

İSTİHDAM EDENİN (ADAM ÇALIŞTIRANIN) SORUMLULUĞU (BK mad.55)

Arş.Gör. İbrahim AYDINLI*

I- GENEL OLARAK

Hukuk sistemlerinde, ortaya çıkan zararın kim tarafından ne şekilde ve miktarda giderilerek toplum hayatında huzur ve adaletli yaşamın tekrardan tesis edilmesi her zaman bir fenomen olarak yerini korumuştur. Bu nedenle dünya üzerinde yaşayan bütün hukuk literatürlerinde **Tazminat Hukukunun** önemi inkar edilemez. *Özellikle toplumun sosyo-kültürel durumu ile hukuk ve adalet anlayışı fertlerin uğradığı zararların giderilmesindeki hukuki düzenlemeleri önemli ölçüde etkilemiştir.*

Toplumsal yaşamı etkileyen üretim biçimlerinin teknoloji ile buluşması teknik alanları kendi içinde karmaşık hale sokmuştur. Bu yaşanan olaylar toplumda ortaya çıkan klasik riskler dışında modern yaşamın getirdiği riskleri nitelik ve nicelik olarak yoğunlaştırmıştır. *Bütün bu gelişmeler hukuk sistemlerinde, Tazminat Hukukunda hakkaniyet ve adalet ideleri ışığında yeni kuram ve anlayışları hakim kılmaya itmiştir.*

Modern yaşamın getirdiği risklerin ve ortaya çıkan zararların miktarının öngörülemez olması, failinin tam olarak tespitinin yapılamaması, ispatının zorluğu, zararın tazmin edilememe tehlikesi 18. yüzyıla kadar kural olan kusur sorumluluğunun yanında sebep sorumluluğu, ve tehlike sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk türlerinin kabul edilmesine yol açmıştır. Bu kusursuz sorumluluk hallerinin altında yatan hukuki düşünceler ise **yarar-zarar dengesi, hakkaniyet düşüncesi, egemenlik ve hukuki tasarruf alanı, objektif özen ve fedakarlığın denkleştirilmesi gibi ilkelerdir.**¹

Aslında kusursuz sorumluluk hallerinin ortaya çıkışı ve bununla ilgili ekonomik, hukuki, teknolojik ve hatta insan hakları alanında ortaya çıkan kültür gelişimi gibi gerekçelerin incelenmesi ayrıca bir **hukuk siyaseti** konusunu oluşturacak yoğunluktadır. Bu nedenle biz genel anlamda konumuza girmeden önce bu kadarlık bir girişle yetinmek zorundayız.

* G.Ü. İ.İ.B.F. Çal. Ek. End. İlişk. Böl. İş Hukuku ve Sos. Güv. Hukuku ABD.

¹ TANDOĞAN Haluk; Kusura dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Halleri, Turhan Kitapevi, Ankara-1981, s.1, 5, 6.

İstihdam edenin sorumluluğunu incelerken ilk önce istihdam eden kavramı üzerinde duracağız. Daha sonra istihdam edenin sorumluluğunun Tazminat Hukuku içindeki yerini inceleyeceğiz. Sorumluluğun şartlarının neler olduğunu ortaya koyduktan sonra istihdam edenin çalıştırdığı kişiye olan rücusunu inceleyeceğiz. *Bütün bu incelemeler sırasında yeri geldikçe de İş Hukukundaki ilgili konulara değinmelerde bulunacağız.* Bunun yanında genelde ilgili eserlerde metodolojik olarak istihdam edenin sorumluluğu başlığı altında tüzel kişilerin organlarının davranışlarından dolayı ortaya çıkan zarardan sorumluluğu ile kamu alanında faaliyet gösteren kamu görevlisinin istihdam edilen kişi olarak verdiği zararlardan devletin sorumluluğu incelenmiştir. Ancak biz burada bu son iki konuyu dışlayarak sadece BK 55. maddeyi incelemekle yetineceğiz.

II- İSTİHDAM EDEN KAVRAMI

Sosyal hayattaki dayanışma ve çalışma hayatındaki ilişkiler genelde insanların başka kişilerin hizmetlerinden yararlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle uzmanlaşma ve teknik alanların yaygınlaşması çalıştırma ve başkalarına fikir ve beden gücü ile hizmet sunma ilişkisini daha da sıklaştırmıştır. Her ne kadar istihdam edenin sorumluluğu Borçlar hukukunda kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiş olsa bile asıl olarak çalışma ilişkilerinin hukuki yönü bugün İş Hukuku altında düzenlenmektedir. Bu nedenle konuyu incelerken İş hukukuna ilişkin yerleri de atlamamak gerekir.

Bir defa İş Hukuku anlamında **işveren ile istihdam eden** kavramları birbiri ile karıştırılmaması gereken iki konudur. İş Hukuku anlamında **işveren**; *İş Kanununun 1. maddesine göre hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişidir.* Burada işveren kavramı ancak bir kişinin iktisadi anlamda menfaat sağlayan bir işte hizmet akdi ile ücret karşılığı çalıştırılması sonucu ortaya çıkmaktadır. Buradaki unsurlar işverenin kendi menfaatini ilgilendiren bir işi bir kişiye iş görme akitlerinden olan hizmet sözleşmesi ile ücret karşılığı gördürmesidir².

İstihdam eden kavramına gelecek olursak bu kavram işveren kavramını içine aldığı gibi ondan daha geniş bir anlama sahiptir. Yani bir kişi hizmet akdi dışında da bir hukuki ilişki ya da sosyal ilişki ile bir başka-

² ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayım Anonim Şirketi, Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul-1996, s.44, NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, Barış Yayınları, Fakülteler Matbaası, İzmir-1994 s.106.

sının hizmet ediminden yararlanıyor ise bu kişi de istihdam eden niteliğindedir³.

O halde **istihdam eden**; *kendi işini gördürmek veya yaptırmak amacıyla **bağımlılık ilişkisi içinde** bir üçüncü kişinin hizmetinden yararlanan ve onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kişiye denir⁴.*

Bu tanımdan sonra istihdam eden kavramının unsurlarına gözatacak olursak; öncelikle müstahdem de diyebileceğimiz iş gören bir kişinin olması ve bu kişiye istihdam eden yani işi gördürenin işini işin görülmesi esnasında talimat verme gözetim ve denetim yetkilerini içeren bağımlılık ilişkisi içinde yaptırmasıdır⁵. Tabi buradaki bağımlılık ilişkisinin anlamına gelince bu konuda Anayasa Mahkemesinin hizmet akdini diğer akitlerden ayıran en temel kriter olan bağımlılık unsurunu bir kararında⁶ açıklamıştır. Bu konuyu istihdam edenin sorumluluğunun şartlarını incelerken ayrıca değinmek istiyoruz.

İstihdam eden kavramını incelerken değinmemiz gereken önemli konulardan biri ödünç iş ilişkisidir. Çalıştırılan kişilerin geçici olarak bir başka kişinin emrine verilmesi halinde böyle bir çalışma halinde çalışanın üçüncü kişiye vereceği zararın hangi istihdam eden(ödünç alan-ödünç veren) tarafından karşılanacağı sorusunda sorumlu olma anlamında istihdam eden kim olacaktır? Bu ilişki İş Hukukunda "**ödünç iş ilişkisi**" olarak adlandırılmaktadır⁷. Ayrıca buradaki ilişkinin alacağın temlik veya üçlü borç ilişkisi olan üçüncü kişinin ediminin taahhüdü olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır⁸. Biz buradaki tartışmaları ayrıntısına girmeden böyle bir ilişkide sorumluluğu üstlenecek istihdam edenin kim olduğunu bulmamız konumuz açısından yeterli olacaktır.

³ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C:I. Sevinç Matbaası, Ankara-1991, s. 167., KARAHASAN, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi, 1995-Ankara s,503. TEKİNAY, Sulhi; Borçlar Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1684, Kurtuluş Matbaası, İstanbul-1971 s.377.

⁴ EREN Fikret, a.g.e. s. 167. TANDOĞAN , Haluk a.g.e. s.56.

⁵ Yargıtay bir çok kararında şeklen bağımlılık ilişkisi içinde olan ancak işin niteliği gereği işle ilgili emir ve talimat verme ve denetim, gözetim unsurlarının olmadığı ilişkilerin istihdam eden kavramını BK 55'teki anlamıyla doğurmayacağına değinmiştir. (Y3HD.3.12.1962T, 10951E., 9385), (Y4HD, 4.7.1974T., 6345E., 4236K.) Kararlar için Bkz: KARAHASAN, s.496,497.

⁶ Bağımlılık unsurunun anlamı için bkz; An.Mah. 26-27/1967t.E.1963/366K. 1967/29, RG19 Ekim 1968, 13031.

⁷ Ödünç iş ilişkisi hakkında geniş bilgi için Bkz: AKYİĞİT Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş Yayınları-Ankara-1995 özellikle yönetim hakkı ve gözetim borcu için aynı eser bkz:s.136-140, 154-157.

⁸ ENGİN, Murat; "İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi", İş Hukuku Dergisi, C:1, 1991, s. 342-345.

*Burada ödünç olarak verilen kişinin işini görürken üçüncü kişiye verdiği zarardan istihdam eden olarak sorumlu olacak olan kişi ödünç alan istihdam edendir⁹. Bunun nedeni ise istihdam edenin sorumluluğunun altında yatan **egemenlik** düşüncesidir. Yani zararın ortaya çıktığı zarar ile illiyet bağı içinde olan iş kimin yanında ve idaresinde görülüyor ve bu iş için yönetim hakkını ve gözetim ödevini hangi işveren veya istihdam eden kullanabileceğine ve o anda işçi veya çalışan üzerinde denetim ve gözetim yetkisi kimde ise o kişi ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır¹⁰.*

İstihdam eden kişi gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bunun yanında BK. 55. madde sadece istihdam eden ile müstahdem arasında özel hukuk ilişkisine dayanan bir çalışma ilişkisini kapsamaktadır¹¹. Eğer bu bir kamu ilişkisi ise burada BK 55. madde değil İdare Hukukundaki kamu görevlisinin zararından doğan devletin sorumluluğu devreye girmektedir¹². Bunun yanında BK 55 teki istihdam eden kamu tüzel kişisi olabilir yeter ki çalıştırdığı kişi ile arasındaki çalışma ilişkisi özel hukuktan doğan hizmet akdi olabileceği gibi diğer iş görme akitlerinden vekalet veya istisna akdi olsun¹³.

III- SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI

İstihdam edenin hizmetinden yararlandığı kişilerin hizmeti görürken verdikleri zarardan dolayı olan hukuki sorumluluğu doktrindeki baskın görüşe göre **kusursuz bir sorumluluktur**¹⁴.

Doktrinde tartışma yaratan konu istihdam edene kanunda tanınan kurtuluş beyyesidir. BK.55. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi aynen

⁹ EREN, s.168, TANDOĞAN, s.61. ENGİN, s.345. EKONOMİ, Münir; İş Hukuku Ferdi İş Hukuku C:I, İstanbul-1984,191.

¹⁰ AKYİĞİT, s. 138,156, SÜZEK'e göre Ödünç alan işverene işin görülmesini isteme hakkı ile beraber aynı zamanda doğal olarak işin görülmesine ilişkin talimat verme ve yönetim hakkının da ödünç işveren işverenden ödünç alan işverene geçtiğini bu nedenledir ki ödünç alan işveren işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinden sorumlu sayılacaktır. SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Ankara-2002 s.250,251 Görüldüğü gibi SÜZEK'in konuyla ilgili görüşü bizim ödünç alan işvereni ödünç işçilerin işi görürken üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı istihdam edenin sorumluluğu ile bağlı olduğu kanaatimizi destekler niteliktedir. Zaten bu görüşümüz kusursuz sorumluluk hallerindeki özellikle nimet-külfet ve hakimiyet ilkelerine de uymaktadır.

¹¹ EREN,s.161.

¹² Konuyla ilgili olarak geniş bilgi için bkz: KARAHASAN, s.535-551, TANDOĞAN, s. 87-122.,EREN, s.176-185.

¹³ Vekalet ve istisna akdi ile ilgili bağımlılık unsuruna sorumluluğun unsurlarında ayrıca değineceğiz.

¹⁴ TANDOĞAN, s.60, TEKİNAY, s.377, EREN, s.162 VON TUHR Andreas; Borçlar Hukuku,1-2 (çev; Avukat Cevat EDEGE), Yargıtay Yayınları No.15, Olgaç Matbaası, Ankara-1983, s.393, REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi , İstanbul-1993, s.142.

şöyledir. **"Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağı ispat ederse mesul olmaz."** Doktrinde bazı yazarlar burada ispat yükünün ters çevrilerek bir kusur sorumluluğunun düzenlendiğini savunmuştur¹⁵. Bu konuda ise **Yargıtay 27/3/1957**gün ve1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı¹⁶ ile sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğunu istihdam edenin veya çalıştırdığı kişinin kusurunun aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir.

İstihdam edenin sorumluluğunda istihdam eden temyiz kudretine haiz olmasa bile veya gerekli özeni göstermemesi kusur olarak nitelendirilmesine dahi çalıştırdığı kişinin verdiği hizmetten dolayı neden olduğu zarardan sorumlu olması sorumluluğun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğunu göstermektedir.

Burada sorumluluk için kusurun olmaması gibi yanlış bir değerlendirme yapmak tamamen hatalıdır. Eğer istihdam edenin ortaya çıkan zarardan dolayı kusuru da varsa yine BK 55'e göre sorumlu olacaktır¹⁷. Buradaki kusur onun kurtuluş beyinesinden faydalanmasına engel teşkil edebileceği gibi çalıştırdığı kişiye olan rücu hakkını da engelleyebilir. Ayrıca böyle bir kusur var ise istihdam edene hükmedilecek tazminat miktarının hesaplanmasında da etkili olacaktır. Yine zarar görenin kusurunu kaldıracak nitelikte ise hükmedilecek tazminat miktarında etkili olacaktır. Aynı şekilde istihdam edenin munzam kusuru çalıştırdığı kişiye olan rücusunu da etkileyecektir¹⁸.

Bu bağlamda istihdam edenin sorumluluğu için sadece ortaya çıkan zararlar görülen iş (istihdam edenin çalıştırdığı kişiye yaptırdığı iş veya hizmet) arasında uygun illiyet bağı olması yeterlidir¹⁹.

Yukarıda çerçevesini belirtmeye çalıştığımız istihdam edenin sorumluluğunu da kapsamı içine alan kusursuz sorumluluk halleri, tehlike ve olağan sebep sorumluluğu şeklinde ikiye ayrılır²⁰.

Öncelikle tehlike sorumluluğunda esas; başkaları için tehlike arz eden faaliyeti yapan veya bu türde girişimlerde bulunanların bu girişim ve

¹⁵ ARSEBÜK; Esat; Borçlar Hukuku, 1950 s.605, SCHWARZ, A ,Borçlar Hukuku Dersleri, C:I, (çev: Bülent DAVRAN), 1948, s.105.

¹⁶ Karar için Bkz; KARAHASAN, s.511.

¹⁷ TANDOĞAN, s.54.

¹⁸ KARAHASAN, s.492.

¹⁹ EREN, s.162.

²⁰ Bu ayırım İsviçre Hukukunda tamamen benimsenmesine rağmen Türk Hukukunda henüz gereği gibi dikkate alınmamaktadır. TANDOĞAN, s.23.

faaliyetlerinden dolayı ortaya çıkan zararlı sonuçtan sorumlu tutulmaları benimsenmiştir²¹. Bu hukuki kurumun benimsenmesinin sebebi ise tehlike yaratan faaliyetlerde bulunan ve bunlardan fayda sağlayan kişilerin aynı zamanda *nimet külfet dengesi, fedakarlığın denkleştirilmesi ve egemenlik altında tutma* gibi düşüncelerle zararın nasıl ve ne zaman çıkaracağına belli olmaması ve zararın büyüklüğünün dahi hesaplanamaması gibi uğraşılan faaliyetin tehlike doğurma özelliği nedeniyledir. Ki böyle bir düşüncede **hakkaniyete ve dayanışmacı adalete** uygun düşmektedir.

Olağan sebep sorumluluğunda ise tazmin yükümlülüğünün kaynağı sorumlu kişinin belirli bir kişi veya kişiler ya da eşya üzerinde sahip olduğu hakimiyettir. Bu hakimiyet kavramı aynı zamanda sahip olunan şeyler veya varlıkları kapsayan denetim ve gözetim görevini beraberinde getirir. Tabi buradaki hakimiyetten kaynaklanan özen yükümlülüğü *objektif bir özen yükümlülüğüdür*. Sorumlu olan kişi bu yükümlülüğünü kusur derecesine varmayan davranışlarla ihlal etse dahi zararı tazmin etmek zorundadır²².

İşte istihdam eden çalıştırdığı kişiler üzerindeki denetim ve gözetim yetkisinden kaynaklanan hakimiyet onun objektif özen ödevine uygun davranmasını gerektirmektedir. Kısacası bu yükümlülükten dolayı istihdam eden çalıştırdığı kişinin gördüğü hizmet nedeniyle üçüncü kişilere (şahıs veya mal varlığı) verdikleri zararlardan sorumludurlar.

İstihdam edenin sorumluluğunu bazı yazarlar **hasar- menfaat ilişkisine** dayandırmışlardır. Bir başka deyişle istihdam eden çalıştırdığı kişilerin hizmetinden yararlanıyorsa aynı zamanda bu hizmetten dolayı ortaya çıkacak zararlardan da sorumlu olmalıdır²³. Ancak burada öyle durumlar olabilir ki çalışan kişi edimini hem istihdam edenin zararına olacak şekilde hem de üçüncü kişileri zarara uğratacak şekilde ifa etmiş olabilir. Bu halde istihdam edenin bir yararı olmadığı halde bu hizmetten üçüncü kişilere olan zarardan sorumlu tutulması bu görüş gereği kabul edilmemesi gerekir.

Bazı yazarlar ise buradaki sorumluluğu; **tehlike ilkesine** dayandırmaktadırlar²⁴. Bunlara göre adam çalıştırmak her ne kadar özel bir tehlike yaratmıyor ise de istihdam edilenin seçiminde, ona talimat verilme-

²¹ TANDOĞAN, s..26, KARAHASAN s.467.

²² TANDOĞAN, s. 55, REİSOĞLU, Safa, s.146, TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara-1994, s.43.

²³ EREN,s.163, OĞUZMAN; Kemal; "Adam Kullananların BK 55 Gereğince Mesul Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında" İÜHFD, 1958, S:1-2, s.190.

²⁴ KARAHASAN, s.493, SAYMEN Ferit Hakkı. ELBİR Halit Kemal, Türk Borçlar Hukuku C:1, 1958, s.421.

sinde veya denetlenmesindeki ihmaller bir bakıma tehlike yaratmaktadır. Bu görüş tehlike kavramı sorumluluğunun niteliğine uymamaktadır. Çünkü adam çalıştırmak hiçbir zaman başlı başına bir tehlike olması mümkün değildir. Çünkü çalışanın ne şekilde hareket edeceği işini nasıl yapacağı tamamen çalıştırmanın onun üzerinde olan hakimiyet tasarrufundan kaynaklanan iradesiyle olmaktadır. Eğer adam çalıştırmayı sırf tehlike unsuru gibi görececek olursak toplumda gerçekleşen bir çok hizmet sunumunu konu alan çalışma ilişkileri sorumluluğun sertliğinden dolayı kayıt dışı işçilik gibi hukuk sorumluluğundan kaçma veya gereken tedbirlerin alınmamasına yol açacaktır.

Bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında²⁵ istihdam edenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak kabul etmesine rağmen sorumluluğun altında yatan düşüncüyü açıklarken maalesef tehlike sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğu aynı anlamda kullanmıştır. Halbuki kusursuz sorumluluk üst başlık olup tehlike sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluğun altında bir tür olarak yer almaktadır. Ayrıca bu sorumluluk türlerinin dayandığı düşünce ilkeleri esasta birbirinden ayrılmaktadır²⁶.

Konuyu biraz daha açarsak bütün kusursuz sorumluluk hallerinde zarar ortaya çıkarma ihtimali olan faaliyet ve teşebbüste bulunma genel anlamda tehlike doğurabilecek bir durumdur. Ancak bazı kusursuz sorumluluklar teknik anlamda kendi başlarına özel tehlike doğuran haller için ele alınmaktadır. Örneğin araç veya sivil hava aracı işletenin sorumluluğu gibi. Bu nedenle genel anlamda (sosyolojik olarak) tehlike ile tehlike sorumluluğunu gerektiren teknik anlamdaki tehlikenin birbiri ile karıştırılmaması gerekir²⁷. Konumuza dönecek olursak bazen çalıştırılan kişinin yaptığı iş kendi açısından diğer hizmetlere göre daha riskli ve üçüncü şahıslara zarar verme ihtimali olan bir iş olabilir. Fakat burada tehlike olayın tipik, olağan veya alışlagelmiş bir unsuru değildir. Zira adam çalıştırmak esas olarak kendi başına özel bir tehlike kaynağı değildir²⁸.

