yapılan temlik geçerliliğini korur<sup>128</sup>.

#### **D. Nispi Bağımsızlık**

Nispi bağımsızlık, vekilin vekalet verenin işini görürken, belli ölçüde karar verme zorunluluğunda bulunmasının bir sonucudur<sup>129</sup>.

Hizmet sözleşmesindeki işçinin durumundan farklı olarak, vekil işin görülmesi bakımından bağımsız bir duruma sahiptir<sup>130</sup>. Bununla birlikte vekilin bu bağımsızlığı, işin görülmesinde vekalet verenin talimatlarına uyma borcu (BK.m.389) bakımından sınırlandırılmıştır<sup>131</sup>. Ancak vekilin talimata uyma

<sup>124</sup> TANDOĞAN, s.348; ZEVLİLER, s.375; "... davacı, ... vekalet görevini kendisi terk etmiştir. O halde, davacının işi terk etmekte ileri sürdüğü olaylara göre, haklılık sabit olursa, tereke dosyasındaki ikrarın koşulu olan davaların bitirilmesi durumu gerçekleşmese bile, davacı, katlandığı emeğe göre iş parası isteyebilir..." (4. HD.11/5/1970 T. 2400E. 3944 K.), "... hizmetin sonucu olumlu bir neticeye ulaşmamış olsa bile, yapılan işin karşılığı ödenmek gerekir..." (4.HD.10/12/1970 T. 7849 E. 9099 K.), Bkz., KARAHASAN, s. 1303.

<sup>125</sup> TANDOĞAN, s. 348.

<sup>126</sup> BİLGE, s. 215.

<sup>127</sup> (4.HD.17/04/1972 T. 2829 E.3452 K.), Bkz., KARAHASAN, s. 1303.

<sup>128</sup> TANDOĞAN, s. 348; Aksi görüş için Bkz., Aday, s.125.

<sup>129</sup> TANDOĞAN, s.166; OĞUZ, s. 269; KARAHASAN, s. 1211.

<sup>130</sup> ADAY, s. 408; TANDOĞAN, s.166; YAVUZ, s.577; KÖTELLİ, s.85; OĞUZ, s. 269.

<sup>131</sup> ADAY, s. 408; TANDOĞAN, s.166; YAVUZ, s.577; OĞUZ, s. 269; Vekil BK.m.389 hükmü gereği vekalet verenin talimatlarıyla sınırlı olarak bir nispi bağımsızlığa sahip olsa da avukatlar açısından bu

borcunu, vekili gördüğü işte tamamen vekalet verene bağımlı kılması şeklinde anlamamak gerekir. Her şeyden önce vekalet verenin talimatları vekili zaman bakımından vekalet vereni bağımlı kılmamalı, günün belli bir kısmını ya da tamamını vekalet verene ayırması sonucunu doğurmamalıdır. Aksi halde, hizmet sözleşmesinin varlığı kabul olunmalıdır.<sup>132</sup>

## **E. Vekalet Sözleşmesinin Tarafların Tek Taraflı Beyanı ile Sona Erdirilebilmesi**

BK.m.396/1'de yer alan "vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir" şeklindeki hükümden hareketle bazı yazarlar, sözleşme ilişkisini sona erdirmeye hakkının varlığını, vekaletin bir unsuru olarak değerlendirmektedir.<sup>133</sup>

Ancak yeni görüşlere göre<sup>134</sup>, bu esasa bazı istisnalar tanınmalıdır. Bu istisnalardan bir tanesi acentelik ve taşınmazların idaresi gibi bir hizmet sözleşmesi niteliği taşımaksızın uzun süre için ticari ve teknik idare işlerinin görülmesi amacıyla yapılan vekalet sözleşmeleridir. Bu bağlamda ücret karşılığında bir heykel yapmak, bir inşaat projesi hazırlamak, reklam kampanyalarına girişmek gibi istisna sözleşmesi niteliği taşımaksızın bilimsel veya teknik bir çalışma yapmaya ilişkin sözleşmelerde olduğu gibi, belli bir sonucun hazırlanmasına yönelik ve genellikle işin bitimine kadar sürmesi olağan olan vekaletlerde BK.m.396/1'in uygulanmaması gerektiği; ancak, çok önemli ve haklı nedenler varsa sözleşmenin sona erdirilebilmesi gerektiği görüşündedirler.

Aral ise, bu konuda tipik ve atipik vekalet ayrımı yapmaktadır. Ücretsiz veya ücretli olmakla birlikte şahsa sıkı sıkıya bağlı olan (örneğin doktor, avukat) vekaletleri tipik kabul etmekte bunlarda her zaman geri alınabilmenin emredici nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Buna karşın bu özelliklerin bulunmadığı

---

anlamda da bir sınırlandırılma yoktur. AK.m.1 hükmüne göre avukat görevini yerine getirmede bağımsızdır. Avukat, bir işin yapılmasını üzerine almakla vekalet verenin emri altına girmeyeceği gibi, iş sahibinin talimatlarıyla da bağlı değildir., Bkz., Aday, s. 21; Nispi bağımsızlık özel uzmanlığı gerektiren hekimlikte daha geniş olacaktır. Hekimler, uygulanacak metot ve yöntem bakımından hastanın rızasından çok, tıp biliminin kuralları ile bağlı olacaktır., Bkz. AŞÇIOĞLU, s. 34, konuyla ilgili diğer açıklamalarımız için bkz., İkinci bölüm, II-B.

<sup>132</sup> ADAY, S.408; KÖTELLİ, s. 85; OĞUZ, s. 269.; Konuyla ilgili önceki açıklamalarımız için bkz., Birinci bölüm, III-A-1

<sup>133</sup> BİLGE, s.217; TANDOĞAN, s.167; Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: "... vekillik her bir yanca her zaman geri alınabilir...", Bkz., YKD.,C 8, S 6, Haziran 1982, s.831.

<sup>134</sup> OĞUZ, s. 270; Ayrıca bu görüşler sahipleri için bkz., TANDOĞAN, s. 163.

vekaletleri atipik kabul edip, bunlarda her zaman sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla sona erdirebilme hakkından önceden vazgeçebileceğini belirtmektedir<sup>135</sup>.

BK.m.396 hükmünün emredici bir düzenleme getirdiği hem ifadesinden hem de amacından çıkarılabilecek bir sonuçtur. Çünkü bu hüküm, -vekalet ilişkisinin taraflar arasındaki güvene dayandığı, bu güvenin ortadan kalktığı durumlarda ise ilişkiye devam tarafların zorlanamaması gerektiğidüşüncesinden kaynaklanmaktadır<sup>136</sup>. Özel bir güven ilişkisinin bulunduğu varsayımı için getirilmiş bir hükmün, böyle bir durumun bulunmadığı ve aslında isimsiz sözleşme olan iş görmelerde zorunlu olarak uygulanması olasılığı, bu hükmün sınırlarının ve anlamının zorlanmasına yol açmıştır. Bu değerlendirmelere bağlı olarak isimsiz sözleşme niteliğindeki iş görmelerde "vekaletle ilişkin hükümleri ikincillik niteliği"<sup>137</sup> göz önünde bulundurularak BK.m.396/1 hükmünün uygulanmaması gerekir. Başka bir ifade ile, isimsiz sözleşme niteliğindeki iş görmelerde, tarafların serbestçe ve kural olarak tazminatsız kullanabilecekleri bu hakkı kendi adalarında yaptıkları anlaşmalar ile sınırlandırılabilmesi gerekir. Buna karşın, BK.m.386/1 anlamında vekalet olarak nitelendirilen iş görmelerde ise bu hakkın kaldırılmaz ve sınırlandırmaz olduğu dikkate alınacak olursa, emredici bir hükümlerle tanınan bir hak, tarafların serbest anlaşmaları ile ortadan kaldırılmamalıdır.

<sup>135</sup> ADAY, s. 433.

<sup>136</sup> "...Vekalet sözleşmesi vekile özenle iş görme görevini yüklediğinden, özel bir güven ilişkisinin varlığını gerektirir ve vekile karşı güvenin sarsılması halinde da tek taraflı bir irade beyanıyla ve sebep göstermeksizin her zaman ortadan kaldırılabilir olmasın ilişkin..." Y.4.HD., 15/5/1980 T., 1980/1600 E., 1980/6365 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. VII, S. 7, Temmuz 1981, s. 832-835; "...vekalet sözleşmesi büyük ölçüde, vekil ile vekil edenin karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu da bu güven unsurundan doğar..." hakkında Y.HGK., 5/5/1993 T., 1993/1-79 E., 1993/195 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 19, S. 11, Kasım 1993, s. 1626-1627.

<sup>137</sup> Bu konuda önceki açıklamalarımız için Birinci bölüm, III-B.

## İKİNCİ BÖLÜM

### Ş I. ÖZEN BORCU

Türk özel hukuk sisteminde özen borcu, ya iş görme niteliğindeki sözleşmelerde sözleşmeye bağlı bir yükümlülüktür ya da kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk hallerinde, sorumluluktan kurtulmak için yapılması gereken davranışın tespitinde esas alınan temel bir ölçüdür.

İlkinde taraflar arasında sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi vardır. Bu borç ilişkisi nitelik olarak ya Borçlar Kanunumuzun özel kısmındaki iş görme sözleşmeleri içerisinde *yar alır*<sup>1</sup> ya da Borçlar Kanunu dışında özel kanunlara konu olmuş iş görmeler içerisinde yer alır<sup>2</sup>.

İkincisinde ise özen borçlusu ile zarara uğrayan arasında bir sözleşme yoktur. Ancak, özen borçlusu zarar verenin davranışlarından sorumlu olan kişidir. Burada özen borcu bir kurtuluş kanıtı niteliğindedir. Kusursuz sorumlu olan kişiler, özen gösterme borcunu yerine getirdiklerini ispatlayarak davranışlarından sorumlu olduklarının neden oldukları zararlı sonuçlardan sorumlu olmaktan kurtulurlar. Burada sorumluluğun kanuni dayanağı, ya Borçlar Kanunudur ya da Medeni Kanundur. Nitekim, kusursuz sorumlulukla sorumluluktan kurtulmak için gösterilmesi gereken özenle ilgili olarak, BK.m.55, adam kullananın özen borcunu; BK.m.56, hayvan güdenlerin özen borcunu; MK.m.320/I, ev başkanının özen borcunu hükme bağlamıştır.

Çalışmamızda, vekalet sözleşmesi niteliğindeki iş görmelerde iş görme borçlusunun özen borcunu inceleyeceğiz. Buna karşın, kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluktan kurtulmak için gösterilmesi gereken özen borcu – konumuzla doğrudan alakalı olmadığından- çalışmamızın sınırları içerisinde yer almamaktadır.

---

<sup>1</sup> BK.m.256 adi kira sözleşmesinde kiracının özen borcunu; BK.m.278 ürün kiracısının özen borcunu; BK.m.321 hizmet sözleşmesinde işçinin özen borcunu; BK.m.356 eser sözleşmesinde müteahhidin özen borcunu; BK.m.390 vekilin özen borcunu; BK.m.528 adi şirket ortağının özen borcunu hükme bağlamıştır.

<sup>2</sup> TK.m.320, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu; TK.m.124/II, acentanın özen borcunu; TK.m.225, kolektif ortaklık tasfiye memurunun özen borcunu; TK.m.809, taşıma komisyoncusunun özen borcunu; TK.m.959, gemi müdürünün özen borcunu; TK.m.972, kaptanın özen borcunu; Koop.K.m.62, kooperatif yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu; Finansal kiralama Kanunu m.13, kiracının özen borcunu hükme bağlamıştır.



## § II. VEKİLİN ÖZEN BORCU

### A. Genel Açıklama

Özen, kelime olarak "üzerine titremek; bir şey, bir iş ve hatta kişiye özel dikkat gösterme"<sup>3</sup> anlamına gelmektedir. Ancak özenin kanuni bir tanımı yapılmamıştır<sup>4</sup>.

Kanunlarımızda kelime olarak tanımlanmayan özen, sözleşmelerde de ancak asıl borç ilişkisiyle beraber bir anlam ifade etmektedir<sup>5</sup>. Başka bir ifade ile, sözleşmeye bağlı bir borç olarak, sözleşmenin içeriğinde bulunan taraf edimlerinden birini ifade etmektedir. Bu nedenle de her bir iş görme sözleşmesi için farklı şekilde anlamlandırmak gerekir. Örneğin vekalet sözleşmesi bakımından özen borcu, vekilin, iş görme ile hedeflenen sonucun başarılı olması için yaşam deneyimlerine ve işlerin olağan akışına göre, gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması olarak tarif edilebilir. Başka bir ifade ile; vekilin, vekalet verenin yararına sonuç doğuracak biçimde iş görüp, zararına sonuç doğuracak işlerden kaçınması demektir<sup>6</sup>.

### B. Vekilin Özen Borcunun Hukuki Niteliği

Borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında kurulmuş bulunan hukuki bir ilişkidir. Borç ilişkisinde borçlunun alacaklıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu ve dolayısıyla alacaklının da borçludan yerine getirmesini istemek yetkisine sahip bulunduğu belirli davranış biçimine edim adı verilir<sup>7</sup>. Vekalet sözleşmesinde de vekalet veren, vekilden vekalet sözleşmesi gereğince talep etmeye yetkili olduğu ve vekilinde yerine getirmekle sorumlu olduğu borçlar

<sup>3</sup> YILMAZ, (Sözlük), s. 389.

<sup>4</sup> Kanunlarımızda özen borcunun tanımı ile ilgili bir hüküm getirilmemiş olmasına karşın Belçika mevzuatında ihtimam mükellefiyeti şu şekilde tarif edilmiştir. "işçi, işini zaman, yer ve kararlaştırılan şartlara uygun olarak bir aile babası ihtimamı ile yapar. (10 Mart 1900 tarihli Kanun Madde 7/I-II), Maddenin çevirisi için bkz., REİSOĞLU, s. 154.

<sup>5</sup> İZVEREN, s. 1310.

<sup>6</sup> ERTAŞ, K., s. 30; EREN, (İş Kazası), s. 33.

<sup>7</sup> AYAN (1), s. 21.

arasında vekilin özen borcu da bulunur. Dolayısıyla vekilin özen borcu da en nihayetinde bir edimdir.

Vekilin yerine getirmekle yükümlü olduğu özen borcunun değişik yönlerden hukuki nitelendirilmesinin yapılması mümkündür.

## **1. Vekilin Özen Borcunun Konusuna Göre Hukuki Niteliği**

Borçlunun sözleşme gereğince alacaklıya karşı yerine getirmekle sorumlu olduğu borçlar, konusu bakımından olumlu ve olumsuz edim olmak üzere ikiye ayrılır.

Olumlu edimler, vermek veya yapmak şeklinde ifa edilebilirler<sup>8</sup>. Bunlardan bazıları bedeni veya fikri faaliyetle yerine getirilir ki bunlar şahsi edim olarak adlandırılır. Bazıları ise, borçlunun serveti ile veya tasarruf ettiği şeylerle yerine getirilir ki bunlar da maddi edim olarak adlandırılır.

Olumsuz edimler ise, yapmama veya katlanma şeklinde ifa edilirler<sup>9</sup>. Yapmama şeklindeki olumsuz edimlerde borçlu, yapmak hakkına sahip olduğu bir fiil ve işlemi yapmamayı borçlanması söz konusudur. Katlanma ile ilgili olumsuz edimlerde ise borçlu, örneğin bir malikin kural olarak reddetme hakkına sahip olduğu komşu tecavüzlerine (MK.m.661) katlanmayı sözleşme ile taahhüt etmesi gibi bir şeye katlanma durumu söz konusudur.

Vekilin özen borcu, konusu bakımından olumlu-şahsi edim niteliğindedir. Çünkü, vekalet sözleşmesinde vekilin vekalet veren yararına bir iş görmesi (BK.m.386) ve bu işi de özenle görmesi (BK.m.390/II) durumu mevzubahistir. İşin özenle görülmesi ise, yapmama ve kaçınma gibi menfi bir davranış şeklinde olamaz. Aynı şekilde vekilin gördüğü iş maddi yönü ağır basan bir iş de değildir. Çünkü, maddi nitelik taşıyan edimler daha çok borçlunun malvarlığı ile ilgilidir. Oysa vekalet sözleşmesinin temelinde özel bir güven ilişkisi vardır ve vekilin işi bizzat yapmasında vekalet verenin üstün bir çıkarı olduğu kabul edilir. Dolayısıyla şahsi yönü daha ağır basar.

---

<sup>8</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 43.

<sup>9</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 44.

## 2.Vekilin Özen Borcunun İfa Süresine Göre Hukuki Niteliği

Borçlunun sözleşme gereğince alacaklıya karşı yerine getirmekle sorumlu olduğu borçlar, sürelerine göre süreksiz ve sürekli edim olmak üzere ikiye ayrılır.

Borçlanılmış edim geçici, yani bir tek fiil veya ayrı birden çok fiil ile ifa edilirse, böyle edime geçici edim (=süreksiz edim) yahut bir defada yapılan edim adı verilir<sup>10</sup>. Bu edimler belli bir anda ifa edilirler. Buna karşın borçlanılmış edim sürekli, yani kesintisiz bir fiille ifa edilecekse, buna sürekli edim adı verilir<sup>11</sup>.

Vekilin özen borcunu ifa süresine göre hukuki nitelendirilmesini yaptığımız zaman, sürekli edim niteliğinde olduğunu görüyoruz. Çünkü, sürekli edimlerde borç (vekalette görülecek iş), zaman içinde devamlı ve aralıksız bir davranışla ifa edilirler<sup>12</sup>. İş görme ise, ifa süreci içinde işe hazırlık, ifaya başlama, sürdürme, tamamlama ve sonucu elde etme aşamalarından oluşan fiili çalışmalar bütünüdür<sup>13</sup>. Özen borcunun, bu bütünü oluşturan safhaların her birinde devam etmesinin asıl olması gerekir. Çünkü, görülen iş tamamlanıncaya kadar iş görme borçlusunun bu borca uyması (ayrıca kararlaştırmaya gerek olmaksızın) kanundan doğan bir yükümlülüktür<sup>14</sup>. Kaldı ki vekalet sözleşmesinin temelinde özel bir güven ilişkisi bulunur; buna bağlı olarak, sözleşme kurulmadan önce ve hatta sözleşme tamamlandıktan sonra da vekilin özen borcuna uygun davranması gerekir. örneğin, avukatlık sözleşmesinde avukat, kendisine bir dava getirildiğinde davanın niteliğini ve içeriğini hiç incelemeyen yahut da bürosunun yoğunluğunu düşünmeden davayı üstlenmesi, duruma göre özen borcuna aykırılık teşkil edebilir. Aynı şekilde bir hekimin hastasına ait bilgileri hastasını tedavi edip sözleşme bittikten sonra arşivlemek yerine çöpe atması da özen borcuna aykırılık teşkil eder.

<sup>10</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 45.

<sup>11</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 45.

<sup>12</sup> AYAN (1), s. 27; TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 45.

<sup>13</sup> ERTAŞ, K., s. 30.

<sup>14</sup> ERTAŞ, K., s. 30.

### 3. Vekilin Özen Borcunun Bölünebilir Olup Olmamasına Göre Hukuki Niteliği

Borçlunun sözleşme gereğince alacaklıya karşı yerine getirmekle sorumlu olduğu borçlar, yapılan başka bir ayırımla bölünebilir ve bölünemeyen edimler olmak üzere ikiye ayrılır.

Borçlanılmış edim, bu edimle arzulanan amaca eşit parçalara bölünmüş bir çok edimler yoluyla erişilebiliyorsa, buna bölünebilir edim adı verilir<sup>15</sup>. Eğer borçlanılmış edimin konusu olan şeyin bölünmesi halinde mahiyetinde bir değişiklik olur veya değerinde esaslı bir azalma olursa, böyle bir edime bölünemez edim adı verilir<sup>16</sup>.

Vekilin özen borcunun bölünebilir olup olmadığına göre hukuki nitelendirilmesini yaptığımızda bölünemeyen edimler gurubunda yer aldığını görüyoruz. Borçlanılmış edimin konusu olan şeyin bölünmesi halinde mahiyetinde bir değişiklik olur ve değerinde esaslı bir azalma olursa, böyle bir edime bölünemez edim adı verilir<sup>17</sup>. Bir şey yapmaya dair olan edim, kural olarak bölünemez bir edimdir<sup>18</sup>. Aynı şekilde vekilin özen borcu da, niteliği gereği, bölünerek ifası düşünülemez. Çünkü, vekilin özen borcu sözleşme görüşmelerinde başlamakta ve bir bütün halinde sözleşme tamamlanana kadar hatta bazı durumlarda sözleşme sona erdikten sonra da devam etmektedir. Bu süreç içerisinde en ufak bir kesinti özen borcuna aykırılık teşkil eder. Örneğin, anonim şirket yönetim kurulu üyesinden, şirket işlerini idare ederken her zaman basiretli yönetici gibi hareket etmesi beklenir. Yönetim kurulu üyesinin bu borcunu kısım kısım ifa etmesi düşünülemez. Yöneticilik işi devam ettiği sürece her zaman özen borcuna riayet etmesi gerekir.

---

<sup>15</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 46.

<sup>16</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 46.

<sup>17</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 46; AYAN (1), s. 28.

<sup>18</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 46.

#### 4.Vekilin Özen Borcunun Borç İlişkisi İçinde Taşdığı Öneme Göre Hukuki Niteliği

Vekilin özen borcunun (özen yükünün) borç ilişkisi içinde taşıdığı öneme göre nitelendirilmesi konusunda ise doktrinde farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre<sup>19</sup> özen borcu, asıl borç ediminin ifası için gerekli fiil ve hareketlerin yerine getirilmesi yönelik tali bir borçtur. Tali bir borç olduğu için, asıl borç ilişkisinden bağımsız nitelikte, başlı başına bir özen borcundan bahsetmek imkanı yoktur. Dolayısıyla özen borcuna aykırılık, hukuken, ayrıca ve başlı başına bir borca aykırılık sayılmayıp, asıl sözleşme ilişkisine aykırılık teşkil eder<sup>20</sup>. Bu yoruma göre özen borcu, sözleşme ile görülmesi üstlenilen borçların sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak bir şekilde ifasını öngören, sonuca yönelik bir borçtur<sup>21</sup>.

Bir başka görüşe göre<sup>22</sup> ise özen borcu, asıl edim borcundan bağımsız nitelikte bir borçtur. Bunun sonucu olarak da özen borcu, kanun ya da sözleşmenin vekile somut olarak yüklediği görevlerin ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve itinayı değil, başlı başına görevler yaratan ve yükleyen bir kaynağı ifade eder.

Özen borcunun "borç ilişkisi içinde taşıdığı öneme göre" hukuki niteliğini tespit edebilmek; edim fiili- edim sonucu; asli yüküm-yan yüküm; asli edim-yan edim, kavramları ile nelerin anlatılmak istendiğinin iyi bir şekilde anlaşılması ile mümkün olabilir. Çünkü doktrinde söz konusu kavramlara farklı anlamlar verilmektedir<sup>23</sup>. Biz de çalışmamızda vekilin özen borcunun "borç ilişkisi içinde

<sup>19</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 116; İZVEREN, s. 1309; AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 425; ERDOĞAN, (işçi), s. 8.

<sup>20</sup> Örneğin, iş görme borçlusu, hizmet sözleşmesinde, BK.m.321'de yazılı özeni göstermezse doğrudan hizmet sözleşmesine aykırı hareket etmiş olur.

<sup>21</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 116.

<sup>22</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 389.

<sup>23</sup> Türk hukuk öğretisinde borç ilişkisi içinde taşıdığı öneme göre edimler değişik şekillerde sınıflandırılmaktadır. Konunun iyi bir şekilde anlaşılabilmesi doktrindeki kullanılan kavramların hangi anlamda kullanıldığının belirtilmesiyle giderilebilir. Biz çalışmamızda Fikret Erenin bu alanda yaptığı sınıflandırmayı esas alacağız. Bu sınıflandırmaya göre borçlar;

Asli yükümler (Asli Edim Borcu ve Yan Edim Borcu)- Yan yükümler (İfaya Yardımcı Yan Borçlar ve Koruyucu Yan Borçlar) şeklinde sınıflandırılır. Diğer yazarların söz konusu kavramları hangi anlamlarda kullandığını yeri geldikçe açıklanacaktır.

taşıdığı öneme göre" hukuki nitelendirmesini yapmadan önce söz konusu kavramlar ile nelerin anlatılmak istendiğini ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

### **a. Edim Fiili – Edim Sonucu**

Bir borç ilişkisinde borçlunun ediminin hukuki niteliği; yapma edimi-yapmama ve verme edimi olup olmamasına göre değişiklik arzeder. Yapma-yapmama ve verme edimlerini konu alan edim yükümlerinin hukuki niteliği ise, borç ilişkisindeki edim konusunun edim fiiline veya edim sonucuna yönelik olup olmamasına göre değişir<sup>24</sup>.

Edim sonucuna ilişkin borç ilişkilerinde alacaklı sözleşme ile arzulanan sonucun gerçekleşmesi ile tatmin edilir. Borçlu, borç konusu sonucu gerçekleştirdiğinde borcu ifa etmiş kabul edilir<sup>25</sup>. Bu sonuç, fiilen gerçekleşmediği sürece, borçlunun bu amaçla her türlü gayret ve özeni göstermiş olması, borcun ifa edilmiş olduğu anlamına gelmez<sup>26</sup>. Bu anlamda verme edimlerinde, edim sonucu önem taşır<sup>27</sup>. Örneğin satım sözleşmesinde borçlu, alacaklıya satılan şeyin mülkiyetini geçirmek ve şeyi teslim etme borcu altına girmiştir. Başka bir ifade ile borçlu belirli bir sonucu alacaklıya sağlamayı borçlanmıştır. Borçlu borçlandığı edim sonucunu gerçekleştirmediği ifade bulunmuş olamaz.

Buna karşın edim fiilinde, borçlu edim yükümüne uygun bir davranış borçlanır. Buna karşılık sonucun gerçekleşmiş olup olmaması önemli değildir. Edim fiili özellikle kaçınma yükümleri ve bazı iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi belirli bir sonuca ilişkin faaliyet yükümlerine ilişkindir<sup>28</sup>. Bu anlamda kişisel ya da dar anlamda yapma ve yapmama edimlerinde borçlunun alacaklıya karşı borçlanmış olduğu şey, edim fiilidir<sup>29</sup>. Burada borçlu edim fiilini sözleşmeye uygun bir biçimde, doğru ve düzenli olarak yerine getirirse, borcu ifa etmiş, alacaklıyı tatmin etmiş kabul edilir<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> EREN, C. I, s. 115; GÜMÜŞ, s. 73.

<sup>25</sup> EREN, C. I, s. 115; GÜMÜŞ, s. 74.

<sup>26</sup> GÜMÜŞ, s. 74.

<sup>27</sup> EREN, C. I, s. 115.

<sup>28</sup> GÜMÜŞ, s. 73.

<sup>29</sup> EREN, C. I, s. 115.

<sup>30</sup> EREN, C. I, s. 115.

Vekalet sözleşmesinde de vekil, vekalet verenin yararına olan davranışları yapma buna karşın zararına olan işlerden kaçınma yükümü altındadır. Vekil, gördüğü işte özenli davranmış olması şartıyla arzulanan sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Bu bağlamda vekilin özen borcu edim fiili niteliğinde bir borçtur. Örneğin bir hekim yapmış olduğu ameliyatta, bir avukat yürüttüğü bir davada gerekli özeni göstermişse, ameliyat veya dava, sonucu itibariyle başarılı olmasa bile, vekalet sözleşmesine göre borçlu olan hekim veya avukat, edimlerini yerine getirmiş olur.

## **b. Asli Yükümler - Yan Yükümler**

Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında kurulmuş bulunan hukuki bir ilişkidir. Borç ilişkisinde borçluyu alacaklıya bağlayan ve yerine getirmesi ya da uyması gerekli olan borçlar asli yükümler ve yan yükümler olmak üzere ikiye ayrılır. Borçlunun alacaklıya karşı asli borcu, edim yükümünün ifasını gerektirir ve "edim borcu" olarak tanımlanabilir<sup>31</sup>.

### **(1). Asli Yükümler (Edim Yükümleri)**

Borç ilişkisinin asıl konusunu oluşturan edim yükümü, borçlunun alacaklı yararına borçlandığı, gerçekleştirmek zorunda olduğu bir menfaat, bir davranıştır<sup>32</sup>. Edim borcu dışında kalan yan yükümler ya asli edimin tam ve doğru olarak ifasına yardım ederler ya da alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin muhtemel bir zarardan korunmalarına hizmet ederler. Böylece sözleşmeden doğan borç ilişkileri, alacaklının "edim menfaati yanında" ayrıca onun "korunma menfaatini" de kapsar<sup>33</sup>.

Asli yükümler bir başka ifadeyle edim yükümleri, kendi içerisinde asli edim borcu ve yan edim borcu olmak üzere ikiye ayrılır.

---

<sup>31</sup> EREN, C. I, s. 34.

<sup>32</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 40; EREN, C. I, s. 34.

<sup>33</sup> EREN, C. I, s. 34.

### **(a). Asli Edim Borcu**

Sözleşmenin tür ve tipinin özellik ve niteliklerini belirleyen asli edimden borçlu açısından doğan borç, "asli edim borcu" dur. Asli edim borcu sözleşmenin tipini belirler. Örneğin, bir tedavi sözleşmesinde hekimin asli edim borcu hastayı en kısa zamanda sağlığına kavuşturmak için tıp ilmince kabul edilen tedaviyi hastaya uygulamaktır; hastanın asli edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılmış ise, hekimin ücretini ödemektir<sup>34</sup>.

Asli edim borçları, yan edim borçlarından bağımsız nitelikte olan, sözleşmenin birinci derecedeki muhtevasını oluşturan ve doğrudan doğruya ifası dava edilebilen borçlardır. Asli edim borçları, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacak hakkının esasını ve tam karşısını teşkil ederler. Bu nedenle bu tür bir borcu ifa etmeyen borçluya karşı alacaklı BK.m.106 ve Bk.m.96 'ya göre hareket edebilir<sup>35</sup>.

Her sözleşme kural olarak asli edim borcunu ihtiva eder. Ancak, asli edim borcundan bağımsız borç ilişkilerinin de olabileceği, özellikle sözleşme görüşmelerinden veya sosyal temastan doğan borç ilişkilerinin de varlığı unutulmamalıdır<sup>36</sup>.

### **(b).Yan Edim Borcu**

Sözleşmeden doğan asli borçlar yalnız asli edim borcu değildir. Sözleşmeler genellikle asli edim borcu yanında bazı yan edim borçlarını da ihtiva eder. Taraflar hukuk düzeninin sınırları içerisinde (BK.m.19), düzenleme serbestisine dayanarak yapmak istedikleri sözleşme tipinin muhtevasına asli edim yanında bazı yan edimler de koyabilirler. Örneğin, bir özel okul sözleşmesinde okulun asil edim borcu bilginin aktarılması, eğitimin sağlanmasıdır. Eğer okul, bu asil ediminin yanında örneğin ders araç ve gereçlerinin (bilgisayar, kitap, plak) teslimi borcunu veya yaz aylarında öğrencilerin dinlenmeleri için tatil beldelerinde otel tutulmasını da borçlanmış ise bu borçları yan edim borçlarıdır. Tarafların borçlandıkları asli edimler, bu

<sup>34</sup> EREN, C. I, s. 37; AYAN, s. 28.

<sup>35</sup> EREN, C. I, s. 37.

<sup>36</sup> EREN, C. I, s. 37.



sözleşmeye okul sözleşmesi tipini veren edimlerdir. Ancak, taraflar bu asli edim borçları yanında ikinci derecede ders araç ve gereçlerinin teslimi, tatil beldelerinden otel tutulması gibi bazı yan edim borçlarını da kararlaştırmışlardır. Bu yan edimler, asli olmayan, dolayısıyla sözleşmenin tipini belirlemeyen, ancak, asıl edime tabi olan ve ikinci derecede bir nitelik ve amaç taşıyan edimlerdir. Fakat, asli edimden bağımsız bir amaç ve muhtevaya sahip oldukları için, borçlu yönünden bir borç, alacaklı yönündün de bir hakkı ifade ederler. Bu nedenle de alacaklı, yan edim borçlarını gerektiğinde asli edim borcundan bağımsız olarak talep edip, bunun ifasını dava edebilir. Çünkü, yan edim borcu tali ve tabi bir nitelikte olsa da ayrı bir edim borcudur ve bunun yerine getirilmesinde alacaklının bağımsız bir ifa menfaati vardır<sup>37</sup>. Ancak, şu husus da unutulmamalıdır ki, sözleşme ilişkisinde yan edim, ancak asli edimle birlikte söz konusu olur. Asli edimin olmadığı bir sözleşmede yan edim de olmaz<sup>38</sup>. Yan edim borçları kanundan, sözleşmeden veya doğruluk kuralından doğabilir.

Yan edim borcunu, karma sözleşmelerde bulunan birden çok asli edimle karıştırmamak gerekir; çünkü, karma sözleşmelerde çeşitli sözleşme tiplerine ait asli edimler bu özellik ve niteliklerini karma sözleşmeler içerisinde korumuşlardır. Oysa, taraf iradeleri ile her hangi bir sözleşmeye konulan yan edim borçları, başka bir sözleşme tipinde asli edim borcu olsalar bile, bizzat tarafların iradeleri ile asli edime tabi ve tali bir edim ve dolayısıyla bir yan edim borcu haline getirilmiştir.

## (2). Yan Yükümler

Sözleşmeden doğan borç ilişkisi, asli yüküm (edim yükümleri ve özellikle asli ve yan edim borçları) yanında “yan yüküm (=bağımlı yan borçlar, diğer davranış borçları)” da ihtiva eder. Bazı yazarlar<sup>39</sup>, bu borçlara “özen gösterme borçları” da demektedir<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> EREN, C. I, s. 39.

<sup>38</sup> EREN, C. I, s. 40.

<sup>39</sup> Bu yazarlar için bkz., EREN, C. I, s. 43.

<sup>40</sup> EREN, C. I, s. 43.

Yan yükümlerin en önemli özelliği, bunların nitelik olarak edim yükümleri ve özellikle de asli edim borcundan ayrı bir yapıya sahip olsa da bir başka yönden asli borçlara bağımlı bir durum arz etmeleri, bu sebeple de tam olarak bağımsız bir varlığa sahip olmamalarıdır<sup>41</sup>. Yan yükümler, asli edim borcunun taraflarca öngörülen amaca uygun bir biçimde, sözleşmeden beklenen sonucun tam ve doğru olarak yerine getirilmelerini sağlamaya hizmet ederler<sup>42</sup>. Dolayısıyla alacaklı yan yükümlere aykırılık durumunda tek başına bir ifa davasıyla bunların yerine getirilmesini talep edemez<sup>43</sup>. Ancak, borçlu yan yükümlere uygun hareket etmez, bu borçları ihlal ederse, alacaklı, sadece bundan doğan zararının tazminini dava edebilir. Özellikle yan yükümler, taraflar arasındaki edim borcunun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği ya da kendilerine uygun davranılmadığı takdirde tazminat davasına konu olurlar<sup>44</sup>.

Yan yükümler, fonksiyonları itibarıyla, “ifaya yardımcı yan borçlar” ve “koruyucu yan borçlar” olmak üzere ikiye ayrılırlar<sup>45</sup>.

#### **(a). İfaya Yardımcı Yan Borçlar**

İfaya yardımcı yan borçlar, sözleşmenin tipini belirleyen asli edimin, borç programına, sözleşmenin amacına uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet ederler. Başka bir ifade ile, bunlar, fonksiyonel yönden edimin ve özellikle asli edimin ifasına yardım eden, ifa hazırlık fiilleri ile, ifa fiillerinin, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun bir şekilde gerçekleşmesine hizmet

---

<sup>41</sup> EREN, C. 1, s. 43.

<sup>42</sup> ERTAŞ, K., s. 10; AYAN, s. 29 : (Ertaş ve Ayan, “yan yükümlere” karşılık olarak “yan edim borcu” deyimini kullanmaktadır.)

<sup>43</sup> EREN, C. I, s. 43; Ertaş, yan yükümleri bağımsız dava edilemeyen yan borçlar ve bağımsız dava edilebilen yan borçlar olmak üzere ikiye ayırıyor ve iş görme sözleşmelerindeki özen borcuna aykırılık durumunda bu aykırılığın tek başına hukuki istem konusu yapılamayacağını ifade ediyor. Buna karşın iletme yükümlülüklerinin ve sağlama yükümlülüklerinin ise bağımsız olarak dava konusu yapılabilen yan borçlar olduğunu ifade ediyor., bkz., ERTAŞ, K., s. 12-13.

<sup>44</sup> ERTAŞ, K., s. 12-13; EREN, C. I, s. 43.

<sup>45</sup> EREN, C. 1, s.44.

eden borçlardır. İfaya yardımcı yan borçların başında hazırlama<sup>46</sup>, aydınlatma (açıklama)<sup>47</sup> ve borçlunun veya alacaklının işbirliği borcu<sup>48</sup> gelir<sup>49</sup>.

### **(b).Koruyucu Yan Borçlar**

Koruyucu yan borçlar ise, ifa ile dolaylı ilgili olup, asıl fonksiyonları, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinde ifa fiili nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunması amacını taşırlar. Bu tür borçlar, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet ederler. Bunlara koruma borçları da denilmektedir<sup>50</sup>.

Tarafların borç (sözleşme) ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine (menfaatlerine) zarar vermeme, bunların korunması borcuna "koruma borcu" adı verilir.

Tarafların ifa menfaati dışında kalan bu tür menfaatleri de sırf sosyal temas veya sözleşme ilişkisi nedeniyle zarara uğraması tehlikesine açık bulunduğundan koruma borçları da sözleşme ilişkisinin bütünü içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Ancak, koruma borçları, asli borçlara bağımlı bir durum arzetseler de sözleşmeden ziyade kanuna dayanırlar. Bu anlamda en genel kanun hükmü MK.m.2/l'de düzenlenmiş bulunan, "dürüstlük kuralları" başka bir deyişle "güven ilkesi" dir. Doktrinde koruma borçları yerine "diğer davranış borçları" veya "özen gösterme borçları" da denilmektedir<sup>51</sup>.

Koruma borçları, sözleşme kurulmadan önce ve özellikle sözleşme görüşmeleri sırasında (sözleşme öncesi koruma borçları), edimin ifası sırasında (sözleşme esnası koruma borçları) ve hatta sözleşme sona erdikten sonra da

---

<sup>46</sup> Örneğin bir okul sözleşmesinde okul işletmesinin dersaneleri temin edip hazır bulundurulması (sağlanması) asli edime bağlı bir yükümdür.

<sup>47</sup> Örneğin avukatlık sözleşmesinde açık bir talimat, vekalet veren için olumsuz sonuçlar doğurabilecekse, bunlardan korunma ve olumsuz sonuçların önlenmesi için vekilin vekalet vereni talimatların olası olumsuz sonuçları hakkında aydınlatma borcu gibi.

<sup>48</sup> Örneğin bir hekimlik sözleşmesinde hastanın hekime, hastalığının ne zaman başladığını, hangi tedavi yöntemlerinin uygulandığını anlatması borcu gibi.

<sup>49</sup> EREN, C. I, s.45.

<sup>50</sup> EREN, C. I, s.44.

<sup>51</sup> Bu yazarlar için bkz., EREN, C. I, s.48.

(sözleşme sonrası koruma borçları) söz konusu olabilir<sup>52</sup>. Sözleşme öncesi koruma borçlarının kusurlu ihlali halinde “akıt görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in Contrahendo)” söz konusu olur.

Borç ilişkisi, her zaman sözleşmeyle borçlanılan edimin ifasıyla sona ermez. Sosyal temas ve taraflar arasında kurulan özel ilişki, etkilerini bazen sözleşmenin ifasından sonra da sürdürür, tarafların birbirlerine özen göstermelerini, birbirlerinin menfaatlerini korumalarını gerektirir. Özellikle sözleşme sonrası sadakat borcu, bu tür koruma borçlarının arasında yer alır. Bu gibi borçların ihlali durumunda haksız fiil hükümlerinin uygulanması, hakkaniyet, güven ilişkisi ve dürüstlük kuralları gibi sebeplerle zarar göreni tatmin etmekten uzak kalabilir. Bu nedenle, bu tür borçların ihlaliinde, sözleşmeye dayanan borç ilişkisi mevcut olmasa bile, bu ilişki kanuni borç ilişkisi olarak kabul edilip, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk hükümlerinin uygulanması, menfaatler dengesi yönünden daha adil sonuçlar doğurur<sup>53</sup>.

Koruma borçları nitelikleri itibariyle yan yükümler içinde yer aldığı için, bunların borçlu tarafından ihlali halinde, bağımsız olarak ifası, ilke olarak dava edilemez. Bu borçları ihlal eden borçluya karşı ancak tazminat davası açma imkanı vardır<sup>54</sup>.

### (3). Değerlendirmemiz

Yukarıdaki açıklamalarımız bağlamında konuyu ele aldığımızda görüyoruz ki özen borcunu ilk planda **asli yüküm** (asli edim borcu-yan edim borcu) - **yan yüküm** ( ifaya yardımcı yan borç- koruyucu yan borç) ayırımından her hangi birisine hasretmemiz doğru olmaz. Özen borcu, ifaya konu olan her hangi bir edim gibi aynı sözleşme içerisinde veya farklı türde sözleşmeler içerisinde farklı hukuki nitelik kazanabilir. Bir başka ifade ile, özen borcunun “borç ilişkisi içinde taşıdığı öneme göre” hukuki nitelendirilmesini yaparken sözleşmesinin türüne ve görülen işin niteliğine göre değerlendirmek gerekir. Buna göre bir değerlendirme yaparsak:

<sup>52</sup> EREN, C. I, s. 45.

<sup>53</sup> EREN, C. I, s. 48.

<sup>54</sup> EREN, C. I, s. 48.

Kira sözleşmesinde tarafların borçlandıkları asli edimler, kira sözleşmesine kira tipini veren edimlerdir. Kiracının asli edimi, kira parasını ödeme (BK.m.275), kiralayanın asli edimi ise, kiralananı sözleşmede öngörülen kullanma amacına göre teslim ve bu halde bulundurma borcudur (BK.m.249/1)<sup>55</sup>. Bununla birlikte, BK.m.256'ya göre, kiracının kiralananı koruma ve kiralanda oturan diğer kişilere karşı tam bir ihtimam dairesinde hareket etme yani özen gösterme borcu vardır. Burada kiracının özen gösterme borcu, sözleşmenin tipini belirlememekte yani asli edim niteliğinde olmamakla birlikte -asli edime göre tali ve tabi bir nitelik arzettiği için- yan edim borcu niteliğindedir<sup>56</sup>. Bununla birlikte, borçlu bakımından bir yükümlülük, alacaklı bakımından da bir hakkı ifade eder ve buna bağlı olarak asli edim yükümünden bağımsız olarak talep edilip dava edilebilir. Çünkü, yan edim borcu, tali ve tabi bir nitelik arzetsede ayrı bir edim yükümüdür ve bunun yerine getirilmesinde alacaklının bağımsız bir menfaati vardır<sup>57</sup>.

Hizmet sözleşmesinde sözleşme konusunu oluşturan "iş ile hedef tutulan sonuç" kavramı, bireysel olarak her işçinin asli edim yükümü olarak üstlendiği ve belli aşamalardan geçilerek iş sahibine sağladığı somut edim fiili olarak tanımlanabilir<sup>58</sup>. Birim olarak ortaya çıkan edim fiili, o iş ile hedef tutulan sonuçtur ve her işçi kendi üretim hissesine düşeni yerine getirmekle yükümlüdür<sup>59</sup>. Bu işçinin asli edim borcudur. Özen gösterilmeksizin yerine getirilen iş ise, kötü ifa sayılır ve sözleşme teorisindeki ifa etmeme hükümleri uyarınca sorumluluk doğurur. Şu halde, özen borcu, sözleşme ilişkisinden doğan asli edim (işin görülmesi) borcunun tam (doğru) olarak yerine getirilmesi amacını sağlamaya dönük, yan yüküm niteliğindedir<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> ADAY, s. 274.

<sup>56</sup> EREN, C.1, s. 41.

<sup>57</sup> EREN, C.1, s. 39.

<sup>58</sup> ERTAŞ, K., s. 31.

<sup>59</sup> ERTAŞ, K., s. 31.

<sup>60</sup> Ertaş, edimleri asli edim borçları ve yan edim borçları şeklinde ikiye ayırıyor. Yan edim borçlarını ise, asli edime bağlı olan yan edim borçları, asli edime hizmet eden yan edim borçları, bağımsız yan edim borçları şeklinde üçe ayırıyor. Yazar, işçinin özen borcunu, yan edim borcu olarak nitelendirmektedir. Bu bizim hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özenin niteliği ile ilgili yaptığımız açıklamalar da uygunluk içerisindedir. Çünkü yazar, yan edim borcu kavramını bizim yan borç olarak kullandığımız kavramla aynı anlamda kullanmaktadır. Biz bunu, yazarın "özen borcuna aykırılık durumunda aykırılığın bağımsız bir dava konusu yapılamayacağı" şeklindeki ifadesinden (bkz., ERTAŞ (Sadakat),

Vekalet sözleşmesinde ise özen borcu, asli edim borcu şeklinde karşımıza çıkar. Bu durum, -diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak- vekilin borcunun bir sonuç borcu niteliğinde olmaması yani yapma edimlerinde borçlanılmış edimin bir edim fiili olması ile açıklanabilir. Gerçektende diğer iş görme sözleşmelerinde borçlu çoğu zaman edim sonucunu borçlanmıştır. Vekalette ise vekil, edim fiilini borçlanmıştır. Bir başka ifade ile, vekilin sözleşmeden kaynaklanan iş görme borcunu yerine getirmiş olması, özenle görüp görmemesiyle değerlendirilir. Dolayısıyla, vekilin özen borcu, iş görme borcu yanında yer alan özenli davranışa ilişkin bizzat asli edim yükümünü ifade eden bir borçtur. Örneğin bir kimse kendisine yüzme öğretmesi için bir kimse ile anlaşsa bu durumda aralarında bir vekalet ilişkisi mevzubahis olur. Durumu ihtimallere göre değerlendirirsek; eğer, öğretmen yüzmeyi öğretmesi için gerekli olan tüm bilgileri gerek uygulamalı ve gerekse teorik olarak gereği gibi yerine getirmiş ise ve öğrenci başarılı olmuş ise öğretmen asli edimin yerine getirmiş kabul edilir. Eğer öğretmen yüzmeyi öğretmesi için gerekli olan tüm bilgileri gerek uygulamalı ve gerekse teorik olarak gereği gibi yerine getirmiş, ancak, öğrenci yine de yüzmeyi öğrenememiş olursa bu durumda yine öğretmen asli edimini yerine getirmiş olur. Buna karşın öğretmen, uygulamaya dönük ve teorik olan bilgileri gereği gibi yerine getirmemiş olursa ve öğrenci de yüzmeyi öğrenememiş olursa, öğretmen asli edimini yerine getirmemiş olur. Aynı şekilde öğretmen uygulamaya dönük ve teorik olan bilgileri gereği gibi yerine getirmemiş, ancak, öğrenci kendi gayretleri ile yüzmeyi öğrenmiş olursa, öğretmen yine asli edimini yerine getirmemiş olur. Bunun gibi, bir hekim yapmış olduğu bir ameliyatta, bir avukat yürüttüğü bir davada gerekli dikkat ve özeni göstermişse, hasta tedavi olmasa yahut da dava kazanılmasa da hekim ve avukat asli edimlerini yerine getirmiş olur.

Özen borcunun hukuki niteliğini örnekteki ihtimaller çerçevesinde değerlendirdiğimiz de ise şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Vekalet sözleşmesinde "işin görülmesi" edimi ile "özen gösterme" edimi arasında nitelik olarak bir aslilik-talilik durumu olmayıp bir eşitlik ve ayrılamaz ölçüde bir bağlılık vardır. Her

---

s. 13) anlıyoruz. Gerçektende yan borçlar genel olarak dürüstlük kuralından ve dolayısıyla güven ilişkisinden doğar ve aynı zamanda asli edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşıdıklarından dolayı bağımsız bir ifa davasına konu olamazlar. Ancak, tazminat davasına konu olurlar (bkz., EREN, C.1, s. 43).

ikisinin de birbirine göre taliliği değil tâbiliği mevzubahistir. Başka bir ifade ile, asli edim bu ikisinin eşit oranlarda birtikliliğinden meydana gelir. Dolayısıyla, vekilin özen borcu, iş görme borcu yanında yer alan özenli davranışa ilişkin asli edim yükümünü ifade eden bir borçtur.

Vekilin özen borcu asli edim borcu olmakla birlikte, bunu, genel olarak yan yüküm olarak ifade edilen bazı borçların<sup>61</sup> hiç bir şekilde vekilin asli edim borcu olan özen borcuna konu olamayacağı şeklinde anlamamak gerekir. O halde özen borcu, salt asli edim yükümü niteliğindeki yapma edimlerine bağlı olarak tanımlanamaz. Bir başka ifade ile, aslında bir yan yüküm olarak değerlendirilen bazı borçlar (örneğin aydınlatma borcu, bilgi verme borcu, sadakat borcu) değişik vekalet ilişkilerinde vekilin asli edim niteliğindeki özen borcu olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin hekimlik sözleşmesinde anestezi yapılmadan yapılacak bir ameliyatta hastanın belli konumda hareketsiz durması gerekmekte olup, aksi halde zararlı sonucun ortaya çıkması ihtimali olabilir. Bu halde hekimin hastayı söz konusu durum hakkında bilgilendirmesi ve eğer talimatlarına uygun davranmazsa sonuçta ameliyatın başarısız olacağı hatta ilk halinden daha kötü bir duruma düşebileceği noktasında aydınlatması gerekir. Eğer hekim bu noktada aydınlatma borcunu gereği gibi yerine getirmese bu durumda vekil, asli edim borcu niteliğindeki özen borcuna aykırı hareket etmiş olabilir.

### **C. Vekilin Özen Borcunun Kapsamı**

Özen bir davranışın, bir fiilin kriteri olup, işin gereği gibi yürütülmesi amacına yöneliktir<sup>62</sup>. Özen gösterilmeksizin görülen iş, kötü ifa sayılır ve sözleşme hükümlerine göre ifa etmeme hükümleri uyarınca sorumluluk doğurur<sup>63</sup>. Vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcu, edim sonucunun başarılı bir şekilde gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin normal akışına göre gerekli davranışlarda bulunmak ve bunu engelleyecek davranışlardan

<sup>61</sup> Örneğin, sadakat borcu, aydınlatma borcu, bilgi verme borcu, ve koruma borçları gibi.

<sup>62</sup> ERTAŞ, K., s. 30; ADAY, s. 418.

<sup>63</sup> ERTAŞ, K., s. 30.

kaçınmaktır<sup>64</sup>. Burada önemli olan sonucun elde edilememesi değil, özen noksanıdır; yani netice gerçekleşmiş olmasına rağmen özen gösterilmediğinden dolayı sözleşme ihlal edilmiş olabilir. Aynı şekilde istenilen netice gerçekleşmemiş olmasına karşın, özen gösterildiğinden dolayı sözleşmeye aykırılık olmayabilir.<sup>65</sup>

Özen borucunun kapsamını bu borcun başlayıp ve bittiği zamana göre ve gösterilecek özenin ağırlığına göre tespit etmek gerekir.

İşin görülmesi kavramının kapsamını , ifa süreci içerisinde işe hazırlık, ifaya başlama, sürdürme ve tamamlama aşamalarından oluşan fiili çalışmalar bütünü oluşturur<sup>66</sup>. Özen borcunun, bu bütünü oluşturan safhaların her birinde devam etmesi gerekir<sup>67</sup>. Vekilin özen borcunun kapsamını ise daha geniş düşünmek gerekir. Çünkü, vekalet ilişkisinin niteliğın dolaylı güven unsuru diğer iş görmelere göre daha bir önem arzeder. Bu nedenle vekilin özen borcu sözleşme görüşmeleri safhasında başlar ve işın görülmesinin tamamlanması ile de bitmeyebilir.

İfa sürecinin başında aranılacak özen, iş görme borçlusunun o iş ile amaçlanan hedefin sonucun kusursuz gerçekleştirilebilmesi için gerekli bedensel ve fikri yeteneğe, bilgi ve deneyime sahip olup olmadığını tartması ve ona göre sözleşme ilişkisine girmesi anlamındadır<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> ERTAŞ, K., s. 30; YAVUZ, s. 598; ADAY, s. 418; TANDOĞAN, s. 199; " vekil sadakat borcunun gereği olarak, müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmalı ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır..." hakkında Y.13.HD., 9/9/1985 T., 1985/2522 E., 1985/5330 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 11, S. 12, Aralık 1985, s. 1779-1782; vekil, sadakat borcunun gereği olarak vekilin yararına olacak davranışlarda bulunmak ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Vekaletnamede tanınan "dilediği bedelle dilediği kişilere satış yetkisi" vekilin sorumluluğunun kaldırın sınırsız bir yetki olarak kabul edilemez. Özellikle, böyle bir yetkiye sahip bir vekilin taşınmazı yok pahasına satabileceği ve müvekkilini zarara sokabileceği hiç bir surette düşünülemez. Vekilin nasıl hareket etmesi gerektiği onun sadakat ve özen borçlarından çıkarılır olmasına ilişkin..." Y.13.HD., 17/4/1986 T., 1986/1770 E., 1986/2340 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.XIII, S.4, Nisan 1987, s. 578-579; Bu konuda ayrıca Y.13.HD., 18/4/1989 T., 538 E., 2701 K., sayılı kararı için bkz., KARAHASAN, s. 1242; Y.13.HD., 5/2/1991 T., 1990/7902 E., 1991/1070 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 17, S. 5, Mayıs 1991, s. 731.

<sup>65</sup> YAVUZ, s. 598; DONAY,(Dürüstlük), s. 736; TANDOĞAN, s. 199; REİSOĞLU, s. 153; Bu konuda (Y.13.HD., 18/4/1989 T., 538 E., 2701 K.) sayılı kararı için bkz., KARAHASAN, s. 1242; Y.13.HD., 5/2/1991 T., 1990/7902 E., 1991/1070 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 17, S. 5, Mayıs 1991, s. 731.

<sup>66</sup> ERTAŞ, K., s. 30.

<sup>67</sup> ERTAŞ, K., s. 30.

<sup>68</sup> ERTAŞ, K., s. 30.



İşin görülmesi aşamasındaki özen borcu öncelikle izlenilen yöntem ve usulde kendisini gösterir. Sözleşme ile hedeflenen amaca ulaşmak için izlenilen metot ve yolların eksiksiz ve kurallara uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi de bu anlamda özen borcunun kapsamına girer<sup>69</sup>.

Vekalet sözleşmesinde borçlunun sorumluluğunun sonuca yönelik değil de gösterilen özene göre belirlenmesi, özen borcunun kapsamının her somut olayda farklılık göstermesi sonucunu doğurur<sup>70</sup>. Fakat bu borcun nispi olması kapsamının sübjektif kriterlere bağlandığı anlamına gelmez<sup>71</sup>.

#### **D. Vekilin Özen Borcunun Kanunda Düzenleniş Şekli**

Vekilin işi özenle yapma borcundan doğan sözleşmeye bağlı sorumluluğu BK.m.390 da düzenlenmiştir<sup>72</sup>.

BK.m.390:

Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mes'uliyetine ait hükümlere tabidir.

Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir.

Vekil, başkasını tevkile mezun veya hal icabına göre mecbur olmadıkça veya âdet başkasını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmağa mecburdur.

BK.m.390/II, vekilin özen borcunun kanuni dayanağı durumundadır. BK.m.390'II hükmündeki "iyi bir surette ifa" deyimini, BK.m.390'II'ye karşılık gelen İsviçre Borçlar Kanununun (İsv.BK.) 398/II maddesine uygun olarak "sadakât ve özenle ifa" (getreue und sorgfaeltige Ausführung, bonne et fidele execution) anlamında kullanmak daha doğru olur<sup>73</sup>. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk

<sup>69</sup> ERTAŞ, K., s. 31.

<sup>70</sup> REİSOĞLU, s. 154.

<sup>71</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 116; OLGAC, s.857.

<sup>72</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 735; "Borçlar Kanununun 390. maddesi " vekaleti dürüstlikle yerine getirme" başlığı altında vekilin, vekaleti icrada özen ve sadakat göstermesi borcunu düzenlemiş bulunduğu..." ilişkin (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.); (Y.4.HD.,10/12/1971 T., 7466 E., 10466 K.), sayılı kararları için bkz., KARAHASAN, s. 1238.

<sup>73</sup> TANDOĞAN, s. 197; YAVUZ, s. 598; GÜNER, (Özen), s. 558;ŞENOCAK, s. 20; BİLGE, s. 211; DONAY, (Dürüstlük), s. 735; ÖZKAYA, s. 386; ADAY, s. 417.

Dairesi de bir kararında "iyi bir surette ifa" deyimini "özenle hareket etme" anlamında kullanmıştır<sup>74</sup>.

BK.m.390/II, vekilin özen borcunun sınırını ve kapsamını, "genel olarak" hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabi tutmuştur<sup>75</sup>.

İşçinin özen borcu, BK.m.321'de "ihtimam mecburiyeti" kenar başlığı altında düzenlenmiştir<sup>76</sup>.

BK.m.321:

İşçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur.

Kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetilir.

BK.m.321/II hükmünde geçen "ihtimamla ifa", BK.m.390/II hükmünde geçen "iyi bir surette ifa" deyimleri vekilin ve işçinin gördükleri iş özenle davranmaları gerektiğini ifade ediyor. Bu madde gereğince iş görme borçlusu yerine getirmesi gereken edimin hedef tutulan amaca uygun olarak gerçekleşmesi için gereken her tedbiri almak ve buna engel olacak her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> "...BK.nun 390 maddesi uyarınca vekilin müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile yükümlü tutulmuş değişik bir anlatımla özenle hareket etme mecburiyetine..." ilişkin (Y.13.HD., 4/4/1996 T., 2720 E., 3317 K.) sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s. 392.

<sup>75</sup> "Vekil genel olarak hizmet sözleşmesinde işçinin sorumlu olduğu özenin eşi olan özenden sorumlu olduğuna..." ilişkin, (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.); (Y.4.HD., 10/12/1971 T., 7466 E., 10466 K.) sayılı kararları için bkz., KARAHASAN, s. 1238; Aynı yönde (Y.5.HD., 31/12/1979 T., 8324 E., 9912 K.), sayılı kararı için bkz., YKD., 1980, C.6, s. 660.