Ayrıca şunu belirtelim ki; tehlike sorumluluklarında istihdam edenin sorumluluğunda olduğu gibi zararı tazmin etme yükümlülüğü objektif özen ödevinin ihlali ile ortaya çıkmaz. Bu ihlalden bağımsız olarak tipik tehlike kaynağı faaliyet veya eşya ile zarar arasında uygun illiyet bağı ger-

²⁵ Karar için bkz: s.5.

²⁶ Bkz:6,7.

²⁷ TANDOĞAN, s.25.

²⁸ EREN, s.162.

çekleştiği takdirde sorumluluk ortaya çıkar²⁹. Oysa BK 55. maddede açıkça objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde sorumluluğun doğmayacağı belirtilerek istihdam edenin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olmadığı ortaya çıkmaktadır. O halde istihdam edenin sorumluluğu tipik bir olağan sebep sorumluluğudur.

Buraya kadar sorumlu olan kişi ile sorumluluğun hukuki dayanağını ortaya koyduktan sonra istihdam edenin sorumluluğunun şartlarını inceleyelim.

IV- SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

İstihdam edenin sorumluluğunun şartları bazı eserlerde olumlu-olumsuz şartlar şeklinde incelenmesine rağmen biz bu çalışmamızda şartları genel ve özel şartlar olarak ikiye ayırarak olumlu ve olumsuz şartları özel şartlar içinde incelemeye çalışacağız.

A- Genel Şartlar

Öncelikle burada ortaya çıkan zararın tazmini için gerekli olan şartları belirlememiz gerekiyor. Bunlar ise kusur şartı hariç olmak üzere BK 41'deki haksız fiil sorumluluğundaki unsurlardır³⁰. Bunlar; çalıştırılanın (müstahdem) hukuka aykırı aktif (yapma)veya pasif(yapmama) şeklindeki davranışının olması, maddi veya manevi bir zararın ortaya çıkması ve son olarak davranış ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının olması gerekir³¹. Bu unsurların gerçekleştiğinin ispatı davacı dediğimiz çalıştırılanın hizmetini yaparken bundan dolayı zarar gören kişiye düşer. Ancak davalı dediğimiz istihdam eden kendi özen ödevinin ihlali ile zarar arasında illiyet bağı olmadığını kendisi ispat etmesi gerekir. Bu kurtuluş beyyinesine ileride değineceğiz.

Acaba müstahdem dediğimiz çalışanın kusurunun olup olmaması istihdam edenin maddi ve özellikle manevi zarar sorumluluğunu etkiler mi? Burada müstahdem kusurunun olup olmaması istihdam edenin BK 55'e göre sorumlu olup olmamasını etkilemeyecektir³².

BK 49. maddenin değiştirilmeden önce³³ müstahdem somut olayda kusurlu olup olmaması manevi tazminata hükmedilmesinde tartışılmaktaydı³⁴. Bilindiği üzere değişiklikten önce 49. madde de düzenlenen ma-

²⁹ EREN, s.162.

³⁰ OSER/SCHÖNENBERGER; Borçlar Hukuku, Birinci Kısım (Çev:Recai SEÇKİN) 1947, s.511.

³¹ EREN, s. 165,166, REİSOĞLU, Safa, s.146.

³² TANDOĞAN, s..54.

³³ BK 49. madde 3444 sayılı yasa ile 4.5.1988 yılında değiştirilmiştir.

³⁴ TANDOĞAN, s.55.

nevi tazminat için ağır kusur gerektiğinden bazı yazarlar bu nedenle zarar görenin manevi zararından ancak müstahdemın bir kusuru halinde sorumlu olacağını ileri sürmekte idiler. Bazı yazarlar ise buradaki sorumluluğun kusursuz olduğundan ayrıca manevi tazminat için çalışanın kusuruna gerek olmadığını savunmaktaydılar³⁵. Ancak 49. maddedeki ağır kusur şartı kanunla değiştirilip kaldırıldıktan sonra bu tartışmalara gerek kalmamıştır. Artık maddi ve manevi tazminatta ne müstahdemın ne de istihdam edenın kusuru ve kusurun ağırlığını aramak gerekmemektedir³⁶.

Ayrıca tazminatın hesaplanması bakımından kural olarak müstahdemın kusurunun ağırlığı gözönüne alınmaz³⁷. Çünkü istihdam edenın müstahdem hiç kusurlu değilken bile sorumlu tutulmasından söz edip sonra da müstahdemın kusuruna göre tazminat miktarını belirlemek bizi müstahdemın kusursuz bulunması halinde tamamen istihdam edenın sorumlu olmayacağı sonucuna ulaştırır ki; bu da elbette kusursuz sorumluluk ilkesi ile çelişki yaratacaktır³⁸.

B- Özel Şartlar

İstihdam edenın sorumluluğunun özel şartlarından ikisi olumlu ve biri olumsuz olmak üzere üç tanedir.

1- Bağımlılık İlişkinin Varlığı

Genellikle hizmet ve iş gördürme faaliyetleri iş görme akitleri olan hizmet, vekalet ve istisna akitleri aracılığı ile gerçekleştirilir.

İstihdam edenın sorumluluğu için istihdam edenle müstahdem (çalıştırılan) arasındaki hukuki ilişkinin adı ne olursa olsun arada bir **bağımlılık ilişkisinin** olması gerekir. *Bu ilişki bir kimsenin kendi amaç ve menfaati için kendisine bağımlı olan (gözetim, denetim emir ve talimat verme bakımından) bir kişinin hizmetinden yararlanması ilişkisidir.*

Burada sözü edilen amaç istihdam edenın mesleki faaliyetine veya ev işlerine ilişkin olabileceği gibi sırf eğlence maksadına yönelikte olabilir³⁹. Burada işin konusu BK19. maddede öngörülen kanunun emredici hükümlerine ahlaka, adaba, kamu düzenine ve şahıs haklarına aykırı ol-

³⁵ Kanun değişikliğinden önce yapılan tartışmalar için bkz: EREN, s.166 İlgili eserler için aynı sayfada yer alan 17a ve 17b nolu dipnotlar.

³⁶ EREN, s.167, Aynı anlamda Yargıtay daha önce belirttiğimin 1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında da aynı sonuca varmıştır. (İBK, 27.31957,1/3 RG. 9640).

³⁷ KARAHASAN, s.512.

³⁸ REİSOĞLU Safa, s.148, OSER/SCHÖNENBERGER, s.512.

³⁹ TANDOĞAN, s.58.

mamak ve ayrıca imkansız olmamak şartıyla her türlü iş⁴⁰ iş görme ile ilgili hukuki ilişkilere konu olabilir. Burada önemli olan bir başka konu ise yapılan işin istihdam edenin yararına yönelik olmasıdır.

Yine yapılan işin devamlı veya geçici ya da ivazlı(Hizmet akdinde ise işin bir ücret karşılığında görülmesi hizmet akdinin bağımlılık unsuru yanında esaslı unsurlardan biridir⁴¹.) veya ivazsız olması BK 55. maddenin uygulanmasına bir etki getirmez⁴². İstihdam eden ile müstahdem arasında illaki işçi-işveren kavramlarını doğuran bir iş akdinin olması veya diğer iş görme akitlerinin olması gerekmeyp bu hukuki ilişki atipik bir akit olabileceği gibi arada bir sözleşmenin olması da gerekli değildir. Örneğin aile ilişkisi içinde baba oğlunun veya koca karısının hizmetinden bir iş nedeniyle yararlanması gibi⁴³. Ancak buradaki aile ilişkisi sırf ailevi işleri kapsıyorsa artık burada BK 55 uygulanmaz . Yani karının ev hanımı olup ev işlerini yapmasından elbette koca yararlanacaktır. Veya aynı ev işlerine çocukların yardımı da böyledir. Bizim burada aile ilişkisi içinde dediğimiz şey aile hayatının olağan olarak içinden çıkan evsel işler değil bunun dışında mesela babanın ticarethanesinde aile yardımından dolayı orada karısının veya çocuklarının çalışması gibi⁴⁴. Bu tür aile yardımları şeklindeki iş görmelerde BK 55. madde bağlamında istihdam eden-müstahdem ilişkisi oluşacaktır.

Hizmet akdi ile ortaya çıkan istihdam eden ve müstahdem ilişkilerinde hizmet akdinin doğası gereği denetim, gözetim ve emir ve talimat verme unsurlarını taşıyan bağımlılık unsurları bulunduğu halde diğer iş görme akitlerinde bu tür bir bağımlılık unsuru her zaman olmayabilir. Bu nedenle yukarıda bahsedilen bağımlılık unsurunu içinde barındıran vekalet ve istisna akdinden istihdam edenin sorumluluğu doğmasına rağmen sadece şeklen bir bağımlılık ilişkisi olan (doğrudan denetim ve emir talimat verme yetkilerinin olmadığı) vekalet ve istisna akdinden BK 55 gereği bir sorumluluk doğmayacaktır⁴⁵.

Yine ortaklık akitlerinden adi ortaklıkta ortaklardan biri emeğini diğeri ise sermayesini ortaya koyarak bir iş yapıyorlar ise burada tarafların

⁴⁰ İş Hukukunda hizmet akdinin konusu olan iş;bir insan faaliyeti ile gerçekleştirilen başka biri için maddi veya manevi anlamda değeri olan ve iktisadi yönden değeri olan her türlü faaliyet ve çabadır. Daha geniş bilgi için bkz: NARMANLIOĞLU, s.63-65.

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi, Ankara-1995, s.17.

⁴² TEKİNAY, s. 679, EREN, s. 167.

⁴³ TANDOĞAN, s. 57.

⁴⁴ Bu konuyla ilgili Yargı kararları için bkz: (Y4HD.16.12.1965T., 10501E., 7453K., 13.3.1985T., 9973E., 2112K-HGK., 12.12.1986T., 4/783E., 1071K.) KARAHASAN, s.504,505.

⁴⁵ TUHR, s.393, KARAHASAN, s.498, EREN, s.168.

eşit olma durumu nedeniyle⁴⁶ taraflardan biri hizmet görmesine rağmen ortaya konan menfaatten her iki tarafta aynı oranda faydalandığından burada da istihdam edenin sorumluluğunda aranan esas anlamdaki bağımlılık ilişkisini göremediğimizden BK55 bu şekildeki ilişkilere de uygulanamaz⁴⁷.