<sup>76</sup> Borçlar Kanununun 321. maddesinde genel olarak düzenlenen özen borcuna, İş Kanununun 17. Maddesi II. bendinin (h) fıkrasında da işaret edilmiş bulunmaktadır (ÇELİK, s. 104; GÜNER, (Özen), s. 560). Anılan madde işçinin kendi isteği (kasdı) veya savsaması (ihmali) yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri on günlük ücretinin tutarı ile ödeyemeyecek ölçüde hasara uğratması durumunda, işverenin hizmet akdini süresiz fesih bildirimini ile sona erdirebileceğini belirtmektedir. Şu halde, işçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmemesi, herhangi bir hasar veya kayba sebebiyet vermemesi, bunun için de gereken özeni göstermesi gerekmektedir. Ancak söz konusu yasa hükmü, işçinin kusurlu olarak işverene verdiği zararlardan ötürü sorumluluğunu getiren bir hüküm niteliğinde değildir. İşçinin işverene kusuru ile bir zarar vermesi durumunda yine BK.m.321 hükmünün uygulanması gerekir., Bkz., AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 423.

<sup>77</sup> ERTAŞ, K., s. 32; "...vekilin iş görme ile amaç tutulan sonucun başarılı olması için hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması özen borcunun kapsamını oluşturur. Vekil, iş görürken

İşçinin sorumluluğunu düzenleyen BK.m.321/II'ye göre işçi, " kasit veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür" <sup>78</sup>. İş görme sözleşmesinin ihlalden doğan zararların tazmini gereğini belirten BK.m.321/II hükmü, esas olarak, sözleşmenin ihlalinin sonuçlarını düzenleyen ve borçluyu her kusurundan dolayı sorumlu kılan BK.m.96 ve devamındaki genel hükümlerin hizmet sözleşmesine uygulanmasından ibarettir<sup>79</sup>. Bu anlamda, BK.m.321/II ile BK.96 ve devamındaki maddelerin birbirleri ile uyumludur<sup>80</sup>.

Borçlar Kanununun 96'ncı maddesi hükmüne göre borçlu, sözleşmeyi hiç veya gereği gibi ifa etmezse ve sözleşmenin ihlalinde kusursuz olduğunu kanımlayamazsa, uğradığı zarar karşılığında alacaklıya tazminat ödemekle yükümlüdür. BK.m.98 ise, sözleşmeyi ihlal eden ve kurtuluş olanağı bulunmayan borçlunun her türlü kusurundan (kast, ağır ihmal, hafif ihmal) sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır. Bu sorumluluğun ölçüsü işlemin özel yapısına, hal ve şartlara göre belirlenir (BK.m.398/II c. 2). Bu son kuralın somutlaştırılması anlamında, BK.m.321/II'de işçinin iş görme edimini özenle ifa etmesi gerektiğini belirtmiş ve bu özenin ölçüsü özel olarak düzenlemiştir<sup>81</sup>.

BK.m.321 hükmü bu hali ile değerlendirildiğinde iş görme borçlusunun özen borcuna aykırılıkta sorumluluğuna hükmedebilmek için, görülen işin niteliğine göre bir ayırım yapılmaksızın, teknik anlamda kusurun her derecesini benimsemiş görünmektedir<sup>82</sup>. Buna bağlı olarak, BK.m.390/II'in vekilin sorumluluğu ile ilgili olarak BK.m.321/II hükmüne atıf yapması karşısında vekilin sorumluluğunun tesisi için de kusurunun yeterli olduğu ve bununun ağırlığının ve

---

amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur..." , Y.13.HD., 5/2/1991 T., 1990/7902 E., 1991/1070 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 17, S. 5, Mayıs 1991, s. 731.

<sup>78</sup> BK.m.321/II'yi karşılayan kaynak İsv.Bk.m.328/II'de işçinin sadece "kasten veya ihmal ile" verdiği zarardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle BK.m.321/II deki "dikkatsizlik terimi gereksiz sayılabilir.", Bkz., SOYER, s. 386.

<sup>79</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 424.

<sup>80</sup> ERTAŞ, K., s. 35; AKGÜN, s. 1412; BK.m.390'ın BK.m.321'e yaptığı atıf gereğince "...vekil işçi gibi işi özenle yerine getirme borcu altında olup, tersi durumda ise, özenle yerine getirmemeden ötürü tazminatla sorumlu tutulmuştur ki burada, BK.m.98/II in uygulanması da söz konusu olmasına..." ilişkin (Y.13.HD.24/11/1980 T. 5538 E. 6178 K.) sayılı kararı için bkz., YKD, Y. 1981, C.7 s. 1459.

<sup>81</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 425.

<sup>82</sup> ERTAŞ, K., s. 35.

hafifliğinin dikkate alınmayacağı anlamı ortaya çıkmaktadır<sup>83</sup>. Ancak, vekilin sorumluluğuna ilişkin olarak işçinin sorumluluğuna yapılan bu atıf konusunda doktrinde farklı görüşler vardır.

Bazı yazarlar<sup>84</sup>, bu atfın kanun koyucunun bir hatası olduğu ve iş görme sözleşmelerinde sorumluluğun aynı kurala bağlanamayacağı görüşündedir. Neden olarak da işveren ve işçi arasındaki hukuku ilişkinin, vekil ve vekalet veren arasındaki ilişkiden farklı olmasından ileri geldiğini belirtmektedirler. Gerçekten de iş görmede, iş verene bağımlılıkta ve iş görmenin ücretli olup olmamasının sorumluluğu etkisinde (BK.m.98/1) bu farklılık kendisini göstermektedir.

Diğer bir kısım yazar ise<sup>85</sup>, BK.m.390/1'deki atfın lafız olarak değerlendirilmesi durumunda, ilk fikrin eleştirilere katılmak gerektiğini; ancak, kanun koyucunun bu atıftaki amacının başka olduğu görüşündeler. Bu görüşe göre kanun koyucu, vekili özen borcu bakımından hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere göre sorumlu tutmak istememiştir. Kanun koyucunun buradaki amacı, vekilin göstermesi gereken özenin -hizmet sözleşmesinde olduğu gibi- somut şartlara göre belirlenmesidir. Getirilmek istenen, somut olayın özelliklerine göre derecelendirilmiş bir özen anlayışıdır. Buna göre vekilin göstermesi gereken özenin derecesi, vekaletin ifası için gerekli olan mesleki bilgi ve öğrenim derecesi ile vekilin vekalet veren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenekleri ve nitelikleri göz önünde tutularak, her olaydaki vekalet ilişkisine göre belirlenir. Görüldüğü üzere bu görüş BK.m.390/1'deki yollamanın amacı bakımından ilk görüşten ayrılmaktadır.

Yargıtay'ın ise BK.m.390/1'in BK.m.321'e yaptığı atıf konusunda yerleşmiş bir içtihadı yoktur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir uyuşmazlıkta: "Vekilin müvekkil ile olan ilişkisinin niteliği itibariyle özellik arzemesi nedeniyle bazı hallerde

---

<sup>83</sup> BK.m.321/II, iş görme borçlusunun, iş görme alacaklısına kusurlu olarak zarar vermesi durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Ancak, iş görme borçlusunun verdiği zarar iş görme ediminin normal bir şekilde ifasından bağımsız ise, örneğin işine son verileceğini öğrenen hekimin iş görme alacaklısına bilerek yanlış tedavi uygulaması durumunda, sorumluluğun temeli doğrudan doğruya haksız fiil hükümlerine (BK.m.41 vd.) tabi olacaktır., bkz., AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 424; AKGÜN, s. 1412.

<sup>84</sup> Bu görüşler için bkz., , ADAY, s. 419.

<sup>85</sup> TURANBOY, s. 70; diğer yazarlar için bkz., , ADAY, s. 419;

vekilin sorumluluğunun işçinin sorumluluğundan daha sert bir şekilde takdir edilmesi gerekir<sup>86</sup> şeklinde karar vermiştir. Bu kararda 4. Hukuk Dairesi vekil ile vekalet veren arasındaki sözleşme ilişkisinin nitelik olarak hizmet sözleşmesindeki iş görme alacaklısı ile iş görme borçlusunu arasındaki ilişkiden farklı olduğunu kabul etmiş ve ilk görüşün yorumuna katılmıştır; ancak, 'bazı haller' deyimini ekleyerek de vekil ile iş görme borçlusunun sorumluluğunun aynı olabileceğini kabul etmiş ve ikinci görüşün yorumunu paylaşmıştır. Aynı daire bir başka kararında da: "Vekilin borcunu, 'iyi bir biçimde yerine getirme' şeklinde açıklarken, onun sorumluluğunu işçinin sorumluluğuna benzeterek"<sup>87</sup> ikinci görüşün yorumuna daha yakın bir karar vermiştir.

Günümüzde tek bir vekalet sözleşmesi tipinden bahsetme imkanı kalmamış olsa da vekalet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en belirgin unsur vekil ile vekalet veren arasındaki güven ilişkisidir. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan doğmaktadır<sup>88</sup>. Vekalet sözleşmesindeki bu güven unsurunun ağırlığı ve vekalet niteliğindeki çok değişik uzmanlık alanlarının ortaya çıkması, vekalet sözleşmesindeki özen anlayışını hizmet sözleşmesindeki özen anlayışı ile aynı kategoriye koyma imkanı ortadan kalkmıştır. Ancak, BK.m.390/1'in BK.m.321'e yaptığı atfı göz ardı etme imkanı da -mevcut kanuni düzenleme karşısında- imkan dışıdır. O halde BK.m.321'deki özen anlayışını tek bir kalıp olarak değil de somut olayın özelliklerine göre ağırlığı artan yahut azalan bir özen anlayışı olarak nitelendirerek somut olayın özelliklerine göre derecelendirilmiş bir özen anlayışını kabul etmek gerekir.

Vekilin özen borcu ile alakalı olarak bu genel düzenlemelerin dışında, avukatlık, mimarlık, hekimlik ve bankacılık gibi mesleki uzmanlığı gerektiren alanlarda bir takım özel kanunlar da vardır. Bu özel kanunlar ileride<sup>89</sup> daha detaylı incelenecektir.

---

<sup>86</sup> (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.), (Y.4.HD., 10/12/1971 T., 7466 E., 10466 K.) sayılı kararlar için bkz., KARAHASAN, s. 1238.

<sup>87</sup> (Y.4.HD., 7/4/1980 T., 194 E., 4545 K.) sayılı kararı için bkz., YKD., 1980, C. 6, s. 1482.

<sup>88</sup> (Y.HGK., 5/5/1993 T., 1993/1-79 E., 1993/195 K.), sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s. 392, ayrıca aynı karar için bkz., YKD., C. 19, S. 11, Kasım 1993, s. 1626-1627.

<sup>89</sup> Bkz., İkinci Bölüm, III.

## E. Vekil İçin Öngörülen Özen Borcunun Sınırları

Vekilin, iş görme edimini yerine getirirken kendisinden göstermesi beklenen ve göstermediği durumda bundan dolayı sorumlu tutulması gerekli olan özen borcunun ölçüsü, BK.m.390/II'nin BK.m.321'e yaptığı atıf gereğince işçiden beklenen özen için getirilmiş kıstaslara bağlıdır<sup>90</sup>. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi burada yapılan atıf konusunda doktrinde tartışmalar vardır<sup>91</sup>.

BK.m.321/III'de "İşçiye terettüp eden ihtimam derecesi akde göre tayin olunur..." ifadesi vardır. O halde vekilin göstermesi gereken özenin tespitinde öncelikle sözleşme hükümlerine bakılması gerekir<sup>92</sup>. Vekilin özenle ifasının kapsamı ikinci derecede BK.m.321/III'de<sup>93</sup> düzenlenmiş bulunan diğer unsurlara göre belirlenecektir<sup>94</sup>.

### 1. Sözleşme Hükümleri

Yukarıda da belirtildiği gibi, BK.m.321/III gereğince, özen borcunun sınırlarının belirlenmesinde öncelikle sözleşmede taraflar arasındaki anlaşmaya ve burada getirilen hükümlere bakılması gerekir<sup>95</sup>. Çünkü, sözleşmede normalin altında yada üstünde bir özen borcu kararlaştırılmış olabilir. Sözleşmede kararlaştırılan özen derecesi, tarafları ve hakimi bağlar<sup>96</sup>.

İzveren,<sup>97</sup> "sözleşme hükümleri" kavramını geniş yorumlamakta, "sözleşme ile görülmüş üstlenilen işin niteliklerini" de söz konusu kavram içerisinde değerlendirmektedir. Bu durumda ise, iş görme borçlusundan

<sup>90</sup> Bkz., İkinci Bölüm, I-C.

<sup>91</sup> Bkz., İkinci Bölüm, I-C.

<sup>92</sup> TURANBOY, s. 70; DONAY,(Dürüstlük), s. 736; ŞENOCAK, s. 20; " vekalet sözleşmesinde özenle ifanın kapsamı birinci derecede sözleşme hükümlerine tabi olmasına..." ilişkin (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.) bkz., KARAHASAN, s. 1238.

<sup>93</sup> BK.m.321/III: İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktezi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden malumat derecesi ve mesleki vukufu kezalet istidat ve evsafı gözetilir."

<sup>94</sup> DONAY,(Dürüstlük), s. 736; ŞENOCAK, s. 20; " vekilin özenle ifasının kapsamı ikinci derecede Borçlar Kanununun 321. maddesinde yazılmış olan hükümlere tabidir..." hakkında, (Y.4.HD., 10/12/1971 T., 7466 E., 10466 K.), bkz., KARAHASAN, s. 1238.

<sup>95</sup> TURANBOY, s. 70; ŞENOCAK s. 20; DONAY, (Dürüstlük), s. 737; İZVEREN, s. 1311; SÜMER, s.63.

<sup>96</sup> (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.); (Y.4.HD., 10/12/1971 T., 7466 E., 10466 K.) sayılı kararlar için bkz., KARAHASAN, s. 1238.

<sup>97</sup> İZVEREN, s. 1311.

istenecek dikkat ve özen ile fikri ve bedeni yetenekler, görülmesi üstlenilen işin niteliğine ve yapısına göre değişecektir. Yazara göre, iş görme borçlusu, görmeyi üstlendiği işi, bu işin ait olduğu iş bölümü dahilinde ve işin gerektirdiği kalitede ifa ile yükümlü olup, uzmanlık alanına dahil olmayan bir alanda işin özenle ifası kendisinden beklenmemelidir<sup>98</sup>.

## 2. BK.m.321/III'deki Diğer Sınırlamalar

BK.m.321/III'e göre, iş görme borçlusundan istenen özenin ölçüsü hususunda sözleşmede bir açıklık yoksa, vekilin özen yükümü belli ölçülere göre tespit edilecektir. Bu ölçülerden birisi objektif diğeri ise sübjektif karakterlidir.<sup>99</sup>

### a. İşçinin Öğrenim Derecesi ve Mesleki Bilgi Derecesi

BK.m.321/III' de iş görme borçlusunun göstermesi gereken özenin derecesi konusunda "işçinin o iş için muktezi olan malumat derecesi ile mesleki vukufu"nın aranması gerektiğini şeklinde bir düzenleme vardır.

Bilgi derecesi ve genellikle belirli bir iş için istenilen mesleki vukuf, iş görme borçlusunun çalışma esnasında göstermesi gerekli özeninin ve sözleşme gereğince görmesi gereken işe uygun yeteneğinin ölçüsünü belirleyen etkenlerdir<sup>100</sup>. Doktrinde, bu objektif ölçüt olarak değerlendirilmektedir<sup>101</sup>.

Objektif ölçüt, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidini, güçlüğü ve gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilgi derecesini gösterir<sup>102</sup>.

BK.m.321 esas olarak objektif nitelikte bir özen ölçüsü ortaya koymaktadır. Buna göre iş görme borçlusu, kendi sübjektif durumundan bağımsız olarak, mensup olduğu uzmanlık alanına dahil olan ortalama

<sup>98</sup> İZVEREN, s. 1312.

<sup>99</sup> TANDOĞAN, s. 200; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 88; DONAY, (Dürüstlük), s. 737; ŞENOCAK, s. 20.

<sup>100</sup> Örneğin, sıradan bir hizmetkar olarak alınan bir kimseye, bir marangozun yapabileceği tamir işleri verilir ve bu nedenle de bir zarar ortaya çıkarsa, bundan dolayı işçinin sorumlu olmaması gerekir., bkz., İZVEREN, s. 1318.

<sup>101</sup> TURANBOY, s. 70; YAVUZ, s. 424; BİLGE, s. 217.

<sup>102</sup> TANDOĞAN, s. 200; TURANBOY, s. 85; YAVUZ, s. 598; DONAY, (Dürüstlük), s. 738; ŞENOCAK s. 20; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 88, ÖZKAYA, s. 389; Bu konuda (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.); (Y.4.HD., 10/12/1971 T., 7466 E., 10466 K.) sayılı kararları için bkz., KARAHASAN, s. 1238.

düzeydeki bir iş görme borçlusunun aynı şartlar altında seçeceği hareket tarzına uygun surette dikkat ve özen gösterme borcu altındadır<sup>103</sup>.

Buna göre görülecek iş, oldukça fazla özen, dikkat, yetenek ve bilgi gerektiriyorsa ve bu durum sözleşmede kararlaştırılmış veya soyut sözleşme ilişkisinin yapısına göre mevcut farz edilebiliyorsa, iş görme alacaklısı iş görme borçlusundan bu dikkat ve özeni beklemelidir<sup>104</sup>.

Objektif özen, aynı ağırlıkta ve nitelikte tek bir özen değildir. Objektif özen ölçüsünün eşitliği, nitelik ve büyüklük bakımından aynı ya da benzer olan durumlarda söz konusu olur. Başka bir ifadeyle, aynı nitelik ve büyüklükteki bir vekalet, vekilin göstermesi gereken özeni göstermeyen vekil özen borcunu ihlal etmiş sayılır<sup>105</sup>. Dolayısıyla, özen derecesinin tayininde her somut olayın özelliklerinin göz önünde tutulması gerekir<sup>106</sup>.

Objektif ölçüt gereğince, uzman vekiller, kendi mesleklerinden beklenebilen özen ve bilgiden sorumludurlar. Bu bağlamda vekillerin, genellikle bilinen ve kabul edilen kaide ve usulleri bilmesi gerekir<sup>107</sup>. Çünkü, vekillik kural olarak zorunlu bir görev değildir, dolayısıyla, yapılacak iş niteliği gereğince, işçide özel bir vasıf ve kabiliyet aranmasını gerektiriyorsa ve işi görecektir kişi de bu bilgiyi taşımıyorsa o işi üzerine almaması gerekir. Aksi durumlarda işi görme borçlusu iş görme alacaklısına karşı sorumlu olmalıdır. Buna bağlı olarak da iş görme borçlusu "gerekli bilgi ve yeteneğe sahip olmadığını" ve "vekalet verenin de bundan haberdar olduğunu" ileri sürerek sorumluluktan kurtulmamalıdır<sup>108</sup>.

Özen derecesinin tayininde rol oynayan bir başka etken de ücretli iş görmelerde özen borcunun objektif ölçülere göre mi yoksa sübjektif ölçülere göre mi tayin edileceği hususudur.

<sup>103</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 393; DONAY, (Dürüstlük), s. 738; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 117; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 89; ADAY, s. 420; Bu konuda yönetici vekillerin "müdebbir (tedbirli) bir şirket idarecisi gibi hareket etmeleri gerektiğine" ilişkin (Tic.D. 16/12/1962 N. 4545/4384) sayılı kararı için bkz., ABD., 1963/1, 123.

<sup>104</sup> YAVUZ, s. 598; İZVEREN, s. 1318; TURANBOY, s. 70.

<sup>105</sup> YAVUZ, s. 598; ÇAMOĞLU, (Özen), s. 401; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 88.

<sup>106</sup> ERTAŞ, K., s. 33.

<sup>107</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 738; ŞENOCAK, s. 20; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 90.

<sup>108</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 738; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 91; ÇAMOĞLU, (Özen), s. 401; TANDOĞAN, s. 201; OLGAÇ, s. 857; ADAY, s. 421.



Çamoğlu<sup>109</sup>, BK.m.321'in, esas olarak objektif bir özen ölçüsü ortaya koyduğunu, diğer taraftan da bazı sübjektif unsurlara önem attığını savunmakta ve bu yorumdan hareketle ücretli iş görmelerde özen borcunun tayininde ilkenin objektif olarak takdir olunması gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre, kanun koyucu ücret alan vekilin gördüğü işteki özeninin ölçüsünün objektif olmasını arzu etmiş ve , "menfaat karşılığı külfet" formülünü uygulamıştır<sup>110</sup>.

Tandoğan da ücretli iş görmeleri, özen derecesinin tayininde rol oynayan objektif bir etken olarak kabul etmekte ve özellikle yüksek ücretli iş görmelerde gösterilecek özenin, ücretsiz iş görmelere göre daha çok olması gerektiği görüşündedir<sup>111</sup>. Ancak, vekalet sözleşmelerinde "güven unsuru" olması nedeniyle ücretsiz vekaletlerde "sorumluluğun hafifletilmesi anlayışının dar yorumlanması gerektiğini de belirtmektedir<sup>112</sup>.

Aral'ın görüşüne göre ise, vekaletin ücretsiz olması gösterilecek özenin derecesini etkilemez; sadece tazminatın belirlenmesinde (BK.m.98/1) göz önünde tutulur<sup>113</sup>.

Vekalet sözleşmesinde diğer iş görme sözleşmelerine nispeten daha yoğun olan güven unsuru dikkate alındığında özen borcu konusunda ücretli ücretsiz ayrımı yapmak vekaletin niteliğine uygun düşmemektedir. O halde, vekaleti ücretsiz ve ücretli vekalet olarak ayırmak yerine, vekilin özen borcunun ölçüsünü her durumda objektif olduğunu kabul edip, ücretsiz vekaletlerde özen borcuna aykırılık durumunda vekilin tazmin sorumluluğunu hakkaniyete göre tespit etmek daha doğru olur. Nitekim, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, konuya ilişkin olarak önene gelen bir uyuşmazlıkta "...davalı ücretsiz olarak vekalet işlerini gördüğünden, sorumluluğun hakkaniyete dayanan bir sorumluluk olacağı...ve

---

<sup>109</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 399.

<sup>110</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 399; İZVEREN, s. 1318; AKGÜN, s. 1412.

<sup>111</sup> TANDOĞAN, s. 200; İZVEREN, s. 1318; YAVUZ, s. 598; AKGÜN, s. 1412.

<sup>112</sup> TANDOĞAN, s. 200.

<sup>113</sup> ADAY, s.421.

BK.m.98/II'nin ve BKm.43'ün uygulanması gerektiği..." şeklinde karar vermiştir<sup>114</sup>.

## **b. İşverence Bilinen veya Bilinmesi Gereken İşçinin Yetenek ve Nitelikleri**

BK.m.321/III'de iş görme borçlusunun göstermesi gereken özen hususunda;"iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden istidat ve vasıflarının" gözetilmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>115</sup>.

"istidat ve vasıflar", iş görme borçlusunun kişiliğine ilişkin sübjektif karakterli unsurlardır. istidat, belirli bir iş veya mesleği yapabilmek için gerekli olan bedeni ve fikri kuvvetlerin toplamıdır. Kanunun kastettiği anlamda iş görme borçlusunun vasıfları ise, çalışkanlık ve işe bağlılık gibi şahsi özelliklerdir. Kanunun kullandığı her iki kelime ile iş görme borçlusunun geniş anlamda bedeni ve fikri nitelikleri anlatılmış olup, bu unsurlar topluca iş görme borçlusunun "iş görme yeteneğinin" kalitesini belirlerler<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Y.13.HD., 5/2/1991 T., 1990/7902 E., 1991/1070 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 17, S. 5, Mayıs 1991, s. 731.

<sup>115</sup> BK.m.321/III, İsv.BK.m.328/III'den farklı tercüme edilmiştir (bkz.,ÇAMOĞLU, (Özen),s.400; TURANBOY, s. 70). Nitekim mehz İsv.BK.m.328/III'de bu ölçünün tayininde, işçinin malumat ve mesleki vukuf derecesi (objektif unsur) ile iş sahibince bilinen istidat ve vasıflarına (sübjektif unsur) göre takdir söz konusudur (bkz.,BİLGE, s. 188; İZVEREN, s. 1313; ÇAMOĞLU, (Özen), s. 400). Görüldüğü gibi mehz metne göre iş sahibinin bilgisi sadece "işçinin şahsi istidat ve vasıfları" noktasında rol oynamakta, işçinin bilgi ve mesleki vukuf derecesi konusunda iş sahibinin bilgi sahibi olup olmaması önem taşımamaktadır. Oysa BK.m.321/III'ün ifadesi iş sahibinin, işçinin "malumat ve mesleki vukufu" konusundaki bilgisinin de özen derecesinin tayininde rol oynayacağı intibarı uyandırmaktadır. Buna göre, iş görme edimi alacaklısı mesleki yetersizliğini, sübjektif olarak yetersizliğin ve bilgisizliğin bilinmesi durumunda, özen borcunun sınırlarını daraltmak gerekir (bkz., ÇAMOĞLU, (Özen), s. 400-401).

Çamoğlu'na göre BK.m.321/III'ün de mehz madde anlamında yorumlanması menfaatler dengesine daha uygundur (bkz. ÇAMOĞLU, (Özen), s. 401). Çünkü bu takdirde örneğin ruhsat sahibi vekillerde faaliyet icrası için gerekli mesleki bilgi ve vukufarı hususunda vekalet verenin bildiği veya bilmesi gereken vasıflar özen derecesinin takdirinde dikkate alınmayacak, ölçü yine objektif olacaktır. Sadece vekillerin vekalet veren tarafından bilinen "şahsi vasıf ve istidatları" özen borcunun tayininde göz önünde tutulabilecektir. Tespit olunan bu esaslar gereğince, tahsili ve mesleki deneyimi olmayan bir kimseye vekalet verildiği durumlarda vekilin özen borcunu ihlal etmesi halinde bu iş için gerekli bilgi ve tecrübeye sahip bulunmadığını ileri süremeyecektir. Yine bu vekil, vekalet verenin, mesleki bilgi ve eğitim durumunu bile bile kendisine vekalet verdiği savunmasını da yapamayacaktır (bkz., ÇAMOĞLU, (Özen), s. 400; TANDOĞAN, s. 201). Buna karşılık yukarıda da ifade olduğu gibi, vekilin vekalet veren tarafından bilinen (veya bilinmesi gereken) şahsi vasıf ve istidatları göz önünde tutulacaktır. Şu halde, örneğin, çok yaşlı veya hastalıklı bir kimse, bir anonim şirkete yönetim kurulu üyesi olarak vekil tayin edilmişse, bu üye, kendisine verilen ve daha çok bedeni güce dayanan bir işte, kendisinden daha fazla bir özen beklenemeyeceğini ileri sürebilecektir (bkz., ÇAMOĞLU, (Özen), s. 400).

<sup>116</sup> İZVEREN, s. 1313.

BK.m.321/III hükmüne göre iş görme borçlusunu, karşı edimini ifa ederken kendisinde bulunan ve iş görme alacaklısının bildiği veya bilmesi gerektiği istidat ve vasıfları ile uygun olan işleri görmekle yükümlüdür. İş görme alacaklısı, iş görme borçlusundan daha yüksek derecede bir özen göstermesini beklememelidir<sup>117</sup>. İş görme alacaklısının, iş görme borçlusunda yukarıda ifade edilen normal niteliklerin dahi olmadığını bilmesine rağmen ona iş gördürmüş ise, iş görme borçlusunun ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmaması gerekir<sup>118</sup>.

BK.m.321/III hükmü ile getirilen bu ölçüt sübjektif ölçüt olarak adlandırılmaktadır. Sübjektif ölçüt, iş görme borçlusunun, iş görme alacaklısı tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin hesaba katılmasını gerektirir<sup>119</sup>.

Özen borcunun sınırlarının belirlenmesinde objektif ve sübjektif ölçütün birlikte değerlendirilmesi gerekliliği kabul edilmektedir<sup>120</sup>. Yani, iş görme borçlusunun göstermek zorunda olduğu özenin ölçüsü, yalnız somut iş ilişkisinin gereklerine göre değil, işverenin bildiği veya bilmesi gerektiği iş görme borçlusunun bireysel yetenek ve özelliklerine göre de belirlenmelidir<sup>121</sup>. Ancak bazı yazarlar, vekalet sözleşmesindeki güven unsurunu ve vekilin kişiliğinin taşıdığı önemi neden göstererek özellikle resmi bir ruhsatnamenin alınmasını gerektiren uzmanlıklarla alakalı vekaletlerde, sübjektif kıstasa dayanma olanağının çok az olduğu ileri sürüyorlar<sup>122</sup>.

Gerçekte sübjektif ölçüler devlet tarafından bir ruhsat verilmesi gerekmeyen işlere daha uygundur<sup>123</sup>. Diplomalı ve ruhsatlı kişilerin, bilgi ve yeteneklerindeki farkına varılması gerekli eksikliği ileri sürerek sorumluluktan

---

<sup>117</sup> İZVEREN, s. 1318.

<sup>118</sup> İZVEREN, s. 1318.

<sup>119</sup> ŞENOCAK, s. 20; YAVUZ, s. 598; TURANBOY, s. 85; DONAY, (Dürüstlük), s. 737; TANDOĞAN, s. 201; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 88; ÖZKAYA, s. 398; (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.); (Y.4.HD., 10/12/1971 T., 7466 E., 10466 K.), bkz., KARAHASAN, s. 1238.

<sup>120</sup> TURANBOY, s. 70; BİLGE, s. 217; YAVUZ, s. 425; TUNÇOMAĞ, (Özel Hükümler), s. 849.

<sup>121</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 427.

<sup>122</sup> TANDOĞAN, s. 201; YAVUZ, s. 598; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 88; İYİMAYA, s. 292.

<sup>123</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 738; TANDOĞAN, s. 201.

kurtulamaması gerekir; çünkü, devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartların özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşıdığı kabul ediliyor<sup>124</sup>.

### c. Mesleki Risk

İş görme borçlusundan beklenen özenin ölçüsünü belirlemede göz önünde tutulması gereken hususlardan birisi de, görülen işin tehlikeli ve zarar doğurmaya elverişliliğidir<sup>125</sup>.

Tehlikeli ve zarar doğurmaya elverişli işler, iş görme borçlusunun gereken bütün özeni göstermesine karşın, kusur işlemesine yol açabilecek nitelikte işlerdir<sup>126</sup>.

Tehlikeli ve zarar doğurmaya elverişli işlerde dikkat çeken ilk özellik, özenli bir iş görme borçlusunun bile küçük bir takım dikkatsizlikler ve hatalar yapması ihtimalinin var olabilmesidir.

Tehlikeli ve zarar doğurmaya elverişli işlerde dikkat çeken ikinci bir özellik ise kusurun hafif olmasına karşın, meydana gelen zarar miktarının çok yüksek olabilmesidir<sup>127</sup>.

Türk-İsviçre Hukukunda borçlunun kusuru ile sebebiyet verdiği zararın tamamen tazmini gerekmektedir (BK.m.96). Ancak, tehlikeli ve zarar doğurmaya elverişli işlerde bu hükmü katı bir surette tatbik etmek, menfaatler dengesine

<sup>124</sup> TANDOĞAN, s. 201; YAVUZ, s. 598; İZVEREN, s. 1313; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 88; İYİMAYA, s. 292; Bir kısım yazara göre, BK.m.356/1'in ve BK.m.390'nın iş görme borçlusu olan işçinin özen borcunu düzenleyen BK.m.321/III hükmüne yollamada bulunmasına rağmen, diğer iş görme sözleşmelerinde edim borçlusunda beklenen bu özellikler, sözleşmenin kurulması aşamasından itibaren garanti edilemez. Örneğin, Eser Sözleşmesinde müteahhidin özen borcu bakımından, her ne kadar işçinin özen borcuna yollamada bulunulmuşsa da, iş sahibinin işten müteahhit kadar anlamaması bilgi sahibi olamaması nedeniyle özen borcu, işçiden daha ağır olarak değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, müteahhit, işçiden farklı olarak iş görme alacaklısından daha bağımsız hareket edebilir. Bkz., TURANBOY, s. 70; YAVUZ, s. 71.

<sup>125</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 92.

<sup>126</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 280; Frankfurt Eyalet İş Mahkemesi, 1956 tarihli bir kararında tehlikeli ve zarar doğurmaya yatkın işleri şöyle açıklamaktadır. " Sorumluluğun hafifletilmesi, işçinin, işin yerine getirilmesinde ve bütün çalışma süresi boyunca aynı yükseklikteki yoğun gayret ve dikkati göstermesi gereken tehlikeye yatkın işlerde söz konusu olur; çünkü, bu dikkatin (ister yoğunluk, ister çevrenin etkisiyle) gevşemesi halinde, işçinin ücretine oranla aşırı ölçüde büyük olan zararlar, derhal meydana gelir. Böyle zararlar son bir tahlilde kişinin yetmezliğine (devamlı yoğun gayretin olanaksızlığına) dayanırlar ve bu sebeple az çok kaçınılmazdırlar. Eğer müteşebbis böyle bir işi bizzat yerine getirmeye çalışsaydı, o da keza bu kusurlu harekette bulunabilecekti. Öyleyse o, bu iş için başkasını çalıştırdığından daha iyi bir durum elde edememelidir. Böyle zararlar daha çok genel müteşebbis rizikosuna dahildir." Bkz., AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 426.

<sup>127</sup> SOYER, s. 388; AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 426.

aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle tehlikeli ve zarar doğurmaya elverişli işlerde iş görme borçlusunun sorumluluğunun sınırlandırılması gerektiği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. Bu görüşlere uygun olarak önce Almanya, sonra da İsviçre, mevzuatlarında bu yönde hükümler getirmişlerdir<sup>128</sup>.

Bizim hukukumuzda şu ana kadar söz konusu değişiklikler paralelinde düzenlemeler yapılmamıştır. Ancak, Yargıtay'ın "mesleki risk" faktörünü dikkate alarak iş görme borçlusunun sorumluluğunun sınırlandırılması yoluna gittiğini söyleyebiliriz. Nitekim Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi bir uyuşmazlıkta<sup>129</sup>,

"...olayda her ne kadar işverenin alması gereken bir tedbirin bulunmadığı ve dolayısıyla işverenin kusurlu olmadığı anlaşılmakta ise de miras bırakan (işçi) yer altında motor kullanmaktadır. Yorucu çalışma yükü altında zaman zaman dikkatinin azalacağı ve bunun da işin mahiyetine bağlı tehlike hali oluşturacağı hayatın olağan akışı içerisinde benimsenmesi gerekir bir durumdur."

şeklinde karar vererek "mesleki risk" kavramına müracaat etmektedir.

Tehlikeli ve zarara yatkın işlerde iş görme borçlusunun neden olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunun hafifletilmesi yoluna gidilmesinin en önemli nedeni, bu tür işlerde üzerinde iş görülen maddenin çoğu zaman tehlikeli olmasından kaynaklanmaktadır<sup>130</sup>.

Ancak bir işin baştan sonuna kadar tehlikeli ve zarara elverişli olduğunu önceden kabul etmek yanlış olur. Önemli olan, zararın meydana geldiği anda işin tehlikeli ve zarara yatkın bir karakter ve özellik arz edip arz etmediğidir. Buna karşılık, tamamen tehlikesiz olan işlerde bir zarar oluştuğu zaman, zararın meydana geldiği andaki koşullar, tehlikeli ve zarara yatkın bir durum arz edebilir.

<sup>128</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 427; SOYER, s. 386; İsviçre Borçlar Kanununda 1971 yılında yapılan revizyonla mesleki risk kavramı getirilmiş ve tehlikeli ve zarar doğurmaya elverişli işlerde işçinin özen sorumluluğunun sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Bu revizyondan sonra İsv.BK.m.321/II şöyledir: " işçiye düşen ihtimamın derecesi ferdi sözleşme ilişkisine göre belirlenir, mesleki riziko, o iş için gerekli olup işverenin bildiği veya bilmesi gereken tahsil derecesi veya bilgisi yetenek ve niteliği nazara alınır.", bkz., ERTAŞ, K., s. 35., 25'nolu dipnottan naklen.

<sup>129</sup> (YDHD., 17/09/1984 T., 6827E., 7702 K.) sayılı kararı için bkz., Yasa Hukuk Dergisi, C. 8, S. 9, Eylül 1985, s. 1271; (Y.9.HD., 19/12/1969 T., 8903 E., 11732 K.) sayılı kararı için bkz., AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 435.

<sup>130</sup> Örneğin, bir atom santralinde, tehlikeli bir madde olan uranyum ile uğraşan bir iş görme borçlusunun işinin zarar yaratmaya yatkın bir iş olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde günde yüzlerce tabak-çanak yıkayan bir bulaşıkçının günün birinde birkaç tabak kırması ihtimalinin de var olduğu unutulmamalıdır., bkz., AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 429.

Örneğin devamlı surette tekdüze bir işin yapıldığı bir işte işçi, saatler sonra dikkatini kaybedebilir<sup>131</sup>. Şu halde yapılması gereken, her olayın özelliğine bakmak ve ona göre sorumluluğun sınırlandırılması yoluna gitmektir<sup>132</sup>.

İşçinin sorumluluğunun mesleki risk nedeni ile hafifletilebilmesi için, işin tehlikeli niteliği ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması, zararın diğer herhangi bir nedenden değil, işin tehlikeliliğinden doğmuş bulunması gerekir<sup>133</sup>.

Hizmet sözleşmesinde mesleki risk kavramı nedeni ile sorumluluğun sınırlandırılmasına karşın; acaba, vekalet ilişkisinde mesleki risk kavramı nedeni ile sorumluluğun sınırlandırılması yoluna gidilebilecek midir? Çünkü, vekaletin kendisine has özellikleri vardır. Diğer taraftan vekilin özen borcunun ölçüsünde hizmet sözleşmesine yapılan atıf konusunda da doktrinde tartışmalar vardır<sup>134</sup>.

Akman, iş görme borçlusunun bağımsız hareket edebildiği durumlarda "mesleki risk" kavramına dayanılarak sorumluluğunun sınırlandırılması yoluna gidilemeyeceğini savunmaktadır<sup>135</sup>.

YHGK, bir uyuşmazlıkta " hekim ile ölen hasta arasında akdi bir bağ bulunduğu takdirde, hekim BK.nın 96. maddesi gereğince kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini kanıtlamak zorunluluğundadır" kararını vermiştir. Söz konusu kararla Yargıtay, tedavi sözleşmesinde ve buna bağlı olarak vekalet ilişkilerinde sorumluluğun hiç bir şekilde hafifletilemeyeceğini ortaya koymuştur<sup>136</sup>.

Bize göre de vekillerin gördükleri iş ne kadar riskli olursa olsun (bu meslek tehlikeli ve zarara elverişli olsa bile) uymaları gereken özen derecesinin ağır olması gerekir. Çünkü, bu kişiler yaptıkları işin şartlarını bizzat ayarlayabilirler, düzenleyebilirler ve bunları değiştirebilirler. Oysa işçi işveren ilişkisinde işçi, işverene olan bağımlılığı nedeniyle kendisine verilen işin

<sup>131</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 430; SOYER, s. 388.

<sup>132</sup> SOYER, s. 388.

<sup>133</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 429; SOYER, s. 388.

<sup>134</sup> Bkz., İkinci Bölüm, I-E.

<sup>135</sup> Örneğin serbest çalışan bir doktorun tehlikeli bir beyin ameliyatını başarısızlıkla bitirmesi durumunda olduğu gibi., bkz., AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 430.

<sup>136</sup> (YHGK., 28/6/1978 T., 976/4-3496, 696 K.) sayılı kararı için bkz., KÖPRÜLÜ, s. 611.

koşullarına ve durumuna hakim değildir ve bunları değiştiremez. İşçi, işverene olan bağımlılığı nedeniyle, tehlikeli koşullarda ve durumlarda işi yapmaktan kaçınmamaktadır<sup>137</sup>.

### **§ III. VEKİLİN ÖZEN BORCUNUN VEKİLİN VEKALETTEN KAYNAKLANAN DİĞER BORÇLARI İLE İLİŞKİSİ**

Vekilin özen borcu, vekilin vekaletten kaynaklanan diğer borçları ile sıkı bir şekilde ilişki içerisinde. Çünkü, vekilin bu borcu asli edim borcu niteliğindedir<sup>138</sup>. Dolayısıyla vekil diğer bütün borçlarını yerine getirirken özenli bir şekilde davranmalıdır. Aksi durum sözleşmeye aykırılık nedeni ile sorumluluğunu gerektirir.

#### **A. Vekilin Özen Borcunun Vekilin Sadakat Borcu ile İlişkisi**

BK.m.390/II ye göre, “vekil, müvekkile karşı vekaleti hüsnü suretle ifa (sadakat ve özen ile ifa)<sup>139</sup> ile mükelleftir.

Sadakat, en genel kapsamı ile birine içten bağlılık olarak tanımlanabilir. İçtenlik, bu duyguların yürekten hissedilmesi demektir<sup>140</sup>. Sadakat borcu gereği olarak, vekilin vekalet ifası sırasında ve vekalet bittikten sonra, kendisine karşı duyulan güvene uygun olarak, vekalet verenin menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesi içinde koruması gerekir. Başka bir deyimle, vekil sadakat borcu gereği olarak, vekalet verenin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek davranışlardan ise kaçınmakla yükümlüdür<sup>141</sup>.

Sadakat borcu, vekaletin nasıl yerine getirileceği konusunda sözleşmede açık bir hüküm bulunmasa ve vekalet verenin herhangi bir talimatı bulunmasa da yine zorunlu olarak ortaya çıkar. Vekil, vekalet verenin ön planda gerçek ve

<sup>137</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 430; SOYER, s. 391.

<sup>138</sup> Vekilin özen borcunun asli edim borcu niteliğinde olması hakkındaki açıklamalarımız için bkz., İkinci bölüm, I-C.

<sup>139</sup> Bkz., İkinci Bölüm, I-D.

<sup>140</sup> ERTAŞ, K., s. 7.

<sup>141</sup> TANDOĞAN, s. 198; YAVUZ, s. 608; ADAY, s. 417; DONAY, s. 739; HATEMİ, s. 417; KARAHASAN, s. 1233.

muhtemel iradesini ve ikinci planda da menfaatini göz önündü tutarak ve bunları birbiriyle bağdaştırmaya çalışarak işi görmelidir<sup>142</sup>.

Sadakat borcu da, özen borcu gibi ifa borcunu tespit eden bir kriterdir. Fakat sadakat sırf ifaya ilişkin değildir. Sadakatsizlik, vekalet sözleşmesinin ifasının tamamlanmasından sonra da devam edebilir<sup>143</sup>. Başka bir ifadeyle, özen borcu, işin görülmesi sona erince, ortadan kalktığı halde, sadakat borcu ve bu borçtan doğan sır saklama borcu iş bittikten sonra da devam eder<sup>144</sup>. Bir doktor gizli tutulması gerekli bir hastalığı iyileştirmiş olsa bile, bunu başkalarına açıklarsa, bu yüzden doğan maddi ve manevi zarardan sorumlu olur. Özen borcunun yerine getirilmemesi, gereği gibi ifaya olan menfaatin; sadakat borcunun yerine getirilmemesi ise, beslenen güvenin boşa çıkmasından doğan zararın tazminini gerektirir<sup>145</sup>.

## **B. Vekilin Özen Borcunun, Vekilin Vekalet Verenin İradesine, Özellikle Onun Talimatına Uygun Hareket Etme Borcu ile ilişkisi**

BK.m.389/1'e göre, " vekil, müvekkilinin sarıh olan talimatına muhalefet edemez. Ancak hal icabına göre müvekkilinden mezuniyet istihsaline imkan olmamakla beraber şayet imkan olup da istizan olunsaydı müvekkilin muvafakat edeceği derkar bulunan hususlarda, inhiraf edebilir."<sup>146</sup>

Bu hükümden vekilin kendisine tevdi edilen işi, vekalet verenin iradesine uygun olarak yapmakla yükümlü olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>147</sup>. Söz konusu irade ya açık talimat şeklinde kendisini gösterir ya da muhtemel irade şeklinde

<sup>142</sup> TANDOĞAN, s. 198.

<sup>143</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 739.

<sup>144</sup> TANDOĞAN, s. 199; YAVUZ, s. 608; ADAY, s. 417; DONAY, (Dürüstlük), s. 739; KARAHASAN, s. 1234.

<sup>145</sup> TANDOĞAN, s. 199.

<sup>146</sup> Bu hükmün avukatlar hakkında da uygulanacağından kuşku duyulmamalıdır. Ancak, alelade vekilin "vekalet verenin talimatlarına uyma borcu" ile avukatın iş sahibinin "talimatına uygun hareket etme borcu" arasında fark gözetilmesi gereği açıktır. Her şeyden önce avukatın bağımsızlığını düzenleyen hükümler böyle bir farklılık gözetilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu çelişkiye dikkat çeken Rinsche, avukatın, iş sahibinin ne vasisi ne de kölesi olduğunu belirtiyor., Bkz., Aday, s. 155.

<sup>147</sup> TANDOĞAN, s. 216; YAVUZ, s. 604; ADAY, s. 424; ÖZKAYA, s. 363; OLGUÇ, S. 113; AKGÜN, s. 1410.



gösterir. Muhtemel irade, özellikle şartların değişmesi ve vekalet verenin vaktinde açık talimat alınması olanağı bulunmaması halinde hesaba katılır<sup>148</sup>.

Talimat, vekalet verenin vekalet sözleşmesinin kurulmasından sonra vekile gördüreceği işi nasıl gördüreceğini belirten tek taraflı, varması gerekli olan, yenilik doğurucu nitelikte ve vekilin kabulüne gerek olmayan bir irade açıklamasıdır<sup>149</sup>.

Talimatla vekaletin sözleşmeden veya işin mahiyetinden çıkan kapsamına çeşitli açılardan bir sınırlama getirilmektedir. Böylece vekaleten icrası tarzının özellikleri daha somut bir şekilde belirlenir<sup>150</sup>. Bununla birlikte vekalet veren, -vekalet sözleşmesinin kurulmasından sonra- bu hakkını, işin görülmesi tarzı üzerinde varolan anlaşmaların sınırları içerisinde kullanmalıdır. Tek taraflı talimatla vekaletin muhtevası değiştirilemez ve kapsamı genişletilemez<sup>151</sup>.

Bir vekalet sözleşmesinde vekalet verenin işin nasıl görüleceği hususunda mutlaka talimat vermesi gerekmez. Zaten vekilin uzmanlığına giren bir işin görülmesinde vekalet verenin talimat verebilme olanağı çok sınırlıdır. Bu gibi hallerde ancak olumsuz yönde bir talimat verme durumu olabilir<sup>152</sup>.

Vekalet verenin işin görülmesi tarzı hakkında talimat vermediği ya da verme imkanının olmadığı durumlarda, vekilin nasıl hareket etmesi gerektiği onun sadakat ve özen borçlarından çıkarılabilir<sup>153</sup>. Gerçekten de BK.m.390/II'ye

<sup>148</sup> TANDOĞAN, s. 216; YAVUZ, s. 604; ÖZKAYA, s. 363.

<sup>149</sup> TANDOĞAN, s. 218; YAVUZ, s. 604; Aday, s.155; ÖZKAYA, s. 363; DONAY, (Dürüstlük), s. 731; Aral'a göre talimat verme, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliği taşımaz. Zira talimat, yerine getirilmeden önce geri alınabilir ve değiştirilebilir., Bkz., ADAY, s. 424.

<sup>150</sup> Örneğin vekalet verene ait bir malın mümkün olan en iyi koşullarda satılması için vekalet sözleşmesi yaptıktan sonra, vekalet verenin vekile vereceği bir talimatla belli bir tutarın altında satış yapılmamasını, satışın belli bir süre içinde veya belli bir yerde veya belli bir şart gerçekleştiği takdirde yapılmasını isteyebilir.

<sup>151</sup> TANDOĞAN, s. 218; YAVUZ, s. 604; ADAY, s. 425; ÖZKAYA, s. 363; DONAY, (Dürüstlük), s. 731.

<sup>152</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 731; TANDOĞAN, s. 219; ÖZKAYA, s. 363; OLGAÇ, s. 114.

<sup>153</sup> Örneğin A'nın küçük kızı H'nin yetiştirmesi amacıyla Ankara'da bulunan öğretmen T ile bir sözleşme yapmak için B'ye vekalet verdiğini düşünelim. Ankara'ya giden B, T'nin ahlaki olarak biraz düşük olduğunu ve fakat R adındaki öğretmenin gerek bilgi gerekse ahlaki olarak üstün bir seviyede bulunduğunu öğrenmesi üzerine R ile hemen sözleşme yapması durumunda vekilin bu hareketi vekalet verenin talimatına uyma borcuna aykırılık teşkil etmediği gibi özen borcuna da uygunluk teşkil eder., Bkz., AKGÜN, s. 1410; "vekil, müvekkilinin ön planda gerçek ve muhtemel iradesini göz önünde tutarak işi görmelidir. Vekilin nasıl hareket etmesi gerektiği onun sadakat ve özen borcundan çıkarılır. Vekil işi sadakatla yani müvekkilin yararlarını en iyi koruyacak bir biçimde ve özenle görmesine ilişkin..." Y.13.HD., 17/4/1986 T., 1986/1770 E., 1986/2340 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.XIII, S.4, Nisan

göre vekil işi "iyi surette" yani vekalet verenin menfaatlerini en iyi koruyacak biçimde ve özenle görmelidir<sup>154</sup>. Talimat, işin görülmesi tarzı hakkında sadakat ve özen borçlarından çıkan, objektif ve bir ölçüde soyut direktiflerin yerini alan vekalet verenin sübjektif ve somut direktifleridir<sup>155</sup>.

Vekalet verenin yanılarak veya yanıltılarak talimat verdiğini bilen veya bilmesi gereken vekil, -böyle bir hüküm olmamakla beraber- sadakat ve özen borçları gereğince bu talimata uymamalı ve vekalet vereni yanılgısı hakkında uymalıdır<sup>156</sup>. Aynı şekilde, tehditle verildiğini bildiği veya bilmesi gereken talimatı da, bu yüzden vekalet verenin önemli bir zarara uğraması tehlikesi yoksa yerine getirmemelidir. Bunun gibi, irade bozukluğuyla sakat olan talimatı, bu bozukluğun farkına varması gerektiği halde yerine getiren vekil, sadakat ve özen borçlarına aykırı hareket ettiği için BK.m.390'a ve böylece vekaletin sınırları dışına çıkmışsa vekaletsiz iş görmeye ilişkin BK.m.411/III'e göre sorumlu tutulabilir<sup>157</sup>.

İrade bozuklukları nedeniyle geçersiz olan veya farkında olunmadan amaca elverişsiz bir biçimde verilmiş olan talimata kötü niyetle uyan vekil de geçerli ve amaca elverişli olan talimata uymayan vekil gibi sorumlu tutulmalıdır. Başka bir ifade ile, irade bozukluğunu veya amaca elverişsizliği bilmesi gereken vekil talimata uymamalıdır. Bu gibi durumlarda talimata uyması onu sorumluluktan kurtarmaz. Aksine sorumluluk altına sokar<sup>158</sup>.

---

1987, s. 578-579; Bu konuda ayrıca , (Y.3. HD. 9/9/1985 T., 2552 E., 5380 K.) sayılı kararı için bkz., YKD., 1985, C. 11, s. 1779.

<sup>154</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 731;TANDOĞAN, s. 219; ÖZKAYA, s. 363; " işin görülmesinde özen göstermeyen vekil, Borçlar Kanunu madde 394/I deki deyimle vekaleti 'usulü dairesinde' ifa etmemiş sayılır. Yine anılan yasanın 390/II maddesinde sadakat ve özenle ifayı kapsar. Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile yükümlüdür. Ayrıca Borçlar Kanunu madde 389/I de, vekilin, kendisine tevdi edilen işi, müvekkilinin iradesine uygun olarak yerine getirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Vekil sadakat borcunun bir gereği, müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek her türlü girişimlerden kaçınmak zorundadır. Vekaletnamede verilen 'dilediği bedelle dilediği kişilere satış yetkisi' az yukarıda açıklanan yasa maddelerindeki vekilin sorumluluğunu kaldıran sınırsız bir yetki olarak kabul edilemez. Vekil, müvekkilinin ön planda gerçek veya muhtemel iradesini göz önünde tutarak işi görmelidir. Vekilin nasıl hareket etmesi gerektiği onun sadakat ve özen borcundan çıkarılır. Vekil işi sadakatle yani müvekkilinin yararlarını en iyi koruyacak biçimde ve özenle görmesine..." ilişkin (Y.13.HD., 17/4/1986 T., 1770 E., 2340 K.) sayılı kararı için bkz., YKD., 1987, C. 13, s. 578.

<sup>155</sup> TANDOĞAN, s. 219; ÖZKAYA, s. 363.

<sup>156</sup> TANDOĞAN, s. 224; Aday, s. 156; ÖZKAYA, s. 364.

<sup>157</sup> Tandoğan'a göre, irade bozukluğuyla sakat talimata uyma vekalet sınırları içerisinde kalmışsa BK.m.390, bu sınırlar dışına çıkmışsa BK.m.411/III uygulanmalıdır., bkz., TANDOĞAN, s. 224.

<sup>158</sup> TANDOĞAN, s. 228.

Talimatlar doktrinde emredici, ihtiyari ve yol gösterici olmak üzere üç guruba ayrılmaktadır<sup>159</sup>.

Emredici talimat, sıkı şekilde uyulması ve hiçbir zaman aykırı davranılmaması gereken niteliklerdeki talimatlardır<sup>160</sup>. Talimat emredici bir nitelik taşır ve vekalet veren, talimatın amacına uygun olmadığı ve yapıldığı takdirde özen borcuna aykırılık oluşturulacağı hususunda uyarılmasına rağmen, onun yerine getirilmesinde ısrar ederse, özellikle uzmanlığı gerektiren bir vekalette, vekil istifa ederek bu talimatı yerine getirmekten kurtulabilir<sup>161</sup>.

İhtiyari (=yedek, tamamlayıcı) talimat, vekile sadece genel olarak yol gösterir ve onun takdirine göre vekalet verenin menfaatine daha iyi bir şekilde koruyabilmek için bundan ayrılmasına izin verir. İhtiyari talimattan uzaklaşan vekil, seçtiği yolun seçiminde gerekli özeni göstermediği durumda BK.m.390'a göre sorumlu tutulabilir<sup>162</sup>.

Yol gösterici talimatta vekile, genel olarak değil, belli bir hal göz önünde tutularak talimat verilmiş olup şartlar değişirse veya talimat zamanında iyice takdir edilemeyen bir hal sonradan aydınlanacak olursa, kendisinin bu talimattan uzaklaşma hakkı açıkça veya zımnen saklı tutulmuştur<sup>163</sup>. Yol gösterici talimatta, bu talimatlardan ayrılmak mümkün olduğu için, ancak vekalet verenin menfaati olmadığı durumlarda haksız ayrılmadan bahsedilebilir. Vekalet verenin menfaatinin nasıl tespit edileceği, BK.m.390'a göre belirlenir. Vekaleti özenle ve dürüstlikle yerine getirmesi gereken vekil, ihtiyari talimatlardan ayrılırken bu kurallara uygun olarak hareket etmelidir<sup>164</sup>.

Vekalet verenle vekil arasındaki güven ilişkisi, emredici talimat dışında, vekilin vekaleti, vekalet verenin gerçek isteğine göre yürütmesi zorunluluğunu yaratır. Bu nedenle vekil, durumun değişmesi karşısında, talimatın vekalet

<sup>159</sup> TANDOĞAN, s. 224; YAVUZ, s. 604; Aday, s. 155; ÖZKAYA, s. 365; OLGAR, s. 113; Donay, ihtiyari talimatla yol gösterici talimatı aynı kategoriye koymaktadır., bkz., DONAY, (Dürüstlük), s. 730.

<sup>160</sup> TANDOĞAN, s. 225; YAVUZ, s. 604; ÖZKAYA, s. 365; OLGAR, s. 113.

<sup>161</sup> TANDOĞAN, s. 225; Hatemi, emredici talimatın özen borcuna aykırılık teşkil ettiği durumlarda vekilin mutlaka istifa etmesi gerektiğini belirtiyor., bkz., HATEMİ, s. 418.

<sup>162</sup> TANDOĞAN, s. 228; YAVUZ, s. 604; ÖZKAYA, s. 365.

<sup>163</sup> TANDOĞAN, s. 226; YAVUZ, s. 604; ÖZKAYA, s. 365; DONAY, (Dürüstlük), s. 734.

<sup>164</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 734.

verenin gerçek iradesine uygunluğunu yitirdiğini görürse, talimatın sözü ile bağlı kalmayarak, gerekli tedbirleri almalıdır. BK.m.390/II, vekile vekaleti özenle ifa ödevini yüklediğinden, olaylara uygunluğunu yitirmiş olan talimattan yapmak, vekil için hem bir yetki, hem de bir borçtur<sup>165</sup>.

Talimatın verilip verilmediği konusunda ispat yükü, talimatın olup olmamasından bir lehine bir menfaat iddia eden tarafa aittir<sup>166</sup>.

### C. Vekilin Özen Borcunun Vekilin Sır Saklama Borcu İle İlişkisi

Borçlar Kanununda bu konuda açık bir hüküm olmamakla beraber, karşılıklı güven ilişkisinin ve sadakat borcunun bir sonucu olarak, vekil vekaletin icrası dolayısıyla öğrendiği vekalet verene ait sırları saklı tutmakla yükümlüdür<sup>167</sup>. Dolayısıyla vekil, vekaletin özenle yerine getirilmesi için lüzumlu olan veya olabilecek bütün sırları saklamak ve vekalet verenin yararına olan veya olabilecek sırları da açıklamak borcu altındadır.

Vekilin vekalet sözleşmesinden doğan sır saklama borcu yanında, mesleklerine ilişkin bir iş gören vekiller için , sır saklama kamu hukukundan doğan ve ceza müeyyidesi ile sağlanmış bir yükümlülük olarak da kendisini gösterir(TCK.m.198)<sup>168</sup>.

<sup>165</sup> OLGAÇ, s. 114.

<sup>166</sup> UMAR/YILMAZ, s. 120; Vekalet sözleşmesinde iş sahibinin talimatı bulunup bulunmadığı konusunda, Yargıtay'ın çeşitli ihtimalleri de tartıştığı bir kararına göre: "Müvekkil olan davalı, savunmasında, umumi vekili olan davacıya icra kovuşturması için direktif vermediğini bildirmiştir. Vekilin elinde bulunan genel vekaletname ile müvekkil adına icra kovuşturması yapması durumunda, iç ilişkiler yönünden ve uyumsuzluğu önlemek üzere genellikle özel bir yetki aldığı, bu yetkinin kovuşturma konusunda gerekli talimattan ibaret bulunduğunu belgelendirmesi icap eder. Çünkü, uyumsuzluk halinde talimatın o yolda verildiğinin ispatı vekile düşer. Ancak olayda olduğu gibi, kovuşturmaya esas olan belgenin vekile verilmiş olması, kovuşturma talimatının da verildiğinin karinesini sayılır. Bu halde ispat yükü müvekkile düşer, fakat vekil ve müvekkil kovuşturmaya esas olan belgenin önceden beri vekilde durduğunda birleşmişlerdir. Buna rağmen, vekil, kendisine telefon ile kovuşturma talimatı verildiğini ileri sürmekte, ispat yükünü üzerine alacak yeni bir olay sürmüştür. Bu durumda, kendisine ayrıca talimat verildiğini ileri sürdüğü olay dolayısıyla ispat yükümlüsü durumundadır. O halde mahkemenin bu özel durum itibarıyla davacıya kovuşturma talimatı verildiğini ispat ettirmesi gerektiğine ilişkin..." Y.4.HD., 12/11/1965 T., 7441/5786 sayılı kararı için bkz., UMAR/YILMAZ, s. 120, ayrıca aynı karar için bkz., MÜDERRİSOĞLU, S. 303, bu karar ile Yargıtay herkesin kendi lehine olan durumları ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir.

<sup>167</sup> TANDOĞAN, s. 230; YAVUZ, s. 608; ÖZKAYA, s. 390 DONAY, (Dürüstlük), s. 740.

<sup>168</sup> TANDOĞAN, s. 226; YAVUZ, s. 607; ÖZKAYA, s. 390. Meslek Sırrını İfşa suçunu düzenleyen TCK.m.198'e göre; " Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırda vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse...cezalandırılır.

TCK.m.198'deki genel düzenlemenin dışında, bazı mesleklerde çalışanların sır saklama yükümlülüklerini öngören ve cezai müeyyide taşıyan özel kanun hükümleri de vardır.

Av.K.m.36/I'e göre, "avukatların kendilerine tevdi edilen veya... avukatlık görevi...dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır."

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. Maddesine göre: " tabip, diş tabibi, meslek ve sanatının icrası sebebiyle bildikleri sırları kanuni mecburiyet olmadıkça açıklayamazlar." Ancak, eşine, baba ve annesine veya çocuğuna hastanın sırlarını açıklamak gerekiyorsa, vekaletin özenle ifası için bunları açıklamak gerekir<sup>169</sup>.

1512 Sayılı Noterlik K.m.54 gereğince de "noter ve noter katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar.

7126 Sayılı Bankalar Kanunu m.74 de de "sıfat ve vazifeleri dolayısıyla vakıf oldukları bankaya veya bankanın müşterilerine ait sırları salahiyetli mercilerden gayrısına ifşa eden banka mensupları ile sair vazifelilerin" cezalandırılacağı belirtilmiştir.

#### **D. Vekilin Özen Borcunun Vekilin İşi Kendisi Yapma Borcu İle İlişkisi**

Vekalette güven unsurunun taşıdığı önem nedeniyle, vekil, kural olarak, sözleşmenin konusu olan işi şahsen yapmakla yükümlüdür (BK.m.390/III). Ancak, bu kuralın üç istisnası vardır.

Vekalet veren tarafından vekilin başkasını tevkil etmesine açıkça veya zımnen rıza gösterilmiş olması hali bu istisnalardan ilkinin teşkil eder<sup>170</sup>. Vekalet veren, vekilin işi başkasına bıraktığını biliyorsa ve buna da rıza gösteriyorsa, hem vekilin kendisi yerine başkasını koyması hukuken kabul edilebilir bir nitelik

<sup>169</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 740

<sup>170</sup> Zımnen rıza gösterildiği, işin mahiyetinden de çıkarılabilir. Örneğin, vekile, ikamet ettiği yerden uzakta bulunan malların da idaresi bırakılmışsa, böyle zımni bir rızanın varlığı kabul edilmelidir., bkz., TANDOĞAN, s. 236.

arzeder, hem de vekilin yerini alan, vekalet verene karşı bu vekalet ilişkisine dayanan doğrudan doğruya talep hakkına sahip olur<sup>171</sup>.

Vekilin kendisi yerine bir başkasını vekil olarak atmasına, örf ve adetin izin vermesi durumu da ikinci istisnayı oluşturur<sup>172</sup>. Bazı hallerde vekilin kendisi yerine bir başkasını vekil olarak tayin etmesi sadece örfün gereği olmayıp aynı zamanda vekilin işi özenle yerine getirme borcunun da doğal bir sonucudur<sup>173</sup>. Tatile giden bir doktorun devamlı hastaları için yerine başka bir doktoru bırakması örf ve adetin bir gereğidir. Ancak çoğu zaman bu gibi durumlarda hasta, operatörün veya tatile giden vekilin yerini alan doktorun tedavisine rıza göstermekle alt vekalet asıl vekalet haline dönüşür<sup>174</sup>.

Bir ruhsatı gerektiren işlerde, vekil işi başkasına yaptırmaya örf icabı yetkili olsa bile, bunu ancak ruhsat sahibi bir kimseye yaptırabilir<sup>175</sup>.

Vekilin başkasını tevkile halin gereklerine göre mecbur olması da vekilin işi şahsen ifa borcuna üçüncü bir istisna oluşturur<sup>176</sup>. Bazı hallerde bir başkasına tevkil veren vekil, tevkil ettiği vekilin eylemlerinden vekalet verene karşı, ancak onu seçmekte ve ona talimat vermedeki özen eksikliği nedeni ile sorumlu tutulabilir (BK.m.391/II) <sup>177</sup>.

---

<sup>171</sup> TANDOĞAN, s. 236.

<sup>172</sup> Örneğin, kıymetli evrak alım satımında diğer bir borsadaki komisyoncunun, eşya taşımada ara taşıyıcının, bir senedin tahsili için tahsili alan banka tarafından kendi şubesi olmayan yerde başka bir bankanın tevkili örf ve adete uygundur.

<sup>173</sup> Örneğin bir iç hatalıkları uzmanın cerrahi bir müdahale gerektirdiği durumda bir operatöre başvurması durumu gibi.

<sup>174</sup> TANDOĞAN, s. 237.

<sup>175</sup> TANDOĞAN, s. 237.

<sup>176</sup> Örneğin aniden hastalanan vekilin gecikmesinde tehlike olan bir işin yapılması için başkasına vekalet vermesi; yabancı bir ülkede yürütülecek bir davada, o ülke kanunlarına göre dava takibine yetkili olmayan avukatın oranın avukatlarından birini tevkil etmesi; yabancı bir ülkedeki bir kimseye ait parayı veya kıymetli evrakı inançlı olarak kendi adına bankaya yatıran vekilin ağır bir hastalık sonucu ölümünden önce, vekalet verene haber verip onun yeni bir avukat tayin etmesi için yeterli vakit olmadığından, başka birisine inançlı vekalet vermesi gibi.

<sup>177</sup> Örneğin bir vasiyeti tenfiz memuru, kendisi avukat değilse, vasiyetle ilgili davalar için bir avukata vekalet vermek zorunda kalacaktır. Vasiyet yapan ölmüş olduğu için onun bu konuda rızasını alamayacak, tayin ettiği avukatın eylemlerinden, mirasçılara karşı, ancak onu seçmekte ve ona talimat vermedeki özen eksikliği nedeniyle sorumlu tutulabilecektir., bkz., TANDOĞAN, s. 238.

Yukarıda sayılan üç istisnai durumda vekilin kendisi yerine bir başkasını koyması (=ikame etmesi) durumu söz konusu olur<sup>178</sup>.

## 1. Vekilin Kendisi Yerine Bir Başkasını Koymasının Çeşitleri

### a. Alt Vekalet

Alt vekalet vekilin vekaletten doğan borçlarının ifası için kendi adına yaptığı bir sözleşme ile başkasının tevkil etmesi halidir (BK.m.390/III ve BK.m.391)<sup>179</sup>.

Alt vekaletin varlığı halinde, vekil ile vekalet veren arasındaki vekalet sözleşmesi devam eder. Buna karşın, alt vekil ile vekalet veren arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak, BK.m.391/III uyarınca, vekalet veren, vekilin alt vekile karşı sahip olduğu bütün hakları alt vekile karşı ileri sürebilir. Alt vekil ise, vekalet verenin alt vekilin gördüğü işe icazet verip onunla asli vekalet ilişkisine girmediği, alt vekil ona karşı vekalet sözleşmesine dayanan bir takipte bulunamaz. Çünkü, alt vekilin vekalet sözleşmesi yalnızca birinci vekildir<sup>180</sup>.

Vekil, vekalet giren bazı işlerin ifasını yardımcı kişilere bırakabilir. Bu durumda taraflar arasında bir alt vekalet ilişkisinin mi, yoksa BK.m.100 anlamında yardımcı kişilerin mi varlığından söz edileceği hususuna ilişkin olarak doktrinde bir takım kıstaslara başvurulmak suretiyle tespitlerde bulunulmuştur.

Esasında alt vekil, vekille vekalet veren arasındaki vekalet sözleşmesinden doğan borcun ifası kendisine tevdi edildiği için bir çeşit yardımcı kişidir. Ancak, BK.m.391 bakımından alt vekilin, özellikle vekilin kendi adına yaptığı bir sözleşme ile, vekalet sözleşmesinin kendisine yüklediği ve şahsen yerine getirilmesi önemli olan edimlerin tamamının veya bir kısmının bağımsız surette yapılması için tevkil ettiği kimseleri ifade ettiği sonucuna varılır<sup>181</sup>. Buna

<sup>178</sup> Vekilin kendisi yerine bir başkasını koyması ile vekalet giren bazı işlerin ifasını yardımcı kişilere bırakmasını karıştırmamak gerekir. Vekilin yardımcı kişi kullanması, BK.m.390/III'de öngörülen koşullara bağlı olmayıp, yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğu hakkında BK.m.100 hükmü uygulanır. Vekilin kendisi yerine bir başkasını koyması durumunda ise, sorumluluk hakkında BK.m.391 hükmü uygulanır., bkz., TANDOĞAN, s. 238.

<sup>179</sup> TANDOĞAN, s. 238; ERLÜLE, s. 259.

<sup>180</sup> TANDOĞAN, s. 239; ERLÜLE, s. 260; YAVUZ, s. 192; UYGUR, s. 518.

<sup>181</sup> Örneğin, bir avukatın yazılarını daktilo yazan sekreteri kişisel bakımdan önemli bir iş görmediğinden yardımcı kişi durumunda; avukat yerine davaya giren bir başka avukat ise, gördüğü işte kişiliğin önemi

göre, vekilin kendi yerine başka birini ikame etmesi hali ile üçüncü bir kişinin yardımından istifade etmesi halini birbirinden ayırdetmek lazımdır. Vekil, BK.m.390'da öngörülen şartlara tabi olmadan bir yardımcıdan her zaman istifade edebilir. Bu şekilde vekilin yardımcı kişi kullanması halinde yardımcı kişilerin fiilinden sorumluluğu BK.m.391 hükmüne değil, BK.m.100'e tabidir<sup>182</sup>.

## **b. İkame Vekalet**

Vekilin yerine başkasını koymasının diğer bir şekli, onun kendi adına değil, vekalet veren adına yaptığı bir sözleşme ile vekaletten doğan borçların ifasını başkasına tevdi etmesi suretinde kendini gösterir. Bu durumda, vekil ile kendisine vekalet verilen vekil arasında bir vekalet ilişkisi doğmazken; asıl vekalet veren ile vekil yerine geçen kişi arasında bir vekalet sözleşmesi kurulur. Bunun için ilk vekilin kendisine vekalet vereni doğrudan doğruya temsil yetkisinin bulunması veya vekalet verenin böyle bir sözleşmeye sonrada icazet vermesi gereklidir<sup>183</sup>. Buna ikame vekalet denilmektedir<sup>184</sup>.

İkame vekaletinde de vekalet veren ile ilk vekil arasında aksi kararlaştırılmadıkça, ikameye rağmen, ilk vekilin sorumluluğu devam eder. Ancak, "hukuken uygun olan ikame vekaleti"nde bu sorumluluk hafifletilmiştir.

## **2.Vekilin Yerine Bir Başkasını Koyması Durumunda Sorumluluk**

### **a. Hukuken Uygun Olmayan Yerine Başkasını Koyma Halinde Vekilin Vekalet Verene Karşı Sorumluluğu**

BK.m.391/1'e göre, "vekil salahiyeti haricinde başkasını tevkil ettikte onun fiilinden kendisi yapmış gibi mesul olur". Bu hüküm hukuken uygun olmayan bütün ikame hallerinde yani alt vekalette ve ikame vekalette uygulanabilir. Bu durumda vekil, vekalet veren ile arasındaki sözleşmeye aykırı hareket etmiş olur

---

büyük olduğundan alt vekil durumundadır. aynı şekilde bir ameliyatta aletleri operatöre veren hemşire yardımcı kişi, operatörün ani rahatsızlığı nedeni ile ameliyatı kendisine bıraktığı meslektaş; alt vekil niteliğindedir., bkz., TANDOĞAN, s. 240; ERLÜLE, s. 261.

<sup>182</sup> ERLÜLE, s. 261.

<sup>183</sup> YAVUZ, s. 193; BİLGE, s. 294; ERLÜLE, s. 261.

<sup>184</sup> İkamenin bu dar anlamını (İkame vekaletini), alt vekaleti de içine alan geniş anlamıyla (ikame) karıştırmamak gerekir., bkz., TANDOĞAN, s. 241.



ve bunun bütün sonuçlarından, bu arada yerine geçen kişinin eyleminden doğan zarardan, bu kişinin kusuru olmasa bile sorumlu olur<sup>185</sup>.

Vekil, kendi yerini alan kimsenin davranışında kendisi bulunsaydı, bu davranış özen borcuna aykırı sayılacak idiye, ondan doğan zarardan sorumlu olacaktır. Yani, vekilin yerini alan kişinin özen borcunu gereği gibi yerine getirip getirmediği tespit edilirken, o kişinin değil, ilk vekilin kişiliği ve nitelikleri göz önüne alınacaktır<sup>186</sup>. Vekilin yerine geçen kişi, bizzat vekilden beklenebilecek özeni göstermiş ve buna rağmen vekaletten dilenen sonuç ortaya çıkmamışsa, vekil, ikame hukuken uygun olmamakla beraber, sorumlu tutulamaz. Diğer taraftan, ikame hukuken uygun olmamakla birlikte, vekilin yerine koyduğu kişi vekaleti özenli bir şekilde gereği gibi yerine getirmişse, bir sorumluluk ortaya çıkmaz<sup>187</sup>.

Vekilin BK.m.391 anlamında sorumluluğunun gerçekleşmesi için, yerine geçen kişinin kusurlu olması şart değildir. Maddenin birinci fıkrasının lafzı itibarıyla vekilin sorumluluğu ikame edilen kişinin kusurlu eylemleriyle sınırlandırılmış gibi gözükmemekte ise de, sadece vekilin kusurlu bir davranışı (yani yetkisi olmadığı halde yerine başkasını ikame etmesi) araya girmesi nedeni ile vekalet verenin başına gelen umulmadık olay, vekilin borçtan kurtulması sağlamaya yeterli değildir. Çünkü kaza, vekilin kusuruna da bağlıdır<sup>188</sup>.

## **b. Hukuken Uygun Olan Yerine Başkasını Koyma Durumunda Vekilin Vekalet Verene Karşı Sorumluluğu**

BK.m.391/II'ye göre, "vekil başkasını tevkile salahiyyettar olduğu takdirde, yalnız salahiyyetini kullanırken ve talimat verirken takayyüd<sup>189</sup> ve ihtimam göstermekle mükelleftir". Bu hükmün de hukuken uygun olan bütün ikame hallerinde, yetkiye dayanmak kaydıyla uygulanması mümkün olduğu kabul

<sup>185</sup> TANDOĞAN, s. 244; ERLÜLE, s. 262; UYGUR, s. 518; YAVUZ, s. 193.

<sup>186</sup> Örneğin, hukuken uygun olmayan şekilde kendi yerine bir tıp öğrencisi koyan tecrübeli hekim, öğrencinin bir öğrenciden değil, tecrübeli hekimden beklenen özeni göstermemesi nedeni ile sorumlu kılınır.

<sup>187</sup> TANDOĞAN, s. 245; YAVUZ, s. 193; ERLÜLE, s. 262.

<sup>188</sup> YAVUZ, s. 193; ERLÜLE, s. 262; UYGUR, s. 518.

<sup>189</sup> Özen gösterme, bağlanma, kayıtlama, bkz., YILMAZ, (Sözlük), s. 860.

edilmektedir<sup>190</sup>. BK.m.391/II hükmü gereğince, vekil, yerine koyduğu kişiyi seçmekte ve ona talimat vermekteki özenden sorumludur<sup>191</sup>.

Şu halde vekil, hukuken uygun olan ikamede, gerekli nitelikleri taşımayan birini seçtiği durumda, ona eksik veya yanlış talimat verdiği takdirde kendisine düşen özen borcunu gereği gibi yerine getirmemiş sayılır. Buna karşılık vekil, yerini alan kimseyi gözetim altında bulundurmamak ve onu denetlemekle yükümlü değildir. Çünkü, ikinci vekil ile vekalet veren arasında vekalet sözleşmesi kurulur. Ancak, vekalet veren vekile yerine başkasını koymasının yetkisi verirken, ona bu kimseyi denetlemesini şart değildir<sup>192</sup>. Diğer taraftan, vekilin yerine geçecek kimseyi seçme ve ona talimat vermekten dahi sorumlu olmayacağına ilişkin şart geçerli olarak sözleşmeye konulamaz. Çünkü, BK.m.391/II hükmü emredici bir hüküm olup edimi ifade vekilin özen göstermeyeceğinin kabulü, vekaletin niteliği ile çelişki haline düşebilir<sup>193</sup>.

### c. Alt Vekilin Vekalet Verene Karşı Sorumluluğu

BK.m.391/III'e göre, vekilin hukuken uygun olmayan veya olan biçimde kendi yerine koyduğu kişiye karşı haiz olduğu bütün hakları, vekalet veren de doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir. Bu hüküm, sadece alt vekalet şeklindeki ikame hallerinde uygulanabilir<sup>194</sup>.

BK.m.391/III'ün , alt vekaletteki pratik faydaları şöyle sıralanabilir. Alt vekalet halinde vekil ile alt vekil arasında bir vekalet ilişkisi varken alt vekil ile vekalet veren arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Eğer bu hüküm olmasaydı ve alt vekil, vekil ile arasındaki sözleşmeye aykırı hareket edip asıl vekalet veren de bundan bir zarar görmüş olsaydı vekalet veren alt vekile karşı sözleşmeye dayanan bir tazminat davası açamayacak, vekalet verenin ancak

<sup>190</sup> TANDOĞAN, s. 245.

<sup>191</sup> Görüldüğü gibi, hukuken uygun olan yerine başkasını koyma halinde, vekilin kendisi yerine koyduğu kişinin eylemlerinden sorumluluğu, yine vekilin BK.m.100 gereğince alelade yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğuna oranla hafifletilmiştir. BK.m.100 hükmünde, vekil BK.m.391/II' dekinin aksine, kurtuluş kanıtı getirme olanağını tanımamaktadır., bkz., TANDOĞAN, s. 245.

<sup>192</sup> Ancak bu şart, vekilin zorunluluk örneğinin hastalık nedeni ile başkasını yerine koyduğu durumlarda geçerli olmaz.

<sup>193</sup> TANDOĞAN, s. 246; UYGUR, s. 519; BERKİ, s. 164.

<sup>194</sup> TANDOĞAN, s. 248, UYGUR, s. 519.

kendi vekiline karşı tazminat davası açma hakkı olacaktır. Fakat hukuken uygun olan bir ikame karşısında bulunuluyorsa vekil, alt vekili seçmekte ve ona talimat vermekte kusuru olmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilirdi. Böylece vekalet verenin zararı tazmin edilemeyecekti.BK.m.391/III, vekalet verene , vekil ile alt vekil arasındaki sözleşmeden doğan talep haklarını ileri sürmek olanağını tanımakla bu gibi durumlarda vekalet verenin zararını alt vekile tazmin ettirebilmesini mümkün kılmaktadır<sup>195</sup>.

BK.m.391/III'e göre, vekalet veren kendisinin vekile karşı haiz olduğu hakları değil, ancak vekilinin alt vekilden talep edebileceği hususları doğrudan doğruya alt vekile karşı ileri sürebilir. Vekalet veren alt vekilden vekaletin gereği gibi ifasını ve vekaletin iyi ifa edilmemesinden doğan zararının tazmini talep edebilir. Bunun yanında alt vekili azledebilir, ondan hesap isteyebilir, vekaletin ifası nedeni ile aldıklarını kendisine vermesini talep edebilir<sup>196</sup>.

## **E. Vekilin Özen Borcunun Vekilin Hesap Verme Borcu İle İlişkisi**

BK.m.392 de "hesap verme" kenar başlığı altında, "vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe...mecburdur" hükmü düzenlenmiştir. Vekilin hesap verme borcu, başkasına ait bir işin görülmesinin doğal sonucudur<sup>197</sup>.

Hesap kavramı, vekalet kavramı kadar geniş bir çerçevede yorumlanamaz. Vekalet yalnız iş dediğimiz, bir konunun idaresiyle ilgili kalmayıp, her türlü iş görme vekaletine konu teşkil edebileceğine göre, buradaki hesap kelimesi kesinlikle alacak verecek hanelerinde rakamların tümü demek olan ticari anlamda ele alınmamalıdır<sup>198</sup>. O halde vekilin hesap verme borcunu geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki grupta ele almak gerekir.

Geniş anlamda hesap verme borcunun ilk görüntüsü bilgi verme borcudur. Vekalet verenin, işe başlanıp başlanılmadığını, işin nasıl

<sup>195</sup> TANDOĞAN, s. 249; ERLÜLE, s. 264.

<sup>196</sup> TANDOĞAN, s. 250 vd.

<sup>197</sup> "...Vekil, vekillik verene hesap verme ve aldığını ona vermekle yükümlü olmasına ilişkin...", Y.13.HD., 22/9/1977 T., 1977/3354 E., 1977/4053 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. IV, S. 5, Mayıs, 1978, s. 762-763.

<sup>198</sup> OLGAÇ, s. 139; AKGÜN, s. 1417.

yürütüldüğünü ve sonuçlandırıldığını bilmeğe ihtiyacı vardır. Hesap verme borcu, geniş anlamda, genel bir bilgi verme yükümlülüğü olarak kendisini göstermektedir<sup>199</sup>. Söz konusu yükümlülük, vekalet sözleşmesinin kurulmasıyla ortaya çıkar ve mutlaka sözleşmenin yerine getirilmesine bağlı değildir. Sözleşmeyi ifaya hiç başlamadan istifa etmek veya işi başkasına devretmek niyetinde olan vekil, bu niyetini derhal vekalet verene bildirmelidir. Aksi halde doğacak zararı tazmin etmesi gerekir<sup>200</sup>.

Geniş anlamda hesap verme borcunun bir diğer görüntüsü, işe başladıktan sonra onun yürütülmesi durumu hakkında vekalet verene bilgi verilmesi biçiminde ortaya çıkar<sup>201</sup>.

BK.m.392/1 de hesabın "müvekkilin talebi üzerine" verileceğinden söz edilmekte ise de, vekil gerekiyorsa kendiliğinden de vekalet verene bilgi vermelidir<sup>202</sup>.

Geniş anlamda hesap verme borcunun üçüncü bir görünüşüne göre de vekil, vekalet verenden veya üçüncü kişilerden aldığı değerler ile kendi ücret, masraf ve tazminat alacakları hakkında hesap vermek zorunluluğundadır<sup>203</sup>. Bu zorunluluğa dar anlamda hesap verme zorunluluğu diyebiliriz. Bu borç, işin belli kısımlarının veya vekille vekalet veren arasında bir cari hesap ilişkisi varsa bu hesabın belli dönemlerde kapatılması zamanında kendisini gösterir<sup>204</sup>.

<sup>199</sup> TANDOĞAN, s. 258; YAVUZ, s. 610; ADAY, s. 427; ÖZKAYA, s. 540; OLGAÇ, s. 139.

<sup>200</sup> Örneğin bir avukat, vekalet verenin açmak istediği davanın kazanılması olasılığının bulunmadığı veya çok zayıf olduğu konusunda onu başlangıçta uyarmalıdır., Bkz.,TANDOĞAN, s.258.

<sup>201</sup> TANDOĞAN, s.259; AKGÜN, s. 1417.

<sup>202</sup> TANDOĞAN, s.259. Bir boşanma davasında karının avukatlığını üstlenen avukat, vekalet vereni, Alman Kanunlarının karının boşanmadan sonra da kocasının hastalık sigortasından yararlanmasına imkan tanıdığı hususunda aydınlatmamıştır. Karı bu sebeple sigorta şirketine zamanında başvuruda bulunmamış ve bu yüzden sigortadan yoksun kalmıştır. Karının avukatı dava etmesi üzerine OLG Hamm, avukatın, kendisine sorulmasa bile iş sahibini bu hususta aydınlatması gerektiğine hükmetmiştir., (OLG Hamm, 18/2/1987, 28U 64/87)., Bkz., Aday, s. 153.

<sup>203</sup> Vekil, yaptığı iş sırasında vekil edenin üzerine geçen bütün haklarını ödemek, vekil edenin adına veya yararına yaptığı tüm işlerden dolayı hesap verme zorunluluğundadır...avukat tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün masraflar ve harcamalar vekil eden tarafından karşılanır...vekilin, vekil eden adına yaptığı tüm işlemler vekil edenin hukuk alanında sonuçlar doğurur ve giderlerin vekil eden tarafından verilmiş olduğuna yasal karine teşkil etmesine ilişkin...", Y.13.HD., 6/4/1995 T., 1995/3145 E., 1995/3368 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.21, CS.8, Ağustos 1995, s. 1246-1247.

<sup>204</sup> TANDOĞAN, s.260; ÖZKAYA, s. 541.

Geniş anlamda hesap verme borcu, başlıca konusu ücret karşılığı bilgi verme olan vekalet sözleşmelerinde (banka istihbaratı, özel dedektife başvurma gibi) vekaletin özenle ifası borcuyla tek bir borç haline karışır<sup>205</sup>.

Geniş anlamda hesap verme borcu, vekalet verenin hukuki durumu ve haklarını kullanabilmesi için esaslı bütün olaylar hakkında tam ve gerçeğe uygun bilgi verme suretiyle yerine getirilmelidir. Vekil, hesap verme borcunu, vekil edenin yararlarını en iyi koruyacak biçimde özenle yerine getirmelidir. Hesap vermede gereği gibi özen göstermeyen vekil, vekilliği gereği gibi yerine getirmemiş sayılır ve sorumlu olur. Bu borç, vekilin sadakat ve özen borçlarının bir parçası durumundadır.<sup>206</sup>

## **F. Vekil Özen Borcunun Vekilin Vekaletin İfası Nedeniyle Aldıklarını Vekalet Verene Verme Borcu İle İlişkisi**

BK.m.392'nin kenar başlığında sadece hesap verme borcundan bahsedilmesine rağmen, bu borcun içerisinde "vekilin vekaletin ifası nedeniyle aldıklarını vekalet verene verme borcu" nun da bulunduğu kabul olunmaktadır<sup>207</sup>.

Alınanları teslim borcu, vekaletin konusu olan işi görme borcu gibi bir yapma borcu değil, bir verme borcudur. Vekil, vekaleti başarı ile ifa edememiş olsa ve kendisine bir özen eksikliği isnat olunmasa dahi, fiilen aldığı ve halen elinde bulunan şeyleri vekalet verene vermekle yükümlüdür<sup>208</sup>. Vekilin fiilen elinde bulunanları vermekle yükümlü olması yüzünden, onun bunları vermemesi halindeki sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu olarak kendisini gösterir. Buna

<sup>205</sup> TANDOĞAN, s.261.

<sup>206</sup> OLGAÇ, s. 139.

<sup>207</sup> Gerçekten de BK.m.392/1 de, " vekil, müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur." şeklinde bir düzenleme vardır. Bu düzenleme şeklinden, yalnız vekilin yapmış olduğu iş nedeniyle üçüncü kişilerden aldığı şeyleri vekalet verene vermekle yükümlü olduğu anlamı çıkar gibi görünmekte ise de, vekil, vekaletin ifası için vekalet verenden aldığı fakat kullanmadığı veya elinde kalan parayı (örneğin masraf avanslarını) veya şeyleri (örneğin satılmak için kendisine verilip satamadığı şeyleri) veya belgeleri (örneğin satılmayan taşınmazın tapu senedini) de vekalet verene vermekle yükümlüdür. Bkz., TANDOĞAN, s. 268; ÖZKAYA, s. 542.

<sup>208</sup> TANDOĞAN, s. 269; YAVUZ, s. 612; ÖZKAYA, s. 36, Bu konuda. " davalı vekil, kendisine tevdi edilen senetleri özenle muhafaza etmek zorunda olduğundan...kendisine verilen senetlerin muhafazası için gerekli özeni göstermediğinden bu senetlerin kaybolması sonucu davacının zararını tazminle yükümlü olduğuna..." ilişkin (Y.3.HD., 28/2/1986 T., 7687 E., 1497 K.), bkz., YKD., 1986, C. 12 s. 1279.

karşılık işin ifası borcundan doğan sorumluluk özen eksikliğine dayanan bir sorumluluktur<sup>209</sup>.

Alınanlar verme borcu çoğu zaman bir para borcu veya başka bir çeşit (nev'an muayyen olan şey) borcudur. Vekalet konusu işi görme borcu ise bir çeşit borcu sayılamaz. Örneğin tahsile ilişkin vekalette veya cari hesaba dayanan vekalette vekilin alınanları verme borcu bir para borcudur. Vekil kural olarak belli numaralı paraları değil, aldığı karışıl原因 bir tutarı vekalet verene vermekle yükümlüdür. Bu yüzden vekil, kusuru olmadan söz konusu paranın elinden çıkması tehlikesine (çaldırırsa veya bir dolandırıcıya kaptırırsa ya da yetkili olmayan bir kimseye ödemedede bulunursa) katlanmak zorundadır. Söz konusu durumlarda vekilin vekalet verene olan bu borcu ortadan kalkmaz<sup>210</sup>.

Vekalet veren, vekil tarafından alınan paranın kendisine teslim olunmasına ilişkin alacağıyla vekaletin özenle ifa edilmemesinden doğan tazminat alacağını, birlikte, belli bir para tutarına ilişkin tek alacak gibi ileri sürse bile, bu alacaklar kendilerine özgü hukuki niteliklerini korurular. Örneğin alınan paranın teslimine ilişkin alacak bir ifa alacağıdır ve bunun konusu olan para vekilin elinden kusuru olmadan çıkmış olsa dahi, paranın hasarı vekile ait olduğundan, vekil kusuru olmadığını kanıtlayarak, sözü geçen parayı ödemekten kurtulamaz. Buna karşılık, vekil tahsil etmesi gereken bir parayı tahsil edememişse, vekaleten gereği gibi ifa edilememesine ilişkin bir tazminat alacağı söz konusu olur ve vekil gereken özeni gösterdiğini kanıtlayarak bu tazminatı ödemekten kurtulabilir<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> "... Vekil, vekalet görevini iyi bir surette (özenle) yerine getirmek (BK.m.390) ve doğruluk kurallarına uygun olarak hesap vermekle (BK.m.392) yükümlüdür. Böyle olunca davalının taşınmazı değerine satmak ve sonunda vekil edeni davacıya hesap vererek aldığı satış parasını ödemek edimi bulunmaktadır. Bunu özenle yerine getirmemiş olması durumunda sorumlu olur...", Y.13.HD., 8/5/1984 T., 1984/2958 E., 1984/3537 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.XI, S.1, Ocak 1985, s. 78-79;

<sup>210</sup> TANDOĞAN, 269; ÖZKAYA, s. 542.

<sup>211</sup> TANDOĞAN, 275.

## § IV. VEKALET SÖZLEŞMESİNİN ÇEŞİTLİ TÜRLERİNDE ÖZEN BORCU

### A. Avukatlıkların Özen Borcu

#### 1. Genel Olarak

Avukat, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanabilmesinde hukuki bilgi ve deneyimlerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına yönelten, kamu hizmeti yapan ve bağımsız çalışan serbest meslek mensubu olarak tanımlanabilir<sup>212</sup>. Avukat, bu görevini yerine getirirken bir yandan bireyi savunmakta diğer yandan da kamusal nitelikte bir hizmet ortaya koymaktadır. Avukatın bu işlevi bir kısım hakların yanısıra bir takım yükümlülükler de içermektedir<sup>213</sup>.

Avukatın üstlendiği bu çeşitli yükümlülüklerden birisi de vekalet görevini özenle yerine getirme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük, "avukat-müvekkil ilişkisi" vekalet ilişkisi niteliğinde olduğundan, Avukatlık Kanununu (Av.K.) 34'üncü maddesi<sup>214</sup> yanında BK.m.390'da da düzenlenmiştir<sup>215</sup>. Ancak, avukatın göstermesi gereken özenin borcunun ölçüsünün tespiti noktasında Borçlar Kanununun vekilin özen borcunu düzenleyen hükümlerinin mi (BK.m.390 ve bu maddenin yaptığı atıf nedeniyle BK.m.321) yoksa avukatın özen borcunu düzenleyen Av.K.m.34'ün mü uygulanacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre<sup>216</sup>, avukatın özen borcunun ölçüsünde Av.K.m.34 yanında BK.m.390 ve onun yaptığı atıf neticesinde BK.m.321 hükmü, birlikte uygulanmalıdır. Buna bağlı olarak da özen borcunun ölçütünün tespitinde

<sup>212</sup> AKDOĞAN, s. 266; GÜNER, (Sözleşme), s. 301.

<sup>213</sup> AKDOĞAN, s. 266; GÜNER, (Özen), s. 557.

<sup>214</sup> Ak.m.34 (2/5/2001 tarihli Avukatlık Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 21.maddesine göre): Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğiince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Avukatlık Kanunu m.34'ün 2/5/2001 tarihinde değiştirilmeden önceki metni ise; "Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmekle yükümlüdürler." şeklinde idi.

<sup>215</sup> SUNGURTEKİN, s. 360.

<sup>216</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 737-738; GÜNER, (Sözleşme), s. 563.

objektif<sup>217</sup> ve sübjektif unsurlar birlikte değerlendirilecektir. Başka bir ifade ile, iş görme borçlusunun göstermek zorunda olduğu özenin ölçüsü, yalnız somut iş ilişkisinin gereklerine göre değil, işverenin bildiği veya bilmesi gerektiği iş görme borçlusunun bireysel yetenek ve özelliklerine yani öğrenim ve kültür derecesine, mesleki bilgisine ve diğer niteliklerine göre de belirlenecektir<sup>218</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise<sup>219</sup>, Vekaletin özenle ifası konusunda Av.K.m.34 özel bir düzenleme getirmiştir. Bu hüküm olmasaydı, BK.m.390'ın hizmet sözleşmesine ilişkin BK.m.321'e yaptığı atıf nedeniyle sübjektif kriterlerin uygulanması sonucunu yaratırdı. Av.K.m.34, avukat bakımından özeni objektifleştirmiştir. Dolayısıyla avukatın özen borcunun ölçütünün tespitinde BK.m.390'ın uygulama imkanı olamaz. Av.K.m.34 ise "mesleğin kutsallığı, doğruluk onur, saygı ve meslek kuralları" gibi kavramları içerisinde barındırdığı için bu konuda objektifleştirilmiş bir özen anlayışını benimsemek gerekir.

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında bir taraftan vekilin özen borcuna ilişkin BK.m.390'ın, işçinin özen borcunu düzenleyen BK.m.321'e yaptığı atıf nedeniyle, avukatın özen borcunun ölçüsünün tespitinde de söz konusu hükmün uygulama alanı bulacağı yani objektif ve sübjektif ölçütlerin birlikte uygulanması gerektiği yolunda görüş bildirmiş; diğer taraftan da avukatın özen borcunun ölçüsünü belirlerken ilk önce sözleşme hükümlerine bakmak gerektiğine karar vermiştir<sup>220</sup>. Yargıtay 4. HD. bir başka kararında<sup>221</sup> ise "yapılması gereken işin nevi ve ağırlığı için gerekli olan meslekî bilgi objektif sınırlamanın ölçüsünü belirleyecektir" şeklinde karar verilmiştir. Bu kararlar yüksek mahkeme avukatın özen borcunun ölçüsünün üstlenilen işin türüne göre değişiklik göstereceğini

<sup>217</sup> Objektif kıstas, sözleşme gereğince görülecek işin türü, güçlüğü, gerektirdiği öğrenim ve mesleki bilgi derecesini göz önünde tutar. Bu kıstasa göre iş gücü veya müvekkil için taşıdığı önem büyük olduğu oranda gösterilecek özen de fazla olmalıdır. Özel bir uzmanlığa ihtiyaç duyulan durumlarda vekil ya bir uzmana danışmalı ya da işi hiç üzerine almayıp müvekkili bir uzmana göndermelidir., bkz., TANDOĞAN, s. 199 vd.; MÜDERRİSOĞLU, s. 305. Sübjektif kıstas ise, işçinin işverence bilinen ve bilmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin hesaba katılmasını gerektirir., bkz., İZVEREN, s. 1308 vd.

<sup>218</sup> AKMAN, (İşçinin Sorumluluğu), s. 427.

<sup>219</sup> SUNGURTEKİN, s. 360; TANDOĞAN, s. 202; İYİMAYA, s. 292; ŞENOCAK, s. 21.

<sup>220</sup> (Y.4.HD.07/04/1980 T., 194 E., 4545 K.sayılı kararı için bkz., YKD., Y. 1980, S. 11, s. 1482); (Y.13.HD., 27/12/1990 T., 5425 E., 9339 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1993, S. 3, s. 497).

<sup>221</sup> (Y.4.HD., 22/2/1974 T., 3098 E., 865 K.) sayılı kararı için bkz., MÜDERRİSOĞLU, s. 305.



kabul etmiş gözükmele birlikte, bu konuda kesin bir ölçüt geliştirmemiştir<sup>222</sup>. En nihayetinde 4.HD. konuya ilişkin olarak verdiği bir kararda: "Avukatlık, meslek kuralları ve vekalet sözleşmesinin niteliği itibariyle gerek müvekkil ile olan ilişkilerde ve gerekse yargılama çalışmalarındaki tutum ve davranışlarıyla *yüksek özen göstermesi* zorunlu olan bir meslektir. Bu özen yalnız vekalet ilişkisi için değil, avukatlık mesleğinin güven ve saygınlığı için de gereklidir." şeklinde karar vererek daha çok objektif karakterli bir özen anlayışını benimsediğini belirtmiştir<sup>223</sup>. Konuyla ilgili olarak Federal Mahkeme ise "Avukatın özen borcunun ölçüsü sözleşme ilişkisinin içeriğine göre belirlenir. Avukatla yapılan vekalet sözleşmesinde özen borcunun ölçüsü avukatın kültür derecesi, mesleki bilgisi ve vekalet veren ile arasındaki güven ilişkisi göz önüne alınarak belirlenir." demek suretiyle avukatın özen borcunun sözleşmenin niteliğine göre belirleneceğini, fakat bunun sübjektif olarak sınırlanabileceğini belirtmiştir<sup>224</sup>.

Avukatın özen yükümlülüğü bakımından BK.m.390'ın uygulanmasını kabul, ruhsatla icra edilen ve belirli bir uzmanlığı gerektiren bir meslek sahibi olan avukatlar bakımından, sübjektif kriterlerin uygulanmasını da gerektireceğinden bu görüşler haklı olarak eleştirilmektedir<sup>225</sup>. Gerçekten de avukatlık unvanının elde edilmesinde hukuk fakültelerinden mezun olma şartı arayan Av.K.m.3/c ile, avukatlık sınavını başarmış olma şartı arayan Av.K.m.3/d ve avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış olma şartını arayan Av.K.m.3/e bendi göz önüne alındığında; özen borcunun belirlenmesinde sübjektif kıstasın ölçü alınmaması gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>226</sup>. Diplomalı ve ruhsatlı bir avukatın bilgi ve yeteneklerinde vekalet verence farkına varılması gerekli eksiklikler gerekçe gösterilerek sorumluluktan kurtulamaması gerekir. Çünkü bu durumda, devletin vermiş olduğu ve özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşıyan diploma ve ruhsatların hiçbir önemi kalmamaktadır. Dolayısıyla,

<sup>222</sup> Aday, s. 154.

<sup>223</sup> Y.4.HD., 21/09/1993 T., 6434 E., 10846 K. sayılı kararı için bkz., İYİMAYA, C. II, s. 365.

<sup>224</sup> "(BGE., 30. 9 58) SJZ 56. 1960. S. 78" karar metni için bkz., DONAY, (Dürüstlük), s. 738.

<sup>225</sup> ŞENOCAK, s. 20; SUNGURTEKİN, s. 360; TANDOĞAN, s. 202.

<sup>226</sup> Sadece avukatlık değil, hekimlik, mimarlık gibi mesleklerde de özen yükümlülüğü bakımından sübjektif kriterlere başvurulması doğru değildir. Aksi görüş için bkz., Y.4HD., 22/02/1974 T., 3098 E., 865 K., sayılı karar için bkz., MÜDERRİSOĞLU, s. 305; Y. 13.HD., 02/04/1987 T., 1670 E., 1955 K., sayılı karar için bkz., ABD., Y. 1987, S. 3, s. 4311.

avukatın özen yükümlülüğü belirlenirken tamamen objektif nitelikteki Ak.m.34'ün esas alınması gerekir<sup>227</sup>. Gerçektende bir avukatın haksız fiil sorumluluğunda objektifleştirilmiş bir kusur kavramına dayanılırken sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunda sübjektif kıstasa yer verilmesinin doğru bir izahı olamaz<sup>228</sup>.

Avukat, iş sahibine en iyi bir biçimde yardım etmek zorunda olan bir meslek mensubudur<sup>229</sup>. Avukat yüklendiği görevi, bu görevin kutsallığına yakışır bir biçimde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde ve meslek kurallarına uygun olarak hareket etmekle yükümlüdür (Av.K.m.34). Avukatın özen ve doğruluk yükümlülüğüne aykırı davranışı onun sorumluluğunu gerektirir<sup>230</sup>. Sorumluluk kapsamında; zararı tazmin borcu şeklindeki hukuki yaptırımların yanısıra Av.K.m.134 ve takip eden maddelerindeki disiplin işlem ve cezalarına tabi tutulma ve Türk Ceza Kanununun 230 ve 240'ıncı maddelerine göre görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarından cezalandırılma gibi ceza yaptırımları vardır<sup>231</sup>. Eğer avukatlar işlerini görürken bir suç işlemişlerse, söz konusu suçların takibi Av.K.m.59 hükmü gereğince Adalet Bakanlığı'nın iznine tabidir. "İzin" idari bir karardır ve Danıştay yoluna gidilebilir<sup>232</sup>.

Diğer taraftan, hakkında özel hüküm bulunmayan durumlarda avukatlık sözleşmesine, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektireceğinden avukatın buradaki sorumluluğu sonucun elde

<sup>227</sup> Aynı yönde, ŞENOCAK, s. 20; TANDOĞAN, s. 202; İYİMAYA, s. 292.

<sup>228</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 50-54.

<sup>229</sup> (Y.13.HD., 01/03/1991 T., 990/8301 E., 991/2325 K.) sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s. 563.

<sup>230</sup> Sorumluluk ve sorumluluğun koşulları konusunda bkz., MÜDERSİOĞLU, s. 53 vd.; SUNGURTEKİN, s. 360vd.

<sup>231</sup> Aday, s. 57; GÜNER, (Özen), s. 557; SUNGURTEKİN, s. 362; "Davayı açamayacağını, vekaletten ayrıldığını müdahile bildirmeyen, aldığı vekalet ücretini de geri vermeyerek davanın zamanaşımına uğramasına neden olan sanık avukatın, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 59/1 maddesi delaleti ile, TCK'nun 240.maddesine göre tecziyesi gerekmesine ilişkin" Y.4.CD.,29/03/1985 T., 2099 E., 2555 K. sayılı kararı için bkz., Hukuk Dünyası, Kasım 1991, s. 14; "Vekilin açtığı dava sırasında müvekkilin ölümü sonucu mirasçılardan vekalet almaya başvurması, vekalet vermeden kaçınmaları halinde ise davayı takip etmeme istekleri doğrultusunda davanın takip etmeyerek müracaata bırakılması mümkün iken davanın reddinin talep edilmesi, red kararının temyiz edilmemesi ağır kusur ve özensizlik olarak nitelendirilmesine ilişkin..." Y.13.HD., 27/04/1992 T., 3413 E., 3900 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1993., S. 3, s. 499.

<sup>232</sup> EREM, Soruşturma, s. 264-265.

edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı çalışmaların özenle yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluk olduğu unutulmamalıdır<sup>233</sup>.

## 2. Avukatlık Faaliyetine İlişkin Özen Borcunun Türleri

Av.K.m.34, alelade vekilin görevi özenle ifa yükümlülüğünden<sup>234</sup> daha kapsamlıdır. Dolayısıyla avukatın bazı yükümlülükleri kanunda düzenlenmese de Av.K.m.34'ün yorumu ile tespit edilebilir. Bu konuda yargısal kararlardan ve doktrinden de yararlanılması imkanı vardır<sup>235</sup>.

Avukatın danışma ve temsil şeklindeki faaliyetlerini gereği biçimde yerine getirmesinin temeli, hukuki inceleme yükümlülüğüdür. Avukat vekalet teklifini kabul edip vekalet verenle avukatlık sözleşmesi yaptığında özen borcunun gereği olarak özellikle şu hususlara dikkat etmesi gerekir. Her şeyden önce müvekkili bakımından işlemekte olan gerek maddi hukuka gerekse usul hukukuna ilişkin süreleri geçirmemesi ve bunların hak kaybına neden olup olmadığını tetkik etmesi gereklidir. Sürelerin mahkeme makamı veya savcılık makamı tarafından nasıl olsa dikkate alınacağı düşüncesiyle avukatın inceleme yapmamış olması, özen borcunun gereği gibi ifasına aykırılık teşkil eder<sup>236</sup>. Avukatın ilk incelemesinde özen göstermesi gereken bir başka durum da kısmi dava açılması durumunda fazlaya ilişkin hakların saklı tutup tutmadığıdır<sup>237</sup>.

<sup>233</sup> GÜNER, (Özen), s. 557; ÖZKAYA, s. 436; Konuya ilişkin "Avukatın sadakat ve özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği araştırılırken yaşam deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekli olup, iş görülürken amaçlanan sonucun elde edilememesinden değil, bu sonucu kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakatle ve özenle görülmüşse, yönelinen sonuca erişilememiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesinin rizikosunu vekile yüklenilemez..." olmasına ilişkin (Y.13.HD., 05/02/1991 T., 990/7902 E., 991/1070 K.) sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1993, S. 3, s. 491.

<sup>234</sup> Bkz., İkinci Bölüm I-D.

<sup>235</sup> ADAY, Avukatlık), S. 56.

<sup>236</sup> Örneğin, babalık davası açmak için gerekli olan süreye uymayan avukat, özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olur. Aday, s. 154, İYIMAYA, s. 294; SUNGURTEKİN, s. 365; "Davalı, davacı idarenin bir avukatıdır. Üçüncü kişi olan idarenin memurları ve bunların eylemlerine katılan müteahhidin ihmali sonucu davacı idareyi zarara uğratmalarından ötürü bu memurlar ve müteahhit aleyhine hukuk davası açılmış ve bu davayı idarenin vekilleri sıfatıyla kovuşturmakta olan davalı, sonradan davalara girmemiş, davalar müracaata bırakılmış, bu yüzden zamanaşımına uğramışlardır. Bu davada toplanılacak deliller üçüncü kişinin tazminatla sorumluluğunu gerektirir nitelikte olduğu sonucuna varılırsa, davalının davacı idareyi zarara uğrattığı kabul edilerek gerçekleşen zararın hüküm altına alınmasına ilişkin..." Y,4.HD., 06/07/1971 T., 4210 E. 6724 K. sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, S. 523-524.

<sup>237</sup> İYIMAYA, s. 294, SUNGURTEKİN, s. 367; Aday, s. 154.

Birlikte açılması mümkün olan davaların müvekkilin masraflarını artıracak biçimde ayrı ayrı açılması<sup>238</sup>, duraksamaya mahal olmayacak bir hususta yetkisiz veya görevsiz mahkemeye başvurusu<sup>239</sup>, şartları mevcut iken karşılık dava açmaması<sup>240</sup>, yürürlükten kalkan bir kanuna dayanarak dava açması<sup>241</sup>, açıkça belli olduğu hallerde normun üst normlara aykırı olduğunun ileri sürmemesi<sup>242</sup> bu bağlamda yine özen borcunun ihlalidir.

Avukatın bilmesi gereken hukuki bilgilere gelince, öncelikli olarak mevzuatı bilmesi gerekmektedir<sup>243</sup>. Avuktan bütün kanuni ve hukuki düzenlemeleri bilmesini beklenemese de; avukat, üstlendiği bir davaya ilişkin her türlü bilgiyi edinmek zorundadır. Avukat az karşılaştığı bir hukuk alanına ilişkin vekalet işini üstlendiğinde de kanunu bilmemesi hoş görülmez<sup>244</sup>.

Avukat, değişiklikleri ve o alandaki yenilikleri de iyi takip etmek zorundadır. Avukatın mevzuattaki her değişikliği günü gününe takip etmesi savunulmasa da üstlendiği dava ile ilgili olan mevzuat değişikliklerini muhakkak takip etmesi gerektiği ortadadır<sup>245</sup>.

Özen yükümünün söz konusu olduğu alanlarda inceleme yükümlülüğü bakımından sadece kanunu bilmek yetmez; avukat, soyut hukuk kurallarından anlam çıkaran, yorum getiren kısaca uygulamayı yansıtan yargısal kararları da bilmelidir<sup>246</sup>. Nitekim, Yargıtay bir kararında Yargıtay uygulamasını

---

<sup>238</sup> SUNGRTEKİN, s. 367; "Birden fazla taşınmaz için tek bir dava açmak suretiyle "paylılığının giderilmesini sağlamanın mümkün iken", kanuni gerekçe göstermeksizin ve özel bir talimat alınmaksızın ayrı ayrı 31 dava açması ve sonra da her dava için ayrı ayrı avukatlık ücreti istemesi, meslek ve doğruluk kuralları ile bağdaşmamasına ilişkin..." Y.4.HD., 07/04/1980 T., 980/194 E., 980/4545K. sayılı kararı için bkz., YKD., Y. 1980, S. 11, s. 1483

<sup>239</sup> Aday, s. 154; SUNGRTEKİN, s. 367.

<sup>240</sup> SUNGRTEKİN, s. 367.

<sup>241</sup> İYİMAYA, s.294.

<sup>242</sup> İYİMAYA, s.294.

<sup>243</sup> "Avukatın süreye tabi olduğunu bilmesi gerektiği halde davanın süre yönünden açılabilirliğini araştırmadan davayı yüklenmesi ve kaybedeceği davayı açmasını Av.K. ve Meslek Kuralları ile belirlenen ilkelere aykırı bulmasına ilişkin..." TBB Disiplin Kurulunun 20/03/1999 T., 98/172 E., 99/41 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1999, S. 2-3, s. 249.

<sup>244</sup> SUNGRTEKİN, s. 367; ŞENOCAK, s. 12; Aday, s. 59; GÜNER, (Özen), s. 564.

<sup>245</sup> SUNGRTEKİN, s. 367.

<sup>246</sup> ARIK, s., 572; ŞENOCAK, s. 12; Aday, s. 59; SUNGRTEKİN, s. 367; GÜNER, (Özen), s. 564.

bilmemesinden dolayı özen borcuna aykırılıktan avukatı sorumlu tutmuştur<sup>247</sup>. Gerçektende vekalet verenin menfaatlerinin gerektiği şekilde korunması, avukatın yargısal kararları izlemesi, bunları bilmesi gerekliliğini yaratır. Avukatın bütün literatürü ve yargısal kararları takip etmesinin mümkün olmadığı ve bunun avukatı şaşırtıp bocalatacağını görüşü<sup>248</sup> doğru değildir. Çünkü, avukattan hukukla alakalı her türlü bilgiyi ve içtihadı bilmesi beklenmemektedir; avukattan beklenen, üstlendiği dava ile alakalı mevzuat ve içtihat araştırmasında bulunmasıdır. Zaman kısıtlılığı ve kaynak noksanlığı gibi mazeretler hiçbir şekilde avukatı bu sorumluluktan kurtarmamalıdır. Özellikle bilgisayar uygulamasının ve İnternet dünyasının hızlı bir şekilde geliştiği ve bilgiye ulaşma imkanlarının oldukça kolaylaştığı günümüzde avukatın mevzuatı ve içtihatları bilmemesi mazur görülmez. Çünkü, nihayetinde vekillik kural olarak mecburi bir iş görme değildir. Dolayısıyla avukat, zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmemelidir<sup>249</sup>. Nitekim, Uluslararası Barolar Birliği de Oslo Kararının 4.maddesinde "Avukat zaman ve yeteneklerinin elvermediği işi kabul etmemelidir" kuralını benimsemiştir<sup>250</sup>. Uluslararası Barolar Birliğinin belirlediği "Uluslararası Meslek Kuralları"<sup>251</sup>nin 3.3.2.maddesi "Avukat kendisinin yetersiz olduğu bir konuda müvekkiline hizmet vermemelidir", 3.3.3.maddesi "Avukatlar, başka işlerinin yoğunluğu nedeniyle derhal yapamayacakları işleri kabul etmemelidir" kurallarını getirmektedir.

Avukatın üstlendiği dava ile alakalı içtihat bulunmuyorsa veya mevzuatı ve içtihatları incelemiş olmasına karşın, üstlendiği dava çok teknik bir konu ile alakalı ise<sup>252</sup>, avukat, konunun uzmanlarından bilgi almalı ve davayı bu şekilde yürütmeye çalışmalıdır. Bunlardan sonuç alamıyorsa ve vekalet verenin menfaati de gerektiriyorsa vekaletten çekilmelidir<sup>253</sup>. Av.K. bu anlamda gerekli

---

<sup>247</sup> Konuya ilişkin Y.4.HD., 22/02/1974 T., 3098 E., 865 K. sayılı kararı için bkz., MÜDERRİSOĞLU, Karar No 54, s. 305.

<sup>248</sup> SUNGURTEKİN, s. 367.

<sup>249</sup> Av.Meslek Kurallarınının 38/II maddesi.

<sup>250</sup> EREM, s. 106.

<sup>251</sup> Bkz., ABD., Y.1991, S. 4, s. 607.

<sup>252</sup> Örneğin vergi hukuku ve sınai haklar gibi yahut da bilmediği bir yabancı ülke hukukuna ilişkin danışmanlık yapmayı ve ya davayı almayı kabul etmesi durumunda...

<sup>253</sup> İYIMAYA, s. 22.

olanağı da sağlamıştır. İşi reddetme hakkını bu anlamda değerlendirmek gerekir<sup>254</sup>.

Avukatın kendisini geliştirme borcu ile alakalı bu açıklamalar, işin özenle görülmesi borcundan kaynaklanmaktadır<sup>255</sup>. Avukatın görevi, olayları akıl süzgecinden geçirip değerlendirerek, bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almaktır<sup>256</sup>. İşini bilen bir avukat, bilmesi gereken hukuki bilgilerle donanmış olmalıdır<sup>257</sup>.

Avukatın özen borcunun kapsamında başka borçları da vardır. Avukatın özen borcunun ilgili olduğu borçlardan biri vekalet verenin verdiği talimatlara uyma borcudur (BK.m.389)<sup>258</sup>. Ancak, ailede vekilin vekalet verenin talimatlarına uygun hareket etme borcu ile, avukatın iş sahibinin talimatına uygun hareket etme borcu arasında bir fark gözetilmesi gereği açıktır. Çünkü, vekilin vekalet verenin iradesine uygun bir biçimde davranma borcu olarak ifade edilen bu borç, zaman zaman avukatın mesleki bağımsızlığı ile ilgili ilkelere aykırı düşebilmektedir. Bu nedenle bu iki kurumun bağdaştırılması gerekir<sup>259</sup>.

Talimat eğer emredici nitelik taşırsa ve bu talimatta hukuka ve meslek kurallarına aykırı değilse bu durumda avukat vekalet verenin talimatına uymak zorundadır<sup>260</sup>.

İş sahibinin ulaşılabilecek amacı belirlemesi, işin yapılmasındaki ana konuların neler olduğunu ortaya koyması doğaldır. Buna karşılık amaca ulaşmada kullanılacak araçların seçiminin avukata ait olması gerekir. Avukat, en temel konularda yani vekalet verenin menfaatlerini hukuki ve mali yönden önemli ölçüde etkilemesi söz konusu olan durumlarda iş sahibinin talimatıyla mutlak bağlıdır. Bunlara ilişkin olarak dava açılması yada aleyhine açılan

---

<sup>254</sup> GÜNER, (Özen), s. 565.

<sup>255</sup> ŞENOCAK, s. 12.

<sup>256</sup> GÜNER, (Özen), s. 563; bu konuya ilişkin (Y.13.HD., 27/04/1992 T., 992/3413 E., 992/3900 K.) sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1993, S. 3, s. 498.

<sup>257</sup> DONAY, (Dürüstlük), s. 737; GÜNER, (Özen), s. 564.

<sup>258</sup> Vekilin vekalet verenin talimatlarına uyma borcu hakkında bkz., İkinci Bölüm, II-B.

<sup>259</sup> SUNGURTEKİN, s. 401; Aday, s. 155; ŞENOCAK, s. 19; GÜNER, (Özen), s. 566.

<sup>260</sup> Örneğin vekalet verenin açılmasını istemediği bir davayı avukat açmamalıdır.

davanın kısmen veya tamamen kabulü<sup>261</sup>, kanun yollarına veya cebri icra tedbirlerine başvurma<sup>262</sup>, sulh olunması<sup>263</sup>, bir haktan vazgeçme sonucu doğuracak işlemler<sup>264</sup>, davadan feragat etme<sup>265</sup>, itiraz yoluna gitmeme<sup>266</sup>, yargılama giderlerinden vazgeçilmesi, zamanaşımı ve borcun ifa edilemediği, takas ve mahsup gibi savunma ve itiraz nedenleri, örnek gösterilebilir<sup>267</sup>. Bu konularda verilen açık talimatlara avukatın aykırı hareket etmesi özen borcuna aykırılık teşkil edebilir.