Bu bağlamda istihdam edenin hakimiyetini sağlayacak şekilde bir bağımlılık ilişkisi ancak BK 55'teki sorumluluğu doğurmaktadır. Bunun dışındaki şekli bağımlılık yaratan ilişkiler bu anlamda istihdam edenin sorumluluğunu doğurmamaktadır⁴⁸. **Bu nedenle her somut olayda hukuki ilişkinin adı iş görme aktlerinden biri olsa bile (hizmet akdi hariç) istihdam eden ve müstahdem arasında emir ve talimat verme yetkisi ile denetim ve gözetim ödevini kapsayan bir bağımlılık olması önemlidir.** Çünkü her türlü sözleşmede az veya çok olsa da taraflar arasında mutlaka ekonomik, sosyal veya manevi anlamda bir bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Bu nedenle istihdam edenin sorumluluğunda temel alan hakimiyet ilişkisini doğurabilecek bir bağımlılık ancak bu sorumluluğu doğurabilir.

Bu nedenlerle iş sahibi ile kendi nam ve hesabına çalışan bir müteahhit⁴⁹ veya komisyoncu ya da müşteri tellalinin arasında bir bağımlılık olsa bile bu bizim aradığımız sıkı bir bağımlılık değildir⁵⁰. Bunun yanında

⁴⁶ İki kişinin mülkiyetinde bulunan bir otomobille yapılan yolculukta ortaklardan biri otomobili kullandığında araçta bulunan diğer ortakla aralarında BK 55 anlamında istihdam eden –müstahdem ilişkisinin doğması aralarındaki ortaklık ilişkisinin doğası gereği mümkün değildir. Bu konuyla ilgili Bkz: (Y3HD. 20.9.1954T., 6552E., 4853K., Aksi karar için Bkz: (Y4HD., 26.5.1956T., 3427E., 2699K.) KARAHASAN, s. 506.

⁴⁷ TANDOĞAN, s.59, Bu konuda İş Hukukunda da hizmet sözleşmesinde aranan bağımlılık unsurunun adı şirket ortakları arasında olmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. NARMANLIOĞLU, s.145, MOLAMAHMUTOĞLU, s. 34 Bu konuda Hukuk Genel Kurulunun da kararı bulunmaktadır.”davalı davacı ile ortak olduklarını gösteren bir belge ibraz etmiştir. Tarafların ortak olduklarının anlaşılması halinde aralarında tabiiyet dolayısıyla hizmet ilişkisi bulunmayacağı” şeklinde karar verilmiştir. HGK. 30/10/1985, E.1984/9-246, K.1985/861 Yargıtay Kararları Dergisi, C:XIII, Mart 1987 s.367 vd.

⁴⁸ TEKİNAY, s.678.

⁴⁹ Müteahhitler genelde bir yapı işini iş sahibinden veya ihale makamından alırlar. Daha önce işin ne şekilde yapılacağı ve ne zaman teslim edileceği belli olduğundan buna göre müteahhit kendi işçileri ile beraber istisna sözleşmesinin gereğini yerine getirmek için işini yapmaya başlar. Burada müteahhit iş sahibi ile arasındaki istisna sözleşmesine bağlı olarak çalışmasına rağmen işin kendi uzmanlık alanına girmesi gereği iş sahibine karşı sadece sonuçla sorumlu olduğundan iş sahibinin işin mesai saatlerini düzenlemesi veya işyerindeki önlemlerin alınması ile sorumlu değildir. Bu nedenle BK 55 anlamında bir ilişki doğmayacaktır. Ancak bunun yanında müteahhit ile işçileri arasında BK 55 deki bağımlılığı içeren bir hukuki ilişki mevcuttur. Bu anlamda verilen Yargıtay Kararları için Bkz. (Y3HD.30.9.1957T., 6125E., 5179K.), (Y4HD., 9.4.1973T., 10812E., 4218K. 4.4.1980T., 206E., 355K.), (11HD.5.7.1989T., 3015E., 8500K.), (1.HD. 1.12.1993T., 11699E.,14620K.) KARAHASAN, s. 498-503.

⁵⁰ TANDOĞAN, s..59.

aynı müteahhidin işçileri ile kendisi arasında istihdam edenin sorumluluğu mevcut olacaktır.

Bu kısımda incelediğimiz bağımlılık unsurunun asıl olarak incelendiği yerlerden biride İş Hukukudur. Hatta öyle ki; hizmet akdinin olmaz ise olmaz şartı olan bağımlılık veya tabiiyet unsuru bu akdi diğer iş görme aktı olan vekalet ve istisna akdinde ayırt etmeye yarayan neredeyse tek unsur diyebiliriz⁵¹. Ancak şunu unutmamak gerekir ki BK 55'teki istihdam eden ile müstahdem arasındaki bağımlılık hizmet akdine özelliğini veren tabiiyet unsuru kadar sıkı ve yoğun olmayabilir. Bununla ilgili olarak İş Hukukunun konusuna girmeyen istisna ve vekalet akitlerinin bazılarında özelliklerine göre BK 55 anlamında bir bağımlılık unsuru olduğundan söz etmiştik. Aslında modern çalışma hayatında ortaya çıkan esnek çalışma türü dediğimiz çalışma türleri hizmet akdindeki klasik bağımlılık unsurunun daha esnek bir şekle sokmuştur⁵². Özellikle evde çalışma ve tele çalışma dediğimiz esnek çalışma türlerinde klasik işyeri ve işletme mekanları esnek bir görünüm kazandığından⁵³ buna bağımlı olarak ta işçi ile işveren arasında yer alan kişisel ve sosyal bağımlılık daha çok sanal hale gelmiştir. Konuyu biraz daha açarsak sanayii ihtilali ile ortaya çıkan toplu üretim sistemlerine hakim olan fabrikasyon üretim tarzında olsun veya atölye çalışmalarında işçi ile işveren arasındaki kişisel ve sosyal bağımlılık görünen bir halde iken günümüzde bilgisayarla çalışma şekli olan tele çalışma ile görülen işin, kişinin kendi evinde veya bürosunda görme gibi evde çalışmalarda işverene olan bağımlılık on-line sistemlerle, telefonla, internetle gerçekleşmektedir⁵⁴. ***Bu nedenle aradaki bağımlılık klasik bağımlılık görüntüsünden kurtulmuş olup teknolojik gelişmelerle bu bağımlılık sanal ortamda veya kişinin kendi çalıştığı yerde devam etmektedir.***

Bu gelişmeler sonucu özellikle Almanya'da **Heim-Arbeit** (evde-çalışma)ve **Tele-Arbeit**(tele-çalışma) türleri için aynı isimle kanunlar çıkarılarak İş hukuku alanında ortaya çıkan problemler yapılan çalışma şeklinin kendine has özellikleri içinde çözülmeye çalışılmıştır. Günümüzde baş döndürücü şekilde gelişen bilgi teknolojisi sayesinde belki de gelecekte

⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, S.20, 27-33, ÇELİK, S.69,70, NARMANLIOĞLU, s.139-145.

⁵² İş Hukukunda esnek çalışma şekillerinin hukuki nitelikleri açısından bkz: YAVUZ, Arif; Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, Kamu -İş Ankara-1995, EKONOMİ, Münir; "İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Yeni Gelişme Esneklik, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara-1995, ERDUT, Tijen; Yeni Teknolojilerin İş ilişkileri Üzerine Etkisi, TÜHİS Yayınları İzmir-1998,

⁵³ AYDINLI İbrahim; Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2001, s.171-184.

⁵⁴ Tele çalışma için Bkz: EYRENCİ, Öner; "Tele Çalışma ve İş Hukuku", İş Hukuku Dergisi, C.I,-1991.

işin niteliğinden kaynaklanan klasik bağımlılık yaratan işler dışında bir çok iş **sanal bağımlılıkla** yapılacağını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak İş Hukukunda ortaya çıkan bu gelişmelerde ele alınan bağımlılık anlayışı aslında BK 55' te öngörülen bağımlılık anlayışla daha iyi örtüşmektedir.

2- Müstahdem (Çalıştırılanın) Zararı Doğuran Hukuka Aykırı Davranışının İşin Görüldüğü Sırada ve İş Dolayısıyla Yapılmış Olması

İstihdam edenin müstahdem verdiği zarardan BK 55 anlamında sorumlu olabilmesi için zararın *müstahdem işini gördüğü sırada ve görülen iş nedeniyle ortaya çıkması gerekir*. Kısacası burada zarar ile iş arasında bir **uygun illiyet bağı**⁵⁵ aranmaktadır⁵⁶. Eğer bu ilişki yok ise zarar işin görüldüğü sırada meydana gelmiş olsa bile zarardan istihdam eden sorumlu değildir. Bu nedenle madde metninde sadece "..... hizmetlerini ifa ettikleri esnada" diye yapılan düzenleme zarar ile görülen iş arasındaki ilişkinin sırf aynı yer ve zaman içinde olması gerektiği gibi bir anlamı ihtiva etmesi, bunun yanında asıl aranması gereken **görevsel bağa (fonksiyonel ilişki)** işaret etmediği için doktrin tarafından eleştirilmiştir⁵⁷. *Çünkü önemli olan zararın işin görüldüğü sırada verilmesi yardımcı bir kriter olmasına rağmen asıl olan ortaya çıkan zararın görülen iş ile fonksiyonel anlamda ilgili olmasıdır*⁵⁸. Mesela; işveren tarafından bir siparişin teslimi için işyeri dışına gönderilen kişi yolda giderken girdiği bir barda birisiyle kavga ederek öldürme fiili gerçekleştirmişse ölüme şeklinde ortaya çıkan zarar işin görülme zamanı içinde olmasına rağmen işle ilgisi yoktur. Ancak aynı kişi araba ile malzeme taşırken bir adama çarpmasında ise zaman bakımından yine işin görülme esnasında olmuş olan bir zarar yanında normal hayattaki gelişmelere göre bu olayla yapılan iş arasında çok sıkı görevsel bağ olmamasına rağmen bir işin görülmesi için arabayla yola çıkma işin yapılmasındaki hazırlık safhasını oluşturan bir seyahattir. Çünkü bu seyahat tamamen işi gördüren kişi tarafından istenmiş ve kendi menfaati için yapılan bir işin görülmesi için yapılan bir seyahattir.

⁵⁵ EREN, s. 62-81.

⁵⁶ RESİOĞLU Safa, s.147, TEKİNAY, s.683.

⁵⁷ Bieder ve Oftinger'in tartışmaları için bkz:TANDOĞAN, s.62, dipnot, 43.