Avukat, hak yitirmeye neden olacak vazgeçme durumlarında iş sahibinin talimatlarıyla bağlı olmasının yanı sıra talimatın yazılı bir belgeye bağlı olması da gereklidir. Vekaletnamesinde feragat yetkisi bulunsa da, miras taksimi gibi hukuki bir anlaşma için yazılı belge aramadan bir kısım mirasçıların sözlü ifadelerine göre davadan vazgeçip tedbir kararını kaldırması özenli bir davranış sayılmamaktadır<sup>268</sup>.

Emredici nitelikteki talimat, vekalet verenin açıkça aleyhine ise veya amaca uygun değilse bu durumda avukat, açık ve anlaşılır olmayan veya hak takibi yönünden problemlili olan talimatların sakıncaları konusunda vekalet vereni uyarması gerekir. Başka bir ifade ile, özel uzmanlığından ötürü vekalet görevi kendisine verilmiş olan avukat, talimatlar konusunda duyduğu endişeler ve tereddütleri vekalet verene bildirmesi gerekir<sup>269</sup>. Vekalet verenin talimatta direnmesi durumunda ise, ya talimat çerçevesinde görevini yürütmeli ya da

---

<sup>261</sup> SUNGURTEKİN, s. 402.

<sup>262</sup> SUNGURTEKİN, s. 402.

<sup>263</sup> SUNGURTEKİN, s. 402.

<sup>264</sup> İYİMAYA, s: 298; TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 10/06/1995 T., 995/37 E., 995/41 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1995, S. 3, s. 81.

<sup>265</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 14/11/1998 T., 998/100 E., 998/136 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1999, S. 1, s. 207.

<sup>266</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 11/10/1997 T., 97/75 E., 97/98 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1997, S. 4, s. 94.

<sup>267</sup> GÜNER, (Özen), s. 568.

<sup>268</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 07/05/1999 T., 99/26 E., 99/69 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1999, S. 3, s. 126.

<sup>269</sup> SUNGURTEKİN, s. 406; Aday, s. 155; GÜNER, (Özen), s. 566.

Av.K.m.53 de öngörülen tutanağı düzenleyip, Av.K.m.174'de tanınan yetkiye dayanarak işi bırakması gerekir<sup>270</sup>.

Vekalet verenin, yanılarak veya yanılılarak talimat verdiğini bilen veya bilmesi gereken avukat, sadakat ve özen borcu gereği bu talimata uymamalı, yanılısı hakkında onu uyarmalıdır. Yine irade bozukluğu nedeniyle sakat olan talimatı, bu bozukluğun farkına varması gerektiği halde yerine getiren vekil, sadakat ve özen borcuna aykırı hareket etmiş olur<sup>271</sup>.

Konuyu BK.m.389 daki "talimat dairesinde vekaletin yapılması" maddesine göre değerlendirdiğimizde, avukat iş sahibinin açık olan talimatına karşı koyamayacaktır. Ancak bazı istisnai durumlarda iş sahibinin talimatından sapabilecektir. Bunun için durumun gereğine göre iş sahibinden izin alma imkanının olmaması veya izin alma imkanı olmamakla birlikte eğer olanak bulunup da sorulsaydı iş sahibinin her halde izin verecek olduğu durumlarda talimatın dışına çıkması mümkün bulunmaktadır<sup>272</sup>.

Talimat ile bağlı olma konusunda değinmek istediğimiz bir başka konu da talimatla bağlı olunan süre konusudur. Avukata verilen talimatın uzun bir süre yerine getirilmeyip önemli sayılacak bir aradan sonra uygulamaya konulması durumunda, avukatın iş sahibini arayarak durumda değişiklik olup olmadığını, işin görülmesinin gerekip gerekmediğini sorması ve yeniden talimat alması vekilin göstermesi gereken özenin bir gereği sayılmaktadır<sup>273</sup>.

Avukat bir hukuk adamıdır, ayrıca yargı erkinin de bir ögesidir. Yaptığı hizmet bir kamu hizmetidir. Bu nedenlerle gerektiği durumlara iş sahibini uyarmakla, vazgeçirmekle, onu bundan alıkoymakla yükümlüdür<sup>274</sup>. Avukatın bu

<sup>270</sup> GÜNER, (Özen), s. 566.

<sup>271</sup> ŞENOCAK, s. 19.

<sup>272</sup> Aday, s. 155; SUNGURTEKİN, s. 401; GÜNER, (Özen), s. 567 ;"Vekil, Borçlar Kanunu kurallarına göre sözleşme ile üzerine aldığı borçların yerine getirilmesi konusunda iş sahibinin talimatına ve talimat alınamayacak durumda normal olarak bu talimat ne yolda olacak idi ise ona göre davranma zorunluluğuna ilişkin..." ( Y.4.HD. 07/04/1980 T., 980/194 E., 980/4545 K.) sayılı kararı için bkz., YKD., Y. 1980, S. 11, s. 1482).

<sup>273</sup> Konuya ilişkin Y.13.HD., 26/11/1989 T., 989/4292 E., 989/6908 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1993, S. 3, s. 495.

<sup>274</sup> SUNGURTEKİN, s. 437; GÜNER, (Özen), s. 571.



uyarısına rağmen iş sahibinin dava açmakta ısrar etmesi durumunda ve dava açmakta haklı bir neden<sup>275</sup> de yoksa avukat iş önerisini reddetmelidir<sup>276</sup>.

Ak.m.34 deki özenle ifa yükümlülüğüne dayanan bir diğer yükümlülük de istişare (yol gösterip tavsiyede bulunma) ve aydınlatma yükümlülüğüdür<sup>277</sup>. Avukat, esaslı bir hukuki inceleme yapmaksızın müşavirlik etme ve tavsiyede bulunma yükümlülüğüne riayet etmiş olamaz. Avukat, vekalet verene erişilmeye çalışılan hedefe ulaşılmasını sağlayacak adımlar atmasını tavsiye etmek, vekalet veren için doğabilecek sakıncaları, -bunlar önceden tahmin edilebilir ve kaçınılabılır nitelikte ise- bertaraf etmek zorundadır. Avukat iş sahibini, açılacak davanın riskleri ve avantajlı yönleri hakkında mümkün olduğunca objektif biçimde aydınlatmakla yükümlüdür. Bu gerekliliği yerine getirememek, görevi özenle ifa yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder<sup>278</sup>.

Mahkemenin bir karar vermiş olması durumunda, bu karara karşı başvurulacak kanun yolları ve hükmün icrası için yapılacak işlemler ve süreler konusunda iş sahibinin aydınlatılması da avukatın aydınlatma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir<sup>279</sup>.

Avukat işin görülmesi için gerekli olan tüm bilgileri edinmelidir. Avukatı bilgilendirme, iş sahibine düşen bir yükümlülüktür. Ancak, sadece avukat gerekli olan bilgilerin neler olabileceğini bildiğinden, iş sahibine bu tür bilgilerin ortaya çıkmasını sağlayacak sorular yönelterek iş sahibinin bilgi verme borcunun tamamlanmasına yardımcı olması gerekmektedir<sup>280</sup>. Yargıtay, iş sahibinden gerekli bilgileri istediğini kanıtlama konusundaki yükü avukatın üzerinde bırakmaktadır<sup>281</sup>. Avukat, iş sahibi tarafından kendisine aktarılan sözlü bilgilerle yetinmemeli<sup>282</sup>, kendisinin verilen belgeleri, yazışmaları, mahkeme dosyalarını da

<sup>275</sup> Haklı bir nedene örnek olarak, başka bir hanımla yaşayan kusurlu eşin, reddolunacağını bildiği halde sırf üç yıllık süreyi başlatmak için avukattan boşanma davası açmasını istemesini gösterebiliriz.

<sup>276</sup> SUNGURTEKİN, s. 408; GÜNER, (Özen), s. 571.

<sup>277</sup> SUNGURTEKİN, s. 416.

<sup>278</sup> Aday, s. 59,154; ŞENOCAK, s. 24; GÜNER, (Özen), s. 565

<sup>279</sup> Aday, s. 59.

<sup>280</sup> ŞENOCAK, s. 24; GÜNER, (Özen), s. 565.

<sup>281</sup> (Y.4.HD., 08/07/1964 T., 964/603 E., 964/6695 K.) sayılı karar için bkz., MÜDERRİSOĞLU, s. 313.

<sup>282</sup> Avukatın "vekalet verenin konu hakkında verdiği bilgilerle yetinmemesi" ifadesini onun ayrıca verilen bilgilerin doğruluğunu da araştırması anlamında düşünmemek gerekir., bkz., ADAY, 'Sözleşme', s. 60.

incelemelidir. Ancak, avukatın bu yükümünü somut olay hakkında bir dedektif gibi ayrıntılı araştırma yapma boyutuna götürmemek gerekir<sup>283</sup>.

Avukatın istişare yükümlülüğünün en önemli yönlerinden birisi davanın başarı olasılığına ilişkin bir tahmin ve tavsiyede bulunma yükümlülüğüdür<sup>284</sup>. Avukat davanın başarı şansını şüpheli gördüğü hallerde müvekkilini bu hususta tereddüt içinde bırakmamalıdır. Ona bu konuda gerekli açıklamayı mutlaka yapmalıdır<sup>285</sup>. Avukatın işi alırken doğruyu söylemesi, işin sonucu hakkında bir kesin bir üstlenmeye girmemesi gerekir<sup>286</sup>. Esasında hukuki düşüncelerin çokluğu ve yoruma açık yönleriyle, ve ayrıca takdir hakkının kullanılması ile farklı sonuçlara ulaşma gibi etkenler avukatın kesin ve eksiksiz bir görüş ileri sürmesini zaten engellemektedir<sup>287</sup>. Dolayısıyla avukatın davanın kazanılması ile ilgili kesin tahminde bulunması ve davanın kazanılacağı yolunda garanti vermesi imkanı yoktur<sup>288</sup>. Nitekim Yargıtay bir uyuşmazlıkta<sup>289</sup> avukatın davayı kazanma koşuluyla sözleşme yapmasını geçersiz saymıştır. Ancak, iş sahibinin avuktan işin geleceği ile ilgili bir açıklama, bir görüş beklediğini de unutmamak gerekir. Bu nedenle avukatın davanın başarı şansı konusunda yaklaşık ve bağlayıcı olmayan bir tahminde bulunması gerekmektedir. Bu aşamada mutlaka işin riskleri, farklı karar çıkmasına etkili olacak yönleri iş sahibine açıkça anlatılmalıdır. Temiz ve açık ilişki kurma sözcükleriyle de açıklamak istediğimiz bu görüş, avukatın işi ve olayı anladığını, işin iş sahibinin çıkarı doğrultusunda sonuçlanması için olasılıklar olduğunu, bunun için içtenlikli ve bilinçli çabalar harcanacağını, birikiminin yeterli olduğunu, güvenmesi gerektiğini iş sahibine duyurup, işin üstlenebileceğini ortaya koymaktır<sup>290</sup>.

---

<sup>283</sup> ADAY, 'Sözleşme), s. 60; ŞENOCAK, s. 11; GÜNER, (Özen), s. 566.

<sup>284</sup> SUNGURTEKİN, s. 419.

<sup>285</sup> SUNGURTEKİN, s. 420.

<sup>286</sup> Federal Mahkeme, sözleşme müzakerelerinin başından itibaren bilmediği ve bilmesi gerekmediği noktalarda diğer tarafa doğru bilgi verme görevini ihlal eden kişinin suç işlemiş olduğuna ve bu nedenle karşı tarafa tazminat ödenmesine karar vermiştir. Karar için bkz., OFTINGER/JEANPRETRE, s. 30-31.

<sup>287</sup> SUNGURTEKİN, s. 419.

<sup>288</sup> ŞENOCAK, s. 6; GÜNER, (Özen), s. 570.

<sup>289</sup> Y.13.HD., 07/05/1981 T., 981/1265 E., 981/3495 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1982, S. 3, s. 376.

<sup>290</sup> GÜNER, (Özen), s. 570.

Avukat vekalet vereni, yeterince aydınlatmış ve vekalet veren de dava açılmasını onaylamışsa, davada başarı şansı çok düşük bile olsa, avukat dava açtığı anda aydınlatma ve istişare yükümlülüğüne aykırılık nedeni ile sorumlu olmayacaktır. Buna karşın avukat yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirerek gerçekleştirdiği inceleme sonunda davanın kazanılma şansının hiç bulunmadığını tespit etmekte ise, ve yine de davayı sırf para kazanmak için kötü niyetli olarak alması durumunda (Av.K.m.38/a-f) aydınlatma ve istişare yükümlülüğünü yerine getirmiş olması onu sorumluluktan kurtarmaz<sup>291</sup>. Ancak, bu kuralı dar yorumlamak ve kazanılamayacak bir dava bile olsa, müvekkilin çıkarlarını en iyi bir şekilde korumak için davanın alınması durumuna kadar genişletmemek gerekir.

Avukat, işi sürdürürken de dürüst ve açık olmalıdır. Avukat, kendisine duyulan güvene layık olmalı, iş sahibinin çıkarlarını korumalıdır. TBB Disiplin Kurulunun bir kararında da yer verdiği gibi, "vekil edeni tarafından tevdi edilen belgelerin, onun izni olmaksızın karşı tarafa verilmesi, ceza yargılamasında suç teşkil etmese bile, özen borcuna aykırılık oluşturur."<sup>292</sup>

Avukatın özen borcunun yerine getirmesine yardımcı olan borçlarından bir diğeri de üstlendiği her iş için bir dosya tutma yükümlülüğüdür.<sup>293</sup> Dosyaların özenle tutulması, vekalet verenin menfaatine olduğu kadar avukatında menfaatinedir. Avukat, büro organizasyonunu, kendi yokluğunda da davayla ilgili yükümlülükleri riayet edecek şekilde kurmalıdır.<sup>294</sup> Çok sayıda vekalet işini almış olan bir avukat, üstlendiği vekalet görevleri ile ilgili önemli konuşmaları, talimatları yazıya dökmeli, yürüttüğü davada dikkat edilmesi gereken süreleri not etmeli, vade günlerini ve duruşma günlerinin yazmalıdır. Aksi halde, vekalet

---

<sup>291</sup> SUNGURTEKİN, s. 420.

<sup>292</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 15/10/1994 T., 994/79 E., 994/85 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1995, S. 2, s. 107.

<sup>293</sup> SUNGURTEKİN, s. 432.

<sup>294</sup> ŞENOCAK, s. 23.

görevini özenle yerine getirmiş olmaz<sup>295</sup>. Av.K.m.52 de düzenlenen dosya tutma yükümlülüğü de, özen borcunun bir sonucudur<sup>296</sup>.

Bu bağlamdaki yükümlülüklerin kapsamına giren bir diğer yükümlülük da "hesap verme borcu"dur (Av.K.m.34, Av.M.K.m.43, BK.m.392)<sup>297</sup>. Bu borç niteliği gereği bir verme borcudur<sup>298</sup>. Avukat bu borç gereğince, vekil olarak aldığı paraları geciktirmeksizin iş sahibine duyurmak ve vermek borcu altındadır. İş sahibine herhangi bir nedenle ulaşamayan avukatın mahkemeden tevdi yeri tayini istemesi ve yükümlülüğünü bu şekilde yerine getirmesi gerekmektedir<sup>299</sup>. Avukat hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda vekalet veren hem bu yükümlülüğün yerine getirilmesini, hem vekilin vekalet işi nedeniyle kendisine vermesi gereken para ve diğer şeylerin getirisi ile birlikte iadesini hem de vekaletin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini talip edebilecektir<sup>300</sup>.

Avukatın özen borcuna dayandırılan bir başka borcu da "amaca en uygun ve en güvenli yolu seçme borcudur". Hukuki bir meselenin çözümünde birden çok riskle karşılaşılması imkanı olabilir. Her bir risk, davanın kazanılmasında ve kaybedilmesinde önemli bir rol oynayabilir. Avukat, üzerine aldığı işi başarmak için işin uzmanı gibi davranmak, en güvenli ve amaca en uygun yolu seçmekle yükümlüdür. En güvenli yol, yargısal ve bilimsel içtihatlarla göre daha güvenli olan yoldur. Başka bir ifade ile tehlike riski en az olan yol en güvenli yoldur<sup>301</sup>.

<sup>295</sup> ŞENOCAK, s. 23; SUNGURTEKİN, s. 432.

<sup>296</sup> ŞENOCAK, s. 23; " Davalı avukat, kendisine verilen senetlerin muhafazası için gerekli özeni göstermediğinden, bu senetlerin kaybolması sonucu davacının zararını tazminle yükümlü olmasına ilişkin..." Y.3.HD., 28/02/1986 T., 7687 E., 1497 K., sayılı kararları için bkz., ÖZKAYA, s. 486-487.

<sup>297</sup> Bkz., İkinci Bölüm, III-F.

<sup>298</sup> Konuya ilişkin Y.13.HD., 29/04/1992 T., 992/3147 E., 992/4041 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1993, S. 3, s. 503.

<sup>299</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 25/04/1998 T., 998/37 E., 998/61 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1998, S. 2, s. 182.

<sup>300</sup> SUNGURTEKİN, s. 446.

<sup>301</sup> ŞENOCAK, s. 12; ADAY, "Sözleşme", s. 60; GÜNER, (Özen), s. 572; SUNGURTEKİN, s. 409; En güvenli yola örnek olarak şu durumlar gösterilebilir; Eğer avukat, davalı tarafından görevlendirilmişse, davacının davasını kazanma şansının nerede ise olanaksız olduğu davanın daha başında belli olsa bile, dava açısından önemli gördüğü defileri ileri sürmekten kaçınmaması gerekir. Yine avukat, davacı tarafından görevlendirilmesi durumunda, davacının aktif taraf ehliyetine sahip olmadığı, eşinin taraf ehliyetine sahip olduğu şeklinde bir itirazla karşılaştığında, dava konusunun, eşi tarafından ona devrini sağlamaya çalışmalıdır.

Avukat yargısal kararları doğru bulmasa bile, söz konusu kararlar başka kararlarla değiştirilinceye kadar, vekalet verenin menfaati gereği bunlara uyması gerekmektedir. Çünkü, avukatın yükümlülüğü hukuki bakımdan yeni nitelikte yollar aramak değildir, avukatın yükümlülüğü vekalet verenin menfaatine uygun olan en güvenli yolu izlemektir<sup>302</sup>. Bu yükümlülük, avukatın vekalet veren tarafından "vekalet görevinin gereğini dilediği gibi ifa ile yetkili kılınması" durumunda da devam eder. Bu şekilde bir yetkilendirme avukatın rahatlıkla emin olmayan yolları tercih edebileceği anlamında yorumlanamaz<sup>303</sup>. Aksi durum özen borcunun gereği gibi ifasına aykırılık teşkil eder. Gerçekten de vekalet veren için önemli olan menfaatinin en iyi şekilde korunmasıdır; yoksa, söz konusu alanda yeni bir anlayışın gelişmesine katkıda bulunmak değildir. Dolayısıyla, "emin yol açık olduğu takdirde" çok önemli sebepler olmadıkça avukatın başka türlü hareket etmemesi gerekir.

Bu yükümlülük sade iş sahibinin davaların da söz konusu olmaz. Bir hukuki işlemi hakkında bilgi almak için avukata danışan iş sahibine karşı da "danışmanlıkta bulunan avukatın" en güvenli ve amaca en uygun yolları önermesi gerekir<sup>304</sup>. Bu bağlamda vekilin iş sahibinin lehine olan kararı temyiz etmemesi gerekir<sup>305</sup>. Aynı şekilde, temyizinde yarar görmediği bir kararı da yine temyiz etmemesi gerekir<sup>306</sup>. Aksi durum özen borcuna aykırılık teşkil eder.

Avukatın özen borcuna riayet etmemesi ile ilgili başka durumlar da vardır. Duruşmaya girmeyip davanın önce müracaata kalmasına ve daha sonra yenilemeyip açılmamış sayılmasına karar verilmesi durumunda avukatın görevini

---

<sup>302</sup> SUNGURTEKİN, s. 411.

<sup>303</sup> SUNGURTEKİN, s. 413.

<sup>304</sup> ŞENOCAK, s. 12; ADAY, 'Sözleşme', s. 60; SUNGURTEKİN, s. 409; GÜNER, (Özen), s. 572; Örneğin, avukatın önüne getirilen işlemin, resmi şekle mi yoksa adi yazılı şekle mi tabi olduğu tartışmalı ise, avukat resmi şekli tavsiye etmelidir. Bundan başka, müvekkilce hedeflenmiş bulunan talibin, zamanaşımına uğraması bakımından, bir daha kısa, öbürü daha uzun olan zamanaşımı süreleri söz konusu ise, avukat basiretli davranarak kısa süreyi dikkate alıp bu süre içinde dava açmayı öğütlemelidir.

<sup>305</sup> Konuya ilişkin Y.4.HD., 09/10/1973 T., 972/9028 E., 972/8680 K. sayılı kararı için bkz., MÜDERİSOĞLU, s. 314.

<sup>306</sup> "Avukat, üstlendiği dava sonunda verilen kararın temyizinde yarar olmadığını düşünüyorsa, bu yoldaki hukuki kanaatini temyiz süresi geçmeden ve yazılı olarak iş sahibine bildirmek zorunda olmasına ilişkin..." TBB Disiplin Kurulunun 15/09/1990 T., 990/85 E., 990/74 K. sayılı kararı için bkz., TBB., Y. 1990, S. 3, s. 419.

yapmadığı sonucuna varılmaktadır<sup>307</sup>. Yargılama sırasında ara kararları ile verilen görevleri gereği gibi ve zamanında yerine getirmeyen avukatın yüklendiği görevi özenle ve meslek kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda yerine getirmediği kabul edilmektedir<sup>308</sup>. Yine, üstlendiği icra takibinde dosyayı takipsiz bırakarak işlemi kaldırımasına neden olması<sup>309</sup>, üstlendiği davayı haklı ve gerektirici bir neden olmadığı halde, makul sayılmayacak uzun bir süre geçtikten sonra açması<sup>310</sup>, ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra dava açıldığına ilişkin belgenin yasal süre içinde tedbir dosyasına ibraz etmeyerek ihtiyati tedbir kararının kalkmasına neden olması<sup>311</sup> halleri de avukatın özensiz davranışı olarak kabul edilmektedir<sup>312</sup>. Avukatın çalışma yerini değiştirmesi ve kaydını başka bir baroya nakletmesi, üstlendiği işi takip etmemesi için haklı neden oluşturamaz<sup>313</sup>.

Avukat üzerine aldığı işi yasadaki koşullar gerçekleşmediği sürece sonuna kadar yürütmekle de yükümlüdür. Avukat, iş sahibine yükümlülüklerini yerine getirmeyeni yazılı olarak duyurmadığı sürece, özen borcundan kurtulamaz. Kendisine tahsile konulmak üzere bırakılan bonoyu, masraf almadığı için icraya koymayan avukat bu durumu iş sahibine yazılı olarak bildirmeli, masraf vermesi veya senedi kendisinden alması için onu uyarmalıdır. Bunu

<sup>307</sup> Konuya ilişkin Y.13.HD., 26/03/1989 T., 989/1687 E., 989/2109 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1993, S. 3, s. 514.

<sup>308</sup> "Şikayetli avukat tarafından açılan ve ortaklığın giderilmesi davasında bekleme sebebi sayılan verasetine iptali davasında, sık sık mazeret bildirerek duruşmalarda bulunmadığı, bir defasında takipsizlik nedeni ile dosyanın işlemi kaldırılmasına karar verdiği, kendisine bilirkişi raporuna karşı beyanda bulunması için süre verildiği halde arka arkaya 4-5 duruşmada beyanda bulunmadığı, sonuncu duruşmada ise şifahi - kabul etmiyorum- şeklinde beyanda bulunduğu ve davacı asilin bizzat yazılı beyanda bulunmasına sebebiyet verdiği anlaşılmıştır. Bu durumda, şikayetli avukatın yüklendiği görevi özenle ve Avukatlık yasası ve Meslek Kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda yerine getirmediği açıktır ve bu eylem disiplin suçu oluşturmasına ilişkin..." TBB Disiplin Kurulunun 15/09/1990 T., 990/85 E., 990/74 K. sayılı kararı için bkz., TBBD., Y. 1990, S. 3, s. 419.

<sup>309</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 07/11/1992 T., 992/79 E., 992/90 K. sayılı kararı için bkz., TBBD., Y. 1992, S. 4, s. 563.

<sup>310</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 19/12/1992 T., 992/97 E., 992/109 K. sayılı kararı için bkz., TBBD., Y. 1992, S. 1, s. 97.

<sup>311</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 10/04/1999 T., 99/22 E., 99/63 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1999, S. 2-3, s. 244.

<sup>312</sup> GÜNER, (Özen), s. 575.

<sup>313</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 12/05/1990 T., 990/26 E., 990/41 K. sayılı kararı için bkz., TBBD., Y. 1990, S. 1, s. 125.

yapmadığı sürece kıymetli evrakı icraya koymayan vekil yine özen borcuna aykırı davranmış sayılmaktadır<sup>314</sup>.

Avukatın özen borcuyla alakalı bir diğer borcu da avukatın "aydınlatma borcu"dur. Bu borç kapsamında avukatın dava rizikosuna işaret etme borcu da yer alır. Avukat, işi alırken açılacak davanın tüm güçlüklerini ve sakıncalı yönlerini saptayıp, bunları iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Avukatın sadece dava rizikosuna işaret etmesi yetmez. Aynı zamanda bu riskin derecesi noktasında da aydınlatması gerekir. Bunu yaparken hayalce olmamalı, objektif değerlendirmeli, yargısal ve bilimsel içtihatlarla uyum gösteren bir saptama içinde iş sahibine aktarmalıdır<sup>315</sup>. Aksi durum özen borcuna aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirir.

Aynı sorumluluk işin görülmesi aşamasında da söz konusudur. Örneğin, önerilen yeminin ne anlama geldiğini, yemin etmesi durumunda ne gibi sonuç doğuracağını, kaçınırsa ne kazanacağını avukatın vekalet verene bildirmesi gerekir. İş sahibi kendi uğraşı alanında çok bilgili ve deneyimli bir kişi olsa bile, davanın aşamaları hakkında bilgi sahibi olmaması çok doğaldır. Bu nedenle avukat, her konuda bilgi vermeli, onu uyarmalı ve aydınlatmalıdır. Avukatın iş sahibin zamanında bilgilendirmemesi, kendisine tebliğ edilen mahkeme kararları ve icra emirleri hakkında bilgi vermemesi, aleyhte olan kararı iş sahibinin oluru almadan temyiz etmemesi, özen yükümlülüğünü aykırı davranış sayılmaktadır<sup>316</sup>. Bilgilendirme borcu, iş sahibinin yurt dışında yaşamakta olması durumunda daha duyarlı ve dikkatli olmayı gerektirmektedir<sup>317</sup>.

Danışma ve temsil amacıyla kendisine başvuru alan avukat, hedeflenen amaca ulaşmayı sağlayacak birden fazla hukuki yolun bulunması durumunda, kendi hukuki görüşüne yakın olanın yanı sıra, yargısal kararlarda ve bilimsel

---

<sup>314</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 28/01/1995 T., 994/98 E., 995/6 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1995, S. 2, s. 1013.

<sup>315</sup> ŞENOCAK, s.16; GÜNER, (Özen), s. 576.

<sup>316</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 15/10/1994 T., 994/80 E., 994/81 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1995, S. 2, s. 108.

<sup>317</sup> "Avukat üstlendiği işle ilgili olarak müvekkiline bilgi vermek yükümlülüğü altındadır. Bu zorunluluk, vekalet ilişkisinin bir gereği olduğu gibi, Avukatlık Yasasının 34. Maddesinin de sözü edilen "görevin özenle yerine getirilmesi" ilkesinin de bir sonucudur. Vekil edenin yabancı bir ülkede yaşamak zorunda olması, avukatın bu konuda daha duyarlı ve dikkatli olmasını gerektirmekte olmasına ilişkin...", TBB Disiplin Kurulunun 12/06/1999 T., 99/36 E., 99/78 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1999, S. 4, s. 108.

yapıtlarda ele alınan ve başarı olasılığı olan diğer yolları da iş sahibine bildirmelidir<sup>318</sup>.

Avukatın işi özenle görme borcu ile alakalı bir diğer borcu da üstlendiği işi şahsen yerine getirme borcudur (Av.K.m.171). Avukatlık mesleği açısından şahsen ifa yükümlülüğü incelenirken, özel hüküm niteliğinde olan Av.K.m.171 doğrudan uygulama imkanı bulacak, vekilin işi bizzat yapma borcunu düzenleyen BK.m.390 ve BK.m.391 ise uygun düştüğü ölçüde uygulama imkanı bulacaktır<sup>319</sup>.

Avukatlık Kanunu hükmü, genel anlamdaki vekil için düzenleme getiren BK.m.390/III'ün özel bir düzenlemesi niteliğinde olsa da tevkil imkanı sadece vekaletnamede "tevkil yetkisi" bulunması hali ile sınırlandırılmıştır<sup>320</sup>.

Av.K.m.171'e göre, avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümleri ve yazılı sözleşme şartlarına göre sonuna kadar takip eder. Verilen vekaletnamede avukat başkasını tevkile yetkili kılınmış ise, işi başka bir avukat ile birlikte veya başka bir avukata vekalet vererek takip ettirebilir<sup>321</sup>. Av.K.m.171/II'ye göre, avukata tevkil yetkisi tanınması onun kendi adına bir diğer avukatı vekil tayin edebilmesi anlamına geldiği gibi, vekalet veren adına diğer bir avukatı tayin edebilmesini de içerir. Bu ikinci durumda tevkil olunan avukatın yaptığı işlemler müvekkili bağlar<sup>322</sup>.

Avukat, üstlendiği bir işi, tevkil yetkisi dahilinde kendi adına veya vekalet veren adına yaptığı bir sözleşme ile bir meslektaşına yaptırması durumunda, tevkil eden avukat, üstlendiği vekalet görevini gereği gibi yerine getirmek borcu

<sup>318</sup> ŞENOCAK, s: 15.SUNGURTEKİN, s. 58; GÜNER, (özen), S. 576.

<sup>319</sup> SUNGURTEKİN, s. 383.

<sup>320</sup> MÜDERRİSOĞLU, s. 56; SUNGURTEKİN, s. 383; Konuya ilişkin olarak Y.HGK., 23/12/1992 T., 2-659 E., 768 K., sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s. 524.

<sup>321</sup> Av.K.m.171, genel anlamdaki vekil için düzenleme getiren BK.m.390/III'ün özel bir düzenlemesi olup onunla da uyumlu ise de, tevkil imkanının sadece vekaletnamede "tevkil yetkisi" bulunması hali ile sınırlanmıştır., bkz., SUNGURTEKİN, s. 384.

<sup>322</sup> "... Genel kurulda okunup incelenen ve davacının Ergun'a verdiği 24/7/1968 ve E'nin da Ş'ye vermiş olduğu 8/4/1970 günlü vekaletnamelere göre, birinci vekilin davacıdan aldığı 'başkasını tevkil yetkisine' dayanarak Ş'yi ikinci vekil diye atadığı anlaşılmaktadır. Böylece davacı ile ikinci vekil arasında vekillik ilişkisi gerçekleşmiş bulunmaktadır...bu durumda ikinci temsilci, birinci temsilcinin temsilcisi olmayıp temsil olunan kimsenin temsilcisidir ve bu nitelikte yaptığı işlemlerin hüküm ve sonuçları temsil olunanı bağlar ..." hakkında Y.HGK., 13/2/1974 T., 973/T-523 E., 102 K. sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s. 5524-528.



altındadır. Ancak, vekaletnamesinde tevkil yetkisi de bulunmakta ve bu çerçevede bir meslektaşına tevkil vermektedir.

Alt vekil, her ne kadar bir yardımcı kişi sayılsa da vekalet işini yürütürken bağımsız olması ve tevkil eden avukattan emir ve talimat almaması nedeni ile sorumluluğu BK.m.100'e göre değil, Av.K.m.171/III'e göre olur<sup>323</sup>. Bu bağlamda, eğer tevkil eden vekil, avukatlık sözleşmesinin kendisine yüklediği ve şahsen yerine getirmesi gereken bir edimlerin ifasını bir başka vekile bırakmışsa ve kendisine tevkil verilenin kusurundan bir zarar meydana gelmişse gerek tevkil eden, gerek tevkil olunan avukatın müteselsilen sorumlu olmaları söz konusudur (Av.K.m.171/III)<sup>324</sup>. Buna karşın avukatın hizmet sözleşmesiyle çalıştırdığı avukata şahsen ifası önemli olan bazı işler bırakması halinde bile, bu kimseler, yardımcı kişi olduğundan onların müvekkile verdiği zarardan sorumluluk BK.m.100 gereğince olacaktır<sup>325</sup>.

Av.K.m.171/I, tevkil için avukatın sözleşmesinde mutlaka "tevkil yetkisi"nin bulunmasını aramaktadır. Vekilin başkasını tevkile örf gereğince yetkili olması (Bk.m.390/III) veya halin gereklerine göre mecbur olması (BK.m.390/III) hali, Avukatlık Kanununun tevkil için vekaletnamede açıkça yetki arayan Av.K.m.171 karşısında uygulama alanı bulamaz. Ancak somut olayın şartlarından, halin gereklerine göre tevkil gerekeceğini öngörerek vekaletnamesinde tevkile yetkili olduğunun belirtilmesini sağlamak da özen yükümlülüğü çevresinde düşünülebilir<sup>326</sup>. Örneğin, yabancı ülke mahkemeleri veya uzak bir şehirdeki mahkeme önünde takip edilecek davaya ilişkin vekalet işi alacak avukatın, bir meslektaşını tevkil etmesi gerekebileceğini öngörebilmesi ve tevkil yetkisini içeren vekaletname alması uygun olur.

Avukatlık mesleği, ruhsat ile icra edildiğinden ve kamusal yanı bulunduğundan avukatın bir meslektaşını tevkil etmesi dolayısıyla olan sorumluluğu, genel anlamda vekilin sorumluluğuna oranla daha ağır bir biçimde düzenlenmiştir. BK.m.391/II, alt vekalette, tevkil yetkisi olan vekilin, sadece bu

---

<sup>323</sup> SUNGURTEKİN, s. 384; EREN, C.3, s. 247.

<sup>324</sup> Burada geniş anlamda tevkil kavramı kullanılmaktadır.

<sup>325</sup> SUNGURTEKİN, s. 385.

<sup>326</sup> SUNGURTEKİN, s. 386.

yetkisini kullanırken ve talimat verirken özen gösterdiğini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulma olanağına sahiptir. Oysa Av.K.m.171/III, tevkilde, tevkil eden avukatın tevkil olunanın "kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı vekalet verene karşı hem şahsen hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu" olduğunu belirtmektedir. Avukatlık Kanununda tevkil eden avukatın, tevkil yetkisini kullanırken ve talimat verirken gereken özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanı (BK.m.391/I) düzenlenmemiştir<sup>327</sup>. Bir başka ifade ile, Avukatlık Kanunu, Borçlar Kanununun 391/II. maddesine oranla çok daha sert bir tutum içerisindedir. Doğru olan da budur. Çünkü, BK.m.391/II, ücret almayan vekilin de sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Buna karşın avukatlıkta ücret alınması asıldır. Ayrıca, avukatlık mesleği kamusal niteliği ağır basan bir meslektir.

Tevkilden ötürü sorumluluğu düzenleyen Av.K.m.171/III hükmü, BK.m.391'e oranla daha ağır bir düzenlemedir. Buna karşın yardımcı şahsın fiilinden dolayı sorumluluğu düzenleyen BK.m.100'e oranla Av.K.m.171/III, daha yumuşak bir düzenlemedir<sup>328</sup>. Çünkü, BK.m.100, farazi kusura dayanırken Av.K.m.171/III, tevkil olunan avukatın gerçek kusuruna dayanmaktadır. BK.m.391, tevkil edene tevkil yetkisini kullanırken ve talimat verirken gereken özeni göstererek sorumluluktan kurtulma imkanı sunarken, Av.K.m.171, tevkil eden avukata bu konuda üzerine düşeni yapmış da olsa, -tevkil olunan avukat kusurlu davranışıyla vekalet verene zarar vermişse- bundan dolayı müşterek ve müteselsil sorumluluk olduğunu düzenlemiştir. Bu yüzden BK.m.191/II'ye oranla daha ağır bir düzenlemedir<sup>329</sup>.

Avukatlık Kanununun 171. maddesi hükmü, avukatlıkla birleşebilen işleri düzenleyen 12. maddeki işlerden biri nedeniyle önceden üstlenmiş olduğu

---

<sup>327</sup> TANDOĞAN, s. 244; SUNGURTEKİN, s. 387; Müderrisoğlu ise, resmi daire ve yargı mercileri önünde temsil görevi dışındaki vekalet durumlarında, yerine başkasını koyan avukat BK.m.391/II'deki kurtuluş beyinnesinden yararlanabilmelidir görüşündedir, bkz., MÜDERRİSOĞLU, s. 387.

<sup>328</sup> SUNGURTEKİN, s. 388.

<sup>329</sup> SUNGURTEKİN, s. 388.

vekalet görevini başkasına devretmek zorunda kalmış olan avukat bakımından uygulama alanı bulmaz. Bu durumda, avukatın Avukatlık Kanununun 171. maddesine tabi olmayacağı belirtildiğine göre (Av.K.m.171/III,son cümle), Borçlar Kanununun 391.maddesinin uygulama alanı bulacağı, yani Bk.m.391/II.deki kurtuluş beyinnesinden yararlanabileceği kabul edilmektedir<sup>330</sup>.

Av.K.m.171/III, tevkil yetkisi tanındığı için bir meslektaşını tevkil etmiş olan avukatın tevkil suretiyle devreden çıktığı kabul edilmemiştir. Onun sorumluluğu devam edecektir. Diğer taraftan ise, tevkil olunan avukatın da işin özenle ve kusursuz bir biçimde görmek konusunda yükümlülüğü bulunmaktadır. Tevkil eden avukat ile tevkil olunan avukat bu sorumluluktan, tevkil olunan avukatın iş görme ile amaçlanan sonuca ulaşılmış olması bakımından, yaşam deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli davranış ve girişimlerde bulunduğu ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçındığı, işi özen ve dürüstlikle yürüterek vekaleten gereğini yerine getirdiği ispat olunarak kurtulunabilir<sup>331</sup>. Çünkü, tevkil eden avukatın tevkil ettiği avukatla birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluğunun bulunduğu alan, tevkil olunan avukatın kusurları ile meydana getirdiği zararlardır<sup>332</sup>.

Avukatın özen borcu ile alakalı son borcu ise, vekaletten uygun olmayan zamanda çekilmekten kaçınma borcudur. Avukat kural olarak üstlendiği işi sonuna kadar takip etmek zorundadır<sup>333</sup>. Ancak, avukat-müvekkil ilişkisi, özel nitelikte bir güvene dayandığından, avukatın sebep göstermeden vekalette son verme hakları mevcuttur (BK.m.396/I, Av.K.m.37). Avukat uygun olmayan zamanda haklı sebep olmaksızın vekalette son verdiğinde, hukuki bakımdan tazminat yükümlülüğü doğurur. Ancak, haksız ve uygun olmayan zamanda vekalet son verme halinde Avukatlık Kanunu BK.m.396/II'deki sınırlı tazminatla

<sup>330</sup> TANDOĞAN, s. 244; SUNGURTEKİN, s. 389.

<sup>331</sup> Ayrıca tevkil yetkisini kullanan avukatın, bu yetkisini müvekkilin menfaatlerini zedelemeyecek biçimde kullanması onun özen yükümlülüğünün (Av.K.m.34) bir gereğidir. Örneğin, çevresinde belli davalarda çok başarılı olarak bilinen bir avukata bu özelliği nedeniyle giden müvekkilin davasını söz konusu avukat bir başka avukatı tevkil ederse, tevkil eden avukatın kendisinin özelliklerine denk nitelikte birisini tercih etmesi, bu konuda özen göstermesi gerekir. Bu avukatın Av.K.m.34 den kaynaklanan özen borcunun bir gereğidir.

<sup>332</sup> SUNGURTEKİN, s. 392.

<sup>333</sup> TBB Disiplin Kurulunun konuya ilişkin 17/15/1986 T., 22 E., 38 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1986, S. 4, s. 543.

yetinmeyerek ifaya olan menfaatin tümünün istenilebileceğini, yani alınabileceğini düzenlemiştir<sup>334</sup>. Çünkü, nasıl avukat her iş teklifini kabul etmek zorunda olmamakla birlikte, işin reddedildiğini gecikmeksizin iş sahibine bildirmek zorunda ise (Av.K.m.37/1), aynı şekilde vekalette eğer son verecekse bunu da uygun zamanda yapmalı, vekalet verenin menfaatlerini zarara uğratmamaya özen göstermelidir<sup>335</sup>. Avukatlık ilişkisinin niteliği, avukatın özen yükümlülüğü (Av.K.m.34), işin başında iş teklifini red halinde bunu gecikmeksizin iş sahibine bildirmek gerektiğine ilişkin hüküm (Av.K.m.37) ve "uygun olamayan zamanda istifa eden kimsenin diğerinin zararını karşılayacağına ilişkin hüküm (BK.m.396/II)" dikkate alındığında, avukatında uygun olmayan zamanda (haklı olmaksızın) istifa etmesi halinde, Av.K.m.174/1 gereğince ücret isteyemeyeceği, hatta peşin aldığı iade edeceği belirtilmektedir. Bu, sadakat borcunun da bir sonucudur. Örneğin avukatın, davaya vekalet görevini, davada varlığının çok önemli olduğu bir aşamada (haklı sebep olmaksızın) bırakması halinde, bu gibi yaptırımlar devreye girecektir. Sonuç olarak avukat, vekalet görevinden çekilirken da özenle hareket etmelidir<sup>336</sup>.

## B. Hekimlerin Özen Borcu

Hekimlerin mesleki faaliyetleri, toplumun her kesimini yakından ilgilendirmekte, bu faaliyetlerin icrası çeşitli şekillerde belirmektedir. Hekimlerin bir kısmı kamu sektöründe, devlet hastanelerinde, kliniklerde, dispanser ve sağlık yurtlarında görev yapmakta, diğer bir grup hekim ise serbest olarak muayenehane açmak sureti ile çalışmaktadır. Serbest olarak çalışan hekimlerin az sayıda olsa da özel hastaneler veya klinikler kurdukları yahut bu özel

<sup>334</sup> Avukatlık Kanununa göre haklı bir sebeple üzerine aldığı işi takipten vazgeçen avukatın tam ücret isteyebilmesi söz konusudur (Av.K.m.174/1'in mefhumu muhalifinden çıkan sonuç)bkz., SUNGRTEKİN, s. 394.

<sup>335</sup> SUNGRTEKİN, s. 394.

<sup>336</sup> Avukatın vekaletten çekilme olgusunu bildirmek için düzenlediği dilekçeyi bizzat mahkemeye bildirmesi veya verildiğinden kesin olarak emin olması gerekirken; hukuki niteliği ve sonuçları yönünden önemli olan bir dilekçeyi müvekkili eliyle mahkemeye sunma yolunu tercih etmiş olması, mesleğin gerektirdiği özenle davranma ilkesiyle bağdaşmamasına ilişkin, TBB Disiplin Kurulunun 18/05/1991 T., 3 E., 38 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1991, S. 6, s. 1002.

hastanelerde hizmet sözleşmesi ile çalıştıkları, hastalarını tedavi veya ameliyat ettikleri de görülmektedir<sup>337</sup>.

Bu farklı çalışma düzenleri sonucu, hasta ile hekim veya kamu ve özel sağlık kuruluşları arasında çok değişik hukuki ilişkilerin ve zaman zaman cezai ve hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır<sup>338</sup>.

Hekim-hasta ilişkisinin temelinde ya bir kamu hukuku ilişkisi ya da bir özel hukuk ilişkisi vardır<sup>339</sup>. Özel hukuk ilişkisi olduğunda tarafların arasında çoğu zaman bir sözleşme ilişkisi vardır<sup>340</sup>. Bu sözleşme, tedavi sözleşmesi yahut hekimlik sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır<sup>341</sup>.

Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre<sup>342</sup> tedavi sözleşmesi sui generis bir sözleşmedir. Nedeni de, taraflar arasında karşılıklı bir edim değişimi mevcut değildir; aksine, sözleşmesinin muhtevası yardım, güven, anlayış, özen ve şefkatten oluşmaktadır. Ayrıca taraflar eşit imkanlarla donatılmamıştır. Uzmanlık, güç ve otorite hekimde, zayıflık ve bilgisizlik ise hastada toplanmıştır.

Tedavi sözleşmesinin kanunda özel olarak düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine tabi kılınması gerektirdiğini savunan yazarların bir çoğu ise, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin kural olarak vekalet sözleşmesine

<sup>337</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 1.

<sup>338</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 1.

<sup>339</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 1.

<sup>340</sup> KANETİ, s. 61; TANDOĞAN, s. 204vd.; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 49; Hekimlerin acil hallerde müdahale durumunda taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur; (bkz., REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12) bu durumda vekaletsiz iş görme hükümlerine (BK.m.410-411) göre hareket edilmesi gerekir, bkz., REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12; Hekimle hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunamayacağı ve dolayısıyla hekimin sadece haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun söz konusu olacağı da savunulmuştur (bkz., BAYRAKTAR, s. 31, DONAY, (Sorumluluk), 41,}. Gerçektende bir kimseye başkalarının güvenliği ile ilgili ödevler yükleyen bir sözleşme ilişkisine kendi isteği ile girerse, sadece bu sözleşmeye dayalı değil, toplumsal yaşamın dayanağı olan güven ve inanç geleneklerinden dolayı da, bu ödevleri yerine getirmek sorundur. Başka bir ifade ile bir sözleşme ilişkisi başkalarının can ve mal güvenliği ile ilgili ödevler yüklemişse ve onlar bu görevlerin yerine getirileceği konusunda kesin bir inanç taşımakta haklı iseler, bu ödevler yalnızca sözleşmeye dayalı olma niteliğinden sıyrılırlar, genel hukuk düzeninin yüklediği ödevler niteliğini kazanırlar. (bkz KANETİ, s. 61.) Nitekim, Fransız Hukukunda 1936 yılına kadar hekimlerin sorumluluğu sadece haksız fiil ilişkisine dayandırılırken, bu tarihten sonra Fransız Yargıtay'ı hekimlerin sözleşmeye dayalı sorumluluklarının olacağı kabul edilmiştir. (bkz., REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12) aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de 9/12/1892 tarihli bir kararında, hekimle hasta arasında sözleşmenin yüklediği borca aykırılığı, aynı zamanda haksız fiil niteliğinde görmüştür. (karar için bkz., KANETİ, s. 62).

<sup>341</sup> BAYRAKTAR, s. 33; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 50.

<sup>342</sup> ATABEK/SEZEN, s. 144.

dayandırılması gerektiği görüşündedirler<sup>343</sup>. Ancak, daha çok diş hekimi- hasta ilişkisinde ortaya çıkan ve diş hekiminin sadece bir protez, köprü veya kron yapımını üstlendiği sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu da bu görüş sahipleri tarafından ifade edilmektedir<sup>344</sup>.

Hakim görüşe dahil bir gurup yazar ise<sup>345</sup>, aile hekimliği sözleşmesi bakımından hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedirler. Ancak, hizmet sözleşmeleri hekimlerle hasta arasında değil, hekimlerle sağlık kurumları veya çeşitli müesseseler arasında ortaya çıkmaktadır<sup>346</sup>.

Ertaş, hekimin tıbbi müdahaleler bakımından tamamen eser sözleşmesi hükümlerine tabi kılınması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>347</sup>.

Yargıtay'ın hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda daire kararları arasında farklı içtihatları vardır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, hekimin sorumluluğuna ilişkin verdiği kararlarda, hekim hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği üzerinde durmamış, konuyu haksız fiil hükümleri çerçevesinde çözümlenmeye çalışmıştır<sup>348</sup>. Buna karşın Y.13.Hukuk Dairesi hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğuna açıkça ifade etmiştir<sup>349</sup>.

Hekim-hasta arasındaki tedavi sözleşmesini vekalet olarak nitelendirmek daha doğru bir yaklaşımdır. Çünkü, sui generis görüşünü paylaşanların aksine,

<sup>343</sup> SARIAL, s. 41; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 53; DONAY, (Sorumluluk), s. 46, BELGESAY, (Tıbbi Mesuliyet), s. 76, ÖZSUNAY, s. 37.

<sup>344</sup> Diş hekiminin aynı anda hem tedavi hem de bir protez yapımını üstlendiği sözleşmelerin hukuki niteliğini belirlemek konusunda ise doktrinde tartışmalar vardır. Böyle bir sözleşmeyle diş hekimi, hastaya karşı ağızda ve çene kemiğinde mevcut zararlı oluşumları özenle tedavi yanında, protez, köprü, dolgu gibi, bir eserin yapımıyla rahatsızlığı ortadan kaldırmayı borçlanmıştır (bkz., AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 52). Bir görüşe göre (SARIAL, S. 43), diş hekiminin hem tedavi, hem de protez yapımını üstlendi sözleşme, hukuki niteliği itibarıyla karma bir sözleşmedir. Bir diğer görüşe göre ise (TANDOĞAN, s. 204), diş hekimi hasta arasındaki sözleşme tamamiyle vekalet hükümlerine tabi olmalıdır. Gerçektende tedavi protez takılması edimlerini ihtiva eden sözleşmelerde, sözleşmenin konusunu oluşturan asıl edim, eserin yapılması değil, hastalığın tedavisidir. Bu nedenle de bu tür sözleşmelerin vekalet hükümlerine tabi kılınması gerekir.

<sup>345</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12; SARIAL, s. 41; DONAY, (Sorumluluk), s. 46.

<sup>346</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12.

<sup>347</sup> ERTAŞ,Ş., s. 175.

<sup>348</sup> Konuya ilişkin Y.4.HD., 17/12/1976 T., 692 E., 1046 K. sayılı kararı için bkz., YKD., Y.1978, S. 4, s. 544, Y.HGK., 28/06/1978 T., 4 E., 696 K. sayılı kararı için bkz., YKD., Y.1978, S. 9, s. 1439.

<sup>349</sup> "...hasta ile doktorun mesleki ilişkisi vekillik sözleşmesine dayanır..." hakkında Y.13.HD., 4/3/1994 T., 1994/8557 E., 1994/2138 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.20, S. 8, Ağustos 1994, s. 1288-1289.

hekimlik sözleşmesinde de karşılıklı iki edim vardır<sup>350</sup>. Bunlardan iş görme borçlusu olan hekimin borcu tedaviyi özenli bir şekilde yürütmek, iş görme alacaklısı olan hastanın borcu ise, tedaviye uygun bir ücret ödemeyi taahhüt etmektir. Yardım, anlayış, şefkat gibi edimler, hekimin yan yükümleridir. Dolayısıyla, bu borçların vekalet ilişkisinden kaynaklanmaması düşünülemez. Tarafların eşit imkanlara sahip bulunmadığı düşüncesi de ilişkinin vekalet olmayıp sui generis olacağı şeklinde nitelendirilmesini haklı göstermez. Çünkü, örneğin kira sözleşmesinde de zayıf durumda bulunan kiracıdır; ancak bu durum, sözleşmenin sui generis olması sonucunu doğurmaz<sup>351</sup>. Hekimlik sözleşmesinde hekimin tedaviyi üstlenmesine ve bu nedenle ücrete de hak kazanmasına karşın hastayı mutlaka iyileştireceğini taahhüt edememesinden ötürü hekimlik sözleşmesi eser sözleşmesi olarak da nitelendirilemez<sup>352</sup>.

Hekim-hasta arasındaki ilişkinin vekalet olarak nitelendirilmesini gerektiren en önemli neden BK.m.386/II'nin getirdiği "diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi vekalet hükümleri cari olur" hükmüdür. Hekim de, hastaya karşı bir iş görme borcu üstlenmiştir. Burada, maddi işlere ilişkin vekalet mevzubahistir<sup>353</sup>. Hekimin acil durumlarda hastaya müdahale etmesi durumunda ise vekaletsiz iş görme hükümlerine (Bk.m.410-411) göre hareket etmek gerekir; ancak, bu halde bile hekimin devam eden müdahalesine hasta rıza gösterebilir ve kendiliğinden bir vekalet ilişkisi kurulur<sup>354</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin konusu, kişilik hakkı içerisinde yer alan temel değerlerden "beden tamlığı ve sağlık"la ilgili müdahalelerdir. Dolayısıyla, kişilik alanı üzerinde faaliyet gösteren hekimin diğer iş görme borçlarına göre (Örneğin işçiye göre) daha özenli hareket etmesi gerekir. Çünkü, onların borca aykırılıkları çoğu zaman malvarlığında bir eksilmeye neden olurken, hekimin

<sup>350</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 54.

<sup>351</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 54.

<sup>352</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12.

<sup>353</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12.

<sup>354</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 12.

borca aykırılığı yalnız şahıs varlığında bir eksilmeye kalmayıp buna bağlı olarak malvarlığında da bir eksilmeye neden olabilmektedir<sup>355</sup>.

Tedavi sözleşmesi, hukuki anlamda bir vekalet sözleşmesi olmasına bağlanan bazı sonuçlar vardır. Vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcunun ölçüsünün tespitinde BK.m.390/1'in BK.m.321'e yaptığı atıf neticesinde işçinin hizmet sözleşmesinde göstermek zorunda olduğu özene ilişkin kıstasların esas alınması gerekir. BK.m.321 ise objektif<sup>356</sup> ve sübjektif<sup>357</sup> olmak üzere özen borcunun tespitinde iki ölçü belirlemiştir. Bununla birlikte, hekimlik mesleği de tıpkı avukatlık mesleği gibi uzun sürümlü bir eğitim ve sınavlar sonucu verilen bir diplomaya ve devletçe verilmiş bulunan bir ruhsatnameye dayalı olarak yürütüldüğü için kural olarak sübjektif kıstasa dayanılmamalıdır<sup>358</sup>. Yani hekim, hasta tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi ve yeteneklerindeki herhangi bir eksikliğe dayanarak sorumluluktan kurtulamamalıdır<sup>359</sup>. Buna karşın objektif kıstas, mahiyetine uygun düştüğü oranda hekimin özen borcuna uygulanmalıdır. Dolayısıyla hekim, genellikle kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık mutlak usul halini almış olan ilkelerini bilmek ve gördüğü işin kurallarına göre doğru teşhisi koyup bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviyi özenli bir şekilde uygulamak zorundadır<sup>360</sup>.

Tedavi sözleşmesi bakımından özenin ölçüsü tamamen objektifleştirilmiş olup, hekim, kendi sübjektif durumundan bağımsız olarak, mensup olduğu ihtisas alanına dahil "ortalama düzeydeki bir hekimin" aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür<sup>361</sup>. Dolayısıyla, bir pratisyen

<sup>355</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 50; AŞÇIOĞLU, s. 50; "...uzman doktor, hastanın bünyesinin, kişisel durumunun, ışınlarla karşı aşırı duyarlılığını önceden göz önüne alarak tedaviyi bu etkilerin doğuracağı sonuçları bertaraf edecek nitelikte yapacaktır. Sağlık Şurası'nın, bir uzman doktorun sorumlu tutulamayacağını benimsemesi olanaksızdır. Aksi halde doktor ile bir işçi ile bir teknisyenin yaptığı zararların birbirinden farkı kalmaz. Uzman doktor bu tehlikeleri bertaraf edecek şekilde çalışmak zorundadır. Çalışmazsa veya çalışıp da böyle bir sonuç doğurursa bundan sorumlu olur..." Y.4.HD., 17/12/1976 T., ve 692/11046 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 50.

<sup>356</sup> yani sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, gerektirdiği öğrenim ve bilgi derecesi...

<sup>357</sup> yani işçinin iş sahibince bilinen ve bilinmesi gereken bilgi derecesi yetenekleri ve diğer nitelikleri...

<sup>358</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 89; TANDOĞAN, s. 204.

<sup>359</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 89; TANDOĞAN, s. 204.

<sup>360</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 89; TANDOĞAN, s. 204.

<sup>361</sup> KANETİ, s. 531; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 89; AŞÇIOĞLU, s. 86; "...Mesleki bir iş gören doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz



hekimden ortalama bir pratisyen hekimin, bir uzmandan ilgili ihtisas alanına dahil ortalama bir uzmanın aynı hal ve şartlar altında dikkat ve özen beklenilecektir<sup>362</sup>. Ancak hekimin ortalama düzeyden daha aşağı bir ehliyete sahip olması örneğin çok az tecrübe sahibi bulunması veya kendi uzmanlık sahasında henüz acemi olması, özen ölçüsünün hafifletilmesine yol açmayacaktır. Buna karşın zaruret halinde hekimden beklenen özenin ölçüsü hafifletilebilecektir<sup>363</sup>. Bu nedenle, hekimin uzmanlığı arttıkça kendisinden beklenen özen de ağırlaşacaktır. Yani, bir uzmanın, bir pratisyen hekimden daha özenli hareket etmesi gerekir. Çünkü, hem o daha uzun süreli bir eğitim görmüştür, hem de bu nedenle hasta tarafından tercih edilmiştir<sup>364</sup>.

Hekim, hekimlik sözleşmesi ile tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğü altına girer<sup>365</sup>. Ancak, plastik ve estetik ameliyatla protez takma diş yapma gibi istisnalar hariç hekim açısından tedavi sonucunun garanti edilmesi söz konusu olmayıp, yapılan tedavinin özenle görülmemesi bakımından bir sorumluluk durumu söz konusu olabilir<sup>366</sup>.

Hekim, tedavi sözleşmesiyle hastaya karşı hastalığın tedavisi için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde sadece özenle iş görmeyi borçlanır<sup>367</sup>. Yani, hekimin asıl edim borcu özenle hareket etme borcudur (BK.m.390/II; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) m. 2,14/II). Ancak

---

bir özen göstermeyen vekil, vekalet gereği gibi ifa etmemiş sayılır..." hakkında Y.13.HD., 4/3/1994 T., 1994/8557 E., 1994/2138 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.20, S. 8, Ağustos 1994, s. 1288-1289.

<sup>362</sup> ATABEK/SEZEN, s. 146; KÖPRÜLÜ, s. 590.

<sup>363</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 89.

<sup>364</sup> BELGESAY, (Tıbbi mesuliyet), S. 76.

<sup>365</sup> BAYRAKTAR, s. 33; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 50; AŞÇIOĞLU, s. 49.

<sup>366</sup> ATABEK/SEZEN, s. 142; BELGESAY, (Tıbbi Mesuliyet), s. 109; "...Yapılan ameliyat iyi sonuç vermemiş olsa dahi, tıp ilminin kabul ettiği kaidelere uygun bir şekilde müdahale yapılmış ise, doktora kusur izafe edilemeyeceğinden, meydana gelen zararlı sonuçtan dolayı da mesuliyeti cihetine gidilemez. İhmalin tedbirsizliğin tespiti için ölçü, zararı meydana getirenin sübjektif niteliğine bakılmaksızın, yalnız "orta seviyede bir kimsenin" yani olayda tedbirli bir doktorun, aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimamdan ibarettir..." Y.4.HD., 1967 T., 296 E., 5112 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 86; aynı yönde Y.13.HD., 4/3/1994 T., 1994/8557 E., 1994/2138 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.20, S. 8, Ağustos 1994, s. 1288-1289.

<sup>367</sup> BELGESAY, (Tıbbi mesuliyet), S. 76; DONAY, (Sorumluluk), s. 45; AŞÇIOĞLU, s. 50; "...doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartlar yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir..." hakkında Y.4.HD., 29/6/1977 T., 2876/5612 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 50.

hekimin hekimlik ilişkisinden kaynaklanan başka borçları da vardır. Bunlar, bir Yargıtay kararında da ifade edildiği gibi<sup>368</sup> "teşhis koyma ve en uygun tedaviyi seçip uygulama borcu", "hastayı aydınlatma borcu", "sadakat borcu", "arşivleme ve sır saklama borçları"dır.

Hekim hiçbir zaman tedavide geçerli olan genel anlamdaki özene riayet ettiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>369</sup>. Aynı şekilde, tıp bilimi ve uygulamasında genel kabule mazhar olmuş esasları bilmediğini ve hatta bunun hasta tarafından bilindiğini ileri sürerek de özen sorumluluğundan kurtulamayacaktır<sup>370</sup>.

Hekim, özellikle uzmanlık alanına ilişkin yeni gelişmeleri takip edip öğrenmek zorundadır<sup>371</sup>. Lisans ve uzmanlık eğitimini tamamladıktan sonra kendisini geliştirmeyi bırakan ve artık tıp biliminde uygulaması terkedilmiş bir yöntemi sırf bilgisizliği nedeni ile icra eden hekim, bunun yol açmış olduğu zararlardan sorumludur<sup>372</sup>. Aynı şekilde hekim, önüne gelen işin kendi yeteneklerini aştığını görürse, ya konunun bir uzmanına danışmalı ya da hastayı o konuda uzman bir hekime göndermelidir. Aksi durum özen borcuna aykırılık teşkil eder<sup>373</sup>. Ancak zaruret hali söz konusu ise, yetersizliğini bilerek müdahalede bulunan hekim kusurlu sayılmaz<sup>374</sup>.

Hekim, teşhis ve tedavide de özen borcuna uygun hareket etmelidir. Teşhis, doğru bir tedavinin ilk adımıdır ve tedavinin başarılılığı ve başarısızlığı üzerinde son derece etkilidir<sup>375</sup>. Teşhisin doğru bir şekilde konulabilmesi için de hastalığın geçmişi hakkında tam bir bilgi sahibi olmalı, hastayı dikkatli bir şekilde bizzat muayene etmeli, hastalığın çıkış noktası konusunda hasta ile konuşmalı,

<sup>368</sup> Y.4.HD., 7/3/1977 T., 76/6297 E., 2541 K., sayılı kararı için bkz., YKD., Y. 1978, S. 6, s. 905 ve ayrıca REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 2.

<sup>369</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 89.

<sup>370</sup> ERTAŞ,Ş., s. 197; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 90.

<sup>371</sup> BELGESAY, (Tıbbi mesuliyet), s. 104; DONAY, (Sorumluluk), s. 52; ATABEK/SEZEN, s. 145, ATABEK, s. 632.

<sup>372</sup> ATABEK/SEZEN, s. 147; ERTAŞ,Ş., s. 197; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 90.

<sup>373</sup> ATABEK/SEZEN, s. 146; KÖPRÜLÜ, s. 590; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 90; SARIAL, s. 52; ATABEK, s. 632.

<sup>374</sup> ERTAŞ,Ş., s. 187; KÖPRÜLÜ, s. 591.

<sup>375</sup> KÖPRÜLÜ, s. 589.

somut olayın gerektirdiği laboratuvar tahlillerini yapmalı ve ulaşacağı bulguları özenle değerlendirmelidir<sup>376</sup>. Somut olay bakımından bunların gerekli olup olmamasında tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar hekime yol gösterecektir. Bu nedenle örneğin, röntgenini çekirmeden yanlış bir dişi çeken veya kafa travması geçiren bir hastaya gerekli laboratuvar tahlilleri yaptırmayı ihmal eden yahut hastalığın beyin kanaması mı yoksa beyin tıkanması mı olduğunu saptamak için gerekli deneyi yapmadan yardıma girişen hekim özen, borcuna aykırı hareket etmiş sayılır. Buna karşın, somut olayın gerektirdiği bütün özeni gösteren hekim, yanlış bir teşhis koymuşsa salt yanlış bir teşhisi koyması nedeniyle özen borcuna aykırı hareket etmiş sayılmaz<sup>377</sup>. Çünkü, hekimin borcu mutlaka en doğru teşhisi koymak değil, bu amaca yönelik olarak özenli bir şekilde faaliyette bulunmaktır. Yoksa hekim, tedavi sonucunu garanti edemez. Zaten bu şekilde bir garanti vekaletin niteliğine de aykırıdır. Buna karşın, hekim, gerekli araştırmaları yapmaksızın teşhis koyma yoluna gider veya araştırma sonuçlarını iyi tartmadığı için yanlış teşhis koyarsa, artık özen borcuna aykırılıktan sorumlu tutulur<sup>378</sup>.

Gerekli teşhisi koyan hekim için artık, tedavi yöntemini seçmek ve uygulamak yükümlülüğü ortaya çıkar. Hekim, hastalığın tedavisi için uygulanacak yöntemi seçerken de özenli hareket etmelidir. En uygun yöntem, belirlenen hastalığın tedavisi için riski en az fakat başarı şansı en yüksek olan

<sup>376</sup> ATABEK/SEZEN, s. 148; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 91; "...basit bir parmak muayenesi ile biyopsi yapmadan, rektum kanseri teşhisi konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar, büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmasında davalı doktor yüzde yoz kusurludur...", Y.HGK., 16/2/1972 T., 1971/4-137 E., 105 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 76.

<sup>377</sup> DONAY, (Sorumluluk), s. 49; KÖPRÜLÜ, s. 66 AŞÇIOĞLU, s. 76.

<sup>378</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 66; "...hastanın hikayesinde bir haftadan beri gelip geçen veya sürekli bir şekilde prekordial ve rezrosternal şiddetli bir ağrı bulunmasına rağmen kalp nevrozu teşhisi koymaması... ihmal teşkil eder", Yüksek Sağlık Şurası 22/11/1967 t., 6177 K., sayılı karar için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 78; "... Bir doktor, geniş, derin, ecnebi maddelerle pistenmiş bir yara, karşısında bulunur, yarayı temizlemek de mümkün olmazsa önleyici, antitetonuk serum enjeksiyon yapmak zorunluluğundadır. Tetanoz vakiasının azlığı, serumu ihmal eden doktorun sorumluluğunu azaltırsa da, kusurunu ortadan kaldırmaz..." görüşüyle Fransız Dovai Mahkemesi doktoru mahkum etmiştir., bkz., AŞÇIOĞLU, s.78; "...hastasına gerekli test ve araştırmaları yapmadan röntgen ışınları uygulayan doktor doğan zarardan sorumludur..." hakkında Y.4.HD., 17/12/1976 T., 692 E., 11046 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s.78.; "...olayların inkişafı ve özellikle otopsi sonuçları, ölünün davalı doktor tarafından tedbirsizce ve acemice yapılan kürtaj sonucu rahim mükozası ve adalelerinin ileri derecede harabiyet uğramasından ileri geldiğinin ve ilk nedenselliğinin tedbirsiz ve acemice yapılan kürtaj ile bağlantılı olduğunun kesin delilidir....", hakkında Y., HGK., 28/6/1978 T., 976/4-3539 E., 696 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s.79.

yöntemdir<sup>379</sup>. Buna bağlı olarak hekim, riski az fakat geleneksel bir yöntem var iken riski fazla fakat yeni bir yöntemi tedavide seçmemelidir. Fakat illaki yeni yöntemi uygulayacaksa bu durumda kendisinden beklenen özenin ölçüsü de artacaktır<sup>380</sup>. Bu durumda riskli yöntemin sakıncaları konusunda hasta yeterince aydınlatılmalıdır (TDN.m.10/1); aksi halde, özen borcuna aykırı hareket edilmiş sayılır.

Burada değinilmesi gereken bir başka konuda hekimlerin henüz deney aşamasında olan tedavi yöntemlerini uygulamalarının özen borcuna aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir. Deneysel tedaviler konusunda ortaya çıkan en önemli sorun, iyileştirilmek istenilen hastanın menfaati ile, tıp biliminin, dolayısıyla tüm insanlığın menfaatinin karşı karşıya gelmesidir<sup>381</sup>.

Deney aşamasındaki bir metodun veya ilacın insanlar üzerinde uygulanabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir<sup>382</sup>. Öncelikli olarak deneysel çalışmalarda tedavi amacının bulunması gerekir. İkinci olarak deney aşamasındaki metodun insanlar üzerinde uygulanması gerekliliği zamanın tıp okulları ve kurumları tarafından onaylanmış olması gerekir. Üçüncü olarak deneyi kabul edecek olan bir hastanın varlığı gerekir<sup>383</sup>. Ancak, kobay görevi yapacak olan hastanın rızasının, serbestçe ve hiç bir etki altında kalmadan alınması gerekir. Doktor, deney yapılacak kişiye, deneyle ilgili her türlü bilgileri ve deneyin doğurabileceği muhtemel kötü sonuçları bildirmek zorundadır<sup>384</sup>. Aksi durum özen borcuna aykırılık teşkil edeceği gibi kişilik haklarına saldırıdan dolayı cezai sorumluluğu da ortaya çıkabilir<sup>385</sup>.

---

<sup>379</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 66.

<sup>380</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 92.

<sup>381</sup> GIESEN, s. 221.

<sup>382</sup> AŞÇIOĞLU, s. 55.

<sup>383</sup> GIESEN, s. 223; AŞÇIOĞLU, s. 55.

<sup>384</sup> GIESEN, s. 223; AŞÇIOĞLU, s. 55.

<sup>385</sup> GIESEN, s. 223; AŞÇIOĞLU, s. 55;" 1974 yılında Texas Eyaletindeki İstinaf Mahkemesi...davacı hastanın dul karısı ve davalı ise ünlü kalp cerrahı Cooly idi. Cooly, ağır ve ölüm tehlikesi altında bulunan hastayı tedaviye almıştı. Bunun için ilk önce bir parça alınması ve sonra muhtemelen bir kalp nakli veya yapma bir kalp takılması gerekiyordu. Ancak kalbin durumunun kötü olması nedeni ile parça alınması mümkün olmadığı ve nakledilecek bir kalpte bulunmadığı için, hastanın kalbi çıkarılarak o zamana kadar insan üzerinde değil fakat sadece laboratuarda denenmiş bulunan yapma kalp takıldı. Ameliyattan sonra hastanın durumu şaşılacak kadar iyiydi. Bir kaç gün sonra yapma kalp, bir insan kalbi ile değiştirildi. Bir gün sonra hasta böbreklerin çalışmaması nedeni ile öldü. Bu aynı zamanda deney amacıyla benzer makinelere bağlanan hayvanlarında ölüm nedeni idi. Mahkeme dul eşin

Yeni bir tedavi yönteminin deney aşaması tamamlandıktan sonra uygulanabilirlik kazanabilmesi için, bunun bilim çevrelerce ve ahlaken kabul edilmiş ve tıbben de gerekliliğinin gösterilmiş olması gerekir<sup>386</sup>. Aksi durum, özen borcuna aykırılık nedeni ile hekimin sorumluluğunu gerektirir. Aynı şekilde, sırf kendisini ispatlamak veya şöhret kazanmak için deney aşamasındaki bir tedavi yönteminin uygulanması da özen borcuna aykırılık teşkil eder (TDN.m.11)<sup>387</sup>. Burada asıl ortaya çıkan güçlük, hangi tedavi metodunun hangi andan itibaren yeni bir metot olarak gerektiğinin saptanmasıdır. Her şeyden önce deney aşamasındaki bir tedavi metodunun yeni bir metot olarak kabulüne asla olanak yoktur<sup>388</sup>. İkinci olarak yeni tedavi yönteminin tıp bilimi ile uğraşan okullar tarafından benimsenmesi halinde geçerlilik kazanır<sup>389</sup>. Üçüncü olarak da, yeni tedavi yönteminin hastalığın tedavisi için tek yöntem olması gerekir. Eğer, hastalığın tedavisi için bir başka tedavi yöntemi varsa ve bu yöntemin başarı oranı yüksek ise bu yöntemin uygulanmasında ısrar edilmelidir. Son olarak da yeni tedavi yönteminin uygulanmasına karar vermeden önce mutlaka o alanda uzman bir hekimin bilgisine başvurmak gerekir<sup>390</sup>. Bütün bu hususların gereği yerine getirildikten sonra söz konusu yeni tedavi yöntemi hastaya uygulanmalıdır. Aksi durum, hastanın sağlığını riske etmek olur ki, bu da özen borcuna aykırılık teşkil edebilir.

Hekim, teşhise göre belirlemiş olduğu en uygun tedavi yöntemini uygularken de özenle hareket etme borcu altındadır. Bunu yaparken tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş esasların zorunlu kıldığı özeni gösterecektir<sup>391</sup>. Hekim, örneğin ameliyat odası ve ameliyatta kullanılacak aletlerin yeterince temiz olup olmadığını araştırmalıdır<sup>392</sup>. Temizliği yapmaktan hekimi sorumlu tutamasak da gerekli denetimleri yapmamaktan, dolayısıyla özen

---

davasını reddetti. Karara göre, ameliyattın ölümlü sonuçlanması % 30 bile olsa, olayın özel şartları ameliyatın yine yapılmasını gerektiriyordu...”, karar için bkz., DEUTSCH, s. 179.

<sup>386</sup> GIESEN, s. 222.

<sup>387</sup> ERTAŞ,Ş., s. 191; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 92.

<sup>388</sup> GIESEN, s. 222.

<sup>389</sup> GIESEN, s. 220.

<sup>390</sup> GIESEN, s. 220.

<sup>391</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 67.

<sup>392</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 92.

borcuna aykırılıktan, hekimi sorumlu tutabiliriz. Ameliyatta kullanılacak aletlerin amaca uygun şekilde çalışmalarını sağlamak da vekilin özen borucu içerisinde değerlendirilir<sup>393</sup>. O, tedavi esnasında personeli seçerken, talimat verirken ve denetlerken de özenli hareket etmelidir<sup>394</sup>.

Hekim, seçtiği tedavi yöntemini kural olarak bizzat uygulamakla yükümlüdür<sup>395</sup>. Çünkü, hekim-hasta ilişkisinin vekalet sözleşmesine dayanması, tedavinin hekim tarafından bizzat yürütülmesini gerekli kılmaktadır (BK.m.390/III)<sup>396</sup>. Ancak, hastanın tedavisi için gerekli bütün faaliyetlerin hekim tarafından yapılmasını istemek, gerçek hayatın özelliklerine uygun düşmez. Hekim, tedavi faaliyetini gerçekleştirirken üçüncü şahısların yardımını isteyebileceği gibi, şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu edimlerin ifasını da onlara bırakabilir<sup>397</sup>. Birinci durumda yardımcı şahıs kullanılması, ikinci durumda ise hekimin kendisi yerine başkasını koyması vardır.

Hekimin yardımcı şahıs kullanmasına, hastaya iğne yapılması, ameliyata hazırlanması, vücuttan kan alınması veya verilmesi, serum verilmesi, ameliyathaneye ilişkin temizlik ve sterilizasyon hizmetlerinin gerçekleştirilmesi, röntgen çekilmesi gibi hekimin şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı, niteliği bakımından yardımcı kişilere bırakılmaya elverişli (BK.m.67) işlerdir<sup>398</sup>. Dolayısıyla hekim yardımcısı, hemşire, röntgen asistanı, laborant, hastabakıcı gibi çalışanlar yardımcı kişi sayılır<sup>399</sup>. Hekim, tedavi faaliyetlerini gerçekleştirirken hizmetlerinden istifade ettiği bu yardımcı kişilerin eylemlerinden esas olarak BK.m.100 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulur<sup>400</sup>. Hekim, istihdam edenin

<sup>393</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 92; Yargıtay, koher pensinin hastanın karnında unutulması ile ilgili bir olaya ilişkin "...ameliyatın acil olması, Pazar günü yapılması v elde mevcut olanak ve araçlarla yetinilmesi fen kurallarını uygulayan doktorun mazereti olamaz. Sağlığı kendisine emanet edilen hastanın ameliyatında bu kadar ağır bir savsama uzmanlığın gerektirmediği bir sonuçtur. Müdahalenin acilliği, ameliyatın yapılma günü sonuca etkili olmadığı gibi işin ağırlığının kusurun ağırlık derecesi bertaraf etmesi olanağı yoktur. Unutma ise, hoş görülmeleyen çok ağır bir savsamadır..." Y., 4.HD., 11/12/1976 T., 975/4260 E., 1393 K., sayılı kararı vermiştir. Karar için bkz., AŞÇIOĞLU, s.84; aynı konuda Y.4.HD., 16/15/1995 T., 4365 E., 4301 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s.84.

<sup>394</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 92

<sup>395</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 13.

<sup>396</sup> SARIAL, s. 50.

<sup>397</sup> SARIAL, s. 54.

<sup>398</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 15; SARIAL, s. 54.

<sup>399</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 15.

<sup>400</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 15; KÖPRÜLÜ, s. 60, ERZURUMLUOĞLU, s. 202.

sorumluluğundan farklı olarak (BK.m.55), işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, ona nezaret etmede ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz<sup>401</sup>. Sorumluluktan kurtulmak isteyen hekim, yardımcı kişinin eyleminin kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispatlamak mecburiyetindedir<sup>402</sup>. Hasta ile aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için, yardımcı kişiler sadece genel haksız fiil hükümlerine (BK.m.41 vd.) dayanarak sorumlu tutabilir<sup>403</sup>.

Hekim, bazı hallerde yerine başkasını koyar. Yani, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu tedavi borcunu, denetim ve gözetimi söz konusu olmaksızın üçüncü bir şahsa (kural olarak bir başka hekime) aktarır<sup>404</sup>. Hekimin denetim ve gözetimi altında bulunan kişiler örneğin asistan hekimler, ikame şahıs sayılmazlar. Buna karşın bakteriyolojik araştırmalar yapması için bağımsız çalışan bir meslektaşına başvurması durumunda kendisinin yerine başkasını koyması durumu vardır.

Hekimin kendisi yerine bir başkasını koyması da iki şekilde olabilir. İlkinde hekim hastayı tedavi etme borcunu, kendi adına yaptığı bir sözleşme ile (vekalet sözleşmesi ile) bir üçüncü hekime bırakır ki bu durumda alt vekillik ilişkisi ortaya çıkar. Hekim ile hasta arasında vekalet ilişkisi devam ederken, hasta ile kendisine vekalet verilen hekim arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmaz.<sup>405</sup> İkincisinde ise, hekim hastası adına yaptığı bir sözleşme ile tedavi borcunu diğer bir hekime bırakır. Böyle bir durumda da ikame vekaleti söz konusu olur. Bu durumda birinci hekimin yerine geçen hekim ile hasta arasında yeni bir tedavi içerikli vekalet sözleşmesi kurulur. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, hastaya karşı birinci hekimin sorumluluğu devam eder<sup>406</sup>.

Kendisi yerine bir başkasını koyan hekimin sorumluluğu, ikamenin hukuken uygun olup olmamasına göre değişir. BK.m390/III'e göre, üç durumda hukuken uygun ikame vardır. Bu durumlarda hekim, sadece kendisinin yerine geçecek kişiyi seçme ve ona talimat vermede özenli hareket etme bakımından

<sup>401</sup> BELGESAY, (Tıbbi Mesuliyet), s. 78.

<sup>402</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s.68.

<sup>403</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s.68.

<sup>404</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s.69.

<sup>405</sup> SARIAL, s. 53.

<sup>406</sup> TANDOĞAN, s. 204; SARIAL, s. 51.

sorumludur (BK.m.390/II). Buna karşın, yerini alan hekimi gözetim altında bulundurmak ve denetlemekle yükümlü değildir<sup>407</sup>. Kendisi yerine başkasını koymanın hukuken uygun olduğu ilk durum hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasına hastanın muvafakat etmesi durumudur. Muvafakat, açık veya üstü örtülü olabilir<sup>408</sup>. İkincisi örfün kendisini yetkili kılmasıdır. Örneğin bir iç hastalıkları uzmanının cerrahi müdahale gerektirdiği takdirde bir cerraha başvurması veya, tatile giden hekimin hastalara bakması için bir başka hekimi bırakması, gerekli bakteriyolojik araştırmaların yapılması için işin tecrübeli bir hekime veya enstitüye havale edilmesi gibi<sup>409</sup>. Üçüncü hal ise şartların onu zorlamasıdır<sup>410</sup>. Örneğin aniden rahatsızlanan bir hekimin yerine geçen diğer bir meslektaşının ameliyatı sürdürmesinde durum böyledir.

Hukuken uygun olmayan ikamede ise, hekim, yerine geçen kişinin eyleminden sanki kendisi yapmış gibi sorumlu olur (BK.m.391/II)<sup>411</sup>. Dolayısıyla, tedavi kendisine bırakılan hekimin özen borcuna riayet edip etmediği araştırılırken kendisinin değil, birinci hekimin kişiliği ve nitelikleri göz önünde bulundurulur. Örneğin hukuken uygun olmayan bir şekilde kendisi yerine bir tıp öğrencisini koyan tecrübeli hekim, öğrencinin bir öğrenciden değil, tecrübeli hekimden beklenen özeni göstermemesi nedeni ile sorumlu tutulur<sup>412</sup>.

Özenin ölçüsünü belirlemede dikkat edilmesi gereken bir başka husus da müdahalenin veya ilacın tehlikeliliğidir. Cerrahi müdahaleler, hastanın sağlığı için taşıdıkları büyük önem ve tehlikelikleri nedeniyle, cerrahi olmayan müdahalelere göre daha yüksek bir özeni gerekli kılar. Somut olayda hekim, ameliyatı başarıp başarmayacağı noktasında kendisini iyice tartmalıdır. Ancak, -zaruret durumu dışında- yeterli tecrübe ve ehliyetten yoksun olduğunu bile bile bir cerrahi müdahaleye girişen hekimin özen borcuna aykırı hareket ettiğinden kuşku duymamak gerekir<sup>413</sup>.

<sup>407</sup> TANDOĞAN, s. 204; SARIAL, s. 51.

<sup>408</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 70.

<sup>409</sup> TANDOĞAN, s. 204; SARIAL, s. 53; REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 13.

<sup>410</sup> SARIAL, s. 53.

<sup>411</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 70.

<sup>412</sup> TANDOĞAN, s. 204.

<sup>413</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 92.



Aynı şekilde, ameliyat aletlerinin hazırlanması ve sterilizasyonu, gerekli yardımcı personelin istihdamı ve uygun bir narkozun verilmesi gibi ameliyat öncesi hazırlık faaliyetleri titiz bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Ameliyat bölgesinde sargı bezi, makas, neşter gibi yabancı cisimler unutan<sup>414</sup>; yanlışlıkla hasta olmayan bir organı kesip çıkaran<sup>415</sup>; diş çekiminde diş kökünün bir parçasını çene kemiği içinde bırakan<sup>416</sup>; yeterince dezenfekte edilmemiş bir enjektör kullanan veya enjektörü toplar damar yerine atar damara enjekte eden hekim, özen borcunu ihlal etmiş demektir<sup>417</sup>. Aynı şekilde kullanacağı ilacın dozajını bilmeyen ve somut olayın özellikleri gerekli kılmadığı halde yüksek bir doz uygulayan, hastanın kullanılacak ilaca karşı alerjisinin bulunup bulunmadığı konusunda normal olarak gerekli araştırmaları yapmayan, gerekli dozajın üstüne çıktığı için röntgen yanıklarına yol açan<sup>418</sup>; yanlış yöntem tatbik etmesi veya çok uzun süre kullanmış olanı seçmesi nedeni ile enjeksiyon iğnesini kıran hekimin özen borcuna aykırı hareket ettiği kabul edilir<sup>419</sup>. Aynı şekilde, ilaçların kullanma tarifesinde yazılanları körü körüne uygulayıp bundan hastanın zarar görmesi mevzu bahis olursa bu durumda da özen borcuna aykırılık vardır<sup>420</sup>.

Bütün bunlara karşın, somut olayın gerekli kıldığı tüm tedbirleri alan hekim, tedavinin başarısız olmasından sorumlu olmaz (TDN.m.13)<sup>421</sup>. Hekim, tedavi yönteminin uygulanmasından sonra da hastayı düzenli bir şekilde kontrol etmek ve gerekli talimatları vermekle de yükümlüdür<sup>422</sup>.

Hekim, arşivleme borcunu yerine getirirken de özenli hareket etmelidir. Hekim, tedavisini üstlendiği hastaya ilişkin bilgileri muntazam bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtlarla birlikte sair belgeleri saklaması gerekir. Söz konusu

---

<sup>414</sup> Konuya ilişkin Y.13.HD. 14/03/1983 T., 7237 E., 1783 K. sayılı kararı için bkz., YKD., Y. 1983, S. 7, s. 1039.

<sup>415</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 93.

<sup>416</sup> DEUTSCH, s. 174.

<sup>417</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 93.

<sup>418</sup> Konuya ilişkin Y.4.HD. 17/12/1976 T., 692 E., 11046 K. sayılı kararı için bkz., YKD., Y. 1978, S. 4, s. 545.

<sup>419</sup> BELGESAY, (Tıbbi mesuliyet), S. 108 vd.

<sup>420</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 93.

<sup>421</sup> DONAY, (Sorumluluk), s. 50; ATABEK, s. 632; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 93.

<sup>422</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 94.

kayıtlar tutulurken hastalığın tam bir geçmişi, teşhis, tedavinin seçimi, icrası ve iyileşme süreci, hastanın bireysel özellikleri, taburcu olma anındaki durumu vb. yazılmalıdır. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde özen borcuna aykırı hareket etmiş olur ve meydana gelecek her türlü zararı tazmin etmek zorunda kalır<sup>423</sup>.

Hekim, hastayı aydınlatma borcunu yerine getirirken de özenli hareket etmelidir<sup>424</sup>. Hekimin hastayı aydınlatması, hastaya tıbbi müdahale yapılmadığı durumda sağlığının tehlikelerin anlatılması; tıbbi müdahalelerin türü, biçimi içeriği, ivediliği<sup>425</sup> ve tehlikeleri<sup>426</sup> hakkında ona bilgi verilmesi ve böylece de, hastanın, tıbbi müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesi anlamına gelir<sup>427</sup>.

Hasta öncelikli olarak tıbbi bulgular ve teşhis hakkında aydınlatılması gerekir. Bundan sonra hasta tedavi ile müdahalenin türü ve içeriği bakımından da aydınlatılması gerekir. En nihayetinde de tıbbi müdahalenin beraberinde getirebileceği tehlikeler ve olumsuz sonuçlar hakkında aydınlatılması gerekir<sup>428</sup>. İsviçre Kanton Mahkemesi verdiği bir kararda hekimin hastayı tedavi giderleri hakkında aydınlatması gerektiğine karar vermiş ve yanlış yahut eksik bilgilendirmeyi özen borcuna aykırılık olarak kabul etmiştir<sup>429</sup>. Yargıtay'a intikal

<sup>423</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 94.

<sup>424</sup> Türk Hukukuna göre, tıbbi müdahalede bulunabilmek için hastanın rızasının alınması gerekir. Tababet Ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrası Hakkındaki Kanun'un 70'inci maddesi bu koşulu kesin olarak öngörmektedir. Aynı şekilde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14/2 maddesi, hekime "...hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak sureti ile hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin açıkça söylenmesi" ödevini yüklemiştir., bkz., ÖZSUNAY, s. 34; BAYRAKTAR, s. 126.

Alman Hukukuna göre de, hekimin, sağlık kazandırma amacıyla da olsa, hastaya yaptığı her tıbbi müdahale hem Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223; hem de BGB § 823 anlamında, hastanın bedensel bütünlüğüne yapılan bir tecavüz sayılır. Bi nedenle, tıbbi müdahaleye hukuk düzenince izin verilmesi için, hekimin davranışını haklı gösterecek bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı gerekir. genel olarak, hukuka uygunluk nedeni hastanın müdahaleye rıza göstermesidir. Ancak hastanın rızası ancak konu hakkında aydınlatılması ile mümkün olabilir. Bunun için hekimin hastayı aydınlatma ödevini yerine geçirmesi gerekir., geniş bilgi için bkz., ÖZSUNAY, s. 32.

<sup>425</sup> Tıbbi müdahale ne kadar ivedi ise, aydınlatma ödevinin kapsamı da o ölçüde dar tutulmalıdır., ÖZSUNAY, s. 39.

<sup>426</sup> Örneğin tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkabilecek komplikasyonların tesiri ile hastanın bacağına kesilebileceği, çocuk yapma yeteneğinden yoksun olabileceği vs.

<sup>427</sup> ÖZSUNAY, s. 32.

<sup>428</sup> ÖZSUNAY, s. 41-43; GIESEN, s. 220-221.

<sup>429</sup> Karar için bkz., DAYINLARLI, s. 542-vd.

eden bir olayda, beyin ameliyatı davacıda körlüğe, sağ tarafında sürekli ağır felce, konuşma güçlüklerine neden olmuştur. Yüksek mahkeme<sup>430</sup>, davalının yaptığı ameliyatın muhtemel ağır sonuçları hakkında davacının aydınlatılması gerektiğine işaret etmiştir.

Sonuç olarak hekim, aydınlatma ödevini özenli bir biçimde yerine getirebilmek için somut olayın özellikleri bakımından hastaya nelerin bildirileceğini ve nelerin bildirilmeyeceğini isabetle tartmalı ve durumun gerektirdiği her türlü bilgiyi hastaya vermelidir.

Hemen tıbbi müdahalede bulunulmadığı durumda hastanın ölmesi ya da sağlık yönünden ağır bir zarara uğraması söz konusu olduğu durumlarda, hastanın varsayımsal rızasının bulunduğu durumlarda, hastanın hastalığı hakkında aydınlatılmasını istemediği durumlarda, tıbbi ve insani nedenlerle hastanın aydınlatılmaması gerektiği durumlarda ve aydınlatma ödevinin terapötik (iyileştirme) nedenlerle yerine getirilmemesi durumunda hekimin hastayı aydınlatmaması özen borcuna aykırılık teşkil etmez<sup>431</sup>. Bu gibi durumlarda hekimin hastayı aydınlatması duruma göre özen borcuna aykırılık da teşkil edebilir.

Aydınlatma görevinin özenle yerine getirilmiş sayılması için aydınlatmanın yapılma zamanı da çok önemlidir. Hekimin hastayı aydınlatma görevini özenle yerine getirmiş sayılması için –ivedi durumlar hariç- hastanın sakin olarak düşünebileceği ve yakınları ile görüşebileceği bir zaman parçasını göz önüne alarak yerine getirmelidir<sup>432</sup>. Bu nedenle örneğin hastanın ameliyat masasında aydınlatılması veya ameliyattan bir gün önce aydınlatılması somut olaya göre özen borcuna aykırılık teşkil edebilir. Çünkü, bu durumda hastanın tıbbi müdahaleyi kabul etme veya reddetme noktasında serbest iradeye sahip olması her zaman mümkün olmayabilir.

Aydınlatmanın gereği gibi yapılması noktasında dikkat edilmesi gereken bir başka durumda aydınlatmanın yapılış şekli ile alakalıdır. Aydınlatma

<sup>430</sup> Y.4.HD., 964/6458 E., 4925 K., sayılı kararı için bkz., REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 6.

<sup>431</sup> ÖZSUNAY, s. 43-48.

<sup>432</sup> ÖZSUNAY, s. 52.

görevinin özenle yapılmış sayılabilmesi için hekimin hastanın anlayabileceği bir biçimde ona açıklama yapması gerekmektedir<sup>433</sup>.

Hekim ayrıca hasta kayıtlarının düzenli bir şekilde tutulmasını ve muhafazasını sağlamalıdır<sup>434</sup>.

### C. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu

Anonim ortaklık, bir ticaret ortaklığı olup, tüzel kişiliğe haizdir (TK.m.301/1). Bu tüzel kişilik, haklarını yönetim kurulu eliyle kullanır (TK.m.317). Anonim ortaklıkta karar alma ve iradesini açıklama işini kural olarak ortaklık yönetim kurulu üyeleri görür<sup>435</sup>. Yönetim kurulu, ortaklığın, yasal "yönetim ve temsil" organıdır (TK.m.317).

Anonim ortaklıkla, yönetim kurulu arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Ortaklıkla yönetim kurulu üyesi arasındaki bu sözleşme, niteliği itibarıyla bir vekalet sözleşmesidir<sup>436</sup>. Çünkü, her ne kadar Ticaret Kanunu, anonim ortaklıkla yönetim kurulu üyeleri arasında mevcut olan ilişki hakkında bir hüküm getirmese de TK.m.138'in delaletiyle<sup>437</sup>, BK.m.530 uygulanmalı ve böylece, Ticaret Kanununun özel hükümleri saklı kalmak üzere, yönetim kurulu üyeleriyle şirket arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber, yine BK.m.530 gereğince, şirket arasındaki ilişkinin mahiyetini belirten hükümler konulabilir ve örneğin, bu ilişkinin bir hizmet sözleşmesi olduğu kararlaştırılabilir<sup>438</sup>.

Aynı sonuca, Ticaret Kanununun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak da ulaşmak mümkündür. Adı geçen fıkraya göre, hakkında ticari hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve adet, bu dahi yoksa, umumi

<sup>433</sup> ÖZSUNAY, s. 53.

<sup>434</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 94.

<sup>435</sup> İMREGÜN, s. 256.

<sup>436</sup> İMREGÜN, s. 256; ÇAMOĞLU, (Özen), s. 392; KARAYALÇIN, s. 165 vd., Konuya ilişkin Y.11.HD., 24/11/1981 T., 4751 E., 5019 K. sayılı kararı için bkz., YKD., C.8 S. 4, s. 520.

<sup>437</sup> TK.m.138: "Her şirket nev'ine mahsus hükümler mahfuz kalmak şartıyla Medeni Kanununun 45, 47, 48, 49'uncu maddeleri ve bu fasılda hüküm bulunmayan hususlar hakkında borçlar kanununun 520-541 inci maddeleri her şirket nev'inin mahiyetine uygun düştüğü nispette, ticaret şirketleri hakkında da tatbik olunur."

<sup>438</sup> MİMAROĞLU, s. 102; ARSLANLI, s. 108.

hükümlere göre karar verilmelidir. Anonim şirkette, yönetim kurulu arasındaki sözleşme ilişkisinin mahiyeti hakkında Ticaret Kanununda hüküm ve ticari örf ve adet yoktur. Bu durumda, bu sözleşme ilişkisine, umumi hükümleri uygulamak lazım gelir. Borçlar Kanununun 386.maddesinin ikinci fıkrasına göre, "diğer akıtlar hakkındaki kanuni hükümlere tabu olmayan işlerde dahi vekalet hükümleri cari olur". Bu halde de, anonim ortaklıkla yönetim kurulu arasındaki ilişkilerin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu meydana çıkmaktadır. Ancak, sorumluluk bakımından bu ilişkiye hangi hükümlerin uygulanacağı ayrı bir konudur<sup>439</sup>.

Ticaret Kanunu, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerine özen borcu yüklemiştir (TK.m.320). Bu borç gereğince yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerini götürürken, özenli bir anonim ortaklık yöneticisi gibi hareket etmeleri gerekir. TK.m.320 özen yükümünü, idarecilerin ortaklık işlerinde gösterecekleri "dikkat ve basiret" şeklinde ifade etmiştir. Burada anlatılmak istenilen özen borcudur<sup>440</sup>.

Kanun ya da ortaklık sözleşmesi yönetim kurulu üyelerine açıkça yüklenmiş somut bir görev söz konusu olmasa bile, yönetim kurulu ortaklık işlerinin görülmesinde özenli bir anonim ortaklık yöneticisinin alması gerekli tedbirleri almalı ve bu ölçüye göre hareket etmelidir. Aksi durumda bir zarar ortaya çıkarsa yönetim kurulu üyelerinin tazmin borcu söz konusu olur<sup>441</sup>.

TK.m.320, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerinde göstermeleri gereken dikkat ve basiret (özen) hakkında adi şirket ortağının özen borcunu düzenleyen BK.m.528/II'nin uygulanacağını bildirmektedir. BK.m.528/II'ye göre ise, şirket işlerini ücretle gören şerikin özen borcu vekilin özen borcu hususundaki düzenleme olan BK.m.390'a tabidir. Vekilin özen borcunu düzenleyen BK.m.390 da işçinin özen borcunu düzenleyen BK.m.321'e atıf yapmaktadır. BK.m.321 ise daha önce de üzerinde durduğumuz gibi biri objektif diğeri ise sübjektif olmak üzere iki kıstas ortaya koymaktadır.

Çamoğlu, BK.m.321'in esas olarak objektif bir özen anlayışını ortaya koyduğunu ancak, bir yandan da bazı sübjektif unsurlara önem atfettiğini ifade

<sup>439</sup> MİMAROĞLU, s. 102.

<sup>440</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 391; KAPLAN, s. 309.

<sup>441</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 391.

etmektedir<sup>442</sup>. Yazar, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun takdirinin de esas olarak objektif olması gerektiğini, ancak, işin mahiyetine göre subjektif unsurlara da yer verilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır<sup>443</sup>. Yazar, özen borcunu gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerinin (TK.m.336/b.V dolayısıyla) "ortaklığa", "ortaklara" ve "ortaklık alacaklılarına" karşı sözleşmeye aykırılık nedeni ile sorumlu olacaklarını ifade etmektedir<sup>444</sup>.

Daha öncede belirttiğimiz gibi, BK.m.390'ın BK.m.321'e yaptığı atıfa bağlı olarak özen borcunun ölçüsünde hem subjektif hem de objektif karakterli iki ölçü ortaya çıkmakta ise de bugün doktrinde hakim olan görüş, uzman vekillerin sadece objektif karakterli bir özen ölçüsünden sorumlu olmaları gerektiği yönündedir. Aynı şekilde, içerisinde yüzlerce ortağı barındırabilen, bir o kadar işçi çalıştırabilen, duruma göre kendisiyle sözleşme yapan üçüncü kişilerin vekili olabilen anonim şirketlerin, idarecisi konumundaki kişilerin subjektif bir özen anlayışı ile sorumlu tutulmaları menfaat dengeleri ile ve hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin de özen borçlarının ölçüsünün tamamen objektif karakterli olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi, dikkatli bir yönetim kurulu üyesinin aynı şartlar altında seçeceği hareket tarzına uygun suretle dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür<sup>445</sup>.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen borçlarının bütünüyle objektif olması, Ticaret ortaklığının "tacir olma" sıfatlarına bağlı olarak tâbi oldukları "basiretli bir tacir gibi hareket etme" yükümü (TK.m.20/II) ile de uygunluk içerisinde olur<sup>446</sup>. Gerçekten de Ticaret Kanunumuz, tacire, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlüğü getirmiştir. Bu yüküm, subjektif değil, objektif bir özen ölçüsünün gerçekleştirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu nedenle çerçevenin çizilmesinde tacirin şahsi hal ve yetenekleri değil, işin niteliği göz önünde tutularak, tedbirli,

<sup>442</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 394.

<sup>443</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 395; aynı yönde, ARSLANLI, s.153; ANSAY, s. 395.

<sup>444</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 393, aynı yönde MİMAROĞLU, s. 106.

<sup>445</sup> Aynı anlamda KAPLAN, s. 309.

<sup>446</sup> KAPLAN, s. 308.

sağduyulu, ileriye makul ve mutad bir oranda gören tacirin davranışları esas alınacaktır<sup>447</sup>.

Bu açıklamalardan sonra eğer, tacirin özen borcunun ölçüsünü belirlemede sübjektif kıstası dikkate alırsak bu durumda diyelim ki hesap cüzdanını ibraz etmeyen ve hesap kartonundaki imzası ile tediye fişindeki imzası birbirini tutmayan bir kimseye, banka memurunun, asıl hesap sahibinin hesabını kapatıp ödemede bulunması durumunda, banka (...benim çalıştırdığım memur, gözü ile hesap kartonu ve hesaptan para çekme yetki belgesindeki imzaları birbiriyle karşılaştırdı ve fakat sahte imza ile asıl imza birbirine çok benzediği için yanıldı...) diyerek sorumluluktan kurtulabilmelidir. Çünkü, bir bankadan devamlı olarak imza karşılaştırması için ayrı bir grofoloji uzmanını istihdam etmesini beklemek mümkün değildir. Oysa Yargıtay HGK. nun da belirttiği gibi<sup>448</sup>, TTK. na ve Bankalar K. na göre tacir sıfatına sahip bankanın basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gerekirken bu kanuni yükümlülüğünü (TK.m.20/II) yerine getirmeyerek müşterisine zarar vermesi durumunda kendisini sorumluluktan kurtaramaz. Hal böyle iken bir banka görevlisinin yaptığı bir yanlış ödemeye dayanarak o bankayı objektif nitelikteki özen borcu ile sorumlu tutarken<sup>449</sup>, bankayı idare eden yönetim kurulu üyelerini özen borcuna aykırılıkta sübjektif kıstaslarla değerlendirmenin mantıklı bir izahatı olamaz. Kaldı ki, günümüzde halka açık anonim ortaklıkların yaygınlaşması ve hisse senetlerinin sermaye piyasalarında işlem görmesi karşısında binlerce oydan yoksun şirket ortağı olabilmekte ve bunlar, ortaklık yönetim kurulu üyelerinin seçiminde söz sahibi olmayabilmektedir. Aynı şekilde, oy hakkı olsa bile, yönetim kurulu üyelerin seçiminde seçilen üyeler yönünde oy

<sup>447</sup> KARAHAN, s. 87.

<sup>448</sup> Davalı banka, "...benim çalıştırdığım memur, gözü ile, hesap kartonu ve hesaptan para çekme yetki belgesindeki imzaları birbiriyle karşılaştırdı ve fakat sahte imza ile asıl imza birbirine çok benzediği için yanıldı..." diyerek kendisini sorumluluktan kurtaramaz. Her ne kadar, bir bankadan, devamlı olarak imza karşılaştırması için ayrı bir grofoloji uzmanını istihdam etmesini beklemek mümkün değilse de, mevduat hesabından çekilen paranın çekildiği tarih itibarıyla yüksek bir meblaya ulaştığı için, evvel emirde hesap sahibine yani, mud'e telefon etmek veya faks çekerek keyfiyette haberdar etme yollarına başvurması ve hatta imza karşılaştırması bakımından bir uzmana dahi müracaat etmek, Türk Ticaret Kanunu ve Bankalar Kanununa göre "tacir" sıfatına sahip davalı banka için, basiretli tacir gibi (TTK.m.20/II) hareket etme kanuni yükümlülüğü karşısında, davalı bankanın, bu en basit özen görevini yerine getirmemiş olduğunu ve bunun sonucu olarak da davacı zararına sebebiyet verdiğinin kabulü gerekmesine ilişkin..." ( Y.HGK. 15/06/1994 T., 11 E., 178 K.) sayılı kararı için bkz., DOĞANAY, s. 25.

<sup>449</sup> Bankalar, müşterileri ile olan hukuki ilişkilerinde bir borcun ifası ve bir hakkın kullanılması için görevlendirdikleri yardımcı şahısların bu esnada ika ettikleri zararlardan BK.m.100 uyarınca sorumludurlar., bkz KAPLAN,, (Sorumluluk), s. 450.

kullanmayan ortakların olacağı da göz ardı edilmemelidir. Başka bir ifade ile, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu sübjektif kıstaslarla değerlendirmek, yönetim kuruluna üye olmayan bu ortakların, menfaatlerini ellerinde bulunduran ortaklık idarecileri için söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla, çerçevenin çizilmesinde ortaklık yönetim kurulu üyesinin şahsi hal ve yetenekleri değil, işin niteliği göz önünde tutularak, tedbirli, sağduyulu, ileriye makul ve mutabir bir oranda gören tacirin davranışları esas alınmalıdır. Nitekim Yargıtay da bir kararında<sup>450</sup> yöneticilerin "müdebbir bir şirket idarecisi gibi hareket etmeleri" gerektiği şeklinde karar vermiştir<sup>451</sup>.

Basiretli bir yönetim kurulu üyesinin o şirkette çalışan bir teknisyen kadar teknik bilgiye sahip olması gerekmez. Ancak, şirketin bütün halindeki durumunu ve genel gidişini kavrayacak kapasitede ve formasyonda hareket etmeleri ve yapılan teknik açıklamalara veya mevcut teknik belgelere göre, belirli bir durumda, şartların gerektirdiği makul bir karar alabilecek şekilde davranmaları gerekir. Alınan kararın isabetli olması, ideal olmakla beraber, kararın isabeti veya isabetsizliği, yönetim kurulu üyelerinin özen derecesi hakkında her zaman bir ölçü olamayabilir. Kararın kanun ve statüye uygun olması ve mevcut şartlarda, makul bir karar niteliğinde olması yeterlidir<sup>452</sup>.

Özen borcunun ölçüsünün objektif olmasından, bütün anonim ortaklıklardaki yönetim kurulu üyeleri için uygulanabilecek tek bir özen ölçüsünün anlaşılması gerekir. Özen ölçüsü, aynı nitelik ve büyüklükteki anonim ortaklık yöneticileri için aynıdır<sup>453</sup>. Bundan başka, beklenen özen derecesinin tayininde her somut olayın özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Başka bir deyişle, aynı nitelik ve büyüklükteki bir anonim ortaklık yöneticisinin aynı somut

<sup>450</sup> Bkz., Y.Tic.D., 16/12/1962 T., 4545 E., 4384 K. sayılı kararı için bkz., ABD., Y. 1963, S. 1, s. 123, Bu nedenle biz Çamoğlu'nun yönetim kurulu üyelerinin özen borçlarının ölçüsünü belirlemede sübjektif unsurlara da önem atfetmesini doğru ve anonim ortaklık menfaat dengeleri ile uyumlu görmüyoruz.

<sup>451</sup> Aynı yönde, MİMAROĞLU, s. 31; ANSAY, s. 99.

<sup>452</sup> MİMAROĞLU, s. 31, örneğin, bir yönetim kurulu, bir memur veya personel tayin etmiş ve bunun liyakatsiz olduğu anlaşılmalı ve bu liyakatsizlik şirkete zarar vermişse yahut tayin edilen kimse suiistimal yapmış ve bu suiistimal neticesinde şirket zarar görmüşse, eğer ki anonim ortaklık yönetim kurulu, böyle bir tayini yaparken bağlı olduğu kanunlara, kurumda yürürlükte bulunan ve personel durumunu yöneten talimatnamelere ve usullere riayet etmemişse, örneğin kusuru vardır ve özen borcuna riayet etmemiş sayılır ve sorumlu tutulur.

<sup>453</sup> Aynı yönde, ÇAMOĞLU, (Özen), s. 401; ANSAY, s. 109; Karşı.; MİMAROĞLU, s.34: "...Her nevi anonim şirkette, idare meclisi azalarının ihtimam derecesi aynı ölçüye göre yapılmak lazim gelir..."



olayda göstermesi gereken özeni göstermeyen yönetim kurulu üyesi özen borcunu ihlal etmiş sayılır. Bu nedenle büyük sermayeli halka açık bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen, bir aile anonim ortaklığı yöneticisinden beklenen özenle aynı olmaz<sup>454</sup>.

Günümüzde anonim şirketlerinde dahil olduğu bütün modern yönetim modellerinde, özen borcuna aykırılık teşkil eden ve hukuki sorumluluk doğuran, olumlu veya olumsuz şekilde ortaya çıkan davranışları; "maddi sorunlarla ilgili davranışlar (=bunlarla ilgili kararlar, bunların icrasına ilişkin kararlar)", "personel seçimi ile ilgili davranışlar (=personel seçimi işlemleri, personele talimat ve direktif verme işlemleri, personel denetimi işlemleri)" şeklinde ikiye ayırmak gerekir<sup>455</sup>. Söz konusu davranışların yerine getirilmesinde aynı tip ve büyüklükteki ve aynı nitelikteki bir işi gören dikkatli ve basiretli bir anonim ortaklık yöneticisinin göstermesi gereken özeni göstermeyen ortaklık yönetim kurulu üyesi özen borcuna aykırı hareket etmiş sayılır. Ancak unutulmamalı ki, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerinde gösterecekleri özen, kişisel ve bireysel niteliklidir<sup>456</sup>.

Özenli bir anonim ortaklık yöneticisinden şirket depolarındaki malları sigorta ettirmesi, piyasa durumunu izleyerek malları en uygun zamanda elden çıkarması, gerekli ham madde stokunu yapmış olması aranır. Yine bu yüküm gereğince yönetim kurulu üyeleri ortaklık açısından önem taşıyan bilgileri gecikmeksizin yönetim kuruluna getirmeli ve yönetim kurulunun yetkilerin aşan konularda ise genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmalıdır. Somut bir örnek ele alacak olursak: TK.m.355, yönetim kurul üyeleri için rekabet yasağı koymuştur. Bu yasağı ihlal eden üyeye karşı ortaklığın harekete geçmesi, durumu "diğer azaların öğrenmesinden itibaren" üç aylık bir zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır. Üyelerden birinin rekabet yasağını ihlal ettiğini öğrenen diğer üyelerin durumdan yönetim kurulunu geciktirmeksizin haberdar etmek yükümü vardır. Bu gereği yerine getirmeyen üye, özen borcunu ihlal etmiş

---

<sup>454</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 401; ANSAY, s. 109.

<sup>455</sup> KAPLAN, s. 311.

<sup>456</sup> İMREGÜN, s. 267.

sayılır<sup>457</sup>. Yine bir banka yönetim kurulu üyesi, bir ticari işletmeye kredi vermiş, fakat firma, bu krediyi zamanında ödeyememiş ve alacak tahsil edilememiştir. Bu durumu değişik ihtimallere göre üşünürsek, örneğin banka yönetim kurulu, söz konusu firmaya bankalar kanunu ve bankanın kredi talimatnamesi ve ilgili bütün mevzuata uygun olarak tahsis etmiş olursa ve sonradan banka bir şekilde bunu ödeyememiş ise, banka yönetim kurulu üyelerini özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu tutamazken, buna karşın banka yönetim kurulu, adı geçen firmaya bankalar kanuna ve ilgili mevzuata aykırı bir şekilde kredi verip de örneğin işletme mevzuu içerisinde olmamasına karşın bir anonim ortaklığın kefalet senedini kabul etmiş ise, daha sonra da krediyi tahsil edememiş olursa bu durumda özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu olmaları gerekir<sup>458</sup>. Aynı şekilde, kredi firmaya usulüne uygun bir şekilde verilmiş olmasına karşın daha sonra firma bunu ödeyememiş ve fakat firmanın ek bir kredi ile durumunu düzeltme imkanı var iken yönetim kurulu bu ek krediyi vermeyerek esas alacağını da tahsil edemeyecek duruma düşerse yine bu durum banka yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumluluğu ortaya çıkabilir<sup>459</sup>.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna değinirken bir anonim şirket olarak kurulan<sup>460</sup> bankaların müşterileri ile sözleşme ilişkisine girmeleri nedeni ile müşterilerine karşı göstermek zorunda oldukları özen borcuna da değinmek konunun önemi nedeniyle gereklidir.

Banka, müşterilerin tasarruf mevduatı olarak biriktirdikleri paraları toplayan, bunlarla faizi karşılığında diğer müşterilerine kredi ve ödünç para veren, Bankalar Kanununa tabi ticari ve iktisadi kuruluşlardır<sup>461</sup>.

Bankalar ile onların müşterileri arasındaki hukuki ilişkiler, onlar arasında değişik türdeki banka işlemleri için yapılmış münferit sözleşmelerle düzenlenmektedir. Bu nedenle bankalarla müşterileri arasında yapılan bir "genel banka sözleşmesi" kavramından söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte

<sup>457</sup> ÇAMOĞLU, (Özen), s. 391.

<sup>458</sup> KARAYALÇIN, (Kredi), s. 17vd.

<sup>459</sup> Bkz., KAPLAN, s. 33.

<sup>460</sup> 3182 sayılı Bankalar Kanununun 5.maddesinin 1.fıkrasının (a) bendi uyarınca bankaların anonim şirket şeklinde kurulmaları şarttır.

<sup>461</sup> KAPLAN, s. 3.

bankalar ile onların müşterileri arasında yapılan sözleşmeler genel olarak, tasarruf mevduatı sözleşmesi, kredi sözleşmesi, akreditif sözleşmesi, cari hesap sözleşmesi, müşterek hesap sözleşmesi, kiralık kasa sözleşmesi, dövizle çevrili mevduat hesabı sözleşmesi, kefalet ve garanti sözleşmeleri şeklinde sıralamak mümkündür. Bu sözleşmeleri üst bir kavram olarak "banka sözleşmeleri" diye adlandırmak mümkündür<sup>462</sup>.

İlk bakışta sözü edilen bu sözleşmelerin çoğunluğunu BK'nun "akdin muhtelif neveleri" kısmında düzenlenmiş bulunan karz, usulsüz tevdi ve vekalet sözleşmeleri gibi üç sözleşme kategorisine ayırmak mümkündür<sup>463</sup>. Ancak, sözü geçen banka sözleşmelerinden hiç birisinin Borçlar Kanununda yer alan sözleşme tiplerinden birisine tam olarak uygun düştüğü söylenemez<sup>464</sup>. Bununla birlikte, genellikle bankanın müşterisine bazı hizmetleri<sup>465</sup> üstlendiği banka sözleşmelerinde (menkul kıymetlerin tevdi sözleşmesi ve özellikle portföy sözleşmesinde) vekalet unsurlarının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>466</sup>. Çünkü, BK.m.386/II hükmü gereğince diğer sözleşmeler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır<sup>467</sup>. O halde banka sözleşmelerini kabaca, tamamen veya kısmen vekalet niteliğindeki sözleşmeler ve vekalet unsurlarını ihtiva etmeyen diğer sözleşmeler şeklinde ikiye ayırabiliriz<sup>468</sup>.

Uygulamada malvarlığı yönetimi, menkul kıymetlerin yönetimi, portföy yönetimi veya malvarlığı idaresi vekaleti adları ile karşımıza çıkan portföy sözleşmesi türünün konusunu, genellikle müşteriye ait banka hesaplarındaki paraların ve tevdi edilmiş menkul kıymetlerin banka tarafından ticari olarak yönetilmesi teşkil etmektedir<sup>469</sup>.

---

<sup>462</sup> KAPLAN, s. 29.

<sup>463</sup> TANDOĞAN, (Bankacılık) s. 107 vd.; KAPLAN, s. 29;

<sup>464</sup> YÜKSEL, s. 71; KAPLAN, s. 31.

<sup>465</sup> Örneğin kupon bedellerinin tahsili veya hesabın idaresi gibi.

<sup>466</sup> KAPLAN, Sorumluluk, s. 455.

<sup>467</sup> KAPLAN, Sorumluluk, s. 455

<sup>468</sup> KAPLAN, (Sır Saklama), s. 7.

<sup>469</sup> KAPLAN, s. 247.

Portföy yönetim sözleşmesi, vekalet unsurlarının ağır bastığı, tarafların güven ilişkisinin sözleşmesinin temelini oluşturduğu bir vekalet niteliğindedir<sup>470</sup>. Sermaye piyasası Kanunu ve Tebliğ hükümleri (SPK.m.30,Tebliğ m.3) de portföy yönetim sözleşmesini, vekalet olarak nitelendirmektedir.

Vekil olan banka, müşterinin menfaatine olan alım-satımları yapmak, onun menfaatlerini korumak, onun aleyhine sonuç doğuracak işlemleri yapmamakla yükümlüdür. Başka bir ifade ile, gördüğü işi özenle yerine getirmek borcu altındadır (BK.m.390/II). Ancak, banka veya portföy yönetim şirketi müşteriye karşı yönetim faaliyetlerinin somut bir sonuç getirmesini üstlenmez. Ancak, banka veya portföy yönetimi müşteriye gerçek dışı bilgiler vererek yönetim faaliyetlerinin somut bir sonuç getirmesini üstlenmişler ve bundan da müşteri zarar görmüşse banka özen borcuna aykırı hareket etmiş olur.<sup>471</sup> Bankadan sadece, dikkatli ve basiretli bir portföy yöneticisinin, aynı koşullar altında göstermesi gereken mesleki özen ve titizlik derecesi, yani objektif özenin gereği beklenilir (Tebliğ m. 14). Belli bir işlemin yapılmasında Bankanın kendi işlerinde gösterdiği özenin ölçüsü, portföy yönetiminde esas alınmaz<sup>472</sup>. Banka müşterinin vekili olarak BK.m.390/II hükmü gereğince, aynı konuda çalışan diğer bankaların göstermesi gereken özen ölçüsünde, üstlendiği hizmetleri yürütmesi gerekir<sup>473</sup>. Ayrıca, TK.m.20 hükmü gereğince, banka, basiretli tacirden beklenen özen derecesini de göstermek zorundadır, aksi halde, hafif kusurundan dahi sorumlu olur<sup>474</sup>.

Banka ve portföy yönetim şirketinin özenle davranma yükümlülüğü, onun her türlü başarısızlığa katlanması, öngörülmeyen kur kayıplarını karşılaması anlamına gelmez. Özenle davranmak bankanın müşteri adına alıp sattığı menkul kıymetlerin değerlerini kesin garanti ettiği, manasında da anlaşılmaz. Müşterinin

<sup>470</sup> KAPLAN, s. 256.