⁵⁸ Çobanın koyunlarını otlatma işi sırasında anızlı olan bir tarlanın yanmasına sebep olması halinde ilk anda bakıldığında hayvan otlatma işi ile yangın çıkarma arasında doğrudan bir ilişki olmadığı zannedilebilir. Ancak çobanın yemek yapmak için tarlada ateş yakması veya sigara içip söndürmeden bunu tarlaya atması halinde yapılan işle davranış arasında doğrudan görevsel olarak bağ bulunmasa da anızlı tarlada bu tür davranışlardan kaçınması gereken çobanın bu özene uymaması halinde ortaya çıkan zarardan istihdam eden sorumlu olacaktır. Zaten 55. madde bu nedenle getirilmiştir. Olayla ilgili karar için bkz: (Y4HD., 20.11.1984.T, 7770E., 8597K.), KARAHASAN, s.508-510.

Zarar ile yapılan iş arasında görev yada fonksiyonel bir bağ kurarken şart nazariyesine⁵⁹ göre de değerlendirme yapmak bir başka hata olacaktır. Yukarıdaki örnekte kişi işveren tarafından gönderilmeseydi bara uğramaz ve böyle bir olayı da gerçekleştirmezdi sonucu şart nazariyesine göre doğru olmasına rağmen uygun illiyet nazariyesi ile bu sorumlulukta aranan görev veya fonksiyonel anlamda bir illiyet ilişkisine ters düşen bir çözüm olurdu. Böyle bir çözümü benimsemek ise istihdam edenin sorumluluğunu çok fazla genişletmiş olup kanun koyucunun getirmiş olduğu kurtuluş beyyinesinin de amacını anlamsız hale getirmiş olacaktır.

Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi müstahdem istihdam edenin talimatlarına aykırı davranmış olabilir. Bunlar verilen yetkinin aşımı, talimatın yanlış anlaşılması, verilmeyen bir yetkiyi kendi inisiyatifi ile kullanması gibi. Bu hallerde istihdam edenin sorumluluğu gerçekleşecek midir?

Eren'e göre bu sorumlulukta kriter istihdam edenin amaç ve menfaatine yönelik olarak hareket edilmesidir. Bu nedenle müstahdem yapılan iş ve hizmetin çevresini genişletse veya kötü ifade bulunsa bile bu hallerde müstahdem vereceği zarardan sorumlu olacaktır⁶⁰. BK 55 teki sorumluluğu sadece istihdam edenin emir ve talimatları doğrultusunda ve bunlara uygun olarak iş yapan müstahdem zararlarından ancak istihdam edenin sorumlu olması şeklinde kabul edersek maddenin amacına ters düşmüş ve uygulama alanını son derece daraltmış oluruz. Böyle bir kabul halinde istihdam edene her zaman işçisinin emir ve talimatlara uymadığı şeklindeki savunmasıyla sorumluluktan kurtulma imkanı getirilmiş olacaktır. Oysa 55. maddede bununla ilgili bir düzenleme olmadığı gibi burada istihdam eden böyle bir durumun ortaya çıkmaması için gerekli olan önlemleri almak zorundadır. Bu durumda rahatlıkla istihdam edenin kurtuluş beyyinesinin içeriğinden çıkarabiliriz. Ancak hemen şunu belirtelim ki; tamamen bağımlılık ilişkisini koparacak şekilde **yapılan işle hiç ilgisi olmayacak şekilde** ortaya konan kötü ifa veya verilen talimatlara aykırı davranış sonucu ortaya çıkan zarardan istihdam eden sorumlu olmayacaktır. **Buradaki ölçü ortaya çıkan zararın kaynağı olan davranışın istihdam edenin hakimiyetini sağlayan bağımlılık unsurunu koparacak şekilde ve işle doğrudan ilgisi olmayan bir davranış olmasıdır**⁶¹. Son olarak belirtelim ki; doktrinde müstahdem **kastının da** yapılan işle zarar arasında illiyet bağı ortadan kaldırdığı savunulmaktadır⁶². Ancak diğer görüşte olan hukukçular ise görev bağı-

⁵⁹ Şart nazariyesi hakkında daha geniş bilgi için bkz: EREN, II, 59-61.

⁶⁰ EREN, s.170.

⁶¹ EREN, s.171.

⁶² REİSOĞLU Safa, 146, EREN, s.171.

nın geniş yorumlanması gerektiğini çünkü burada kusursuz bir sorumluluk olduğunu istihdam eden temyiz gücüne sahip olmasa bile zarardan sorumlu olduğuna göre bu halde de sorumlu olmasının mümkün olacağını söylemektedirler⁶³. Bizim düşüncemize göre ise her ne kadar istihdam eden kusursuz da olsa zararı tazmin etmek veya temyiz gücüne sahip olmasa bile bu zararı karşılamak zorundadır. Ancak aynı nedenler zarar verenin kasıtlı zararı ortaya çıkarması halinde bundan da istihdam edenin sorumlu olacağına haklı bir gerekçe değildir. Çünkü burada sorumluluk Hukukuna hakim olan ilke zarar ile davranış arasında uygun bir illiyet bağının olmasıdır. Bu illiyet bağının varlığı veya yokluğunda istihdam edenin temyiz gücüne sahip olmaması veya kusuru olmaması kriterleri kullanılmaz. Burada kullanılan ölçü hakimiyet prensibi ile görülen işten faydalanma ölçüsüdür. Oysa zarar müstahdemini işini görürken meydana gelse ve o iş ile ilgili bir aleti kullanarak dahi yapsa tamamen istihdam edenin hakimiyetinden çıkacak özelliği kazandıran iradesi (kastı) ile illiyet bağını ortadan kalması gerekir. Bu nedenle zarar verenin kastı illiyet bağını keseceğinden bundan istihdam edenin sorumluluğu yoktur. Burada zarar gören ancak BK 41. maddeye göre haksız fiilden dolayı zararını zarar verenden tazmin ettirebilir.

İstihdam edenin davranışı ile zarar veren arasında şekli bir illiyet bağı olmasına rağmen zarar veren kişinin davranışı hukuka aykırı olmayıp meşru müdafaa veya zaruret hali gibi hukuka uygunluk sebeplerinden birini taşıyan unsurlardan dolayı burada da istihdam edenin 55. maddeden dolayı bir sorumluluğu olmayacaktır⁶⁴. Çünkü burada da kasıtlı olduğu gibi aksine bir anlayışla kişinin davranışı artık yaptığı işten dolayı değil tamamen bunu dışındaki bir olaydan dolayı meşru müdafaa veya zaruret hali içinde bulunduğundan görülen işle davranış arasında illiyet bağı kopmuş olup dolayısıyla objektif özen yükümlülüğünün istihdam edenden beklenilemeyecek bir duruma girilmiş olmaktadır.

3- İstihdam Edenin Kurtuluş Beyyinesi (Kanıtı) Getirememesi

Olağan sebep sorumluluğunun bazılarında kanun koyucu ilgili maddelerde kusursuz sorumlu olan kişiler lehine kurtuluş beyyinesi getirerek bir bakıma sorumluluğu hafifletmiştir. İşte İstihdam edenin sorumluluğunda da kanun koyucu BK 55. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde istihdam eden için bir kurtuluş beyyinesi getirmiştir. *BK 55'e göre istihdam eden müstahdemini yaptığı hizmetten dolayı ortaya çıkan zararın meydana gelmemesi için durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özende bulunduğu halde yine de zararın oluşmasının engellenemediğini ispat ederse*

⁶³ KARAHASAN, s.507.

⁶⁴ EREN, s.170.

sorumluluktan kurtulur. Yine aynı madde de durumun gerektirdiği dikkat ve özeni göstermiş olsa bile zarar yinede ortaya çıkacaksa ve bunu ispat ederse bu halde de istihdam eden müstahdemın zararından sorumlu olmayacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar buradaki birinci hale **eylem karinesi**, ikinci duruma ise **illiyet karinesi** demektedirler⁶⁵. Kanundaki düzenleme istihdam edeni karine olarak sorumlu tuttuğundan istihdam eden bu iki karineden birini çürütürse sorumluluktan kurtulmaktadır.

İstihdam eden zararın meydana gelmemesi için dikkat ve itinadan oluşan özen ödevini yerine getirdiğini ispatlayarak *eylem karinesini* veya bu ödevini yerine getirirse dahi yine de zararın meydana gelebileceğini ispatlayarakta *illiyet karinesini* çürütebilecektir⁶⁶. Buradaki karineler *kusur karinesi* olmayıp *sorumluluk karinesidir*. İstihdam edenin ispat etmeye çalıştığı unsur ise kusursuzluk değil sorumsuzluk beyyinesidir⁶⁷. Çünkü birinci karinenin içeriği gerekli dikkat ve itina gösterilmediği kabulü, ikinci karinenin içeriği ise gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü ile zarar arasında bağ olduğunun kabulüdür.

a- Gerekli Özenin Yerine Getirildiğini Kanıtlamak

BK 55. maddede düzenlenen özen borcu **objektif özen borcudur**⁶⁸. Yani istihdam eden objektif özen borcunun ihlali ile ancak sorumlu tutulabilir. *Objektif özen borcunun muhtevası ise durumun gerekli kıldığı her türlü özenin gösterilmesidir*. Bunun yanında istihdam edenin kişisel bilgisi ve yetenekleri, ile özel durumu *mutlak anlamda* özen borcunun muhtevasının belirlenmesinde öneme alınmaz⁶⁹. Bu sebeple özellikle umulmayan haller ile istihdam edenin hastalığı ya da temyiz kudretinden yoksun olması sorumluluğu etkilemez. Bu nedenle istihdam eden sorumluluktan kusursuzluğunu ispatlayarak değil ancak objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmediğini yada zarar ile bu ihlalin ya da görülen iş arasında bir illiyet bağının bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Objektif özen yükümlülüğünün muhtevası dört noktada toplanmaktadır. Bunlar; ***müstahdemın seçiminde özen, müstahdeme talimat vermede özen, müstahdemi denetlemede özen ve son olarak işin kurulmasında ve verilen alet ve malzemenin seçiminde özen olmak***

⁶⁵ KARAHASAN, s.514, TANDOĞAN, s. 61,62.

⁶⁶ KARAHASAN, s.514. OĞUZMAN KEMAL-ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku, İstanbul-1995, s.99-101.

⁶⁷ KARAHASAN, s.513.

⁶⁸ TUHR, s.395, TEKİNAY, s.685, EREN, s.171. KARAHASAN, s. 514 TANDOĞAN, s.66. OSER/SCHÖNENBERGER, s.515.

⁶⁹ TANDOĞAN, s.67.