<sup>471</sup> Bir bankanın müdürü ile imza yetkilisinin, bir müşteriye gerçek dışı bir bilgi vermesi ve müşterinin de bu gerçek dışı bilgiye güvenerek bankaya para yatırması ve sonrada bankanın iflas etmesi ve bu nedenle müşterinin kayba uğraması nedeni ile iflas mamasından tazminat istediği bir davada Federal Mahkeme, banka görevlilerinin müşteriye kusurlu olarak yanlış bilgi vermesini, taraflardan her birine düşen görevi ihlal suçu olarak kabul etmiştir. Federal Mahkeme, sözleşme müzakerelerinin başından itibaren bilmediği ve bilmesi gerekmediği noktalarda diğer tarafa doğru bilgi verme görevini ihlal eden kişinin suç işlemiş olduğuna karar vermiştir., Karar için bkz., OFTINGER/JEANPRETRE, s. 31.

<sup>472</sup> KAPLAN, s. 258.

<sup>473</sup> KAPLAN, Sorumluluk), s. 455.

<sup>474</sup> TANDOĞAN, (Bankacılık), s. 110; KAPLAN, Sorumluluk), s. 455.

kazanç gibi kayıplarının da ortaya çıkabileceğini kabul etmesi gerekir. Çünkü menkul kıymet piyasası işlemleri özellikle döviz ve kıymetli maden alım satım işlemleri spekülatif yönü ağır basan, riziko yüklü işlemlerdir<sup>475</sup>.

Banka ve portföy yönetim şirketinden beklenen özenin ölçüsü oldukça katıdır. Çünkü, müşteri bu konuda uzmanlığa sahip bankaya veya portföy şirketine başvurmuştur. Bu sebeple onların yeterli uzmanlığa sahip olduğunu kabul etme hakkına da sahiptir<sup>476</sup>. Dolayısıyla, bunların özen borçlarının ölçüsünün de objektif olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Banka, müşterilerinin talebi üzerine onlara verdikleri bilgilerin veya tavsiyelerin yanlış olması durumunda, -bu bilgi başka bir sözleşmenin yan edimi olmamak şartıyla- genellikle vekalet sözleşmesi hükümlerine yani, özen borcunu gereği gibi yerine getirip getirmediğine göre, sorumludur<sup>477</sup>. Yanlış bilgilerin sadece sözlü olarak verilmesi bankanın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz; ama, ispatı oldukça güçleşir<sup>478</sup>.

Bankaların müşterilerine karşı göstermek zorunda oldukları özen borcu ile alakalı olarak bankaların sır saklama borçları üzerinde de durmakta fayda vardır. Sır, gizli yani aleni olmayan, belirli kişiler tarafından bilenen ve saklı tutulması gereken bir husustur diye tanımlanabilir<sup>479</sup>. Meslek sırrı ise, mesleki çalışmalar sonucunda öğrenilen sırdır<sup>480</sup>.

Müşteriler bakımından tüm banka sözleşmelerinin en önemli ortak özelliği, taraf olan bankayı oldukça katı bir sır saklama yükümlülüğü altına sokmasıdır<sup>481</sup>.

Bankaların sır saklama borcunun *en genel* hukuki dayanağını, Anayasanın kişilerin temel haklarını düzenleyen bölümde yer alan 17/1

---

<sup>475</sup> KAPLAN, s. 276.

<sup>476</sup> KAPLAN, s. 277.

<sup>477</sup> KAPLAN, Sorumluluk, s. 456.

<sup>478</sup> KAPLAN, Sorumluluk, s. 456.

<sup>479</sup> EREM, F./ALTIOK, A./TANDOĞAN, H. : (Bankalar), s. 328.

<sup>480</sup> EREM, F./ALTIOK, A./TANDOĞAN, H. : (Bankalar), s. 328.

<sup>481</sup> KAPLAN, (Sır Saklama), s. 3.

maddesi<sup>482</sup> ile 20/II maddesi<sup>483</sup>; en önemli hukuki dayanağını ise müşteri ile banka arasındaki banka işlemleri nedeni ile kurulmuş bulunan sözleşmeler ve bu arada vekalet niteliğindeki banka sözleşmeleri oluşturmaktadır<sup>484</sup>. İkinci durumda yani vekalet niteliğindeki banka sözleşmelerinde, sır saklama borcu, vekilinin yani bankanın üstlendiği vekaleti sadakat ve ihtimamla yürütme borcundan kaynaklanmaktadır<sup>485</sup>. Bunlardan başka bankaların sır saklama borcunun diğer hukuki dayanağı ise, Bank.K.m.83'tür. İdari ceza hukukuna ilişkin olan Bank.K.m.83'e göre, "sıfat ve görevleri nedeni ile öğrendikleri, bankaya ya da müşterilerine ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayan banka mensupları ve diğer görevliler" hapis ve ağır para cezalarına mahkum edilirler. Söz konusu hüküm sır saklama borcu düzenliyor ve bu borca uyulmamasının özen borcuna aykırılık teşkil ettiğini zımnen kabul ediyor<sup>486</sup>.

Bankanın, müşteri ile aralarındaki vekalet sözleşmesinden doğan ve kaynağını özen borcundan alan sır saklama borcuna aykırı hareket etmesi durumunda, müşteriye karşı ilgili sözleşmenin özel hükümleri ile BK.m. 96vd.ki hükümlere göre, sözleşmeden doğan sorumluluk esasları uyarınca sorumlu olur<sup>487</sup>.

Vekalet olarak nitelendirilen banka sözleşmelerinde vekil olan banka, hukuken uygun bir şekilde bir başkasına ikame vekalet vermişse banka, BK.m.391/II hükmüne göre sadece alt vekilin seçiminde ve ona talimat vermede göstermesi gereken özene uyup uymamasına göre sorumlu tutulabilecektir<sup>488</sup>. BK.m.391/II hükmü, özel bir hüküm olarak yardımcı şahısların davranışlarından dolayı sorumluluğu düzenleyen BK.m.100 hükmündeki genel hükümden önce uygulanacaktır. Bununla beraber, BK.m.391/II hükmü dar yorumlanarak uygulanmalıdır. Yani, alt vekil müşterinin bilgisi dahilinde gerçek alt vekil olarak

<sup>482</sup> "Herkes... maddi ve manevi varlığını koruma..." hakkına sahiptir.

<sup>483</sup> "Herkes özel hayatına... saygı gösterilmesini isteme" hakkına sahiptir.

<sup>484</sup> EREM, F./ALTIOK, A./TANDOĞAN, H. : (Bankalar), s. 328; KAPLAN, (Sır Saklama), s. 7.

<sup>485</sup> KAPLAN, (Sır Saklama), s. 7.

<sup>486</sup> EREM, F./ALTIOK, A./TANDOĞAN, H. : (Bankalar), s. 175.

<sup>487</sup> EREM, F./ALTIOK, A./TANDOĞAN, H. : (Bankalar), s. 329; KAPLAN, (Sır Saklama), s. 10-11.

<sup>488</sup> KAPLAN, (Sorumluluk), s. 456.

davranmışsa tatbik edilmelidir<sup>489</sup>. Alt vekil, vekaleti bankanın talimatları doğrultusunda ve onun denetimi altında yürütmüşse, bu hüküm uygulanmamalıdır<sup>490</sup>.

#### D. Özel Okulların Özen Borcu

Okul sözleşmesi, okulun belli bir zaman içerisinde ve sosyal nitelikte olan doğrudan doğruya bilginin aktarılmasını taahhüt etmesi karşılığında, öğrencinin de okul işletmesinin öngördüğü düzenlemeye zarar vermeme ve riayet yükümlülüklerine ilişkin taahhütlerini içeren bir sözleşmedir<sup>491</sup>.

Okul sözleşmesi, Borçlar Kanununda ve özel bir kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipi değildir. Sözleşme özgürlüğü ilkesine bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, yeni bir sözleşme tipi de değildir. Okul sözleşmesi de tıpkı kurs, yabancı dil kurusu, açık öğretim, çıraklık vb. olduğu gibi konusunu eğitim ve öğretim faaliyetleri oluşturur<sup>492</sup>.

Okul işletmesinin asli edimi, bilgi aktarımıdır. Sözleşmenin kurulma amacı da, bilgi aktarılmasına ilişkin olarak eğitim ve öğretimin sağlanmasıdır. Ancak bunun yanında okul işletmesinin: dershanelerin, okulun mobilyalarının ve ders araç ve gereçlerini sağlanması gibi bazı yan edim borçları da bulunabilir. Öğrencinin ücret ödemesi ise sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir. Bu nedenle eğer ki öğrencinin ücret ödeme borcu sözleşme ile karşılaştırılırsa, okul sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğine haiz olur; ancak, öğrencinin ücret ödemesi sözleşmeye eklenmez ise sözleşme tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olur. Kararlaştırılmış ise, öğrencinin ücret ödeme borcu yanında başka yan edim borçları da söz konusu olabilir. Örneğin, öğrencinin alacağı eğitim karşısında, okulun temizlik işlerini yapması gibi<sup>493</sup>.

<sup>489</sup> KAPLAN, Sorumluluk), s. 456.

<sup>490</sup> KAPLAN, Sorumluluk), s. 456.

<sup>491</sup> TURANBOY, s. 21.

<sup>492</sup> TURANBOY, s. 4 vd.

<sup>493</sup> TURANBOY, s. 19 vd.

Okul sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır<sup>494</sup>. Bu konuda görüşler temel olarak iki grupta toplanmaktadır.

Bir görüşe göre<sup>495</sup>, okul sözleşmesi karma nitelikli bir isimsiz sözleşmedir. Sözleşmede, ders verenin asli edim yükümlülükleri içerisinde ağırlıklı olarak vekalet ilişkisine ilişkin unsurlar bulunmaktadır. Dolayısıyla ders verenin borçları konusunda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Ders gören ise, bunun karşılığında ücret ödemeyi borçlanmakla satım sözleşmesine ve hatta öğrenci tarafın okul ücretlerini genellikle taksitler halinde ödemesinden dolayı” taksitle satım sözleşmesi olduğunu iddia etmektedir. Bu görüş sahipleri, ders alan öğrencinin özel, kişisel amaçlarının gerçekleştirilmesine yönelik olarak dersane sahibi ile sözleşme yaptığından ötürü öğrenciyi TKHK.m.3 anlamında tüketici kabul etmekte ve TKHK.nun taksitli satışlara ilişkin 6.maddesinin -şartları varsa- somut olaya kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim, Yargıtay 13.HD. de üniversite sınavına hazırlık amacıyla dersane sahibi ile yapılan sözleşmelerde, dershanenin kapatılmasından dolayı dersane sahibinin yükümlülüklerini yerine getirmemesini, TKHK’un 4.maddesi anlamında ayıplı hizmet olarak değerlendirmekte ve uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu belirtmektedir<sup>496</sup>.

Hakim görüş ise<sup>497</sup>, okul sözleşmesini vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Bunda bilgi aktarımı ve dersin verilmesine ilişkin iş görme ediminin niteliğinin vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir nitelikte olması ve özel okulların kar amacıyla kurulmaması dolayısıyla öğrencinin ücret ödeme borcunun sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil etmemesi taraflar arasındaki güven unsurunun yoğunluğu etken olmaktadır.

Okul sözleşmesinin hukuki nitelendirilmesi konusunda hangi görüş kabul edilirse edilsin bir özen borcunun varlığı ortaya çıkmaktadır. Ancak, benimsenen görüşe göre yapılan nitelendirilme, özen borcunun kapsamının ve ölçüsünün değişmesine neden olacaktır.

<sup>494</sup> Görüşler ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., TURANBOY, s. 146-221.

<sup>495</sup> OZANOĞLU, s. 61.

<sup>496</sup> Y.13.HD.nin 9/11/1998 tarihli 1998/6967 E. ve 1998/8860 K. sayılı kararı için bkz., OZANOĞLU, s. 58.

<sup>497</sup> Görüş sahipleri için Bkz., TANDOĞAN, s. 410 vd.



Okul sözleşmesini vekalet sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz zaman, özen borcunda BK.m.390'ın BK.m.321'e yaptığı atıf neticesinde işçinin hizmet sözleşmesindeki özen borcunun ölçüsüne göre belirlenecektir. Bu durumda ise, objektif ve sübjektif karakterli iki ölçüt karşımıza çıkmaktadır. Daha önceki açıklamalarımız da göstermektedir ki, hakim görüş ihtisaslaşmalara bağlı olarak ortaya çıkan vekalet ilişkilerinde sübjektif özen ölçüsünün dikkate alınmaması gerektiği, buna karşın özen borcunun ölçüsünün objektif olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündedir.

Özel okullarda öğretmenlik yapacak kişilerin, en az dengi kamu okullarında öğretmenlik yapabilecek nitelik ve özellikleri taşıması gerektiğine ilişkin Özel Öğretim Kurumları Kanunu (ÖÖKK) nun 21.maddesi ve bu maddenin "kişinin öğretmen kabul edilmesi için öğretmen yetiştiren yüksek öğretim kurumundan mezun olması ve Milli Eğitim Bakanlığınca yapılacak seçimle belirlenmesine ilişkin Milli Eğitim Temel Kanununun 45.maddesine yaptığı atıf düşünüldüğünde, öğretmenliğin mesleki bir eğitim alınarak yapılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak okul işletmesinin özen borcunun da objektif ölçüt olarak kabul edilmesi gerekir<sup>498</sup>.

Okul işletmesi, sözleşmenin karşı tarafı olan öğrenciye, dersin gerektiği şekilde verilmesi konusunda gerekli özeni göstermelidir. Bu da en başta işletmenin yeterli ve uygun ders araç ve gereçlerinin sağlanması ve yeterli öğretim kadrosunun bulundurulması ile sağlanabilir. Okul işletmesi, derslikleri oluşturmalı, dersin verileceği zamanı belirlemeli ve uygun malzemeleri sağlamalıdır. Ayrıca, ders verirken ders verdiği öğrencinin bedensel ve zihinsel yapısına uygun nitelikte bir ders metodunu seçmelidir<sup>499</sup>.

Okul işletmesinde aynı yer ve zaman içerisinde bulunan birden çok öğrenciye gerektiği gibi bilgi aktarılmasının sağlanabilmesi, okul işletmesinin ihtisasını ve gerekli özeni göstermesini gerektirir. Okul işletmesi birden çok öğrenciye bilgi aktarılmasını sağlarken, ortalama bir eğitim seviyesini tutturmalı,

---

<sup>498</sup> karşı., TURANBOY, s. 84 vd., Yazara göre, okul sözleşmesi niteliği itibariyle vekalet sözleşmesine dayandığı ve vekilin özen borcu hususunda da BK.m.390'ın BK.m.321 yaptığı atıf düşünüldüğünde, BK.m.321'in objektif ve sübjektif nitelikte iki ölçü ortaya koyduğu için, okul işletmesinin özen borcunun tespitinde de bu iki ölçütün birlikte değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.

<sup>499</sup> TURANBOY, s. 76.

bir arada bulunan öğrencilerin birbirlerine verecekleri zararları da önlemek zorundadır<sup>500</sup>. Başka bir ifade ile okul işletmesi, bir öğrenciye karşı yükümlendiği özen borcunun yanı sıra, okul topluluğunu ilgilendiren konularda da ayrıca bir özen yükümlüsüdür. İlkinin dar anlamda özen borcu, ikincisinin ise geniş anlamda özen borcu olarak nitelendirilmesi uygun olur<sup>501</sup>.

Okul işletmesinin geniş ve dar anlamdaki özen borcunu yerine getirmesi, eğitim ve öğretimin iyi belirlenmiş bir organizasyon içerisinde vermesi ile mümkün olabilir. Dolayısıyla, okul işletmesinin okul topluluğunun yararına aykırı olarak geniş anlamdaki bir özen borcunu ihlal etmesi, okul işletmesinin münferit bir öğrenci ile yaptığı sözleşmenin ihlali olarak ortaya çıkar<sup>502</sup>.

Okul işletmesi eğitim ve öğretime ilişkin özen borcunu yerine getirirken öğrencinin zarara uğramaması için gereken koruma önlemlerini almalı, derslerde kullanılan araç ve gereçlerin bakım ve temizliğini yapmalı, kimyasal maddeleri koruma altına almalı ve beden eğitimi yaptırmalıdır<sup>503</sup>.

Okul işletmesinin özen borcunun kapsamındaki bir diğer nokta da, öğrencilerin birbirlerine gerek maddi cebir anlamında<sup>504</sup> gerekse dersin yürütülmesinden en iyi randımanın alınmasına ilişkin<sup>505</sup> hususlarda, birbirlerine zarar vermelerinin engellenmesidir. HGK., bir öğrencinin bir başka öğrenciye haksız fiil anlamında bir zarar vermesi durumu ile ilgili olarak verdiği bir kararında, öğretmenin bu gibi zararlı davranışlara karşı uyarma ve fiilen engelleme görevinden söz ederek dolaylı da olsa işletmenin özen borcunu kabul etmiştir<sup>506</sup>. Bu durumda işin görülmesinde yardımcı kişinin (Öğretmenin) özen borcunu ihlal etmesi hali vardır. Zarar gören öğrenci ile okul işletmesi arasında

---

<sup>500</sup> TURANBOY, s. 77.

<sup>501</sup> TURANBOY, s. 77.

<sup>502</sup> TURANBOY, s. 77.

<sup>503</sup> TURANBOY, s. 78.

<sup>504</sup> Örneğin bir öğrencinin bir başka öğrenci tarafından yaralanması gibi.

<sup>505</sup> Örneğin, dersin iyi bir şekilde dinlenilmesinin ve öğrenilmesinin bir başka öğrenci tarafından kısıtlanması gibi.

<sup>506</sup> Y.HGK., 12/04/1974 T., 487 E., 395 K. Sayılı kararı için bkz., YKD., Y. 1979, C. V, S. 1, s. 39. ayrıca TURANBOY, s. 79.

bir sözleşme ilişkisi olduğu için, BK.m.100 uygulanarak, doğrudan doğruya okul işletmesinin sorumluluğuna gidilmesi gerekir<sup>507</sup>.

Okul işletmesi, sözleşmenin gereği gibi ifası için, okul topluluğu dışında kalan kimselerin okul işletmesinin faaliyetlerini zarara uğratan veya engelleyen davranışlarının da önüne geçmesi gerekir<sup>508</sup>. Nitekim, ÖÖKK. m. 9/IV'e göre, özel öğretim kurumlarına ait bina ve diğer tesislerin açık alköllü içki satılan yerlerden ve hapisane, meyhane, kahvehane, kiraathane, bar, elektronik oyun merkezleri gibi yerlerden en az iki yüz metre uzaklıkta bulunması gereklidir. ÖÖKK'da belirtilen bu hususlar, okul işletmesi için kanunda belirtilen hususlara ilişkin özel özen borcunu öngörmektedir<sup>509</sup>.



<sup>507</sup> Ancak Yargıtay bir anaokulu işletmesinde çocuğun oyun sırasında tahteravalliden düşüp kolunu kırması olayında oyun alanında görevli öğretmen ve eğitimcilerin kullanılmasını, bunların oyun yerinde görevlendirildiğinin anlaşılması ve bunların görevlerini yaptıkları sırada zararın meydana gelmesi halinde davalı adam kullananın durumunda bulunacağı gerekçesi ile BK.m. 55 hükmünce okul sorumlu tutmuştur., Y.4.HD., 26/09/1961 T., 960/12570 E., 8171 K., sayılı karar için bkz., OLGAÇ., c.1, s. 790; Yargıtay, yan yana sınıfta oturan iki öğrenciden birinin kalemini diğer öğrenciye fırlatarak onun zarar görmesi sonucunu doğuran bir olayda ise, (Y. 4. HD., 2/10/1678 T., 11751 E., 10809 K., sayılı karar için bkz., TURANBOY s. 79) MK.m.320 de düzenlenen aile başkanlığı sorumluluğu esasına göre okul işletmesini sorumlu tutmuştur.

<sup>508</sup> Örneğin, eğitim sırasında çevreden gelen devamlı gürültüler okulun eğitim ve öğretimle ilgili edimini gereği gibi ifa etmesini engeller.

<sup>509</sup> TURANBOY, s. 84.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### § I. VEKİLİN ÖZEN BORCUNA AYKIRILIKTAN KAYNAKLANAN SÖZLEŞMEYE DAYALI SORUMLULUĞU

#### A. Genel Açıklama

Borcun konusu, borçlunun alacaklıya borçlanmış olduğu edimdir. Borçlu, alacaklıya karşı borçlanmış olduğu bu edimi yerine getirmekle yükümlüdür. Borçlu bu yükümlülüğünü kendi rızasıyla yerine getirmek zorundadır. Borçlu edimi yerine getirmese, alacaklıya karşı hukuki sorumluluğu ortaya çıkar. Hukuki sorumluluk, edimini ifa etmeyen borçlunun malvarlığının, devlet organları aracılığı ile alacaklının el koymasına tabi tutulmasıdır<sup>1</sup>.

Hukuki sorumluluk, zarar veren ile zarar gören arasında mevcut bir hukuki ilişkinin ihlali şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, zarar veren ile zarar gören arasında bir hukuki ilişki olmaksızın da ortaya çıkabilir<sup>2</sup>.

Zarar görenle zarar veren arasında mevcut bir hukuki ilişki olmaksızın zarar verilmesi durumu varsa, bir başka ifade ile, hukuk düzeninin herkese yüklediği genel ve objektif bir ödevin ihlali durumu mevzubahis ise sözleşme dışı sorumluluk ortaya çıkar<sup>3</sup>. Örneğin, BK.m.41'e göre, failin, **haksız fiilden** doğan zararı tazmin sorumluluğu gibi.

Zarar veren ile zarar gören arasındaki mevcut ilişki, kanundan veya hukuki bir işlemde de kaynaklanabilir.

Evlilik, velayet, vesayet, ve vekaletsiz iş görme gibi hallerde taraflar arasında kanun tarafından düzenlenmiş bir hukuki ilişki vardır. Kanunun düzenlediği bu ilişkileri ihlal edenlere [örneğin, vekaletsiz iş görmede işi görürken iş gördüğü kimsenin yararına gereği gibi uygun hareket etmeyen vekaletsiz iş görene (BK.m.411)], meydana gelen zararı tazmin etme yükümü getirilmiştir. Hukuki sorumluluğun bu türüne **kanuni sorumluluk** adı verilir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> EREN, C. I, s. 99.

<sup>2</sup> INAN, s. 248.

<sup>3</sup> EREN, C. II, s. 21.

<sup>4</sup> INAN, s. 248.

Kişiler arasındaki hukuki ilişki, hukuki bir işlemde ve özellikle sözleşmeden de kaynaklanabilir. Kişiler, hukuki ilişkiden ve özellikle bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçlarını yerine getirmezlerse **sözleşmeye dayanan sorumluluk** ortaya çıkar. Sözleşmeye dayanan sorumluluk da, borçlunun alacaklıya karşı borç ilişkisinden doğan asli yükümlülükleri ile yan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi durumu mevzu bahisdir<sup>5</sup>. Nitekim, BK.m.96'ya göre, borçlunun kusurlu olarak sözleşmeden doğan edim yükümünü ifa etmemesi nedeni ile alacaklının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü, bu kişilerin sözleşmeye dayanan sorumluluğunu ifade eder.

Vekalet veren ile vekil arasında da vekilin sorumluluğuna esas teşkil etme bakımından yukarıda sayılan bu üç ayrı hukuki sorumluluk türü yani, "sözleşmeye dayanan sorumluluk", "vekaletsiz iş görmeye dayanan sorumluluk (hukuki sorumluluk)" ve "haksız fiili sorumluluğu (sözleşme dışı sorumluluk)" söz konusu olabilir. Ancak, çalışmamızın esasını vekalet sözleşmesi oluşturduğu için vekilin sözleşme ilişkisine dayalı sorumluluğu incelenecek buna karşın diğer sorumluluk halleri ayrı bir başlık altında incelenmeyecektir.

## **B. Sorumluluğun Şartları**

Sözleşmeye dayanan sorumluluğun şartları dörde ayrılır. Bunlar; "sözleşme", "sözleşmenin ihlali", "zarar", "zarar ile sözleşmenin ihlali arasında illiyet bağı" ve "kusur" dur<sup>6</sup>.

Sözleşmeye dayalı sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerekli olan genel nitelikteki bu şartlar, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan sözleşmeye dayalı sorumluluğunun gerçekleşmesi için de gereklidir.

### **1. Vekalet Sözleşmenin Varlığı**

Vekilin sözleşmeye dayanan sorumluluğu, doğal olarak, vekalet veren ile vekil arasında kurulmuş bulunan vekalet sözleşmesinin varlığı ile mümkün olabilir. Çünkü, bir sözleşmeye dayanılarak öne sürülen bütün talep ve

---

<sup>5</sup> EREN, C. II, s. 21.

<sup>6</sup> EREN, C. III, s. 218.

savunmalarda, o sözleşmenin varlığının ispatı gerekir<sup>7</sup>. Sözleşmenin varlığının ispatı ise, sözleşmeye dayanarak bir talep ileri süren tarafa düşer<sup>8</sup>.

## 2. Vekalet Sözleşmesinin İhlal Edilmesi (Borca Aykırılık)

### a. Genel Olarak

Borca aykırılık, borcu yerine getirmeme, borcu ifa etmemedir<sup>9</sup>. Borçlu, borçlanmış olduğu edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmemez ya da vaktinde ifada bulunmazsa, borca aykırı davranmış, sözleşmeyi ihlal etmiş olur. Borca aykırılığa, sözleşmeye aykırılık veya sözleşmenin ihlali adı da verilmektedir. Sözleşmeye dayalı sorumlulukta borca aykırılık, haksız fiillerdeki hukuka aykırılığa tekabül eder<sup>10</sup>.

Vekilin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için de borca aykırı hareket etmesi gerekir. Vekil, özen borcunu gerektiği gibi ifa etme ve söz konusu borca aykırı hareket etmeme -kanunun ifadesiyle iyi bir surette ifa etme (BK.m.390/II)- yükümü altındadır<sup>11</sup>. Aksi halde vekilin özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan sözleşmeye dayalı sorumluluğu ortaya çıkar.

### b. Sözleşmeye Aykırılığın Kanununda Düzenleniş Şekli

#### (1). Genel Sorumluluk Normu Olarak BK.m.96 ve BK.m.101vd. Hükmü

Borçlar Kanununun 96. maddesiyle başlayan ikinci faslın başlığı "borçların Ödenmemesinin neticeleri" şeklindedir. Ancak bu başlığın "borç ilişkisinin ifa edilmemesi ve bunun sonuçları" şeklinde anlamak gerekir<sup>12</sup>.

Bu fasılda borç ilişkilerinin ihlal türü olarak başlıca iki durum ele alınmıştır. Bunlar, BK.m.96 vd. düzenlenen "**borcun ifa edilmemesi**" yani borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ve gereği gibi ifa etmeme durumu ile yine

<sup>7</sup> UMAR/YILMAZ, s. 106.

<sup>8</sup> UMAR/YILMAZ, s. 107.

<sup>9</sup> EREN, C. III, s. 219.

<sup>10</sup> EREN, C. III, s. 219.

<sup>11</sup> EREN, C. III, s. 200.

<sup>12</sup> FEYZİOĞLU, s. 136; EREN, C. III, s. 189.

BK.m.101 vd. düzenlenen “**borcun vaktinde ifa edilmemesi**” yani temerrüt durumudur<sup>13</sup>.

Yukanda sayılan aykırılık durumları kural olarak her türlü borç ilişkisinde olabilir<sup>14</sup>. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinde de vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesi kural olarak “borcunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı”, “gereği gibi ifa etmeme” ve “temerrüt” şeklinde olabilir.

## **(2). Vekalet Sözleşmesine İlişkin Özel Sorumluluk Normu Olarak BK.m.390/II Hükümü**

BK.m.390/II, hükmüne göre, “vekil müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir”. Madde hükmünde geçen “iyi bir surette ifa” deyimini, BK.m.390/II’ye karşılık gelen İsviçre Borçlar Kanununun (İsv.BK.) 398/II maddesine uygun olarak “sadakât ve özenle ifa” (getreue und sorgfaeltige Ausführung, bonne et fidele execution) anlamında kullanmak daha doğru olur<sup>15</sup>. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de bir kararında “iyi bir surette ifa” deyimini “sadakât ve özenle hareket etme” anlamında kullanmıştır<sup>16</sup>.

BK.m.390/II hükmü, bir taraftan vekilin özen borcunun kanuni dayanağı durumunda<sup>17</sup>, diğer taraftan da vekilin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışından dolayı sorumluluğunun esaslarını ortaya koymaktadır<sup>18</sup>.

Özen ve sadakat borcuna aykırılık, vekilin sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde olabilir. Dolayısıyla BK.m.390/II hükmünü, BK.m.96 da ifade edilen borca aykırılık durumlarını kapsayacak şekilde anlamak gerekir.

Burada “BK.m.96 hükmü varken neden BK.m.390/II hükmüne ihtiyaç duyuldu ?” sorusu akla gelebilir. Kanun koyucunun BK.m.96’nın yanında

<sup>13</sup> EREN, C. III, s. 189.

<sup>14</sup> EREN, C. III, s. 190.

<sup>15</sup> TANDOĞAN, s. 197; YAVUZ, s. 598; GÜNER, (Özen), s. 558; ŞENOCAK, s. 20; BİLGE, s. 211; DONAY, (Dürüstlük), s. 735; ÖZKAYA, s. 386; ADAY, s. 417.

<sup>16</sup> “...BK.nun 390 maddesi uyarınca vekilin müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile yükümlü tutulmuş değişik bir anlatımla özenle hareket etme mecburiyetine...” ilişkin (Y.13.HD.,4/4/1996 T., 2720 E., 3317 K.) sayılı kararı için bkz., ÖZKAYA, s. 392.

<sup>17</sup> Bkz., İkinci Bölük, II-D.

<sup>18</sup> GÜMÜŞ, s. 180.

BK.m.390/II hükmünü getirmesi, özen ve sadakat borçlarının vekalet sözleşmesindeki özel önemi nedeniyledir. Gerçekten de, vekilin vekalet sözleşmesini ihlali çoğu kez vekilin asli edimi olan özen borcunu ihlali şeklinde karşımıza çıkar. Bu önemin ifadesi, BK.m.390/II hükmü ile sağlanmaktadır<sup>19</sup>

### c. Sözleşmeye Aykırılık Niteliği Taşıyan Haller

#### (1). Borçlunun Sorumlu Olduğu İfa İmkansızlığı

İfa imkansızlığı, mevcut bir borcun borçlusunun edimini yerine getirmesine engel olan önüne geçilemeyecek bir nedenin ortaya çıkması ve buna bağlı olarak borcun ifasının cebri icra yolu ile de elde edilemeyecek duruma girmesidir<sup>20</sup>.

Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığında, borç muaccel olduğu zaman onun ifasının borçluya yüklenilebilen bir sebep özellikle de borçlunun kusuru nedeni ile borcun devamlı ve kesin olarak imkansız bir duruma girmiş olması söz konusudur ki bu halde BK.m.96 hükmü uygulanır<sup>21</sup>. Edim sonucuna ilişkin ifa imkansızlığı borçluya yüklenebilen bir nedenden ileri gelmişse bu durumda, ifası imansızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin mükellefiyeti alır<sup>22</sup>.

İmkansızlık, fiili veya hukuki sebeplere dayanabilir; ancak, objektif nitelikli olması gerekir<sup>23</sup>. Objektif imkansızlık, borçlanılan edimin borçlu da dahil hiç kimse tarafından ifa edilememesidir. Dolayısıyla, borçlunun güçsüzlüğü olarak

<sup>19</sup> GÜMÜŞ, s. 182.

<sup>20</sup> OĞUZMAN, s. 90; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 395; İfa imkansızlığı ile borcun konusunun imkansız olması durumlarını karıştırmamak gerekir. Eğer imkansızlık borcun doğumuna engel oluyorsa, ifa imkansızlığı değil, borç ilişkisinin hükümsüzlüğü söz konusu olur. BK.m.20, "bir akdin mevzuu gayri mümkün...olursa o akit batıl olur" demektir. İfa imkansızlığına karşılık bu imkansızlığa borcun konusunda imkansızlık denilmektedir. Fakat borç ilişkisinin kuruluşunda borcun konusundaki imkansızlığın, borç ilişkisinin hükümsüzlüğüne yol açması için, imkansızlığın objektif olması gerektiği kabul edilmektedir. Borç ilişkisinin kuruluşunda borcun konusu objektif şekilde imkansız ise, borç ilişkisinin hükümsüz olduğu, fakat sübjektif imkansızlıkta borcun doğacağı ve borçlunun borcu ifa etmemeden sorumlu olacağı kabul edilmektedir., bkz., OĞUZMAN, s. 91. Alacaklının açmış olduğu davada, baştan var olan objektif imkansızlığı ileri sürerek borç altına girmediği itirazını ileri süren borçlu, itirazına temel olan bu olay için ispat yükünü taşır., bkz., UMAR/YILMAZ, s. 150.

<sup>21</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 395; İfa imkansızlığı, borçlunun kusurundan ileri gelmemiş ise veya borçluya yüklenemeyen bir nedenden ileri gelmişse, borcun sona erme sebebi sayılır ve bu takdirde BK.m.117 uygulanır.

<sup>22</sup> OĞUZMAN, s. 91.

<sup>23</sup> OĞUZMAN, s. 91; EREN, C. III, s. 203.



adlandırılan ve doktrinde sübjektif imkansızlık olarak nitelendirilen durum, teknik anlamda imkansızlık kavramından farklıdır. Çünkü, imkansızlık, fiili veya hukuki sebeplerle herkes yönünden kesin ve sürekli ifa engeli teşkil etmesi gerekir; oysa, sübjektif imkansızlıkta herkes için geçerlilik arzeden kesin ve sürekli bir ifa engeli yoktur. Bu nedenle sübjektif imkansızlık yerine "borçlunun güçsüzlüğü" deyimini kullanmak daha doğrudur. Bununla birlikte borçlunun sıkı sıkıya şahsına bağlı edimlerde meydana gelen güçsüzlük (ifa engeli), objektif imkansızlıkla bir tutulmalıdır<sup>24</sup>.

Sonraki imkansızlık yönünden, objektif imkansızlık ve borçlunun güçsüzlüğü arasındaki fark, sonuçta uygulanacak hukuki müeyyide yönünden gösterir. Borçlunun güçsüzlüğünde uygulanacak sorumluluk müeyyidesi, borçlunun temerrüdü iken, imkansızlık halinde imkansızlığa ilişkin hükümler uygulanır<sup>25</sup>.

Sonraki imkansızlık, kesin ve sürekli olmalıdır. Geçici imkansızlık, ifa imkansızlığı değil, genellikle borçlu temerrüdünü doğurur. Bununla birlikte, kesin vadeli işlemlerde geçici imkansızlık ve temerrüt, işin mahiyeti icabı söz konusu olmaz; çünkü, kesin vadeli işlemlerde kararlaştırılan vade, edimin önemli bir unsurunu, bir niteliğini teşkil ettiği için kararlaştırılan vadede borcu ifa etmeme, ifa imkansızlığı olarak kabul edilmelidir.<sup>26</sup> Aynı şekilde, kesin vadeli olmayan sözleşmelerde de geçici imkansızlığın ne kadar süreceği belli değilse, bu durumda da kesin ifa imkansızlığı sayılmalıdır<sup>27</sup>. Benzer bir durum sürekli borç ilişkilerinde de söz konusudur. Sürekli borç ilişkilerinde öngörülen süre esnasında borçlunun borçlandığı edimi yerine getirmemesi, ifa imkansızlığına neden olur. Çünkü, borçlanılan edimi yerine getirmeden geçen ifa zamanı artık geçmişe mal olmuştur. Geçmişe mal olmuş bir ifa zamanının ise tekrar yaşanması onun yeniden yaşanması mümkün olmadığı için, öngörülen zamanda yerine getirilmemiş olan edimin ifası imkansız hale gelir<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> EREN, C. III, s. 203.

<sup>25</sup> EREN, C. III, s. 205.

<sup>26</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 398.

<sup>27</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 398.

<sup>28</sup> EREN, C. III, s. 206.

Kısmi imkansızlığa durumunda alacaklı -kural olarak kısmi ifayı kabule mecbur olmasa da (BK.m.68)- kısmi ifayı kabul etmesi halinde imkansızlık, sadece ifa edilmeyen kısım için geçerli olur<sup>29</sup>. Bu durumda, imkansızlaşan kısım için sonraki imkansızlık hükümlerinin (BK.m.96 yahut BK.m.117) uygulanmasını söz konusudur<sup>30</sup>. Buna karşın borçlu, borcun bütününün ifası mümkün olmadığı gerekçesiyle kısmi ifayı kabul etmeyip, borcun tamamına sonraki imkansızlık hükümlerinin (BK.m.96 yahut BK.m.117) uygulanmasını da isteyebilir (BK.m.20/II)<sup>31</sup>. Ancak kısmi ifanın mümkün olabilmesi için edimin bölünebilir bir edim niteliğinde olması, yani, değeri niteliği ve tahsis edildiği amaç yönünden bir kayba uğramadan parçalara ayrılabilir olması gereklidir<sup>32</sup>. Dolayısıyla kısmi ifa imkansızlığının söz konusu olması, her şeyden önce borçlanılan edimin doğal yapısına ve arzettiği değere, sonra da tahsis edildiği amaç göre yani taraf iradelerine bağlıdır. Bu bağlamda parça borçlarında –bu tür borçların bölünmesi doğal yapısı itibarıyla mümkün olmadığı için- kısmi ifa ve buna bağlı olarak kısmi imkansızlık durumu mevzubahis olamaz. Buna karşılık cins borçlar –nitelikleri gereği bölünebildikleri için- bunlarda kısmi imkansızlık söz konusu olabilir<sup>33</sup>.

Borç muaccel olduğu zaman, onun ifasının vekile yüklenilebilen bir sebep, özellikle de kendi kusuru nedeni ile vekil için devamlı ve kesin olarak imkansız bir duruma girmiş olması, özen borca aykırılık hallerinin en başta gelen şeklidir (BK.m.390/II ve BK.m.96)<sup>34</sup>. Bu bağlamda borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ile ilgili yukarıdaki açıklamalar vekalet sözleşmesinin özelliği ve niteliği ile bağdaştığı sürece vekalet sözleşmesi içinde geçerlidir. Ancak, vekalet sözleşmesinin şu özelliklerine dikkat edilmesi gerekir.

Öncelikli olarak vekilin özen borcuna ilişkin asli edimi, “edim sonucu” niteliğinde olmayıp “edim fiili (=edim eylemi)” niteliğindedir<sup>35</sup>. Bir başka ifade ile, vekil, vekalet sözleşmesi ile üstlendiği işi özenle görme borcu altına girerken

<sup>29</sup> OĞUZMAN, s. 96.

<sup>30</sup> OĞUZMAN, s. 96.

<sup>31</sup> OĞUZMAN, s. 96.

<sup>32</sup> EREM, C. III, s. 207.

<sup>33</sup> EREM, C. III, s. 207.

<sup>34</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 395.

<sup>35</sup> EREN, C. I, s. 115.

vekalet sözleşmesine konu iş görmenin başarılı olup olmamasından sorumlu değildir. Dolayısıyla, vekalet sözleşmesindeki "ifa imkansızlığı" örneğin bir teslim borcu niteliğindeki edim sonucuna ilişkin ifa imkansızlığı ile aynı şekilde değerlendirmemek gerekir<sup>36</sup>. Vekalet sözleşmesinde edim fiiline (özen borcuna) ilişkin imkansızlığı edim fiilinin gerçekleşmesinin imkansız olması durumları ile açıklamak gerekir. vekalet sözleşmesindeki edim fiili niteliğindeki özen borcunun imkansızlaşması ise, vekaletin ifasının edim dışındaki yollardan gerçekleşmesi<sup>37</sup> veya vekaletin amacının ortadan kalkması<sup>38</sup> yahut da vekalet sözleşmesi ile arzu edilen sonucun sözleşmede kararlaştırılan tarihe kadar gerçekleşmeyeceğinin pek açık olması hallerinde olabilir<sup>39</sup>.

Vekalet sözleşmesinin bir diğer özelliği de vekalet sözleşmesindeki güven unsurunun yoğunluğu nedeni ile vekilin şahsının ön palana çıkmasıdır. Vekilin gördüğü işte şahsının önemli olması, imkansızlık kavramının objektif karakterli olması yani herkes için kesin ve sürekli olarak ifa engeli oluşturması zorunluluğunun da bir istisnasını oluşturmaktadır. Çünkü, borçlunun yükümlendiği şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerin borçlunun sadece kendisi için imkansızlaşması durumu, yani sübjektif imkansızlık hali, sonuçları itibariyle hakim görüş tarafından objektif imkansızlığa ilişkin hükümlere tabi tutulmaktadır<sup>40</sup>. Bu nedenle vekilin şahsının önem kazandığı vekalet sözleşmelerinde vekilin güçsüzlüğü durumunu, objektif imkansızlık olarak değerlendirmek gerekir.

Vekalet sözleşmesinde imkansızlık ile ilgili bir diğer problem de, özensizlik yoluyla hiç ifa edilmeyen borcun sonraki ifasının mümkün olup olmadığı sorunudur.

Doktrinde bir görüş<sup>41</sup>, özen borcunu hiç ifa etmeme nedeni ile gerçekleşen borca aykırılık durumunun, vekilin yeni ve özenli ifası ile kural olarak telafi edilebileceği görüşündedir. Bu görüşe göre, vekilin özen borcunu hiç ifa

<sup>36</sup> GÜMÜŞ, s. 186.

<sup>37</sup> Örneğin, doktor çağırılan hastanın doktor gelmeden kendiliğinden iyileşmesi gibi.

<sup>38</sup> Örneğin, doktor çağırılan hastanın ölmesi gibi.

<sup>39</sup> GÜMÜŞ, s. 186.

<sup>40</sup> EREN, C. III, s. 203.

<sup>41</sup> GÜMÜŞ, s. 195.

etmeyerek ihlal etmesi durumunda kural olarak doğrudan imkansızlık hükümleri uygulanamaz. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır. Eğer, özen borcunun ihlali sonucu meydana gelen sözleşme ihlali, ağır bir sözleşme ihlali oluşturuyorsa (örneğin, hekim hastasına hiç bakmamış ise) ya da şimdiye kadarki özensiz iş görme nedeniyle arzulanan sonuca yönelik faaliyetin devamının vekalet veren tarafından kabulü beklenmiyorsa (örneğin, bir doktorun yaptığı özensiz bir burun ameliyatı sonucu burnu çöken hastanın, doktorun çöken burna yeni bir cerrahi müdahale talebini kabul etmesi beklenemez) bu durumda sözleşmeye imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekir.

Bizimde katıldığımız bir diğer görüşe göre ise<sup>42</sup>, özensizlik yoluyla "hiç ifa edilmeyen" özen borcunun, sonraki ifası vekalet sözleşmesinde kural olarak mümkün değildir. Bu görüşe göre, özensizlik yoluyla hiç ifa edilmeyen özen borcunun sonraki ifası -vekalet verende meydana gelen zararı hiç bir şekilde telafi edemeyeceği için- borç imkansızlaşmıştır. Buna bağlı olarak da sonraki imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekir. Kaldı ki, özen borcunu hiç ifa etmeme nedeni ile gerçekleşen borca aykırılık durumunun, vekilin yeni ve özenli ifası ile telafi edilebileceği görüşü kabul etmek, vekalet vereni yeni bir sözleşme yapmaya mecbur etmek demektir ki bu da sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı düşer. Çünkü, özensiz ifa ile de olsa vekil bir iş görmüştür ve bu iş görme neticelenmiştir. Vekilin yeni bir ifa teklifi yeni bir vekalet sözleşmesi yapmak için icap niteliği taşır. Bu bağlamda -ilk görüşün savunduğunun aksine- örneğin özensiz bir burun ameliyatı sonucu burnu çöken hastanın, doktorun çöken burna yeni bir cerrahi müdahale talebini kabul etmesi, özensiz ifanın telafi edilmesi olarak değil, doktorun yeni bir tedavi sözleşmesi için yaptığı icap teklifinin hasta tarafından kabul edilmesi olarak değerlendirmek gerekir.

## (2). Temerrüt

Borçlunun temerrüdü, edimi zamanında yerine getirmemesini, ifada gecikmesini ifade eder<sup>43</sup>. Bu gecikme bazı şartların gerçekleşmesi durumunda borçlunun temerrüdü olarak nitelendirilir. Kanun koyucu ifada gecikmeye bazı

<sup>42</sup> TANDOĞAN, s. 619; YAVUZ, s. 620vd.

<sup>43</sup> HAVUTÇU, s. 30; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 469, AKKANAT, s. 6.

sonuçlar bağlamış ve bu şartların gerçekleşmesi durumunda borçlunun sorumluluğunun doğacağını kabul etmiştir (BK.m.101)<sup>44</sup>.

Borçlu temerrüdü, borcun ifasındaki gecikmedir<sup>45</sup>. Fakat, borçlu temerrüdünün meydana gelmesi için kural olarak gecikme gereklidir; ancak, yeterli değildir. Borçlu temerrüdünün meydana gelebilmesi için gecikmenin yanında kanunda öngörülmüş bulunan bazı şartların da gerçekleşmesi gerekir. Borçlunun temerrüdünün şartları BK.m.101'de<sup>46</sup> düzenlenmiştir.

BK.m.101'de temerrüt için "borcun muaccel olması ve ihtar olmak üzere iki şart aranmış gözükmektedir. Oysa kanunda ifade edilmemiş olsa da temerrüdün varlığı için "borcun ifasının mümkün olması" ve "alacaklının ifayı kabule hazır olması" şartlarının varlığını da aramak gerekir<sup>47</sup>.

Borçlunun temerrüde düşmesi için açıklanan şartların bulunması yeterlidir. Borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için gecikmede kusurunun bulunup bulunmamasının önemi yoktur<sup>48</sup>. Ancak kusuru ile temerrüde düşmüş bulunan borçlu ile kusursuz olarak temerrüde düşmüş bulunan borçlu aynı hükümlere tabi tutulmamakta; kusur, temerrüdün bazı sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Şöyle ki, temerrüt nedeni ile gecikme tazminatı istenilebilmesi (BK.m.102) veya yine tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir tarafın temerrüdü durumunda ifa yerine öngörülen tazminatın istenmesi (BK.m.106), yine tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt nedeniyle sözleşmenin feshi ile birlikte söz konusu olan tazminat istenebilmesi (BK.m.108), borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olmasına bağlıdır. Buna karşılık

---

<sup>44</sup> OĞUZMAN, s. 82.

<sup>45</sup> Borç akdi veya kanuni ifa zamanında yerine getirilmemiş olmasına rağmen, daha sonra ifasının borçlu için mümkün olması durumunda ifada gecikmeden bahsedilir., bkz., HAVUTÇU, s. 30; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 469, AKKANAT, s. 6.

<sup>46</sup> BK.m.101, borçlu temerrüdünün şartlarını şöyle ifade ediyor:

"Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur.

Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise, mücerret bir günün hitamı ile borçlu mütemerrit olur."

<sup>47</sup> AKKANAT, s. 1; OĞUZMAN, s. 82.

<sup>48</sup> Örneğin borçlu kusursuz olarak borcunun varlığından veya muaccel olduğundan bilgi sahibi olmaması veya kendisine atfedilebilecek hiçbir kusuru bulunmaksızın borcunu zamanında ifa edememiş olması ihtimallerinde dahi temerrüde düşmekten kurtulamayacağı ifade edilmektedir.

temerrüdün bazı sonuçları, borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmasa da meydana gelir<sup>49</sup>.

Temerrüt, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, alacaklı ve borçlunun tecil anlaşması yapması, yenileme, ibra ve sözleşmeye konu olan borcun imkansızlaşması<sup>50</sup> hallerinde sona erer<sup>51</sup>. Sözleşmeye konu olan borcun ifası temerrüt gerçekleştiikten sonra imkansızlaşmış olursa, imkansızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur<sup>52</sup>.

Borçlu temerrüdü devam ederken, kendisi lehine bir defî ortaya çıkar ve bu defîyi ileri sürürse, defîin ileri sürülebilme şartlarının gerçekleştiği andan itibaren yine temerrüt sona erer<sup>53</sup>. Bu ihtimalde defî hakkı temerrüt esnasında doğmaktadır<sup>54</sup>.

Temerrüt halinin son bulması nedenlerinden birisi de temerrüde düşmüş olan borçlunun, sonradan usulüne uygun ifa teklifinde bulunmasıdır<sup>55</sup>. Borçlunun, temerrütten kurtulmak için borcunu ifa yanında alacaklının maruz kaldığı tazminatı da ödeyip ödememesi gerektiği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte<sup>56</sup>, sadece söz konusu ifanın yapılmasının borçluyu temerrütten kurtaracağı düşüncesi daha doğrudur. Çünkü, tazminatın ne kadar olacağı taraflar anlaşamazlarsa mahkeme yoluyla tespit edilebilir ki bu da çok uzun bir zamanın geçmesini gerektirir. Bu nedenle tazminatsız ifanın borçluyu temerrütten kurtaracağını kabul etmek gerekir.

<sup>49</sup> Örneğin, para borcunda temerrütte borçludan temerrüt faizi istenilmesi (BK.m.103) veya iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde diğerinin sözleşmeyi feshedebilmesi (BK:m.106) için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması şart değildir.

<sup>50</sup> Örneğin, sözleşmeye konu borç için belirlenen ifa zamanı, borcun ifasının gerçekleştirilebileceği yegane zaman parçasını ifade ediyorsa ve belirlenen bu ifa zamanı da geçirilmiş ise...

<sup>51</sup> OĞUZMAN, s.89; AKKANAT, s.48.

<sup>52</sup> Örneğin bir toplantıda konferans verme borcunu üstlenen bir kimse borcunu ancak o toplantı zamanında ifa edebilir. Bir kimse adına bir müzayedeye iştirak etme borcunu üstlenen vekil borcunu ancak o müzayede sırasında ifa edebilir.

<sup>53</sup> Örneğin, hasta vekalet ücretini 1 Martta ödemesi gerekirken ödemediği için borçlu temerrüdüne düşmüştür. Vekil i ise malı 1 Nisanda ameliyat etmesi gerekiyorsa, bu tarihten itibaren hastanın ödemezlik defî ileri sürme imkanı doğar ve bu defîyi ileri sürerse temerrüdü 1 Nisandan itibaren sona erer.

<sup>54</sup> OĞUZMAN, s.90; AKKANAT, s.49.

<sup>55</sup> OĞUZMAN, s.89; AKKANAT, s. 5.

<sup>56</sup> Tartışmalar için bkz., AKKANAT, s. 46.

Temerrüt sona erince, artık temerrütten doğan sonuçların gerçekleşmesi de söz konusu olmaz. Temerrüdün sona ermesine kadar geçen zamanla ilgili sonuçlar, yani gecikme nedeni ile tazminat isteme hakkı kural olarak temerrüt sona erdi diye ortadan kalkmaz<sup>57</sup>.

Temerrüde ilişkin yukarıdaki hükümler genel niteliktedir ve kural olarak bütün sözleşmelerde edimlerin ifasındaki gecikmenin temerrüde yol açıp açmadığının tespitinde uygulanır<sup>58</sup>. Buna karşın, vekalet sözleşmesinde söz konusu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş, vekilin asli edim borcu olan özen yükümünün vaktinde ifa etmemesine bağlı olarak vekaleti görmede temerrüde düşebileceğini ve vekalet verenin vekile karşı BK.m.106 vd. hükümlerde dahil olmak üzere, temerrüt hükümleri kapsamında hareket edebileceğini kabul ediyor<sup>59</sup>. Bir başka ifade ile, vekilin vaktinde ifa etmemesi nedeni ile özen borcunu ihlal etmesi, vekilin yeni ve özenli ifası ile kural olarak her zaman telafi edilebilir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinde hiç ifa etmeme nedeni ile doğrudan imkansızlık hükümlerine gidilmemesi ve temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Bu görüş, vekalet sözleşmesinde iş görme borcunun dava ve icra yoluyla takip edilebileceği fikrinden hareket ediyor.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise -İmkansızlık bahsinde açıkladığımız gibi- "hiç ifa etmemeye dayalı özen borcuna aykırılığı", vekalet sözleşmesinde telafisi mümkün olmayan bir özensizlik olarak kabul etmekte ve bu durumda doğrudan imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>60</sup>. Bu görüşün temerrütteki doğal sonucu, vekalet sözleşmesine konu olan iş görme, ancak kararlaştırılan vadede yapılabilir ve söz konusu vadede yapılmaz ise, vekilin özen borcuna dayalı iş görme borcu imkansızlaşır. Bu görüş, iş görme edimi niteliğindeki sözleşmelerde iş görenin, taahhüt ettiği işi

<sup>57</sup> OĞUZMAN, s.90; AKKANAT, s.49.

<sup>58</sup> AKKANAT, s. 1; HAVUTÇU, s. 30.

<sup>59</sup> Görüş sahipleri için bkz., GÜMÜŞ, s. 196; Gümüş, imkansızlık bahsinde vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesinin "daha sonra usulüne uygun bir ifa teklifi" ile giderilebileceği ve dolayısıyla özen borcuna aykırılığın her zaman imkansızlık hükümlerine tabi almayacağını savunurken temerrüt konusunda bu fikrinden ayrılmakta (bkz., GÜMÜŞ, s. 200-201), ancak, farklı bir gerekçeyle vekalet sözleşmesinde temerrüdün olamayacağını iddia etmektedir.

<sup>60</sup> Görüş sahipleri için bkz., Üçüncü Bölüm, I-B,2-c.

görmemesi durumunda, yapma borcu olarak işin görülmesine ilişkin bir ifa davası açılmayacağı fikrinden hareket etmektedir. Nitekim, SEROZAN'ın da ifade ettiği gibi<sup>61</sup>, "...yapma ve yapmama edimine aykırılık genelde ifanın sonradan telafisinin olanaksızlığı nedeniyle, borçlu temerrüdünün değil de ifa imkansızlığına yol açar".

### **(3). Gereği Gibi İfa Etmeme**

#### **(a). Kavram**

İfa etmek, borçlu olunan edayı yerine getirmektir. Borçlu olunan edim, özellikleri ve niteliği bakımından sözleşmede kararlaştırılan taahhüde uygun olmalıdır. Borçlu taahhüt ettiği şeyden başka bir şeyi yaparsa, ortada bir sözleşme ihlali var demektir<sup>62</sup>.

Sözleşme ihlali durumlarının bazılarında temerrüt hükümleri (BK.m.101), bazılarında da sonraki ifa imkansızlığı hükümleri (BK.m.96) uygulanırsa da, bir kısım ihlallerin temerrüt ve imkansızlık olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bunların dışında üçüncü bir durum daha vardır ki, buna gereği gibi ifa etmeme adı verilmektedir. Gerçektende BK.m.96'nın lafzına baktığımız zaman hükümde geçen "alacaklı hakkını kısmen...istifa edemediği takdirde" deyimini ile bu ihlal türüne işaret edilmektedir. Bu kapsamda "gereği gibi ifa etmeme", sözleşme ihlalleri bakımından temerrüt ve sonraki ifa imkansızlığı dışındaki tüm ihlal durumlarını kapsayan üst bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>63</sup>. Aynı şekilde, vekalet sözleşmesine ilişkin BK.m.390/II hükmü de bu yaklaşımı yansıtmaktadır. Çünkü madde hükmünde geçen "Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette (sadakət ve özenle) ifa ile mükelleftir" hükmünün aksi anlamından çıkan sonuç, sadakat ve özenle ifa edilmeyen yani asli edim borcu olan özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesinden vekilin sorumluluğunun doğacağı sonucu çıkmaktadır.

Temerrüt ve imkansızlık dışında kalan durumlar için bir süre akdin müspet ihlali ifadesi kullanılmıştır. Alman hukukçusu STAUB, imkansızlık ve

<sup>61</sup> SEROZAN, s. 162.

<sup>62</sup> OFTINGER, K./ JEANPETRE, R., S.162.

<sup>63</sup> GÜMÜŞ, s. 201.



temerrüt dışında kalan borca aykırılık hallerine “akdin müspet ihlalleri (=Die positiven Vertragsverletzungen)” adını vermişti. Akdin müspet ihlali, borçlunun kaçınması (yapmaması) gereken müspet bir fiili işleyerek veya kötü tarzda, ifada bulunmasını ve borcu bu surette ihlal etmesini ifade eder<sup>64</sup>. Akdin müspet ihlalinde sözleşmeye aykırılık, ne imkansızlıktan ne de temerrütten ileri gelmektedir. Burada ifa belki zamanında, fakat, kötü ve ayıplı bir tarzda gerçekleştirilmiş olması ya da borçlu, alacaklının güvenini boşa çıkaran bir davranışta bulunarak onu zarara uğratması durumu vardır<sup>65</sup>.

Akdin müspet ihlali kavramına, bu ifadenin ifanın gereği gibi yapılmadığı bütün halleri kapsamayacağı gerekçesiyle karşı çıkmıştır<sup>66</sup>. Gerçekten de, borcun kötü ifası, yapılması gereken bir şeyin yapılmamış olmasından da ileri gelebilir. Örneğin, teslim edilen bir makinenin işletilmesinde dikkat edilmesi gereken bir konunun açıklanması unutulduğu için makine işletilirken hasara uğrarsa borcun kötü ifası menfi bir fiilden ileri gelmiş olur. Bu sebeple, borcun müspet ihlallerini de kapsayacak şekilde “borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması” ifadesi tercih edilmelidir<sup>67</sup>.

Gereği gibi ifa, edimin özen borcuna uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesidir. Borç gereği gibi ifa edilmediği zaman borçlu borcunu yerine getirmek amacıyla bir ifade bulunmakta; fakat bu edim, sözleşme veya kanunla tayin edilen şartlara uymamaktadır<sup>68</sup>.

Gereği gibi ifadan söz edebilmek için, borçlanılan edimin bütün unsurları ile birlikte yerine getirilmesi gerekir. İfa, “iş görme alacaklısı ve borçlusu”, “işin görülme zamanı ve yeri”, “miktar ve nitelikleri” bakımından gerektiği gibi yapılmış olmalıdır<sup>69</sup>.

Gereği gibi ifa etmeme, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılabilir.

---

<sup>64</sup> TEKİNAY, s. 1301.

<sup>65</sup> TEKİNAY, s. 1302.

<sup>66</sup> OĞUZMAN, s.98; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 401.

<sup>67</sup> OĞUZMAN, s.98; aynı anlamda TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 401.

<sup>68</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 398; EREN, C. III, s. 212.

<sup>69</sup> EREN, C. III, s. 212; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 398.

Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa unsurlarından birinin eksik olması durumunda söz konusu olur. Bu nedenle borçlanılan edim, " taraflar", "yer ve zaman", "miktar veya nitelik" gibi unsurlar bakımından gereği gibi yerine getirilmemiş olabilir. Bu gibi durumlarda geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme söz konusu olur<sup>70</sup>.

Edim alacaklıdan başkasına ifa edilmişse veya alacaklıya ifa edilmesine karşın geç ifa edilmişse, alacaklı gereği gibi tatmin edilmemiş olacağından, borçlu –şartları varsa- temerrüde düşebilir veya ifa imkansızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir<sup>71</sup>. Aynı şekilde, edim ifa yerinden başka bir yerde ifa edildiği durumda, alacaklı dilerse edimi kabul edebilir. Bu durumda tam ifa söz konusu olur. Buna karşılık alacaklı isterse, edimi reddederek, borçluyu temerrüde düşürebilir. Edim miktar ve nitelik yönünden noksan ise, bu durumda alacaklı kural olarak edimi kabul zorunda değildir (BK.m.68). Dilerse edimi reddederek borçluyu temerrüde düşürebilir<sup>72</sup>. Buna karşılık, dilerse edimi kabul edebilir ki, bu durumda da kısmi ifa, kısmi imkansızlık durumu ortaya çıkabilir<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 398; EREN, C. III, s. 212; AKKANAT, s. 3.

<sup>71</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 398; EREN, C. III, s. 212; OĞUZMAN, s.98.

<sup>72</sup> Özen borcunun " taraflar", "yer ve zaman", "miktar veya nitelik" gibi unsurlar bakımından gereği gibi yerine getirilmemiş olması nedeniyle vekalet verenin vekili temerrüde düşürmesi durumu ile vekalet verenin özen borcunu hiç yerine getirmemiş olması nedeni ile temerrüde düşürmesi durumlarını karıştırmamak gerekir. İlk durumda ortada vekil tarafından yerine getirilen bir ifa vardır, ancak bu ifa, sözleşmede veya kanunda yahut da işin mahiyeti icabı gösterilmesi gereken özenli ifa değildir, dolayısıyla gereği gibi ifa etmemekten kaynaklanan bir temerrüt bahsi mevzuudur. İkinci durumda ise ortada hiçbir ifa yoktur ve bu nedenle de vekalet veren vekili temerrüde düşürmüştür. İlk durum, "borca aykırılık halleri"nden birisi olan temerrüt iken ikinci durum borca aykırılık hallerinden birisi olan "borcun gereği gibi yerine getirilmemesi" hallerinden birisi olan temerrüttür (bkz., AKKANAT, s. 5). Örneğin borcun zaman bakımından gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ancak şartları gerçekleştiği takdirde temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. Birinci durumun ikinci durumdan bir diğer farkı da vekalet veren, ilk durumda kendisine sunulan ifa teklifini reddederek borçluyu mütemerrit kılma imkanına sahip iken, ikinci durumda, temerrütten sonra da yapılmış olsa, kendisine yapılmış bulunan borca uygun ifa teklifini reddetme hakkına sahip değildir (bkz., TANDOĞAN, (Mesuliyet), s.399; AKKANAT, s. 5). Ancak unutmamak gerekir ki, vekalet verenin ifayı kabul etmek zorunda olması, temerrütten sonra gerçekleşen ifanın da bir kötü ifa olarak nitelendirilmesine engel olmaz. Çünkü, vekil borcunu aslında ifa etmesi gereken zaman da ifa etmemiştir. (bkz., AKKANAT, s. 6). Vekalet veren kısmi ifayı da kabule mecbur değildir (BK.m.68). Bu nedenle kısmi ifayı reddedip borçluyu borcun tamamı için de mütemerrit kılabilir. Vekalet verenin kısmi ifayı kabul etmesi durumunda ise, artık ifa edilen kısım için vekilin temerrüdü söz konusu olmaz. Kalan kısım için ise, şartları varsa kısmi ifa imkansızlığı veya kısmi temerrüt söz konusu olur (bkz., OĞUZMAN, s.98; AKKANAT, s. 5).

<sup>73</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 399; EREN, C. III, s. 212, OĞUZMAN, s.98; AKKANAT, s. 5.

Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, çok kapsamlı bir kavram olup, teknik ve gerçek anlamda gereği gibi ifa etmemeyi karşılamamaktadır. Teknik ve gerçek anlamda gereği gibi ifa etmeme, dar anlamda gereği gibi ifa etmemedir<sup>74</sup>.

Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, ifa edilen edimin, borçlanılan edimin niteliklerine uymaması halinde söz konusu olur. Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, borçlunun yan yükümlerden birini ihlal etmesi<sup>75</sup> halinde de söz konusu olabilir<sup>76</sup>.

Gerçekten de borcun kısmi ifası veya geç ifası ya da hiç ifa edilmemiş olması durumlarında temerrüt ve imkansızlık hükümleri uygulanırsa da borçlunun yaptığı edimin ifanın unsurlarından birisi olan nitelik (=vasıf) unsuruna uymadığı ve bazı yan yükümlere uygun davranılmadığı durumlarda kural olarak temerrüt ve imkansızlıktan bahsedilemez. Bu gibi hallerde dar anlamda gereği gibi ifa etmeme durumu vardır<sup>77</sup>.

Bu bağlamda vekalet sözleşmesinde de vekil, borcunu ifa etmiş olabilir; ancak ifa, gereği gibi yapılmamış olabilir. Vekalet veren, kural olarak borca uygun olmayan bir ifayı kabul etmeyebilir. Fakat, ifanın kötülüğüne rağmen vekalet veren ifayı red imkanına sahip de olmayabilir. Vekalet verenin gereği gibi yapılmayan bu ifayı kabul etmiş olması, mutlaka vekilin sorumluluğuna dayanmaktan feragati anlamına da gelmez. Nihayet bazı durumlarda ifanın kötülüğü ve vekalet verene zarar vermesi, ifadan sonra ortaya çıkabilir. İşte bütün bu durumlarda borcun gereği gibi ifa edilmemesinden vekilin sorumluluğu durumu ortaya çıkar<sup>78</sup>.

## **(b). Vekalet Sözleşmesinde Gereği Gibi İfa Etmemeye Halleri**

Sözleşmeden doğan borçlar<sup>79</sup>, edim yükümleri ve yan yükümlerden oluşur. Bazı hallerde borçlu ifada bulunurken yalnız edim yükümünü ihlal eder<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> EREN, C. III, s. 212.

<sup>75</sup> Yan borçlar hakkındaki açıklamalarımız için bkz., İkinci Bölüm I-C.

<sup>76</sup> EREN, C. III, s. 213.

<sup>77</sup> OĞUZMAN, s.97.

<sup>78</sup> OĞUZMAN, s.99.

<sup>79</sup> Bu borçlar hakkındaki açıklamalarımız için bkz., İkinci Bölüm I-C.

Bu halde kötü ifa söz konusu olur. Bazı durularda ise borçlu, edim borcunu ihlal etmeden borcu aykırı hareket etmiş olabilir. Bu halde borcun ihlali bir yan yükümün örneğinin bir koruma borcunun ihlali ibaret olabilir<sup>81</sup>.

Vekil için gereği gibi olmayan ifa, bir taraftan vekilin vekaleti bizzat asli edim yükümü ve yan edim yükümlerini borçlandırdığı edime uygun olarak yerine getirilmemesinden ibaret olduğu gibi (kötü ifa), aynı zamanda sözleşmenin amacından çıkarılan başta sadakat yükümü olmak üzere yan yükümlerinin veya koruma yükümlerinin ihlali de ibaret olabilir (BK.m.390/II ve BK.m.96)<sup>82</sup>.

### (i). Kötü İfa

Vekalet sözleşmesinde, sözleşme ihlali daha çok gereği gibi ifa etmeme şeklinde; gereği gibi ifa etmeme ise çoğunlukla "görülen işin kötü ifası" olarak görünür. Bu nedenle kötü ifa, "dar anlamda gereği gibi ifa etmeme" olarak da nitelendirilmektedir<sup>83</sup>. Kötü ifada, ifa edilen edimin niteliklerinin kötü ve ayıplı olması durumu vardır<sup>84</sup>.

Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcu niteliğindeki asli edimi, edim sonucu şeklinde olmayıp edim fiili niteliğindedir<sup>85</sup>. Eğer vekil, vekalet sözleşmesine konu olan işi görmüş; ancak, gereği gibi görmemiş ise, ortada kötü bir ifa vardır. Gerçekten de kötü ifada borçlu, -ifa imkansızlığından farklı olarak- bir ifada veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak bu ifa, borçlanılan asli edimin niteliklerine uygun bir ifa olmaktan uzaktır. Bu tür edimlerde borçlunun yüklenmiş olduğu özenden ayrılma, bir vasıf eksikliği ve dolayısıyla kötü ifa olarak tanımlanır<sup>86</sup>.

Vekalet sözleşmesinde kötü ifa ile özensiz iş görmeyi yani hiç özen gösterilmeme durumunu birbirine karıştırmamak gerekir. Çünkü, özensiz iş

---

<sup>80</sup> Örneğin hastayı tedavi etmek için kendisi ile tedavi sözleşmesi yapılan hekimin hastayı daha da kötü hale getirmişse durum böyledir.

<sup>81</sup> EREN, C. III, s. 213.

<sup>82</sup> GÜMÜŞ, s. 202.

<sup>83</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 398.

<sup>84</sup> EREN, C. III, s. 214; GÜMÜŞ, s. 204.

<sup>85</sup> GÜMÜŞ, s. 210.

<sup>86</sup> EREN, C. III, s. 215.

görmeye, vekilin asli edim borcu olan özen borcunun hiç bir şekilde ifa edilmemesi durumu mevzu bahisdir. Dolayısıyla, özensiz bir iş görme vekalet sözleşmesinde bir ifa olarak nitelendirilemez. Kötü ifade ise, vekalet sözleşmesine konu iş görmenin gereği gibi ifası söz konusu değildir; ancak bu gereği gibi ifa etmeme, işin özensiz görülmesi yani hiç özen gösterilmemesi durumuna da erişmemiştir<sup>87</sup>. Bu bağlamda doktrinde bazı yazarlarca<sup>88</sup> özensiz iş görmenin gereği gibi ifa etmeme durumu olan kötü ifa içerisinde değerlendirilmesi doğru değildir<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Kötü ifaya ilişkin olarak Yargıtay'ın şu kararları örnek gösterilebilir;

"...Davalı vekili kendisine tevdi edilen senetleri özenle korumak zorundadır. Senetleri bir başkasına verirken, davacıdan açık surette ve yazılı talimat alması ve talimata uygun olarak bu senetleri bir başkasına vermesi gerekir...davalı avukat, kendisine verilen senetlerin muhafazası için gerekli özeni göstermediğinden bu senetlerin kaybolması sonucu davacının zararını tazminle yükümlüdür...", Y.3.HD., 28/2/1986 T., 1985/7687 K., 1986/1497 E., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 12, S. 9, Eylül 1986, s. 1279;

"...Vekil işçi gibi işi özenle yerine getirme borcu altında olup tersi durumda ise, özenle yerine getirmemeden ötürü tazminatla sorumlu tutulmuştur ki, burada BK.m.98/1'in uygulaması da söz konusudur. Her ne kadar "akit tablosunda" satım paraları, davalının savunmasına uygun düşmekte ise de yerinde yapılan keşif sonunda düzenlenen bilirkişi raporuna göre, üç taşınmazın, satış günündeki gerçek sürüm değerinin toplam 176.050 olduğu saptanmıştır. Bu tutar ise, tapuda gösterilen satış paraları toplamından, aşırı ölçüde çoktur. Öyleyse, davalının vekil olarak yüklediği işini özenle yerine getirmediği, kesinlikle ortaya çıkmaktadır. Bu duruma göre davalı, özenle yerine getirme borcuna aykırı davranışından ötürü sorumlu olup bilirkişi raporunda belirlenen gerçek sürüm değeri toplamı 176.050 liradan davacının taşınmazlardaki 1/5 payına düşen tutarı ödemesi gerekmesine ilişkin..." Y.13.HD., 24/11/1980 T., 1980/5538 E., 1980/6178 K. sayılı kararı için bkz., YKD., C. VII, S. 11, Kasım 1981, s. 1459;

"...Hemen belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanununun gerek temsile, gerekse vekalet akdine yönelik hükümlerinden anlaşılacağı üzere, vekaleten temsil yetkisi kural olarak vekalet verenin yararına kullanılmalıdır. Eğer vekil, vekaletnameye dayalı temsil yetkisini kasten vekalet verenin zararına ya da iş ve elbirliği yaptığı saptanan başka birinin yararına kullandığı takdirde, yapılan işlem, temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalmış olsa bile vekalet vereni (temsil olunanı) bağlamaz. Böyle bir davranışıyla vekil vekalet görevini kötüye kullanmakta, yetkisini kötüye kullandığını bilerek vekil ile sözleşme yapmada hakkını kötüye kullanan kişi durumuna düşmesine ilişkin..." Y.1.HD., 31/10/1988 T., 1988/82595 E., 1988/11450 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. XV, S.3, Mart 1989, s. 320;

<sup>88</sup> GÜMÜŞ, s. 209.

<sup>89</sup> Özensiz iş görmeye Yargıtay'ın şu kararları örnek gösterilebilir,

"...Her ne kadar morg mütehassısı ile bilirkişi pataloğu tarafından düzenlenen 11/8/1965 günü adli tıp raporu ile Yüksek Sağlık şurasının 28/5/1970 günlü raporlarında ölüm septisemiyeye bağlanmış ise de yukarıda ayrıntıları ile belirtilen olayların inkişafı ve özellikle otopsi sonuçları, ölümün davalı doktor tarafından tedbirsiz ve acemice yapılan kürtaj sonucu rahim mukozası ile adalelerinin ileri derecede harabiyete uğramasından ileri geldiğinin ve ilk nedenselliğin tedbirsiz ve acemice yapılan kürtaj ile bağlantılı olduğunun kesin delilleridir...", hakkında Y.HGK., 28/6/1978 T., 976/4-3539 E., 696 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 65;

"...BK.m.390/II hükmünce vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir. Aynı yasanın 390/I fıkrasına göre vekil müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeğe ve bu cihetten dolayı her ne nam ile yapmış olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur. Bu hukuki esasların sonucu olarak davalının dükkan ve dairenin gereken olağan çabanın gösterilmemesi nedeni ile kiraya verilmemesi veya geç kiraya verilmesinden dolayı vekilin sorumlu olduğunun kabulü icabeder. Bunun yanı sıra ayın ilkenin doğal sonucu olarak olağan çabanın gösterilmesine rağmen kiraya verilmeme veya geç kiraya verilme halinde ise vekil sorumlu tutulamaz...", Y.HGK., 4/2/1987 T., 1986/13-158 K., 1987/57 E., sayılı kararı için bkz., YKD., C.XV, S.5, Mayıs 1989, s. 624;

Kötü ifa halinde, alacaklı genellikle iki çeşit zarara uğrar. Edim, ayıplı olarak ifa edildiği için alacaklı önce müspet zarara maruz kalır. İkinci olarak alacaklı, edimin ayıplı olarak ifası nedeniyle diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinde ek bir zarara uğrayabilir. Bu ek zarara "refakat eden zarar" veya "müteakip zarar" adı verilmektedir<sup>90</sup>.

## (ii). Yan Yükümlere Aykırılık

Vekalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği ve taraflar arasında mevcut olan yoğun güven ilişkisi, vekalet sözleşmesinde yan yükümlerin ihlalini, diğer sözleşmelere nazaran daha çok ön plana çıkarmaktadır. Bu nedenledir ki kanun koyucu BK.m.390/II'de aslında bir yan yüküm olan sadakat borcunu vekilin asli edim borcu olan özen borcu ile birlikte ifade etme gereği duymuştur<sup>91</sup>. Bu bağlamda, daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi<sup>92</sup>, genel olarak yan yüküm olarak nitelendirilen borçlar değişik vekalet ilişkilerinde asli edim borcu niteliği kazanabilmektedir. Bir başka ifade ile, borç ilişkisinden kaynaklanan yan yükümlere aykırılıkların bazıları doğrudan doğruya edimle ilgili olup, bunlar ifanın amacına uygun, tam ve doğru bir şekilde yapılmasına yöneliktir. Vekilin, sadakat borcunun bir görünümü olan aydınlatma ve sır saklama borcu ile dürüstlük kuralına uygun davranma borcu, söz konusu yan yükümler arasında yer alır. Koruma borcunun ihlali de buraya girer<sup>93</sup>.

### (aa). İfaya Yardımcı Yan Yükümlere Aykırılık

İfaya yardımcı yan yükümlerin ihlali gereği gibi ifa etmeme kategorisine girer. Bu tür borçlar arasında uygulamada en çok ihlal edileni, aslında sadakat borcunun bir görünümü olan aydınlatma ve bilgi verme borçlarıdır. Bu gibi durumlarda asli edim borcu ifa edilmiş olabilir, dolayısıyla ifa imkansızlığı veya borçlu temerrüdü söz konusu değildir. Ancak, yanlış ve eksik bilgi verildiği ya da hiçbir bilgi verilmediği ve buna bağlı olarak tam ve doğru bir ifa yapılmadığı için,

---

<sup>90</sup> EREN, C. III, s. 216.

<sup>91</sup> GÜMÜŞ, s. 203.

<sup>92</sup> Bkz., İkinci Bölüm, II-B-4.

<sup>93</sup> EREN, C. III, s. 216.

yan yükümlere aykırılık eş zamanlı olarak özen borcuna aykırılık nedeni ile bir sözleşme ihlali sayılır<sup>94</sup>.

Ifaya yardımcı borçlar, bağımlı borçlar oldukları için bunlar tek başlarına dava edilemezler ise de yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, eş zamanlı olarak özen borcuna aykırılık teşkil ettiği durumlarda tek başlarına dava konusu olabilirler<sup>95</sup>.

## **(bb). Koruma Borçlarına Aykırılık**

Koruma borçlarının ihlali, gereği gibi ifa etmemenin bir diğer türünü oluşturur. Burada sözleşmenin diğer tarafının mal ve şahıs varlığı değerlerinin edimin ifası sırasında veya ifa nedeni ile ihlaline karşı korunması söz konusu olur<sup>96</sup>.

Alacaklının edim menfaati dışında hukukça korunan diğer menfaatleri de vardır. Bunlara, "korunma menfaati" veya " bütünlük menfaati" denilir. Bunlar, alacaklının aynı hak, kişilik hakkı vs. gibi mutlak haklarıdır. Borçlu, borcunu ifa ederken veya ifa nedeni ile bu tür değerleri ihlal etmemelidir. Bunlar ihlal edildiği durumda, borçlu gereği gibi ifada bulunmamış, dolayısıyla borç ilişkisini ihlal etmiş olur<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> EREN, C. III, s. 216.

<sup>95</sup> EREN, C. III, s. 217.

<sup>96</sup> EREN, C. III, s. 217.

<sup>97</sup> EREN, C. III, s. 217;

Karnındaki rahatsızlık nedeni ile doğumevine sevk edilen hastaya doktor jinekolojik muayene sırasında "rektum tuşe yapılmış" ve bu sırada baş parmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle anüler kızlık zarının yırtılmasına neden olmuştur. Konuya ilişkin olarak Yargıtay şu kararı vermiştir. "...hekim ile hastası arasında sözleşme ilişkisinin bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemez. Çünkü, rızanın ya da ıstırar halinin varlığı halinde, hekimin bütün davranışlarının ve bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak, kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusudur. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyişle, şayet tıp ilme hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılmaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük bir değerdeki bir hukuki değeri ancak bu şekilde kurtarabilirse, hukuka aykırı davranışta bulunmamış gerekecektir. Sözgelimi, anneyi kurtarmak amacıyla çocuğun düşürülmesi sıhhatin korunması ve düzeltilmesine yönelmiş tedavi ve müdahaleler böylece hukuka uygun hale getirilecektir., Y.4.HD., 7/3/1977 T., 976/6297 E., 2541 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 66, bu olayda yüksek mahkeme yapılan böyle bir tıbbi el atma ve yardımın kızlık zarının yırtılmasına neden olmasının değil, böyle bir yırtılma tehlikesine karşı hastanın rızasının alınmamasını özen borcuna aykırı adetmiştir.

Koruma borçları, doğuş anları bakımından sözleşme öncesi koruma borçları, sözleşme esnası koruma borçları ve sözleşme sonrası koruma borçları olmak üzere üçe ayrılır<sup>98</sup>.

Sözleşme öncesi koruma borçlarının kusurlu ihlali durumunda doktrinde "akit öncesi kusurlu davranış (=culpa in contrahenda)" olarak adlandırılan ve haksız fiil sorumluluğuna mı, yoksa borca aykırılıktan doğan sorumluluğa mı benzediği tartışmalı olan bir sorumluluk şekli oluşur<sup>99</sup>.

Bu sorumluluğun esasına göre, sözleşmenin yapılmasından önce gelen görüşmelerde, taraflar özellikle sözleşme yapmak ve sözleşme şartlarını tespit etmek konusundaki kararlarında etkili olacak noktalar hakkında birbirlerine bilgi vermek ve birbirlerinin şahsını ve mal varlığını zarara uğratacak davranışlardan kaçınmakla yükümlüdürler<sup>100</sup>. Zarardan uzak tutma ve esası olmayan bir güven uyandırmaktan kaçınma şeklinde ifadesi mümkün olan bu yükümlülük, sözleşmenin kurulmasından önceki ve sonraki aşamaya ilişkindir<sup>101</sup>.

Sonradan sözleşme geçersiz de olsa, bu görüşmelerde dürüstlük kurallarına aykırı hareket eden kimse diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlü olur<sup>102</sup>. Ancak, sözleşme görüşmeleri sırasında işlenen bu kusurdan doğan sorumluluğun hukuki mahiyeti konusunda doktrinde birlik olmadığı için ödenecek tazminatın hangi hükümlere tabi olacağı hususunda farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre<sup>103</sup> bu tazminat, sözleşmeden kaynaklanan tazminat hakkındaki hükümlere tabidir. Çünkü, taraflar görüşmelere başlamakla aralarında bir ilişki doğar. Bu ilişki onlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği bazı sorumluluklar yükler. Ortada önceden mevcut bir ilişki olduğundan bu ilişkinin ihlali durumunda, yapılan ihlal, bir haksız fiil teşkil etmez. Bu nedenle de ihlalden doğan tazminat davası, BK.m.96 vd. daki hükümlere ve dolayısıyla on yıllık zamanaşımına tabi olmalıdır.

<sup>98</sup> EREN, C.I, s. 48.

<sup>99</sup> TEKİNAY, s. 1307.

<sup>100</sup> TEKİNAY, s. 1307; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 402.

<sup>101</sup> TEKİNAY, s. 1307.

<sup>102</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 402.

<sup>103</sup> TEKİNAY, s. 1307; diğer görüş sahipleri hakkında bkz., TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 400.



Diğer bir görüşe göre ise<sup>104</sup>, culpa in contrahendo, taraflar arasında önceden mevcut olan bir ilişkiye değil, kişilerin güvenini sarsmamak konusunda herkese düşen görevin, yani objektif hüsünüyet kurallarının ihlalini düzenler. Bu nedenle burada sözleşmeye aykırılıktan değil, haksız fiile benzeyen bir durum karşısında bulunulur ve haksız fiillere dair hükümler kıyasen uygulanmalıdır. Yardımcı şahısların sorumluluğunda da BK.m.100 değil, BK.m.55'e gidilmeli ve zamanaşımında da BK.m.60 gereğince bir yıl olmalıdır.

Culpa in contrahendo'ya şu örnekler gösterilebilir. vekilin, temsil yetkisi bulunmadığını gizlemesi; ediminin imkansız olduğunu bilen bir kimsenin bunu karşı taraftan gizlemesi<sup>105</sup>, Başka bir yerde bulunan hekimden randevu alarak muayeneye gidecek hastanın, hastalığın özelliği göz önüne alınarak, seyahat etmemesi veya belirli şartlar altında ve belirli tedbirleri alarak seyahat etmesi konusunda hekim tarafından uyarılmaması, neticede hastanın bundan zarar görmesi<sup>106</sup> gibi.

Koruma borçları, bazı hallerde asıl edim borcu olan özen borcuyla birlikte ihlal edilebilir<sup>107</sup>, bazı durumlarda ise tek başına ihlal edilebilir<sup>108</sup>. Edim borcundan bağımsız koruma borçlarının ihlali, sözleşme görüşmeleri sırasında olmuş ise sözleşme görüşmeleri sırasındaki sorumluluğa neden olur.

Yan yükümlerin ihlali sözleşme kurulmasından sonra meydana gelmiş ise, gereği gibi ifa etmemeyi oluşturur.

Edimin ifasından sonra borçlunun bazı hallerde alacaklıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu koruma borçları vardır. Borçlunun ifadan sonra da bu

<sup>104</sup> Görüş sahipleri hakkında bkz., TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 400, ve TEKİNAY, s. 1309.

<sup>105</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 400.

<sup>106</sup> AYAN, s. (Tıbbi Müdahale), s. 49.

<sup>107</sup> Örneğin, hastayı tedavi etmek için kendisi ile tedavi sözleşmesi yapılan hekimin hem tedavi edeceği yeri daha kötü duruma getirmesi hem de elindeki makas ile hastanın sağlıklı bir uzvuna zarar vermesi durumunda, hastanın tedavi etmesi gereken yeri daha da kötüleştirilmesi edim borcunun ihlalini, tedavi ile alakalı olmayan bir başka uzva zarar vermesi ise koruma borcunun ihlalini ifade eder.

<sup>108</sup> Örneğin, hastayı tedavi etmek için kendisi ile tedavi sözleşmesi yapılan hekimin tedavi bölgesini sözleşmeye uygun olarak tam ve doğru bir şekilde tedavi etmesine karşın, dikkatsizliği nedeniyle elindeki makasın fırlaması sonunda tedavi ile ilgili olmayan bir başka uzvuna zarar vermişse, koruma borcunu ihlal etmiş sayılır.

tür borçları ihlal etmesi, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğa neden olur. Bu tür borçlara “ileriye etkili sadakat borçları” denilir<sup>109</sup>.

Koruma borçlarının ihlali aslında haksız fiil hukukuna girer. Ancak, bunların sözleşme hukukunda yer bulmasının nedeni bir yandan sözleşme ilişkisinin taraflar arasında kurduğu güven nedeni ile edim borçları yanında koruma borçlarını da içerdiğini kabul etmek, diğer yandan da alacaklıyı haksız fiil hukukunun elverişsiz hükümlerinden kurtarmaktır. Koruma borçları MK.m.2’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralından kaynaklanır<sup>110</sup>.

Koruma borcunun ihlalinin sözleşmenin ihlali kavramının içerisinde kabul edilmesi, sözleşmeden doğan sorumluluğun sınırlarını genişletmektedir. Koruma borçları, yan yükümlerin bir kolunu oluşturduğu için, bugün doktrinde edim borcundan bağımsız sadece koruma borçlarını ihtiva eden borç ilişkileri de kabul edilmektedir<sup>111</sup>.

Vekalet verenin asli edim borcu olan özen borcu dışındaki, koruma veya bütünlük menfaati olarak adlandırılan diğer menfaatlere yönelik ihlaller, bir gereği gibi ifa etmeme hali olarak vekili BK.m.96 ve BK.m.390/II’ye göre sorumlu kılar<sup>112</sup>.

#### **d. Vekalet Sözleşmesinde Özen Borcuna Aykırılığın Sonuçları**

##### **(1).Genel Olarak**

Borcun ifa edilmemesi hallerinin çeşidine göre sonuçları da değişmektedir.

İfa imkansızlaşmışsa veya borç gereği gibi ifa edilmemişse alacaklı borçludan zararının tazminini talep ve dava edebilecektir.

Buna karşılık borcun ifası mümkün ise, her durumda alacaklı gecikmiş ifayı talep ve dava etmek ve cebri icra yoluyla edimi elde etmek imkanına sahiptir. Çünkü, ifada gecikmenin sonucu, bu gecikme temerrüt şekline ister

<sup>109</sup> EREN, C. III, s. 214.

<sup>110</sup> EREN, C. III, s. 218.

<sup>111</sup> EREN, C. III, s. 214.

<sup>112</sup> GÜMÜŞ, s. 204.

girmiş olsun ister girmemiş olsun, alacaklıya ifayı dava edip, cebri icra yoluyla elde etme imkanını vermesidir<sup>113</sup>.

Eğer gecikme temerrüt şekline girmiş ise, bu takdirde alacaklı sadece gecikmiş ifayı dava ve cebri icra yoluyla elde etmek değil, gecikme nedeni ile uğramış olduğu zararı da talep ve dava etmek imkanına sahiptir<sup>114</sup>.

Temerrüt, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçekleşmiş ise, kanun alacaklıya, gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkının yanı sıra, ifadan vazgeçip, borcun ifası yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme (fesih) haklarını da tanımaktadır<sup>115</sup>.

Böylece borcun ifa edilmemesi kavramına giren çeşitli durumlara bağlanan sonuçlar üç grupta toplanmaktadır.

## **(2). Borcun İfa Edilmemesi Durumuna Bağlanan Sonuçlar**

### **(a). İfa Davası ve Cebri İcra**

Alacaklı, muaccel ve mümkün olan bir borcun ifasını her zaman talep ve dava edebilir ve elde edeceği ilama dayanarak ifanın cebri icra yolu ile gerçekleştirilmesini sağlayabilir.

İfa davası ve cebri icra, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunu ilgilendirdiği düşüncesiyle Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir.

İfa davası, alacaklının, borcunu kendi rızası ile ifa etmeyen borçlu aleyhine açabileceği ve onu ifaya mecbur bırakacağı bir mahkeme kararını sağlamak gayesiyle açılan davadır<sup>116</sup>. Borçluyu borçlanılan edimin yerine getirilmesine mahkum eden davaya ifa (eda) davası denir<sup>117</sup>. Borçlar Kanunumuzda, aynen ifayı düzenleyen bir hüküm olmamakla beraber, aynen

<sup>113</sup> FEYZİOĞLU, s. 144.

<sup>114</sup> FEYZİOĞLU, s. 144.

<sup>115</sup> FEYZİOĞLU, s. 144.

<sup>116</sup> FEYZİOĞLU, s. 139.

<sup>117</sup> TURANBOY, s. 88.

ifaya BK.m.106/II'de açıkça temas edilmiştir<sup>118</sup>. İfa davası dar anlamda bir mahkeme kararının yerine getirilmesi ile ilgilidir<sup>119</sup>.

İfa davası açılması için, borcun muaccel ve ifanın mümkün olması gerekir. Bu iki şartın bulunması kural olarak yeterlidir. Borçlunun kusurlu olması ve temerrüde düşmüş olması şart değildir<sup>120</sup>.

İfa mümkün olduğu sürece alacaklı, -kural olarak ifa yerine tazminat istemek ve sözleşmeden dönmek hakkına sahip olmadığı için- sadece ifa davasına başvurabilir<sup>121</sup>.

Açılan ifa davasında borçlu, ifanın imkansızlığını ileri sürürse, alacaklı, bu itirazın ispatını ileri sürebilir. borçlu imkansızlığı ispat ederse, alacaklı davasını ıslah yolu (HUMK. m. 83) ile ifa yerine tazminata çevirebileceği gibi, borçlunun imkansızlık itirazını kabul edip, imkansızlık için hiçbir ispat yoluna başvurulmasına gerek kalmadan, davasını aynı usulle tazminata çevirebilir<sup>122</sup>.

Alacaklının ifa mümkünse ifaya, değilse tazminata karar verilmesi yolunda terditli bir dava açması da mümkündür<sup>123</sup>.

İfa mümkün oldukça, alacaklının ifa davası açabilmesi kuralının iki yönde istisnaları vardır.

Tarafların anlaşması veya bir kanun hükmü<sup>124</sup>, alacaklıya ifa yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme hakkı tanımış ise, alacaklı, isterse ifayı talep eder, isterse kendisine tanınmış olan hakkı kullanır<sup>125</sup>.

<sup>118</sup> İNAN, s. 469.

<sup>119</sup> TURANBOY, s. 88.

<sup>120</sup> İNAN, s. 469; TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 475; OĞUZMAN, s. 101.

<sup>121</sup> Çünkü, ifa mümkün iken tazminat davası açan alacaklıya karşı, borçlu, ifayı arz etmek veya borcun ifa edileceğini ileri sürmek suretiyle itiraz edebilir.

<sup>122</sup> Davanın çevrilmesine kadar geçen safhasının masraflarından, kusuru ile ifayı imkansızlaştırmış ve imkansızlıktan alacaklıyı haberdar etmemiş olan borçlu, imkansızlığı bilmesine rağmen alacaklının ifa davasını açmış olduğunu ispat edemezse, kusurlu imkansızlıktan doğan bir zarar olarak sorumlu tutulması gerekir., bkz., OĞUZMAN, s. 101.

<sup>123</sup> OĞUZMAN, s. 101.

<sup>124</sup> Kanununun alacaklıya bu yetkiyi tanıdığı hal, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüdür. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz., Üçüncü Bölüm, I-B,2-a.

<sup>125</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 476; OĞUZMAN, s. 102.

Bazı durumlarda ise ifa mümkün olmasına rağmen, ifa davasının açılması hukuken uygun olmaz. Burada alacaklının yetkisi değil, ifa yerine tazminatla yetinme mecburiyeti söz konusudur<sup>126</sup>.

Bunlar:

- 1) Maddi bakımından ifa mümkün olmakla beraber, borçlunun ifaya mahkum edilmesini istemek dürüstlük kuralına (MK.m.2) aykırı düştüğü durumlarda, vekalet verenin sanki ifa imkansızlaşmış gibi ancak tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>127</sup>.
- 2) İfa yerine tazminat istemek veya sözleşmeden dönmek yetkisi bulunan durumlarda, alacaklının, bu yetkisini kullandıktan sonra artık ifa talep edemez<sup>128</sup>.
- 3) Sözleşmeden doğan yan yükümler için ifa davası açılmayıp, ancak kötü ifa nedeniyle tazminat talep edileceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>129</sup>.
- 4) Borcun mahiyeti de aynen ifayı talebe ve davaya mani olabilir<sup>130</sup>.

İfa davası ile ilgili bu düzenlemeler genel niteliklidir ve kural olarak tüm borç ilişkilerinde uygulanır. Ancak vekalet sözleşmesinin bir yapma borcu niteliğinde olması ifa davası ile ilgili açıklamaların vekalet sözleşmesinde uygulanıp uygulanmaması hususunda tartışmalara neden olmaktadır. Şöyle ki;

BK.m.97/1'e göre: "bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir". Bu durumda alacaklının hakimden borcun kendisinin yerine getirmesi için izin istenilmesi mevzubahistir<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> OĞUZMAN, s. 102.

<sup>127</sup> OĞUZMAN, s. 102; İNAN, s. 470.

<sup>128</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 476; OĞUZMAN, s. 102.

<sup>129</sup> İNAN, s. 470; OĞUZMAN, s. 102; Örneğin satılan şeyin iyi ambalajlanmaması gibi.

<sup>130</sup> Örneğin, vekaleti ifa borcu gibi., bkz., İNAN, s. 470.

<sup>131</sup> Borcun yerine getirilmemesi halinde alacaklı hakimden izin istemelidir. İzin verildiği takdirde alacaklı, borçlu yerine taahhüdü yerine getirebilir., TD., 20/03/1934 T., 201 E., 836 K., sayılı kararı için bkz., OLGARÇ., C. 1, s. 800.

Oğuzman'a göre, bu halde alacaklı alacağını ifa davası yoluyla elde edemez. Çünkü, bu halde alacaklının zararının tazmininin özel olarak düzenlenmiş bir şekli söz konusudur<sup>132</sup>. Dolayısıyla, BK.m.97'ye göre masrafı borçludan alınmak kaydıyla işin başkasına gördürülmesi durumunda, vekaletin ifasına tazminat yoluyla ulaşılmış olunmaktadır<sup>133</sup>.

Diğer taraftan alacaklının açtığı ifa davasında hakim, borçluyu ifaya mahkum ederse ve buna karşılık borçlu borcunu yine de ödemezse, alacaklı cebri icra yoluna başvurabilecektir<sup>134</sup>.

Vekalet sözleşmesi bir iş görme borcunu içerdiği için cebri icra alanında çoğu kez yapma borçlarına bağlı hukuki sonuçlarla karşılaşılır<sup>135</sup>.

İİK.m.30'a göre, bir şeyin yapılmasına ilişkin borçlarda, icra memuru, borçluya ilamda gösterilen süre içinde veya ilamda süre gösterilmemiş ise, başlangıç ve bitiş tarihleri ile kendisinin tayin ettiği süre içinde borçluya işi yapmasını emreder. Borçlu, bu süre içinde işe görmezse; borç başkasının yapabileceği bir hususa ilişkin ise, alacaklının muvafakati ile ayrıca bir mahkeme hükmüne de gerek kalmadan ileride borçludan tahsil edilmek üzere masraf alacaklıdan alınır ve iş başkasına yaptırılır. Alacaklı buna muvafakat etmezse, yine ayrı bir hükme gerek kalmadan borçlunun kafi malı haciz edilip, paraya çevrildikten sonra masrafları bununla karşılanır<sup>136</sup>.

Yapma borçlarında ve özellikle edimin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir iş görme edimi olması halinde bu borç sadece borçlu tarafından yerine getirilebilir. Dolayısıyla sahsa sıkı sıkıya bağlı yapma borçlarında cebri icra imkanının olmaması gerekir. Çünkü, her ne kadar İİK.m.343 sadece kendisi tarafından

<sup>132</sup> OĞUZMAN, s. 104.

<sup>133</sup> OĞUZMAN, s. 106; Turanboy ise, BK.m.97'de düzenlenen ifa davasının iş görme ediminin doğrudan doğruya yerine getirilmesini sağlamakta zorlayıcı niteliğe sahip olmadığını kabule etmekle birlikte, bunun bir tazminat değil aynen ifa durumu olduğu fikrindedir., bkz., TURANBOY, s. 88.

<sup>134</sup> OĞUZMAN, s. 104.

<sup>135</sup> TURANBOY, s. 88.

<sup>136</sup> FEYZİOĞLU, s. 143; İNAN, s. 470; OLGAC, C.1, s. 799; "...borcun vekilden başkasına ifa ettirmek olanağı söz konusu ise müvekkil BK.m.97/1'e dayanarak hesaplar ve masrafı vekile ait olmak üzere başkasına yaptırmak için mahkemeden izin alabilir. Müvekkil, vekilin hesap verme borcunu yerine getirmeğe mahkum eden ilamı alıp, İİK.m.30 uyarınca, icra memurundan bu borcun başkası tarafından ifa ettirilmesini isteme hakkına sahip olmasına ilişkin..." Y.13.HD., 29/4/1992 T., 1992/3147 E., 1992/4041 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 18, S.9, Eylül 1992, s. 1387.

yapılacak olan bir işin yapılması hakkındaki ilam hükmüne geçerli bir mazerete dayanmaksızın uymayan borçlunun bir aya kadar hafif hapisle cezalandırılmasını öngörmüş ise de, bu durum , borcun cebren icrası demek değildir. Nitekim, borçlu, hapisle cezalandırılmasına rağmen borcu gene de ifa etmemiş ise, edim cebri icra yoluyla elde edilmiş olmaz<sup>137</sup>.

Şu halde vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesi durumunda aynen ifa davası açma yoluna gitmek çok sınırlı durumlarda mümkün olabilecektir. Çünkü, aynen ifa davasının şartlarından birisi ifanın mümkün olması şartıdır. İfa mümkün değilse alacaklı ifa davası açamaz. Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi<sup>138</sup>, doktrinde bir kısım yazar vekalet sözleşmesinde "sözleşmeye konu iş görmeyi hiç ifa etmeme nedeni ile ihlal edilmesi" durumunu telafisi mümkün olmayan bir durum olarak değerlendirmekte ve bu nedenle de doğrudan imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe karşı diğer bir görüş<sup>139</sup>, kural olarak "sözleşmeye konu iş görmeyi hiç ifa etmeme nedeni ile ihlal edilmesi" durumunda sonradan yapılacak bir ifanın zamanında yapılması gereken ifayı telafi edilebilir nitelikte olduğu gerekçesiyle buna karşı çıkmaktadır. Eğer ilk görüş kabul edilirse bu durumda doğrudan imkansızlığa ilişkin hükümlerin (BK.m.96 ve BK.m.117) uygulanması gerekecektir ki bu durumda aynen ifa yoluna gitmek mümkün olmayacaktır. Eğer ikinci görüş kabul edilir ise, mahkeme, vekili aynen ifaya mahkum etse bile vekilin gördüğü iş şahsına sıkı sıkıya bağlı bir iş görme niteliğinde ise, her ne kadar İİK.m.343 sadece kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması hakkındaki ilam hükmüne geçerli bir mazerete dayanmaksızın uymayan borçlunun bir aya kadar hafif hapisle cezalandırılmasını öngörmüş ise de, bu durum, borcun aynen ifası demek

---

<sup>137</sup> OĞUZMAN, s. 104; İnan'a göre de bir şey yapmak konulu borçlarda, borçluyu aynın ifaya zorlayıcı bazı tedbirlere başvurmak mümkün ise de, bu borçların aynen ifası, borçlunun istemediği hallerde mümkün değildir., bkz., İNAN, s. 470; hesap verme borcunu bizzat vekilden başkasının yerine getirmesi olanağı bulunmuyorsa, müvekkil vekilin bu borcu ifaya mahkum edilmesini mahkemeden isteyebilir. Böyle bir ilam alan müvekkil, vekil makbul bir özürü olmaksızın ilama uymaktan kaçınırsa onu İcra Tetki Merciiine şikayet ederek İİK.m.343 gereğince bir aya kadar hafif hapis cezasıyla tecziyesini isteyebilmesine ilişkin..." Y.13.HD., 29/4/1992 T., 1992/3147 E., 1992/4041 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 18, S.9, Eylül 1992, s. 1387.

<sup>138</sup> Bkz., Üçüncü Bölüm, I-B-2-c- (1).

<sup>139</sup> Bkz., Üçüncü Bölüm, I-B-2-c-(1)

değildir. Nitekim, borçlu, hapisle cezalandırılmasına rağmen borcu gene de ifa etmemiş ise, edim cebri icra yoluyla elde edilmiş olmaz.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesi durumunda -mahkemeden aynen ifaya ilişkin bir ilam alındığını düşünsek bile bu ilam vekili söz konusu işi her halükarda görmeye mahkum eden bir ilam niteliğinde olmayacağı için- vekalet sözleşmesi bakımından aynen ifa davası yoluna gitmek çok sınırlı durumlar için mümkün olabilecektir.

## **(b). Tazminat Davası**

Tazminat davası, alacaklının borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeni ile borçlanılan edimi aynen elde edememesi halinde, borçluya karşı borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesi amacı ile açılan davadır<sup>140</sup>.

Borçlunun taahhüdü çoğunlukla bir sözleşmeye dayanır. Bu nedenle bu tazminata sözleşmeye dayanan tazminat adı verilir. Sözleşmeden doğan borcunu kusuru ile yerine getirmeyen borçlunun tazminatla mükellef tutulmasına 'sözleşmeye dayanan sorumluluk' adı verilir<sup>141</sup>

BK.m.96 "Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur" hükmünü getirmiştir. Bu hüküm, tazminat davasının şartlarını genel olarak düzenlemektedir. Buna göre;

Öncelikle mevcut bir borç olmalıdır.

İkinci olarak alacaklının hakkını kısmen veya tamamen istifa edememiş olması gerekir. Bundan maksat, borcun hiç ifa edilmemiş olması veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasıdır<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> TURANBOY, s. 89; KARAHASAN, (Tazminat), s. 69.

<sup>141</sup> FEYZİOĞLU, s. 144; İNAN, s. 472; KARAHASAN, (Tazminat), s. 69.

<sup>142</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 405; FEYZİOĞLU, s. 144; OĞUZMAN, s. 106; TURANBOY, s. 89; İNAN, s. 473.



Üçüncü olarak alacaklının bir zarara uğramış olması gerekir. Eğer borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden alacaklı hiçbir zarara uğramamış ise<sup>143</sup> tazminat istenmesi söz konusu olmaz<sup>144</sup>.

Dördüncü olarak, borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesiyle zarar arasında uygun nedensellik bağının olması gerekir. Borçlunun alacaklıya verdiği zarar borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya ifa edilmemesi ile ilgili değilse, yine BK.m.96'da düzenlenen sorumluluk olmaz<sup>145</sup>. Nedensellik bağının varlığını alacaklı ispat edecektir<sup>146</sup>.

Son olarak, borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olması gerekir. Gerçekten de, BK.m.96' ya göre "... borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur". Borçlar Kanununun bu maddede borçlunun sorumluluğu için, kural olarak, kusuru bulunmasını aramıştır. Ancak, kusurun ispat külfeti alacaklıya yüklenmemiş, aksine, kusur için aksi ispat edilebilen bir karine kabul edilmiştir. Borçlu, kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir<sup>147</sup>.

Borçlunun borcu ifa etmemesi nedeni ile alacaklının uğradığı zararı tazmin etmesi noktasında, sorumluluk kural olarak kusura bağlanmıştır. Başka bir ifade ile, borçlu kusursuzluğunu ispat edememesi durumunda bundan sorumlu olacaktır. Bununla beraber, borçlunun kusuru bulunmasına rağmen sorumlu olmadığı haller olduğu gibi, borçlunun kusuru bulunmadığı ve bunu ispat edebildiği halde sorumlu tutulduğu hallerde vardır<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> Örneğin, A, ameliyat olmak için hekim B ile anlaşmaya varmış ve fakat ameliyat günü, B'nin olmaması üzerine alanında daha başarılı olan hekim C ile daha uygun bir fiyata anlaşarak ona ameliyat olmuş ise B'nin borcu ifa etmemiş olmasından A zarar uğramamıştır.

<sup>144</sup> FEYZİOĞLU, s. 144; OĞUZMAN, s. 108 İNAN, s. 474.

<sup>145</sup> FEYZİOĞLU, s. 144; İNAN, s. 474.

<sup>146</sup> İNAN, s. 473; OĞUZMAN, s. 108.

<sup>147</sup> FEYZİOĞLU, s. 144; İNAN, s. 473; OĞUZMAN, s. 115.

<sup>148</sup> OĞUZMAN, s. 115., Örneğin, adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi (BK.m.100).

Borçlu, borca aykırı sonucu düşünür ve arzu ederek veya bu sonucu göze alarak hareket ettiği yahut borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermediği durumda kusurludur<sup>149</sup>.

Borca aykırı sonucu düşünerek ve arzu ederek veya sonucu göze alarak hareket ettiği zaman kastı; gerekli özeni göstermediği zamanda ihmali söz konusudur<sup>150</sup>.

Borçlunun sorumluluğu için, kusurun derecesi önemli değildir. Her çeşit kusur borçlunun sorumlu tutulmasına yeter (BK.m.98, BK.m.390/lin atfı ile BK.m.321). Ancak, BK.m.98'de ifade edildiği gibi: "...iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette, mesuliyet daha az şiddetle tatbik olunur"<sup>151</sup>.

Tazminata ilişkin genel nitelikteki bu şartlar kural olarak tüm sözleşme ilişkilerinde ve bu arada vekalet sözleşmesinde uygulama alanı bulabilir.

Vekil, sorumluluk şartları gerçekleştiğinde, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden vekalet verenin uğradığı zararı tazmin edecektir. Tazminatın şeklini ve miktarını ilke olarak taraflar kararlaştırabilir. Eğer taraflar tazminatın miktarını ve şeklini kararlaştırmamış ise, bunu hakim takdir edecektir (BK.m.98/III'ün yönlendirmesi ile BK.m.43,44)<sup>152</sup>.

Kural olarak zararı aşan tazminat olmaz. Yani, tazminatın kapsamı uğranılan zararlar sınırlıdır. Buna karşın tazminatın miktarı zarar miktarından az olabilir. Çünkü, BK.m.98/II deki atıfa bağlı olarak kıyasen uygulanacak haksız fiil tazminatına ait hükümler uyarınca borçlunun kusur derecesi dikkate alınarak hakim, tazminat miktarını tespit edecektir (BK.m.43). Ayrıca, hakim işin niteliğini dikkate alarak ve "özellikle iş, borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette" tazminat miktarının daha düşük nispette hükmedebilecektir (BK.m.98/I). Nihayet hakim, vekilin de kusuru varsa, buna göre de tazminatı indirebilecektir (BK.m.44)<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> OĞUZMAN, s. 116.

<sup>150</sup> OĞUZMAN, s. 116.

<sup>151</sup> FEYZİOĞLU, s. 144; İNAN, s. 480; OĞUZMAN, s. 116.

<sup>152</sup> İNAN, s. 480; OĞUZMAN, s. 127.

<sup>153</sup> FEYZİOĞLU, s. 144; İNAN, s. 474; OĞUZMAN, s.127.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da, sözleşmeye aykırılık durumunda aynen ifa davası sonucunda mahkemenin verdiği borçlunun söz konusu işi yapmasına ilişkin ilama dayanılarak borcun bir başkası tarafından yapılması durumudur. Gerçektende, BK.m.97'e göre: "Bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği durumda alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir". Yine İİK.m.30 hükmüne göre, bir işin icrasına ait ilamı borçlu icra etmezse ve şayet işi başkasının yapması mümkünse, masrafı borçluya ait olmak üzere işi başkasına yaptırılabilir. Söz konusu hükümler, yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla sağlanması olarak değerlendirmemek gerekir. Aksine, yapma borcunu ifa etmemeden doğan zararın özel bir tarzda tazmini şeklinde anlamak gerekir<sup>154</sup>.

### (c). Sözleşmeden Dönme

Borç ilişkisinde borcun ifa edilmemesi halinde aynen ifa ve tazminat davası yanında alacaklı için BK.m.106 da düzenlenen sözleşmeden dönme imkanının da olduğu kabul edilmiştir<sup>155</sup>. Buna göre alacaklı, edimin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, sözleşmeden dönebilir. BK.m.106 hükmüne göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünde, alacaklının sözleşmeden dönme yetkisi, alacaklı bakımından bir hak olarak ortaya çıkmaktadır<sup>156</sup>.

Dönme, hukuki niteliği gereği yenilik doğuran bir haktır. BK.m.108/II hükmü, dönme sonucu, alacaklı sözleşmenin hükümsüz olması nedeni ile doğan zararların tazminine ilişkin talep hakkını düzenlemiştir. Burada söz konusu olan zarar menfi zarardır<sup>157</sup>.

BK.m.108/I hükmüne göre, alacaklı sözleşmeden dönerse, taahhüt ettiği edimi ifadan kaçınır ve ifa ettiği şeyi geri isteyebilir. Burada sözleşme geçmişe

<sup>154</sup> OĞUZMAN, s.127.

<sup>155</sup> EREN, C.III, s. 199.

<sup>156</sup> TURANBOY s. 92.

<sup>157</sup> TURANBOY s. 93.

etkili olmak üzere sona erer, doğmuş fakat henüz ifa edilmemiş borçlar ortadan kalkar. Bir başka ifade ile sözleşme hiç yapılmamış gibi hükümsüz olur<sup>158</sup>.

Sözleşmeden dönme halinde, ifa edilen edimlere ilişkin olarak verilenlerin iadesini düzenleyen BK.m.108/1 hükmünün nasıl yorumlanması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler vardır.

Tuunçomağ'a göre<sup>159</sup>, sözleşmeden dönmenin hükümleri geçmişe etkilidir. İade borcunun temeli de BK.m.61 de düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmaktadır. Çünkü, burada ifa edilen edimin iadesi, varlığı sona ermiş bir sebebe dayanmaktadır. Şu halde, her iki taraf da zenginleştiği miktarı geri vermek zorundadır. Şayet taraflardan biri sözleşmeye konu borcunu iyiniyetli olarak bir başkasına devretmişse, bu durumda, her borçlu gibi kendi kusuruyla ifası imkansızlaşan edim için bir tazminat ödemekle mükellef tutulacaktır. İfa edilen edimin geri istenmesi bir sebepsiz zenginleşme olacağı için BK.m.66 ya göre 1 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Erem'e göre ise<sup>160</sup>, iade borcunun temeli, sebepsiz zenginleşme, istihkak veya kanuna dayanan bir hak olmayıp, tamamen sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisidir. Buna göre, dönme ile sözleşme ortadan kalkmaz; varlığının sürdürür, sadece muhtevası değişir, hak ve borçlar tersine çevrilir. Bunun sonucu olarak da ifa edilen edim konusu şeyleri alan taraf, bunu tekrar karşı tarafa iade borcu altına girer.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise<sup>161</sup>, sürekli sözleşmelerde dönmenin geleceğe etkili olması gerektiğini öngörmektedir. Sürekli sözleşmelerde dönme anında taraflar edimlerinin bir kısmını ifa etmiş oldukları için, sözleşmeden dönen tarafın, sonraki edimlerini karşı tarafa ifa etmemesi ve daha önce özen borcunun ihlal edilmesi sureti ile kendisine ifadan doğan zararının giderilmesine ilişkin bir yaranı bulunur. Sözleşmeden döndüğünde de elde edemediği edimi geçerli hale getiremeyecektir. Sözleşmeden dönme anına, kadar vekil bir şekilde iş görmüş, vekalet verende eğer ücret sözleşmenin esaslı

<sup>158</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 564; ZIOĞLU, s. 263; TURANBOY, s. 93.

<sup>159</sup> TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s. 564.

<sup>160</sup> EREM, C. III, s. 161.

<sup>161</sup> Bkz., TURANBOY, s. 93-94.

unsuru ise ücret ödemiştir. Bu noktadan itibaren iade borcunun temelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tutmak anlamsız olacaktır; çünkü, özellikle iş görme borçlusu olan vekilin edimini geri alması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle sürekli sözleşmelerde ve bu arada vekalet sözleşmesinde dönmenin geleceğe etkili olması gerekir.

#### **e. Vekalet Sözleşmesinde Özen Borcuna Aykırılığın İspatı**

MK.m.6 hükmüne göre, “Kanun, hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur”. Bu kural gereğince sözleşmeye dayanan sorumlulukta sözleşmeye aykırılığı iddia eden tarafın bu iddiasını ispatlaması gerekir. Ancak, madde hükmünde geçen “Kanun, hilafını emretmedikçe...” deyiminden kanundan kaynaklanan istisnaların olabileceği sonucu da çıkmaktadır. Kanundan kaynaklanan söz konusu istisnalardan birisi BK.m.96/1 hükmünde düzenlenmiştir.

BK.m.96/1 hükmüne göre, “Alacaklı, hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararını tazmine mecburdur”. Madde hükmünde geçen “...borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe...” deyiminden sözleşmeye dayanan sorumlulukta kusurun ispatı bakımından MK.m.6 hükmündeki temel kurala istisna getirilmiş ve kusurun ispatı konusunda ispat yükünü iddia eden (alacaklı) tarafa değil, isnat edilen tarafa yani borçluya yüklemiştir. Buna karşın sözleşmenin ihlali, zarar ve illiyet bağı gibi hususların ispatında herhangi bir düzenleme getirilmemiş dolayısıyla MK.m.6 hükmü gereğince ispat alacaklı üzerinde bırakılmıştır.

Yukandaki yapılan açıklamalara uygun olarak, vekilin sözleşmeyi ihlalinin ve bunun yanında özen borcuna aykırı hareket ettiğinin ispatı, MK.m.6 gereği bunu iddia eden vekalet verene aittir. Bu hüküm gereğince vekalet veren, vekilin mesleğinin kurallarına uygun olmayan bir davranışta bulunduğunu ispatlamakla yetinecektir<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> TANDOĞAN, s. 212; YAVUZ, s. 599; Y.13.HD., 5/2/1991 T., 1990/7902 E., 1991/1070 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 17, S. 5, Mayıs 1991, s. 731; “...Davalının vekalet görevini ifa ederken sadakat ve özen borcunu yerine getirmediğini davacı kanıtlamış davalı ise özen borcunun yerine getirilmemesi yüzünden istenilen sonucun ortaya çıkmadığını, kusuru olmadığını ispat edememiştir...”.

## C. Kusur

Vekilin özen borcuna aykırılıktan dolayı sözleşmeye dayalı bir sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, vekilin kusurlu olması şarttır. Çünkü, bu alanda objektif sorumluluk değil, esas olarak bir kusur sorumluluğu geçerlidir<sup>163</sup>.

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir. Sorumluluk hukukunda esas olarak kurucu nitelik taşıyan kusurun bir objektif ve diğer sübjektif olmak üzere iki yönü vardır. Objektif yön, borçlunun davranışının aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış tipinden sapılması, ona uygun olmaması, başka bir ifade ile, zararı önceden görüp bunu önlemek için gerekli özenin gösterilmemesidir<sup>164</sup>. Sübjektif yön ise, zarara sebebiyet veren davranışın borçluya isnat edilebilmesi ile ilgilidir.

Sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmâl olmak üzere ikiye ayrılır<sup>165</sup>. BK.m.390/1'in BK.m.321/11'ye yaptığı atıf gereğince vekil, kural olarak her türlü

---

Y.13.HD., 5/3/1986 T., 1986/349 E., 1986/1674 K, sayılı kararı için bkz., YTD., C.12, S. 11, Kasım 1986, s. 1666;

"...Esasen hekim, tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında da değildir. Bütün sorun, hekimin 'tıp kural ve gereklerine' uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer hekim, tıp biliminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise artık eylem ve davranışın hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa bile, hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir...", Y.4.HD., 4/10/1980 T., 2175 E., 4735 K. sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 68

Tandoğan'a göre, "vekalet veren sadece başarılı sonucun gerçekleşmediğini ispatlayarak bu külfetini yerine getiremeyecektir; ayrıca vekilin mesleğinin kurallarına uygun olmayan bir davranışta bulunmasının hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre sonucun meydana gelmemesinde etken olduğunu ispatlaması gerekir". Tandoğan'ın bu görüşü vekalet sözleşmesinde vekilin asli ediminin edim sonucu niteliğinde olmayıp edim fiili niteliğinde olması durumu ile çatışmaktadır. Çünkü, vekalet sözleşmesinde vekil bir iş görme borcu altına girmiş olup bir sonuç borcu altına girmemiştir. Dolayısıyla burada vekalet verene düşen sadece vekilin işi görürken özen borcuna aykırı hareket ettiğinin ispatıdır. Vekalet verenin sonucun gerçekleşmediğini ispatlayarak ispat yükünden kurtarılması ve daha sonra ispat yükünün vekil zerinde bırakılması aynı işi özenli bir şekilde gören ancak arzulanan sonuca ulaşamayan bir vekili özenle görmeyen ancak arzulanan sonuca ulaşan vekil karşısında kanuna dayanmayan bir ispat yükü altında bırakır.