üzere dört aşamalı bir yükümlülüktür⁷⁰. İşte istihdam eden bu dört özeni yerine getirmiş ise o halde objektif özen yükümlülüğünü yerine getirilmiş sayılır. Tabii burada özen borcunun unsurlarının içeriğinin belirlenmesinde görülen işin niteliği, tehlikesinin derecesi, işletmenin büyüklüğü, işin görüldüğü yer ve zaman gibi unsurlar önem kazanacaktır⁷¹. Ayrıca ilgili işe ait cari uygulamalar ya da teamüller yanında varsa örf ve adetlerde özen borcunun muhtevasının belirlenmesinde etkin rol oynayacaktır.

Aşağıda özen borcunun dört ayrı yönünü çalışmamız elverdiği ölçüde incelemeye çalışalım.

aa) Müstahdemin Seçiminde Özen

İstihdam eden gördüreceği işine; fiziki, ahlaki ve mesleki eğitim yönünden uygun kişiyi seçmiş olması gerekir^{72 73}. Bu seçimin doğru yapıldığı ise müstahdemin sahip olduğu sertifika ve diplomalarla ya da daha önce çalışmasını niteleyen bonservis belgeleri veya işverenin tabii tuttuğu teorik ya da uygulamalı sınav sonuçları veya deneme süresi⁷⁴ içindeki du-

⁷⁰ Özen yükümlülüklerinin açıklığa kavuşturulduğu karar için Bkz: (Y4HD., 2.10.1978T., 11751E., 10809K) KARAHASAN, s. 513.

⁷¹ EREN, s.172 TANDOĞAN, s.66.

⁷² TANDOĞAN, s. 67-68.

⁷³ Yargıtay'ın verdiği bir kararda bir otelde güvenlik görevlisi olarak çalışan kişinin otelde kalan bir turist rehberine tecavüz etmesi sonucu mağdur olan kişi tazminat isteminde bulunmuştur. Burada olaya ilk anda bakıldığında güvenlik görevi ile otelde gerçekleştirilen tecavüz arasında bir ilişki görülmemesine rağmen otel sahibi bu kişiyi işe alırken önceki işyerinden yine aynı sebeple ayrıldığını bilmemesini güvenlik görevlisinin bunu kendilerinden sakladığını ileri sürmesi geçerli bir mazeret değildir. Burada özen borcunun bir unsurunun da işe uygun kişinin seçilmiş olmasıdır. Otel sahibinin bu durumu kişinin ayrıldığı işyerinden öğrenebileceğinden sonuç olarak istihdam eden otel sahibinin özen borcunun ihlali ile zarar verici olay arasında illiyet bağı kurulduğundan ortaya çıkan zarardan otel sahibi sorumlu olacaktır. Y4HD. 4.5.2000T, 2000/2062E, 200/4389K, Yargıtay Kararları Dergisi, C:26, S:7, TEMMUZ, 2000, s.1034 vd. Bu anlamda karar veren Yargıtay'ın kararına bizde katılmayı uygun buluyoruz. Sadece ek olarak şunu söyleyebiliriz ; kişinin tecavüzde bulunduğu kişi ilgili otelde kalan ve maddi ve manevi varlık güvenliğinin kendisine zarar veren kişi tarafından sağlanması gereken kişidir. O halde zarar ile görülen iş arasında aslında azımsanamayacak derecede fonksiyonel bir bağ da kurulabilmektedir. Ancak şunu da belirtelim ki; burada zarar gören ile zarardan sorumlu olan arasında otelde kalma ve hizmetlerinden yararlanma karşısında bir bedel ödeme unsurlarını taşıyan bir sözleşme olduğu için burada asıl uygulanması gereken sorumluluk hali BK 55 değil BK 100. Madde de düzenlenen yardımcı şahsın verdiği zararlardan sorumluluk halidir. Bu ikisi arasında da özellikle kurtuluş beyyinesi ve zamanaşımı bakımından önemli farklılıklar mevcuttur. Farklılıklar için Bkz: TANDOĞAN, s. 79 vd. KARAHASAN, s.518 vd.

⁷⁴ İş Kanununun 12. maddesinde deneme süreli iş akitleri öngörülmesi olup gerek işçi ve işveren karşılıklı olarak deneme süreleri öngörerek sözleşme yapmaları ve bu süre içinde iş akdini bildirimsiz ve tazminatsız feshedebilmeleri genel akit kurma halinin dışında ayrık bir durumdur. MOLLAMAHMUTOĞLU, s.70 Bu düzenlemedeki deneme süresi içinde yapılan feshin sonucu aslında işverenin özen gösterme borcunun niteliği ile de ilgilidir. Bu dü-

rumu ile ortaya konulabilir⁷⁵. Elbette bu unsurların sadece işe alınırken değil çalışma sırasında da muhafaza edilip edilmediği önemlidir⁷⁶.

bb) Müstahdeme Talimat Vermede Özen

İstihdam eden müstahdeminde sahip olduğu kişisel bilgi ve yetenek doğrultusunda işin niteliği gereği vermesi gereken emir ve talimatları anlaşılır bir şekilde vermesi gerekir⁷⁷. Bazen müstahdemın statüsü yani sahip olduğu yetenek ve bilgi bir takım talimatların istihdam eden tarafından verilmesini gerektirmeyebilir. Veya bilinen veya bilinmesi gereken bilgiler ayrıca talimatla hatırlatılması gereksiz olabilir. Şoföre trafik kurallarına uyması gerektiği talimatının verilmesi gibi. Burada şoför mesleği ve sahip olunan ehliyet bu talimatı gereksiz kılmaktadır.

Bu nedenle verilmesi gereken talimatların içeriği görülen işin niteliği, tehlike derecesine yapıldığı yer ve zamana ve müstahdemın durumuna göre değişecektir⁷⁸.

cc) Müstahdemi Denetlemede Özen

İstihdam eden kişi seçmede ve talimat vermede özen yükümlülüğünü yerine getirme yanında müstahdemi işini yaparken sürekli ve etkin bir şekilde denetime tabi tutmalıdır⁷⁹. Yanlış davranışları zamanında uyarılmalıdır. Buradaki özen borcunda da her olayda müstahdemın ve görülen işin durumuna göre denetimin içeriği belirlenmelidir⁸⁰.

Bu denetlemenin içeriği bir takım yasaklamalarla olabileceği gibi bazı önlemlerin alınması ve bunlara uyulup uyulmadığının denetlenmesidir.

zenlemede de artık deneme süresi geçtikten sonra işçi ile işveren birbirlerini ve işi öğrendikten sonra (Özellikle işverenin işçinin niteliğini kalifiyesini ve işteki tecrübe ve bilgisini öğrenmesi) yapacakları feshin sonuçlarına katlanmalarına rağmen deneme süresi içinde böyle bir feshin ihbar ve diğer tazminatları doğurmaması o anda özellikle işverenin ileride doğacak özen borcunun tam anlamıyla oluşmasının bir hazırlık safhasıdır şeklinde konuya yaklaşmamız fazla zorlama olmayacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi istihdam eden kişi müstahdemının niteliğini öğrenmesi için İş Kanunu hizmet akitlerinde deneme süreli iş akdi getirerek uygulama içinde işçinin çalışmasının ölçülme imkanı getirerek bir bakıma BK 55'te öngörülen özen borcunun ihlali ile ortaya çıkan sorumluluğun daha iyi anlaşılmasını sağlamakta ve her iki düzenleme arasında bir tamamlayıcılığı ortaya koymaktadır.

⁷⁵ KARAHASAN, s. 515 EREN, s.172.

⁷⁶ TANDOĞAN, s.68.

⁷⁷ EREN, s. 173.

⁷⁸ EREN, s.173, TANDOĞAN, s.68.

⁷⁹ EREN, s.173.

⁸⁰ TANDOĞAN, s.69, EREN, s.173.

dd) İşin Kurulmasında Özen ve İşe Uygun Alet ve Malzemenin Verilmesinde Özen

Özen yükümlülüğünün bu son unsuru aslında diğerlerini etkin kılan bir durumdur. Çünkü işe ve günümüz teknolojisine uygun olmayan alet ve malzeme ile çalıştırılan kişi üzerinde diğer özen borçlarını yerine getirilmesi ne kadar işe yarayacaktır. Mesela; bilgisayarlı koruması olan makine yerine teknolojik olarak geride kalmış mekanik koruyucuya sahip olan bir makinenin kullanımı yapılan işe uygun adamın bulunmaması ve talimatların yerinde verilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararın istihdam eden tarafından karşılanması gerekmektedir. Yine bunun yanında işveren tarafın işin örgütlenmesi ile iş bölümü ve planlama yapılması da modern işletmeciliğin bir gereği olarak özen borcu içine girmelidir⁸¹.

Mahkeme içtihatlarına bakıldığında istihdam edenin gerekli örgütü kurmamış olması, uygun malzeme vermemesi veya üçüncü kişilerin zarar görmemesi için işçi sağlığı ve iş güvenliği olarak adlandırılan iş güvenliğinin sağlamaması⁸² müstahdemlerin yorgun olarak çalıştırılmaları gibi nedenler istihdam edenin özen borcunu yerine getirmediğini göstermektedir. Nitekim bu haller istihdam eden için aynı zamanda munzam kusurda sayılmaktadır⁸³.

Özen borcu ile ilgili kısmı bitirmeden önce İş Hukukunda işveren için getirilen işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin içeriği biraz önce ele aldığımız konunun içeriği ile hemen hemen örtüşmektedir. Buradaki işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri bazı İş Hukukçuları tarafından işverenin

⁸¹ TANDOĞAN, s.69.

⁸² Yargıtayın 4. Hukuku Dairesinin 1977 yılında Devlet Demir yolları ile ilgili verdiği bir kararda sekiz yaşında bir çocukla kardeşi tren garında ten tarafından çiğnenilerek ölmüştür. Burada Devlet Demir Yolları İstihdam eden olarak yerleşim bölgesi içinde olan garın etrafına tel örgü ile çevirmemesi, istihdam edenin tedbirsiz davrandığını göstermektedir. Hatta bu durum Devlet Demir Yollarının çok açık bir şekilde meydana gelebilecek bir olay için önlem almadığı için ayrıca kusurlu sayılması da gerekmektedir. Bu nedenle BK 55. Maddeye göre sorumludur. Bkz: Y. 4HD.22.12.1977T, 7057E., 12298K., Karar KARAHASAN, S.494'ten alınmıştır. Yine benzer olayda trenlerin manevra yaptığı sırada vagonlar arasında sıkışıp ölen bir çocuk nedeniyle Devlet Demiryolları istasyonlarda tehlikeli sonuçları önlemleri almamış olması nedeniyle özen borcunun ihlalden dolayı kusurlu olup bu olayda da 4. Hukuk dairesi kurumun ayrıca munzam kusuru olduğu için kurtuluş beyyinesi getiremeyeceğini belirtmiş olup BK 55 gereği kurumu istihdam edenin sorumluluğu içinde görmüştür. Karar için bkz: (Y4HD.18.4.1988T, 400E., 3633K.) karar KARAHASAN s.495 'ten alınmıştır. Görüldüğü gibi her iki kararda istihdam eden objektif özen ödevi olan işin görüldüğü mahalde özellikle 3. Kişilerin zarar görmemeleri için gerekli tedbirleri almadığı görülmektedir. Ayrıca bu ihlaller kusur derecesinde olduğundan sorumlu kurum BK 55 düzenlenen kurtuluş beyyinelerinden yararlanamayacağı gibi üçüncü kişiye olan rücusunun kısmen veya tamamen ortadan kalkmasına sebep olabilecektir.

⁸³ TANDOĞAN, s.69.

iş akdinden doğan işçiyi koruma borcu⁸⁴ veya özen borcunun⁸⁵ doğal bir sonucu olarak görülmüştür. Elbette İşK 73, BK332 ile BK55'teki yükümlülüklerle uymama genel anlamda işverenin veya istihdam edenin yaptırımı tabi tutulmasına sebebiyet vermesine rağmen yaptırımın tabi olduğu kurallar, uygulama alanları, ortaya çıkan zarar kavramı ve kimin zarar gördüğü gibi unsurlar farklılık göstermektedir. Buna rağmen İş kazası meslek hastalığı nedeniyle işverenin sorumlu tutulması haliyle BK 55'teki işvereni de içine alan istihdam edenin sorumluluğunda aranan özen yükümlülüğü bir çok yönden birbirine benzemektedir⁸⁶. Şimdi kısaca bunlara değinelim:

İş Kanununun 73. maddesi ile BK 332. maddesinde işverenin uymakla yükümlü olduğu işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri genel anlamda belirtilmiştir. Bununla ilgili muhteva ise Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği gibi tüzüklerde gösterilmiştir. Ancak biz burada konuya detaylı bir şekilde girmeyi uygun görmüyoruz. Sadece İşK. 73. maddeye genel anlamda baktığımızda objektif özen borcunun yukarıdaki içeriğini burada da benzer hallerde görebilmekteyiz. 73. maddenin 1. fıkrasında işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlayarak ilgili olan araçları bulundurması aslında yukarıda anlattığımız özen borcunun bir çok yönünü kapsamaktadır. Bunun yanında aynı maddenin 2. fıkrasında işçilerinde işverenin aldığı önlemlerle genel anlamda işçi sağlığı ve iş güvenliğine uymakla yükümlü tutulmaları işverenin özen borcu ile sorumlu tutulması düşüncesini tamamlar niteliktedir. Maddenin 3. fıkrasında ise işyerindeki makinaların kullanılmasından doğacak olağan tehlikelerden işçileri haberdar etme ve bununla ilgili denetim yapma yükümlülükleri de özen borcunu tamamlayan bir başka unsurdur. İşverenin kamu hukuku kökenli bu yükümlülüklerle uymaması idari para cezaları ile işyerinin kapatılması ya da işin durdurulması yaptırımları ile karşılanmaktadır. Yine bunun yanında işverenin bu yükümlülüklerle uymaması işçiye İşK.16/II gereği iş şartlarında esaslı değişiklik gereği haklı nedenle fesih hakkı vereceği gibi BK 325 . madde gereği alacaklının temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını doğurabilir. İşçi işverenin işçiyi gözetme borcunun ihlali nedeniyle zarara uğramışsa bu halde kendisi yada işçi ölmüşse geride kalan hak sahipleri işverene karşı maddi ve manevi tazminat davalarını açabilmektedirler.(BK45,47,332) Ayrıca alınmayan işçi sağlığı ve iş gü-

⁸⁴ NARMANLIOĞLU, s.231vd., MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 177vd.

⁸⁵ ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi,Seçkin yayınevi, Ankara-1986, s,989.

⁸⁶ ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Yayınları, 1990, s.128. SÜZEK, İş Hukuku, s.327.vd.

venliği önlemlerinden dolayı ortaya çıkan iş kazasında SSK tarafından yapılan masrafların işverene rücusunda SSK 26. madde gereği özen borcunun yerine getirilip getirilmemesi önem taşımaktadır⁸⁷.

b- Gerekli Özen Gösterilse Dahi Zararın Önlenemeyeceğini Kanıtlamak

İstihdam eden özen ödevinin ihlali ile zararlı sonuç arasında bir nedensellik bağı bulunduğu karinesi olan illiyet karinesini çürüterek sorumluluktan kurtulabilir. **Buradaki illiyet, müstahdem in eylemi veya davranışı ile zarar arasındaki ilişki değil istihdam edenin özen borcunun ihlalini içeren davranışı ile zarar arasındaki illiyettir**⁸⁸. İlliyetin bu niteliği de kusursuz sorumluluk türü olan istihdam edenin sorumluluğu ile uyuşmaktadır. Ancak haksız fiil ya da sözleşmeden doğan sorumluluklarda illiyet zararı ortaya koyanın davranışı ile zarar arasındaki illiyettir. *Aynı zamanda müstahdem in davranışı ile zarar arasındaki illiyetin ispatı davacıya düştüğü halde kusursuz sorumluluk olan istihdam edenin sorumluluğunda istihdam edenin özen ihlali ile zarar arasında illiyetin olmadığını davalı istihdam eden ispat edecektir.*

Burada BK. 55. maddede düzenlenen sorumluluğun doğabilmesi için üç ayrı illiyet bağının mevcut olması gerekir. Bunlardan *ilki*; zarar ile müstahdem in fiili arasında bulunması gereken illiyettir. Buradaki illiyet Sorumluluk Hukukunda hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluk için getirilmiş genel bir ilkedir. Eğer meydana gelen zarar müstahdem in yaptığı işle ilgili değilse daha baştan genel olarak aranması gereken illiyetin olmaması sorumluluğu ortadan kaldıracaktır⁸⁹.

İkinci illiyet bağı ise; zarar ile görülen iş arasındaki aranması gereken illiyettir. Sanki bu illiyet ilk illiyet bağına benzemesine rağmen bazen onunla içiçe geçmiş olabileceği gibi ayrı olduğu yerlerde olabilir. Bu nedenle her somut olayın kendine özgü hususiyetlerine göre illiyet bağının aranması gerekir. Burada davranış olumlu veya olumsuz olarak müstahdem in kendisinden kaynaklanmasına rağmen bu davranışın müstahdem in gördüğü işin dışında bulunması görev ve fonksiyon bağının dışlanması ile ortaya çıkması halinde yine illiyet oluşmamış demektir⁹⁰. Böyle

⁸⁷ Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz; SÜZEK Sarper; İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara-1985 s.176 vd. ARICI, Kadir; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara-1999 s. 102 vd. ULUSAN, s..33vd. s.46.

⁸⁸ KARAHASAN, s.517, OĞUZMAN/ÖZ, S.100-101.

⁸⁹ EREN, s.170.

⁹⁰ KARAHASAN, s.508.

bir durumda artık istihdam eden kendi gördürdüğü işle hiç ilgisi olmayan davranış nedeniyle sorumlu olmayıp burada müstahdem ortaya çıkan zarardan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir.

Üçüncü illiyet unsuru ise; zarar ile istihdam edenin özen ödevini ihlali arasında bir bağın olmasıdır. Bilindiği gibi bu illiyet bağının yokluğunu istihdam eden ispat ettiğinde kurtuluş beyyinesi getirmiş olacağından sorumluluktan kurtulmaktadır⁹¹.

Aslında burada illiyeti bu şekilde üçe ayırmak belki pratik açısından mümkün olmayabilir. Çünkü özellikle son iki illiyet bağı birbirinin yerini tutabilen ve farklı bakış açıları ile illiyetin değerlendirilmesi olduğu kanaatindeyiz. Ancak hukuk teorisi açısından illiyetin bu şekilde anlatımı konunun kavranması açısından yararlı olabilir.

İlliyet bağı ile ilgili olmak üzere genel anlamda hangi durumlar illiyeti ortadan kaldıracaktır. *Bunların başlıcaları mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru, veya zarar görenin kendi kusuru halleridir⁹².* Bu haller hem zarar ile müstahdem davranışı arasındaki illiyeti hem de zarar ile istihdam edenin özen borcunun ihlalinin oluşturduğu davranış arasındaki illiyeti ortadan kaldıracaktır. Bu haller sorumluluktan kurtarıcı genel sebepler olarak adlandırılmaktadır. Bu nedenle doktrinde Sorumluluk Hukukunda kabul edilmiş genel haller yanında BK. Mad.55'te öngörülen kurtuluş beyyinesinin mevcudiyetinin gerekli olmadığı bunu karşılayan kurumların zaten olduğu savunulmuştur⁹³. Ancak bu görüşe her zaman katılmak mümkün olamaz. Önümüze öyle olaylar gelebilir ki normalde kişi sorumlu olmaması gerekirken sorumluluktan kurtaran hallerden hiç biri oluşmayabilir. Ancak bunun yanında sorumluluk hakkaniyete aykırı olabilir. Örneğin zarar görenin veya üçüncü kişinin temyiz gücüne sahip olmadıklarında bu kişilerin kusurlu olmaları da mümkün olmadığında veya mücbir sebep haline tam ulaşmamış ancak aradaki illiyet bağıni kesecek nitelikte bir umulmayan hal durumunda kurtuluş beyyinesi devreye girecektir. Bu nedenle sorumluluk Hukukunun tamamına hakim olan sorumluluğu kesen hallerin diğer olağan sebep ve tehlike sorumluluklarının kendi özelliklerine göre getirilmiş olan kurtuluş beyyinelerini mutlak anlamda gereksiz kıldığını savunmak bizi her olayda doğru sonuca götürmeyecektir.

⁹¹ Bkz: 16 vd.

⁹² TEKİNAY, s.688, REİSOĞLU, Safa, s.150.

⁹³ EREN, s.174'de 38 nolu dipnottan naklen; OFTINGER, II/1 sh172, Desche-naux/TERCIER, s. 106 vd.