<sup>163</sup> "... Bir meslek ve sanat erbabı, meslek ve sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin zorunlu gördüğü tedbirleri ihmâl etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak, muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik, sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafından yapılan ameliyattar beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi, tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur yükletilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz...", Y.13.HD., 14/10/1974 T., 2637 E., 2492 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 67.

<sup>164</sup> EREN, C. II, s 110.

<sup>165</sup> EREN, C. II, s. 110-111; İNAN, s. 270-271; FEYZIOĞLU, s. 478, TEKİNAY, s. 664.

kusurundan, kanunun ifadesi ile; "kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan" sorumludur.

Bir görüşe göre<sup>166</sup>, vekilin sorumluluğunu kusurun pek hafif olması şartıyla ortadan kalkması gerekir. Çünkü, örneğin bir kamyon şoförü gibi, faaliyetleri tehlike yüklü olan bağımlı işçilerin, hafif ihmalleri ile verdikleri zarardan dolayı işverene karşı sorumluluktan kurtulmayı talep hakları varken, bu ayrıcalık hekimlere tanınmaması bir çelişki olmaktadır.

Bir başka görüşe göre ise, BK.m.321'in her türlü kusuru kapsadığına ve bundan "pek hafif kusuru" istisna etmediğine göre, vekilin kusuru pek hafif olsa da sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği görüşündedirler<sup>167</sup>.

Daha doğru olan görüşte bu ikinci görüştür. Gerçekten de kanun koyucu gerek haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen BK.m.41'de, gerekse sözleşmeye dayanan sorumluluğun sonuçlarını düzenleyen genel nitelikteki BK.m.98 de bu istisnayı getirmediği gibi vekilin sözleşmeye aykırı davranması durumunda sorumluluğunu düzenleyen özel nitelikteki BK.m.321'de de bu istisna getirilmemiştir. O halde böyle bir ayırım yapılmasının Türk pozitif hukuku açısından kanuni dayanağı olamaz. Nitekim, Yargıtay'da bir kararında -isabetli olarak- vekili, hafif kusurundan sorumlu tutmuştur<sup>168</sup>. Ancak, hafif kusurun tazminatın kapsamının belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak kabulü (BK.m.43), hak ve adalet ölçülerine uygundur.

Kast, doğrudan doğruya kast ve dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan doğruya kast, vekilin meydana gelen zararlı sonucu istemesi ve kabul etmesi; dolaylı kast ise, vekilin meydana gelen sonucu doğrudan istememekle birlikte onu göze almasıdır<sup>169</sup>. İster doğrudan kast olsun ister dolaylı kast olsun,

<sup>166</sup> DEUTSCH, s. 172.

<sup>167</sup> DONAY,(Dürüstlük), s. 736; AŞÇIOĞLU, s. 88.

<sup>168</sup> "...doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğunun unsuru olarak kabul edilmesine ilişkin..." Y.13.HD., 4/3/1994 T., 1994/8537 E., 1994/2138 K., sayılı karar için bkz., YKD., C.20, S. 8, Ağustos 1994, S. 1288 vd., ayrıca aynı karar için bkz., ÖZKAYA, s. 412.

<sup>169</sup> EREN, C. II, s. 114; İNAN, s. 266-267.

vekalete konusu hukuki işleme ilişkinse bu durumda vekil kasten vekalet verenin zararına iş yaptığı için yapılan hukuki işlem vekalet vereni bağlamaz<sup>170</sup>.

Vekilin özen borcuna aykırılıktan doğan sorumluluğunda kasıtlı davranışlardan çok ihmal şeklindeki davranışlar ağırlık teşkil eder<sup>171</sup>. Bir hekimin kasıtlı davranmasına örnek olarak, sırf yüksek bir tedavi ücreti alabilmek için bilerek ve isteyerek yanlış tedavi uygulaması ve böylece tedavi süresini uzatması; yine aynı amaçla hiç gerekmediği halde hastayı ameliyat etmesi; hasmı olduğu için veya bir başkasının arzusu üzerine hastayı zehirlenmesi gösterilebilir<sup>172</sup>.

İhmal ise, vekilin hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özeni göstermemesidir<sup>173</sup>. Başka bir ifade ile ihmal, aynı şartlar altında, aynı türdeki kişilerin iş hayatında gösterdikleri özenin gösterilmemesi, kısaca özen eksikliğidir<sup>174</sup>. Bu dikkatsizlik, yapmama veya alınması gerekli bir tedbirin alınmaması şeklinde ortaya çıkabilir<sup>175</sup>.

Sorumluluk hukukunda ihmal, ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul bir insanın alması gerekli en basit tedbirin alınmamış olmasıdır<sup>176</sup>. Hafif ihmal ise, ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir<sup>177</sup>. Ancak vekilin hukuki sorumluluğu bakımından ihmalin ağır veya hafif olması arasında hiç bir

<sup>170</sup> "...vekaleten temsil yetkisi kural olarak vekalet verenin yararına kullanılmalıdır. Eğer vekil, vekaletnameye dayalı temsil yetkisini kasten müvekkilin zararına, kendisinin ya da düşünce birliğine girdiği başka birinin (ki somut olayda bu kişi vekilin eşi murisin kızıdır) yararına kullandığı takdirde yapılan işlem temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa bile vekalet vereni bağlamaz. Böyle bir davranışla vekil, vekalet görevini kötüye kullanmakta, bilerek vekil ile sözleşme yapan da hakkını kötüye kullanan kişi durumuna düşmesi hakkında..." Y.1.HD., 16/4/1992 T., 1992/1286 E., 1992/58062 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 18, S. 9, Eylül 1992.

<sup>171</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 102.

<sup>172</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 102.

<sup>173</sup> İNAN, s. 267; FEYZİOĞLU, s. 479, TEKİNAY, s. 667.

<sup>174</sup> EREN, C. II, s. 115; ERTAŞ,Ş, s. 177.

<sup>175</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 102.

<sup>176</sup> EREN, C. II, s. 119; İNAN, s. 268-269; FEYZİOĞLU, s. 480, TEKİNAY, s. 668.

<sup>177</sup> EREN, C. II, s. 119; İNAN, s. 268-269; FEYZİOĞLU, s. 481, TEKİNAY, s. 669.



fark yoktur (BK.m.391/II)<sup>178</sup>. İhmalin ağır veya hafif şeklinde sınıflandırılması, gerek sözleşmeye dayanan sorumlulukta gerekse sözleşme dışı sorumlulukta sadece tazminat miktarının hesaplanmasında önem taşır<sup>179</sup>. Başka bir ifade ile, kusurun şiddeti, sorumluluğu kaldırıp kaldırmamada değil, ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasında etkili olur (BK.m.43/1)<sup>180</sup>.

Özen borcuna aykırılık nedeni ile vekilin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için kusurunun ispatlanması gereklidir<sup>181</sup>. Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz gibi<sup>182</sup>, MK.m.6 gereği ispat yükü iddia sahibine aittir. Ancak söz konusu madde bunun kanundan kaynaklanan istisnalarının da olabileceğini ifade etmiş ve nitekim BK.m.96/II hükmü ile de sözleşmeye dayanan sorumlulukta kusurun ispatı bakımından MK.m.6 hükmündeki temel kurala istisna getirilmiş ve kusurun ispatı konusunda ispat yükünü iddia eden (alacaklı) tarafa değil, isnat edilen tarafa yani borçluya yüklemiştir<sup>183</sup>. Söz konusu hüküm karşısında kusursuzluğun ispatının vekile ait olduğu konusunda tartışmaya gerek yoktur. Ancak, vekilin kusursuzluğunu nasıl ispat edeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Olgaç, sorumluluktan kurtarıcı olan kusursuzluğu ispat yükünün borçluya (vekalet sözleşmesinde vekile) ait olduğunu belirten BK.m.96 hükmündeki kaidenin sertliğinin özellikle de mesleki uzmanlık gerektiren vekaletlerde, vekil lehine yumuşatılması gerektiğini savunuyor<sup>184</sup>. Yazara göre, zarar gören kişi, yalnız görülen iş ile uğranılan zarar arasındaki uygun illiyet bağıntı ispat etmekle yetinmemeli, bundan başka vekilin gördüğü işteki kusurunu da ispat etmesi

<sup>178</sup> Y.13.HD., 14/03/1983 T., 1982/7237 E., 1983/1783 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 9, S. 7., s. 1038.

<sup>179</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 103.

<sup>180</sup> FEYZİOĞLU, s. 478.

<sup>181</sup> OLGAÇ, C. 3, s. 124; ÖZSUNAY, s. 56; "...hal böyle olunca, mahkemece uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yaptırılmalı, davalının kendisine duyulan güvene uygun olarak ve müvekkili davacının menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde koruyup korumadığının, özen ve sadakat borcunun ifasında kendisine atfı mümkün bir kusurun bulunup bulunmadığının ispat edilmesi hakkında..." Y.13.HD., 5/2/1991 T., 1990/7902 E., 1991/1070 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 17, S. 5, Mayıs 1991, s. 731.

<sup>182</sup> Bkz., Üçüncü Bölüm, I-B-2-e.

<sup>183</sup> İsviçre mahkeme kararlarının aksine olarak Alman yargı içtihatları, hekimin faaliyeti bakımından ispat yükünün kendiliğinden ters çevrilmesine karşı çıkıyor., bkz., DEUTSCH, s. 173.

<sup>184</sup> OLGAÇ, C. 3, s. 124, Aynı yönde AŞÇIOĞLU, s. 120.

gerekir<sup>185</sup>. Ancak kusurun varlığını genel olarak gösteren bir olay vekalet veren tarafından ispat edilmişse<sup>186</sup>, bu gibi durumlarda kusur genel olarak kanıtlanmış kabul edilmeli ve bu gibi özel olaylarda kusurun olmadığını ispat etmek yükü vekile ait olmalıdır.

Yazarın "...zarar gören kişi, yalnız görülen iş ile uğranılan zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmekle yetinmemeli, bundan başka vekilin gördüğü işteki kusurunu da ispat etmesi gerekir..." şeklindeki görüşü, BK.m.96/l hükmü karşısında bir anlam ifade edemez. Kaldı ki, Özsunay'ın da haklı olarak belirttiği üzere<sup>187</sup>, özellikle mesleki uzmanlığı gerektiren işlerde ilgili ile ilgili vekalet sözleşmelerinde vekalet verenin bu borcun yerine getirildiğini kolayca ispat edebilecek durumda olmayacağı gibi, mesleğinin inceliklerini ve özelliklerini, kendisine iş gördüren kişiye göre çok çok daha iyi bilen vekilin kusurunun olup olmadığını ispatı da kendisi tarafından daha kolay bir şekilde yapılabilecektir. Bu nedenle vekilin kusurunun olmadığına ilişkin vekil lehine ispat kolaylaştırmalarına gitmek bize göre doğru değildir. Nitekim, Yargıtay 13.Hukuk dairesi de vekalet görevinin "usulü dairesinde" ifa edilmediği gerekçesiyle açılan bir davada davacı (vekalet veren)'nin davalı (vekil)in vekalet görevini ifa ederken sadakat ve özen borcunu yerine getirmemiş olduğunu kanıtlamasını davacı açısından yeterli bulmuş; ancak, davalının bunda kusuru olmadığını ispatlayamamasını gerekçe göstererek davacı lehine kararı bozmuştur<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> OLGAÇ, C. 3, s. 124.

<sup>186</sup> Örneğin, ışınla yapılan tedaviden ileri gelen yanıkların; iğne gibi basit bir müdahale sonucu beden bütünlüğü bozukluklarının ortaya çıkması; yasal olmayan kürtaj sonunda ölümün meydana gelmesi gibi durumlarda...

<sup>187</sup> ÖZSUNAY, s. 56.

<sup>188</sup> Y.13.HD., 17/4/1986 T., 1986/1770 E., 1986/2340 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.XIII, S.4, Nisan 1987, s. 578-579; YHGK., 28/06/1978 T., 1976/3596 E., 1978/696 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C. 4, S. 9, Y., 1978, s. 1441; Aynı şekilde Y.HGK.da önüne gelen bir uyuşmazlıkta "...davalı doktor ile müteveffa arasındaki kürtaj yapılması konusunda akdi bir bağ doğduğuna göre BK.m.96 hükmü karşısında davalı doktor kendine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini kanıtlamadıkça, yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur..." şeklinde karar vererek daire kararı doğrultusunda görüş bildirmiştir., Y.HGK., 28/6/1978 T., 976/4-3539 E., 969 K. sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 121.

## D. Zarar

Sorumluluğun esaslı bir unsuru zarardır. Vekilin sözleşmeye dayanan sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için de, sözleşmenin varlığı, sözleşmeye aykırılık ve kusur şartlarının yanında, bir zararın meydana gelmesine ihtiyaç vardır. Özen borcuna aykırılıktan dolayı bir zarar meydana gelmemiş ise, artık vekilin sorumluluğu yoluna gidilemez<sup>189</sup>.

Zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Bir kimsenin malvarlığının zarar verici fiilin gerçekleşmesinden önceki hali ile zarar verici fiil hiç gerçekleşmesinden sonraki durumu arasındaki farka maddi zarar adı verilir<sup>190</sup>. Maddi zarar, malvarlığının fiili azalması şeklinde olabileceği gibi, kardan mahrumiyet ve kazanç kaybı şeklinde de olabilir<sup>191</sup>. Manevi zarar ise, hukuka aykırı bir saldırıya maruz kalan kişinin bu saldırı nedeniyle hissettiği acı ve ızdıraplarla, yaşama sevincinin azalmasını ifade eder<sup>192</sup>. Manevi zararlar daha çok kişinin kişilik değerleri ile ilgilidir.

Vekilin özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, maddi ya da manevi zararın varlığı ispat edilmelidir. Bu konuda ispat yükü vekalet veren üzerindedir (MK.m.6)<sup>193</sup>. Çünkü, gerek haksız fiile gerek sözleşme sorumluluğuna dayanan taleplerde zararı ve bunun iddia edilen tutarda olduğunu ispat yükü; ispatsızlık durumunda, talebini elde edemeyecek olan alacaklıya düşer<sup>194</sup>.

<sup>189</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 109.

<sup>190</sup> TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 63.

<sup>191</sup> Örneğin bir hekimin özen borcuna aykırı davranışı nedeni ile zarara uğrayan bir hastanın ikinci bir ameliyata ihtiyaç duyması ve ikinci ameliyat için ödemek mecburiyetinde olacağı masraflar malvarlığının fiilen azalmasına; yine bir hekimin özen borcuna aykırı davranışı nedeni ile yüzünde sabit bir yara izi kalan sinema sanatçısının yeni film sözleşmeleri yapma şansını kaybetmesi, kardan mahrumiyete örnek gösterilebilir., bkz., AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 110.

<sup>192</sup> İNAN, s. 275; FEYZİOĞLU, s. 473; TEKİNAY, s. 876.

<sup>193</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 110.

<sup>194</sup> UMAR/YILMAZ, s. 104; Sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesi üzerine vekalet veren, işi bir başkasına gördürmek zorunda kalmış ve daha yüksek bir bedel ödemiş olup da, şimdi bu farkın ödenmesini dava ediyorsa, gerek ortaya çıktığını iddia ettiği bu başka kişiye gördürme olayını, gerek gördürdüğü işin fiyatını ispat yükü altındadır. Bu işlemlerde vekalet verenin kötüniyetli davrandığı, yani aynı işi daha ucuza gördürebileceği olayı bir itiraz nedenidir ve sözü edilen olay için ispat yükü vekil üzerindedir., bkz., UMAR/YILMAZ, s. 104.

Vekalet verenin zararı ispat etmesinin çok zor olduğu durumlarda "ilk görünüş ispatı"nın yeterli olacağı yani vekalet verenin normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceğini kanaat verici bir şekilde ortaya koymasının yeterli olacağı kabul edilmelidir<sup>195</sup>.

## E. İlliyet Bağı

Vekilin özen borcuna aykırılık nedeni ile sözleşmeye bağlı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için gerekli son şart, özen borcunun ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır. Başka bir ifade ile zarar, vekilin özen borcuna aykırı davranışından meydana gelmiş olmalıdır<sup>196</sup>. Buna karşılık sözleşmeye aykırılık hayatın normal akışına göre söz konusu zararı doğurmaya elverişli değilse, artık vekil özen borcuna aykırılıktan dolayı sorumlu tutulamaz<sup>197</sup>.

<sup>195</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 110; Bir olayın, hayat tecrübelerine göre, aksinin muhtemel olduğu iddia edilmediği sürece var olduğu kabul edilebilir. Özellikle hakkında delil olmayan, ispat güçlüğü bulunan bir olay, ilk görünüş ispatı yardımı ile ispatlanmış sayılmaktadır., bkz., YILDIRIM, M.K., s. 124;" BK.nun 390.maddesine göre vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. O halde davalı (vekil), taşınmazın rayiç değer üzerinden satmak zorundadır. Davacı (vekalet veren) aslında bu taşınmazın 160.000 lira olarak gösterildiğini ileri sürmüş, davalı ise taşınmazın 60.000 lira üzerinden satışına davacının muvafakat ettiğini savunmuştur...vekil vekillik verene karşı vekilliği iyi bir biçimde yerine getirmekle yükümlüdür. Davacı (vekalet vereni), taşınmazın yüksek değerde olduğunu davalının satış parasını tapuda az gösterdiğini öne sürdüğüne, davalı da (vekil), davacının o tutara satılmasını izin verdiğini savunduğuna göre davalıya (vekile) savunması kanıtlattırılmalıdır..." hakkında Y.13.HD., 1978/4874 E., 1978/5034 K., sayılı kararı için bkz., YKD., C.V, S. 9, Eylül, 1979, s. 1328-1329.

<sup>196</sup> "...Davada, davalı doktorun, yaralının getirilmesi üzerine, kurşun yarasını hastahaneye gelip incelediği ve temizleyip sarmakla yetindiği sabittir. Sonradan yaralının durumu gece ağırlaşmış nöbetçi doktor tarafından da durum davalıya bildirilmemiş ve ertesi günü davalının ağırlaşmayı görerek operasyon yaptığı sırada yaralı ölmüştür. Şayet davalı kurşunu derhal arayıp bulmuş ve kan kaybından hastanın ağırlaşmasından önce operasyonla veya diğer yollarla mevcut imkanlarla yaralının kurtulmasını sağlayacak idi ise, zararlı eylem arasında uygun ilişki var sayılır; aksi halde, davanın reddi gerekir..." Y.4.HD., 2/3/1965 T., 14685 E., 1160 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 95; "...Davada davalıya yükletilen haksız eylem ameliyatın, tıp ve fen kurallarına aykırı olarak yapılmış olmasıdır. Bu ilk ameliyat kusurlu yapılmış ise, nedenleri ve zararlı sonuç bu ameliyattan doğmuş ise keza bunun da nedenleri mahkemece açık olarak bilinmek ve karar yerinde belirtmek gerekir. davalının ilk ameliyatta uru kılıfı ile birlikte alması gerekip gerekmediği, gerektiğinde veya gerekmediğinde nedenleri, ilk ameliyattan ikinci ameliyat teklifine kadar geçen sürenin zararlı sonuca ne dereceye kadar etkisi olduğu, ilk ameliyatın biran için kusurlu olduğu kabul edilip ikinci ameliyat lüzum hasil olduğunda ikincisinin mutlakalsveç'te gerekip gerekmeyeceği incelenmeli, sonunda davalının eylemiyle zararlı sonuç arasında gerçek bir bağ varsa bu açık ve kesin olarak belirtilmelidir..." hakkında Y. 4.HD., 17/10 1964 T., 6459/4925 K., sayılı kararı için bkz., AŞÇIOĞLU, s. 95.

<sup>197</sup> Örneğin bir hekimin telefonla yaptığı görüşmede muayane saati verdiği hastanın yolda otobobil ile gelirken geçirdiği bir trafik kazası neticesinde ölümü ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı yoktur., bkz., AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 110; REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 9.

İlliyet bağının kesilmesi durumunda vekilin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. İlliyet bağı kesen sebepler; mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve bizzat mağdurun kusuru olmak üzere üç tanedir.

Mücbir sebepte, insanın egemenlik alanı dışındaki bir olay hekimin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağı kesmekte ve zarara tek başına neden olmaktadır<sup>198</sup>.

Üçüncü şahsın kusurunda ise, üçüncü şahsın davranışının zararlı sonuç üzerindeki etkisi, zararlı sonucun uygun sebebi sayılmasına yetecek kadar şiddetlidir<sup>199</sup>.

Mağdurun kendi ağır kusurunda ise, meydana gelen zararlı sonucu hastanın kendi davranışı yol açmaktadır.

Özen borcuna aykırılık ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının ispatı vekalet verene aittir (MK.m.6)<sup>200</sup>. Ancak, bu illiyet bağı ispatlamanın zor olduğu durumlarda vekalet verenin "ilk görünüş ispatı"nı ispatlamasının yeterli olacağı kabul olunmalıdır<sup>201</sup>. Bu nedenle vekalet verenin kesin mutlak bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması yeterli olmalıdır. Dolayısıyla, vekalet verenin olayların olağan akışına göre vekilin davranışının böyle bir sonucu yaratmaya elverişli olduğunu ispatlaması yeterli olacaktır.

## § II. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

### A. Vekilin Kendi Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması

BK.m.99/I, "Hile ve ağır kusur halinde duçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen tazammun edecek her şart, batıldır." hükmünü getirmiştir. Bu hükümden iki sonuç çıkmaktadır. İlki, kasıt ve ağır ihmali ortadan kaldıran hiç bir şartın sözleşmeye konulamayacağı; hükmün mefhumu muhalifinden (karşıt

<sup>198</sup> Örneğin bir diş hekimi tarafından tedavi edilmekte olan hasta, o anda meydana gelen deprem nedeni ile yıkılan binanın altında kalarak ölmesi durumunda illiyet bağı kesilmektedir., bkz., AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 111.

<sup>199</sup> Örneğin bir eczacının hekimin reçetede yazdığı ilaçtan farklı bir ilacı hastaya vermesi ve bu nedenle de tedavi süresinin uzaması üçüncü şahsın kusuruna örnek teşkil eder., bkz., AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 111.

<sup>200</sup> REİSOĞLU, (Sorumluluk), s. 9; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 111.

<sup>201</sup> AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 111.

anlamından) çıkan ikinci sonuç ise, borçlu olan tarafın "edimin ifası aşamasında hafif kusurundan sorumlu olmayacağı şeklindeki" bir kaydı sözleşmeye koyabileceğidir.

Diğer sözleşmeler için varılan bu sonuçlardan ilkinin yani kasıt ve ağır ihmal durumunda ortaya çıkan zararlı sonuçtan borçlunun sorumlu olmayacağı şeklindeki kaydın vekalet sözleşmesine de konulamayacağı tartışmasız kabul edilmektedir. Ancak, ikinci sonucun yani, borçlunun edimin ifası aşamasında hafif kusurundan sorumlu olmayacağı şeklindeki" bir kaydı vekalet sözleşmesine koyup koymayacağı hususunda farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre, hafif ihmalden sorumlu olmayacağı yönünde vekilin sözleşmeye bir hüküm koyabilmesi gerekir<sup>202</sup>. Bununla birlikte, vekilin faaliyeti BK.m.99/II'nin kapsamına girdiği yani "mes'uliyetin hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasına tevellüt ettiği" durumlarda hakim bu şartı geçersiz sayabilir. Bu anlamda hekimin hafif ihmalden sorumlu olmayacağı şeklindeki bir sorumsuzluk kaydını sözleşmeye koyabilmesi gerekir. Ancak bu şarta, tarafların tamamen serbest iradeleri ile hareket ettiği durumlarda geçerlilik tanınmalıdır. Buna karşın vekilin (Örneğin bir hekim veya bir avukat) söz konusu yerde tekel ise ve bundan istifade ederek sözleşmeye böyle bir kayıt koymuş ise böyle bir kaydın geçerli olmaması gerekir. Çünkü, BK.m.99/II hükmünün amacı zayıfların korunmasıdır.

Bir diğer görüşe göre ise, hafif ihmalden sorumlu olunmayacağı şeklindeki bir şartın vekalet sözleşmesine konuluna maması gerekir<sup>203</sup>. Çünkü, özenle ifa, vekalet sözleşmesinin esaslı unsurları arasında yer alır. Özellikle alanlarında uzman olan vekillerin gördükleri işte vekalet verenin kendilerinden beklediği şekilde oldukça titiz bir şekilde hareket etmeleri gerekir. Bu şekilde özen göstermeyen vekilin BK.m.394/II'deki ifade ile vekaleti "usulü dairesinde ifa" etmemiş sayılması gerekir<sup>204</sup>.

<sup>202</sup> Görüş sahipleri için bkz., AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 119.

<sup>203</sup> TANDOĞAN, s., 213; AKMAN, (Sorumsuzluk), s. 64; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 120; AŞÇIOĞLU, s. 110-111.

<sup>204</sup> TANDOĞAN, s., 213; MÜDERRİSOĞLU, s. 61.

Vekalet sözleşmesindeki güven unsurunun yoğunluğu dikkate alındığında vekilin hafif ihmalden sorumlu olmayacağı şeklindeki bir şartın vekaletin niteliği ile örtüşmeyeceği ortaya çıkar. Gerçekten de vekalet veren vekil ile sözleşme yaparken onun her türlü özeni göstereceği düşüncesiyle hareket etmektedir. Bir avukatın, bir hekimin veya bir bankanın kendilerine güvenen hastaya veya müvekkile ya da müşteriye hafif kusurundan sorumlu olmayacağı şeklindeki bir şartı sözleşmeye koyması, kendisine beslenen güveni ortadan kaldırarak niteliktedir. Bu nedenle özellikle uzmanlık gerektiren meslekleri yürüten vekillerin gördükleri işlerde hafif kusurlarından dolayı sorumlu olmayacakları şeklindeki şartların BK.m.99/II hükmü gereği "hükümet tarafından verilen bir sanatın icrası" anlamında değerlendirilmeli ve hakim tarafından geçersiz sayılmalıdır<sup>205</sup>.

## **B. Yardımcı Kişinin Kusuruna İlişkin Sorumsuzluk Anlaşması**

BK.m.100/II hükmü, borçlunun, yardımcı şahısların her çeşit kusurundan dolayı alacaklıya karşı sorumlu olmayacağı yomunda anlaşma yapılabilir<sup>206</sup>. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, kanunun ifadesi ile "mes'uliyet hükümet tarafından imtiyaz sureti ile verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa" yapılan anlaşma ancak hafif kusurdan kaynaklanan sorumluluğu ortadan kaldıracaktır.

Vekilin kendi kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşması bahsinde değindiğimiz gibi,<sup>207</sup> doktrinde hakim olan görüş, vekaletin içeriği ve bu sözleşmedeki güven unsurunun yoğunluğu gibi nedenlerle özellikle mesleki uzmanlığı gerektiren vekaletlerde vekilin sorumluluğunun önceden yapılan bir anlaşma ile sınırlanamayacağı görüşündedir<sup>208</sup>. Menfaatler dengesine uygun olan yorum da bunu gerektirir. Çünkü, yardımcı şahsın fiili, sanki vekilin kendi fiiliymiş gibi kabul edilir. Bu nedenle yapılan anlaşma hafif ihmale ilişkin olsa bile, vekalet sözleşmelerinde, sorumluluğu kaldıran anlaşmalar geçersiz sayılmalıdır.

<sup>205</sup> TANDOĞAN, s., 214; AKMAN, (Sorumluluk), s. 64 vd.

<sup>206</sup> TANDOĞAN, s., 213; FEYZİOĞLU, (Özel Bölüm), s. 217; AKMAN, (Sorumluluk), s. 75; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 120.

<sup>207</sup> Bkz., bir önceki başlık.

<sup>208</sup> TANDOĞAN, s., 213; AKMAN, (Sorumluluk), s. 64; AYAN, (Tıbbi Müdahale), s. 120.

## SONUÇ

Borçlar Kanunumuzun 386-398'inci maddeleri arasında düzenlenen vekalet sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir.

Vekalet, öyle bir sözleşmedir ki, vekile vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler.

Vekalet sözleşmesinin içeriği, sözleşme için getirilen kanuni düzenlemede kesin sınırlarıyla belirli değildir. İçeriğin kesin sınırlar halinde kanunen belirlenmemesi, vekalet sözleşmesinin kullanım alanını genişletmekte ve başka sözleşmeler için de, vekalet sözleşmesine ait hükümlerin uygulanmasını mümkün hale getirmektedir. Bu karşılığın temelinde de BK.m.386/II bulunmaktadır. Çünkü, BK.m.386/II'ye göre bir eser, hizmet ya da vekalet sözleşmesinin özel bir tipi (komisyon, tellallık gibi) ve kanunda düzenlenmemiş bir iş görme edimi nitelikli sözleşme, vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

BK.m.386/I hükmü, bağımsız bir sözleşme olarak vekaletin unsurlarını belirtmiş ve bu unsurları taşıyan sözleşmelere vekalet hükümlerinin asli hükümler olarak uygulanacağını ifade etmiştir. BK.m.386/II hükmü ise, iş görme sözleşmeleri açısından ikincil nitelikte hükümlerdir ve bu yönüyle bu hüküm, isimsiz iş görme sözleşmeleri yapılabilmesi olanağını ortadan kaldırmamakta; ancak, isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerin nasıl elde edileceğini özel olarak düzenlemektedir.

BK.m.386/II'nin bu şekildeki yorumu ile hem isimsiz iş görme sözleşmelerine uygulanması gereken kuralların ne olması gerektiği tespit edilmiş olur, hem de tarafların istedikleri tipte sözleşme yapma özgürlüklerine bir hanel getirilmemiş olur.

BK.m.390/II'ye göre: "vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile mükelleftir". Bu hükümde geçen "iyi bir surette ifa" deyimini "sadakat ve özenle ifa" şeklinde anlamak gerekir.



Türk özel hukuk sisteminde özen borcu, ya iş görme niteliğindeki sözleşmelerde sözleşmeye bağlı bir yükümlülüktür ya da kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk hallerinde, sorumluluktan kurtulmak için yapılması gereken davranışın tespitinde esas alınan temel bir ölçüttür.

Kanunlarımızda kelime olarak tanımlanmayan özen, sözleşmelerde de ancak asıl borç ilişkisiyle beraber bir anlam ifade etmektedir. Başka bir ifade ile, sözleşmeye bağlı bir borç olarak, sözleşmenin içeriğinde bulunan taraf edimlerinden birini ifade etmektedir. Bu nedenle de her bir iş görme sözleşmesi için farklı şekilde anlamlandırmak gerekir.

Vekalet sözleşmesi bakımından özen borcu, vekilin, iş görme ile hedeflenen sonucun başarılı olması için yaşam deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre, gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması olarak tarif edilebilir.

Vekilin özen borcu, konusu bakımından olumlu-şahsi edim niteliğinde, ifa süresine göre ise sürekli edim niteliğindedir. Vekilin özen borcunun bölünebilir olup olmadığına göre hukuki nitelendirilmesini yaptığımızda bölünemeyen edimler gurubunda yer aldığını görürüz.

Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin yararına olan davranışları yapma buna karşın zararına olan işlerden kaçınma yükümü altındadır. Vekil, gördüğü işte özenli davranmış olması şartıyla arzulanan sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Bu bağlamda vekilin özen borcu edim fiili niteliğinde bir borçtur.

Vekalet sözleşmesinde "işin görülmesi" edimi ile "özen gösterme" edimi arasında nitelik olarak bir aslilik talilik durumu olmayıp bir eşitlik ve ayrılamaz ölçüde bir bağlılık vardır. Her ikisinin de birbirine göre taliliği değil tâbiliği mevzu bahisdir. Başka bir ifade ile, asli edim bu ikisinin eşit oranlarda birlikteliğinden meydana gelir. Dolayısıyla, vekilin özen borcu, iş görme borcu yanında yer alan özenli davranışa ilişkin asli edim yükümünü ifade eden bir borçtur.

Vekilin özen borcu asli edim borcu olmakla birlikte, bunu, genel olarak yan yüküm olarak ifade edilen bazı borçların hiç bir şekilde vekilin asli edim

borcu olan özen borcuna konu olamayacağı şeklinde anlamamak gerekir. Dolayısıyla özen borcu, salt asli edim yükümü niteliğindeki yapma edimlerine bağlı olarak tanımlanamaz. Bir başka ifade ile, aslında bir yan yüküm olarak değerlendirilen bazı borçlar (örneğin aydınlatma borcu, bilgi verme borcu, sadakat borcu) değişik vekalet ilişkilerinde vekilin asli edim niteliğindeki özen borcu olarak karşımıza çıkabilir.

Vekilin işi özenle yapma borcundan doğan sözleşmeye bağlı sorumluluğu BK.m.390 da düzenlenmiştir. BK.m.390/I, vekilin özen borcunun sınırını ve kapsamını, "genel olarak" hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabi tutmuştur. İşçinin özen borcu, BK.m.321'de "ihtimam mecburiyeti" kenar başlığı altında düzenlenmiştir.

BK.m.321'deki özen anlayışını tek bir kalıp olarak değil de somut olayın özelliklerine göre ağırlığı artan yahut azalan bir özen anlayışı olarak nitelendirerek somut olayın özelliklerine göre derecelendirilmiş bir özen anlayışını kabul etmek gerekir.

BK.m.321'III'e göre, özenle ifanın birinci derecede kapsamı sözleşme hükümlerine, ikinci derecede kapsamı ise aynı maddesin son cümlesinde yazılmış bulunan diğer unsurlara göre belirlenir. BK.m.321/III'in son cümlesi, biri objektif diğeri sübjektif karakterli iki unsur belirlemiştir.

Sübjektif kıstasta, vekilin vekalet veren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğeri nitelikleri hesaba katılır. Belirli bir konu hakkında bilgi derecesi yüksek olan bir şahsın göstereceği özenle daha az bilgili bir şahsın göstereceği özen aynı değildir. İlkinin daha yüksek bir özen göstermesi gerekir.

Objektif kıstas ise, yapılması gereken işin nevi ve ağırlığı için gerekli olan meslek bilgisinde kendisini gösterir. Vekil genellikle bilinen ve kabul edilen meslek kurallarını bilmezse ve bundan vekalet veren bir zarar görürse bundan sorumlu olur. Meslek sahibi olan vekiller, kendi mesleklerinden beklenen özen ve bilgiden sorumludur. Vekil, dikkatli ve basiretli bir vekilin aynı şartlar altında yapacağı davranış tarzına uygun surette dikkat ve özen göstermelidir.

Vekaletteki güven unsuru, vekilin kişiliğinin taşıdığı önem, özellikle resmi bir sınav sonucu alınan belgelere dayanılarak icra edilen ve uzmanlığı gerektiren

işlerin görülmesinde, sübjektif kıstasa dayanma imkanını hemen hemen ortadan kaldırmaktadır. Çünkü, devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı şartların, özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla meslek sahibi olan uzman vekiller, bilgi ve yeteneklerindeki vekalet verence farkına varılması gerekli eksiklikleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar.

BK.m.390/I in karşılığı olan İsv.BK.m.398/I'in Almanca metnindeki ifade göz önünde tutulursa, işçinin sorumluluğuna olan atfın sadece gösterilecek özenen derecesi bakımından olduğu açıkça anlaşılır. Diğer bakımlardan vekilin sorumluluğu, işçinin sorumluluğundan farklı ve vekaletin niteliğine uygun esaslara tabidir.

Vekilin özen borcu, sözleşme görüşmeleri safhasında başlar ve işin görülmesinin tamamlanması ile de bitmeyebilir. Vekalet sözleşmesinde borçlunun sorumluluğunun sonuca yönelik değil de gösterilen özene göre belirlenmesi, özen borcunun kapsamının her somut olayda farklılık göstermesi sonucunu doğurur.

Vekil sadakat borcu gereği olarak, vekalet verenin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek davranışlardan ise kaçınmak yükümü altındadır.

Vekalet verenin işin görülmesi tarzı hakkında talimat vermediği ya da verme imkanının olmadığı durumlarda, vekilin nasıl hareket etmesi gerektiği onun sadakat ve özen borçlarından çıkarılabilir.

Vekil, vekaletin özenle yerine getirilmesi için lüzumlu olan veya olabilecek bütün sırları saklamak ve vekalet verenin yararına olan veya olabilecek sırları da açıklamak borcu altındadır.

BK.m.391/I hükmü gereğince vekil, hukuken uygun olmayan bir şekilde bir başkasına vekalet vermişse bu durumda kendi yerini alan kimsenin davranışında kendisi bulunsaydı, bu davranış özen borcuna aykırı sayılacak idiye ondan sorumlu olur.

BK.m.392/II hükmü gereğince vekil, hukuken uygun olan ikamede, ancak yerine gerekli nitelikleri taşıyan bir kimseyi koymadığı veya ona eksik veya yanlış talimat verdiği durumda kendisine düşen özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş sayılır.

Vekalet veren ile vekil arasında vekilin sorumluluğuna esas teşkil etme bakımından üç ayrı hukuki sorumluluk türü yani, "sözleşmeye dayanan sorumluluk", "vekaletsiz iş görmeye dayanan sorumluluk (hukuki sorumluluk)" ve "haksız fiili sorumluluğu (sözleşme dışı sorumluluk)" söz konusu olabilir.

Sözleşmeye dayanan sorumluluğun şartları beş tanedir. Bunlar; "sözleşme", "sözleşmenin ihlali", "zarar", "zarar ile sözleşmenin ihlali arasında illiyet bağı" ve "kusur" dur. Sözleşmeye dayalı sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için gerekli olan genel nitelikteki bu şartlar, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan sözleşmeye dayalı sorumluluğunun gerçekleşmesi için de gereklidir.

Vekilin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için borca aykırı hareket etmesi gerekir. Vekil, özen borcunu gerektiği gibi ifa etme ve söz konusu borca aykırı hareket etmeme -kanunun ifadesiyle iyi bir surette ifa etme (BK.m.390/II)- yükümü altındadır.

BK.m.390/II hükmü, bir taraftan vekilin özen borcunun kanuni dayanağı durumunda, diğer taraftan da vekilin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışından dolayı sorumluluğunun esaslarını ortaya koymaktadır.

Özen ve sadakat borcuna aykırılık, vekilin sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ve gereği gibi ifa etmeme şeklinde olabilir. Dolayısıyla BK.m.390/II hükmünü, BK.m.96 da ifade edilen borca aykırılık durumlarını kapsayacak şekilde anlamak gerekir.

Borç muaccel olduğu zaman, onun ifasının vekile yüklenilebilen bir sebep, özellikle de kendi kusuru nedeni ile vekil için devamlı ve kesin olarak imkansız bir duruma girmiş olması, özen borca aykırılık hallerinin en başta gelen şeklidir (BK.m.390/II ve BK.m.96).

Vekilin özen borcuna ilişkin asli edimi, "edim sonucu" niteliğinde olmayıp "edim fiili (=edim eylemi)" niteliğindedir. Dolayısıyla, vekalet sözleşmesindeki ifa imkansızlığını edim sonucuna ilişkin ifa imkansızlığı ile aynı şekilde değerlendirmemek gerekir. Vekalet sözleşmesinde edim fiiline (özen borcuna) ilişkin imkansızlığı edim fiilinin gerçekleşmesinin imkansız olması durumları ile açıklamak gerekir. Vekalet sözleşmesindeki edim fiili niteliğindeki özen borcunun imkansızlaşması ise, vekaletin ifasının edim dışındaki yollardan gerçekleşmesi

veya vekaletin amacının ortadan kalkması yahut da vekalet sözleşmesi ile arzu edilen sonucun sözleşmede kararlaştırılan tarihe kadar gerçekleşmeyeceğinin pek açık olması hallerinde olabilir.

Vekalet sözleşmesindeki güven unsurunun yoğunluğu nedeni ile vekilin şahsının ön plana çıkmaktadır. Vekilin gördüğü işte şahsının önemli olması, imkansızlık kavramının objektif karakterli olması yani herkes için kesin ve sürekli olarak ifa engeli oluşturması zorunluluğunun da bir istisnasını oluşturmaktadır. Çünkü, borçlunun yükümlendiği şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerin borçlunun sadece kendisi için imkansızlaşması durumu, yani sübjektif imkansızlık hali, sonuçları itibariyle hakim görüş tarafından objektif imkansızlığa ilişkin hükümlere tabi tutulmaktadır. Bu nedenle vekilin şahsının önem kazandığı vekalet sözleşmelerinde vekilin güçsüzlüğü durumunu, objektif imkansızlık olarak değerlendirmek gerekir.

Özensizlik yoluyla "hiç ifa edilmeyen" özen borcunun, sonraki ifası vekalet sözleşmesinde kural olarak mümkün değildir. Çünkü, özensizlik yoluyla hiç ifa edilmeyen özen borcunun sonraki ifası -vekalet verende meydana gelen zarar hiç bir şekilde telafi edemeyeceği için- borç imkansızlaşmıştır. Buna bağlı olarak da sonraki imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerekir.

Vekalet sözleşmesine konu olan iş görme, ancak kararlaştırılan vadede yapılabilir ve söz konusu vadede yapılmaz ise, vekilin özen borcuna dayalı iş görme borcu imkansızlaşır. Çünkü, iş görme edimi niteliğindeki sözleşmelerde iş görenin, taahhüt ettiği işi görmemesi durumunda, yapma borcu olarak işin görülmesine ilişkin bir ifa davası açılmaz.

Vekil için gereği gibi olmayan ifa, bir taraftan vekilin vekaleti bizzat asli edim yükümü ve yan edim yükümlerini borçlandığı edime uygun olarak yerine getirilmemesinden ibaret olduğu gibi (kötü ifa), aynı zamanda sözleşmenin amacından çıkarılan başta sadakat yükümü olmak üzere yan yükümlerin veya koruma yükümlerinin ihlalinden de ibaret olabilir (BK.m.390/II ve BK.m.96).

Vekalet sözleşmesinde kötü ifa ile özensiz iş görmeyi yani hiç özen gösterilmeme durumunu birbirine karıştırmamak gerekir. Çünkü, özensiz iş görmede, vekilin asli edim borcu olan özen borcunun hiç bir şekilde ifa edilmemesi durumu mevzubahistir. Dolayısıyla, özensiz bir iş görme vekalet

sözleşmesinde bir ifa olarak nitelendirilemez. Kötü ifada ise, vekalet sözleşmesine konu olan iş görmenin gereği gibi ifası söz konusu değildir; ancak bu gereği gibi ifa etmeme, işin özensiz görülmesi yani hiç özen gösterilmemesi durumuna da erişmemiştir.

Vekalet sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği ve taraflar arasında mevcut olan yoğun güven ilişkisi, vekalet sözleşmesinde yan yükümlerin ihlalini, diğer sözleşmelere nazaran daha çok ön plana çıkarmaktadır. Bu nedenle bu kanun koyucu BK.m.390/II'de aslında bir yan yüküm olan sadakat borcunu vekilin asli edim borcu olan özen borcu ile birlikte ifade etme gereği duymuştur.

Vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesi durumunda aynen ifa davası açma yoluna gitmek çok sınırlı durumlarda mümkün olabilecektir. Çünkü, aynen ifa davasının şartlarından birisi ifanın mümkün olmasıdır. Vekalet sözleşmesinde ise, vekilin özen borcuna aykırı hareket etmesi durumunda -mahkemeden aynen ifaya ilişkin bir ilam alındığını düşünsek bile bu ilam vekili söz konusu işi her halükarda görmeye mahkum eden bir ilam niteliğinde olmayacağı için- vekalet sözleşmesi bakımından aynen ifa davası yoluna gitmek çok sınırlı durumlar için mümkün olabilecektir.

Vekil, sorumluluk şartları gerçekleştiğinde, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden vekalet verenin uğradığı zararı tazmin edecektir. Tazminatın şeklini ve miktarını ilke olarak taraflar kararlaştırabilir. Eğer taraflar tazminatın miktarını ve şeklini kararlaştırmamış ise, bunu hakim takdir edecektir (BK.m.98/III'ün yollaması ile BK.m.43,44).

BK.m.97'e göre: "Bir şeyin yapılmasına müteallik borç, borçlu tarafından ifa edilmediği durumda alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir". Yine İİK.m.30 hükmüne göre, bir işin icrasına ait ilamı borçlu icra etmezse ve şayet işi başkasının yapması mümkünse, masrafı borçluya ait olmak üzere işi başkasına yaptırılabilir. Söz konusu hükümleri, yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla sağlanması olarak değerlendirmemek gerekir. Aksine, yapma borcunu ifa etmemeden doğan zararın özel bir tarzda tazmini şeklinde anlamak gerekir.

Borç ilişkisinde borcun ifa edilmemesi halinde aynen ifa ve tazminat davası yanında alacaklı için BK.m.106 da düzenlenen sözleşmeden dönme

imkanının da olduğu kabul edilmiştir. Buna göre alacaklı, edimin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda, sözleşmeden dönebilir. BK.m.106 hükmüne göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdünde, alacaklının sözleşmeden dönme yetkisi, alacaklı bakımından bir hak olarak ortaya çıkmaktadır.

Sürekli sözleşmelerde dönme anında taraflar edimlerinin bir kısmını ifa etmiş oldukları için, sözleşmeden dönen tarafın, sonraki edimlerini karşı tarafa ifa etmemesi ve daha önce özen borcunun ihlal edilmesi sureti ile kendisine ifadan doğan zararının giderilmesine ilişkin bir yararı bulunur. Sözleşmeden döndüğünde de elde edemediği edimi geçerli hale getiremeyecektir. Sözleşmeden dönme anına, kadar vekil bir şekilde iş görmüş, vekalet verende eğer ücret sözleşmenin esaslı unsuru ise ücret ödemiştir. Bu noktadan itibaren iade borcunun temelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tutmak anlamsız olacaktır; çünkü, özellikle iş görme borçlusu olan vekilin edimini geri alması söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle sürekli sözleşmelerde ve bu arada vekalet sözleşmesinde dönmenin geleceğe etkili olması gerekir.

BK.m.96/1 hükmüne göre, "Alacaklı, hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur". Madde hükmünde geçen "...borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe..." deyiminden sözleşmeye dayanan sorumlulukta kusurun ispatı bakımından MK.m.6 hükmündeki temel kurala istisna getirilmiş ve kusurun ispatı konusunda ispat yükünü iddia eden (alacaklı) tarafa değil, isnat edilen tarafa yani borçluya yüklemiştir. Buna karşın sözleşmenin ihlali, zarar ve illiyet bağı gibi hususların ispatında herhangi bir düzenleme getirilmemiş, dolayısıyla MK.m.6 hükmü gereğince ispat alacaklı üzerinde bırakılmıştır.

Vekalet sözleşmesindeki güven unsurunun yoğunluğu dikkate alındığında vekilin hafif ihmalden sorumlu olmayacağı şeklindeki bir şartın vekaletin niteliği ile örtüşmeyeceği ortaya çıkar.

## KAYNAKÇA

- ADAY, N. : Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1994.
- AKBIYIK, C. : "Temsil Yetkisi ve Temel İlişki" Cem Akbıyık, İHFD (Prof. Dr. Orhan Münir Çağır'a Armağan) c.55, s.4 (1997) s.217-232.
- AKDOĞAN, K. : Avukatlık Mesleği, ABD, s.266-267, S. 2, 1977.
- AKGÜN, M. Z. : Vekalet Akdi ve Benzer Akitlerden Farkı, AD.1953 S.12, s. 1396-1422.
- AKKANAT, H. : İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına armağan, s.1 vd. İstanbul 2000.
- AKMAN, S. : (İşçinin Sorumluluğu), Tehlikeli Ve Zarara Yatkın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, İHFM, Ord.Prof. Dr. Ernst Hirsch'e Armağan, C XLII, Y: 1976, S.1-4, s.423-436.
- AKMAN, S. : (Sorumluluk), Sorumluluk Anlaşmaları, İstanbul 1976.
- AKYİĞİT, E. : Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Temsil Yetkisi ile Temel İlişki Arasındaki Bağlantı, İBD, Y.1990, S. 4-6, s.407-427.
- ARAL, F. : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Bası, Ankara 1999.



- ARIK, K.F. : Avukatın Müvekkiline Karşı mesuliyeti (Avukat Yeni İçtihatları Takip etmemekten Mesul mudur) Adliye Ceridesi 1944 s. 569 vd.
- ARSLANLI, H. : Ticari Bey, İstanbul 1953.
- AŞÇIOĞLU, Ç. : Doktorların Hukuki ve cezai Sorumluluğu, Ankara 1982.
- ATABEK, R. : Hastanelerin Sorumluluğu, İBD, C.60, S.10-11-12, 1986, s.628-650.
- ATABEK, R./SEZEN, M. : Hekimin Mesuliyeti, İBD, S.2, Şubat 1954, s.135-166.
- AYAN, M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1998.
- AYAN, M. : (Tıbbi Müdahale),Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk (Doktora tezi) Ankara 1991.
- BAYRAKTAR, K. : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu,Tez, İstanbul 1972.
- BAŞPINAR,V. :Taşınmaz Satımında Vekalet, AÜHFD., C.45, Y. 1996, S.1-4, s. 483 vd.
- BELGESAY, M.R. : (Temsil), Hukuki Muamelelerde Temsil, İstanbul 1944
- BELGESAY, M.R. : (Tıbbi Mesuliyet),Tıbbi Mesuliyet Esasları, Tipik Vakıalar, İstanbul 1953.
- BERKİ, Ş. : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973.

- BİLGE, N. : Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borç Münasebetleri, Ankara1958.
- ÇAMOĞLU E. : (Özen...), Anonim Ortak Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu, İmram Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s.389-402.
- ÇELİK, N. : İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1998.
- DALAMANLI, L/KAZANCI, F/KAZANCI, M : İlimi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C 4, İstanbul1970.
- DAYINLARLI, K. : Federal Mahkeme içtihatları, Borçlar Hukuku, Doktorun Akdi Sorumluluğu, YD, C.20, Ekim 1994, S.4, s.542-549.
- DEUTSCH, E. : Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin sorumluluğu,(Çev. İrfan Yazman), AÜHFD, C.XXVI,1979 S.1-4 ,s.171-186
- DOĞANAY, İ. : Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken Veya Hesap Kapatılırken Bankaların Gösterme Zorunda Oldukları Özen Borcu, BATIDER, Y:1994,C.XVII,S.4,s.25-32.
- DONAY, S. : (Sorumluluk), Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi Ve Ticari İlimler Dergisi, Y:6, 28 Şubat 1968, S.10, s.39-53.
- DONAY, S. : (Dürüstlük),Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Ekme Borcu, BATIDER, 1970, s.729-749.
- ERDOĞAN, İ. : (İstisna), İstisna Sözleşmesi Ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması, SÜHFD, Ocak-Haziran 1990, S.1, s.135.

- ERDOĞAN, İ. : (İşçi) İşçinin özen borcu, Gazi Üniversitesi. İİBF Dergisi, S.1,C.1,1985, s.133-161.
- EREM, F. : Meslek Kuralları, Ankara 1977.
- EREM, F./ALTIOK, A./TANDOĞAN, H. : (Bankalar), Bankalar Kanunu Şerhi,7.B, Ankara 1989.
- EREM, F. : (Soruşturma),Avukatlar Hakkında Soruşturma İzni, ABD 1977 s. 264-265.
- EREN, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I-II-III, Ankara 1993.
- EREN, F. : (İş Kazası), Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974.
- ERLÜLE, F. : Alt vekalet, Prof. Dr. Selahatin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.259-270.
- ERTAŞ, K. : Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
- ERTAŞ, Ş. : Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, Ege Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, 1980, Y: 1 N.1-4, s. 173-204.
- ERZURUMLUOĞLU.E. : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenmeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Doktora Tezi, Ankara 1970.

- ESENER, T. : Mukayeseli Hukuk Ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961.
- FEYZİOĞLU, F.N. : Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.2. 1969.
- FEYZİOĞLU, F.N. : (Özel Bölüm), Borçlar Hukuku Hususi Kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C I, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.
- GIESEN, D. : Yeni ve Deneysel Tedaviden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu, (Çev. Salim Özdemir), YD, Temmuz- Ekim 1977, S.3-4, s.217-228.
- GÜMÜŞ, M.A. : Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- GÜNER, S. : (Özen), Avukatın Özen Borcu, TBBD, 2000/2, s. 557-586.
- GÜNER, S. : (Sözleşme), Avukatlık Sözleşmesi, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s.301.
- HATEMİ, H. : Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1999.
- HAVUTÇU, A. : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müspet Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ankara 1994, YÖK Tez No: 37333.
- İMREGÜN, O. : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, s255 vd. İstanbul 1999.
- İNAN, A.N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.

- İYİMAYA, A. : Avukatlıkta Özen Borcu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C.1, s.291-302, Ankara 1990.
- İYİMAYA, A. : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C.2, Ankara 1995.
- İZVEREN, A. : İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, AD. 1953, S.11 s.1308-1321.
- KANETİ, S. : Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur Ve İspat Yükü, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, S. 61-75.
- KAPLAN, İ. : Banka Sözleşmeleri Hukuku, C.1, Ankara 1996.
- KAPLAN, İ. : (Sorumluluk), Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 449-458.
- KAPLAN, İ. : (Sır Saklama), Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu, BATIDER, Y: 1990, C.XV,S.4, s. 3-21.
- KARAHAN, S. : Ticari İşletme Hukuku, Konya 1996.
- KARAHASAN, M.R : Türk Borçlar Hukuku Doktrin Özel Borç İlişkileri, C 4, Ankara 1992.
- KARAHASAN, M.R : (Tazminat), Tazminat Hukuku, Tazminat Davaları ve Yargılama Usulleri, İstanbul 1996.

- KARAYALÇIN, Y. : Yönetim Kurulu Üyesi- Şirket ilişkisi, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975, s. 165-202.
- KARAYALÇIN, Y. : (Kredi), Kredi Sözleşmesi-Kefalet Ehliyeti, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler (1988-1991), Ankara 1991, s. 17-24.
- KÖPRÜLÜ, Ö. : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İBD. 1984 c. 58, s.586/613.
- KÖTELİ,M. : Hizmet Akdini İstisna ve Vekalet Aktillerinden Ayırıcı Kıstaslar Üzerine Bir İnceleme, İBD, s. 80-88,1985/ 1-3.
- MOLLAMAHMUTOĞLU,H. : İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünde bir Yaklaşım, I,YD,C.13,Ocak-Nisan 1987, S.1-2, S. 114-122(I); II, YD, C.13, Temmuz 1987, S.3, s.279-287(II).
- MÜDERRİSOĞLU,F : Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974.
- OFTİNGER-JEANPRETRE : Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme Kararları, değerlendirilmesi (Çev. Kemal Dayınlı) 2.b, Ankara 1990.
- OĞUZ, A. : Roma ve Türk Hukukunda İnançlı işlem ve Vekalet Sözleşmesinin Karşılaştırılması, AÜHFD, C. 41, 1989-1990, S. 1-4, s.225-284.
- OĞUZMAN, K. : Borçlar Hukuku Dersleri "Borçların İfasi-İfa Edilmemesi-Sona ermesi", İstanbul 1968.

- OLGAÇ,S. : Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 1976.
- OZANOĞLU, H.S : Yargıtay Uygulamasında TKHK'nın Uygulama Alanı Bakımından İsimli Sözleşmeler, ABD, S.3, s.53-69.
- ÖZKAYA, E. : Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 1997.
- ÖZEN, B. : Borçlar Kanunu 386/II üzerine düşünceler, Prof.Dr.Nuri ÇELİK'e Armağan, İstanbul 2001, s. 598-631.
- ÖZSUNAY, E. : Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. sempozyumu, Türk Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s. 31-59.
- REİSOĞLU, S. : Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968.
- REİSOĞLU, S. : (Sorumluluk), Hekimlerin Hukuki sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.1-18.
- SAYMEN, F.H./ERMAN,S./ELBİR, H.K. : Türk İçtihatlar Külliyesi, C. 1, İstanbul 1970.
- SCHWARZ, A : Borçlar Hukuku Dersleri C.I Çeviren Bülent Davran, İstanbul 1948

- SELiÇİ, Ö. : Mimarlık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Temsil Ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, s.261 İstanbul 1977.
- SOYER, M.P. : Zarara Yakın İşlerde İşçinin Sorumluluğu, YD, C.7, Temmuz 1981, S.3, s.386-395.
- SUNGURTEKİN, M. : Avukatlık Mesleği Avukatın Hak Ve Yükümlülükleri, Doktora Tezi, YOK Tez No: 36415, Ankara 1999.
- SÜMER, H.H. : İş Hukuku Uygulamaları, Konya 1993.
- ŞENOCAK, Z. : Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları. ABD.Yıl :11/1998.
- TANDOĞAN,H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri İstisna Ve Vekalet Sözleşmeleri Vekaletsiz İş görme, C 2, Ankara1977.
- TANDOĞAN, H. : (Mesuliyet),Türk Mesuliyet Hukuku, (Akit dışı ve akdi), Ankara 1961.
- TANDOĞAN,H. : (Bankacılık),Türk Hukukunda Bankacıların Hukuki Sorumluluğu, Mukayeseli Banka Hukuku İhtisas Dönemi, C.III, İstanbul 1973, s.101-125.
- TANDOĞAN,H. : (İstisna),İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Sözleşmelerden Ayırt edilmesi, s. 311 vd. Ankara 1970.
- TEKİNAY,S.S. : Borçlar Hukuku, İstanbul 1985.
- TUNÇOMAĞ, K. : (Genel Hükümler),Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul 1976.



- TUNÇOMAĞ, K. : (Özel Hükümler), Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- TURANBOY, K.N. : Okul Sözleşmesi, Yayınlanmamış Doçentlik Çalışması, Kırıkkale 2000.
- UMAR, B. / YILMAZ, E. : İsbat Yükü, Ankara 1980 .
- YAVUZ, C. : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 1997.
- YILMAZ, E. : Genel Vekaletname -Özel Vekaletname Ayrımı, TNBHD, s. 12-18,1995 / 86.
- YILMAZ, E. : (Sözlük), Hukuk Sözlüğü, Ankara 1992.
- ZEVKLİLER, A. : Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, Ankara 1998.

## ÖZGEÇMİŞ

21.06.1975 tarihinde Kayseri ili Pınarbaşı ilçesinde doğdu. İlk ve orta öğrenimini Kayseri'de tamamladı, 1994 tarihinde kazandığı Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1998 tarihinde mezun oldu. 1999 yılında Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı araştırma görevlisi olarak atandı. 17.02.2000 tarihinde Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilimdalında araştırma görevlisi olarak akademik hayatına devam etmektedir.