V- İSTİHDAM EDENİN MÜSTAHDEME RÜCUU

Zarar gören kişi BK 60 madde gereği zararı ve failini öğrendikten sonra 1 yıl içinde veya olayın meydana geldiği andan itibaren 10 yıl içinde tazmin talebi ile dava açabilir. Ancak burada zarar veren müstahdem davranışı aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu halde BK 60/2 gereği Ceza Kanununda suça ilişkin ceza zamanaşımı öneme alınacaktır. Ancak bu ceza zamanaşımı süresi zarar görenin istihdam edene 55. maddeye dayanarak açacağı sorumluluk davasında da geçerli olacak mıdır. 60. maddenin birinci fıkrasında yer alan bir yıllık ve 10 yıllık zaman aşımı hem haksız fiil hem de kusursuz sorumluluk hallerinde geçerli olan bir hükümdür⁹⁴. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasına baktığımızda ceza zamanaşımının sadece suçu oluşturan davranışı yapan kişinin şahsına açılan davalarda geçerli olacağını düşünmekteyiz⁹⁵. Çünkü özellikle kanun metninde ".....ceza müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa **şahsi** davaya da o müruruzaman uygulanır." denilerek şahsi davalarda ancak bunun mümkün olabileceğini bu nedenle davranışı yapan kişiye karşı açılan davalarda bunun mümkün olacağına inanmaktayız. Yargıtay ise 2000 yılında verdiği bir kararda⁹⁶ TCK 465 maddesinde aynı kanunun 455 veya 459. Maddelerdeki yazılı cürümlerden dolayı ortaya çıkan zarardan o kişi ile beraber onu istihdam eden şirkette sorumlu dediği için bu cürümlerle ilgili zamanaşımı da TCK 102'de 5 yıl belirlendiğinden 60. maddenin 2. fıkrasındaki ceza zamanaşımının davranışlarından dolayı ortaya çıkan zararı sebep sorumluluğun gereği tazmin etmekle yükümlü olan kişilere karşı da bu nedenle açılan davalarda da geçerli olacağı belirtilmiştir. Burada Yargıtay bu hükmünü verirken bunu genellemeyerek ilgili madde de istihdam eden şirkette verilen zarardan sorumludur cümlesinin özel bir atfindan dolayı zamanaşımında yukarıdaki gibi bir sonuca varmaktadır. Karşı oy yazısında ise ceza zamanaşımının sadece haksız fiillerde uygulanabileceğini bunun yanında kusursuz sorumluluk hallerinde geçerli olmadığını belirtmektedir.

⁹⁴ EREN, s.431.

⁹⁵ Benzer görüş için Bkz: TİFTİK, s. 180.

⁹⁶ Y4HD, 01.1.2000T., 1999/10753E, 2000/610K, Yargıtay Kararları Dergisi, C:26, S:8 AĞUSTOS-2000. S.1196vd. Yargıtay aynı konuda verdiği bir başka kararda ise yukarıda belirttiğimiz karşı oy yazısının gerekçelerine dayanarak ceza zamanaşımının kusursuz sorumlu olanlara uygulanamayacağını belirtmiştir. Ancak karşı oy yazısında ise yukarıda verdiğimiz Yargıtay kararındaki nedenler gösterilerek bunun ayrı bir durum olduğunu ve bu tür suçu oluşturan davranışlar sonucu zarardan mesul olanlarında ceza zamanaşımı ile bağlı olacağını belirtmiştir. Yargıtay Kararı ve karşı oy yazısı için bkz: Y4HD, 23.10..2000T., 2000/5922E., 2000/9039K., Yargıtay Kararları Dergisi, C:27, S:3, MART,2001, s.333vd.

BK55. maddeye göre istihdam eden ortaya çıkan zararı tazmin ettikten sonra zarara müstahdem eğer kusuru ile sebebiyet vermiş ise kusur oranında istihdam eden müstahdeme rücu eder⁹⁷. Ancak bu rücu ilişkisinde eğer istihdam edenin kusuru da varsa bu göz önüne alınarak kusurun ağırlığına göre rücu etme hakkı kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilir⁹⁸. Burada istihdam edenin kusuruna munzam kusur adı verilmektedir. Bunun yanında müstahdemin kusuru yok ise veya temyiz kudretinden yoksunluk nedeniyle kusur ehliyetinden mahrum ise bu halde rücu ortadan kalkar⁹⁹. Ancak burada BK 54. madde gereği istihdam eden hakkaniyet sorumluluğuna gidebilme imkanı da şartlar dahilinde doğabilir.

Burada rücunun miktarı en fazla istihdam eden tarafından ödenen tazminat miktarıdır¹⁰⁰. Bu miktarın içine hükmün kesinleşmesine kadar olan faiz ve yargılama giderleri de girer¹⁰¹. Bunun altındaki rücu miktarını ise müstahdemin kusurunun derecesi belirleyecektir. Ancak doktrinde savunulan bir görüşe göre ilgili maddenin alımı sırasında yapılan tercüme hatası nedeniyle burada kusurlu olan müstahdemin rücusunun miktarı kendisine 41 ve 43. maddelerde düzenlenen haksız fiil nedeniyle başvurulması halinde ödeyeceği miktar kadardır denmektedir¹⁰². Ancak burada cüzi halefiyet ilkesi gereği bir bakıma istihdam eden bu zararı ödemekle kusurlu müstahdeme karşı zarar görenin tazmin hakkına sahip olduğundan bu nedenle zarar görene ödediği tazminattan daha fazlasını müstahdemden rücu ile istemesi sahip olmadığı hakkı isteme anlamına gelecektir düşüncesindeyiz.

İstihdam edenin ödediği tazminatı kusurlu olan müstahdemden istemesi kanundan doğan rücu hakkına dayanabileceği gibi ayrıca arada bir iş görme sözleşmesi var ise (işin görülmesine ilişkin bir sözleşme) BK 96'ya göre akdin ihlaline dayanarak hak iddiasında bulunma da mümkündür¹⁰³. Böyle bir halde müstahdem bu rücudan kurtulmak için kusurlu olmadığını isbat etmesi gerekir. Ayrıca buradaki rücu hakkı da tazminatın ödendiği andan itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Ancak istihdam eden BK55/II'ye göre rücu ediyorsa bu halde müstah-

⁹⁷ EREN, s.175.

⁹⁸ Karar için bkz: (Y4HD. 27.1.1977T, 197E., 890K., 27.12.1979T., 11328E., 14709K.) KARAHASAN, s.522.

⁹⁹ EREN, s.175.

¹⁰⁰ EREN, s.175.

¹⁰¹ Karar için bkz: (Y4HD. 9.3.1977T., 1530E., 2713K) KARAHASAN s.523.

¹⁰² REİSOĞLU, Kemal; İstihdam Edenin Mesuliyeti, İstanbul-1958, s.57.

¹⁰³ REİSOĞLU, Safa, s.148.

demin kusurlu olduğunu kendisi isbat edecektir. Buradaki zamanaşımı ise 1 yıl olacaktır¹⁰⁴.

IV – SONUÇ

İstihdam edenin sorumluluğu konusu her yönüyle geniş bir çalışma alanının konusu olma niteliğindedir. Ancak bizim çalışmamız makale şeklinde olduğundan sadece konunun önemli kısımları ile ana hatlarına değinmiş olduk. Özellikle sorumluluğun özel şartları üzerinde biraz daha derinlemesine inmeye gayret ettik. Bunun yanında da yine çalışma alanımızın ölçüsü yettiğince ilgili İş Hukuku konularına kısaca değinmeye çalıştık. Özellikle sorumlulukla ilgili açılacak davalarda yetkili mahkeme ispat ceza mahkemeleri ile olan ilişki gibi usul Hukuku konularına girmemeye çalıştık.

Son söz olarak İş Hukukçusu gözüyle konuya bir katkıda bulunma umuduyla yapılan makale çalışmasının faydalı olacağına inanmaktayız.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT Ercan; İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş Yayınları-Ankara-1995.
- ARICI, Kadir; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara-1999
- ARSEBÜK; Esat; Borçlar Hukuku, 1950.
- AYDINLI İbrahim; Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Demiryol-İş Eğitim Yayınları Ankara 2001,
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayım Anonim Şirketi , Yenilenmiş 13. Bası, İstanbul-1996
- ÇENBERCİ, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Seçkin yayınevi, Ankara-1986.
- EKONOMİ, Münir; "İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", Çalışma Hayatında Yeni Gelişme Esneklik, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara-1995,
- EKONOMİ, Münir; İş Hukuku Ferdi İş Hukuku C:I, İstanbul-1984
- ENGİN, Murat; "İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi", İş Hukuku Dergisi, C:1, 1991
- ERDUT , Tijen; Yeni Teknolojilerin İş ilişkileri Üzerine Etkisi, TÜHİS Yayınları İzmir-1998,
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C:I. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş İstanbul-1998

¹⁰⁴ EREN, s.176, TANDOĞAN, s.73.

Kamu-İş; C: 7, S: 2/2003

- EYRENCİ, Öner ;"Tele Çalışma ve İş Hukuku", İş Hukuku Dergisi, C.I,-1991
- KARAHASAN, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi, 1995-Ankara.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi, Ankara-1995
- NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, Barış Yayınları, Fakülteler Matbaası, İzmir-1994
- OĞUZMAN KEMAL-ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku, İstanbul-1995
- OĞUZMAN; Kemal; "Adam Kullananların BK 55 Gereğince Mesul Olmaları İçin Kullandıkları Adamın Kusurunun Şart Olmadığı Hakkında" İÜHFD, 1958, S:1-2,
- OSER/SCHÖNENBERGER; Borçlar Hukuku, Birinci Kısım (Çev:Recai SEÇKİN) 1947
- REİSOĞLU, Kemal; İstihdam Edenin Mesuliyeti, İstanbul-1958
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi , İstanbul-1993
- SAYMEN Ferit Hakkı. ELBİR Halit Kemal, Türk Borçlar Hukuku C:1, 1958.
- SCHWARZ, A ,Borçlar Hukuku Dersleri, C:I, (çev: Bülent DAVRAN), 1948
- SÜZEK Sarper; İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara-1985
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları, Ankara-2002.
- TANDOĞAN Haluk;Kusura dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Halleri, Turhan Kitapevi , Ankara-1981.
- TEKİNAY, Sulhi; Borçlar Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1684, Kurtuluş Matbaası, İstanbul-1971
- TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara-1994
- ULUSAN, İlhan; Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşvereninin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Yayınları, 1990.
- VON TUHR Andreas; Borçlar Hukuku,1-2 (çev; Avukat Cevat EDEGE), Yargıtay Yayınları No.15, Olgaç Matbaası, Ankara-1983
- YAVUZ, Arif; Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, Kamu -İş Ankara-1995,